

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

IX/2

ÖZEL SAYI:

**PROF. DR. DUYGUN YARSUVAT'A
ARMAĞAN**

SPECIAL ISSUE:

**ESSAYS IN HONOUR OF
PROF. DR. DUYGUN YARSUVAT**

SPEZIALAUSGABE:

**FESTSCHRIFT FÜR
PROF. DR. DUYGUN YARSUVAT**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: IX, Sayı: 2

Vol. IX, No. 2

Yıl / Year: 2012



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

ÖZEL SAYI:

**PROF. DR. DUYGUN YARSUVAT'A
ARMAĞAN**

SPECIAL ISSUE:

**ESSAYS IN HONOUR OF
PROF. DR. DUYGUN YARSUVAT**

SPEZIALAUSGABE:

**FESTSCHRIFT FÜR
PROF. DR. DUYGUN YARSUVAT**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: IX, Sayı: 2

Vol. IX, No. 2

Yıl / Year: 2012



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Haluk Kabaalioglu
(Dekan)

*On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law Prof. Dr. Haluk Kabaalioglu
(Dean).*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Ali Cem Budak (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul. Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address: <http://hukuk.yeditepe.edu.tr>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak
yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal
Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer reviewed journal
published twice a year and it was recognised as national peer reviewed
journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic
Network and Information Center).*

Basımının Adı / Printed by

Pasifik Ofset (Sertifika No: 12027) Cihangir Mah. Güvercin Cad. No: 3
Baha İş Merkezi A Blok Avcılar/İSTANBUL Tel: (0212) 412 17 77

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

2012

ISSN: 1303 - 4650

Editör / Editor

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)
abudak@yeditepe.edu.tr

Editör Yardımcısı / Associate Editor

Yard. Doç. Dr. Efe DIRENİSA (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)
efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.
For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri: / All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-posta / E-mail: abudak@yeditepe.edu.tr / efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi
34755 Ataşehir - İstanbul

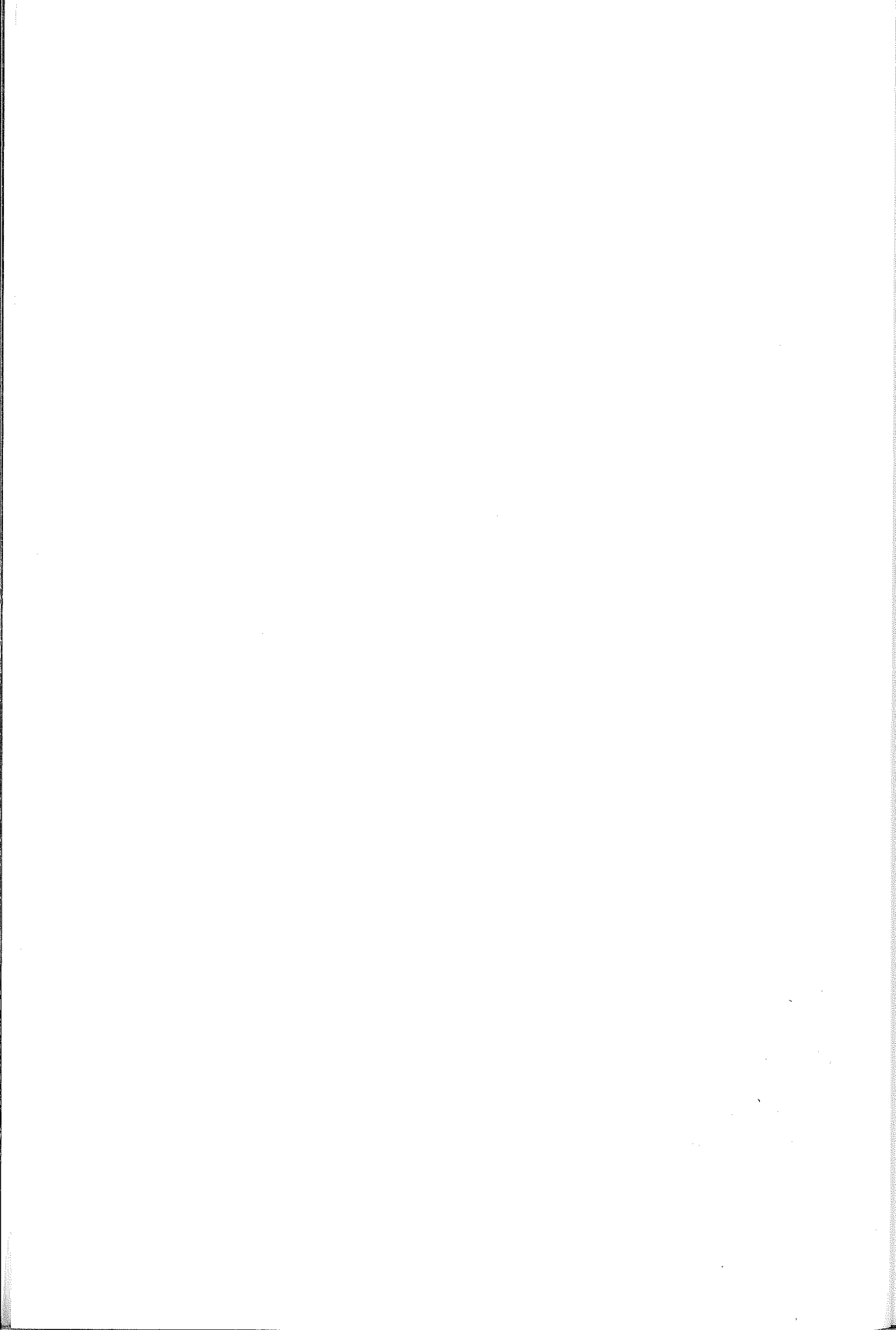
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

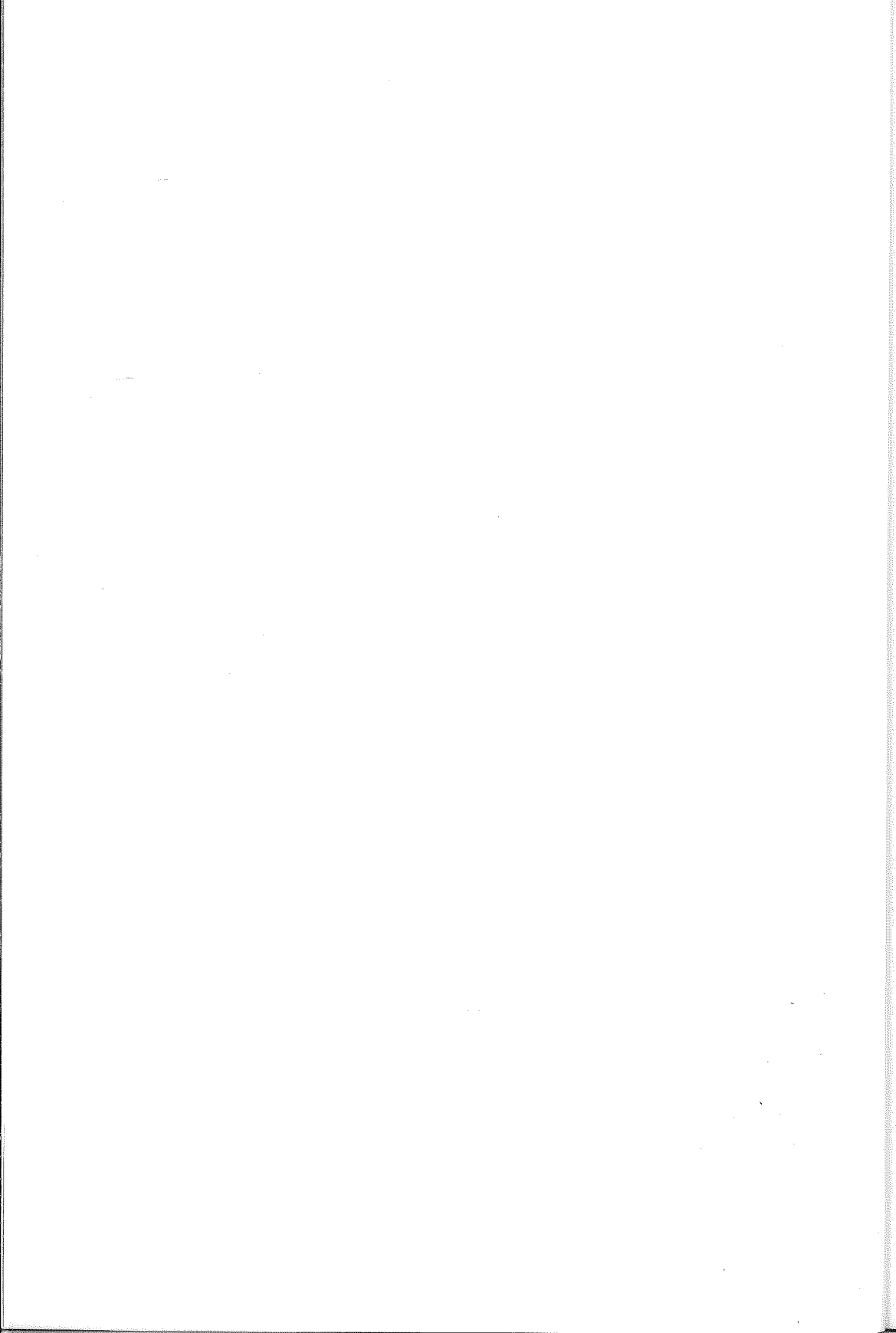
Copyright © 2012

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.







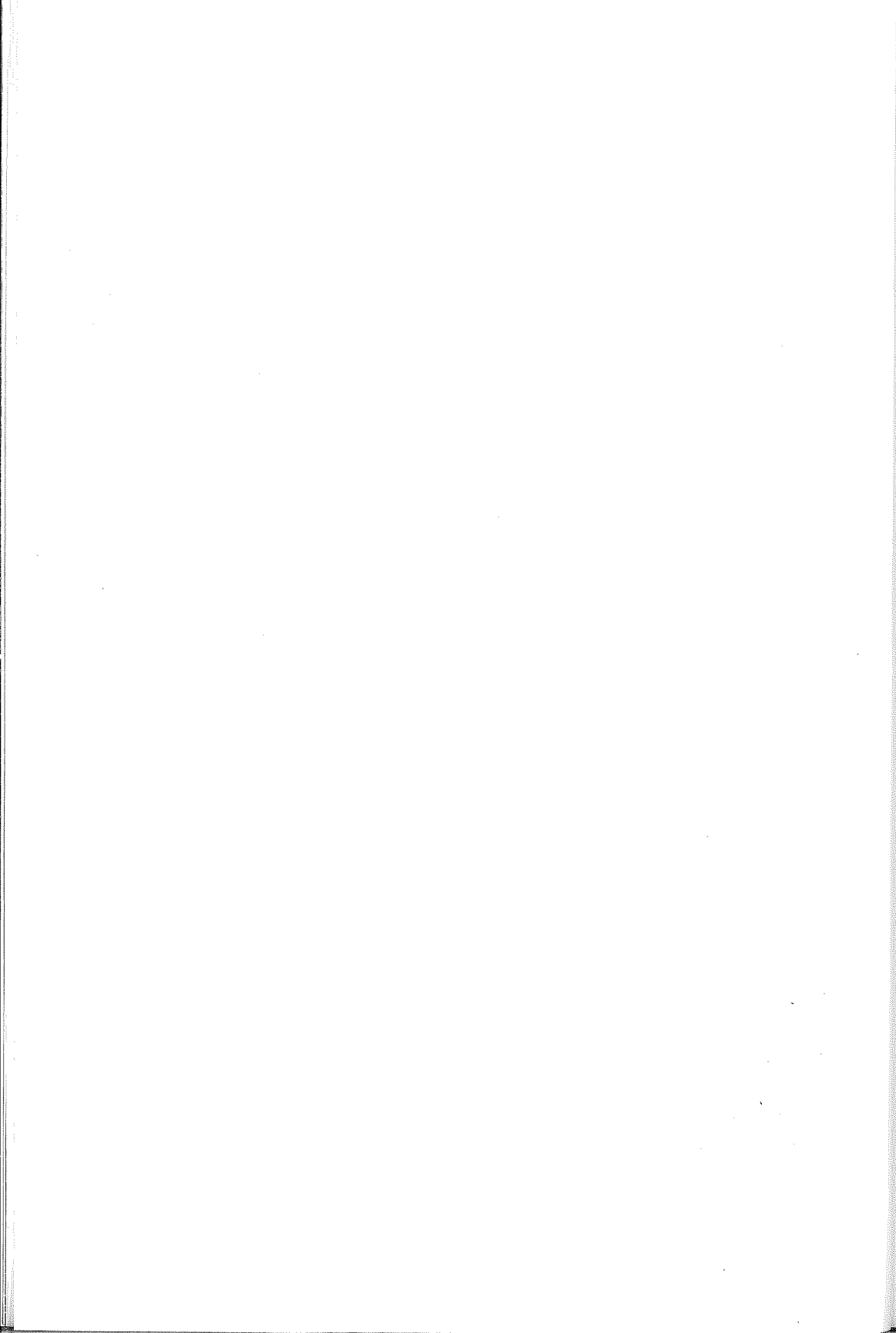
Dergimiz Hakkında / *About Our Journal*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.



Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

- Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / Editorial Board

- Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi Aral, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi
Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel
Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law
Prof. Dr. Haluk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft;
Bundessozialgericht, Kassel
Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat
Bölüm Başkanı; Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm
Başkanı
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl
für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts
für Völkerrecht
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-
Chairman
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Doç. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ali Şanver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Carson W. Clements, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ozan Turhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Margarite Helena Turhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. Fulya Eroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. Tülay Özer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. Ülkem Cansu Aygün, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ**

**PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL
OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW**

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDD) is a peer reviewed journal published twice a year.

2. Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft

Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8. Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9. Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anon-

ymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

12. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

13. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

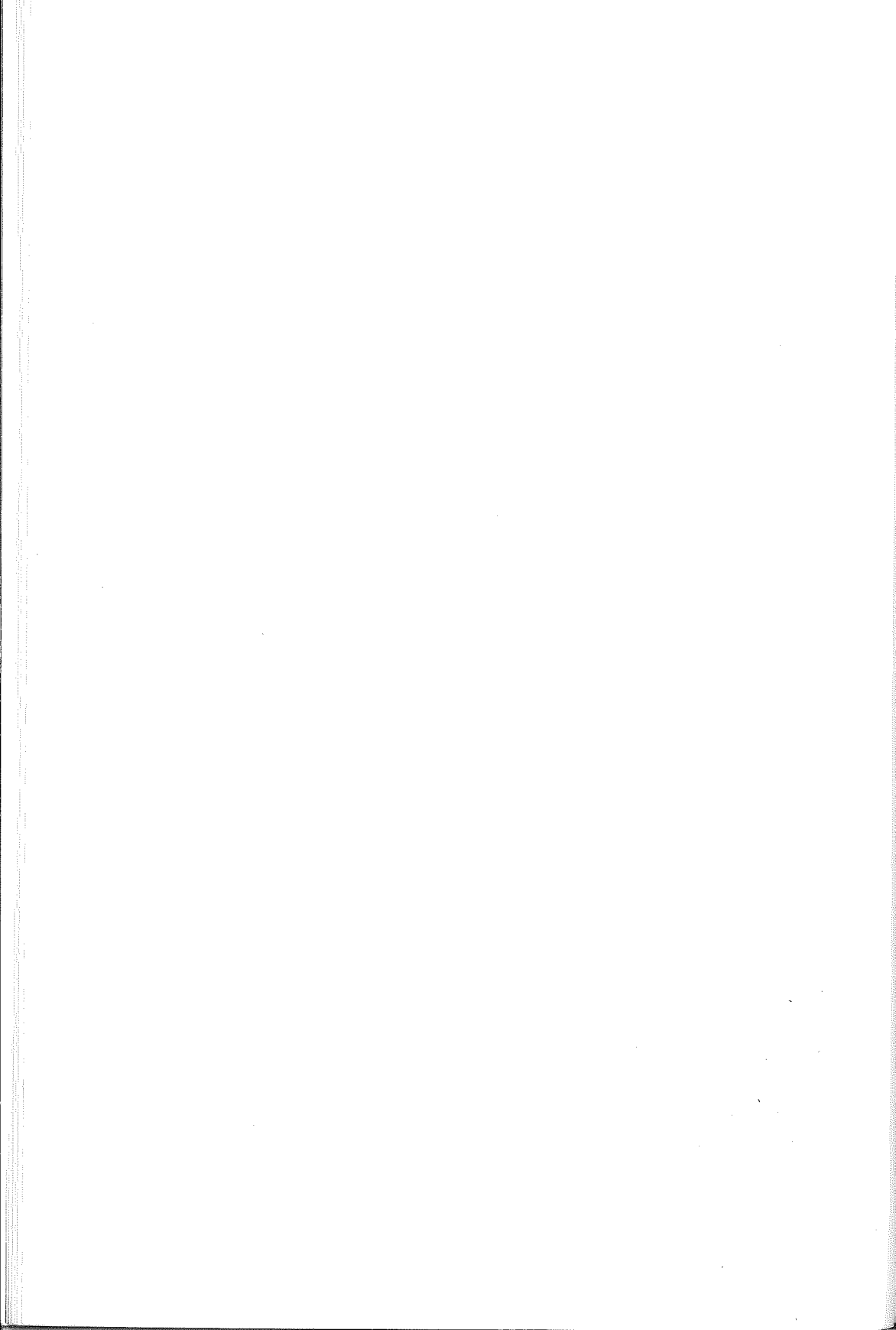
*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

14. Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODIS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM'e** kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

15. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).



Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ın Özgeçmişi

Profesör Dr. Duygun Yarsuvat, 18 Ağustos 1937 tarihinde İstanbul'da doğmuştur.

Orta öğrenimini İstanbul, Galatasaray Lisesi'nde (1948-1957) tamamladıktan sonra, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1961 yılında mezun olmuştur. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne asistan olarak atanmıştır. Lisansüstü eğitim çalışmalarına İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde başlamış, 1964 yılında Belçika'da Brüksel Kitle İletişim Araçları Enstitüsü; 1966 yılında Amerika'da Princeton Üniversitesi'nde devam etmiştir. 1966 yılında "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri" başlıklı teziyle "hukuk doktoru" ünvanını almıştır. 1971 yılında ise aynı Üniversitede "Trafik Suçları Kriminolojisi" isimli Doçentlik tezi, jüri tarafından ittifakla kabul edilerek "doçentlik" payesine yükseltilmiştir. 1978 yılında "Çalışma Ceza Hukuku" başlıklı profesörlük tezi İstanbul Üniversitesi tarafından kabul edilerek, "profesör" ünvanına sahip kılınmıştır.

1967 yılında Amerika'da Columbia Üniversitesi'nde Karşılaştırmalı Hukuk Mastarı; 1978 yılında da İsviçre'de Cenevre Uluslararası Çalışma Örgütü kapsamında sürdürmüştür.

1971-1997 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Siyasal Bilgiler Fakültesi'ndeki görevi süresince Ceza Hukuku, Kriminoloji ve Ceza Usul Hukuku alanlarında dersler vermiştir. Verdiği dersler arasında, kriminoloji, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna ek olarak insan hakları hukuku, fikri mülkiyet hukuku, basın hukuku ve bilişim hukuku yer almaktadır. 1983 ve 1986 yılları arasında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde konuk profesör olarak Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku alanlarında ders vermiştir. 1997 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeliği görevine başlamış, 2008 yılına kadar kesintisiz Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku derslerini bu Üniversitede sürdürmüştür.

Profesör Yarsuvat, 1987-1988 ve 1996-1997 yılları arasında Türk Ceza Kanunu Hazırlama Komisyonu'nda üyelik yapmıştır. 1988 ve 1992 yılları arasında Avrupa Konseyi Suç Sorunları Komitesi'nde Bilimsel Kriminolojik Konseyi'ne seçilmiş ve bu komitenin 4 yıl üyeliğini yapmıştır.

Akademik çalışmaları yanında Duygun Yarsuvat idari görevler de yüklenmiş, 1983-1997 yılları arasında İstanbul Siyasal Bilgiler Fakültesi Senato Üyesi, Yönetim Kurulu Üyeliği görevlerini sürdürmüştür.

1997 yılında Galatasaray Üniversitesi'nde öğretim üyeliği görevini üstlenmiştir. 2001-2004 yılları arasında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Rektör Yardımcısı olarak görev yapan Profesör Yarsuvat, 2004 yılında Galatasaray Üniversitesi'ne Rektör seçilmiştir (2004-2008).

Profesör Yarsuvat, içinde bulunduğumuz yıla kadar Türk Ceza Hukuku Derneği'nde kurucu üye; Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nde ise Yönetim Kurulu üyesi sıfatlarını haizdir.

Profesör Yarsuvat halen Yeditepe Üniversitesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans ve lisansüstü öğrencilere ceza muhakemesi ve ceza hukuku dersleri vermektedir.

Profesör Dr. Duygun Yarsuvat'ın birden fazla bilimsel kitabı, onlarca Türkçe, Fransızca, İngilizce makaleleri bulunmaktadır.

"Association Internationale des Criminologues de Langue Française", "Association International de Droit Penal (AIDP)", "Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire", Türk Ceza Hukuku Derneği isimli kuruluşların üyesi bulunmaktadır.

Akademik faaliyetlerinin yanında, 1965 yılından bu yana İstanbul Barosu'na kayıtlı olan ve 1965 ve 1994 yılları arasında Yarsuvat Hukuk Bürosu'nda avukatlık yapan Profesör Yarsuvat, 1994 yılından bu yana Duygun Yarsuvat & Ömür Yarsuvat ünvanlı Hukuk Bürosu'nda avukatlık faaliyetine devam etmektedir.

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ın Eserleri

I. KİTAPLAR

1. **“Criminologie comparée : aspects theoriques et empiriques La question des violences domestiques”**, Karşılaştırmalı Kriminoloji : Teorik ve Deneysel Boyut Aile İçi Şiddet Sorunu, Sous la direction de Duygun Yarsuvat et/ve Nicolas Queloz yönetiminde, Actes du Xe Colloque de l'Association Internationale des Criminologues de Langue Française Istanbul, les 22-23 mai 2006, Uluslararası Fransızca Konuşan Kriminologlar Derneği X. Kolokyumu Notları, İstanbul 22-23 Mayıs 2006, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/2.
2. **“Colloque de droit du sport”**, Spor Hukuku Kollokyumu, Sous la direction de Duygun Yarsuvat et/ve Denis Oswald yönetiminde, “Colloque de droit du sport” Université de Galatasaray, Istanbul 25 mai 2005, “Spor Hukuku Kolokyumu”, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 25 Mayıs 2005, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
3. **“Justice, Ethique et Sport”**, Adalet, Etik ve Spor, Sous la direction de Duygun Yarsuvat et/ve Pierre-Henri Bolle yönetiminde, Actes du séminaire “Justice, Ethique et Sport”, Université de Galatasaray, Istanbul, 16 avril 2004, “Adalet, Etik ve Spor” Semineri Notları, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 16 Nisan 2004, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
4. **“La violence et le fanatisme dans le sport”**, Sporda Şiddet ve Fanatizm, Sous la direction de/yönetiminde, Duygun Yarsuvat et/ve Pierre-Henri Bolle, Actes du séminaire, “La violence dans le sport et le fanatisme”, des Journées de Galatasaray, Istanbul, 20-21 décembre 2002, Sporda Şiddet ve Fanatizm Semineri Notları, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 20-21 Aralık 2002, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
5. **“Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire”**, İnfaz Hukuku Alanında Güncel Sorunlar ve Yeni Yaklaşımlar, Sous la direction de, Pierre-Henri Bolle et/ve Duygun Yarsuvat Yönetiminde, Actes des Journées de Galatasaray, Istanbul les 4-7 Septembre 2002, Galatasaray Semineri Notları, İstanbul 4-7 Eylül 2002, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
6. **“Türk Hukuku'nda Eser Sahibi ve Hakları”**, İstanbul Sermet Arkadaş Matbaası, 1984.

7. “Çalışma Ceza Hukuku”, İstanbul Sermet Arkadaş Matbaası,1978 (PROFESÖRLÜK TEZİ).
8. “Kat Mülkiyeti Kanunu”, İstanbul 1975.
9. “Türkiye’de Taşıtlar ve Şoförler”, İstanbul Divan Matbaacılık 1973 (Dönmezer, Cihan, Yarsuvat).
10. “Trafik Suçları Kriminolojisi”, İstanbul, Sermet Arkadaş Matbaası, 1972, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1795 (DOÇENTLİK TEZİ).
11. “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri”, İstanbul Sermet Arkadaş Matbaası, 1968, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1809 (DOKTORA TEZİ).

II. MAKALELER

A) TÜRKÇE MAKALELER

1. “Banka ve Kredi Kartlarına İlişkin Sapmalar”, Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, Sayı : 3, Temmuz 2008.
2. “Delil Yasakları”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3. Yılı Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği, Haziran 2008, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.
3. “Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”, Türk Ceza Kanununun 2. Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No :10, İstanbul, Nisan 2008.
4. “Teşebbüs ve İştirakin Genişlemesi”, Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, Sayı: 1, Ocak 2008 [Prof. Dr. Duygun Yarsuvat – Prof. Dr. Köksal Bayraktar].
5. “Yeni Türk Ceza Kanununun Genel İlkeleri ve Tanımlar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006.
6. “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu Genel İlkeleri: İki Önemli Kavram: Uzlaşma ve Arama”, 14.05.2005 tarihinde Balıkesir Barosu ve Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Ortaklaşa Düzenlediği “Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu” Sempozyumu, Balıkesir Barosu Dergisi, 2005.
7. “Kredi Kartı Sahtekarlık, Dolandırıcılıklarınının AB Ülkeleri Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Bankalar Arası Kart Merkezi tarafından 8-10 Nisan 2005 tarihlerinde düzenlenen Hukuki Açından Banka Kartı ve Kredi Sempozyumunda sunulan tebliğ, İstanbul 2005.
8. “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar”, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No : 7, 5 Mart 2005.

9. **"Siyasi veya Dini Bir Görüşün Eğitimi Zorunlu Olabilir mi?"**, Güncel Hukuk, Sayı 14, Şubat 2005, syf. 58.
10. **"Finansal Hizmetler Kanunu Tasarısı Taslağında Yer Alan Ceza Hükümlerine Genel Bir Bakış"**, Türk-İsviçre Banka Hukuku Haftası, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Ticaret Üniversitesi, 16-17 Aralık 2004, İstanbul 2005.
11. **"Yeni Ceza Kanunu Tasarısının Genel Değerlendirmesi"**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından 10.09.2004'te düzenlenen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Sempozyumunda sunulan ortak proje, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Syf. 31-39, İstanbul 2004.
12. **"Tanığın Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı ile İlgili Galatasaray Üniversitesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Tarafından Hazırlanan Rapor"**, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1.
13. **"Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu"** Prof. Dr. Köksal Bayraktar ile ortaklaşa hazırlanan makale, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1.
14. **"Müstehcenliğin Neresindeyiz?"**, TCK Tasarısında Sona Doğru, Güncel Hukuk, Sayı 9, Eylül 2004, syf. 49.
15. **"İnsan Haklarının Oluşmasında Avukatın Rolü"**, Ankara Barosu, Hukuk Kurultayı 2004, Cilt 2, Syf. 209, Ankara.
16. **"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler"**, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları, No.1, İstanbul 2003.
17. **"Değişik Hukuk Sistemlerinde Düşünce ve Düşünceyi Açıklama Hürriyeti"**, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul 2003.
18. **"Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuk Uygulamasında Din Özgürlüğü ve Dinin Himayesi"**, Ankara Barosu, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 2, syf. 92, Ankara.
19. **"Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu"**, Sahir Erman'a Armağan, syf. 889-918, İstanbul 1999.
20. **"Hukuk Reformu Çalışmaları Arasında Hukuk Eğitiminin Değerlendirilmesi"**, Yeni Türkiye, Sayı10, syf. 908, Ankara 1996.
21. **"Hukukta Bilgisayar Kullanımı ile Ortaya Çıkan Sorunlar ve Türk Hukuku"**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri, İstanbul 1996.

22. **“Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi”**, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 10, İstanbul 1995.
23. **“Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanuna İlişkin Görüşler”**, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 7, İstanbul 1995.
24. **“Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması”**, Galatasaray Üniversitesi İnan Kıracı’ya Armağan, Sayı I, syf. 333, Ankara 1994.
25. **“Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılanmasında Yeni Sorunlar”**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı I-IV, Cilt L, İstanbul 1984.
26. **“Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumu”**, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 2, Yıl 2, İstanbul, 1984.
27. **“Laik Eğitim ve Ceza Hukuku”**, Atatürk Sempozyumu, syf. 267-310, İstanbul 1983.
28. **“Trafikte İnsan Faktörü”**, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Yıl 1, İstanbul 1983.
29. **“Sıkı Yönetim Uygulamasında Çalışma Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenlemeler”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi Konferansları, syf. 89-114, İstanbul 1983.
30. **“Grev ve Lokavt Uygulamasında Ceza Hukukunun Sınırları”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XLV-XLVII, syf. 289, İstanbul 1982.
31. **“Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”**, TCK’nun 50. Yılı ve Geleceği, syf. 647-684, İstanbul 1977.
32. **“6085 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısı Konusunda Görüşler”**, Kolokyum, İstanbul Sulhi Garan Matbaası, syf. 63-93, İstanbul 1977.
33. **“Türkiye’de Şehirleşme ve Ceza Adaleti, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri Sempozyumu II”**, İstanbul 1974.
34. **“Ceza Kanunu Uygulamasında Memur”**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXV, syf. 1/4, 1969.
35. **“Siyasi Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler”**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXIII, syf. 3/4, 1968.
36. **“Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini”**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXII, syf. 1, 1966.

37. "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXX, syf. 3/4, 1965.
38. "Kanun Dışı Grev", İktisat Dergisi, Mayıs 1965.
39. "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 30, Sayı 1-2, 1964
40. "Sovyet ve Amerikan Ceza Hukuklarında Kıyas Prensiplerinin Değerlendirilmesi", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri, Yıl 1, No:2, 1963.
41. "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası" İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 29, Sayı 3, 1963.

B) YABANCI DİLDE MAKALELER

1. "The expansion of the concepts of complicity and attempt", Suç ve Ceza Dergisi, Cilt 1, Syf. 117, (co-auteur: Köksal Bayraktar), Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'ne Sunulan Rapor, 2007.
2. "La paradoxe de la violence", Actes du Xe Colloque de l'Association Internationale des Criminologues de Langue Française Istanbul, les 22-23 mai 2006.
3. "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe 'Ne bis in idem'", Rapport turc présenté au XII ème congrès international de l'Association Internationale de Droit Pénal", 2003.
4. D.Yarsuvat, Sirgy, Cole, Kosenko, Meadow, Rahtz, Cicic, Jin, Blenkhorn and Nagpal, 1995, "A Life Satisfaction Measure: Additional Validational Data for the Congruity Life Satisfaction Measure", Netherlands.
5. "Drugs Abuse In Turkey Measures- Penalties and Prevention", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, İstanbul 1993, 3-4-5, 3.
6. "Criminal Policy Regarding Protection of the Victim", Crime and Its Victims: International Research and Public Policy Issues, New York, Syf. 239-249, 1987.
7. "Urbanization and administration of Justice in Turkey", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, syf. 395-414, Istanbul 1974.
8. "Les Infraction Routières en Turquie", Revue Internationale de Droit pénal, no:3 et4 1971 p. 295-301.
9. "Traffic Courts in United States", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 1968 nos 29-32.

III. ÇEVİRİ

1. D.Yarsuvat, 1977, '**Alman Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler**', H. Schuler-Springorum, TCK'nun 50. yılı ve Geleceği, İstanbul, syf. 793-802.
2. D.Yarsuvat, 1969, '**Ailenin Ceza hukuku Yönünden Korunması**', Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, sayı 10, syf. 908.
3. D.Yarsuvat, 1969, '**Code de la Presse**', Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, İstanbul, syf. 33-35.
4. D.Yarsuvat, 1968, '**Case on the Constitutionnality of Articles 141,142 of the Penal Code**', Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, İstanbul, syf. 29-32.

IV. KRONİK

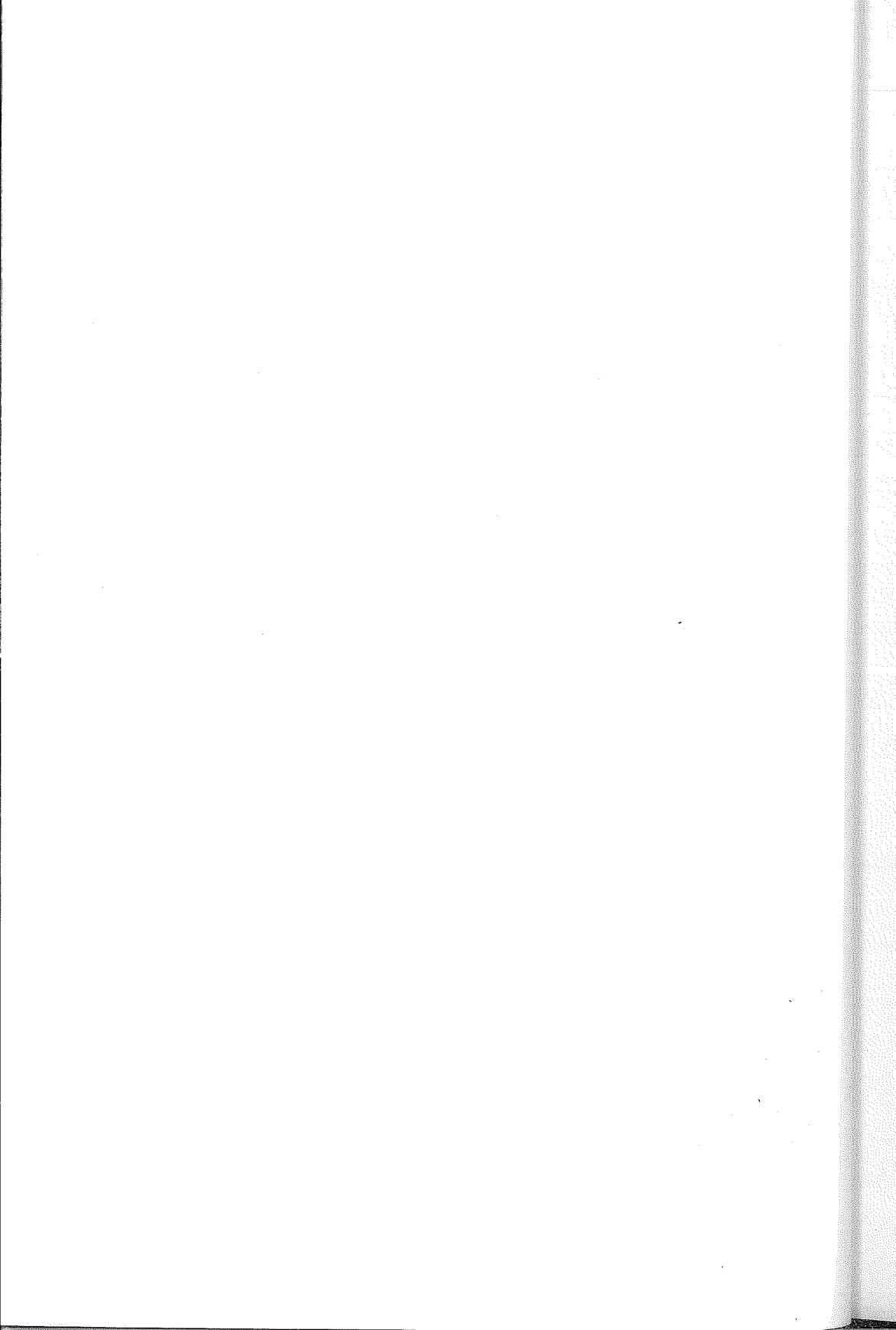
1. '**Kanuna Aykırı Toplanmalar**' (Karar İncelemesi), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 1969, Yeni Seri Yıl:3 No:5.
2. '**Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle**', Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, İstanbul 1969, Syf. 33-35.
3. '**Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle**', Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, İstanbul 1963, Syf. 29-32.
4. '**Chronique**', Annuaire de Legislation Français et Etrangère, Paris, t.XII, Syf. 529-533 1963.

V. PROJELER

22-27 Eylül 2009'da İstanbul'da toplanacak AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Derneğinin Dünya Kongresi oluşturulması

ÜYESİ OLDUĞU VE GÖREV ÜSTLENDİĞİ ULUSAL VE ULUSLARARASI KURULUŞLAR

- Association Internationale des Criminologues de Langue Française
- Association Internationale de Droit Penal (AIDP) (Yönetim Kurulu Üyeliği)
- Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire (Mütevelli Heyet Üyeliği)
- Türk Ceza Hukuku Derneği (Kurucusu ve Başkanı)
- İstanbul Barosu (1965-)
- Galatasaraylılar Derneği (Başkanı)
- Galatasaray Eğitim Vakfı (Mütevelli Heyet Üyeliği)
- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mezunları Derneği



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: IX, Sayı: 2, Yıl: 2012

İÇİNDEKİLER

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri.....	XI
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ın Özgeçmişi	XV
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ın Eserleri.....	XVII
I. Kitapları	XVII
II. Makaleler.....	XVIII
A. Türkçe Makaleler.....	XVIII
B. Yabancı Dilde Makalalar.....	XXI
III. Çeviri.....	XXII
IV. Kronik.....	XXII
V. Projeler.....	XXII
Üyesi Olduğu ve Görev Üstlendiği Ulusal ve Uluslararası Kuruluşlar	XXIII

Hatıra Yazıları

Haluk KABAALIOĞLU Hocam Prof. Dr. Duygun Yarsuvat.....	5
Köksal BAYRAKTAR Prof. Dr. Duygun Yarsuvat: Ceza Hukukuna Çağdaş Açından Bakabilmek	7
Hamdi YASAMAN Prof. Yarsuvat'a	11
Neşe KIZIL Duygun Yarsuvat Hoca'ya Sevgi ve Saygılarımla.....	13
A. Cenk KESKİN Duygun Hocam.....	15
N. Kaan Karcıoğlu Asistan'dan Hocasına.....	17

İhsan Ömür YARSUVAT

Babam ve Ustam..... 21

Şehnaz CELEP

Değerli Hocam Prof. Dr. Duygun Yarsuvat için..... 29

Bilimsel Yazılar**Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN / Av. N. Kaan KARCILIOĞLU**Çağdaş Demokratik Toplumda Özel Hayatın Korunması
Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan
İletişimin Denetlenmesi 35**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR**

Göçmen Kaçakçılığı Suçu 57

Prof. Dr. Hamdi YASAMANKırmızı Rengin Marka Olarak Alınması Konusunda
AB Temyiz Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler 75**Prof. Dr. Nur CENTEL**

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Şantaj Suçu 101

Prof. Dr. Ersan ŞEN

Milli İstihbarat Teşkilatı Mensuplarının Soruşturulması ve Tanıklığı .. 123

Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU

Türk Hukukunda Gıda Suçları ve Kabahatleri 135

Prof. Dr. Pierre-Henri BOLLEÇeviren: Dr. Güçlü AKYÜREK
Risk Yönetimi, Özen İlkesi ve Suç Politikası 157**Prof. Dr. Doğan SOYASLAN**

İhaleye Fesat Karıştırma Suçu 167

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi..... 213

Av. Fikret İLKİZ

Avrupa Edebiyat Mirası Olan Müstehcen Edebiyata Ulaşma Hakkı 227

Doç. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK

Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi ve Yaşam Hakkı..... 239

Doç. Dr. Vesile SONAY EVİK

Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu 287

Doç Dr. Muharrem ÖZEN / Ar. Gör. Mustafa ÖZEN

Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları..... 301

Doç. Dr. Abdullah DEMİR Hukuk Tarihimizde Tartışma Metodları	331
Yrd. Doç. Dr. Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU Doç. Dr. Murat İNCEOĞLU Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçları.....	349
Yrd. Doç. Dr. Neşe KIZIL Tarihsel Süreç İçinde Üniversitelerimizin Yapısal ve Hukuki Anlamda Geçirdiği Değişimler ve Bazı Çözüm Önerileri.....	387
Yrd. Doç. Dr. Elgiz YILMAZ Halkla İlişkilerin Bugünü ve Yeni Eğilimler	417
Yrd. Doç. Dr. Ali Hakan EVİK Ceza Normlarının Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi	429
Yrd. Doç. Dr. R. Barış ERMAN Ceza Hukukunun Dönüşümü.....	447
Yrd. Doç. Dr. Halime YÜCEL Reklamlarda Erkek İmgesi	481
Ar. Gör. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ Tutuklanan Kişinin Teminatla Salıverilmesi ve Çevrenin Korunması ...	491
Ar. Gör. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL Türk Ceza Kanununa Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m. 241)	511
Ar. Gör. Dr. Birden GÜNGÖREN Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des Deutschen Idealismus	523
Ar. Gör. Dr. Çağla TANSUĞ Fransa ve Türkiye'de Elektronik Haberleşme ve Elektrik Hizmetlerinin Regülasyonuna İlişkin Bir Değerlendirme	549
Öğ. Gör. Reha TANÖR Finansal Risk Denetiminde Dikkate Alınması Gereken Bir Kriz Kaynağı: Fail ile Mağdurun Telahuku	559
Av. N. Kaan KARCILIOĞLU Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu ile Korunan Hukuki Menfaat ve Suçun Hukuki Niteliği (TCK m. 220)	599
Ar. Gör. Onur Kemal KERMAN Cezai Alanda Adil Yargılanma Hakkı ve Türk İdari Yargı Yerleri	617
Ar. Gör. Fulya EROĞLU Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler.....	633

Ar. Gör. Nazlı Hilal ÇELİK	
Haksız Rekabet	659
Ar. Gör. Ülkem Cansu AYGÜN	
Yabancı Kanunların İktibası	691
Av. Bedia Ayşegül TANSEN	
Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlallerinin Amerikalılararası İnsan Hakları Sistemi Tarafından Denetimi	713
Huk. Müş. Cahid DOĞAN	
Etik – Ahlak Açılarında Bilimsel Araştırma ve Yayın	729
Av. Aysun DALKILIÇ	
Müdafiin Hakları	743
Av. Şule ULUÇ	
İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi	771
Av. Esen İRTEM	
Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Üçüncü Kişilere Karşı Sahip Olduğu Haklar.....	797
Av. Deniz Merve ERSOY PINAR	
Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinde Geçerlilik Şartları	835
Berk DEMİRKOL	
Pay Sahiplerinin Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları.....	851

Doç Dr. Muharrem ÖZEN Ar. Gör. Mustafa ÖZEN Illegal Evidence in Penal Procedure Law	301
Doç. Dr. Abdullah DEMİR Discussion Methods in Our Legal History	331
Yrd. Doç. Dr. Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU Doç. Dr. Murat İNCEOĞLU The Crime of the Breach of Obligation in Family Law (TPC Art. 233)....	349
Yrd. Doç. Dr. Neşe KIZIL The Historical Process of Structural and Legal Changes of Our Universities and Some Suggestions for a Solution	387
Yrd. Doç. Dr. Elgiz YILMAZ Public Relations Today and New Tendencies	417
Yrd. Doç. Dr. Ali Hakan EVİK Consideration of a Decision of the Supreme Court on the Application of Criminal Laws Ratione Temporis	429
Yrd. Doç. Dr. R. Barış ERMAN Transformation of Criminal Law	447
Yrd. Doç. Dr. Halime YÜCEL Male Image on Advertisements	481
Ar. Gör. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ Release on Bail of Detainees and Protection of the Environment: A Study on the "Mangouras v. Spain" Judgment of the European Court of Human Rights	491
Ar. Gör. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL An Evaluation About the Crime of Usuary in the View of the Turkish Penal Code (TPC Art. 241)	511
Ar. Gör. Dr. Birden GÜNGÖREN Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des deutschen Idealismus	523
Ar. Gör. Dr. Çağla TANSUĞ An Evaluation of the Regulation of Electronic Communications and Electricity Services in France and in Turkey	549
Öğ. Gör. Reha TANÖR A Source of Crisis to Consider in Financial Risk Audit: The Contention between Offender and Victim.....	559
Av. N. Kaan KARCILIOĞLU Protected Legal Interests and Legal Characteristics of Offence of Criminal Association (TPC Art. 220)	599

Doç Dr. Muharrem ÖZEN Ar. Gör. Mustafa ÖZEN Illegal Evidence in Penal Procedure Law	301
Doç. Dr. Abdullah DEMİR Discussion Methods in Our Legal History	331
Yrd. Doç. Dr. Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU Doç. Dr. Murat İNCEOĞLU The Crime of the Breach of Obligation in Family Law (TPC Art. 233)....	349
Yrd. Doç. Dr. Neşe KIZIL The Historical Process of Structural and Legal Changes of Our Universities and Some Suggestions for a Solution	387
Yrd. Doç. Dr. Elgiz YILMAZ Public Relations Today and New Tendencies	417
Yrd. Doç. Dr. Ali Hakan EVİK Consideration of a Decision of the Supreme Court on the Application of Criminal Laws Ratione Temporis	429
Yrd. Doç. Dr. R. Barış ERMAN Transformation of Criminal Law	447
Yrd. Doç. Dr. Halime YÜCEL Male Image on Advertisements	481
Ar. Gör. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ Release on Bail of Detainees and Protection of the Environment: A Study on the "Mangouras v. Spain" Judgment of the European Court of Human Rights	491
Ar. Gör. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL An Evaluation About the Crime of Usuary in the View of the Turkish Penal Code (TPC Art. 241)	511
Ar. Gör. Dr. Birden GÜNGÖREN Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des deutschen Idealismus	523
Ar. Gör. Dr. Çağla TANSUĞ An Evaluation of the Regulation of Electronic Communications and Electricity Services in France and in Turkey	549
Öğ. Gör. Reha TANÖR A Source of Crisis to Consider in Financial Risk Audit: The Contention between Offender and Victim.....	559
Av. N. Kaan KARCILIOĞLU Protected Legal Interests and Legal Characteristics of Offence of Criminal Association (TPC Art. 220)	599

JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: IX, No: 2, Year: 2012

CONTENTS

Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN Av. N. Kaan KARCILIOĞLU Surveillance and Interception of Communications in a Modern Democratic Society from a Right to Privacy Perspective	35
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR Crime of Migrant Smuggling	57
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN Opinions on a Decision of European Union Court of Appeals Regarding Colour of Red as a Trade Mark	75
Prof. Dr. Nur CENTEL The Crime of Extortion in the Turkish Penal Code, Law No. 5237.....	101
Prof. Dr. Ersan ŞEN Investigation and Testimony of Members of the National Intelligence Organization	123
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU Crimes and Misdemeanours About Nutrition in Turkish Law	135
Prof. Dr. Pierre-Henri BOLLE Çeviren: Dr. Güçlü AKYÜREK Risk Management, Principle of Prudence and Criminal Policy.....	157
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN Crime of Bid Rigging	167
Prof. Dr. Hamide ZAFER Public Official in the Application of Criminal Law	213
Av. Fikret İLKİZ The Right of Access to Obscene Literature Which is the Heritage of European Literature	227
Doç. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK Authority of Police About the Usage of Weapons and the Right to Life	239
Doç. Dr. Vesile SONAY EVİK The Problem of Expansion of Causes That Affect the Crime, Under the Notion of Participation	287

Doç Dr. Muharrem ÖZEN Ar. Gör. Mustafa ÖZEN Illegal Evidence in Penal Procedure Law	301
Doç. Dr. Abdullah DEMİR Discussion Methods in Our Legal History	331
Yrd. Doç. Dr. Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU Doç. Dr. Murat İNCEOĞLU The Crime of the Breach of Obligation in Family Law (TPC Art. 233)....	349
Yrd. Doç. Dr. Neşe KIZIL The Historical Process of Structural and Legal Changes of Our Universities and Some Suggestions for a Solution	387
Yrd. Doç. Dr. Elgiz YILMAZ Public Relations Today and New Tendencies	417
Yrd. Doç. Dr. Ali Hakan EVİK Consideration of a Decision of the Supreme Court on the Application of Criminal Laws Ratione Temporis	429
Yrd. Doç. Dr. R. Barış ERMAN Transformation of Criminal Law	447
Yrd. Doç. Dr. Halime YÜCEL Male Image on Advertisements	481
Ar. Gör. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ Release on Bail of Detainees and Protection of the Environment: A Study on the "Mangouras v. Spain" Judgment of the European Court of Human Rights	491
Ar. Gör. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL An Evaluation About the Crime of Usuary in the View of the Turkish Penal Code (TPC Art. 241)	511
Ar. Gör. Dr. Birden GÜNGÖREN Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des deutschen Idealismus	523
Ar. Gör. Dr. Çağla TANSUĞ An Evaluation of the Regulation of Electronic Communications and Electricity Services in France and in Turkey	549
Öğ. Gör. Reha TANÖR A Source of Crisis to Consider in Financial Risk Audit: The Contention between Offender and Victim.....	559
Av. N. Kaan KARCILIOĞLU Protected Legal Interests and Legal Characteristics of Offence of Criminal Association (TPC Art. 220)	599

Ar. Gör. Onur Kemal KERMAN Right to a Fair Trial in Criminal Law and Turkish Administrative Courts	617
Ar. Gör. Fulya EROĞLU The Concept of aberratio ictus and Provisions Applicable in Cases of aberratio ictus in Turkish Penal Law.....	633
Ar. Gör. Nazlı Hilal ÇELİK Unfair Competition.....	659
Ar. Gör. Ülkem Cansu AYGÜN The Adaptation of Foreign Laws.....	691
Av. Bedia Ayşegül TANSEN The Control of the Inter-American Human Rights System on International Humanitarian Law Violations.....	713
Huk. Müş. Cahid DOĞAN Scientific Research and Publication From the View Point of Ethics and Morals	729
Av. Aysun DALKILIÇ Rights of the Defender.....	743
Av. Şule ULUÇ Termination of Employment Contract with a Valid Reason	771
Av. Esen İRTEM Exclusive Distributorship Agreement and Rights of the Exclusive Distributor Against Third Parties	797
Av. Deniz Merve ERSOY PINAR Validity Terms in Suretyship and Guarantee Contracts.....	835
Berk DEMİRKOL The Restriction on the Transfer of Shares Introduced by Shareholders Agreements	851

PROF. DR.
DUYGUN YARSUVAT'A
ARMAĞAN



Hatıra Yazıları



Hocam Prof. Dr. Duygun Yarsuvat

*Haluk KABAALIOĞLU**

Ülkemiz hukuk dünyasının ve özellikle Ceza Hukuku alanının en önemli isimlerinden biri olan değerli Hocam Prof. Dr. Duygun Yarsuvat adına Armağan çıkarmak Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi için büyük bir onur teşkil etmektedir.

Kırk yılı aşkın bir süre İstanbul, Marmara ve Galatasaray Üniversitelerinde Ceza Hukuku, Kriminoloji ve Ceza Usul Hukuku dersleri veren değerli hocamızın üç yıldır Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verdiği derslere diğer üniversitelerden de çok sayıda öğrenci ve araştırma görevlisinin de katılmakta olması derslerin ne kadar zevkli geçtiğinin bir kanıtıdır.

ABD'de Princeton ve Columbia Üniversitelerinde yüksek lisans çalışmalarını tamamlayan hocamız, Brüksel'de ve Cenevre'de bilimsel çalışmalarını sürdürmüş, İstanbul Üniversitesi'nde yoğun ders yüküne rağmen, o tarihlerde yeni kurulan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi kadrosuna destek olarak Ceza Hukuku derslerini de üstlenmiştir.

Profesör Yarsuvat, 1987-1998 yılları arasında rahmetli Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer hocamızın başkanlığında sürdürülen Türk Ceza Kanunu Hazırlama Komisyonu üyesi olarak tüm çalışmalara katılmış, ülkemizde belki de ilk kez ülke bilim adamlarının ülkemiz gerçeklerini ve uygulamalarını da dikkate alarak büyük bir titizlikle yıllarca uğraşarak hazırladıkları metin büyük ölçüde bir kenara itilerek, söz konusu bilim komisyonunun çalışmalarına itibar edilmemiştir. Bir kaç ay içinde devşirilen yeni bir metnin yasalaşması ile ne kadar büyük sorunlarla karşılaşmakta olduğumuzu gördükçe Dönmezer Komisyonu'nun çalışmalarının bir kenara itilmesine esef etmemek mümkün değildir.

* Prof. Dr., LL.M.(Columbia); LL.M(Brussels)
Dekan, Jean Monnet Profesörü (ad personam)
Avrupa Hukuk Fakülteleri Birliği (ELFA) Başkan Yardımcısı
İktisadi Kalkınma Vakfı Yönetim Kurulu Başkanı

Naboland davası ile büyük ün kazanan Yarsuvat Hukuk bürosunda uzun yıllar çalışan hocamız şimdi de Duygun & Ömür Yarsuvat isimli büroda çalışmalarını sürdürmektedir.

Duygun Yarsuvat hocamızın meslek hayatının en yoğun dönemi hiç kuşkusuz on yılı aşkın bir süre, öğretim üyesi, Hukuk Fakültesi Dekanı, Rektör Yardımcısı ve Rektörü olarak görev yaptığı Galatasaray Üniversitesi'nde geçmiştir.

Hocamızın Dekanlığı döneminde Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi altın dönemini yaşamış, çok sayıda genç bilim adamını yurt dışına göndererek en iyi şekilde yetiştirmeleri için büyük çaba harcamıştır. 2004-2008 döneminde ise Rektörlüğünü üstlendiği Üniversite'nin gerçekleştirdiği uluslararası düzeydeki seminer ve kolloklar yabancı ülkelerde de büyük ses getirmiş ve üniversite önemli atılımlar yapmıştır. O yıllarda yurt dışında görüştüğüm çok sayıda yabancı hukukçunun Galatasaray Hukuk Fakültesi'nden sitayişle söz ettiğini, orada ders verdiklerini söylerken gözlerindeki ışıltıyı hep hatırlarım.

“Armağan”ların giriş bölümünde yer alan yazılar aslında meslektaşların anılarına yer verilen, acı-tatlı hatıraların yad edildiği, esprili, gerektiğinde eleştirisel yorumlar içeren bir anlayışla çıkarılmaktadır. Buralarda yazılan yazıların bahane edilerek engellenmesi söz konusu olmamalıdır. Yarsuvat hocamız için hazırlanan bir Armağan'ın dört yıl Hukuk Fakültesi Dekanı ve dört yıl da Rektörü olduğu Üniversitede yayınlanmasının engellenmesi üzücü olduğu gibi üniversite geleneklerine pek de uygun düşmemiştir.

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu görevi üstlenmekten büyük onur duymaktadır.

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat:

Ceza Hukukuna Çağdaş Açıdan Bakabilmek

*Köksal BAYRAKTAR**

Aslında bu başlığı genişletebilmek pekala mümkün : Ceza hukukunu kriminoloji ile birleştirebilmek; ceza hukukundaki çatık kaşlılığın yerine güler yüzlülüğü getirebilmek; İstanbul Üniversitesi'nde ceza hukuku kürsüsünde Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'den ve Prof. Dr. Naci Şensoy'dan sonraki Galatasaray kuşağının önemli unsuru olabilmek gibi.....

Galatasaray geleneği ile bu yazıda Duygun Bey'e Duygun Ağabey diyeceğim, İstanbul Üniversitesi'nde, Galatasaraylılar Derneği'nde, Kulüpte, Galatasaray Üniversitesi'nde o hep benim ve arkadaşlarımızın Ağabeyi'dir. Galatasaraylı büyüğümüzdür.

Liseden 1960'lı yıllarda mezun olan bizlerin büyüğü, dostu, hocası, "gerçekten büyükle büyük, küçükle küçüğüdür." Konuşurken gülen yüzü; mizahi yönlerini ortaya çıkararak olayları anlatması, ciddi konuları hep ince bir duygu-düşünce örgüsü ile anlatması, ders vermez görüntüsü altında ders vermesi ile bizim Duygun Ağabeyimiz. "Hoşgörülü, çağdaş, yenilikçi ve gerçek liberal" tutumu ile hep genç kalmış Duygun Ağabeyimiz.....

Hiç unutmam, Hukuk Fakültesi ikinci sınıfındayız..... VI No.lu Amfi.... Kürsüde daha doktorasını vermemiş asistan Duygun Yarsuvat.... Ceza Hukuku Pratik Çalışmasını yapıyor. Dersten önce teneffüste bir öğrenci, bahçede biriken kardan yaptığı kartoplarını tavana atmış. Dersin başlarında, tavandaki kartopları parçalanarak kartaneleri gibi kürsünün üzerine düşmeye başladı, böyle bir şeyin Üniversitede olabilmesi karşısında şaşkınlık içindeydik ve asistanımızın bağırıp çağırmasını bekliyorduk... Hayır, genç Yarsuvat gülerik : ".....bakıyorum lisedeki adetleri, yaramazlığı buraya getirmişsiniz...." dedi ve bir şey olmamış gibi derse devam etti.

İstanbul Üniversitesi'nin, zor dönemlerinde 1960-1970 yılları arasında Duygun Ağabey, pek çok Galatasaraylının elinden tutan, dostluğu gösteren kişidir. Hukuk Fakültesi kütüphanesinden bizler için kitap alan, yazılı sınavlarda bizi yüreklendiren, esrillerle bizleri cesaretlendiren insandır...

* Prof. Dr. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

İstanbul Hukuk Fakültesi'nden mezun olup Fakülteye asistanlığa girmeye çalıştığım günlerde Fransa'ya "Amme İdaresi"nden devlet bursunu kazanarak gidebileceğimi duyunca yurt dışına gitmeye beni zorladığı günleri unutabilmek mümkün değildir. İstanbul Üniversitesi ile yabancı ülkelerdeki fakülteleri karşılaştırırken yaptığı benzetmeler karşısında yaşadığım kuşku, yılgınlık ve bezginlik hala unutmadığım duygulardır. Yol ayırımında İstanbul Hukuk Fakültesi'ni seçmemi yıllarca bu duygularla sorgulamışım.

Nihayet İstanbul Hukuk Fakültesi'ne girdiğim yıllarda Ceza Hukuku Enstitüsü'ndeki asistanlık odasındaki unutulmaz günlerdeki pek çok muzipliğin altındaki Duygun Ağabey... Mehmet Uluç'u, Sahir Bey'in sesini taklit ederek bürosuna gönderdikten sonra attığı kahkahalar; Sulhi Bey'in koltuğuna yayılıp elinde gazete ile yüzünü gizleyip Nermin Hanım'ı çağırışı, tiz sesle önce "Nerminnn..." diye bağırıp katılırca gülmesi, Erol Ağabey'in iftar için sakladığı pide ve peynirini yemesi... Çetin Bey, Erol Bey, Kayıhan Bey üçgeni yanındaki haşarı ve daima gülen genç adam... Tüm ceza hukuku asistanlarının birbirleri ile eğlenebildikleri, güle oynaya yaşadıkları, Sulhi Bey'in odasına korkarak girdikleri, ama hep Sulhi Bey'den, Sahir Bey'den öğrendiklerini dağarcıklarına yutarcasına aldıkları günler, yıllar.....

Bu yıllarda bir Galatasaraylılık eli uzanmıştı bana, "gel Basın Kanununu, Anayasa Mahkemesi kararlarının özetlerini Fransızca yayınlayalım", demişti Duygun Ağabey: Beraberce çalıştık ilk yıllar, hep eğlenen, esprili kişinin yerini ciddi bir bilim adamı alıyordu hemen.... Aynı zamanda hakkı teslim edici... Hiç unutmam, babası rahmetli İhsan Bey ile ilk karşılaşmamızda, "baba, bak sana bizim Köksal'ı tanıtayım, bu yıl Baro Bilim Ödülü'nü aldı, Galatasaraylıdır" demişti. Galatasaraylı bir küçüğü ile övünmesi beni ne kadar onurlandırmıştı.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ceza Kürsüsü'nün ikiye bölünmesinden sonra, Duygun Ağabey ile yollarımız ayrılmıştı. Sulhi Bey ile beraberken zor olan iki şeyi yaptı, önce avukatlığa başladı, sonra Siyasal Bilgiler Fakültesi'ne geçti ve devamla Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne gitti. 1999 yılı Haziran ayının son günlerinde Ceza Hukuku Enstitüsü merdivenlerinde karşılaştığımızda, "haydi bırak artık tereddüdü gel Galatasaray'a" dediğinde, son yıl karşılaştığım bazı sorunların da etkisi ile "geliyorum, ilanı verebilirsiniz" şeklindeki sözlerim bu sefer onda şaşkınlık yaratmıştı, şaka yaptığımı sanmıştı, sevinçle "gel kucaklayayım seni" demişti.

Galatasaray Üniversitesi'nde Ceza Hukuku Kürsüsünü birlikte kurduk. Öğretim üyesi odasını, asistanların odalarını, kitaplıklarını hep Duygun Ağabeyle birlikte, Üniversite ve Fakültenin katkılarını istemeden yaptık; gelecek vadeden gençleri alarak onların bilim yolunda ilerlemelerine yardımcı olduk. Ceza Hukuku Enstitüsünden bir Merkez yarattık. Bu Merkezin kütüphanesini kurduk: Dönmezer-Erman-Kunter Kütüphanesi. Merkezin faaliyetleri içinde sempozyumlar, çalışma atölyesi toplantıları düzenledik,

bunların kitaplarını yayınladık. Aynı yıllarda Ceza Hukuku Derneğini kurduk. Derneğin kuruluş yıllarında Galatasaray Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku alanında tam bir etkinlik yuvası haline gelmişti. Başta hocamız Sulhi Bèy, Uğur Alacakaptan, Kemal Kumkumoğlu, Önder Öztürel, Erdener Yurtcan, Fikret İlkiz, Fehmi Demir ve daha nice tanınmış hukukçular hep Fakültede, seminerlerde, panellerde, sempozyumlarda idiler...

Bu etkinlikler içinde Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisini yayınlamaya başladık; Duygun Ağabey Fakülte Dekanı iken Ceza Hukuku Kürsüsündeki, Merkezindeki ve Dernekteki bütün çalışmalarında hep beni desteklemişti... On yıl içinde Ceza Hukuku Kürsüsü tüm asistanlarının doktor ve doçent olduğu bir düzeye erişmişti...

Sonra bu ilişkilerde Duygun Ağabey Üniversite Rektörü ben de Fakülte Dekanı olarak yerlerimizi aldık. Prof. Dr. Selim Kaneti kitaplığı-seminer odası, Aydın Doğan Oditoryumu, ve nihayet Üniversite Giriş Kapısının yapımında hep beraber çalıştık. Cumartesi, Pazar günü yapılan toplantılar, Galatasaraylıları göreve çağırma ve Üniversitemizi Türkiye biliminin ön sıralarına çıkarma çabaları...

Bu rüya bitti daha sonra... Duygun Ağabey yaş haddinden rektörlükten ayrıldı... Bir görevin üstlenip üstlenilmemesinde, bir kararın bildirilip bildirilmemesi çeşitli spekülasyonların konusu oldu. Ancak hiçbir yorum ve değerlendirme ve hatta yayınları engelleme Galatasaray için yapılanları ve Galatasaray sevgisini, saygısını ortadan kaldıramaz ki...

Duygun Ağabey ile çalışmalarımız, ülke ve bilim için yürüyüşlerimiz devam etti sonraki yıllarda da...Türk Ceza Hukuku Derneği adını alan Galatasaray Üniversitesinde birlikte kurduğumuz Ceza Hukuku Derneği, 2009 yılında Dünya Ceza Hukuku Birliği'nin Beynelminel toplantısını İstanbul'da düzenlemesi ile daha da daha da büyüdü. Duygun Ağabey ile birlikte İstanbul Barosu, Türkiye Barolar Birliği, genç ceza hukukçuları, yetiştirdiğimiz gençler, avukatlar ile beraber bu dünya çapındaki büyük toplantıyı gerçekleştirdik.

Hayat devam ediyor. Duygun Ağabey, ilerleyen yaşına rağmen, Galatasaraylılık içinde benim hep ağabeyim oldu, bazı davalarda beraber oluyoruz. Gülerken beni eleştiriyor, doğru ve yanlış yönlerimi söylüyor... İlginç bir olay: Yeditepe Hukuk Fakültesinde 2011'de yollarımız gene kesişti. 1960'larda başlayan yürüyüşümüz gençlere bir şeyler öğretebilmek uğruna devam ediyor...



Prof. Yarsuvat'a

*Hamdi YASAMAN**

Bu makaleyi Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ın Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesince yayınlanacak "Armağan" için hazırlamış idim. Ancak, GSÜ Rektörlüğü ve Hukuk Fakültesi Dekanlığının anlaşılmaz tavrı ile Armağan tüm üniversite geleneklerine aykırı olarak yayınlanmadı. Yeditepe Üniversitesinin Duygun Yarsuvat için hazırladığı bu Armağanı yüce bir davranış olarak kabul ediyorum. GSÜ'sinin davranışını da üzüntü ve kaygı ile karşılıyorum. Üniversitelerimizde azalmaya başlayan düşünce özgürlüğü ve üniversite gelenekleri bizleri derin düşüncelere sevk etmektedir.

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat Ceza Hukukunda çok tanınmış bir öğretim üyesidir. Gerek eğitime verdiği katkı, gerek eserleri onu Türk Hukukunda layık olduğu yeri kazandırmıştır. Yarsuvat, ceza hukukunun yanında fikri hukuk alanında da eser vermiş ve "Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları" adlı eserini yayınlamıştır (İstanbul 1984). Bu sebeple, bu Armağanda ben de fikri hukuk ile ilgili bir makale yazmak istedim.

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat İstanbul Hukuk Fakültesindeki uzun yıllar öğretim üyeliği yapmış ve sonunda Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesine gelmiştir. Bu fakültede dekanlık görevini ifa etmiş, bilahare rektör olmuştur. Galatasaray Derneği başkanlığı ve Galatasaray Spor Derneği Divan Kurulu Başkanlığı da senelerce yapmıştır. Duygun Yarsuvat tam bir Galatasaraylı olup, bu camiaya büyük hizmetler yapmıştır. Ne yazık ki, bu kadar emek verdiği Üniversitenin onun adına Armağan çıkarmaması onların ayıbı olarak kabul edilmelidir. Manevi değerlerin ve geleneklerin ön planda olduğu öğretim üyeliğinde, belli kişilerin yaptığı bu tür eylemlerin öğretim üyelerinin çoğunluğu tarafından tasvip edilmediğini görmek ve duymak bu günkü tesellimizdir.

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi



Duygun Yarsuvat Hoca'ya Sevgi ve Saygılarımla...

Neşe KIZIL*

Hayatımızdaki en önemli rollerin sahipleri ebeveynlerimiz ve hocalarımızdır. Yaşama bakışımızı, değer yargılarımızı, estetik anlayışımızı pekiştirenler onlardır. Onları sadece bilgilenmek anlamında değil, rol model olarak da izleriz. Yaşamda öne çıkan özelliklerimizde onların payı büyüktür.

Bizim öğrenciliğimiz esnasında İstanbul Üniversitesi'nin, şimdi ise Yeditepe Üniversitesi'nin değerli hocalarından biri olan Duygun Hoca, kimliğimize önemli özellikler katmış olan, espri ve güler yüzün eğitim ve öğretimdeki önemini yansıtan özgün hocalardan biridir. Bilime olan saygısı yanında, şakaya olan tutkusuyla da hayatlarımızda özel bir yeri olan Hoca'nın sevecen kişiliği, Siyah Kalın Ciltler ardına gizlenen Ceza Hukuku imajını her daim sevimli kılmıştır.

Aydın, Atatürkçü, dürüst kimliği, söz söylemedeki zerafeti, eğitimi amacından saptırma hatasına düşenlere inceden göndermeler yaparkenki tatlı sert üslubu, taviz vermez kimliği, ikaz etmedeki ustalığı, hak aramadaki cesareti, onu hep sevmemize neden olmuştur.

Galatasaray Ekolü'nün gözdelelerinden olan Hocamızın, söz söylemedeki yeteneği, dersleri anlatma ve açıklamadaki becerisi, zoru kolay anlaşılır kılma hüneri, onu, Hocalıkta özel kılar. Hayatın inceliklerini süzen cin gibi gözleriyle öyle bir bakar ki, hayata dair hiçbir ayrıntıyı kaçırmadığını hissedersiniz. Muzip ve esprili olmanın dozunu ve kalitesini çok iyi bilen Hocamız, akademik kariyer yapan bizlere, öğrenciyle öğretim üyesi arasındaki dialogların, tebessüm ve nükteyle katmerleneceğini, bilimin de sevgiye, duyguya, sıcaklığa, sempatiye ihtiyacı olduğunu öğretmiştir.

Tozlu kitaplar ardına gizlenmiş tutuk bilim adamı imajını hafızamızdan silen, akıl, enerji ve zekânın bilime ruh kattığını her fırsatta ortaya koyan Hocamız, eşine ve çocuklarına bağlılığı ve düşkünlüğüyle de dikkatimizi çekmiştir. Çok değerli bir misyonu olan ve çok sevdiğini düşündüğüm eşini kaybetmesine gerçekten çok üzüldüm. Bazı anlar olur, ne kadar isteseniz de duygularınızı ifade edemezsiniz. Hocayı arayamadım, bir şey söyleyemedim

* Yard. Doç. Dr., İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Öğretim Üyesi.

o hassas döneminde ama bu ruh sıkıntısını içimde hep yaşadım. Sezgilerim beni yanıltmıyorsa, o şimdi mükemmelin de ötesinde bir baba olarak Ömür ve Zeynep'in yaşamında çok değerli bir yere sahip.

Öğrenmek çok boyutlu bir şey. Herkesten aldığımız ve alacak olduğumuz çeşitli değerler var. Öğrenciyken tam kendimizi vermeden izlediğimiz ya da dinlediğimiz pek çok dersi, şimdi mümkün olsa da bu yaşımızda yeniden geriye dönüp izlesek ya da dinlesek dediğimiz çok oluyor. Duygun Hoca, işte bu yeniden zevkle dinleyip , izleyebileceğimiz hocalardan biri. Fikirleriyle sizi zenginleştirecek makûl, mantıklı, pozitif bir dost aradığınızda kapısını rahatlıkla çalabileceğiniz bir üstad. Bilimi sıcacık bir imbikten geçirerek sunabilen bir söz duayeni.

Hocamızın yüreğinde hep taşıdığımı hissettiğim öğrenme ve öğretme heyecanına hayranım. Bu armağan vasıtasıyla, çok eksik de olsa bir kısım duygu ve düşüncelerimi ifade edebilmiş olmaktan mutluyum. Hocamıza, bir ömür boyu gülen gözler, sağlık ve huzur diliyor, böyle yüce gönüllü bir Hoca'ya sahip olmaktan gurur duyduğumu ifade etmek istiyorum.

Duygun Hocam

*A. Cenk KESKİN**

Seneler evvel hukuk fakültesinde talebeyken kapıdan girecek hocamızı merakla bekliyordum. Hukukçularla bezenmiş çevremde ismini öylesine çok duymuştum ki bu efsanevi ismin dersine girmek benim için ayrı bir heyecan vesilesi idi. Kapıdan girecek o insanın hayatımdaki etkilerini ise tahayyül bile etmem mümkün değildi o gün...

Duygun Hocamla tanıştığım o ilk gün, bir ders öğrencilerin ruhuna nasıl işlenir onu öğrendim. Akşam yatarken ve hatta ertesi gün hocamın sesi kulduğumda yankılanıyordu adeta.

Duygun Hocam'ın her bir dersi, her bir sözlü sınavı, bizler sınavlarında ter dökerken kâğıtlarımızı omuz başlarımızdan okuyuşu ve gülümsemesi bizlere Hoca-öğrenci ilişkisinin en alışılmadık örneklerini verdi hep.

Seneler sonra, üniversitede asistan olduğumda Duygun Hocam bizlere bambaşka bir pencere açtı. Dekanlığında o hiç kapanmayan kapısı, en erken gelip en geç gemisinden ayrılmasıyla bizler için sırtımızı güvenle dayayabildiğimiz bir çınardı. Fakültemizde hissettiğimiz o aile havasını Rektörlüğünde daha da genişletti. Bizleri ailesinin bir ferdi yaptı. Evinde ağırladı, en sevdiği hikâyelerini bizlerle paylaştı, en uç fikirlerimizi en muzip gülüşüyle karşıladı. Hocam bizleri hep, ama hep kucakladı...

Akademisyenliğe kazandırdığı onca insanın yüksek lisans tezleri, doktora yeterlilik sınavları, tez savunmalarında onun jüride olup olmamasına bakmaksızın varlığını hep hissettik.

Duygun Hocamız bizlerin akademisyenlik anlayışını, idarecilik ölçütünü hatta aile yaşamını tekrar şekillendirdi.

Ben Hocamdan, sorgulamadan asla hiçbir fikri kabul etmemeyi, imkânsızın imkân dâhilinde olduğunu, her soruna bir çözüm bulunabileceğini, ailenin kan bağıyla sınırlı olmadığını, kalıpların içinde yaşanan hayatların hayat olmadığını, doğrunun peşinde korkusuzca koşmanın özgürlüğünü

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi

gördüm. Ben Hocamda insanın her bir katmanını gördüm. Çünkü Duygun Yarsuvat sadece yazdıkları, anlattıklarıyla değil, var oluşuyla bizlere ders verdi hep. Ben Hocamda ne yazık ki artık yok olmakta olan bir insan suretini gördüm...

Saygıyla ellerinden öpüyorum.

Asistan'dan Hocasına,

*N. Kaan Karcıoğlu**

İnsanın, Hocası için bu türden bir yazı yazması güç. Bu yazıyı yazmayı ben istedim. Hayatımda bu kadar önemli yer teşkil eden Hocam için çıkarılan armağanda, kendisi hakkındaki hislerimi yazıya dökmemek benim için büyük bir eksiklik olurdu. Ancak, bu yazının içeriğinin nasıl olması gerektiği konusunda bir süre tereddütte kaldığımı itiraf etmem gerekir. Daha sonra, böyle bir yazıda benim için yapılacak en doğru şeyin, Hocamdan öğrendiklerimi anlatmak olduğuna karar verdim. Hocamdan öğrendiğim şekilde, eğip bükmeden, gereksizce süslemeden, dümdüz ve dosdoğru şekilde...

Sayın Hocam Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ı, 2002 yılında, İstanbul Bilgi Üniversitesi'nde hukuk yüksek lisans programında verdiği, Bankacılık Suçları isimli dersi dışarıdan takip ettiğim zaman tanıdım. Elbette o günlerde staj yaptığım bürodaki mesaimin ardından, yalnızca bir şeyler öğrenmek için takip ettiğimiz o dersin hayatıma bu kadar yön vereceğini beklemiyordum. Dönem bitip de, ders sona erdikten sonra, Hoca'dan tez danışmanım olmasını dilemek için onu ziyaret ettiğimde, bana kendi bürosunda iş teklif etti. O tarihlerde avukatlık stajım yeni bitmişti ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, Saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'ın yanına asistan olabilmek üzere kadro bekliyordum. Duygun Hocam, "o kadro hemen açılmayabilir, sen açılana kadar çalışırsın, sonra da Üniversite'ye dönersin" dediğinde, bu harika teklifi kabul etmekten başka olasılık kalmamıştı. Hoca'nın dediği gibi, yaklaşık on sekiz aylık, son derece verimli ve önemli tecrübeler edindiğim yoğun bir avukatlık tecrübesinin ardından Üniversite'ye geri döndüm. Böylece hem boşta kalmamış, ciddi bir özel hukuk tecrübesi de edinebilmiştim.

Bilgi Üniversitesi'nde bir yıl geçirdikten sonra, Duygun Hoca bu defa bizim fakültemizde, Ceza Muhakemesi Hukuku derslerini vermeye başladı. Yazıhanesinde çalışırken, Hoca'nın akademik görevleri sebebiyle yeterince yaşayamadığım teşriki mesai şansına, nihayet Üniversite'de ulaşmıştım. 2005 - 2006 akademik yılından başlayarak, 2010 - 2011 akademik yılına kadar, Hocam ile yoğun ve keyifli bir mesai paylaşmak benim açımdan hayat boyu unutulmayacak, adeta yeni bir üniversite okumak kadar güzel bir tecrübe oldu.

* Avukat, İstanbul Barosu

Bu süreç içerisinde Hoca'nın sağduyusundan, kuvvetli önsezileri ve ancak bilge bir insanın sahip olabileceği hayat tecrübesinden faydalandım. Bütün bunlar, Hocanın mesleki tecrübeleri ile birleşerek kişiliğimin oluşmasında da önemli bir yer etti. Duygun Hocam, mesleki ve kişisel gelişimim içinde, sıkıntı yaşadığımda bunu ben söylemeden anlamış ve çözüm bulmam için gerekli adımları kendiliğinden atmıştır. Bir akademisyen ve bir hukukçu olarak, yüz yüze gelinen sorunlar karşısından nasıl dik ve dirayetli durulması gerektiğini Hocamı izleyerek ve tavsiyelerini dinleyerek gördüm, öğrendim.

Hocam, gereksiz seramonilerden hoşlanmaz. Sahte kibarlık gösterileri ve lafın uzatılmasını değil doğrudan konuya gelinmesini sever. Bir hata yapmışsanız en doğrusu eğip bükmeden Hocayla yüzleşmektir. Karşılığında alacağınız tepki, inanın, olabilecek en adil tepkidir. Hocanın, karşılaşılan meseleler ve insanlar hakkında vermiş olduğu hızlı kararların, büyük bir çoğunlukla isabetli çıktığını görmek beni hep şaşırtmıştır. Hatta, Hoca ile aynı fikri zamanında paylaşmadığım için pişman olan hep ben olmuştum. Duygun Hoca karşılaşılan sorunlara daima sağduyulu ve pratik çözümler getirir, ancak bu çözümlere ulaşırken etik değerlere de daima bağlı kalır. Kimi zaman önemli sorunlara ilişkin, yaşıma bakmadan fikir alışverişi yapar. Fikir ayrılıkları olduğunda, fikrime saygı göstererek, onları savunma izin vermiştir. Bu itibarla sözünün üstüne söz söylenmez bir tavır benimsememiş ve bana gerçek hocalığın nasıl olması gerektiğini göstermiştir.

Hocam ile yalnızca akademik veya hukuki değil, hayata ilişkin meselelerdeki sohbetlerimiz de benim için unutulmazdır. Sanırım Hocayı karşılaştığı meselelerde isabetli kararlar almaya iten de, hayat tecrübelerinden gerekli dersleri çıkarmaktaki yeteneğidir. Hoca, bizlerle bu tecrübelerini çömertçe paylaştı. Bu sohbetler yalnızca öğretici değil, aynı zamanda eğlenceli, zamanın nasıl geçtiğini anlamadığınız türden sohbetlerdi.

Bu noktada Hocanın bitmek tükenmek bilmeyen enerjisinden bahsetmemek olmaz. Duygun Hocam hiç bitmeyecekmiş gibi gelen bir enerjiye sahiptir. Galatasaray Üniversitesi'nin her köşesini bilir, Üniversite'nin önemli atılımlarında imzası vardır. Üniversite'deki akademik görevleri uğruna iki ciddi kaza yaşamıştır. Bunlara rağmen, ilk fırsatında ayaklanmış ve bütün görevlerinin başına zamanından önce dönmüştür. Üniversitedeki bir inşaat sırasında yaşadığı bir kazanın ardından bir hafta on gün geçtikten sonra Hocayı ayaklanmış şekilde görünce inanmamıştım. İkinci daha ağır kazayı ise, Ankara'daki bir toplantıya giderken yaşamış, son derece ciddi olan bu trafik kazasından ardından çok hızlı toparlanarak görevine dönmüştü. Hocanın, enerjisi yalnızca fiziki güç değil, aynı zamanda zihni açıdan da çok yüksektir. Bu gibi olayların, önünde bir engel olmasından hiç hoşlanmaz, bilakis üstüne yürür. Hocanın enerjisini, Galatasaray Üniversitesi'nde kendini ziyaret ettiğim bir gün, kendimi Hocanın Üniversite içindeki denetim turunun içinde bulup, o denetim sırasında Hoca'nın hızına yetişemeyip kaybederek birebir tecrübe etmişliğim vardır.

Hoca, her şeyin yerini ve zamanını bilir ve bilmenizi ister. Bundan, söylenecek sözünü sakınacağı anlaşılmalıdır. Hocamdan öğrendiğim önemli derslerden biri de bu olmuştur. Söylenecek söz, yeri ve zamanında söylenmelidir.

Ciddiyet, Duygun Yarsuvat için önemli bir konudur. Bu konuda da ifade etmeliyim ki, ciddiyetin gerçek anlamını kavramamda Hocam'ın etkisi büyüktür. Ciddiyet gereksiz ölçüde kibarlık veya gülmek değil; kişinin işine ve prensiplerine olan bağlılığıdır. Eğer bunu doğru anlayamamışsanız, Duygun Hocayı da anlayamazsınız. Karşısında tutulur, bildiğiniz doğruyu savunamazsınız. Ama daha da önemlisi, Hocanın içindeki muzip yanı görmezsiniz.

Hocam sayesinde, ayrıntılara saplanmadan iş yapmanın önemini öğrendim. Anlamsız noktalara saplanarak asıl işi yapamamanın esas beceriksizlik olduğunu anlamam, Hocamla olan mesaimin sonucudur. Elbette, özellikle içinde bulunduğum bu günlerde bu dersin gereğini ne ölçüde yerine getirebiliyorum tartışılır, sanırım bu noktada öğrenmek yolu yarılacaktır diyebilirim.

Hoca ile Bilgi Üniversitesi'ndeki mesaimiz, zamanında yuvam dediğim bu kurumun yönetiminde gerçekleşen değişimler sonucunda, yeni yönetim tarafından benimsenen haksız tutumlar sebebiyle kesintiye uğramıştır. Ancak bu kesinti yalnızca çalışma ortamı açısından söz konusu oldu. İnsanı derinden etkileyebilen böyle bir zamanda Hocam desteğini esirgememiş, dahası gerçek bir akademik babanın titizliğiyle, mesleki ve kişisel gelişimimle olan ilgisini bundan sonra da kesmemiştir. Bu da Hocamdan aldığım son büyük derstir: Akademik ilişkiler kurumlarla sınırlı değildir. Hoca-asistan ilişkisi de hep aynı kalır. Hoca hocalığını unutmaz, asistan da asistanlığını. Şimdi her geçen gün, makam ve mevkilerin nasıl da geçici olduğunu görüyorum.

Saygıdeğer hukukçu, büyük insan, bilge Hocam Duygun Yarsuvat'ın Asistan'ı olmak, onu yakından tanımak benim için eşsiz bir tecrübe olmaya devam ediyor.

Bunu yaşamak da benim şansım olsa gerek.

Daima Asistanınız N. Kaan Karcıhoğlu

Babam ve Ustam

İhsan Ömür YARSUVAT*

Taviani kardeşlerin "Padre, Padrone" isimli İtalyan filmi ile *isim benzerliğimiz* var: Evet, Duygun Yarsuvat benim "Babam ve Ustam". Bugüne kadar bana öğrettiklerini hatırladım bu yazıyı yazmaya başlamadan önce. Anılar birer birer yeniden canlanıp birikince zihnimde, "hukukla" ilgili bir yazı yerine, *babalarımız ve ustalarımızla* ilgili bir yazı yazmaya karar verdim. Babam ve Ustam'ın bana *ne* öğrettiğini değil, *nasıl* öğrettiğini anlatacağım. Bunları önceden bilenler bilmeyenlere, bilmeyip de şimdi öğrenenler, öğrenmeyenlere nakletsin lütfen.

Vekil-müvekkil ilişkilerine dair

Sekiz senelik Amerika maceramdan, New York Barosu'na kayıtlı, New York'ta önemli bir hukuk bürosunda sekiz sene çalışmış bir avukat olarak döndüm Türkiye'ye. Hemen New York usulü "hukuk" satmaya, avukatlık mesleğinin Türkiye'deki icra tarzını beğenmediğim, bana göre geri kalmış tüm yönlerini dışladım Hukuk Büromuz'un icraatından. Yabancıların Türkiye'yi yeni yeni keşfettikleri, Türkiye'nin de onları buyur etmek için türlü taklalar attığı, yabancı yatırımı özelleştirmeler yoluyla çekmeye çalışan hükümetin de işine gelmeyen kanunları, KHK'larla ve tebliğlerle değiştirmeye çalıştığı günlerdi 1990'ların ortaları. Anayasa Mahkemesi'ne takılan her değişiklik denemesinden sonra, müvekkillerim bana "ne yapmak istediklerini" söyleyip, bunun nasıl yapılacağına dair yol göstermemi istiyorlardı. Bazı isteklerine olumsuz yaklaşan Babamla o günlerde çok sık ve bir hayli de şiddetli tartışıyorduk:

"Olmaz, yürürlükteki bu mevzuatla bu istedikleri yapılamaz."

"Yahu Baba, her avukat 'hayır yapılamaz' der. 'Yasak kardeşim' zihniyetinden kurtulalım. Biz farklı olalım. 'Yapılamaz' demek yerine, 'yapılır' diyelim, nasıl yapılacağını bulup anlatalım. Bizim görevimiz o."

"İyi bir avukatın görevi, müvekkilinin istediği her şeye kılıf uydurmak değildir, Oğlum. Avukatın görevi, müvekkiline doğru olanı yaptırmaktır."

* Avukat, İstanbul Barosu

Bunun için, gerektiği takdirde müvekkiline 'hayır' demesini de öğrenmen lazım."

"Baba, biz yapmazsak başkaları yapacak. Müvekkil zaten bize yol gösteriyor, başka yerlerde yaptıkları ile. Biz de aynı şeyleri Türkiye'de uygularsak, mevzuat yasaklarının etrafından dolanırız. Bu bürokratlar dünyayı tanımıyor ki daha, müvekkillerin dediklerini yapsalar her şey düzelecek, yatırım akacak Türkiye'ye."

"Oğlum, mesleğini icra ederken en büyük rakibin ne karşı tarafın vekili ne de yatırımların önünde durduğunu iddia ettiğin bürokratlar. Sana mesleki açıdan en büyük darbeyi vuracak olan bizzat müvekkillerindir. Onların istedikleri amaçlara ulaşabilmeleri için yürürlükteki mevzuatı yok, hukuk kurallarını göz ardı edilebilir görmeye başlarsın bir gün. Bilmez ki müvekkillerin, onlara en büyük kötülüğü 'olmaza olur' demekle yapıyorsun. Bilmedikleri için de senin onlara 'olur tabi' demeni beklerler. Kendini de müvekkillerini de kandırma, kandırtma. Hukuk kuralları hukuk sisteminin bir parçasıdır, sistem değişmeden onlar da değişmezler."

Avukatlık mesleğinin hukuk sistemindeki yerine dair

Ben ceza hukukçusu değilim. Ama hukuk mesleğinde; ceza hukukçularının şan ve şöhretleri, karizmaları, hatiplikleri, artistlikleri hep ilgimi çekmiş, duruşma salonlarında sahne alışlarını biraz da kıskançlıkla izlemiştir. Hukuk mesleğinde alt-üst ilişkisine inanmadığımdan, avukatın önünde dimdik yükselen kürsüdeki hakim ve savcılarla muhatap olup, kaybedeceğim bir savaşa girmeyi gözüm yemedi mesleğe başlarken. Bu nedenle, (o tarihlerde) eşitler arasında cereyan ettiğine inandığım, müzakere ve akitler dünyasının kapılarını bana açan özel hukuka yöneldim, duruşma salonlarından uzak durmaya karar verdim.

Babam da bu "alt-üst" ilişkisinden çok rahatsız oluyordu. "Savcı'nın neden kürsüde hakimin yanında oturduğunu; avukatların ise 'aşağıda', onların huzurunda durduklarını anlamadığını" söylerdi sık sık. "Ceza yargılamasında savcılık makamının da ihtilafın bir tarafı olduğunu, savunma makamı ile eşit olduğunu, mahkeme içindeki konumunun da eşit olması gerektiğini" savundu uzun yıllar. Bu eşitliğin, duruşma salonu coğrafyası açısından gerçekleşse dahi, hukuk usulü açısından gerçekleşmeyeceğine inananlardanım ben. O ise; aksine inanıyor, istiyor ve mücadele ediyor. Hala.

Savunmanın dik durması gerektiğine dair

Yüce Divan'da görülen bir davada; birden fazla sanık, her sanığın birden fazla avukatı hukuk bilgilerini birleştirmişler, müvekkillerinin en az hasarla nasıl çıkacağını tartışıyorlar. Babam'ın üslubunu sert bulan bazı meslektaşları "Hocam, bu kadar sert olmayın, heyeti kızdırmayalım, biraz suyun yönüne gidelim, alttan alalım, böyle davranırsak yumuşarlar." diyerek, Babam'ın

bazen sert ama daima kesin üslubuyla yaptığı çıkışların, itirazların önüne geçmeye çalışıyorlardı. Babam ise; avukatın sonuna kadar korkmadan, çekinmeden savunma yapması gerektiğini, bir kimsenin suyuna giderek bir yere varılmayacağını, saygısızlık yapmamak koşuluyla avukatın her şeyi açık ve kesin bir şekilde söyleyebileceğini, ezilmemesi gerektiğini, ezik bir avukat karşısında hakimlerin de saygılarını kaybedeceğini söylüyordu.

“Haklılar, neden yelkenleri indirmiyorsun biraz?” diye sordum.

“Yelkenler inerse tekne, kaptanın istediği istikamete değil; dalgaların ve rüzgarın istikametine gider.” diye cevap verdi.

Bir sonraki duruşmada meslektaşlarının tüm muhalefetine rağmen, keskin bir savunma yapıyordu. Kürsüye hitap ediyor, savunmasını yapıyordu. İki hakimin aralarında fısıldaştıklarını, mahkeme başkanının da eğilip sohbete katıldığını bizler gibi O da gördü. Bir anda sustu. O, susunca salon da sessizliğe gömüldü. O'nun sustuğunu fark edene kadar geçen on saniyelik sürede, hakimlerin aralarındaki fısıltı ve gülüşmeleri hariç hiç ses çıkmıyordu.

Başkan hem tecrübeli, hem de iyi bir hukukçuydu. “Hocam, neden durdunuz; devam ediniz lütfen.” dedi, tekrar salona dönerek. “Sayın Başkan, kürsüde hakimler konuşuyordu; onun için durdum.”

“Duygun Bey; biz hakimiz, biz konuşurken dinlemeyi beceririz, siz devam edin.” dedi, konuşan hakimlerden biri.

“Sizin konuşurken dinlemeyi becerebildiğinizden şüphe etmiyorum, ama ben başkası konuşurken konuşmayı pek beceremiyorum. Bu nedenle konuşmanız bitene kadar bekleyeceğim.”

Savunma avukatları başlarını ellerinin arasına alıp önlerine eğdiler. Salondan, “Şimdi bitti bu iş.” dercesine mırıltılar yükseldi. Çok kısa bir tereddüitten sonra Başkan, “Hocam; haklısınız, bizler susuyoruz, buyurun söz sizde.” diyerek noktayı koydu. Babam teşekkür ederek, o çok güzel savunmasına kaldığı yerden devam etti.

Duruşma sonrası heyet, odalarına çekildikten sonra mübaşir Babam'ın yanına gelerek Başkan'ın, O'nu odasına davet ettiğini, müsait ise birlikte bir kahve içmek istediklerini bildirdi. Diğer avukatlar da, buzların eridiği kanaatiyle Babam'ın ardından içeriye geçmek için hareketlendiler. “Hayır, Avukat Beyler; sizlerle değil, sadece Duygun Hoca'yla kahve içmek istedi, Başkan.” diyerek, o günkü dersimizin bitiş zilini çaldı mübaşir.

Savunma hakkına saygı gösterilmesi gerektiğine dair

Yüce Divan'daki anekdotun üzerinden neredeyse yirmi sene geçmiş. Avukatların başlarını dik tutmaktan korkmamaları Türk Hukuk Sistemi ve

adalet adına sevindirici bir gelişme. Ama iddia ve yargılama makamları açısından hala eğitime gerek duyuluyor.

Aylar, yıllar süren meşhur (!) (İngilizce tabiri ile *infamous*) Silivri davalarından birinin duruşmasından çıkmıştı Duygun Hoca. Yorgun olmasına alıştık bu süreçlerde, ama bu kadar kızgın ve kırgın olması istisna idi. Soruldu, anlattı sebebini:

“Savunma henüz tamamlanmadan, Savcı'nın esas hakkındaki mütalaa-sını talep etti Reis. Yani, savunmanın tamamlanmış olması veya olmaması bir şeyi değiştirmeyecekmış gibi.”

Rahat bölgenin dışına çıkabilmeye dair

İlkokuldan liseye geçtiğim dönem de ne ÖSYM ne de merkezi bir im-tihan vardı. Her lise, kendi kumaşına uygun talebe seçmeye uygun şekilde, kendi imtihanını kendi sorularıyla yapardı. O imtihanlar sonucunda yabancı tedrisatlı yedi liseye girme hakkını kazandım. İkisinin eğitim dili İngilizce, ikisinin Almanca, diğer bir ikisinin Fransızca, birinin de İtalyanca'ydı. Ailemizde Almanca hariç diğer lisanları bilen çok vardı. Bizzat Babam, de-ğişik düzeylerde İngilizce, Fransızca ve İtalyanca biliyordu. Yani, bu sayede lisan yönünden rahat, dolayısıyla nispeten kolay bir lise hayatı bekliyordu beni. Sonra, Babam beni Alman Lisesi'ne gönderiverdi.

Okul-öğrenci-veli ilişkilerine dair

Alman Lisesi'nde okuyorum. Derslerim iyi olmakla birlikte, disiplinsiz davranışlarım, Hoca'lara göre beni haylaz talebelerle aynı seviyeye indiriyor. Bu durumu velimle görüşmek istiyorlar. Ben istemiyorum tabi. Şansıma, Babam da istemiyor ki, müteaddit davetlere icap etmiyor bir türlü.

11'inci sınıfa kadar böyle idare ediyoruz. Ta ki bir gün, hocalarımdan biri veli görüşme gününe gelmeyen, özel görüşme davetlerini de yanıt-sız bırakan velime bu sefer yazılı ihbar yoluyla davetiye gönderene kadar. İşe bakın ki, beklenen görüşme yine gerçekleşmiyor. Sebebini mezun olduktan seneler sonra öğreniyorum Babam'dan.

Babam bir mektup kaleme almış hocama hitaben. Mektubu hiç görmedi-ğimden, kullandığı cümleleri ve ifadeleri bilemiyorum. Kendi anlattığı kada-ryla, *“evde evin kurallarına uymamı temin etme sorumluluğunu kendisinin taşıdığını; aynı şekilde, okulda okul kurallarına uymamı temin etme sorum-luluğunu da hocalarımdan taşıması gerektiğini; kendisinin hocalarımı eve yardıma çağırmadığını; hocaların O'nu çağırıyor olmasına bir anlam vere-mediyini; benim artık koca bir adam, hatta reşit olduğumu, bir sorun varsa hocamın bunu benimle paylaşması gerektiğini; koca adamların kendi sorun-larını kendilerinin çözmeleri gerektiğine inandığını”* yazmış.

Bir arkadaşım geçtiğimiz aylarda Amerika'da okuyan ve yeni reşit olmuş oğlunun transkriptini istedi okuldan. "Oğlunuz reşit hanımefendi, siz onun velisi değilsiniz ki artık, biz size transkript veremeyiz, oğlunuzdan isteyin lütfen." cevabı ile karşılaştı.

Ayakları havada bir delikanlıyı yere indirmeye dair

"Delikanlı" yaşındayım. Türkiye'nin bir türlü ileriye gidemediği, önünün açılmadığı, gençliğin henüz ülke politikasına yapıcı bir katkı sağlamasına izin verilmeyen yıllar. Her genç kafadan bir ses çıkıyor. Ben de, kanı kaynayan bir genç olarak, "kendi ürettiğim" parlak ve yeni fikirlerimi heyecanla paylaşıyorum çevremdekilerle. Dünyayı yeniden inşa etmeye hazırlanıyorum; gözlemlerim, tespitlerim ve önerilerimle. Çok heyecanlıyım, kimseye kulak asmıyorum. Ben yeni nesilim, onlar eski. Geçmiş ve bugün, benim ve geleceğin önüne dikilmiş olabilirler. Ama biliyorum ki, benim getirdiğim yenilik karşısında kaybolmaya mahkumlar.

Babam, "Eser Sahibi ve Hakları" isimli kitabını yazıyor o tarihte. Matbaadan eve kitabın birkaç kopyası geliyor. "Bir bakıver" diye elime tutuşturulunca sayfalarını çeviriyorum. İlk sayfanın sağ üst köşesinde "Oğlum Ömür, güneşin altında hiçbir şey yeni değildir." yazıyor.

Öğrencilerini hayata hazırlamaya dair

Ben, öğrencilik yıllarımda "Lodos var, imtihan iptal.", "Kar var, ders yok.", "Sis var, vapurlar çalışmıyor, sabah dersleri iptal." bahaneleri ile büyüdüm. Öyle tatlıdır ki bu gibi olaylar bir talebenin hayatında, keyif verici maddeler gibi, alışverişirsiniz.

Duygun Hoca'nın Galatasaray Üniversitesi Rektörü olduğu yıllardan birinde, İstanbul her sene mutat üç günlük kar furyasını ziyadesiyle yaşamıştı. Tesadüf bu ki, İstanbul'a kar, finallerin yapıldığı günlerden birinde yağmaya karar vermişti. Bu konu internet üzerinden bol dedikoduya sebebiyet vermesine rağmen, olayın gerçek yüzünü bilip de aktaran çıkmadı bu güne kadar.

Hoca sabah kalktı, Toyota marka aracının lastikleri zincirli olmasına rağmen, karda riskli Bebek Yokuşu, Arnavutköy ve Ulus inişlerinin yerine, ana cadde olan Barbaros Bulvarı'ndan inerek Üniversite'ye ulaştı. Talimatıyla duyuru yapıldı: "Bugünkü sınavlar iptal edilmeyecek. Ancak sınava geç giren olursa, hocalarının anlayışla karşılaşması istenecek ve o talebeye ilave süre verilecek."

Aynı günün akşamı Hoca'nın telefonu çaldı. Talebelerden birinin annesi olduğunu sonradan öğrendiğim bir hanım, Hoca'ya ver yansın etti. Hoca'nın halayıklarla ve son model arazi araçları ile okula geldiğinden, dem vuruldu.

Halbuki bu imkanlardan yoksun talebelerin imtihana gelmelerinin imkansız olduğu anlatıldı. Hoca'nın gaddarlığı, ithamların en hafiffiydi o konuşmada.

Duygun Hoca sakin bir şekilde dinledi. Önce telefondaki anneye, sonra söyledikleriyle bana iki ders birden verdi o gece. İlki, lise yıllarımda aldığım bir dersin tekrarıydı:

"Hanımefendi; sizin oğlunuz üniversite talebesi, değil mi?"

"Evet, sizin talebeniz."

"Öyleyse siz onun velisi olamazsınız. Artık reşit oğlunuz. Bırakın lütfen onun adına konuşmayı. kendisi konuşsun artık." (Bakınız, yukarıdaki bölüm, "Okul-Öğrenci-Veli ilişkilerine dair")

Gecenin ikinci dersi, benim için de yeniydi ve talebeyken öğrendiğim, sevdiğim ve zamanla müptelası olduğum "ders iptallerini" yıkıverdi.

"Oğlunuz talebe. Onun işi, bugün okula gitmek ve öğrenmek. İlerde inşallah hukukçu olacak, ya serbest ya da bir başka büroda çalışacak. Kar yağınca işe gitmeyecek mi? İşini, kar yağdı diye yapmayacak mı?"

Akademik hayatta iltimasa dair

Liseden üniversiteye geçtiğim dönemde, o zamanki adı unuttuğum ÖSYM vardı hayatımızda. Giriş imtihanını kazanarak İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne kaydımı yaptırdım. Tek mi çift mi sorusunun cevabı, talebelerin hangi kürsülerden ders alacağını belirliyordu. Babam o yıllarda Hukuk Fakültesi'nde ders veriyordu. O sene, dönüşümlü sistemde teklerin hocasıydı. Öğrenci Kayıt İşleri'ndeki arkadaşlarını aradı, beni çiftlere yazdırttı. Biraz hayret, biraz hayal kırıklığı ile nedenini sordum. "Sen iyi bir talebesin. Başarılı olduğun vakit, babası iltimas geçti deyip başarımı küçümsemelerine imkan vermek istemedim." dedi. O müdahalesinin bir sonucu da, Babam'dan okul hayatım boyunca hiç ders alamamamdır. O'nu, Galatasaray Üniversitesi'nde verdiği "Son Ders"ini dinlediğimde aldığım tarifsiz keyfin bir nedeni de bu olmalı.

Hoca'ya saygıya ilişkisine dair

Hukuk Fakültesi'nden mezun oldum. Boğaziçi Üniversitesi'nde Prof. Dr. Turhan Esener'in asistanı olarak kürsünün diğer tarafına geçtim. Esener Hoca'yla bütün gün beraberiz. Dersi hazırlarken beni yanında tutuyor, derse birlikte çıkıyoruz, ders sonrası birlikte değerlendirme yapıyoruz. İmtihan sorularını birlikte hazırlıyoruz, imtihan kağıtlarını birlikte okuyoruz. Esener Hoca'nın emektar bir çantası var; kitapları, imtihan kağıtları hep onun içinde. Çantasını tabii ki ona taşıtırmıyorum. Boğaziçi; farklı bir akademik kültüre sahip, talebeler arasında ismim "çantacı asistan"a çıkmış. O günlerdeki bu yeni lakabımı Babam'a anlatıyorum. Dişe dokunur bir şey söylemiyor.

Babam profesör, o tarihlerde kürsü başı da olmuş. Babamla konuşmamızı müteakip hafta, hocası Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'i evinden alıyoruz; hep birlikte Fakülte'ye gidilecek. Babam çantasını alıyor sağ eline, diğer eline de Dönmezer Hoca'nın çantasını, Fakülte'den içeriye giriyoruz.

Galatasaraylılık'a dair

Bu konuda bir şey nakledemeyeceğim. Zira Duygun Hoca'nın dediği gibi, Galatasaraylılık öğretilmez, Galatasaraylı olunur.

Aşk'a dair

Ders bazen konuşmadan, anlatmadan, yazmadan, çizmeden verilir. Duygun Yarsuvat, *Aşk*'ın ne olduğunu kendisi yaşayarak gösterdi bana. O kadar güçlü bir *Aşk*'ı gösterdi ki, öğrenebildiğimi varsaysak dahi, uygulamak için Duygun Yarsuvat olmak lazım.

* * *

Duygun Yarsuvat birçok talebesi için *padrone*, bunların arasından şanslı bir azınlık için de *padre* oldu. Babalık konusunda münhasırlık iddiasında bulunmayacağım; bazı talebelerini evladı gibi sevdi, destekledi ve yetiştirdi. Ben doğduğumda Duygun Hoca henüz yeni mezun, çiçeği burnunda bir asistanmış. O büyürken, beni de büyütme zorunda kaldı. Yani, bir bakıma birlikte büyüdük. Bu müşterek hayatımız sonucunda, O; benim *Babam ve Ustam* olmanın yanında, *Arkadaşım*. Öğrettiklerin ve yaşattıkların için teşekkür ederim Padre, Padrone, Amico! Ama daha öğrenmek istediğim çok şey var!

Değerli Hocam Prof. Dr. Duygun Yarsuvat için,

*Şehnaz CELEP**

1987 yılı yazıydı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 3. sınıf öğrencisiydim. Benim için başarılı bir ders yılı olmuştu, sınıfımı geçmiştim ve tatil başlamıştı. O zamanlar şimdiki gibi yaz tatillerinde staj yapmak yaygın değildi. Ama ben bir türlü fakülteyi bitirdikten sonra ne yapacağıma karar veremiyordum. Avukatlık mesleğini ve adliye ortamını tanımak için bir avukat yanında yaz tatilinde staj yapmaya karar verdim. Bir aile dostumuzun vesilesiyle Yarsuvat Ailesi ile tanıştım ve İstanbul'un Laleli semtinde bulunan Hukuk Bürosu'nda çalışmaya başladım. Bu tanışma ve staj benim bütün meslek hayatıma yön verdi.

Yazihane bana çok farklı gelmişti, bildiğim avukat yazihanelerinden farklıydı. Çocukluk arkadaşımın babası avukattı ve yazihanesi evlerinin alt katıydı. İlkokuldan itibaren onun babasının yazihanesinde ders çalışırdık. O zamanlar Cumhuriyet Senatosu vardı. Arkadaşımın babası bir dönem Tokat Senatörü olarak görev yapmıştı. Aslında avukatlık mesleğini de çok aktif olarak yapmıyor, daha ziyade siyasetle ilgileniyordu. Bu nedenle çok davası yoktu. Daha sonra İstanbul'da staj yapmak için görüşmeye gittiğim avukat yazihaneleri de hep birbirine benziyordu. Yarsuvat Hukuk Bürosu ise bütün bu bildiğim yazihanelerden farklıydı. Bu noktada özellikle belirtmek istediğim bir husus Duygun Bey'in her zaman 'yazihane' terimini kullanması, ofis veya büro denilmesini tercih etmemesidir. Ben de bu nedenle yazihane terimini kullanmaya alıştım ve sonradan aslında yazihane teriminin çok daha doğru ve anlamlı olduğunu anladım.

Yarsuvat Ailesi'ne ait dört katlı bir binanın tamamı yazihane olarak kullanılıyordu; sekreterlerin, muhasebe elemanlarının, avukatların olduğu kalabalık bir büroydu. Avukat İhsan Yarsuvat ve Hakim Nimet Yarsuvat'm çocukları Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ve Hüseyin Yarsuvat büroyu devam ettiriyorlardı. İlk önce Hüseyin Yarsuvat ile görüştüm, yaz tatilinde staj yapmak istediğimi söylediğimde, bana Duygun Bey'den bahsetti ve '*Burada senin hocan da var, fakülte yakın zaten, okul açılınca da derslerine devam edersin, boş zamanlarında buraya gelir, çalışırsın.*' dedi ve odadan çıktı. Benim cevap vermemi beklememişti ve sonuçta da O'nun dediği gibi devam etti.

Profesör Duygun Yarsuvat'ı fakülteden tanımıyordum. O dönemde

* Avukat, İstanbul Barosu

Duygun Bey, İstanbul Hukuk'tan ayrılmıştı ve Siyasal Bilgiler Fakültesi'ne geçmişti. Bu nedenle derslerime hiç gelmemişti. Bizler hukuk fakültesinde çok kalabalık bir ortamda öğrenci olarak derslere katıldığımız için hocalarla öğrencilerin birbirini tanımamasına elverişli bir ortam yoktu. Bu nedenle fakülte hayatında yakından tanıdığım ilk hocam Profesör Duygun Yarsuvat oldu.

Öğretmenlerimizin hemen hepsi hayatımızda kalıcı izler bırakırlar. Ama Profesör Duygun Yarsuvat benim kişisel ve mesleki gelişimime en önemli katkıyı yapan hocam olmuştur. Her şeyden önce bana, hayatımın her anında yaşadığım olaylara hukukçu olarak bakmayı öğretmiştir. Çünkü hukuk insanların birbirileriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen bir bilim dalıydı, eğer hukukçu iseniz sokakta iki insan kavga ediyorsa olaya hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını düşünmeniz gerekir.

Fakülteye başladığımdan beri ilk defa keyif almaya başlamıştım. Oysa o zamana kadar fakültede hocalarımızın anlattıklarını not alır ve sınavlarda da aldığımız notlara göre cevap verirdik. Herhangi bir konuda yorum yapmaya cesaret edemiyorduk. Bunun nedeni de yine çok kalabalık bir ortamda derslerin yapılması ve bu ortamın tartışmaya imkan vermemesiydi. Duygun Bey sadece hukuk konusunda değil, siyasi konularda ve günlük olaylarda da sürekli fikrimi soruyordu. İlk başlarda çekinerek cevap veriyordum. Bir taraftan beni fikirlerimi açıkça söylemek ve savunmak konusunda yürekendirirken, diğer taraftan da bana sık sık olaylara at gözlüğü ile bakmamam gerektiğini söylüyordu.

Beni, fikirlerimi söylemek ve meseleler hakkında düşünmek konusunda o kadar teşvik ederdi ki, zaman zaman mesleki konularda dahi ayrı fikirlerde olurduk ve ben bunu rahatlıkla kendisine söyledim. Çekte cirantanın şikayet hakkı olup olmadığı konusunda farklı düşünüyorduk. Ben daha ziyade özel hukuk açısından değerlendiriyordum, Profesör Yarsuvat ceza hukuku açısından değerlendiriyordu ve bana alacak davalarına ceza hukukunu alet ediyorum diye kızıyordu. Yargıtay'ın da bu konuda içtihadı zaman zaman değişiyordu ve benim takip ettiğim bir dava sonucunda benim görüşüme uygun karar vermişti. Duygun Hoca bana bu konuda uzun süre espri ile takıldı. Sonra Yargıtay tekrar görüş değiştirdi, bu benim için kötü olmuştu.

Hukukun nihai amacının adaletin gerçekleşmesi olduğunu ve avukatlık mesleğini yaparken de bunu aklımdan çıkarmamam gerektiğini anlıyordum. Genel kanı; objektif hukukun nihai amacı olan adaletin gerçekleşmesi hakim işidir, avukatın işi değildir, şeklidir. Oysa avukat olarak, pratik hukukun gerçekleşmesinde ve içtihatların oluşmasında rol oynarsınız ve bunlar sadece sizin müvekkilinizi değil emsal oluşturarak benzer davalardaki insanların hayatlarını da etkiler. Bu nedenle eğer hukuka aykırı bir kararla karşılaştıysam pes etmeden mücadele etmeyi, en umutsuz gibi görünen olaylarda dahi asla vazgeçmemeyi Profesör Duygun Yarsuvat'tan öğrendim.

Duygun Bey'den kanunların doğru oldukları için değil, kanun oldukları

için uygulandıklarını; eğer bir kanun adaleti gerçekleştirmek için doğru değilse değişmesi için, mesleğimi icra ederken çaba göstermem gerektiğini veya kanunun adaletin gerçekleşmesi yönünde yorumlanmasını sağlamaya çalışmam gerektiğini öğrendim.

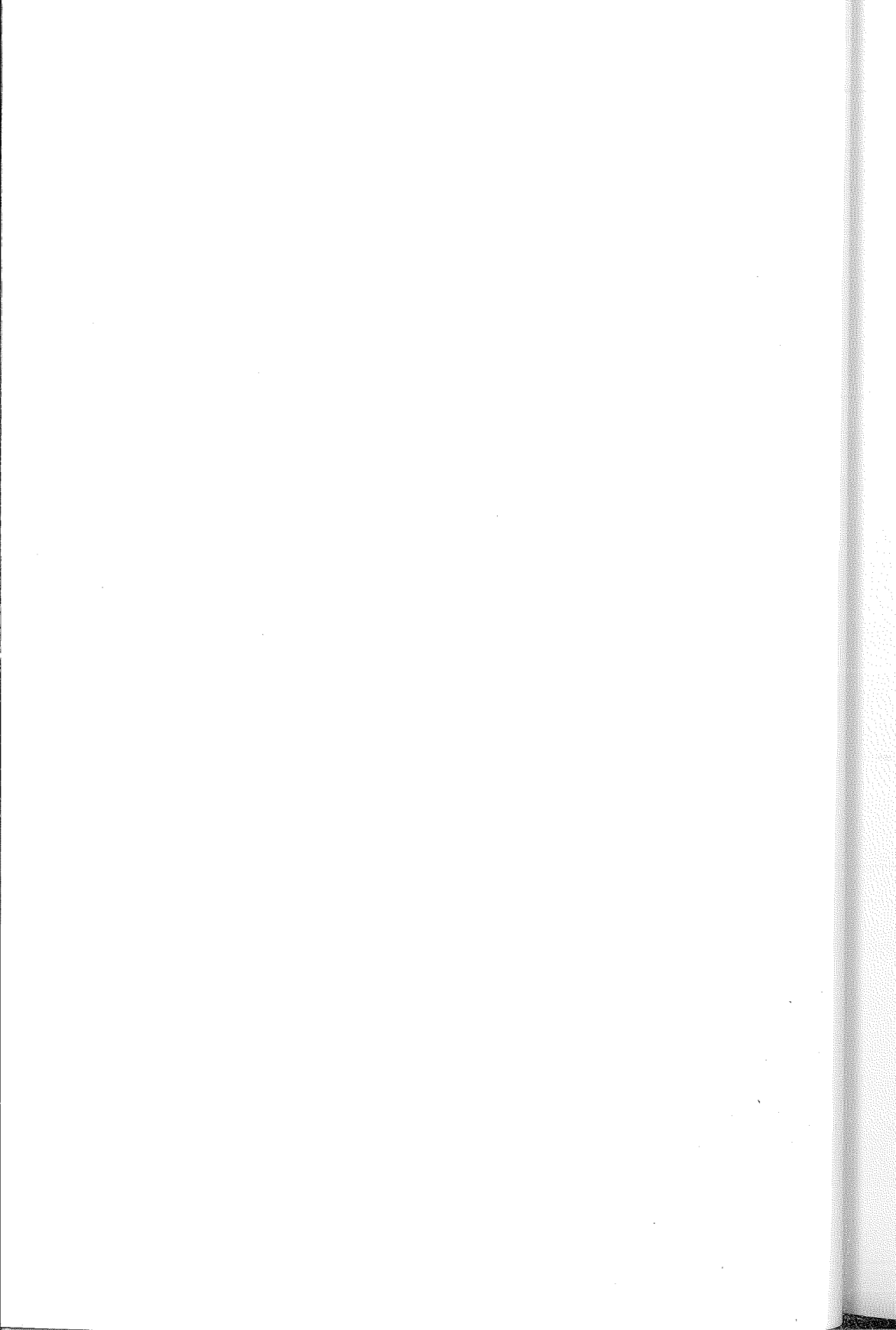
Bu arada Hocam Duygun Yarsuvat'tan hayata dair de birçok şey öğrendim. Her şeyden önce adliyeye giderken kıyafetime dikkat etmeyi, çalıştığım insanlara karşı samimi olmayı, ama laubali olmamayı, müvekkillerimle ve meslektaşlarımla nasıl muhatap olacağımı öğrendim. Bu öğrendiklerime her zaman riayet etmeye çalıştım.

Daha mesleğimin başındayken, belki bir yıl kadar olmuştu, bir dava nedeniyle hakim ile tartıştım ve hakkımda Ağır Ceza Mahkemesi'nde dava açıldı. Ayrıca tartıştığım hakim de aynı Ağır Ceza Mahkemesi'ne üye olarak atandı. Duygun Bey bu defa avukatım olarak beni savundu. Tartışmada Hakim'in tavır ve davranışları üzerine *'Bu sizin kalitenizi gösterir.'* demiştim, bunun hakaret olduğu iddiası ile yargılanıyordum. Duygun Bey savunmasında, *'Eğer ben bu davayı kazanır çıkarsam ve kapıda bir meslektaşım bana nasıl geçtiğini sorar, ben de ona kazandım dersem ve o bana bu sizin kalitenizi gösterir der ise, bu bir iltifat olur.'* demişti. Mahkeme sonunda hakimin kusurlu hareketiyle olaya sebebiyet verdiğine karar vermişti. Bu davada Profesör Duygun Yarsuvat'a avukat olarak da hayran olmuşum.

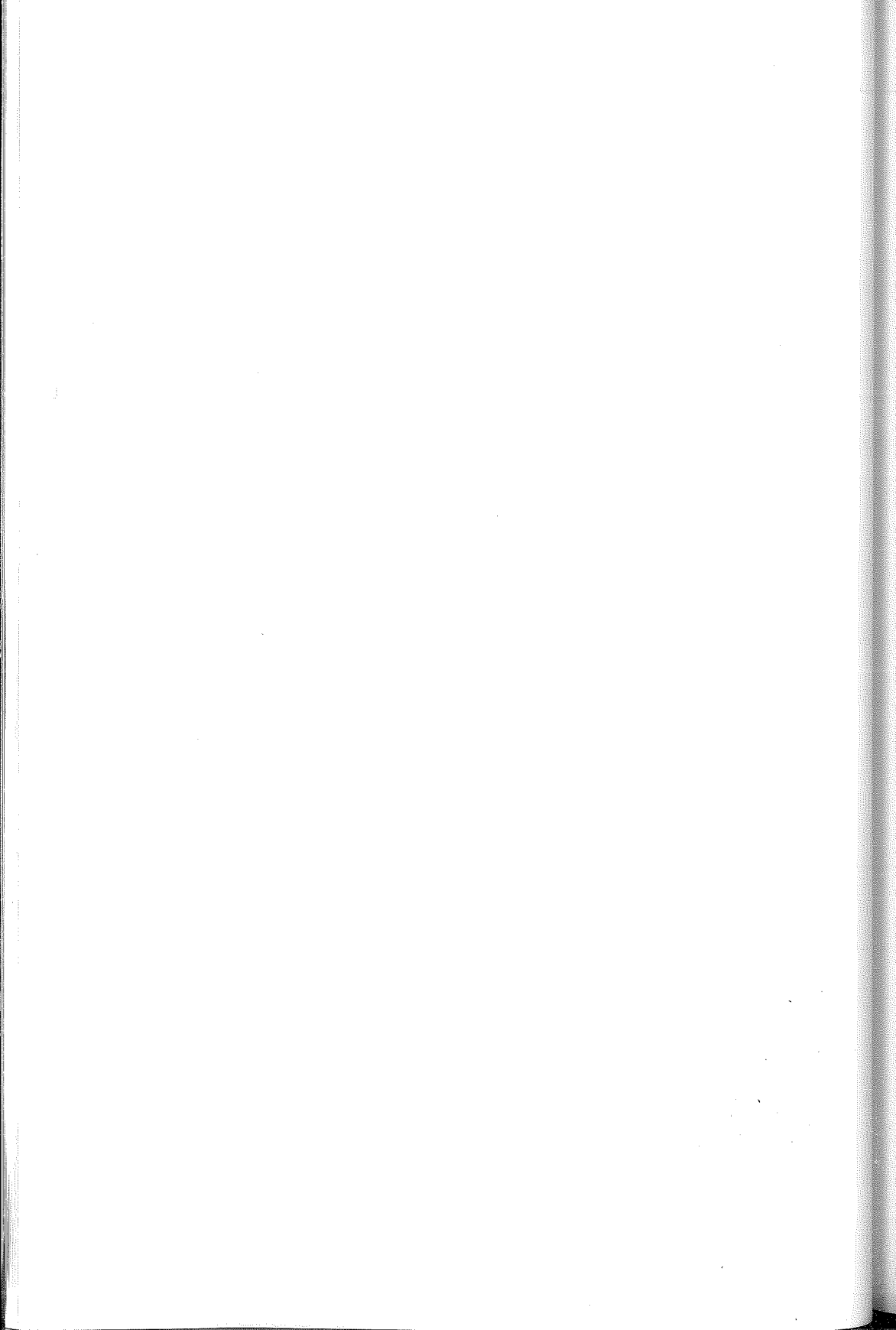
Kendisinden öğrendiğim en önemli şeylerden biri ise, mutlu bir aile hayatının ne kadar önemli olduğudur. Ayşe Hanım ile uzun yıllar çok mutlu ve güzel bir beraberlikleri vardı ve çocuklarıyla her zaman çok yakındı. Ayşe Hanım da hukuk fakültesi mezunuydu ancak şirket kurmuştu ve yöneticilik yapıyordu. Galatasaray-Monaco maçım seyretmeye, hep beraber Nis'e gittimizde, sohbet ederken Ayşe Hanım'a ne kadar başarılı olduğunu düşündüğümü söylediğimde bana *'Arkamda Duygun vardı, yoksa yapamazdım.'* demişti.

Benim Duygun Bey ile olan ilişkim, bir öğrenci-hoca ilişkisinden ziyade bir usta-çırak ilişkisi olmuştur ve böyle bir imkana sahip olduğum için de kendimi hep çok şanslı hissettim.

Bana kattıkları ve öğrettikleri için Profesör Duygun Yarsuvat'a minnet ve saygılarımla.



Bilimsel Yazılar



**Çağdaş Demokratik Toplumda Özel Hayatın Korunması
Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan
İletişimin Denetlenmesi ***

**(Surveillance and Interception of Communications in a
Modern Democratic Society from a Right to
Privacy Perspective)**

Uğur ALACAKAPTAN
N. Kaan KARCILIOĞLU*****

Özet: Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, Türkiye’de yasal zemine kavuştuğundan beri, son derece tartışmalı uygulamalara konu olmuş bir koruma tedbiridir. Tedbire ilişkin öncelikli mesele, uygulamada yasal koşullara uyulması hususunda yaşanan gönülsüzlük ve dirençtir. Kanunda öngörülmüş olan teminat hükümlerine, şeklen uyulmak suretiyle, güvencelerin i inin boşalması sonucu doğmaktadır. İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak demokratik toplum hayatı açısından ortaya çıkan bir diğer mesele, yaygın şekilde yapılan denetimlerin, iletişim özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği hakkını ciddi bir şekilde zedelemekte oluşudur. Çalışmada, iletişimin denetlenmesi tedbiri gerek uygulama gerekse, teorik açıdan irdelenerek değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, özel hayat hakkı, koruma tedbirleri, ceza muhakemesi, haberleşme özgürlüğü

Abstract: The rules regarding interception and surveillance of telecommunications, and their application have been controversial since they first gained legal ground. The very first matter observed is the reluctance of officials to follow the due procedure laid out in the relevant legislation. By merely following formalities, the core of the guarantees are weakened. Another problem of interception and surveillance of telecommunications is in relation

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Prof. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

*** Avukat, İstanbul Barosu, e-posta: kaankarcilioglu@gmail.com

to democratic society. The growing tendency to resort to these measures, pose a serious threat to the essence of basic civil liberties such as right to privacy and freedom of communication. In this work, the actual enforcement of these measures are assessed, with consideration to their theoretical foundations.

Keywords: *Interception and surveillance of telecommunications, right to privacy, protective measures, criminal procedure, freedom of communication*

I.

A. Ülkemizde 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile yasal zemine kavuşana kadar herhangi bir hukuki dayanak olmadan uygulanan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahale, son yıllarda sıklıkla başvurulması nedeniyle yalnızca hukuk çevrelerinin değil kamuoyunun da gündemine oturmuştur.

Ekim 2010 itibariyle, Türkiye’de yasal yollar takip edilerek yapılan uygulamalar çerçevesinde, yetmiş beş bini aşan telefon numarası üzerinden yapılan iletişim denetime tâbi tutulmuştur. Söz konusu uygulamalar on beş bini aşan mahkeme kararı ile yapılmış olup bu kararların 6.538 adedi adli amaçlı, 8.352 adedi ise MİT, Jandarma ve Polis için istihbarî ve önleme amaçlı olarak verilmiştir¹.

Nüfusun 72 milyon civarında olduğu ve 2010 yılının Mart ayı itibariyle ülkemizdeki hükümlülerin toplam sayısının 58.506 olduğu dikkate alındığında², “suç işlediği zannıyla hakkında delil toplanmak üzere” veya “bir suç işleyeceği varsayılarak bu suçun önlenmesi amacıyla” başvurulması gereken iletişimin denetlenmesi tedbirine ne kadar hoyratça başvurulduğu daha da iyi ortaya çıkacaktır. Bu rakamlara göre, ülkemizde, bir suç işlediği mahkeme kararı ile sabit olmuş kişi sayısına oranlandığında oldukça yüksek sayıda kişinin iletişimi kısıtlanmaktadır³. Üstelik iletişimin denetlenmesi tedbirine kural olarak, ancak kanunda sayılmış bulunan sınırlı suç tipleri için başvurulabilmektedir. Tüm bu hususlar birlikte düşünüldüğünde, tedbirin ülkemizde aşırıya kaçan şekillerde uygulandığı açıktır. Söz konusu aşırılığın en büyük sorumlusunun, bir güvence unsuru olarak, söz konusu kararları vermekle yetkilendirilmiş bulunan yargı mensupları olduğunu kabul etmek gerekir. Pek çok benzer tedbir gibi iletişimin denetlenmesi tedbirine de hâkim kararı ile başvurulabilmesinin temel bir gerekçesi vardır. Anayasa

¹ İstatistikî bilgiler Deniz Zeyrek tarafından 17.10.2010 tarihli Radikal Gazetesinde yayımlanan, “Dijital Kale’ye ilk kez Radikal Girdi” başlıklı haberden alınmıştır.

² Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, Tutuklama Raporu, 10 Ağustos 2010, http://eski.barobirlik.org.tr/yayinlar/kitaplar/Tutuklama_Raporu.pdf (Erişim: 11 Kasım 2010), s. 18.

³ Benzer görüşler hukuk camiasının dışında da ifade edilmektedir: İsmet Berkan, “Telekulağın Feriştahı”, Radikal Gazetesi, 7.9.2009.

koyucu, bir güvence unsuru olarak, bu gibi temel hakları kısıtlayan önlemlere ancak bağımsız bir yargıç tarafından karar verilebilmesini uygun görmüştür. Ne var ki, uygulamada verilmiş olan ve Yargıtay incelemesine konu olması nedeniyle ortaya çıkan bir takım kararlar, Anayasal korunma altına alınmış olan temel hakların ancak Anayasa ve kanunlar çerçevesinde, hukuka uygun olarak kısıtlanabilmesi için öngörülen hâkim güvencesinin, bizzat hâkimler tarafından nasıl da anlamsız hale getirildiğini gözler önüne sermektedir⁴.

⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin kararına konu olan olayda verilen, yetki sınırlarını da hiçe sayarak, tüm Türkiye genelinde geçerli olacak şekilde karar verilmiştir: "...Anayasa'nın 22. maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hâkim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir. Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz "Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi"nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kurala bağlanmış olup, bu hakka bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir. 5271 sayılı CMK'nın, casusluk suçları hariç 250. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, 2559 sayılı Kanun'un ek 7 ve 2803 sayılı Kanun'un ek 5. maddeleri uyarınca Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı, 5271 sayılı CMK'nın 135 ifa 138. maddeleri ile sınırları belirlenen çerçevede ve sadece kendi sorumluluk alanları ile sınırlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde hâkim kararı alabilir veya sonradan hâkim onayına sunulmak üzere yazılı emir verebilirler. Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gereği birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek Ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin buldukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun da bu olduğu açıktır. Kanun yararına bozma, karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıkların toplum ve birey açısından hukuk yararına giderilmesini ve ülke sathında uygulama birliğine ulaşılmasını sağlama amacıyla, olağanüstü bir denetim muhakemesi yolu olarak Ceza Yargılaması Yasası'nın 309 ve 310. maddelerinde düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle kanun yararına bozma talebine atfen düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin 19.12.2007 gün ve 2007/6522 Tek. Tak. sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca bozulmasına ... oybirliğiyle karar verildi." (Yargıtay 9. CD, Tarih: 4.6.2008, Esas: 2008/874, Karar: 2008/7160).

B. Konuya Yüksek Yargı da sessiz kalmamıştır. Askeri Yargıtay Başkanı Ahmet Alkış tarafından kaleme alınan⁵, aynen katıldığımız ve ilgili kısımlarına aşağıda aynen yer verdiğimiz satırlarda konunun önemi vurgulanmaktadır:

“Hukuk devletinin temel ayağını oluşturan yargı, bireylerin kesintisiz koruyucusu insan haklarının güvencesidir. Hukuk devletinde vatandaşların hukuk kuralları ve güvenliği ile yaşamlarını sürdürmeleri asıldır. Kimsenin şüpheler altında, başına ne geleceği endişesi ile ve korkusu ile yaşamaması gerekir. Bu tür endişelerin yaşandığı toplumlarda, hukuk devletinin işleyişinde bir zafiyet var demektir.

“Yasama ve yürütme erkleri ile hiçbir organik bağlantısı bulunmaması gereken yargı organlarının bağımsızlık ve tarafsızlık ilkele-ri içinde hareket etmelerinin, adalete duyulan güveni sarsmalarının yanında, karar ve hükümlerini demokratik, laik ve sosyal hukuk devletinin ilkelerini, demokratik devletin temel niteliklerini gözeterek soruşturma ve yargılamayla ilgili kurallar çerçevesinde, hukuka uygun olarak adaleti sağlayacak şekilde vermeleri gerekir. Kişisel duygu, görüş ve düşüncelerin yakınlıkların, varsayımların hukukta yeri yoktur.

“Adaleti sağlamayan, bilimden ve gerçeklerden uzak, somut kanıtlara dayanmayan, makûl ve mantıki olmayan, tarafları ve kamu vicdanını tatmin etmeyen, hukuki değerlendirme ve gerekçelerden yoksun iddianame, karar ve hükümler yarardan çok zarar getirir ve giderilmez yıkıcı etkiler yaratırlar.

*“Kişiler, kurumlar, toplumlar hak duygusu içinde ve üzerinde yaşamlarını sürdürürler. Bu nedenle, yargıda ve adalet dağıtmada mazeret olmaz. Yargının, hizmetin özelliği ve doğurduğu sonuçlar açısından, gerek işleyişinde, gerek mensuplarında, eksikliği ve yanlışlığı kaldıracak lüksü yoktur.. Yargı organlarında, yetkinin kullanılmasında, görevin yerine getirilmesinde, görülecek eksiklik ve yanlışlıkların, **keyfiliklerin, hukuki kurallara riayetsizliğin, özensizliğin**, adaleti sarsacağı ve bundan insan hakları ve onurunun, hukukun temel ve vazgeçilmez kural ve değerlerinin zarar göreceği asla unutulmamalıdır. Çağımız dünyasında, devletler, hukuk devleti olup olmadıklarına göre saygın veya değillerdir.*

“Devletin tüm kurumlarının bu gerçek ve esasları gözeterek hukuk düzeninin sağladığı güvenlik içinde, bireylerin birbirlerine saygılı, huzur ve barış içinde yaşamlarını sürdürmelerinin sağlanması öncelikli görevleri olmalıdır.”

C. Gerek hukuk kurallarına uyarak, gerekse yasadışı yollarla olsun, iletişimin, bu denli hoyratça denetime tâbi tutulması, terörle mücadele adı altında dahi olsa kabul edilemez⁶. İletişimin yaygın şekilde denetlenmesinin,

⁵ Ahmet ALKIŞ, “Önsöz”, Askeri Yargıtay Dergisi, Sayı: 21, Yıl: 2008.

⁶ Aynı yönde: Özdemir ÖZOK, “Açılış Konuşması”, Özel Yaşamın Gizliliği, Aile

kamuoyunda ve hukuk çevrelerinde yarattığı tepki ve durumun hukuk devletini tehdit eder hale geldiği yönündeki düşünceler neticesinde, önde gelen barolar ve ceza hukukçuları aşırı uygulamalara ilişkin kamuoyuna, gazetelere ilan vermek suretiyle açıklama yapmışlardır⁷.

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yargıç olarak görev yapmış bulunan Sayın Büyükelçi Rıza Türmen ise, "*Dikkatli Konuşma Kaygısı Başlarsa*"⁸ başlıklı makalesinde şunları söylüyor:

"Telefonların dinlenmesi, AİHM'ye göre özel yaşama ve haberleşme özgürlüğüne müdahale. Ancak, bu müdahale demokratik bir toplum bakımından gerekli mi? AİHM bunu inceliyor. Bir yanda özel yaşamın korunması, öte yandan toplumun güvenlik gereksinimleri. Bu iki unsur arasında doğru denge kurulması önemli. AİHM, telefon dinlemelerinin bazı güvenceler

Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması, TBB Yayını, Ankara, 2008: "Eksiksiz demokrasiler ve demokratik toplumlar, demokrasiyi tüm kurum ve kurallarıyla benimsedikleri için demokratik değerleri dışlayan teröre karşı da demokrasi ve insan hakları sınırları içinde mücadele etmek zorunda ve durumundadırlar. Bunlardan uzaklaştıkça anti-demokratik uygulamalar içine girilir ve terörizmin tuzağına düşülür. Basına yansıdığı kadarıyla konut ve işyerlerinde yargıç izni olmadan arama yapılması, gözaltına alma, ifade alma gibi işlemlerin tümünden güvenlik güçlerine bırakılması, gözaltına alma süresinin uzatılması, hepsinden önemlisi, iddia ile birlikte gözaltına alınan kişilerin sorgulaması sırasında avukat bulundurulmamasını asla kabul etmiyoruz."

⁷ Türkiye'deki çeşitli baroların ve ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku akademisyenlerinin ortak imzalarıyla 24 Nisan 2009 tarihli gazetelerde yayınlanan "Hukuk Devleti İçin Kamuoyuna Duyuru" başlıklı metnin çalışmamızın konusunu ilgilendiren bölümünde, aynen şu düşüncelere yer verilmiştir:

- "Telefon dinleme tedbiri kişilerin özel hayatına bir müdahale olduğu için kanundaki şartların tamamı oluşmadan uygulanmamalıdır. Bu tedbirin son çare olduğunun dikkatten kaçırılmaması gerekir."

- "Yargıtay kararlarında da ortaya konulduğu üzere, telefon dinleme tutanakları maddi delillerde desteklenmediği sürece delil olarak kabul edilemez."

- "Toplumda herkesin telefonlarının dinlendiği yönünde oluşan kanaat, bu kanaati destekleyen uygulamalar ve kanıksama hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaktadır."

- "Yargı güvencesi ancak bağımsız yargıçlarla, güvenceli Cumhuriyet savcıları ve avukatlarla sağlanabilir."

- "Hukuk devletinde hâkimler ve savcılar dahil hiç kimse hukuka aykırı ve keyfi işlem ve kararları sebebiyle sorumsuz değildir ve olamaz."

- "Temel hak ve özgürlüklerin temel güvencesi, usul kurallarıdır. Usul kurallarına uyulmadan uyumsuzluğun esası doğru çözülemez. Usul esasa feda edilemez ve hafife alınmaz."

- "Ceza soruşturmasını Cumhuriyet savcısı yönetir. Kolluk görevlileri soruşturmayı yönlendiremez. Hâkim ve mahkemelerden doğrudan talepte bulunamaz. Hâkim ve mahkemeler hukuka aykırı bu talepler reddetmek zorundadırlar."

⁸ Rıza TÜRMEN, "Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi (2) – 'Dikkatli Konuşma' Kaygısı Başlarsa", Milliyet Gazetesi, 4 Ekim 2008.

sağlandığı takdirde Sözleşmeyi ihlâl etmeyeceğini kabul ediyor. Bu güvenceler şunlar: Bir kere dinleme ulusal hukuka uygun olmalı. Ama bu yeterli değil. Mahkeme şu unsurları da dikkate alıyor: işlendiği iddia edilen suçun niteliği, dinlemenin süresi, telefon konuşmalarını özetleyen raporun düzenlenmesi, konuşma kayıtlarının değiştirilmeden yargıca ve savunma için davalıya sunulması, bu kayıtların imhası için mevcut usuller.”

...

“Kitlesel telefon dinlemelerinin doğurduğu toplumsal tedirginlik demokratik bir toplum açısından önemli bir sorun. (telefonum dinleniyor olabilir, dikkatli konuşmalıyım) gibi kaygılar totaliter yönetimlere has bir durum. Burada yargıçlara büyük bir sorumluluk düşüyor. Telefon dinlemelerine izin verirken, iznin genel değil bireysel olmasına ve her birey için yapılan izin talebinin haklı bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını incelemeye özen göstermeleri, hak ve özgürlüklerin korunması açısından önem taşıyor.”

E. Yapılan denetim sonucu elde edilen bulguların hangi amaçlarla kullanılabileceği, başvuru ile kısıtlanan hak dengesi gözetildiğinde ayrı bir anlam kazanmaktadır. Bir başka ifadeyle, kişiler arasında yapılan telefon görüşmelerinin içerikleri, tek başına mahkûmiyet için yeterli delil sayılamayacağından dolayı⁹, kişiler arasındaki iletişim tutanaklarının delil olacağı varsayımı ve inancı ile hareket edilemez. Yargıtay ve Danıştay da uygulamanın yaratmış olduğu olumsuz atmosferi aralayarak aydınlatıcı bir ışığın müjdecisi olmuşlardır:

⁹ “...Sanıklar H. K., M. B., ve M. E. hakkında toplu halde silah ticareti yapma suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; ...Sanıklar H. K., M. B., ve M. E.’nin aralarında Yasanın amaçladığı biçimde topluluk oluşturacak boyutta ortaklık ve birlikteliğin bulunduğu dair iletişim tutanakları dışında delil bulunmadığı gibi sanıklarda elde edilen suça konu silah ve mermileri kişisel ihtiyaçları için bulundurdıklarına ilişkin savunmalarının aksine satmak amacıyla edindikleri veya bu amaçla bulundurdıklarına ilişkin mahkûmiyetlerine yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığından, sanıkların ev ve iş yerlerinde yapılan arama sonucunda sanık H. K.’nın evinde 2 adet 7.65 mm. çaplı tabanca, sanık M. E.’nin işyerinde 340 adet mermi, sanık M. B.’nin işyerinde yapılan arama da ise 75 adet mermi ele geçtiğinin anlaşılması karşısında... tanımı yapılan toplu silah ticareti suçunu oluşturduğu kabul edilerek yazılı biçimde uygulama yapılması, ... Sanıklar Y. A. ve F. B. hakkında toplu silah ticareti yapmak suçundan kurulan hükme yönelik sanık müdafilerinin temyiz itirazlarının incelenmesinde; Sanıkların üzerine atılı suç işlediklerine dair, savunmalarının aksine, içeriği maddi bulgularla desteklenemeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında cezalandırılmalarına yeter kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, sanıkların üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatları yerine yazılı şekilde kabul edilerek ceza tayin edilmesi, ... Bozmayı gerektirmiş[tir]...”, Yargıtay 8. CD, T: 22.01.2009, E: 2008/13862, K, 2009/479.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, “Ergenekon Davası” diye meşhur edilen adli ve hukuki sorunun sebebiyet verdiği uygulamaların bir bölümünün temelinde yer alan, yönetmelikle getirilen düzenlemeyle ilgili olarak verdiği kararlarda, yargılama hukukuyla ilgili konularda idarenin düzenleme yetkisinin yasa metninin lafzıyla sınırlı olduğunu belirttikten sonra, ceza muhakemesinin maddi içeriğine ait kuralların uygulanması ile ilgili konularda düzenleme yetkisinin sınırlarını ise, yargıcın yargılama faaliyeti ve idare hukukunda yetki kavramının anlam ve kapsamını ele alarak çok önemli iki konuya aydınlık getirmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, bunlardan birincisi idari işlemin en temel unsurunu oluşturan yetki sorunudur. Buna göre yetki, yasa ile hangi makama verilmişse ancak onun tarafından kullanılabilir. *“İdare hukukunda yetkisizlik kural, yetkili olma istisnadır. Bu istisna ise, yetkinin, yalnızca yasa ile gösterilen hallerde ve yine yasa ile gösterilen idari merciler tarafından kullanılmalıdır. Bu nedenle yetki yasanın açık izni olmadan devredilemez... Yetki kuralları genişletici yoruma tâbi tutulamaz... Bu nedenle öncelikle Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir”*.

Danıştay’ın tartışma konusu yaptığı diğer konu muhakeme kavramıdır. Danıştay’a göre¹⁰:

*“muhakeme kavramı, yalnızca yargılama usulünün değil, yargı yerinin uyumsuzluğunun çözümü için yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan hukuki ilişkilerin **süjelerinin işlemlerini de** içermektedir. Ceza muhakemesinin temel amacı, yargılanan kişinin hukuksal güvenliğinin gereği olarak yargılamanın nasıl yapılacağına gösterilmesinden başka, adil yargılama ilkesinin gerekleri gözetilerek maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Bu bağlamda yargıcın yargılama faaliyetini yürütmesine ait şekil/yöntem kurallarının yanı sıra **ceza yargılama-sının diğer süjelerinin eylemleri, işlemleri, hakları ve yükümlülükleri ile maddi gerçeğin araştırılması ve bulunması için öngörülen araçlar ile bu araçları kullanacaklar da ceza muhakemesine ilişkin düzenlemelerin kapsamındadır.”***

Danıştay yukarıdaki kararını, **“Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirleri’nin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in”** iptali ve yürütmesinin durdurulması için açılmış olan davada vermiştir.

Bu kararlarda, sadece yetki aşımına izin verilemeyeceği belirtilmemekte, aynı zamanda muhakeme ya da yargılama kavramına bilimsel bir açıklık getirilmektedir. Anılan kararlar bu kavramın hâkimle birlikte yargılamanın

¹⁰ Danıştay İDDK, Tarih: 30.4.2009, YD İtiraz No: 2009/107; Danıştay İDDK, Tarih: 15.5.2008, YD İtiraz No: 2008/159.

diğer süjelerini de kapsadığını doğrulaması bakımından ilginç bir nitelik taşımaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sına göre, "Yargı" başlığını taşıyan üçüncü bölümde yer alan bağımsızlık ve teminatla ilgili hükümlerin ve her iki mesleği düzenleyen esasların, özellikle savcılarının idareyle olan ilişkileri bakımından yapılacak değerlendirmelerde mutlaka dikkate alınması gerekmektedir.

II. Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Yolları

A. Yukarıda değindiğimiz mahkemeler uygulaması ve doktriner görüşler, Anayasa'ya, AİHM'nin uygulamakta olduğu kural ve ilkelere tam bir uygunluk içindedir. AİHS'nin 8. maddesine göre:

Herkes özel yaşamıyla, aile yaşamına, konut dokunulmazlığı ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına, demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı gerekleri ve kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi, sağlık ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde ve yasa gereği olan müdahaleler dışında kamu makamları tarafından karışılmaz.

Mahkeme, bu hükümden hareketle, birçok kararında, söz konusu özgürlüğün kısıtlanabilmesi için aranacak şartların ne olduğunu ısrarla belirtmiştir. Buna göre, ilk koşul, haberleşmenin denetlenmesinin yasal bir dayanağının bulunmasıdır. Yani, yasada böyle bir müdahale öngörülmüş olmalıdır.

Haberleşmenin denetlenmesiyle güdülen amaç, ulusal güvenliği koruma isteği, düzenin bozulmasını önleme veya suç önleme gibi gerekçelerin varlığı halinde meşruiyet kazanır.

Mahkemenin kararlarına göre, **zorunlu** sıfatı, vazgeçilmez kelimesiyle eşanlamlı değildir. Bunun gibi, "**kabul edilebilir, sıradan faydalı ya da makûl**" terimlerindeki esnekliğe de sahip değildir: "**demokratik bir toplumda zorunlu ifadesi, bir müdahalenin AİHS ile uyumlu olabilmesi için diğer hususların yanı sıra, acil bir toplumsal ihtiyaçı**" karşılması ve "**meşru hedefle orantılı**" olması gerektiği anlamına gelmektedir¹¹.

"Demokratik toplumlardaki temel prensiplerden biri, ... hukukun üstünlüğüdür. Hukuk üstünlüğünün anlamlarından biri, yargının kontrolü, bağımsızlık, tarafsızlık ve usule uygunluğun en iyi teminatı

¹¹ Gilles DUTETRE, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, 2005, s. 342.

*olduğu için, yürütme makamlarının, bireyin haklarına yaptığı müdahalenin en azından son çare olarak, yargının temin ettiği bir kontrol mekânizmasına sahip olmasıdır.*¹²

B. Bu konuya ilişkin hükümler, Türk hukukunda Anayasa (m. 20 – 22 – 25) ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135, 136, 137 ve 138. maddeleri ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ("PVSK") Ek 7. maddesinde, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'nun ("JanK") Ek 5. maddesinde, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun (MİTK) 6. maddesinde yer almaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 22. maddesinde, haberleşme hakkı güven altına alınmış ve Türk Ceza Kanunu'nun 132, 133, 134 ve 137. maddelerinde bu kuralların ihlâli halinde uygulanacak ceza hükümlerine yer verilmiştir.

Kuşkusuz, Anayasamızın 90/son maddesi uyarınca AİHS'nin konuya temas eden hükümlerini de önemle hatırlatmak doğru olacaktır.

Yukarıdaki kaynaklara, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" ile "Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği" de eklenmelidir.

C. İletişim kurmak, bireylerin temel ihtiyaçlarından biri olmakla kalmayıp, kişinin kendini geliştirme hakkının yadsınamaz bir ön koşuludur¹³.

Yirminci ve yirmi birinci yüzyılda, iletişim teknolojilerinde gerçekleştirilen önemli gelişmeler toplum yaşamını ve insani ilişkileri değiştirmekte, ne var ki, hukuk düzeni söz konusu gelişmelerin hızına ayak uydurmakta zorlanmaktadır.

Böylece, toplum ve insan hayatında çok önemli bir yer kaplayan telekomünikasyon yoluyla iletişimle ilgili hukuki düzenlemeler tartışmaya açık hale gelmektedir. Hatta gelişmelerdeki çeşitlilik ve hız, bugün doğru ve makul sayılan hukuki düzenlemeyi kısa bir zamanda değiştirilmesi gereken bir düzenleme haline getirebilir.

D. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahalenin istisnai niteliği

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime, işte tam da bu nedenlerle ancak istisnai hallerde müdahale edilebilmelidir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin gizli kalmayacağı, kontrolden geçeceği yönünde bir inani-

¹² Dutetre, a.g.e., s. 342.

¹³ Bu konuda ayrıca bkz: Seydi KAYMAZ, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 78 – 79.

sın toplumda yaygın olması, bu konudaki gerçek ne olursa olsun, bireyleri temkinli olmaya itecek, sindirecek ve korkutacaktır¹⁴. Bu durumun istibdat devrinde görülen ve toplumun sinmesine, insanların yakınlarından korkar hale gelmesine yol açan jurnalcılık sisteminden bir farkı yoktur¹⁵.

Meşru yollar dışında uygulanan müdahalelerin varlığı ve giderek yaygınlaştığı konusundaki inanç son derece zararlı ve tehlikelidir. Ergenekon Davası adıyla anılan soruşturma ve kovuşturmanın, en hurda ayrıntısına kadar, medya aracılığıyla kamuoyuna sürekli bir şekilde aktarılması, iletişime tanınan anayasal güvencenin pratikte mevcut olmadığı inancını her geçen gün biraz daha yaygınlaştırmıştır.

Yukarıda işaret ettiğimiz hususlardan, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin gereksiz veya sakıncalı olduğu düşüncesini öne çıkardığımız gibi bir izlenimine kapılmak yanlış olur. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetiminin, suçla mücadele, kamu düzenin korunması ve adaletin sağlanması gibi bir takım konularda önemli faydalar sağladığı kuşkusuzdur. Özellikle, her çeşit suç örgütlerinin işleyişleri büyük ölçüde teknolojik iletişim olanakları kullanılarak sağlanmaktadır. Suç örgütlerinin, bir denetimsizlik ortamında, büyük zararlar doğuran ve topluma korku yayan faaliyetlerini gerçekleştirmekte başıboş bırakılmaları, demokratik hukuk devletine büyük zararlar verecektir.

Ne var ki, yukarıda değindiğimiz denetim yolları uygulamada kasten ya da ciddiyetsizlik yüzünden hukuk devletinde tanınan temel haklara hukuka aykırı yollardan müdahale edilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nedenledir ki, söz konusu kısıtlamanın yöntem ve koşullarının Anayasa'dan başlayarak çeşitli yasal dayanakları olsa bile, denetimin demokratik ve hukuka uygun sayılabilmesi için hem Anayasa'da yer alan hükümlerin, hem de yasal kural- ların azami bir titizlikle uygulanması ve denetime ancak *ultima ratio* yani son çare olarak başvurulması zorunludur. Prof. Erdener Yurtcan¹⁶, Ceza

¹⁴ Aynı doğrultuda: Rıza TÜRMEN, "Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi (2) - 'Dik- katli Konuşma' Kaygısı Başlarsa", Milliyet Gazetesi, 4 Ekim 2008.

¹⁵ Bu konuda, yukarıda 1 numaralı dipnotta yer verdiğimiz habere ek olarak: Önce- ki Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin tarafından yapılan açıklamada, yasal olarak yetmiş bin civarında kişinin dinlendiği ifade edilmiştir. Nüfusun yetmiş milyon olarak kabul edilmesi halinde ülkemizde her bin kişiden biri hakkında "resmî" şekilde telefon dinlemesi yapılmıştır.

(Bkz: "Resmî telekulak rakamı: 70 bin kişi dinlendi", Radikal, 27.04.2009, <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetay&ArticleID=933237>)

Bakanın açıklamasından bu rakama CMK'nın 135. maddesinde öngörülen diğer önlemlerin de dâhil olmadığı anlaşılmaktadır. Bunların da eklenmesiyle teleko- münikasyon yoluyla yapılan iletişime olan müdahalenin boyutlarının daha da büyümesi mümkündür. Ancak bu açıklamanın bize sağladığı veri ile dahi, her bin kişiden biri hakkında dinleme kararının verilebildiği gibi vahim bir gerçek ile karşı karşıyayız.

¹⁶ Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta, İstanbul, s. 373.

Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesindeki düzenlemeyi eleştirirken şu değerlendirmeyi yapıyor: “*maddedeki en önemli nokta, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette failin belirlenememesi veya delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, maddenin uygulanmasının mümkün olmasıdır ... Delillere ve sanıklara başka yol ve yöntemlerle ulaşılabildiğinde bu madde uygulanmaz. Somut bir olayda yapılan yargulamada, başka yol ve yöntemlerle yukarıda sıraladığım sonuçlara ulaşıldığı takdirde, bu madde uygulanarak elde edilen tüm sonuçlar hukuken geçersiz olur; hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduklarından yargulamada kullanılamazlar. Bu önlem niteliği yönünden haberleşme özgürlüğüne getirilen ağır bir sınırlamadır. Bu nedenle çok hassas uygulanmalıdır.*”

E. Aşağıdaki bölümlerde, AIHS, T.C. Anayasası, Ceza Muhakemesi Kanunu ve adı geçen diğer kanunlardaki hükümlerde koşulları belirtilerek verilen yetkilerin uygulamada nasıl bir renge kavuştuğunu göstermeye çalışacağız. Yapacağımız açıklamalar ve vereceğimiz örnekler, iletişimin denetlenmesi konusunun koşullarının yasal bir temele dayanmasının, uygulamanın hukuka uygunluğu, başka bir deyişle meşruiyetini sağlamaya yetmediğini ortaya koyacaktır.

1. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca iç hukukumuzun ayrılmaz bir parçası haline gelen, AIHS'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre haberleşme hakkına bir kamu otoritesinin müdahalesi, yasayla öngörülmesiyle, sözleşmede sayılmış olan meşru amaçlarla ve demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde mümkündür¹⁷. AIHM konunun önemini de dikkate alarak, diğer maddelere ilişkin takip ettiği genel yaklaşımının aksine, somut olayda iç hukukunun doğru uygulanıp uygulanmadığını da denetlemektedir¹⁸.

Öte yandan, değindiğimiz hassasiyetler Mahkemenin de temel hareket noktalarından biri olmuştur. “Demokrasiyi koruyayım derken onu zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek”¹⁹ bu gibi kısıtlamalara ilişkin esassh garantiler öngörülmesi zorunludur²⁰.

Şurası unutulmamalıdır ki, Sözleşme, sözleşen devletlere sadece “müdahale etmeme” gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle yetinmemiş, onlara, aynı zamanda, koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygıyı sağlama,

¹⁷ Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Stefan TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, 2005, s. 537 vd.

¹⁸ Trechsel, a.g.e., s. 537; aynı yönde Türmen, a.g.m.

¹⁹ Klass ve diğerleri – Almanya, 6.9.1978, 5029/71, (Tercüme için bkz: Osman DOĞRU, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 243 vd.).

²⁰ Aynı yönde: Ben EMERSON/Andrew ASHWORTH/Alison MACDONALD, Human Rights and Criminal Justice, 2. Basım, Thomson – Sweet & Maxwell, Londra, 2007, s. 287.

yani bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkân verecek tedbirleri alma pozitif görevini de getirmiştir²¹.

Bu nedenledir ki, AİHM çeşitli kararlarında²² sadece yasa ile öngörül-müş olmadığı gerekçesiyle değil, demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı gerekçesi ile de düzenleme veya uygulamanın 8. maddenin ikinci fıkrasını ihlâl edeceği sonucuna varmıştır²³.

Az önce değindiğimiz değerlendirmeye, ilk bakışta eksiksiz, hatta bir noktada da olsa Anayasal düzenlemeden daha liberal gibi görünen²⁴ yazılı kurallardan başlamak istiyoruz:

2. CMK'nın 135. maddesinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenebilmesi, kayda alınması hallerinden bahsedilmekte, ama ne telekomünikasyonun, ne dinlemenin, ne tespitin, ne de sinyal bilgilerinin değerlendirilmesini bir tanıma bağlamamaktadır. Üzerinde durduğumuz özgürlük açısından, bu arada özel hayatın gizliliği konusunda, büyük önem taşıyan bu kavramların yasada tanımlanması gerekirdi. Bu yapılmamış, bu eksikliğin 14.2.2007 tarihli ve 26434 sayılı Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı Yönetmelik hükümleri ile giderilmesi yeğlenmiştir. Bu husus, her şeyden evvel Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan yasallık ilkesine aykırıdır.

Anayasaya aykırıdır, çünkü 13. maddeye göre, temel hak ve hürriyetler Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlandırılabilir. Sorunun bir yönetmelikle düzenlenmiş olması yanlıştır. Konu, doktrinde de ayrıntılı bir şekilde ele alınmış, bir yandan düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı eleştirilirken²⁵, diğer yandan bazı tanımların eksik olduğu da belirtilmiştir. *"Telekomünikasyon araçları vasıtasıyla iletilen bilgi ve mesajların okunması ve değerlendirilmesi de, iletişimin tespiti kapsamında düzenlenmeliydi. Örnek vermek gerekirse, SMS veya e-mail yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi, ne dinleme, ne kayıt altına alma, ne de sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kapsamına girmektedir. Dinleme ve kayda alma, ... yapılan konuşmalara ilişkindir"*²⁶.

²¹ Feyyaz GÖLCÜKLÜ/ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, s. 320 ve sonrasındaki kararlar önemle ve titizlikle dikkate alınmalıdır.

²² Lambert v. Fransa 24.8.1998, 23698/94; Klass ve diğerleri – Almanya.

²³ Dutetre, a.g.e., s. 342; Trechsel, a.g.e., s. 550 – 551.

²⁴ Anayasa m. 22, iletişimin denetlenmesine Savcı'nın karar vermesi halinde, hâkim onayının 48 saat içinde açıklanacağı hükmünü koymuş iken, CMK'nın 135. maddesi kararın 24 saat içinde verilmesi hükmünü getirmiştir.

²⁵ Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU, "Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Bilgi Yayınları, Cilt:1, 2008, s. 106 vd. Ersan ŞEN, Türk Hukukunda Telefon Dinleme – Gizli Soruşturmacı – X Muhabir, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 40 vd.

²⁶ Aytekin İnceoğlu, a.g.m., s. 109.

CMK'nın 135. maddesinde yer alan denetim işlemlerinin yasada tanıma bağlanmaksızın, yönetmelikteki tanımlarını esas almak suretiyle yapılması halinde (ki uygulamada bu şekilde yapılmıştır ve yapılmaya devam edilmektedir), bu denetimler hukuka aykırılık gerekçesi ileri sürülmek suretiyle meşru olmayan denetimler haline dönüşürler.

3. Yukarıda da değindiğimiz gibi, iletişimin dinlenmesine ancak son çare olarak başvurulabilir. Bu husus, CMK'nın 135. maddesinde "**başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumu**" diye ifade edilmiştir. Ne var ki, bu imkânsızlığın tanımı yasada değil, söz konusu yönetmeliğin 4/(c) maddesinde yapılmıştır. Yönetmeliğin bu maddesindeki yaklaşım ile doktrindeki görüş ve beklentiler arasında nisbi bir paralellik bulunmasına karşın, 4422 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesindeki terimlerin farklı olması, tereddütler yaratmaya elverişlidir. Kavram yasada tanımlanmalı ve özgürlükleri yerli yersiz zedelememek için, bunu sağlayacak bir ibareye yer verilmeliydi²⁷.

4. Gerek Anayasa'da, gerek AIHS'de, gerek CMK'nın ilgili hükümlerinde belirtildiği gibi, söz konusu tedbirlere hâkim kararıyla başvurulması zorunludur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de, son karar hâkime aittir. Dolayısıyla tedbirlerin uygulanmasının bağımsız mahkemelerin denetimi dışında bırakılması, hem Anayasa'ya, hem AIHS'ye, hem de CMK'ya aykırıdır.

5. Aynı değerlendirme, 2599 sayılı PVSK'nın ek 7., JanK'nın ek 5. ve MİTK'nın 6/1. maddesi bakımından da geçerlidir. Tekrarlamak gerekirse, haberleşmenin tesbiti ve denetiminde, kesinlikle, hâkim kararına bağımlılık kuralı uygulanmalıdır. Ne var ki, "Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği"nin²⁸ 98. maddesine göre, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri suçlar nedeniyle adalet müfettişleri tarafından yapılan inceleme ve soruşturma sırasında, müfettişler, "**haberleşmenin tespiti ve dinlenmesi gibi delil toplama işlemleri sırasında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükümleri ile birlikte, 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu'nun 101. maddesindeki**" yetkileri kullanabilirler²⁹.

Görüldüğü gibi, herhangi bir adli makamı işgal etmeyen ve Adalet Bakanı'na idari yönden bağlı olan adalet müfettişleri, Anayasa, CMK ve AIHM'nin açık hükümlerine karşın siyasi iradenin etkisine son derece açık bir yetkiyi, çok sakıncalı bir serbesti ile kullanabileceklerdir³⁰. Esasen uygu-

²⁷ Bu hükmün "iletişimin denetlenmesi tedbirine son çare olarak başvurulabilir" şeklinde bir formüle dayandırılması isabetli olurdu. Aynı doğrultuda, Aytekin İnceoğlu, a.g.m., s. 115.

²⁸ 24.01.2007 gün ve 26413 sayılı Resmi Gazete.

²⁹ Konunun yargı bağımsızlığı açısından doğurduğu sorunlar ayrıca incelenmelidir.

³⁰ Bu durumun hâkim bağımsızlığı prensibini zedelemesi ayrıca tartışılması gereken bir husustur.

lama da öteden beri bu yönde gelişmektedir. Bundan evvelki bölümlerde ayrıntısıyla değindiğimiz gibi, Adalet Bakanlığı'nın, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim hakkındaki yönetmeliğinin yürürlüğü Danıştay IDDK tarafından durdurulmuştur. Yürütmesi durdurulan yönetmelikte yer alan iletişimin denetlenmesi ile ilgili tanımların yasa hükmünü yorumlamak konusundaki tek yetkili merci olan hâkimi bağlamayacağı açıktır. Ancak hal böyle olunca, yasada yer alan kavramların tanımsız ve dolayısıyla sınırsız hale gelmeleri gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır³¹.

Danıştay, yürütmenin durdurulması hakkında bir karar verdiğine göre, CMK'nın telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümleri, yer verdikleri tanımların askıya alınması yüzünden içi boş formüller haline gelmiştir. Hal böyle olunca, esas itibariyle ve büyük ölçüde bu tür denetlemelerden elde edilen bilgilere dayanarak hazırlanan iddianamelerle açılan ve görülmekte olan kamu davalarıyla, açılacak olan davaların hukuka uygun ve meşru dayanaklardan yoksun oldukları veya olacaklarını söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle, sorunun en kısa zamanda yasal bir dayanağa kavuşturulması zorunludur^{32, 33}.

F. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ile elde edilmek istenen sonuç, suçun işlendiği yolunda delil elde etmek ve şüpheli ya da sanığın yakalanmasını sağlamaktır. İşte bu noktada, bu yoldan delil elde etme operasyonlarının tamamen hukuka uygun bir yol ve yöntem izlenerek yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü çoğu kez zannedildiğinin aksine, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen veriler tek başına mahkûmiyet için yeterli değildir. Yargıtay'ın aşağıda özetlerini verdiğimiz kararları³⁴, varsa, bu konu üzerindeki tereddütleri ortadan kaldırmaya yeterlidir:

-
- 31 Nitekim maddede yer alan iletişimin tespitinden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür: bkz. Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY/Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Basım, Beta, İstanbul, 2006, s. 701. Yönetmeliğin kabulünden önce ileri sürülen bu görüş ile Yönetmelik ile tespite verilen anlamın bambaşka olması müelliflerin değil yasa koyucunun kusurunu göstermektedir.
- 32 Ortaya çıkan sorun, sadece yasa hükmünün varlık nedeni olan kavramların yasal bir tanıma kavuşturulmamış olması değildir. Sorun aynı zamanda, yasa maddelerinin yer aldığı bölüm başlığı ile maddenin yan başlığı ve madde metninde, birinci ve dördüncü fıkralar arasındaki içeriklerin farklı oluşu sorunudur.
- 33 Buna benzer bir durum, yukarıda sözünü ettiğimiz PVSK'nın ek 7. maddesine eklenen 9. fıkrada yer alan "Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığından bahisle iptal eden, Anayasa Mahkemesi'nin 29.1.2009 gün ve 2005/85, 2009/15 sayılı kararıyla da ortaya çıkmıştır. Yeni ve acil bir düzenleme bu bakımdan da zorunludur.
- 34 Bu kararlara yukarıda 9 numaralı dipnotta alıntılıdığımız karar da eklenmelidir: Yargıtay 8. CD, T: 22.1.2009, E: 2008/13862, K: 2009/479.

"AİHS'nin 8. maddesiyle, koruma altına alınan haberleşme hakkının ihlali suretiyle delil elde edilmesinin ancak kanunla belirtilen yöntem ve esaslara uyulması koşuluyla hukuka uygun sayılacağı öngörüldüğü halde, hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin yasal dayanağını oluşturan kararların dosyaya getirilip duruşmada okunmadığı, iletişimin tespitinin, kim hakkında, hangi suça ilişkin olarak ve hangi süreyle gerçekleştirildiği, hukuka uygun ya da aykırı olarak elde edilip edilmediği hususlarının tartışılıp değerlendirilerek gerekçeye yansıtılmadığı ..."³⁵

"Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre, mahkeme kararıyla, dinlemeye elverişsiz suçlardan dinlenen, ...sanıklar ile bu sanıkların yaptıkları telefon görüşmelerinden elde edilen bilgilere ilişkin maddi kanıtlarla desteklenmeyen belirti kanıtların, savunmaların aksine cezalandırılmalarına yeterli, kesin ve inandırıcı olmaması ve ayrıca üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna da rastlanmaması karşısında, sanıklar hakkında beraat yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir."³⁶

Yukarıdaki kararlardan çıkan sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen verilerin hukuken bir anlam taşıyıp delil olarak nitelendirilebilmeleri için:

İletişimin denetlenmesi için yasanın aradığı şartlara uygun bir kararın bulunması zorunludur. Bu kararda hâkimin imzası bulunmalı, hâkim münhasıran kendi yetki alanında cereyan eden bir hadise ile ilgili karar vermiş olmalı, hâkimliğe yapılan talep, yetkili makam veya kişiler tarafından yapılmış olmalı, hem talepte hem kararda gerekçe çok açık bir şekilde belirtilmeli, niçin başka başka türlü delil elde edilemediği kuşkuya yer kalmayacak biçimde açıkça gösterilmeli,

- zabıta başrolü oynamaktan uzaklaştırılmalı,
- bu denetimin kim hakkında yapılacağı,
- hangi araçların denetleneceği,
- hangi suça ilişkin olarak yapılacağı,
- hangi süre ile gerçekleştirileceği,

gösterilmelidir³⁷.

³⁵ Yargıtay 4. CD, T: 10.7.2008, E: 2008/8558, K: 2008/15780.

³⁶ Yargıtay 8. CD., T: 12.5.2009, E: 2009/417, K: 2009/6705.

³⁷ Söz konusu koşullara uyulmasının yalnızca iç hukukumuzun gereği olmadığını ve AİHM'nin bu konularda önüne gelen olaylarda, iç hukukta öngörülen koşulların yerine getirilip getirilmediğini de, iç hukuk kurallarını takip ederek denetlediğini

Ancak bunların talep ve kararda tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi halindedir ki, delillerin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediği tartışılarak değerlendirilebilecek ve dolayısıyla bir hükme dayanak olup olamayacakları sonucuna varılabilecektir.

Bu vesileyle belirtelim ki, iletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesi için, **basit şüpheli** yeterli görenler bile³⁸, “kanunda belirtilen suçların işlendiğine dair somut, elle tutulur, fiili olgulara dayanan, hayat olayları içerisinde basit şüpheli ortaya çıkarmaya yetecek şekilde somutlaşmış, belirginleşmiş, kuvvetli belirtileri” aramak gerektiğini yazmışlardır. Ama doğru olan, denetleme kararının sadece ve sadece başka yoldan delil elde etme olanağının bulunmadığı hallerde verilebilmesidir³⁹.

Şunu üzülererek belirtelim ki, uygulamada, bu iş ciddiye alınmamakta, iletişimin denetlenmesine ilişkin hemen hemen bütün kararlar basmakalıp gerekçelerle (!) verilmekte, örneğin, yasa maddesinde yazılı olan ibare yeterli görülerek “suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüpheli sebeplerinin varlığı nedeniyle ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” gibi yasal kalıplarla, denetleme kararları verilmektedir⁴⁰.

belirtmiştik Bkz: II.D.1 ve bu kısımda yer alan 18 numaralı dipnotta yer alan yazarlar.

³⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 717 – 718.

³⁹ Bu konuda daha ayrıntılı bir gerekçe için bkz: Aytekin İnceoğlu, a.g.m., 115 – 116.

⁴⁰ İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, 21.2.2008 Tarih, 2008/284 sayılı kararındaki gerekçe şöyledir: “şüphelinin suç işlemek için örgüt kurduğu, bu örgütün çok sayıda üyesinin bulunduğu yolunda bilgi toplanmış, kuvvetli şüpheli oluşmuşsa da örgüt mensuplarının tespiti ve yakalanması, suçun işlendiğine dair delillerin toplanması, olayın aydınlatılması için şüphelinin telefonunun dinlenmesine ihtiyaç vardır.”

Bir başka karar (İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi, 2008/242, 04.03.2008): “Terör örgütü üyesi olmak ve kurmaktan şüpheli şahıs hakkında karapara aklamakta olduğu yönündeki faaliyetlerin önceden tespit edilip engellenmesi amacıyla”, yapılan talebin hiçbir gerekçe gösterilmeksizin kabulüne karar verilmiştir.

Başka bir kararda ise (İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi, 30.04.2008, 2008/588) “terör suçlarının önlenmesi amacıyla iletişime müdahalenin gerektiği kanaatine varmakla talebin (niçin zaruret olduğundan bahsedilmeksizin) kabulüne” karar verilmiştir.

Bir başka kararda, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 21.05.2008 tarih ve 2008/2023 sayılı karar ile “soruşturmanın devam etmesi, suç delillerinin toplanması, örgüt elemanlarının tam olarak tespit edilip yakalanabilmeleri ve tahkikat dosyasının eksiksiz hazırlanabilmesi” gerekçesiyle (!) iletişimin dinlenmesine karar vermiştir.

İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi, 3.6.2008 tarih ve 747 sayılı kararı ile “terör suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişime müdahalenin gerekliği kanaatine varılmakla ...”; yine 12. Ağır Ceza Mahkemesi, bir önceki kararı veren hâkimin imzasıyla, aynı tarihte (3.6.2008), “kuvvetli şüpheli oluştuğu ve başka suretle delil elde etme imkânının bulunmadığı anlaşıldığından ve soruşturma devam etmekte olduğundan...” şeklinde gerekçe göstermiştir. İstanbul 13. Ağır

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetiminin toplumda yarattığı etkiler önemli duyarlılıklara vücut vermektedir. Yapılan denetimler toplumu oluşturan bireylerin, iletişimlerinin güvenliği konusunda şüphe duymalarına yol açmaktadır.

Bu gibi şüphelere ve toplumsal huzuru bozucu sonuçlara yol açılmaması ancak kanunda öngörülen kurallara uygun ve hakkın özünü gözeten bir uygulama ile mümkün olabilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi⁴¹, AİHM özel hayatın gizliliğine ilişkin yapmış olduğu incelemelerde, yalnızca sınırlamanın nasıl yapılacağını gösteren bir kanunun bulunmasını değil, bu kanunun gereklerine somut olayda uyulup uyulmamış olduğunu da denetlemektedir⁴².

Ayrıca, yukarıdaki örneklerde belirtmeye çalıştığımız kararlarda görüldüğü gibi, Anayasa'da ve AİHS'de altı çizilen ölçülülük ilkesine de uyulmaktadır.

G. Kararı verebilecek merci - Hâkim, Yetkili Görevli Savcı ve Hâkim

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetimine izin veren her dört kanunda da, kural olarak hâkim kararı aranmaktadır. Ancak her dört kanunda da bunun istisnaları belirtilmiştir.

Günümüzdeki gelişmiş iletişim teknolojileri artık hâkimlere ulaşılmazında gecikme ihtimalini gitgide azaltmaktadır. Anayasal düzeyde olan **"gecikmesinde sakınca bulunan haller"** ibaresinin, yasal düzlemde açıklığa kavuşturulması zorunludur. Bu nedenle, yasal düzenlemede yalnızca Anayasadaki ibarenin tekrar edilmesi ve konunun çözümünün uygulamaya bırakılması yerinde değildir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal, istisnai bir haldir. Hangi olguların bu istisnaya dâhil kabul edilebileceği içinde bulunan zaman ve mekâna göre farklılık gösterebilir. Ancak hâkim güvencesinin,

Ceza Mahkemesi, 29.07.2008 tarih ve 885 sayılı kararı ile, kendisine 10.07.2008 tarihinde tebliğ edilen bir iddianamenin bulunmasına rağmen, yani sanık sıfatını kazanmış bir kimse hakkında, "hakkında istihbarî mahiyette bilgiler edinildiği için terör suçundan dolayı," iletişimin denetlenmesine karar vermiştir. Bu kararla, bilahare kabul ettiği iddianamede isimleri yazılı bazı sanıklar hakkında gerçekleştirilmeyi planladıkları eylemlerin önceden tespit edilerek engellenmesi amacıyla izleme kararının uzatılmasını uygun görmüştür.

⁴¹ I. D. 1. başlıklı kısım.

⁴² İfade etmek gerekir ki, yerel makamların, ilgili ülkenin kurallarını doğru uygulayıp uygulamadıkları şeklinde yapılan bu gibi bir denetim AİHM'nin normal şartlarda yapmaktan kaçındığı bir yaklaşımdır, bkz: Trechsel, a.g.e., s. 537. Bu durum dahi AİHM'nin söz konusu hakka ilişkin hassasiyetini ortaya koymaya yetmektedir.

en azından ertelenmesi sonucunu doğuran bu duruma ne gibi hallerin sebebiyet vereceğinin objektif kriterlere bağlı kılınması zorunludur.

Aksi halde bunun denetimi, C.Savcısına hatta polis, jandarma ve istihbarat örgütlerine bırakılmaktadır. Diğer kanunlardaki merciler ise, adli görev dahi görmeyen idarî görevlilerdir. Bu şekilde verilen kararların hâkim onayına gönderilmesi ise, hâkimi zaten başlanmış olan bir işlemin devamına karar verip vermeme şeklinde bir seçim yapmak baskısıyla karşı karşıya bırakılmaktadır. Bu da hâkimin, önceden başlanmış olan işleme devam yönünde karar verme ihtimalini artırmaktadır.

Ayrıca, hâkime ulaşılamayacak ölçüde gecikme ihtimali bulunan durumlarla karşılaşılma olasılığının ne olduğu da değerlendirilmelidir. Ülkenin ücra köşeleri bir yana, büyük şehirlerde bu hükmün uygulanmasının son derece istisnai hallere münhasır olmasının gerektiği açıktır. Fakat bu kararlar genellikle, gizli soruşturma evresinde verilmekte ve bunlara ilişkin tartışmaların yapılmasına olanak verecek emsal kararlar ve istatistiklerle maalesef karşılaşılmamaktadır.

H. Yukarıda değindiğimiz gibi, mevzuatımız, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesini CMK ile PVSK, JanK ve MİTK ile hükme bağlamıştır. Polis, Jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatı'na ilişkin düzenlemelere dayanılarak yapılan dinlemelerin adı önleme dinlemesi olarak konmuştur. Daha doğrusu, uygulamada, bu çeşit dinlemelere verilen isim budur. Adli dinleme ise, münhasıran CMK'nun 135 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

1. Önleme dinlemesiyle ilgili olarak üç ayrı kanunda yer alan hükümler paralel nitelikte hükümlerdir. Hatta, polis ve jandarma tarafından yapılacak olan denetimleri düzenleyen maddeler birbirlerinin tekrarı niteliğindedir. 2599 sayılı PVSK'ya eklenen ek 7. maddeye göre, polis, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair, **önleyici ve korucu tedbirleri almak**, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde, **istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere ve kullanma alanına ulaştırır**. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar. 5297 sayılı Kanuna 2005 yılında eklenen ek fıkranın birinci maddesine göre, polis, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250/1. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı **suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla hâkim kararı ... ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir**. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir 24 saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç 24 saat içinde verir. Sürenin dolması ve hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. **Bu halde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanak ile tespit olunur ve bu tutanak muhafaza edilir**⁴³.

⁴³ Bu hükme hemen hemen hiç uyulmamaktadır.

Bir başka hükme göre, kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler bildirilir. Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içerisinde yok edilir. Durum bir tutanak ile tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

2. Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde, elde edilen kayıtlar birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Diğer iki kanundaki hükümler buna paralel niteliktedir. Söz konusu hükümlerin en önemli karakteristikleri, sonuç olarak hâkim tarafından gerekçeli olarak yapılan bir talebe dayanılarak, gerekçeli olarak verilen bir kararla hayatiyet kazanmalarıdır. Kararda, belli bilgilerin mutlaka yer alması gerekir. Madde hükmü, polisin istihbarî faaliyetleri sonucu elde ettiği bilgilerle, belirli suçların işlenmesini önlemek amacıyla, iletişimin denetlenmesi kararının verilmesine yöneliktir. Demek ki, polis, bu yoldan bir delil teşkil etmemek şartıyla, bazı bilgileri toplayacak ve bunu, daha sonra gereğini yapmak üzere yetkili ve görevli makamlara bildirecektir. Başka bir deyişle, "önleme dinlemesi iletişimlerin denetlenmelerini gerekli kılacak makûl şüphelerin olduğu, bu konuda ciddi bilgi ve emarelerin elde edildiği, istihbarat kaynaklarından gelen bilgi aktarımlarının üzerlerinde suç işleyeceklerine dair tereddütler oluşturduğu ve güçlendirdiği kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi olarak yapılabilir. Aksi halde, hem Anayasa'nın korunması altındaki hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olacak, hem de yapılan bu tür işlem ve faaliyetler hukuka aykırı sayılacaktır"⁴⁴.

Yasanın açık ifadesine göre, bu yoldan elde edilen kayıtlar, sadece PVSK'nın ek 7. maddesinde gösterilen amaçlar için kullanılabilir. Çok açık bir hükümle, söz konusu amaçlar dışındaki kullanım, faili kim olursa olsun, hatta görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsalar bile, Cumhuriyet Savcılarınca takip edilmesi zorunlu bir suç haline getirilmiştir.

3. Oysa, Cumhuriyet savcıları, düzenledikleri iddianamelerde, önleme dinlemesi yoluyla ulaşılan veri ve bilgileri suç delili olarak kullanmakta ve fütursuzca suç işlemektedirler. Bu iddianameleri kabul edip yargılama yapan mahkemeler de bu fütursuzluğa karşı hiçbir reaksiyon göstermemekte

⁴⁴ Şen, a.g.e., s. 49.

ve bu nedenle de TCK'nın 279. maddesinin⁴⁵ açıkça ihlâli çok uzun zamandır herkesin gözü önünde cereyan etmektedir. Başka bir deyişle, mahkemeler de umursamazlıkta savcılarla ortaklık halindedirler.

4. Önleme dinlemesinin söz konusu olabilmesi için, henüz bir suçun işlenmemiş ve sanık sıfatı taşıyan bir kimsenin bulunmamış olması gerekir. Adlî dinleme ise, bir suç işlendiği iddiasının ortaya çıkmasıyla söz konusu olur. Bu iddianın yukarıda belirttiğimiz nitelikte kuvvetli şüphe nedenlerine dayanması ve başka türlü bir delilin elde edilmesi olanağının bulunmaması halinde uygulanabilmesi gerekir. Ayrıca, adlî dinleme, 135. maddenin 6. fıkrasında sayılı suçlarla uygulanabilir ve o fıkrada yer alan liste de kıyasen genişletilerek uygulanamaz. Henüz şüphelinin belli olmadığı hallerde, CMK'nın 135. maddesi kapsamında bir dinlemeye başvurulmamalıdır. Kuvvetli şüphenin bir suçun işlendiği noktasında değil, belli bir kişi tarafından işlendiğine dair bir şüphe olması icap eder.

5. İster önleme, ister adlî amaçlı denetim olsun, CMK'nun 135. maddesinin 5. fıkrası gereğince alınan kararlar ve yapılan işlemlerin tedbir süresince gizli tutulması zorunludur. Gizliliğin ihlâli durumunda sorumluluğunun doğacağına bir tereddüt olmaz. Ancak, cümlenin malûmu olduğu üzere, bu yoldan elde edilen deliller ve bilgiler özel hayatın en gizli noktalarına değişen konuşmalar, yazışmalar medyaya hemen intikal etmekte, bir yandan gizliliğin ihlâli suçu işlenirken, bu yoldan elde edilen malzemenin kullanılması ile şüpheliler ya da sanıklar aleyhinde kamuoyunu yanıltıcı, kişilerin onurunu zedeleyici bir takım sonuçların doğması sahnelerine tanık olunmakta ve buna neden olanlar hakkında da ceza yasaları işlememektedir.

Sonuç

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, demokratik bir hukuk devletinde başvurulurken oldukça hassas davranılması, mutlaka sıkı şekli ve esasa ilişkin koşullara bağlanmış olması gereken bir yöntemdir. Söz konusu işlemler tartışılırken, buna başvurularak ne kazanıldığı değil nelerden vazgeçildiği öncelikle düşünülmelidir.

Günümüzde telekomünikasyon teknolojilerinde kaydedilen gelişme çok üst düzeydedir. Öyle ki bireyler özel hayat sahaları içindeki görüşmelerinin veya mesleki faaliyetlerinin önemli bir kısmını bu vasıtayla yapmaktadırlar. Söz konusu tedbire başvurulması yalnızca o tedbirin muhatabını değil, kendi iletişiminin gözetim altında olabileceğini düşünen ve hareketlerini buna göre düzenleme ihtiyacı duyan tüm bireyleri etkilemektedir.

⁴⁵ "Madde 279: Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

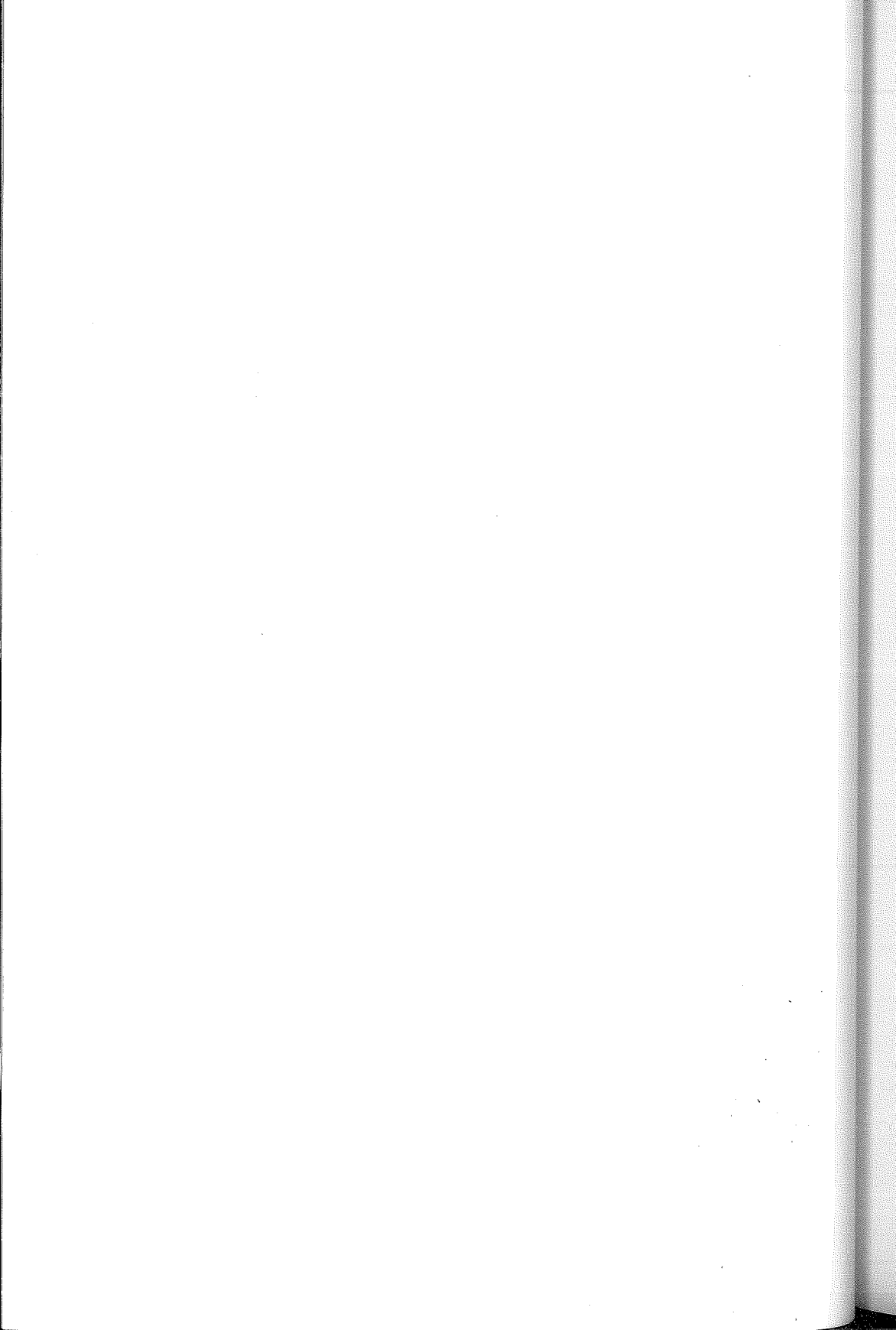
Yukarıda zikrettiğimiz istatistikler korkutucudur. Bir toplumda, hem de yasal zeminde, bu kadar yüksek sayıda kişi için iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması, devletin vatandaşlarını bir tehdit olarak görmeye başladığının en somut göstergesidir. Böyle bir durum yalnızca suç ile mücadele etme gerekçesiyle açıklanamaz. Yer verdiğimiz rakamlar işlenen suç sayıları ile karşılaştırıldığında, gerçek tüm çıplaklığı ile karşımıza çıkmaktadır.

Nitekim suç ile mücadelenin en temel gerekçelerinden biri toplumsal huzur ve refahın korunması ve artırılmasıdır. Bu mücadelede denge şaşarsa toplumsal huzur ve refah devlet eliyle bozulmuş olacaktır.

Bahsettiğimiz hususları düzeltmek konusunda en önemli görev, kuşkusuz, bu ve bunun gibi temel hakları sınırlayan tedbir ve yaptırımların ne şekilde uygulanacağı konusunda bireyler için bir güvence teşkil etmesi gereken hâkimlere düşmektedir. Gerek adli, gerekse önleyici amaçlı olarak başvuru tedbirlere izin vermek konusunda nihai yetkinin hâkimlere tanınmış olmasının yegâne anlamı da budur.

Bu maksada ulaşabilmek için öncelikle, Anayasal sistemimiz ve uluslararası sistem temel alınarak, özel hayata yönelik önemli kısıtlamalar getiren telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamı ve koşulları kanun ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir.

Yasal düzenlemelerin olması gereken standartlara kavuşmasının ardından ise, bu tedbire başvurulabilmesi konusunda nihai karar mercii olan yargı mensuplarının, tedbir ile kısıtlanan hakların özünü dikkate alan, tedbirin istisnai niteliğini aklından çıkarmayan ve tedbire ancak zorunlu olması halinde başvurulmasını kabul eden bir uygulama geliştirmesi gerekecektir.



*Göçmen Kaçakçılığı Suçu**
(*Crime of Migrant Smuggling*)

Köksal BAYRAKTAR**

*Türk Hukuk Dünyasına getirdiği
nice yeni ve çarpıcı düşünceleri nedeniyle
Sn. Yarsuvat'a saygı ile...*

Özet: Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Uluslararası Suçlar" başlıklı birinci kısmında yer alan "Göçmen Kaçakçılığı" suçu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Karşılaştırmalı hukuktaki durum ele alındıktan sonra hukukumuzda yürürlükte bulunan "Pasaport Kanunu", "Yabancıların İkametleri ve Seyahatleri Hakkında Kanun", "Köy Kanunu" gibi bazı özel kanunlar ile yaşanan bazı "kanunlar ihtilafı" sorunlarına değinilmiştir. Ardından TCK'da düzenlendiği şekliyle göçmen kaçakçılığı suçunun unsurları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Göçmen kaçakçılığı, Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi, Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, Uluslararası Suçlar, Ülke

Abstract: In this study the crime of "Migrant Smuggling", which is regulated under the first part of the "International Crimes" of the Turkish Criminal Code Law No. 5237, has been elaborately examined. The study first does a comparative legal analysis, and then discusses issues of conflict of laws in regards to specific codes, such as "Passport Law", "Law on the Residence and Travelling of Foreigners" and "Village Law". Subsequently, the elements of the crime of migrant smuggling are examined as they are provided in the Turkish Penal Code.

Keywords: Migrant smuggling, United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, International crimes, Country.

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: info@bayraktarhukuk.com

I. Giriş

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap ikinci bölümünde 79. maddede göçmen kaçakçılığı düzenlenmiştir. Madde, "Uluslararası Suçlar" başlıklı birinci kısımda yer almıştır. Suç, Eski Türk Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde, İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler başlığı altında, 03.08.2002 tarihinde yapılan ekleme ile düzenlenmişti. Önceki yıllarda bu suç, özel bir maddede, Ceza Kanunu içinde öngörülmemiştir. Bu değişiklikten önce de, bugün "Göçmen Kaçakçılığı" olarak belirlenen bazı eylemler, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'na veya 765 sayılı TCK'nın 313. maddesine göre cezalandırılmaktaydı¹.

Göçlerin yüzyıllar boyu kıtalararası ilişkilerde alabildiğine yaşanmasından sonra İXX. ve XX. yüzyıllardaki büyük iktisadi buhranlar, toplumsal çalkantılar ve dünya savaşları olayı daha da ağırlaştırmıştı. Öyle ki, bir düşünür, "günümüz, sığınmacı, yerinden yurdundan edilmişler ve kitlesel göç çağıdır" sözleri ile konunun önemini vurgulamıştı². Bu açıdan, göçlerin tüm dünyada yarattığı önemli etkiler ve olayın çeşitli yönlerden kötüye kullanılması sonucunda uluslararası ve ulusal alanda çeşitli sözleşmeler ve kanunlar yapılmıştır.

Göç hareketlerinde Türkiye önemli bir rol oynamaktadır. Gerçekten Türkiye transit ülke, hedef ülke ve kaynak ülke olarak göç yollarında çok önemli bir role sahip bulunmaktadır³. Bu çerçevede, XX. yüzyıl başlarında Türkiye ile Yunanistan arasında, onbinlerce insanın yerini, yurdunu değiştirdiği Mübadele Anlaşması gerçekleştirilmiş, aynı yıllarda Bulgaristan, Romanya ve Yugoslavya'dan yüzbinlerce insan Türkiye'ye gelmişti. XX. yüzyıl ortalarında Türkiye'den İsrail'e binlerce kişi gittiği gibi, 30.10.1961'de Türkiye ile Almanya arasında yapılan İşgücü Anlaşması ile yüzbinlerce insan işçi olarak Almanya'ya ve sonra Avrupa'nın diğer ülkelerine gitmişlerdir. Buna karşılık aynı yüzyılın sonlarına doğru Irak'tan ve Bulgaristan'dan

¹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 29.11.2001 tarih ve 2001/13076-16645 sayılı kararında; "... sanık İ'nin hükmü temyiz etmeyen diğer sanıklarla tam bir işbirliği, organizasyon ve eylemli paylaşım anlayışı içerisinde hareket ettiği, İran uyruklu sanık M'nin son altı ay içerisinde çok sayıda göçmeni yasa dışı yollara Irak'tan İran'a, oradan da Türkiye'ye geçirerek Van'a getirdiği ve bu aşamada Irak uyruklu M'nin de devreye girerek sanıklar Z. ve S.'in ev ve müştemilatında barındırdıkları, bu göçmenlerin değişik zaman ve sayılarla yüksek ücret karşılığı yurt dışından yasa dışı yollarla yurt içine girişlerinde ve yurt içinde seyahatlerinde kolaylık sağlamak konusunda sanığın adları geçenlerle önceden anlaşıp birleştiğinin anlaşılmasına ve eyleminin mahkemece TCK'nın 313. maddesi kapsamında nitelendirilip yazılı biçimde uygulama yapılmasında bir isabetsizlik bulunmamıştır." (Kemalettin EREL, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.71, Temmuz- Ağustos 2007) s. 267

² Bkz. Koray DOĞAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Ankara, 2005, s.9.

³ DOĞAN, 9; Sibel YILMAZ, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 83.

onbinlerce kişi Türkiye'ye sığınmıştı⁴. Bu hareketlerde, binlerce kişinin yasal olmayan yollardan Türkiye'ye geldiğini, her yıl yüzbinlere yakın yığınların Türkiye'ye girdiğini belirtmek gerekir; Örneğin, 1995-2007 yılları arasında 680.080 kişi Türkiye'ye kanuna aykırı giriş nedeniyle soruşturma konusu olmuştur⁵.

Açıklanan nedenlerle, göçler ve göçmenlerin durumu öncelikle uluslararası sözleşmelerle düzenlenmeye çalışılmıştır. "1926 tarihli Milletler Cemiyeti Köleliğe Karşı Sözleşme, 1953 tarihli Köleliğe Karşı Sözleşmede Değişiklik Yapan Ek Protokol, 1956 tarihli Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Ek Sözleşme, 1951 tarihli Mültecilerin Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi ile 1966 tarihli Ek Protokol, 1990 tarihli Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen Ailelerinin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme", bu konudaki önemli uluslararası çalışmalardır. 12.10.2000 tarihli Birleşmiş Milletler Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Palermo Sözleşmesi, bu konudaki son uluslararası örnektir⁶. Türkiye, "Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve "Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolü" 30.01.2003 gün ve 4800 ve 4803 sayılı Kanunlarla onaylamıştır.

Benzer çalışmalar Avrupa Birliği çerçevesinde de yapılmıştır. 1985 tarihli Schengen Andlaşması ile beş Avrupa ülkesi "aralarında iç sınırların olmadığı bir alan" yaratmak istemişler, bunu Maastricht ve Amsterdam Andlaşmaları izlemiştir⁷.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, yabancıların ülkeye gelmeleri, ülkede yerleşmeye çalışmaları ile ilgili düzenlemelerin özel kanunlarla yapıldığı ve göçmen kaçakçılığı gibi ağır hukuka aykırılığın bu kanunlar içinde yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla, karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilimin, "sığınma, iltica, göç, yabancıların çalışma ve ikametleri, göçmen kaçakçılığı" gibi kavramların ceza kanunları içinde değil, özel kanunlarda düzenleme olduğunu belirtmek mümkündür. Alman hukukundaki "Yabancıların Federal Ülkede İkametleri, Çalışmaları ve Entegrasyonlarına İlişkin 30.07.2004 tarihli Kanun"⁸, Amerika Birleşik Devletleri'nde, "Şiddet ve İnsan Kaçakçılığı Mağdurlarının Korunması Kanunu", İtalya'da "Göç Konusu Yabancıların

⁴ DOĞAN, 43-47.

⁵ Emin ARTUK – Ahmet GÖKÇEN – Caner YENİDÜNYA, TCK Şerhi, Ankara, 2009, s.1906.

⁶ Bkz. DOĞAN, 48-54; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1906.

⁷ Bkz. DOĞAN, 67-73.

⁸ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1909; Avusturya Ceza Kanunu'nun 104/a maddesinde düzenlenen göçmen ticareti suçu 2000 yılında yapılan bir değişiklikle ceza kanunundan çıkarılarak Yabancılar Kanunu'nun 104. maddesinde düzenlenmiştir. Bkz. Hakan HAKERİ, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları, (www.akader.info/KHUKA/2004_mart/1.htm), s. 2.

Koşullarına Dair 1998 tarihli Kanun Hükmünde Kararname”, Fransa’da “İç Güvenlik Hakkında Kanun ve Ceza Kanunu’nun 225-4-1 maddesi”, Belçika’da “İnsan Ticaretinin ve Çocuk Pornografisinin Cezalandırılması Hakkında Kanun” ile İngiltere’de “Göç ve Sığınma Kanunu” bunun örnekleridir⁹.

Türkiye’de ülkeye giriş ve çıkış ve yabancıların durumu ile ilgili çeşitli kanunlar bulunmaktadır. Tıpkı, Pasaport Kanunu, Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, Köy Kanunu, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, Yabancı Çalışma İzinleri Hakkında Kanun gibi... Bu kanunlarda ülkeye giriş ve çıkışın kanunlara aykırı olması halinde verilecek idari ve adli cezalar gösterilmiştir. Aynı şekilde Türkiye’ye giriş ve çıkışlar için öngörülen işlemler ayrıntılı şekilde belirlenmiştir. Ayrıca yabancıların Türkiye’de kalışları, çalışmaları pek çok şarta bağlanmıştır. Hal böyle olmasına rağmen, bu özel kanunların yanında TCK’da göçmen kaçakçılığına yer verilmesi “kanunlar ihtilafı” sorunları yaratabilecektir. Şen, TCK. 79. madde başlığının göçmen kaçakçılığı olmasına rağmen geniş anlamda ülkeye giriş çıkışların ceza normlarıyla korumaya alındığını ileri sürerken, bu konuya değinmektedir¹⁰.

Belirtilen sorunun yanı sıra, ülkemizde de, diğer ülkelerde olduğu gibi özel kanunlar yanında Ceza Kanunu’nda ayrı bir madde ile göçmen kaçakçılığının düzenlenmesi, olayın uluslararası alanda yarattığı önemli insancıl sorunlardan olması sebebiyledir. Bu nedenle, YTCK’da Göçmen Kaçakçılığı ETCK’da olduğu gibi Çalışma Hürriyeti ile ilgili bir suç olarak değil, Uluslararası Suçlar içinde düzenlenmiştir.

II. TCK’da Göçmen Kaçakçılığı

TCK 79. madde şöyledir :

“(1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkân sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan,

kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(3) Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

⁹ DOĞAN, 73-83.

¹⁰ Bkz. Ersan ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul, 2006, s. 246.

Kanunumuzdaki bu düzenleme karşısında göçü ve göçmen kaçakçılığını şu şekilde tanımlayabiliriz: “Göç, toplumsal, ekonomik, siyasi sebeplerle bireylerin veya toplulukların bir ülkeden başka bir ülkeye, bir yerleşim yerinden başka bir yerleşim yerine girmesidir.”¹¹. Göçmen kaçaklığı ise, “ekonomik, siyasi, sosyal, dini vb. nedenlerle yaşadığı ülkeyi terk etmek isteyen kişilerin o ülkeden yasadışı yollarla çıkmalarına ya da başka bir ülkeye girmelerine ya da o ülkede yasal olarak ikamet etme hakkı olmayan kişilerin ülkede kalmasına [maddi menfaat karşılığında] vasıta olmak, imkan sağlamaktır”¹².

Eski TCK 201/a maddesinin birinci fıkrasında suçun tanımı şu şekilde verilmişti :

Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.

1. Korunan Hukuki Yarar

Göçmen kaçakçılığında, insanların buldukları ülkeyi terk edip başka ülkelere yerleşmelerinde, aracı olan kişi, bu değişimi maddi menfaat karşılığında yapmakta ve eyleminde kanuna aykırı yöntemleri, usulleri kullanmaktadır. Bu olgu içerisinde birden çok hukuki yararın ihlal edildiği ve cezalandırma ile birden fazla hukuki yararın korunduğu görülmektedir.

Bu şekilde ihlal edilen ve korunan hukuki yararlar bileşkesinde, “kişi özgürlüğünün, vücut bütünlüğü ile mülkiyet hakkının, insan onurunun, devletin sınır güvenliğinin, kamu düzeni ve kamu ekonomisinin, son olarak da uluslararası toplum düzeninin” ihlal edilen hukuki yararlar içinde yer aldığı; cezalandırma ile bu yararların korunduğu belirtilmektedir¹³.

Gerçekten, ülkesini terk eden ya da dönmeyen kişi, ülkesindeki doğal ve akrabalık ilişkilerini bırakması; kültür, gelenek, görenek ve mesleki birikimlerini geride bırakması itibarıyla özgürlüklerinden ödün vermiş birey konumundadır. Aynı kişi pek çok tehlikeler içine atılmakla ve bazı olaylarda da

¹¹ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1905.

¹² Bkz. YILMAZ, 86; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1905.

¹³ Ayrıntılı açıklama için bkz. DOĞAN, 92-96; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1908; Çetin ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, c.III, sy.1) s. 119; YILMAZ, 90; Ümit KOCASAKAL, uluslararası Suçlar, (Açıklamalı Türk Ceza Kanunu kitabı için yazılmış bölüm) (Yayınlanmamıştır), s.16; Mustafa ARTUÇ, Göçmen Kaçakçılığı Suçu (Terazi, Aralık 2007, sy. 16), s.56.

zarar görmekle sağlığını, vücut bütünlüğünü koruyamamış kişi durumuna gelebilmektedir¹⁴. Aynı zamanda göç hareketlerini, yüzlerce, binlerce kişinin bir ülkeden diğer ülkeye kaçması, girmesi, yerleşmesi, çalışması, ülke değiştirmesi, uluslararası toplumu ve ulusal ölçekte kamu düzenini ihlal edebilmektedir. Bu nedenle, göçmen kaçakçılığında pek çok yararların ihlali görülmekte, cezalandırma ile bu ihlallerin önüne geçilmeye çalışılmaktadır¹⁵.

2. Maddi Unsur

a) Fail

Suçun faili olarak Kanunda özel bir belirleme yoktur. Dolayısıyla herkes suç faili olabilir. Suçun ulusal sınırları aşır uluslararası alanda önemli organizasyonları veya kamu görevlilerinin yardımlarını gerektirdiği dikkate alındığında, örgütle veya kamu görevlilerinin aracılığı ile işlendiği saptanabilmektedir. Bu açıdan pek çok göçmen kaçakçılığı suçunda failin yanında kamu görevlisi ya da arkasında bir örgüt yer almaktadır.

b) Mağdur

Suçun mağduru yönünden hukuk doktrininde ve uygulamada uzun tereddütlerin yaşandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir görüşe göre, suçun mağduru uluslararası toplum düzenidir; Çünkü yüzlerce ve binlerce kişinin ülkelerin sınırlarını yasal olmayan yollardan aşarak diğer ülkelere

¹⁴ Önceki TCK 201/a-3. maddede bu durum şu cümlede açıkça öngörülmüştü : “..... kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmaları.....”

¹⁵ KOCASAKAL, göçlerdeki ve göçmen kaçakçılığındaki ikilemleri, sorunları şu şekilde ortaya koymaktadır : “.....Göçmen kaçakçılığının temelinde göçmen olarak adlandırılan kişileri ülkelerini terke iten yoksulluk, işsizlik, eğitimsizlik, ayrımcılık gibi itici unsurlar bulunmaktadır. Göçmenler bu nedenlere bağlı olarak daha iyi bir yaşam ve gelecek imkanı bulduğuna inandıkları ülkelere gitmeyi arzulamaktadırlar. Yönelinen ülkelere çoğunlukla önemli bir niteliksiz işgücü talebi ve bir pazar bulunmaktadır. Sosyal düzene ve nüfus planlamasına olumsuz etkisi olan bu akışı önlemek için sanayileşmiş ülkeler, göçmenlere ve yabancıların ülkede bulunmalarına kısıtlamalar getirmektedirler. Bu önlemler göçmen kaçakçılığını ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten daha iyi bir yaşam bulma umuduna karşılık bu ülkelere yasal olarak girme, buralarda bulunma ve çalışma olanaklarının olmaması insanları göçmen kaçakçılara yöneltmekte, böylece süreç işlemeye başlamaktadır. Göçmen kaçakçıları, göçmenleri yönlendirmek için gerçek olmayan evlilik yahut sözde ciddi iş imkanı vaat etmekte ve kimliklerini almaktadırlar. Daha sonra sunulan hizmetin bedeli yüksek tutularak göçmenler mali yönden bağımlı hale getirilmektedirler. Gidilen ülkelere göçmenler, tehdit, cebir, psikolojik baskı, ihbar tehditleri altında tutulmaktadır. Ellerinden kimlikleri alınan, borçlu duruma düşürülen, geldikleri ülkede yasal olmayan şartlar altında bulunan mağdurlar, durumu güvenlik güçlerine veya adli mercilere bildirememekte ve boyun eğmektedirler.” Bkz. KOCASAKAL, 15.

girmeleri ve bu ülkelerde gizlenerek ve güç koşullarda yaşamak zorunda kalmaları uluslararası düzeni tehdit etmektedir¹⁶.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin kararlarında göçmenlerin bu suçun mağduru değil, konusu olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 25.04.2006 tarih ve 2006/ 2028- 3617 sayılı kararında;

“Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nun 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini hatalıdır.”¹⁷.

Diğer görüşe göre ise, suçun somut mağduru bizzat göçmenin kendisidir.

Yargıtay'ımızda farklı kararlarla ortaya çıkan görüş ayrılığında suçun uluslararası toplum düzeninin yararlarını mı yoksa kaçak göçmenin yararlarını mı ihlal ettiği önemli bir sorundur. Suç mağduru olarak uluslararası toplum düzenini kabul etmek uygun ve pek çok teknik ceza hukuku sorunu çözümler gibi (içtima sorunu gibi) gözükmemekte ise de bu çözüm hayli yapaydır çünkü, uluslararası toplum düzeni soyut bir kavramdır; Tıpkı devletin mağdur olması gibi dolaylı, belirsiz bir özelliğe sahiptir. Buna karşılık mağdurun kaçak göçmen olarak kabulü yüzlerce göçmenin konu olduğu bir olayda cezaların içtimamı olağanüstü boyutlara ulaştıracaktır. Bu yönden çözüm somut olmakla birlikte kabul edilmez sonuçlara da sürükleyebilmektedir.

Kanaatimizce olayda korunan hukuki yarar yönünden uluslararası toplum düzeninin yanı sıra kaçak göçmenlerin yararlarını da dikkate almak ve suçun konusu olarak kabul etmek uygun bir çözüm olabilir. Bu durumda zincirleme suç hükümlerinin kuralının uygulanması sorunu çözebilecektir.

5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin gerekçesinde;

“Bu suçta asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksulluk nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çırpınan insanlardır.”

Ancak göçmenlerin bu suçun mağduru olduğunu savunanlar çoğunluk-tadır¹⁸.

¹⁶ Yargıtay 8. CD., 25.04.2006 tarih ve 2028/3617 Sayılı kararında, göçmen kaçakçılığı suçunda yasal mağdurun uluslararası toplum olduğunu belirtmişti. Bkz. ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1931.

¹⁷ www.kazanci.com

¹⁸ Bu kişiler için içi bkz: EREL, dipnot:26, s. 271:Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin Üyesi

Göçmen kaçakçılığının uluslararası suç olarak kanunda belirtilmesi karşısında, suçun üzerinde işlendiği göçmen kişinin, suçun konusu olduğu ileri sürülmektedir.

TCK. 79. maddede suç konusu kişiler yönünden bir ayırım yapılmıştır: Yasal olmayan yollardan kişiyi ülkeye sokma ya da kişinin ülkede kalmasına imkan sağlama bakımından yabancı ve yurt dışına çıkmaya imkan sağlama bakımından yabancı ya da vatandaşı.

Bu ayırım içinde yer alan yabancı, bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddia hakkı olmayan kimsedir¹⁹. Yabancı, başka bir devletin vatandaşı olabileceği gibi, vatansız, özel statülü yabancı, birden çok vatandaşlığı olan bir kişi veya mülteci olabilir.

Vatansız, hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan ve herhangi bir devletin yasalarına göre vatandaş sayılmayan kişidir²⁰.

Özel statülü yabancılar, diplomatik temsilciler ve diğer yabancılardan farklı birtakım ayrıcalıklara sahip veya yasal düzenlemeler nedeniyle özel bir statüye tabi kişilerdir²¹.

Bir kimsenin birden çok vatandaşlığı olup, bunlardan hiçbiri bulunduğu devletin vatandaşlığı değilse, bu kişi yabancı sayılır²².

Yabancı kavramı içine göçmenler (muhacirler), sığınmacılar (mülteciler), muhacirler girmektedir.

Göçmen, kendi ülkesinden ayrılarak, yerleşmek için başka ülkeye giden kimse iken; Sığınmacı, "ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da yararlanmak istemeyen veya söz

Sayın H.Y. AKTAN, göçmenlerin bu suçun mağduru olduğu görüşündedir. Konuyla ilgili kararlara yazdığı karşı oy gerekçeleri şu şekildedir: "Göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenlerin mağdur sayıldıklarında tartışma bulunmamaktadır. Nitekim Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol'ün 5. maddesi de göçmenlerin cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklarını öngörmektedir. Diğer taraftan TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda" zincirleme hükmünün uygulanacağı öngörülmektedir. Bu nedenlerle mahkemenin sanıklar hakkında TCK'nın 43/2. maddesini uygulamasında bir isabetsizlik görmediğimden çoğunluk görüşüne katılmamaktayım." Y.8.C.D, 25.04.2006 tarih ve 2028/ 3617 sayılı kararı; EREL dipnot 26, s. 271'den naklen

¹⁹ ARSLAN, 124.

²⁰ ARSLAN, 124; YILMAZ, 91.

²¹ ARSLAN, 124.

²² ARSLAN, 124.

konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıstır"²³. Bu tanımdan çıkan sonuç şudur ki, göçmen, vatandaşlığını taşıdığı ülkeden diğer bir ülkeye giden kişidir; Oysa sığınmacı, vatandaşlığını taşıdığı ülkeden başka bir ülkede bulunup bu ülkenin korumasını isteyen kişidir.

Vatandaş ise, içinde bulunduğu ülkeye vatandaşlık bağı ile olan kişidir²⁴.

c) Hareket

TCK 79/1-a ve b'de hareket, "yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak ve yasal olmayan yollardan bir Türkün veya bir yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak", şeklinde belirtilmiştir²⁵.

Hareketin incelikle yasal olmayan yollardan geçerek işlenmesi gerekmektedir. Ülkeye sınır kapılarının dışında girmek, sahte belge kullanmak, yetkili kamu görevlilerini hata, tehdit, cebir, hile gibi vasıtalarla aldatmak, yasal olmayan yol olarak kabul edilecektir²⁶. Dolayısıyla, yasal yollardan maddede sözü edilen hareketlerin yapılması halinde suç meydana gelmeyecektir²⁷.

Hareketin meydana getirildiği yer kanuna göre önem taşımaktadır. Ülkeye sokmak ve ülkede kalmasına imkan sağlamak şeklindeki belirleme ile ülke kavramı ortaya çıkmaktadır. Ülke kavramı, TCK. 8. maddede geniş olarak tanımlanmıştır.

Bilindiği üzere ülke, bir devletin siyasal sınırları içerisinde kalan toprak parçası ile toprağın altını, toprak alan içindeki ırmak, göl ve iç denizlerini,

²³ ARSLAN, 125; YILMAZ, 91; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1933.

²⁴ ARSLAN, 123; YILMAZ, 91.

²⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 03.04.2008 tarih ve 713/ 3378 sayılı kararında; "Sarıkların göçmenleri İran sınırından geçirmek suretiyle yurda soktukları anlaşıldığından göçmen kaçakçılığı suçu oluşmuştur." (www.kazanci.com); Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 18.10.2006 tarih ve 5015- 7663 sayılı kararında: " Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunana ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdahilden vize işlemlerini yaptıracığı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığı sahte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdahili hileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 01.06.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu; pasaportu bulunması nedeniyle yurt dışına çıkmasına bir engeli olmayan müdahilin oğluna sahte vize temin etmesinin yasal olmayan yollardan Türk Vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak biçiminde, anılan yasanın 79. maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden...." bozma nedeni sayılmıştır (EREL, 283).

²⁶ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1925.

²⁷ DOĞAN, 117-121.

kıyı şeridini, kıyı sularını, karasularını, kıta sahanlığını ve toprak üzerindeki hava sahasını ifade etmektedir. Bu tanım içinde kara ülkesi, deniz ülkesi ve hava ülkesi yer almaktadır.

“Kara ülkesi, toprak, toprağın altı, nehirler ve gölleri kapsar.

Deniz ülkesi, denize kıyısı olan devletlerin iç sularını ve karasularını kapsar.”

Hava ülkesi ise, kara ve deniz ülkesi üzerindeki atmosfer tabakasıdır²⁸.

Bu bilgiler çerçevesinde ülkeye sokmanın gerçekleşeceği yerler kara ülkesine, deniz ülkesine ve hava ülkesine sokmak şeklinde olacaktır. TCK 8/2-a ve d, bu alanı “Türk kara ve hava sahaları ile karasuları ile kıta sahanlığı” olarak belirlemiştir.

Gerçek anlamda ülke olarak adlandırılan bu kara, deniz ve hava sahasına göçmenlerin kanuna aykırı yollardan sokulması halinde, göçmen kaçakçılığı meydana gelecektir.

Farazi anlamda ülke olarak nitelenen, “Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla; Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla” (TCK 8/2. b, c) göçmen ticaretinin yapılabilip yapılamayacağı doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre farazi anlamda ülkeye yasa dışı yollardan göçmen sokulmasında göçmen kaçakçılığı suçu meydana gelmemektedir²⁹. Buna karşılık, bizim de katıldığımız bir görüşe göre farazi anlamda ülke, incelenen suçun meydana geldiği yer olabilir³⁰.

Hareket, yasal olmayan yollardan, ülkeye yabancı kişiyi sokmak ya da yabancı kişinin ülkede kalmasına imkan sağlamakla meydana gelecektir.

Ülkeye sokmak, yabancıнын kanun dışı yollardan ülkeye girmesini sağlamaktır. Türkiye’ye girip kapılarından, pasaport ya da pasaport yerine geçen belge ile, Türkiye’ye girişi yasak olmayan ve giriş vizesi ile ülkeye girebilen yabancıнын bu unsura sahip olmayan ülkeye girmesinin herhangi bir şekilde girmesinin sağlanmasında hareket gerçekleşmektedir³¹.

Ülkede kanuna aykırı bir yolla kalmak ise, ülkeye geçerli ve usulüne uygun olarak giren yabancıнын ikamet süresini geçirdikten sonra ülkede gizlenmesi, gizli olarak çalışması, izini kaybettirmesi durumlarında söz konusu olmaktadır³².

²⁸ Bkz. DOĞAN, 114; ARTUÇ, 56-58.

²⁹ Bkz. ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1924; KOCASAKAL, 18.

³⁰ Bkz. DOĞAN, 115.

³¹ Bkz. ARSLAN, 129; DOĞAN, 117-121.

³² Bkz. ARSLAN, 129, 130; DOĞAN, 123-127.

Ülkeden, yasal olmayan yollardan çıkmaya imkan sağlamak, çıkış kapılarını dışında veya pasaportsuz veya yurt dışına çıkışta kısıtlamaya tabi tutulmuş kişinin yurt dışına çıkışının sağlanmasıdır³³.

d) Netice

Suç, ülkeye girme veya ülkeden çıkma ile ya da ülkede kalmaya devam etme ile meydana gelecektir.

Hareketin ve neticenin bu özelliği itibariyle hareketin şekli, önemi, sayısı yönünden şu hususları belirtmek yararlı olacaktır :

TCK 79/1-a, b maddesinde üç ayrı hareket ve netice bulunduğundan suç, seçimlik hareketli suçtur. Maddede yazılı hareketlerden ve buna bağlı neticelerden biri meydana geldiğinde, suç da işlenmiş olmaktadır. Bu saptamanın olağan sonucu şudur ki, suçun oluşumu için kanunda öngörülen hareketlerden birinin yapılmasında suç meydana gelmekte; hareketlerden birden fazlasının yapılmasında da gene tek suç oluşmaktadır.

Belirtilen hareketlerden ülkeye sokmak, ülkeye girmekle meydana geldiğinden, suç ani suçtur.

Buna karşılık yabancının ülkede kalmasına imkan sağlamak mütemadi suç olarak ortaya çıkmaktadır; Çünkü, bu durumda hareket ve netice devam etmektedir.

Yurt dışına çıkışa imkan sağlama üzerinde durmak gerekmektedir: Şayet yurt dışına çıkmaya imkan sağlamak, tıpkı yurda sokmak gibi, yurttan çıkarmak şeklinde anlaşılırsa ani suç olduğu kabul edilecektir. Buna karşılık "çıkmaya imkan sağlama" tıpkı ülkede kalmaya imkan sağlayıcı hareketlerin bütünü olarak anlaşılırsa, bu takdirde mütemadi suç olarak kabul edilecektir. Kanaatimizce "yurt dışına çıkmaya imkan sağlama" şeklindeki yan cümlecigi, ülkeye sokmanın karşıt kavramı olarak, yani kısaca ülkeden çıkarmak olarak anlamak uygun olacaktır.

Suç, herhangi bir şekilde işlenebildiğinden, hareketin önemi yönünden serbest hareketli suçtur.

İncelenen suç, kural olarak icrai hareketlerle işlenebilmekle beraber, ihmalî hareketlerle de işlenebilir. İcrai suç niteliğindeki suç ihmalî hareketlerle işlendiğinde "ihmal suretiyle icrai suç" söz konusu olacaktır.

³³ Bkz. ARSLAN, 130; DOĞAN, 121; Yargıtay 8. C.D., 02.04.2007 tarih ve 5743- 2640 sayılı kararında," ...Sanığın, İstanbul'da çalışmak amacıyla yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiş yabancı uyruklu 34 göçmeni Hatay İli Ovakent Beldesinde bulunan evinde birkaç gece barındırması şeklindeki eyleminin, göçmenlerin nihai amacı ve sanığın evinde kalış süreleri de dikkate alındığında, ülkede kalmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı..."nı belirtmiştir. (www.kazancı.com)

e) Teşebbüs

Suç teşebbüse elverişli bir nitelik taşımaktadır. Ülkeye sokmak ya da ülkeden çıkarmak gibi ani suç, neticesi harekete bitişik suçlarda hareket ile netice meydana geldiğinde, bunlarla teşebbüs mümkün değil gibi gözükmele beraber hareket çeşitli parçalara bölünebildiğinden, eksik teşebbüs ortaya çıkabilmektedir. **Doğan**'ın verdiği örnekte görüldüğü gibi, "bir tır kamyonunun kasasında ülkeye sokulmak istenen göçmenler ülkeye girmeden sınır kapısında yakalansa, bu durumda netice gerçekleşmiş olmayacağından, suçun teşebbüs aşamasında kalmış olduğunun kabulü gerekir"³⁴.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.02.2008 tarih ve 2007/8-234 sayılı kararında;

"Sanığa yüklenen göçmen kaçakçılığı suçu, fiilin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 201/a maddesinde seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır. Sözü edilen maddede kalkışmanın da tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı öngörülmüş, böylelikle bu suç, 765 sayılı TCY uygulamasında bir kalkışma suçu olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Yargılama sürecinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin 79. maddesinde ise; kalkışmanın tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Somut olayda, göçmenler Türk Karasularında demirli bulunan gemide ve sınır dışına çıkmadan yakalandıklarına göre göçmen kaçakçılığı suçu kalkışma aşamasında kalmıştır. Bu itibarla, kalkışma aşamasında kalan suçun, tamamlanmış suç niteliğinde kabul gerekir"³⁵.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.04.2008 tarih ve 2008/8-33 sayılı kararında;

"Göçmen kaçakçılığı suçu teşebbüse olanaklı olup suçun ülke karasuları, hava sahası veya kara sınırlarının dışına çıkıldığı anda tamamlandığı ve olayımızda göçmenlerin karasularımız içinde bulunan Ayvalık Kız Adası'nda yakalandıkları hususlarının da gözetilerek lehe yasa değerlendirilmesinin Yerel Mahkemece buna göre yapılması gereklidir"³⁶.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 23.03.2009 tarih ve 5616/ 4478 sayılı kararında;

"Oluş ve dosya içeriğine göre yasal yollardan Türkiye'ye gelen ve buradan yurt dışına yasa dışı yollardan gitmek isteyen iki kişiyi Antalya'da bir otelde yerleştirip ertesi günü Antalya Hava Limanı'na götürdüğünde, görev-

³⁴ DOĞAN, 137.

³⁵ www.kazanci.com

³⁶ www.kazanci.com

İlence pasaport kontrolü sırasında yakalandığı anlaşılan sanığın, kanıtlanan bu eyleminin göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması” bozma nedeni sayılmıştır³⁷.

Yargıtay 8.Ceza Dairesi'nin 25.12.2008 tarih ve 14318/14867 sayılı kararında;

“Sanık, yasa dışı yollardan gelmiş ve yurtdışına gitmek isteyen onyedinci yabancı uyruklu göçmeni kapalı kasa kamyonete bindirerek İstanbul'dan yola çıkıp, ancak TEM otoyolunda kontrol noktasının bulunduğunu, bu yerin kendilerince yaya olarak geçilmesi gerektiğini, sonradan kendilerini alacağını göçmenlere beyan ederek göçmenleri araçtan indirmiştir. Gişelerde yakalandığında şüpheli hareketleri nedeniyle görevliler tarafından aracın kapalı kasesinin kontrol edilmesi sırasında muhtelif gıda maddeleri, iki adet örtü, şişme bot, v.b. eşyaların ele geçtiği ve yakalanan göçmenlerin sanık ile aracı teşhis ettikleri anlaşılınca, yasa dışı yollardan Türkiye'ye gelmiş göçmenlerin yurt dışına çıkmalarına imkan sağlamaya teşebbüs etmekten cezalandırılmasına karar verilmesi gerekir”³⁸.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 09.10.2008 tarih ve 302/10770 sayılı kararında;

Sanıklar, göçmen kaçakçılığı suçundan yargılanmışlar ve cezalandırılmalarına karar verilmiştir. Dosya kapsamından, sanıkların eylemlerinin göçmenleri yurt dışına çıkarmaya imkan sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğu anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece, suçun göçmenleri ülkede kalmalarına imkan sağlamak suretiyle göçmen kaçakçılığı olduğu ve tamamlandığı şeklinde değerlendirilerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır”³⁹.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin, 06.03.2008 tarih ve 9375/ 1660 sayılı kararında şu belirleme yapılmıştır:

“765 sayılı TCK'nın 201/a-2 fıkrasındaki göçmen kaçakçılığına teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmüne karşılık, 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde böyle bir düzenleme bulunmayıp göçmen kaçakçılığı suçunda teşebbüsün olanaklı olduğu, her iki yasanın olaya bütün olarak uygulanıp lehe yasanın belirlenmesi gerektiği gözetilmelidir”⁴⁰.

Göçmen kaçakçılığı suçunun mütemadi olarak icrasında teşebbüsün var

37 www.kazanci.com

38 www.kazanci.com

39 www.kazanci.com

40 www.kazanci.com

olabileceği ileri sürülmekte ise de⁴¹, mütemadi suçta hareket ve neticenin devam etmesi teşebbüsü önlemektedir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kanunda, bu hukuka uygunluk sebebine yer verilmemiştir. Bu nedenle bu unsur, bazı özel durumlar itibariyle irdelenecektir.

Göçmen kaçakçılığında, suçun konusunu teşkil eden göçmenler talep ederek, isteyerek, kısaca rıza göstererek diğer bir ülkeye girmek ya da yurttan çıkmak istemektedirler. Göçmen, suçun mağduru olmayıp suçun konusu olduğundan, rıza bir hukuka uygunluk sebebi değildir⁴².

Buna karşılık ülkelerini terk ederek başka bir ülkeye girmeye çalışan göçmenlerin, iç savaştan, açlıktan, siyasal nedenlerle son derece ağır cezalara mahkumiyetlerden kurtulmak amacı ile bu eylemi yerine getirmeleri durumunda aracı konumundaki göçmen kaçakçısının üçüncü şahıs lehine ıztırar halinden yararlanması söz konusu olacak mıdır? Bu soru doktrinde olumsuz cevaplandırılmaktadır. Göçmen kişilerin suçun konusu olmaları ve aracı göçmen kaçakçısının eylemi maddi menfaat karşılığında yapması üçüncü şahıs lehine ıztırar halinden yararlanmayı engellemektedir⁴³.

4. Manevi Unsur

İncelenen suçla ilişkin maddenin hemen başında, "doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı ile" şeklindeki ifade suçun ancak özel kast ile işlenebileceğini ortaya koymaktadır.

Maddi menfaat elde etme amacı, suçta kusurluluğu belirli ölçüde sınırlamaktadır. Özel kast ancak maddi menfaat elde etme maksadının bulunması ile söz konusu olacaktır. Diğer menfaat halleri, cinsel duyguları tatmin, sevgi ya da destek olma, dayanışma, sosyal ya da siyasi sebepler, maddi menfaat olmadığından özel kastın ortaya çıkmasını sağlamamaktadırlar⁴⁴.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 25.10.2004 tarih ve 6004- 8050 sayılı kararında;

" ... göçmen kaçakçılığı suçunun doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla işlenmiş olmasının gerekmesi karşısında, sanıkların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak menfaat temin edip

⁴¹ DOĞAN, 137, 138.

⁴² Bkz. DOĞAN, 131.

⁴³ Bkz. DOĞAN, 132; HAKERİ, 6.

⁴⁴ Bkz. ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1941; ŞEN, 79; DOĞAN, 134; ARTUÇ, 59; YILMAZ, 34; HAKERİ, 5.

etmediklerinin karar yerinde tartışılması gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması..." bozma nedeni sayılmıştır⁴⁵.

Maddi menfaat elde etme maksadı, menfaatin göçmenden alınması gibi doğrudan doğruya ya da bir üçüncü şahıstan alınma gibi dolayısıyla olabilir.

Gelecekte elde edilecek bir alacak, bağışlama, bir malın çok düşük bedel karşılığı verilmesi ya da bir taşınır karşılığı eylemin yapılması gibi menfaat elde edilmesi menfaat sağlanmasının örneklerini teşkil edebilir⁴⁶.

Menfaatin mutlaka haksız olması aranmamaktadır. Haklı bir maddi menfaat karşılığında ve maksadı ile fiilin işlenmesi halinde de kastın varlığı kabul edilmektedir. Tıpkı ülkeye otobüsle göçmen sokulmasında otobüs yolcu ücretinin alınması gibi⁴⁷.

5. Suçların İçtimaı

Göçmen kaçakçılığı, çeşitli ihtimallere göre zincirleme suç şeklinde işlenebileceği gibi, suçu etkileyen ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen fiilin örgüt tarafından işlenmesi halinde birleşik suç ortaya çıkmaktadır. Kanununun 79/2. maddesinde suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak dikkate almıştır. Örgüt kurma TCK 220/1. madde ile düzenlendiğine göre, burada bir başka suç, göçmen kaçakçılığının ağırlaştırıcı sebebi olmakta, dolayısıyla TCK 42. maddedeki birleşik suç durumu ortaya çıkmaktadır. TCK 42. maddenin ikinci cümlesinde içtima kuralının uygulanmayacağı açıkça belirtildiğinde örgütün faaliyeti çerçevesinde göçmen kaçakçılığının işlenmesinde TCK 79/2'den ayrı olarak TCK 220. maddesi uygulanmayacaktır^{48,49}.

⁴⁵ EREL, 281

⁴⁶ Bkz. DOĞAN, 136.

⁴⁷ Bkz. DOĞAN, 135.

⁴⁸ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 1954; KOCASAKAL, 19.

⁴⁹ Yargıtay 8.Ceza Dairesi'nin 01.11.2004 tarih ve 7796- 8304 sayılı kararında;" TCK'nun 201-a/1.madde ve fıkrasında tanımı yapılan göçmen kaçakçılığı suçunun niteliği ve özelliği itibarıyla kendi içinde teselsül de içerdiği cihetle hukuki kesintiye oluşturan iddianamenin düzenlenmesine kadar gerçekleştirilen eylemlerin tek suç oluşturacağı ve bu eylemlerin sayıca çok olmasının TCK'nın 29. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza "tayı" edilmesini gerektirebileceği göz önüne alınarak örgütlü olarak bu suçu işleyen sanıklar Salah Herki, Ayar Hamit Mecit ve Osman Kavak'ın TCK'nın 201-a/2-son madde ve fıkralarından bir kez, sanık Salim İbiş'in ise iki kez cezalandırılması gerekirken, her eylem ayrı bir suç kabul edilerek yazılı biçimde üçer kez cezalandırılmaları suretiyle fazla ceza tayini" bozma nedeni sayılmıştır; Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 07.07.2004, 3622-6288 sayılı kararında; "Yasadışı yollardan Türkiye'ye giren şahısları İstanbul'dan otobüslerle Muğla il sınırlarına getiren ve oradan da deniz yoluyla kaçak olarak yurtdışına göndermek isterlerken yakalanan sanıklar hakkında 765 sayılı TCK'nun 201/a-son madde- fıkrası uyarınca mahkumiyet kararı verilmiş bulun-

III. Yaptırım

Kanunda, suçun yaptırımını olarak üç yıldan sekiz yıla kadar hapis öngörülmüştür.

Suçun örgüt tarafından işlenmesi suçu etkileyen ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir.

Örgütü TCK 220. madde çerçevesinde anlamak gerekecektir. Bu maddeye göre örgütün en az üç kişi tarafından kurulmuş, yapı ve araç gereç ve üye sayısı itibariyle amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir. Uygulamada, ayrıca üyeler arasında hiyerarşik ilişki, örgüt içi disiplin ve devamlılık da aranmaktadır.

Kanunda ayrıca fiilin bir tüzel kişi tarafından işlenebileceği dikkate alınarak bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. Bu durumda hapis cezasına ek olarak TCK 60. maddedeki güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

ması ve 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş bulunan "örgütten" eylemsiz bir anlaşmanın kast edilmediği, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde tanımı yapılan örgütlü suç kavramından aynı Sözleşmeye Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 1. maddesiyle birlikte yorumlanması örgütten kastedilenin maddi çıkar elde etmek amacıyla var olan üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir gurubun anlaşılmasının gerekmesi karşısında ayrıca aynı yasanın 313/1. madde ve fıkrasına aykırılıktan hüküm kurulamayacağının gözetilmemesi" bozma nedeni sayılmıştır. Bu kararlar için bkz: (Bkz:Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2008, Ankara, C.II, s. 1245, 1247- 1248), Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20.04.2006, 12665-3518 sayılı kararında; " Sanıkların ülkeye yasadışı yollardan girmiş olan göçmenleri menfaat karşılığı ülke dışına çıkarmaya çalışmaktan ibaret eylemleri 765 sayılı TCK'nun 201/ a-2 maddesine aykırılık suçunu oluşturduğu halde ayrıca Pasaport Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması..." bozma nedeni sayılmıştır (Bu karar için bkz: EREL, 292).

Kaynakça

- Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2008, Ankara, C.II.
- Çetin ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, c.III, sy.1.
- Emin ARTUK – Ahmet GÖKÇEN – Caner YENİDÜNYA, TCK Şerhi, Ankara, 2009.
- Ersan ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul, 2006.
- Hakan HAKERİ, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları, (www.akader.info/KHUKA/2004_mart/1.htm).
- Kemalettin EREL, Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.71, Temmuz- Ağustos 2007.
- Koray DOĞAN, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Ankara, 2005.
- Mustafa ARTUÇ, Göçmen Kaçakçılığı Suçu , Terazi Yayınevi, Aralık 2007, sy. 16.
- Sibel YILMAZ, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku.
- Ümit KOCASAKAL, Uluslararası Suçlar, (Açıklamalı Türk Ceza Kanunu kitabı için yazılmış bölüm) (Yayınlanmamıştır).

l k g b s a i

O

p e n o p a c c r i l o t r

***Kırmızı Rengin Marka Olarak Alınması Konusunda
AB Temyiz Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler***

***Opinions on a Decision of European
Union Court of Appeals Regarding
Colour of Red as a Trade Mark***

Hamdi YASAMAN*

Özet: 556 sayılı KHK'da renklerin marka olarak seçilip seçilmemesi konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Türk Hukukunda da genel olarak renkler tescil edilmemektedir. Yargıtay da renklerin sınırlı olduğu ve bu temel ve sınırlı renklerin herkesin kullanımına açık işaretler olması gerektiği görüşündedir. Çeşitli ülkelerde ise temel renklerin marka olarak alınamayacağı ancak renk tonlarının veya belirgin renklerin marka olarak alınabileceği kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Marka, AB Temyiz Mahkemesi, Renklerin Marka Olarak Tescili, Renk, 556 sayılı KHK, Ayrıt Edici Nitelik

Abstract: *There is no provision in the Decree-Law no. 556 concerning the possibility of having a colour as a trademark. In general Turkish Law does not enable registration of colours. The Turkish Supreme Court shares the same opinion that the colours are limited and therefore these basic and limited colours must be available for the use of all. On the other hand, in some countries it is not possible to register basic colours as trademarks, however colour tones or distinctive colours can be registered.*

Keywords: *Trademark, EU Court of Appeal, Registration of colours as trademark, Colour, Decree-Law no.556, Distinctiveness:*

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: hyasaman@gsu.edu.tr

I. Genel Olarak Marka Olabilecek İşaretler

556 sayılı KHK'nin 5. maddesinde marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmesi koşuluyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretler olarak belirlenmiştir.

Markanın en önemli özelliği ayırt edici niteliğidir. Bir işaret malın veya hizmetin adı ise veya ona yaklaşıyorsa ayırt edici niteliği yoktur veya çok zayıftır. Örneğin elma, elma suyunda marka olarak alınamamasına karşılık, bilgisayar markası olarak alınması mümkündür. Zira, ürünün cinsi ile bu işaretin hiçbir ilgisi yoktur. Bir işaret ürünün veya hizmetin cinsinden ne kadar uzaklaşırsa, ayırt etme gücü artar. Tasviri işaretler de marka olarak alınamazlar. Bir malın veya hizmetin cinsini, çeşidini, vasfını, kalitesini, miktarını, değerini, coğrafi kaynağını belirten bir işaret marka olarak ayırt edici nitelikten mahrumdur. Bunun gibi, herkes tarafından kullanılan ve belirli bir meslek veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaretler de marka olarak alınamazlar.

II. Renklerin Marka Olarak Tescili

556 sayılı KHK'da renklerin marka olarak seçilip seçilmemesi konusunda herhangi bir hüküm yoktur. Ancak, renkler "çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret" ibaresi içinde mütalaa edilmektedir¹.

Renkler, diğer marka olabilecek işaretlere göre daha dikkat çekicidir. Renkler, alıcıların dikkatini ürünlerin üstüne çekme fonksiyonunun yanında, ürünlerin sürümü için psikolojik etkiyi yaratma fonksiyonuna da sahiptir².

Renk, gözün belirli dalga boyundaki bir ışık ya da görülebilen ışın enerjisiyle uyarılmasıyla oluşan duyuma verilen addır. 38 milyon renk nüansı olduğu; insan gözü ile görülebilir spektral sahada yaklaşık 10 milyon renk tonunun ayırt edilebileceği; ortalama görme kabiliyetine sahip bir insanın ayırt edebileceği ve daha sonra karşılaştığında hatırlayabileceği renk sayısının 200-300 arasında olduğu ileri sürülmektedir³.

Türk Hukukunda genel olarak renkler tescil edilememektedir. Renkler üzerinde tescil ile tescil sahibine tek hak vermek doğru görülmemektedir.

¹ Poroy/Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, s. 319; Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, parag. 22, no. 20; Arkan, Marka Hukuku, C.I, s. 73; Sevilay Eroğlu, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, s. 103

² Şenocak, Soyut Renk Markaları, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 67

³ Şenocak, Soyut Renk Markaları, s. 55

Yargıtay renklerin sınırlı olduğu ve bu temel ve sınırlı renklerin herkesin kullanımına açık işaretler olması gerektiği görüşündedir. Yargıtay'a göre renkler gök kuşağındaki renkler ile sınırlıdır⁴. Türk doktrininde Arkan⁵, Yalçiner/Karaahmet⁶ ve Karahan da bu görüştedir⁷. Karahan, münferit renklerin ayırt edici niteliğinin bulunmadığını; renklerin ancak kendi içlerinde veya tescili mümkün diğer işaretlerle birlikte özel bir kombinasyon oluşturmaları halinde marka olarak tescil edilebileceklerini; Milka çikolatalarının lila renginin Almanya'da tescil edilmesinin çok istisnai bir uygulama olduğunu ileri sürmüştür⁸.

Tekinalp⁹, somutlaşmamış bir rengin, bir mal veya hizmette özdeşleşmiş veya onu çağrıştırır hale gelmişse, ayırt edici nitelik kazanacağı ve marka olarak tescil edilebileceği görüşünü savunmaktadır.

Kanaatimce tek rengin marka olarak tescilinin mümkün olması gerekir. Bazı Kanunlarda bu husus açıkça düzenlenmiştir (Alman Hukukunda¹⁰). Rengin özel bir tonunun bulunması veya özellikli bir üründe özel olarak kullanılması halinde renk o ürüne ya da hizmete ayırt edici nitelik veriyorsa, rengin tescilinin mümkün olması gerekir¹¹. Lerzan Yılmaz "Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri" adlı tezinde şu görüşü savunmuştur: "Renk (soyut) ve renk kombinasyonlarının ayırt edici niteliği olup olmadığının tespiti, her somut olayın kendi özellikleri göz önüne alınarak yapılmalıdır. Tek renk, başlangıçta ayırt edici olmasa da, kullanım sonucu ürünü veya işletmeyi farklılaştırdığı ve tüketicide ürünü veya hizmeti doğrudan çağrıştıran bir etki yarattığı sabit ise, ayırt edici nitelik kazanmış demektir. Bu halde renk skalasının neresinde olduğu kesin olarak kanıtlanmak şartıyla renk markası olarak tescil edilebilmelidir"¹².

Sevilay'a göre¹³, "ayırt etmeyi sağlama koşuluyla her türlü işaretin

⁴ Yasaman, Marka Hukuku, C.I, İstanbul 2004, s. 80

⁵ Arkan, Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997, s.73

⁶ Yalçiner/Karaahmet, Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, genişletilmiş baskı 2011, s.38

⁷ Karahan, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, s. 28

⁸ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Bası, Ankara 2012, s.161

⁹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005, s.347, parag. 22, no. 20

¹⁰ Nuran Aslaner, Almanya Uygulamasında Renk Markaları, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s. 41 vd.; Sevilay Eroğlu, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, 2003, s. 95-165

¹¹ Fazla bilgi için bkz. Yasaman, Marka Hukuku, C.I, s. 79 vd.

¹² Lerzan Yılmaz, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2008, s.119

¹³ Sevilay Eroğlu, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili,

marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmek uygun olur. Bu konuda sınırlayıcı bir yaklaşım, MarkKHK m.4 nedeniyle anlam taşımayacaktır. Bu hüküm uyarınca, Türk Kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin MarkKHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde, markanın tescili hususunda başvuruda bulunmaya yetkili kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep hakkına sahiptirler. Bu nedenle, ülkemizde koku ya da ses markalarının tescil edilemeyecekleri kabul edilecek olsa dahi, örneğin Almanya'da tescil olunabilen bir koku ya da ses markasının sahibi, Paris Konvansiyonu m.6 (4.mükerrer) hükmüne dayanarak, bu markanın Türkiye'de de tescilini isteyebilecektir. Bundan sonra, MarkKHK m.3 kapsamındaki bir kişinin de, MarkKHK m.4'e dayanarak kendi koku ya da ses markasının Türkiye'de de tescilini talep etmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle, Türkiye'nin markalar konusunda benimsenen çağdaş yaklaşımlardan uzak kalması düşünülemez".

Yalın renklerin tescil edilememesine karşılık, renk kombinasyonları ve renklerin birleşiminden meydana gelen markaların tescili mümkün görülmektedir. Aygaz'ın gri tüpleri ile ilgili davada, Yargıtay 11. HD.si, bir rengin tek başına ve bağımsız olarak marka olarak tescilinin mümkün olmadığı; renklerin ancak özel bir şekil verilmek, kombinasyon yaratmak, çizgi yahut resimle birleştirmek kaydıyla tescilinin söz konusu olabileceğine hükmetmiştir¹⁴. Bir başka kararında da temel rengin marka olarak alınamayacağı, sözcük ile açık mavi rengin birlikte tescil edilmesinde, sözcüğün asıl marka, rengin ise yardımcı unsur olduğu belirtilmiştir¹⁵. Bunun yanında Yargıtay 11. HD.sinin 2001 tarihli kararında, "Dünya Fikri Haklar Örgütü (WIPO) tarafından renk kombinasyonlarının tescil edilebilir işaretler arasında sayıldığı, Türkiye'nin taraf olduğu DTO-TRIPS Anlaşması'nın 15. maddesince de bu hususun kabul edildiği, davacının tescilini istediği şeklin davalının savunmasının aksine renk kombinasyon özelliği taşıdığı, (...)" belirtilmiştir¹⁶.

TPE uygulaması olarak TPE Marka Uzmanı Önder Erol Ünsal, "Marka İncelemesinde Mutlak Red Nedenleri" adlı yazısında¹⁷ soyut markanın tescilinin TPE'de kabul edilmediği, ancak istisnai olarak, tek rengin kullanım sonucu ayırt edici hale gelmesi halinde tescile cevaz verildiğini ifade etmekte ve aşağıdaki YİDK kararı zikretmektedir:

" - Kurulumuz kural olarak, özel bir şekilde somutlaşmamış tek renklerin, tüketiciler tarafından marka olarak algılanmayacağını ve

s.106

¹⁴ Yarg. 11. HD. 10.03.1997 tarih, 1996/8650 E., 1997/1586 K.

¹⁵ Yarg. 11. HD. 04.03.1999 tarih, 1998/650 E., 1999/1816 K.

¹⁶ Yarg. 11. HD. 13.12.2001 tarih, 2001/7583 E., 2001/9840 K., Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, 2012 İstanbul, s. 70

¹⁷ www.tpe.gov.tr

dolayısı ile ayırt edicilik fonksiyonuna sahip olmadığını düşünmektedir.

... itirazda ise, başvuru sahibi mezkur markanın tescili talep edilen ürünlerle ilgili olarak yoğun bir şekilde kullanıldığını ve bu kullanım sonucunda işaretin ayırt edici hale geldiğini iddia etmektedir; ancak itirazın kabulü yani 556 s. KHK.nin 7/2 fıkrası hükümlerinin işletilebilmesi açısından, kullanım tek başına yeterli olmayıp, işaretin bu kullanım sonucunda ayırt edici hale gelmesi, diğer bir deyişle anılan rengin “belirli bir mal veya hizmetle özdeşleşmesi veya onu çağrıştırır hale gelmesi gerekmektedir (Tekinalp, Ü; Fikri Mülkiyet Hukuku, 1999, Beta Yayınları, S.336)”. Bu hususun Kurulumuzca değerlendirilmesinde de;

... renginin, tescili talep edilen ürünler açısından kullanımı zorunlu olmayan bir renk olduğu,

... başvuru sahibinin ... markasının ülkemizdeki bilinirlik oranının %90'lara ulaştığı, bu markanın çoğu ürün üzerinde ... rengi zeminde kullanıldığı ve bu nedenle anılan renk ile özdeşleştiği, hususları dikkate alınmıştır.

... Yukarıdaki tüm açıklamalar çerçevesinde, Kurulumuz “... Rengi”nin başvuru sahibi firma ile özdeşleştiği, bu firmanın “...” markalarını refleksif olarak çağrıştırdığı ve bu doğrultuda yoğun kullanım promosyon çalışmaları neticesinde anılan rengin ayırt edicilik kazandığı kanaatine ulaşmıştır. Açıklanan nedenlerle, başvurunun 556 s. KHK.nin 7/2 fıkrası uyarınca ilanına karar verilmiştir.”

Yabancı hukuklarda ve Avrupa Birliği Hukuku'nda rengin marka olarak tescili birçok halde mümkün görülmektedir¹⁸. Libertel kararında da ATAD tek bir rengin (portakal rengi) marka olarak alınabileceğini kabul etmiştir¹⁹. Söz konusu kararda, renklerin başlı başına mal veya hizmetlerin kaynağı konusunda belirgin bilgi iletmediği; renklerin ticarete ve reklamlarda bir mesaj iletmekten çok, çekici güç görevini üstlendiği; tüketicinin bir ürünün rengi veya ambalajından, mal veya hizmetin kaynağını belirlemeye alışık olmadığı; ancak, bazı özel durumlarda rengin ayırt edici nitelik verdiğini kabul etmek gerektiği; özellikle, rengin markada kullanılması talebinin az olması ve ilgili pazarın çok spesifik olması hallerinde rengin marka olarak ayırt edici karaktere sahip olabileceği belirtilmiştir. Kararda, bir rengin

¹⁸ Yasaman, Marka Hukuku, C.I, s. 80 vd.

¹⁹ C-104/01, 6.5.2003 tarihli karar (kararın tercümesi için bk. Yasaman, Marka Hukuku, C.I, s. 143 vd.); ayrıca bkz. Gül Okutan Nilsson, Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Gülören Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 586

marka olarak tescili için üç şartın gerçekleşmesi aranmaktadır. Bunlar rengin bir işaret teşkil etmesi; işaretin grafik bir temsile imkan tanınması ve bu işaretin teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edici nitelikte olması gerekir. Rengin düz bir plan üzerine konulması ve bunun yazılı açıklamasının yapılması veya uluslararası alanda kabul edilmiş bir kodun kullanılması aranır²⁰.

Renklerin sınıflandırılması amacıyla Avrupa ve Amerika'da bazı enstitüler mevcuttur. Buna örnek olarak, Avrupa Birliği'nin merkezi Brüksel'de olan "European Committee for Standardization / Comité Européen de Normalisation (CEN)", İngiltere'de "British Standards Institution NCC", İsviçre'de "International Organization for Standardization / Organisation Internationale de Normalisation (ISO)", Almanya'da "Deutsches Institut für Gütersicherung und Kenzeichnung e.V" sayılabilir²¹. Dünyada kabul görmüş renkler konusunda Amerikan sistemi (PANTONE) ile Avrupa sistemi (RAL) vardır.

Avrupa Birliğinde, RAL veya PANTONE renk kodlarının renk markasını tanımlayabileceği kabul edilmektedir. 1927 yılında Alman *Reichsausschuß für Lieferbedingungen und Gütesicherung* (State Commission for Delivery Terms and Quality Assurance) "RAL 840" adı altında 40 renk icat etmiştir. 1930'larda renkler 4 rakamla ifade edilmeye başlanmış ve yapılan değişikliğe işaret etmek için renk "koleksiyonuna" "RAL840R" adı verilmiştir. Sürekli yeni renkler ilave edildiği için 1961 yılında koleksiyona "RAL 840-HR" adı verilmiş ve bugün de halen kullanımda olan 210 renk oluşmuştur. "RAL 840-HR" sadece mat boyalardan oluştuğu için, parlak (cılalı) renkleri işaret etmek üzere 193 renkten oluşan "RAL 841- GL" renk skalası oluşturulmuştur. RAL denildiğinde, burada belirtilen Klasik Ral koleksiyonu anlaşılmaktadır. 1993 yılında RAL DESIGN renk skalası yaratılmıştır. RAL DESIGN skalası, mimarların, reklamcılarının ve grafikerlerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere meydana getirilmiştir. 1688 renkle başlamış ancak 1625 renge indirgenmiştir. Bu sistemlerin dışında, RAL EFFECT, RAL DIGITAL, RAL Colour Feeling sistemleri bulunmaktadır.

Pantone Inc, merkezi New Jersey – Amerika'da bulunan bir şirkettir. Pantone kılavuzu ilk olarak renkleri sınıflandırmak ve grafikerlerin renkleri

²⁰ Nuran Aslaner, Almanya Uygulamasında Renk Markaları, s. 47

²¹ Lerzan Yılmaz, TPE'nin soyut renkleri teknik sebeplerle reddettiğini; TPE'nin eski printerları sebebiyle marka örneğindeki renklerin birbir kaydedilemediğini ve bu teknik eksiklik sebebiyle tescil işleminin gerçekleştiremediğini; bunun gibi Türkiye'de Almanya'da olduğu gibi RAL yani renk veri tabanı ve sınıflandırma sisteminin mevcut olmadığını ve soyut rengin ton farkı korunarak sınıflandırılmak ve numaralandırılmak suretiyle saklanması sorununun bulunduğunu ileri sürmüştür (Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2008, s.115).

kolayca seçmeleri için düzenlenmiştir. Bu kılavuz sayesinde, kişiler, doğrudan temas kurmaksızın, istedikleri renkleri bildirmekteydi. Renkler, sayılarla ifade edilmektedir. Pantone renkleri çok geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Ocak 2003'te İskoç Parlamentosu, bayraklarındaki mavi rengin Pantone 300 olduğunu belirtmiştir. Kanada ve Güney Kore de, bayraklarının tanımlanması söz konusu olduğunda Pantone renk sistemini kullanmışlardır. 5 Eylül 2007'de Pantone "Gos Sistemi"ni tanıtmıştır. Gos sisteminde 2000'in üzerinde renk seçeneği sunulmaktadır²².

Türk Patent Enstitüsü tarafından çıkarılan Marka İnceleme Klavuzunda, ECJ'in SIECKMAN kararına atıf yapılmak suretiyle, uluslararası kabul gören PANTONE renk kodlama sistemi ile yapılan tek renk marka tescil başvurularının, uzun süreli kullanım sonucunda bir mal veya hizmetle ilgili marka algılaması yaratması, ayırt edicilik kazanmış olması durumunda, grafik temsil, dayanıklılık ve kalıcılık gibi koşullar da karşılanıyorsa, tescilin mümkün olabileceği kabul edilmektedir²³.

III. OHMI'nin Louboutin Markası İle İlgili Kararı²⁴

Tanınmış marka olan Louboutin firması, kadın ayakkabılarının tabanında kırmızı rengi Avrupa Topluluğu Markası olarak tescil ettirmek üzere başvuruda bulunmuştur. Başvurusu İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisi (Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur) tarafından reddedilmiş; bunun üzerine temyize başvurulmuş ve 2. Temyiz Dairesi 16 Haziran 2011 tarihli aşağıda özeti verilen kararı vermiştir.

Christian Louboutin 25. sınıfta tescil edilmek üzere ayakkabı tabanına uygulanmış Pantone no.18.1663 TP kodlu kırmızı renkten oluşan marka için Topluluk Markası talebinde bulunmuştur. Talepte ortopedik ayakkabılar haricindeki ayakkabılar için başvuru yapıldığı ve ayakkabının şeklinin markaya dahil olmayıp markanın konumlanmasını ortaya koyduğu belirtilmiştir. Tescil talebi, Pantone no.18-1663 TP kodlu kırmızı rengin talep edilen ürünler için ayırt edici nitelikte bulunmadığı ve Topluluk Markası Tüzüğü'nün 7/1-b maddesine uygun olmaması sebebiyle tescil şartlarını yerine getirmediği gerekçesi ile reddedilmiştir. Red gerekçesinde, talep edilen korumanın, şeklin korunması talep edilmeksizin kırmızı rengin korunmasına dair olduğu; ayakkabı piyasasının yaratıcılığa bağlı bir piyasa olması ve moda eğilimleri doğrultusunda şekillenmesi bakımından, bu rengin somut olaydaki ayakkabı tabanı gibi ayakkabının belirli bir kısmı için kullanılabilirliğini kısıtlamanın diğer üreticilerin genel menfaatlerine aykırı olduğu; ayrıca, bej

²² <http://www.pantone.com/pages/pantone/Pantone.aspx?pg=20494&ca=10>

²³ Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2012, s.68; TPE M.İ.K., md.I-1.10.1

²⁴ Kararın tercümesi Zeynep Yasaman Kökçü tarafından yapılmış ve makalenin sonuna eklenmiştir.

veya siyah tabanlı klasik ayakkabı modelleri dışında, piyasada birçok tasarımcıya ait tabanları sarı, kırmızı, mavi, beyaz, vs. olan sınırsız renk ve şekilde ayakkabılar mevcut bulunduğu belirtilmiştir.

Bu karara karşı temyize başvurulmuş ve markanın sadece bir renge dayanmadığı, rengin ayakkabı tabanının alanı ile sınırlı olduğu ve sektör normları ve uygulamaları (alışkanlıkları) uyarınca kullanılan mat, siyah veya bej ayakkabı tabanından ayrışması ve kolaylıkla akılda kalması nedeni ile ilk bakışta (prima facie) ayırt edici niteliğe sahip olduğunu ileri sürülmüştür.

AB Temyiz Mahkemesi, markanın ayırt edici niteliğinin sadece tescilli istenilen ürünler bakımından değil, ilgili halk nezdinde oluşan algı bakımından da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvuru ile talep edilen, kırmızı rengin kendisi değil, fakat yüksek topuklu ayakkabının tabanına uygulanmış olan Pantone no. 18.1663 TP kodlu kırmızı renkten ibarettir. Ayakkabı tabanlarında genellikle mat renkte siyah, kahverengi veya bej renkler kullanılmaktadır. Ayakkabı pazarında canlı renklerde ayakkabı tabanı olan spor ayakkabılar bulunsa dahi bu durum genel itibarıyla yüksek topuklu ayakkabılar için geçerli değildir. Zira, açıklandığı üzere ve sınırlı ürünler ifadesi bakımından, marka talebi bütün ayakkabı modellerini ve tabanlarını değil, sadece yüksek topuklu ayakkabı tabanlarını kapsamaktadır. Dolayısı ile, Pantone no.18.1663 TP kodlu kırmızı rengin uygulandığı topuklu ayakkabı tabanları sektörde uygulanan standart ve normlardan önemli ölçüde ayrılmaktadır. Bu bakımdan talep edilen marka fantezi, değişik ve olağan dışı olarak algılanacak ve göze çarpıcı olduğundan akılda kolaylıkla kalacaktır. Bu özelliklerin mevcudiyeti bir markanın ayırt edici niteliği için yeterli şartları oluşturmasa da, mevcudiyetleri esas itibarıyla markaya bu özelliği sağlar niteliktedir. Somut olayda, talep eden tarafından dosyaya sunulmuş olan belgeler ve özellikle uluslararası basından haberlere dair bilgiler talep edilen markanın gerçekten sektörde ticari kaynak göstergesi olarak algılandığını ortaya koymaktadır. Ürünün piyasaya sürülmesinden sonra taklitlerinin fazlalığı, E-Bay üzerinden verilen sahte ilanların çok olması ve ürünlere karşı verilen mücadele sonucunda 2841 adet sahte ürünün E-Bay üzerinden kaldırılmış olması, talep edene ait kırmızı renkli tabanın bir marka gibi işlev gösterdiğinin bir kanıtıdır. Bu gerekçeler ile Temyiz Mahkemesi, tescil talebini, talep edilen ürünleri "(ortopedik ayakkabılar hariç) yüksek topuklu ayakkabılar" olarak sınırlandırarak kabul etmiştir.

IV. Paris İstinaf Mahkemesi'nin Louboutin Markası İle İlgili Kararı

Fransa'da, Paris İstinaf Mahkemesi, Louboutin'in Zara France S.A.R.L'e (Zara olarak anılacaktır) karşı açtığı davada mahkeme kararını bozarak aşağıda özetlenen 22 Haziran 2011 tarihli kararı vermiştir.

Christian Louboutin, 29 Kasım 2000 tarihinde Fransız Fikri Mülkiyet Ulusal Enstitüsü²⁵ nezdinde 00 30 67 674 numara ile tescil ettirdiği “Kırmızı renkli ayakkabı tabanı” markasına dayanarak Zara firmasının mağazalarında kırmızı tabanlı ayakkabıların satıldığını ileri sürmüş ve sahtecilik ile haksız rekabet hükümleri uyarınca Zara’ya karşı dava açmıştır.

Mahkeme, karıştırma ihtimalinin davacı tarafından ortaya konulmaması nedeniyle davacının sahteciliğe dair taleplerini reddetmiş, ancak buna karşılık Zara’nın kırmızı taban kullanarak Louboutin’in yatırımlarından haksız olarak faydalanma ve davacı modelleri ile karışıklık yaratma gayesi içinde bulunduğu kanaatine vararak davalı Zara’yı tazminat ödemeye mahkum etmiştir.

Zara tarafından yapılan istinaf başvurusu üzerine, Paris İstinaf Mahkemesi kararı bozmuş ve Christian Louboutin’a ait 00 30 67 674 tescil numaralı markanın iptaline karar vermiştir.

Paris İstinaf Mahkemesi’nin 22 Haziran 2011 tarihli kararında dava konusu marka ile ilgili özet olarak, tescile konu şeklin bir ayakkabı tabanı olarak hemen algılanmadığı, bunun ancak açıklayıcı tasvirin okunması ile mümkün olduğu; ayakkabı tabanının düz bir form ile iki boyutlu olarak gösterilmeye elverişli olmadığı, buna karşılık tabanın birçok unsurun bileşiminden oluşan üç boyutlu bir şey olduğu, zira tescil belgesinin incelenmesinden bu şeklin ayakkabı tabanının iç kısmına mı, yoksa dış kısmına mı dair olduğunun belirlenmesinin imkansız olduğu; ayrıca taban şeklinin ayakkabının cinsi veya işlevi itibarıyla bu şekilde olduğu; dolayısı ile ayırt edici hiçbir niteliğinin bulunmadığı; ayrıca rengin kesin olarak açıklanmadığı, tabanı gösterdiği varsayılan simgenin iç ve dış kısımlarında kırmızı rengin birçok tonunun mevcut olduğu belirtilmiştir. Dolayısı ile kararda, tescilli işaretin ne şeklinin, ne de renginin ayakkabının kaynağını gösterir ve ayırt edici nitelik sağlar nitelikte yeteri kadar açık, ayrıntılı ve tam olarak belirtilmediği sonucuna varılmıştır. Davacı bu fikrin ilk defa kendilerince kullanıldığını, “göze çarpan” parlak kırmızı rengin ürettikleri tüm modellerde sistematik olarak kullanıldığını ileri sürmektedir. Bu durum mahkeme tarafından kabul edilmekle beraber, dosyaya sunulu belgelerden ilgili halk ve basın kırmızı tabanlı ürünlerin Louboutin markalı olduğu bilincinde oldukları görülmektedir. Her ne kadar böyle bir kullanım sonucunda kırmızı tabanlı sofistike kadın ayakkabıları Louboutin ile bağdaştırılsa ve de bu şekilde diğer firmaların ürünlerinden ayrışsa da, bu durum tescil belgesinde betimlendiği şekilde söz konusu işaretin geçerli bir marka olarak kabul edilmesi için gerekli olan ayırt edici niteliği haiz olduğu sonucunu doğurmamaktadır. İstinaf mahkemesi, Louboutin’in markasına karşı yapılacak tüm itirazları bertaraf etmeye yeteceğini düşündüğü kullanım sonucu oluşan bir üne sahip olduğu-

²⁵ Institut National de la Propriété Intellectuelle

na dair iddiaları haksız bulmaktadır. Mahkeme, tanınmışlık iddialarının ve dosyaya sunulan belgelerin gerçekte ihtilafa konu marka ile ilgili olmadığı, ancak bir ayakkabı modeli gamını belirtir şekilde kırmızı tabanın sistematik olarak kullanılmasına dair olduğu kanaatindedir.

Diğer taraftan, haksız rekabet hükümleri uyarınca davacı, davalı Zara'nın, kendisinin tekelinde bulundurduğunu iddia ettiği kırmızı tabanlı olan "Yo Yo" adlı modeline benzer bir modeli kopyalamak suretiyle karışıklığa neden olduğu ve bundan haksız yere faydalandığını iddia etmektedir. İstinaf mahkemesi, davacının söz konusu modeli referans olarak göstermesinin bir etkisinin olmadığını, zira bu modelin hiçbir orijinalliyi olmayan, kadın ayakkabı modelleri ile birçok ortak özelliğe sahip bir model olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, iddiaların haklı olduğunun kabulü halinde, Louboutin'in herhangi bir üreticinin kırmızı tabanlı ayakkabıları piyasaya sürmesini engelleme hakkının doğacağını, bunun amacını aşan bir durum olduğunu; sadece ilgili halkın ve basının Louboutin markası ile kırmızı tabanlı ilişkilendirmesinin Louboutin firmasının kadın ayakkabılarını her zaman kırmızı taban ile üreteceği anlamına gelmediğini; kural olarak fikirlerin serbest olduğunu belirtmiştir. Mahkeme kararında gerekçe olarak ayrıca, Zara'nın kırmızı tabanlı bütün ürünlerinde sistematik olarak kullanmadığını, ayakkabı satışının esas faaliyeti olan kıyafet satışına ek olarak yapıldığını; zira Zara'nın ayakkabı tabanlarında adını görünür bir şekilde yazdığını; Zara tarafından satışı yapılan ayakkabı fiyatlarının (49 €) Louboutin markalı ayakkabı fiyatlarının onda biri olduğunu ve bu ürünlerin satış yerlerinin hiçbir ortak özelliği olmadığını; her iki firmanın da gerçekte tamamen farklı pazarlarda faaliyet gösterdiklerini; dolayısı ile Zara tarafından söz konusu modellerin satışı sonucunda Louboutin'in pazardaki yerine hiçbir zararın gerçekleşmediğini göz önünde bulundurmıştır.

V. Louboutin Markası İle İlgili New York Bölge Mahkemesi'nin Kararı

Louboutin 1 Ocak 2008 tarihinde "Kırmızı Taban Markası"nı Amerikan Patent Ofisi nezdinde tescil ettirmiştir. Louboutin, Yves Saint Laurent'ın (YSL olarak anılacaktır) bir takım ayakkabı modellerinde "Kırmızı Taban Markası" ile koruma altına alınmış olan kırmızı renk ile aynı veya karışıklığa neden olacak şekilde benzer kırmızı rengin kullanıldığını iddia etmekte olup Lenham Yasası ile Eyalet Kanunu uyarınca markaya tecavüz ve haksız rekabet hükümlerini ileri sürerek Newyork Bölge Mahkemesinde dava açmış ve tedbir istemiştir. Buna karşılık YSL ise, Louboutin markasının iptali ile zararının tazminine dair karşı dava açmıştır.

Amerika Birleşik Devletleri New York Bölge Mahkemesi 10 Ağustos 2011 tarihinde Louboutin'in talebini reddetmiştir. Mahkemenin gerekçesinde şu hususlar vardır: Bir markanın tescil edilmiş olması markanın geçerli

olduğu karinesini yaratmaktadır. Ancak bunun aksi kanıtlanabilir. Tek başına bir renk "bazı hallerde" marka olarak korunabilirken, "işlevsel" olması durumunda koruma altında olmayabilir. Bu bakımdan, eğer bir renk önemli bir işlevsellik göstermeksizin bir firmanın ürününü ayırt etmeye ve kaynağını göstermeye yarayan bir işaret olarak kullanılıyorsa, marka olarak kanuni şartları haiz demektir.

Mahkemeler bu ilkeler ışığında, endüstriyel ürünler için tek başına bir rengin marka olarak kullanımını kabul etmektedir. Fakat bu durum moda sektörünün kendine has özellikleri ve ihtiyaçları bakımından farklılık göstermektedir. Lenham Yasası'nın amacı uyarınca fark şudur ki, moda piyasasında renk sadece kaynak belirtmeye yaramamakta, fakat esasen tasarımlarda ifade aracı, süs ve estetik amaçlarla da kullanılmaktadır.

Lenham Yasası'nın moda sektöründe rengin marka olarak tesciline, yalnızca benzersiz bir işaret yaratma amacıyla tasarlanmış, farklı şekil ve bileşimlerde olan renk tonları mevcut olduğu sürece izin verdiği kabul edilmektedir. Buna örnek olarak Louis Vuitton'un "LV" monogramının 33 adet açık renkte dizimi ile tescilli Burberry'nin dama dizimi gösterilebilir. Bu olaylarda mahkemeler, tescili onaylanmış markaların soyut bir konseptten veya sadece bir renk tonundan meydana gelmediklerini, ancak farklı renklerin bileşiminden oluşmakta olduğunu ve anlam ifade etme, süs veya dekoratif işlev sağlama fonksiyonlarının yanı sıra kaynak belirtme amacı içinde yaratılan farklı imajı da kapsadığını belirtmiştir.

Buradaki soru, moda sektöründe bir giyim ürününün kalitesini belirtir şekilde kullanılan tek bir renkten oluşan markaya Lenham Yasası uyarınca koruma sağlanıp sağlanamayacağı hususundadır. Bir başka deyişle, diğer sektörlerde bazı hallerde marka koruması tek bir renkten oluşan markaya sağlansa dahi, mahkemenin moda sektöründe böyle bir tescile engel olacak bir şey olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Moda sektöründe tek bir rengin marka olarak alınıp alınamayacağı sorusu başka bir soruyu daha doğurmaktadır; o da tek rengin işlevsel olup olmadığına dairdir. İşlevselliğe dair doktrin bir ürünün özelliğinin marka olarak kullanılmasını yasaklamaktadır. Öyle ki, ürünün özelliği, ürünün "kullanımı veya amacı için zaruri" olduğundan ya da "fiyatını veya kalitesini etkileyeceğinden" dolayı böyle bir kullanım sonucunda rakip firma önemli derecede dezavantajlı duruma düşecektir. Örneğin, çiftçilerin yükleyicileri ile traktörlerinin uyum içerisinde olmalarını tercih etmelerinden dolayı yeşil renk tarım malzemeleri bakımından işlevsel kabul edilmiştir; siyahın değişik çeşitteki gemi renkleri ile uyumlu olması ve nesnelere olduğundan daha küçük göstermesi nedeni ile siyah renk gemi dış motorları için işlevsel kabul edilmiştir. Bu olaylar estetik çekiciliğin işlevsel olabildiği ve ürünleri genelde görünüşlerine göre değerlendirdiğimiz ilkelerini ortaya koymaktadır.

Christian Louboutin'in kendisi, ayakkabı tabanlarında kırmızı renk kullanmasının nedeninin markasal işlevinden dolayı olmadığını kabul etmektedir. Louboutin, rengin ayakkabı modellerine "enerji" verdiğini ve bunun "çekici" olduğunu belirtmiş, ayrıca, kırmızının "seksi" olduğunu ve "ayakkabılarımı giyen kadınların erkekler tarafından çekici bulunduğunu" da ifade etmiştir. Oysa, ayakkabının alt tabanı genel olarak yayaya / yürümeye dair bir unsurdur. Bunun parlak veya alışılmışın dışında bir renk olması tabam bir dekorasyon ve güzellik unsuruna dönüştürür. Etkilemek, işaret etmek, göze çarpmak, güzelleştirmek, seksi çekiciliği olmak gibi unsurlar modada rengin markasal olmayan işlevleridir.

Kırmızı taban ayrıca ayakkabının fiyatını da etkileyen bir unsurdur. Zira, Louboutin ve YSL gibi *high fashion* tasarımcılar ürünün son halini daha özel ve pahalı kılmak bakımından yüksek maliyetli üretimler tercih etmektedir.

Kırmızı tabanın kaynak belirtici olarak kullanımından ziyade markasal olmayan işlevleri çerçevesinde kullanılması ve ayakkabının fiyatı ile kalitesini etkilemesi nedenlerinden dolayı Mahkemenin, Louboutin'e kırmızı renk üzerinde marka haklarının tanınması durumunda rekabetin önemli ölçüde engellenip engellenmeyeceğini incelemesi gerekmektedir. Somut olayda, Christian Louboutin markasının özelliği olarak "kırmızı renk" i talep etmiş ve "*high fashion* kadın tasarım ayakkabılar" için "cılalı (lacquered) kırmızı taban" ı tescil ettirmiştir. Markanın her bir unsuru hem ciddi hukuki sorunlar hem de tasarım ayakkabı piyasasında meşru rekabete karşı tehditler barındırmaktadır.

Louboutin'in "kırmızı renk" talebi, hiçbir sınırlama olmaksızın, aşırı derecede geniş kapsamlı olup Lenham Yasası ile düzenlenen marka tescil düzenine aykırıdır. Tasarım ayakkabı sektöründe bir firmaya kırmızı rengin tekel hakkını vermek diğerleri arasındaki rekabeti kabul edilemez derecede bozacaktır. YSL'nin tabanlarında kırmızı kullanmasının birçok nedeni vardır, örneğin geleneksel Çin cılalı (lacquered) ürünlere atıf yapmak, tek renkli ayakkabılar üretmek ve koleksiyonun diğer parçaları ile bir uyum sağlamak gibi. Muhtemelen, eğer Louboutin markaya tecavüz iddiasında haklı bulunursa, YSL ve diğer tasarımcılar bu şekildeki tasarımlarını gerçekleştirmekten alıkonulmuş olacaklardır. Bu bakımdan, Louboutin'in kırmızı taban sahiplik talebi sadece *high fashion* tasarım ayakkabı piyasasında değil, fakat diğer kadın giyim ürünleri piyasasındaki rekabeti de engelleyecektir.

Moda renge dayalıdır, geçici değişikliklere tabidir ve tasarımcılar ile tüketicilerin zevklerine göre şekillenir. Dolayısı ile herhangi bir anda, piyasa ve tasarımcılar belirli bir sezonda "tutku" nun kırmızı ile ifade edilmesini gerektiğini ilan ederlerse, Louboutin tüm ürünlerini kırmızı renkte piyasaya sürebilecekken, diğer tasarımcılar bunu yapamayacaktır. Bu engel sadece

Louboutin'in tescilli "kırmızı renk"ine dayalı olmayacak, ancak davada ileri sürdüğü gibi, Louboutin'in kullanımı altında olacak olan ve diğerlerinin kullanımını engelleyebileceği kırmızının çeşitli tonlarına da dayalı olacaktır.

Louboutin, yazılı şekilde tanımlanmış olan "kırmızı renk" i değil, ancak tescil belgesinde resimlenen rengin maliki olduğunu ileri sürmektedir. Louboutin bu rengi ilk defa cevap dilekçesinde Pantone no.18-1663 TP veya Pantone Tekstil Renk çizelgesinin bir parçası olan "Çin Kırmızısı" olarak ifade etmiştir. Ancak, bu durum da ayrıca sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Zira, Louboutin Patent Ofisi nezdinde gerçekleştirdiği tescili işbu davadaki açıklamaları ile değiştiremez. Dolayısı ile söz konusu renk, Louboutin'in belirttiği gibi, tescil belgesindeki çizimlerde bulunan kırmızı rengin tonudur. Bununla birlikte, Louboutin'in de ikrar ettiği üzere, rengin uygulandığı materyalin emme ve yansıtma özellikleri değişkenlik gösterdiğinden dolayı kağıt üzerindeki renk ile deri veya giysi gibi başka materyaller üzerinde görünen renk farklı olacaktır. Bu durumda Louboutin'in tescil çizimlerini inceleyen rakip bir firma tescilin hangi ton veya tonları içerdiğini ve hangi rengi güvenli bir şekilde kullanabileceğini kesin olarak belirleyemeyecektir.

VI. Kararların Değerlendirilmesi

OHMI Temyiz Mahkemesinin kararı, daha önce verilmiş bulunan Libertel kararında belirtilen ilkelere uygundur. Libertel kararında, kural olarak renk markaların tüketici nezdinde ayırt ediciliğinin zayıf olduğu belirtilmiştir. Ancak, ilgili pazarın çok spesifik olması halinde renk marka olarak ayırt edici karaktere sahip olabilir. Olayda kırmızı renk ayakkabının alt tabanında kullanılmak ve onunla sınırlı olmak üzere tescil edilmek istenmiştir. Bu istem alışılmışın dışında bir istemdir. Zira, ayakkabıların altı genellikle mat olmak üzere siyah, bej gibi nötr renklerden oluşur. Burada, canlı kırmızı bir renk ayakkabının tabanına konulmuştur. Renk, Pantone no.18.1663 TP kodlu kırmızıdır. Bu husus da Libertel kararında aranan bir husustur. Diğer bir ifade ile, renk grafik olarak belirlenmekte ve belli bir kuruluş tarafından kodlanan ve sabitliği belirlenen bir renk tonu tescil edilmek istenmektedir.

Karardaki diğer bir özellik de, Temyiz Mahkemesi'nin bu Pantone no.18.1663 TP kodlu kırmızı rengin yüksek topuklu ayakkabıların tabanında kullanılmak üzere tesciline cevaz vermesidir. Temyiz edenin başvurusu sadece ayakkabı tabanında kullanılmak üzere kırmızı rengin tescili için olmasına karşılık, itiraz üzerine raportör bunun yüksek topuklu ayakkabılarla sınırlandırılması önerisinde bulunmuştur. Bu öneri Louboutin tarafından kabul edilmiş ve Mahkeme de bu sınırlama ile kararını vermiştir.

Kararın bu sınırlama ile verilmesi sonucunda, temel bir renk olan kırmızı rengin kimsenin tekeline verilmemesi amacı güdülmüştür. Temel renkle-

rin tonlarının marka olarak verilmesi karışıklığa sebep olabilir. Renklerin solması veya aynı rengin tam olarak kullanılmaması bu sonucu doğurabilir. Ancak, kırmızı tonundaki bu canlı rengin yüksek topuklu ayakkabılarda, ayakkabının tabanı ile sınırlandırılmak suretiyle, böyle bir kompozisyon içinde kullanılması uygun görülmüştür.

Louboutin markalı ve tabanı kırmızı olan ürünler piyasaya sürülmüş ve büyük ilgi görmüştür. Bunları birçok ünlü kişi kullanmış²⁶ ve yazılı ve görsel medyada büyük ölçüde yer almıştır. Bu ürünün çeşitli yerlerdeki lansmanlarında ünlü artistler tarafından kullanılmış²⁷ ve bunlar da büyük yankı uyandırmıştır. Bunun yanında, bu ürünlerin tabanda aynı renk kullanılarak taklitlerinin satılması, internetten yapılan ilanlarda bu taklit ürünlerin sayısının çok olması ve bunlara karşı yapılan mücadelede binlerce ilanın iptal edilmesi, Temyiz Mahkemesince, bu kullanılan rengin ayırt edici niteliğe kavuşması ve tüketicinin bunu ayırt edici olarak algılaması olarak kabul edilmiştir.

Temyiz Mahkemesi olayı, kırmızı rengin hem ürün açısından, hem de ürünün hitap ettiği müşteri çevresinin bunu nasıl algıladığı açısından ele almıştır. Tescili istenilen markanın sadece Pantone no. 18.1663 TP kodlu kırmızı renk olmadığı, yüksek topuklu kadın ayakkabısının alt tabanı ile sınırlı ve çerçeveli kırmızı renk olduğu belirtilmiştir. Ayakkabı tabanlarında genellikle mat renkte siyah, kahverengi veya bej renkler kullanılmaktadır. Pantone no.18.1663 TP kodlu kırmızı rengin uygulandığı topuklu ayakkabı tabanları sektörde uygulanan standart ve normlardan önemli ölçüde ayrılmaktadır. Bu bakımdan talep edilen marka fantezi, değişik ve olağan dışı olarak algılanacak ve göze çarpıcı olduğundan akıldaki kolaylıkla kalacaktır. Bu özelliklerin mevcudiyeti bir markanın ayırt edici niteliği için yeterli şartları oluşturmaya da, mevcudiyetleri esas itibariyle markaya bu özelliği sağlar niteliktedir.

Dosyaya sunulan belge ve delillere göre Temyiz Mahkemesi, gerek halk nezdinde, gerek basında, bu işaretin kaynak gösterdiğini kabul etmiştir. Bu

²⁶ Ürdün Kraliçesi Reina, Monaco Prensesi Caroline, Hollanda Prensesi Maxima, Carla Bruni, Catherine Deneuve, Meryl Streep, Angelina Jolie, Madonna, Eva Mendez, Jennifer Lopez, Sarah Jessica Parker, Gwyneth Paltrow, Gwen Stefanie, Katie Holmes, Penelope Cruz, Reese Witherspoon, Maria Sharapova, Naomi Campbell, Bar Rafaeli, Beyoncé Knowles, Dita von Teese, Anne Hathaway, Victoria Beckham, Gisèle Bündchen, Kate Moss, Rihanna, Charlotte Gainsbourg, Halle Berry, Nicole Kidman, Heidi Klum, Monica Bellucci et Scarlett Johansson.

²⁷ Mattel işbirliği ile yapılan kırmızı tabanlı ayakkabı giyen Barbie'nin ürün lansmanı, Jannifer Lopez tarafından "Louboutin" adlı yeni bir şarkının söylenmesi, bir şampanya markası ile işbirliğinde yapılan geniş çaplı şampanya reklam kampanyası, 2009 sonbaharında çekimleri yapılan ünlü "Sex and the City" adlı filmde başrol oyuncusu Sarah Jessica Parker'ın kırmızı tabanlı ayakkabıları giymesi gibi etkinlikler.

kırmızı tabanlı yüksek topuklu ayakkabı piyasada gerek reklam, gerek lansmanlar ve gerek basında yer alan haberler sebebiyle ayırt edicilik kazanmış ve bu ürünün taklitleri hemen ortaya çıkmıştır. Bütün bunlar, bu işaretin marka olarak işlev gördüğünü göstermektedir.

Buna karşılık Fransa'da ve Amerika Birleşik Devletlerinde bu marka ile ilgili açılan çeşitli davalarda aksi yönde kararlara sebebiyet vermiştir. Fransa'da ve Amerika Birleşik Devletlerinde kırmızı rengin tabanda kullanılmasının marka olarak işlevi olmadığı, bunun moda gibi değişken ve rengin işlevsel önemli rolü karşısında diğer firmalar bakımından rekabeti kısıtlayacağı ve haksızlıklara sebebiyet vereceği sonucuna varılmıştır.

Fransız İstinaf Mahkemesi, tescilli işaretin ne şeklinin, ne de renginin ayakkabının kaynağını gösterir ve ayırt edici nitelik sağlar nitelikte yeteri kadar açık, ayrıntılı ve tam olarak belirtilmediği sonucuna varmıştır. Her ne kadar böyle bir kullanım sonucunda kırmızı tabanlı sofistike kadın ayakkabıları Louboutin ile bağdaştırılsa ve de bu şekilde diğer firmaların ürünlerinden ayrışsa da, bu durum tescil belgesinde betimlendiği şekilde söz konusu işaretin geçerli bir marka olarak kabul edilmesi için gerekli olan ayırt edici niteliği haiz olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Mahkeme bu tip kullanmayı markasal kullanım olarak görmemiş ve fakat sistematik olarak kullanılan ayakkabı modeli gamı olarak algılamış ve markanın hükümsüzlüğüne karar vermiştir.

New York Bölge Mahkemesi'nin kararında ise, benzer sonuca varılmış ve Louboutin kırmızı renk markası hükümsüz kılınmıştır. Renk önemli bir işlevsellik göstermeksizin, bir firmanın ürününü ayırt etmeye ve kaynağını göstermeye yarayan bir işaret olarak kullanılıyorsa, marka olarak kanuni şartları haiz demektir. Bu ilkeler ışığında, endüstriyel ürünler için tek başına bir rengin marka olarak kullanımını kabul edilmektedir. Ancak, moda sektörünün kendine has özellikleri ve ihtiyaçları bakımından farklılık gösterir. Lenham Yasasına göre, moda piyasasında renk sadece kaynak belirtmeye yaramaz ve fakat süs ve estetik amaçlarla da kullanılır.

Kararda moda sektöründe tek bir rengin marka olarak alınıp alınmayacağı işlevsellik açısından da irdelenmiştir. İşlevselliğe dair doktrin bir ürünün özelliğinin marka olarak kullanılmasını yasaklamaktadır. Öyle ki, ürünün özelliği, ürünün "kullanımı veya amacı için zaruri" olduğundan ya da "fiyatını veya kalitesini etkileyeceğinden" dolayı böyle bir kullanım sonucunda rakip firma önemli derecede dezavantajlı duruma düşecektir.

Davacı, rengin ayakkabı modellerine "enerji" verdiğini ve bunun "çekici" olduğunu belirtmiş, ayrıca, kırmızının "seksi" olduğunu ve "ayakkabılarını giyen kadınların erkekler tarafından çekici bulunduğunu" iddia etmiştir. Mahkeme, ayakkabının alt tabanının genel olarak yayaya / yürümeye dair bir unsur olduğunu, bunun parlak veya alışılmışın dışında bir renk olması-

nın tabanı bir dekorasyon ve güzellik unsuruna dönüştürdüğünü; etkilemek, işaret etmek, göze çarpmak, güzelleştirmek, seksi çekiciliği olmak gibi unsurların modada rengin markasal olmayan işlevleri olduğu, Louboutin kırmızı renk talebinin geniş kapsamlı ve Lenham Yasası ile düzenlenen marka tescil düzenine aykırı olduğu gerekçeleri ile davayı reddetmiştir.

Görüldüğü üzere, çeşitli ülkelerde kadın ayakkabılarının taban kısmında kullanılmak üzere tescil ettirilen Louboutin kırmızı renkli marka, Avrupa Birliğinde topluluk markası olarak kabul edilmekte iken, tescilli bulunduğu Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde markanın hükümsüzlüğüne yol açmıştır. Kanaatimce, OHMI Temyiz Mahkemesi'nin kararı yerindedir. Zira, alışılmışın dışında kullanılan kırmızı renk, halk tarafından da farklı algılanmış ve topuklu kadın ayakkabılarının tabanında kullanılan Pantone kırmızısı ürünün kaynağını da belirten bir işlev kazanmıştır. Bunun yanında, herkesin kullanımına açık bir işaret, kullanım ile ayırt edici hale gelmesi halinde de marka olarak korunmaktadır. Louboutin kırmızı renkli topuklu kadın ayakkabıları dünyada pahalı ürün olarak modayı etkilemiş ve basında büyük ölçüde yer almış ve tanınmıştır. Bu hali ile, bu rengin topuklu kadın ayakkabılarının tabanını ile sınırlı olarak kullanılması ona ayırt edicilik nitelik vermiştir. Temel renkleri kullanan bazı ürünler, renkler ile de farklılık ve ayırt edicilik kazanmaktadır.

Temel renklerin marka olarak alınamayacağı ve fakat renk tonlarının veya belirgin renklerin marka alınabileceği kabul edilmektedir. Bunun yanında, renklerin başka unsurlarla birlikte veya renk kombinasyonlarının marka olarak kabul edilmesi daha kolaydır. Ancak, bazı hallerde tek rengin, hatta temel bir rengin dahi marka olarak ayırt ediciliği bulunabilir. Bunun gibi, kullanma sonucu renk ayırt edici nitelik kazanabilir. Kodak'ın parlak sarı rengi, Fuji'nin yeşil rengi, Coca Cola'nın kırmızısı, BP'nin yeşil rengi, Parlament sigarasının gece mavisi rengi, Türk Petrol'un kırmızısı, Shell'in sarı kırmızı renkleri bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Fransa'da Kongo kırmızısı (kızıl) marka olarak tescil edilmiştir. Bunun gibi Palmolive markasının koyu yeşil rengi, likit bulaşık deterjanları için zorunlu bir nitelik taşımadığı gerekçesi ile başvuru kabul edilmiştir. Lila rengi Milka çikolataları için Almanya'da tescillidir.

P.I.
kaUy
Ma
dik
lar
ka
ort
zi

tar

28

29

Karar Tercümesi

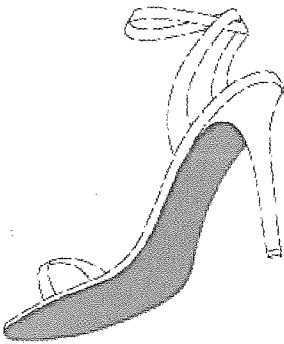
İÇ PAZARI UYUMLAŞTIRMA OFİSİ
(Marka ve Endüstriyel Tasarımlar)

2. Temyiz Dairesi'nin
16 Haziran 2011 tarihli
Kararı²⁸

R 2272/2010-2 sayılı Dosya
Christian Louboutin – Talep eden / Temyiz eden
8845 539 numaralı Topluluk Markası talebi ile ilgi TEMYİZ BAŞVURUSU
T. de las Heras (Başkan), U. Wennermark (Raportör), G. Bertali (Üye) ve
P.Lopez Fernandez de Corres (Zabıt Katibi) 'nden oluşan 2. Temyiz Dairesi şu
kararı vermiştir:

Olayların Özeti

1- 29 Ocak 2010 tarihinde Christian Louboutin (talep eden) İç Pazarı Uyumlaştırma Ofis'ine²⁹ -bundan böyle "Ofis" olarak anılacaktır - Topluluk Markası başvurusunda bulunarak 25. sınıfta bulunan ayakkabılar (ortopedik ayakkabılar hariç) için aşağıda gösterilen ve "ayakkabı tabanına uygulanmış (Pantone no. 18.1663TP kodlu) kırmızı renkten oluşan marka (ayakkabının şekli markaya dahil değildir, fakat markanın konumlanmasını ortaya koymaya yaramaktadır)" açıklamasını haiz markanın tescili ile kırmızı renk (Pantone no. 18.663TP) üzerinde hak talep etmiştir.



2- 5 Mart 2010 tarihli yazı ile inceleme işlemini gerçekleştiren uzman tarafından talep edene, marka başvuru talebinin, Pantone 18-1663 TP kodlu

²⁸ Bu karar, Zeynep Yasaman Kökçü tarafından, Fransızca metin esas alınmak suretiyle tercüme edilmiştir.

²⁹ Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur

kırmızı rengin talep edilen ürünler için ayırt edici niteliği haiz olmayıp Topluluk Markası Tüzüğü³⁰ m.7/1-b hükmüne uygun olmaması nedeniyle tescil şartlarını yerine getirmediği bildirilmiştir.

3- 4 Mayıs 2010 tarihli yazı ile talep eden uzman kararına karşı, marka başvurusunun sadece bir renge olduğu gibi dayanmadığını, ancak başvurusunun, alan olarak ayakkabı tabanı ile sınırlı bir renge dayandığını, sektör normları ve uygulamaları (alışkanlıkları) uyarınca kullanılan mat, siyah veya bej ayakkabı tabanından ayrışması ve kolaylıkla akılda kalması nedeni ile ilk bakışta (prima facie) ayırt edici niteliğe sahip olduğunu ileri sürmüştür. Bunun yanında talep eden, kırmızı ayakkabı tabanının kendiliğinden anında marka olarak algılandığına dair uluslararası basından haberler sunmuştur.

4- 13 Temmuz 2010 tarihinde üçüncü bir şahıs marka talebinin tescili aleyhinde açıklamalarını sunmuştur.

5- 15 Eylül 2010 tarihinde uzman, talep edene bilgilendirme amaçlı olarak 3. kişinin açıklamalarını iletmış ve bu açıklamaların değerlendirmeye alınmayacağını, zira Ofis'in marka tescil başvurusuna karşı muhalif olduğu belirtmiştir.

6- 20 Eylül 2010 tarihli yazı ile uzman talep edene kararını ("itiraz edilen karar") bildirmiştir. Kararda markanın, Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-b uyarınca reddedildiğini ve kullanım sonucu ayırt edici niteliği elde ettiğine dair sunulan belgelerin yetersiz olduğu belirtilmiştir.

Uzman, talep edenin iddialarına karşın şunları ileri sürmüştür:

İddia edilenin aksine, talep eden özü itibariyle kırmızı olan bir şekle uygulanmış kırmızı rengi değil, fakat belirli bir şekle uygulanmış olan – somut olayda ayakkabı tabanı – (Pantone 18.1663TP kodlu) kırmızı rengin korumasını talep etmektedir. Dolayısı ile, talep edilen koruma, şeklin koruması talep edilmeksizin, gerçekte yukarıda anılan kırmızı renge dairdir. Bu durumda Ofis ne ayakkabıların, ne de bunların tabanlarının üretimi için kırmızı rengin tekel hakkını veremez. Ayakkabı piyasasının yaratıcılığa bağlı bir piyasa olması ve moda eğilimleri doğrultusunda şekillenmesi bakımından, bu rengin somut olaydaki ayakkabı tabanı gibi ayakkabının belirli bir kısmı için kullanılabilirliğini kısıtlamak diğer üreticilerin genel menfaatlerine aykırıdır. Ayrıca, bej veya siyah tabanlı klasik ayakkabı modelleri dışında, piyasada birçok tasarımcıya ait tabanları sarı, kırmızı, mavi, beyaz, vs. olan sınırsız renk ve şekilde ayakkabılar mevcuttur.

Bu bakımdan, tüketici belirli bir şekle uygulanmış olan kırmızı renk (Pantone 18.1663TP kodlu) vasıtasıyla ürünlerin aynı üretici firmaya ait

³⁰ Règlement sur la Marque Communautaire

olduğuna dair bir şey algılamayacak, fakat daha ziyade bunu söz konusu ürünlerin rötüş unsuru olarak algılayacaktır.

Talep edilen markanın kullanım ile ayırt edici nitelik kazandığına dair talep eden yazılı ve CD formatında belgeler sunmuştur. Delillerin incelenmesi esnasında, CD'nin okunması mümkün olmamıştır. Kayıt problemi olduğu gözlemlenmiş olup Ofis CD'nin içindeki bilgilere ulaşamamıştır. Bu bakımdan, sadece yazılı olarak sunulan belgeler incelemeye alınmıştır.

Söz konusu ürünler toplu tüketim ürünleridir. Dolayısı ile talep edenin, markanın pazar payını, yoğunluğunu, kullanım süresini, markayı geliştirmek için yapılmış olan yatırımların değerini, marka vasıtasıyla ürünlerin belirli bir firmaya ait olduğunu belirleyebilen ilgili çevrenin oranını ve ayrıca Avrupa Birliği sınırları içindeki ticaret ve sanayi odalarının veya diğer mesleki birliklerin beyanlarını açıklamaları gerekmektedir.

Oysa , Ek 1'de sunulan belgeler Fransız, İngiliz, İspanyol, Alman, Hollanda ve İtalyan basın haberlerinden ibaret olup Ek 2'de kırmızı tabanlı ayakkabı giyen ünlü kişilerin ve kadınların resimleri bulunmaktadır. Son olarak Ek 3'de, talep edilen işaretin yer almadığı, ancak "Louboutin" markalı ayakkabıların konu edildiği özellikle sosyal etkinliklere dair makaleler bulunmaktadır.

Sunulu hiçbir belge veya unsur, bu kullanımın, markanın ürünleri Avrupalı tüketiciler nezdinde genel tanınmışlığa erdirdiğine dair yeterli olduğunu veya yeterli bir zamana yayıldığını kanıtlamamaktadır. Ofis, ilgili tüketicinin talep edilen markayı daha ziyade söz konusu ürünün basit bir rötüş (finition) unsuru olarak algılayacağı kanaatindedir.

Bir renkten oluşan bir markanın kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandığını kanıtlayabilmek için, bir yandan Avrupa Birliği halkı nezdinde markanın tanınmışlık derecesini, diğer yandan söz konusu markanın rakip firmalara göre ilgili pazardaki durumunu ve ayrıca ticaret odaları gibi idari kurumlardan alınmış beyanları ilgili bölgenin ilgili pazarı içinde (Avrupa Birliği ayakkabı pazarı) konumlandırabilmek gerekmektedir. Oysa, talep eden, Avrupa Birliği ayakkabı pazarında markanın kullanımının önemini ve mevcudiyetini değerlendirmeye yarayacak hiçbir belge ibraz etmemiştir.

7- 18 Aralık 2010 tarihinde talep eden bu karara itiraz etmiş, itiraz sebeplerini içeren dilekçe 19 Ocak 2010 tarihinde alınmıştır.

8- İtiraz, Topluluk Markası Tüzüğü m.6 gereğince yeniden gözden geçirilmek üzere uzmana sunulmuş, 28 Ocak 2011 tarihinde Temyiz Dairesi'ne gönderilmiştir.

9- Raportör dosyayı incelemiş olup, internet üzerinde satılan kırmızı tabanlı yüksek topuklu ayakkabılara atıf yapılan 3. şahsa ait 13 Temmuz

2010 tarihli açıklamalara karşı talep edenin beyanda bulunma olanağının sağlanmadığı sonucuna ulaşmıştır.

10- 10 Mart 2011 tarihli bildiriyle Raportör, talep edenin 13 Temmuz 2010 tarihli 3. şahsa ait açıklamalara karşı beyanlarını sunmasını talep etmiştir.

11- Diğer taraftan, Raportör bildirisinde tescili istenen ürünlerin – “(ortopedik ayakkabılar hariç) ayakkabılar” – yüksek topuklu kadın ayakkabısını simgeleyen marka ile uyuşmadığını belirtmiştir. Raportör, “(ortopedik ayakkabılar hariç) yüksek topuklu ayakkabılar” ifadesinin başvurusu yapılmış markaya daha uygun olacağı konusundaki fikrini önermiş ve talep edenden bildirimden tebliğinden itibaren iki ay içerisinde önerilen sınırlama hakkında görüşlerini sunmasını talep etmiştir.

Temyiz Sebepleri

12- Talep eden itiraz edilen kararın iptalini talep etmektedir. Mevzuat ve içtihadı yönelik açıklamalarını yaptıktan sonra, talep eden esas olarak itirazına dayanak olarak şunları ileri sürmüştür:

Talep edilen marka “Libertel” davasında olduğu gibi bir rengin kendisinden meydana gelmemektedir. Marka, bir ayakkabı tabanının şekli ile sınırlı olmak üzere mekan bakımından sınırlandırılmıştır.

Ofis’in ayakkabı piyasasında tabanı kırmızı olan ayakkabıların bulunduğu dair değerlendirmesi hiçbir unsur ile desteklenmemiştir. Buna karşın, talep eden tarafından markanın sektör uygulamalarından ve standartlarından önemli ölçüde farklılaştığını ve kullanım sonucu markanın ilgili halk tarafından kendiliğinden anında (*ab initio*) marka olarak algılandığını gösteren kalın bir dosya sunulmuştur.

Ofis kararının ikinci kısmını “markanın kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanabileceği ile ilgili” açıklamalara ayırmıştır. Oysa, talep eden böyle bir şey ileri sürmemektedir.

Somut bir inceleme yapıldığında, sadece markanın ayakkabı tabanı olarak genelde soluk, yani bej veya siyah renk kullanılan sektör uygulamaları ve standartlarından önemli ölçüde farklılaştığı ortaya çıkmayacak, bunun yanında ayrıca markanın çok kolaylıkla algılanabilir ve hatırda kalabilir olup göze çarpıcı nitelikte olduğu da saptanacaktır.

Ayrıca, talep edenin sektör gelenek ve göreneklerine aykırı bir şekilde, ayakkabılarının en ayırt edici unsuru olan işaretini ayakkabının içerisine değil de dışına koyma fikri herkesçe dahiyane bir fikir olarak kabul edilmiş olup, bu işaret ilgili halk tarafından ilk bakışta hem sokakta, hem mağazada veya hatta yazılı ve görsel basında da fark edilebilecek niteliktedir.

Markanın sektör uygulamalarından önemli ölçüde farklılaşması ve kolayca akılda kalması kuşkusuz ki, işaretin ilgili halk tarafından ilk görüşte marka olarak algılanabilirliğine dair çok ciddi göstergelerdir. Somut bir inceleme ayrıca, söz konusu ayakkabı tabanlarının kırmızısının, belirli bir firmaya ait ayakkabılar olarak algılandığını ve bu şekilde diğer firmalara ait ayakkabılarından farklılaştığını göstermektedir.

Uluslararası basında, kırmızı tabanın böylesine “markalaşmış” ayakkabıların “imzası” olduğunun açıkça kabul edildiği de dahil, bir marka gibi işlev göstermesi hususundaki tartışmasız gücünün herkes tarafından kabul edildiğine dair açıklamalar artmaktadır. Bu konuda basından bir çok alıntı sunulmuştur.

Talep eden ayrıca moda alanından profesyonellerin açıklamalarını da sunmuştur.

Magazin basınında çıkmış olan yazılar daha da fazla olup aynı yöndedir. Bu markalı ayakkabılar birçok ünlü star tarafından giyilmekte ve paparaziler çektikleri resimleri bu markalı ayakkabıların giyildiğini öne çıkararak haber yapmaktadırlar. İnternet üzerinde bulunan bilgiler ve Ek 3 'de örnek olarak sunulu talep edenin bazı müşterilerine ait resimlerden de görüleceği üzere, bu resimler sayısız olup dünyanın her bir yerinde aynı tarza yorumlar ile mevcuttur. Ek 3'de sunulan resimler şu kişilere aittir: Ürdün Kraliçesi Reina, Monaco Prensesi Caroline, Hollanda Prensesi Maxima, Carla Bruni, Catherine Deneuve, Meryl Streep, Angelina Jolie, Madonna, Eva Mendez, Jennifer Lopez, Sarah Jessica Parker, Gwyneth Paltrow, Gwen Stefanie, Katie Holmes, Penelope Cruz, Reese Witherspoon, Maria Sharapova, Naomi Campbell, Bar Rafaeli, Beyoncé Knowles, Dita von Teese, Anne Hathaway, Victoria Beckham, Gisèle Bündchen, Kate Moss, Rihanna, Charlotte Gainsbourg, Halle Berry, Nicole Kidman, Heidi Klump, Monica Belluci et Scarlett Johansson.

Ek 4'de görüleceği üzere, markanın kaynak belirtme işlevi vasıtasıyla ilgili halk tarafından nasıl algılandığı internet üzerindeki yüzlerce web sitesi, blog ve resim ile gözler önüne serilmektedir.

2010 senesinin başlarında arama motoru Google'da “Louboutin” anahtar kelimesi ile yapılan aramada yaklaşık 2 milyon adet resim çıkmaktaydı. Resimlerin yaklaşık tümünde markanın açıkça görülebildiği ayakkabılar yer almakta olup, bu resimlerin her biri markanın *ab initio* özelliğini teyit eder şekilde yorumlar içeren bir siteye veya bloğa bağlantı vermektedir.

Marka, Avrupa dışında olduğu kadar Avrupa'da çeşitli üst düzey medyatik etkinliklerde kullanılmış ve her defasında markanın kaynak gösterme fonksiyonu ilgili halk tarafından kendiliğinden öne çıkarılmıştır. Bu duruma örnek olarak, Mattel işbirliği ile yapılan kırmızı tabanlı ayakkabı giyen Barbie'nin ürün lansmanı, Jennifer Lopez tarafından “Louboutin” adlı yeni bir şarkının söylenmesi, bir şampanya markası ile işbirliğinde yapılan geniş

çaplı şampanya reklam kampanyası, 2009 sonbaharında çekimleri yapılan ünlü “Sex and the City” adlı filmde başrol oyuncusu Sarah Jessica Parker’ın kırmızı tabanlı ayakkabıları giymesi gibi etkinlikler Ek 5’de görülebilir.

Markanın ayırt edici niteliğinin somut olarak incelemesi sonucunda, markanın ilgili halk tarafından kaynak gösterme ana fonksiyonu çerçevesinde *ab initio* algılanma yetisi inkar edilemez şekilde ortaya çıkmaktadır.

13- Raportörün bildirisine cevap olarak talep eden 6 Mayıs 2010 tarihinde, marka ile daha uyumlu olacak olan “(ortopedik ayakkabılar hariç) yüksek topuklu ayakkabılar” ifadesi ile talebini sınırlandırma teklifini kabul etmiştir. 13 Temmuz 2010 tarihli 3. kişinin açıklamalarına ilişkin talep eden şunları ileri sürmüştür:

Üçüncü şahsın açıklamaları tek bir ifadeyi doğrulamaktan öteye gitmemiştir. Markanın, Avrupa Birliği sınırları içerisinde, her zaman kullanılan hatta sıradan olduğu, gerekli ayırt edici niteliği haiz bulunmadığı ileri sürülmüştür. Oysa, bu iddia talep edenin sunduğu dosya ile yeterince çürütülmüş ve gösterilmiştir: İlgili halk söz konusu ürünlerin kaynak bilgisini açıkça markada kendiliğinden görebiliyorsa, bu durum markanın alışılmışın dışında kullanım özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Üçüncü kişinin iddialarına dayanak olarak sunduğu belgeler sadece 2010 senesinde internete konulmuş olan ve hemen hemen sadece şahıslara ait kırmızı tabanlı olan yüksek topuklu ayakkabı satış teklifleridir. Oysa, söz konusu ayakkabıların özellikleri ve Avrupa’daki dağıtım şekli – ki çoğunlukla butik ve mağazalarda satılmaktadır – göz önünde bulundurulduğunda, Avrupa yüksek topuklu ayakkabı piyasasında neyin sıradan olup neyin olmadığı internet üzerinden yapılan bu satışlar ile belirlenmez.

Bir tanesi hariç, tüm bu ilanlar E-Bay’e genelde zaten Avrupa piyasasında dağıtımda olmayan ürünler için Avrupa dışından şahıslarca konulmuştur. Oysa bilinmektedir ki, E-Bay, hukuka aykırı satışların kısa bir sürede hak sahiplerine bildirilmemesini ve ihbar edilip içerik sağlayıcının ilanları geri çekmemesini ümit eden, bu gibi platformlara sahte ürünler koymak için bilgi toplumumuzun sunduğu kolaylıkları kötüye kullanan korsanlar tarafından ilgi gören bir platformdur.

Talep eden, ihbar üzerine sahte ürün ilanların kaldırılmasını sağlayan E-Bay’in VeRO (notice and take down – bildir ve kaldır) adlı uygulamasına katılmıştır. “Notice and Take Down” adlı uygulamayı yönetmekle görevli Mc. Carter & English adlı hukuk bürosunun 15 Nisan 2011 tarihli raporunda da gösterildiği gibi talep eden bu konuda çok tedbirli ve etkindir. Bu şekilde, 1 Ağustos 2009 ile 11 Nisan 2011 tarihleri arasında E-Bay’in Avrupa sitelerinden en az 2841 adet yasadışı ilan kaldırılmıştır.

2010 senesinde E-Bay üzerinde yayınlanmış seçme birkaç düzine ilan

piyasa gerçeklerini hiçbir şekilde yansıtmamaktadır. Bu durum ancak internet üzerinde yapılan sahtecilik olaylarını göstermeye yaramaktadır.

E-Bay üzerinde yayınlanmayan diğer ilan ise talep edenin markasının ayırt edici niteliğini teyit etmektedir. İlanda sunulan ayakkabılar talep edene ait ayakkabılarının ardına konularak bunların aynı olduğunun sanılması amaçlanmış ve şu reklam kampanyası yer almıştır: *“Onu, kırmızı tabanlı cazibeli ayakkabıları seviyoruz. Top modeller ve Holywood yıldızları, o olmadan kırmızı halının üzerinden yürümüyorlar. Ve bu ayakkabıları gören erkekler, hayran bir şekilde konuşmalarını kesiyorlar”*.

Bu şekilde methedilen sahte ürünler “Konstantin Starke” markalıdır. Oysa, bu ürünler piyasaya çıktığı zaman, daha doğrusu “Konstantin Starke” adlı butikte yer aldığı zaman, talep eden buna itiraz etmiş ve markasının Benelüks ülkelerinde tescilli olduğunu ileri sürerek Brüksel Ticaret Mahkemesi Başkanından toplatma kararı almıştır. Uyuşmazlık karşı tarafın kabul ettiği bir uzlaşma ile sonuçlanmıştır. Buna dair belgeler ekte sunulmuştur.

Kararın Gereçekleri

14- Temyiz başvurusu Topluluk Markası Tüzüğü'nün 58, 59 ve 60. maddeleri ile Topluluk Markası Uygulama Tüzüğü'nün³¹ 48. maddesine uygun olup kabul edilebilir.

15- Belirtmek gerekir ki, ayırt edici niteliğin, bir yandan, tescili istenen ürünler bakımından, diğer yandan, ilgili halk nezdinde oluşan algı bakımından değerlendirilmesi gerekir.

16- Başvuru ile talep edilen, kırmızı rengin kendisi değil, fakat yüksek topuklu ayakkabının tabanına uygulanmış olan Pantone no. 18.1663TP kodlu kırmızı renkten ibarettir.

17- Ayrıca, getirilen sınırlamadan sonra, tescil “(ortopedik ayakkabılar hariç) yüksek topuklu ayakkabılar” için talep edilmiştir.

18- Sözle ifade edilmeyen markalar bakımından ayırt edici nitelik, farklı anlama gelecek somut göstergeler olmadığı sürece, tüm Topluluk içerisinde aynı şekilde değerlendirildiği kabul edilir (bkz. 17 Aralık 2010 tarihli, T-395/08 numaralı “Goldhase” davası, 53. madde ve anılan içtihat). Nazara alınacak bölge tüm Avrupa Birliği üye devletleri kapsamaktadır.

19- İlgili ürünler potansiyel olarak tüm tüketicileri, özellikle de kadınları hedef almaktadır. Bu bakımdan, referans olarak alınacak tüketici kitlesi herhangi bir Avrupa Birliği devletine ait makul derecede bilgili, dikkatli ve bilinçli orta seviyedeki tüketicidir.

³¹ Règlement d'Exécution sur la Marque Communautaire

20- Genel uygulamadan da görüldüğü üzere, yüksek topuklu ayakkabıların tabanları uzmanın ileri sürdüğü gibi, ki bunu kanıtlamamıştır, “sınırsız renklerde” değil, ancak umumiyetle siyah, kahve veya bej renklerindedir. Ayakkabı pazarında canlı renklerde ayakkabı tabanı olan spor ayakkabılar bulunsa dahi bu durum genel itibariyle yüksek topuklu ayakkabılar için geçerli değildir. Zira, açıklandığı üzere ve sınırlı ürünler ifadesi bakımından, marka talebi bütün ayakkabı modellerini ve tabanlarını değil, sadece yüksek topuklu ayakkabı tabanlarını kapsamaktadır.

21- Dolayısı ile, Pantone no.18.1663TP kodlu kırmızı rengin uygulandığı topuklu ayakkabı tabanları sektörde uygulanan standart ve normlardan önemli ölçüde ayrılmaktadır (bkz. 7 Ekim 2004 tarih, C-136/02 P numaralı “Torches” davası, 31. madde; 22 Haziran 2006 tarih, C-24/05 P numaralı “Karamelbonbon” davası, 26. madde). Bu bakımdan talep edilen marka fan-tezi, değişik ve olağan dışı olarak algılanacak ve göze çarpıcı olduğundan akılda kolaylıkla kalacaktır. Şunu belirtmek gerekir ki, böylesi özelliklerin mevcudiyeti bir markanın ayırt edici niteliği için yeterli şartları oluşturmasa da, mevcudiyetleri esas itibariyle markaya bu özelliği sağlar niteliktedir (bkz. 21 Ocak 2010 tarih, C-398/08 P numaralı “Vorsprung durch Technik” davası, 47. madde).

22- Varılan bu sonuç talep eden tarafından sunulan markanın kullanıma dair deliller ile doğrulanmıştır. İçtihat uyarınca “eğer ki bir davacı, Ofis’in incelemesine rağmen, talep edilen markanın ayırt edici niteliğini ileri sürüyor ise, markanın özü itibariyle ayırt edici bir niteliğinin bulunduğunu ya da kullanım sonucu ayırt edicilik kazandığını gösterir somut ve doğrulayıcı kanıtları sunmak ona aittir” (bkz. 25 Ekim 2007 tarih, C-238/06 P numaralı “Plastikflaschenform” davası, 50. madde). Somut olayda, talep eden tarafından dosyaya sunulmuş olan belgeler ve özellikle uluslararası basından haberlere dair bilgiler talep edilen markanın gerçekten sektörde ticari kaynak göstergesi olarak algılandığını ortaya koymaktadır.

23- Son olarak talep eden, taklit ürünlere karşı başarılı bir şekilde mücadele ettiğini ve E-Bay üzerinde ürünlerin satıldığını ileri süren 3. şahsa ait 13 Temmuz 2010 tarihli açıklamaların talep edenin karşı mücadele içerisinde bulunduğu sahte ürünlere dair ilanlardan ibaret olduğunu ortaya koymuştur. Ayrıca, sahte ürünlere dair bu kadar çok ilanın olması da (1 Ağustos 2009 ile 11 Nisan 2010 tarihleri arasında 2841 adet ürün E-Bay üzerinden kaldırılmıştır) talep edene ait kırmızı renkli tabanın bir marka gibi işlev gösterdiğinin bir kanıtıdır.

24- Dolayısı ile uzman tarafından talep edilen işaretin, Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-b anlamında özü itibariyle ayırt edici niteliği haiz olmadığına dair yapılan değerlendirmeler hatalıdır. Diğer yandan, talep eden Topluluk Markası Tüzüğü’nün 7/3. maddesini ileri sürmediğinden dolayı bu hüküm şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

25- Yukarıda açıklananlar bakımından, talep kabul edilmiş ve itiraz edilen karar iptal edilmiştir.

Hüküm

Bu nedenler ile,

DAİRE

1- Talep edilen ürünleri “(ortopedik ayakkabılar hariç) yüksek topuklu ayakkabılar” olarak sınırlandırmış,

2- İtiraz edilen kararı iptal etmiş,

3- Marka başvuru talebini ilan edilmek üzere kabul etmiştir.

Kaynakça

Arkan, Marka Hukuku, C.I, Ankara, 1997.

Gül Okutan Nilsson, Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Gülören Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003.

Karahan, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları.

Karahan/Suluk/Saraç/Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Bası, Ankara 2012.

Lerzan Yılmaz, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2008.

Poroy/Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010.

Sevilay Eroğlu, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili.

Şenocak, Soyut Renk Markaları, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.

Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005. Nuran Aslaner, Almanya Uygulamasında Renk Markaları, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s. 41 vd.; Sevilay Eroğlu, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, 200

Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2012, s.68; TPE M.İ.K.

Yalçınmer/Karaahmet, Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, genişletilmiş baskı 2011.

Yasaman, Marka Hukuku, C.I, İstanbul 2004.

www.tpe.gov.tr.

<http://www.pantone.com/pages/pantone/Pantone.aspx?pg=20494&ca=10>

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Şantaj Suçu *
**(The Crime of Extortion in the Turkish Penal Code,
Law No. 5237)**

Nur CENTEL**

Özet: Şantaj suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Düzenlenme itibariyle tehdit suçunun çıkar sağlamak amaçlı nitelikli hali görünümündedir. Ancak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada şantaj suçunun benzer diğer suçlardan farkı ele alındıktan sonra suçun unsurları ayrıntılı şekilde açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şantaj suçu, Tehdit, Cebir, Yağma, Zorlama, Yarar Sağlama

Abstract: The crime of extortion is prescribed in Turkish Penal Code no. 5237 under the chapter on crimes against persons. The provision portrays the crime as the qualified version of coercion, where the offender aims to gain a benefit. However, it is defined as an independent crime. In this work, firstly the differences between extortion and other crimes will be examined and subsequently the elements of extortion will be discussed in detail.

Keywords: Extortion, threat, coercion, robbery, compulsion, obtaining benefits

I. Giriş

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler kitabında Kişilere Karşı Suçların düzenlendiği ikinci kısmın Hürriyete Karşı Suçlar konulu yedinci bölümünde yer alan "Şantaj" başlıklı TCK m.107'de şöyle denilmektedir: "(1) Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ncentel@ku.edu.tr

şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. / (2) Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur”.

II. Suçun 765 Sayılı Yasa'daki Düzenlenişi

5237 Sayılı TCK m.107/1'de yer alan şantaj suçunun tam karşılığı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bulunmamaktadır. 765 Sayılı TCK m.192, 5237 sayılı TCK m.107/2'nin karşılığı olmaktadır¹.

765 Sayılı TCK m.192'ye göre, “Kendisine veya başkasına, para veya diğer bir yarar sağlamak maksadıyla bir gerçek veya tüzelkişiye zarar verebilecek bir hususu neşir yolu ile veya her ne suretle olursa olsun açıklama tehdidinde bulunanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikimilyon liradan onmilyon liraya kadar ağır para cezası verilir. / Fail, arzu ettiği para veya diğer bir menfaati elde etmiş ise ceza üçte biri oranında artırılır”.

Her iki hüküm arasındaki farklılıklar şunlardır:

765 Sayılı TCK m.192/1'de failin amacının “kendisine veya başkasına para veya diğer bir yarar sağlamak” olarak gösterilmesine karşılık, 5237 sayılı TCK m.107/2'de “para”ya yer verilmeyerek failin amacı “kendisine veya başkasına yarar sağlamak” şeklinde belirlenmiştir. Ancak, her iki madde arasında bu açıdan bir anlam veya kapsam farkı bulunduğu söylenemez. Yarar sağlama, para gibi maddi yarar kadar diğer menfaatleri de kapsayan bir kavramdır.

Suçun mağduru, 765 sayılı TCK m.192/1'de “bir gerçek veya tüzelkişi”, 5237 sayılı TCK m.107/2'de ise “bir kişi” olarak gösterilmiştir. Kanaatimizce, bu ifade tüzel kişilerin şantaj suçunun mağduru olmasını engellemeyecektir. Tüzel kişilerin, suçtan zarar gören olarak, kamu davasına katılma hakkı bulunmaktadır (CMK m.237/1, 249).

765 Sayılı TCK m.192/1'e göre suçun maddi unsuru bir gerçek veya tüzel kişiye “zarar verebilecek bir hususu neşir yolu ile veya her ne suretle olursa olsun açıklama tehdidinde bulunma” olarak gösterilmiştir. 5237 Sayılı TCK m.107/2'de ise suçun maddi unsuru herhangi bir hususun değil, “bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunma”dır. Böylece önceki Yasa'da “zarar verebilecek bir hususu açıklama” tehdidinden söz edilmesine karşılık, yeni düzenlemede “şeref veya saygınlığa zarar verebilecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidi” aranmıştır. 5237 Sayılı Yasa'da

¹ Hükümün ikinci fıkrası TCK m.107'ye 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun m.14'le eklenmiştir. Bak. RG 08.07.2005 No.25869.

"şeref ve saygınlığa zarar verebilecek nitelikteki hususlar" denilmekle sınırlandırma yapılmış olmaktadır; çünkü, 765 sayılı TCK m.192/1'deki "zarar verebilecek bir husus" kavramı daha geniştir. Mevcut düzenlemeye göre, şeref veya saygınlığa zarar verebilecek nitelikte olmayan hususları açıklama tehdidi bu madde kapsamına girmeyecektir. Öte yandan, önceki Yasa'nın aksine, yeni düzenlemede sadece "açıklama tehdidi" değil, "isnat etme tehdidi" de suçun maddi unsuru olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla sadece gerçek olanın açıklanması değil, uydurma bir hususun isnadı da şantaj suçunu oluşturabilecektir.

765 Sayılı Yasa'da mağdura zarar verebilecek bir hususun "neşir yolu ile veya her ne surette olursa olsun" açıklanması tehdidinden söz edilirken, 5237 sayılı Yasa'da mağdurun şeref ve saygınlığına zarar verebilecek nitelikteki hususların sadece "açıklanması veya isnat edilmesi" tehdidinden söz edilerek açıklamanın hangi yolla yapılacağı konusunda örnek gösterilmemiştir. Ancak, 765 sayılı TCK m.192/1' de tehdit aracı bakımından sınırlandırma bulunduğu, dolayısıyla 5237 sayılı TCK m.107/2'nin daha geniş kapsamlı olduğu söylenemez. Çünkü, 765 sayılı Yasa'da "neşir yolu" nun yanı sıra "veya her ne surette olursa olsun açıklama" denilerek, "neşir yolu" nun örnek olduğu, bir sınırlandırmanın bulunmadığı ortaya konulmuştur.

Her iki düzenlemede de bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasının yanı sıra para cezası öngörülmektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gün para cezası sistemine geçildiğinden, para cezası yönünden farklılık bulunmaktadır². Öngörülen para cezası, 765 sayılı TCK m.192'de ikimilyon liradan onmilyon liraya kadar, 5237 sayılı TCK m.107'de ise beşbin güne kadardır. Adli para cezasının alt sınırı beş gündür. Bir gün karşılığı olan miktar en az yirmi en fazla yüz Türk Lirası arasında, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri gözönünde bulundurularak hakim tarafından takdir edilir (TCK m.52). Hangi yasanın lehte olduğu, her somut olayda ayrıca tespit edilmelidir³.

765 Sayılı TCK m.191/2'de failin arzu ettiği para veya diğer bir menfaati elde etmiş olması halinde cezanın üçte biri oranında artırılmasının öngörülmesine karşılık, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda şantaj suçu için herhangi bir ağırlaştırıcı neden gösterilmemiştir.

² Adli para cezası konusunda bak.N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, 559 vd.

³ "765 sayılı TCK m.192'de düzenlenen şantaj suçunun karşılığını oluşturan 5237 sayılı TCK 107.maddesinde aynı suça eşit yaptırım öngörülmüş ise de 765 sayılı TCK 192.maddesi ile yapılan uygulamada cezanın teşdiden tayin edilmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK 61.maddesindeki ilkeler de dikkate alınarak ceza tayini cihetini gidildiğinde 5237 sayılı Yasa hükümlerinin lehe sonuç verme olasılığı bulunduğundan, lehe yasanın saptanmasında duruşma açılarak değerlendirme yapılmalıdır", YCGK,30.10.2007-4-200/219; "Sanıkların eylemlerine uygulanması gereken 5237 sayılı TCK 107, 31/3, 62, 50/3, 52, 63.maddelerinin, daha önceden uygulanan 765 sayılı TCK hükümlerine göre sonuç ceza bakımından lehe olduğu değerlendirilmiştir", YCGK, 15.07.2008-6-156/194.

III. Benzer Suçlarla Karşılaştırılması

1. Şantaj ve Tehdit

Tehdit suçu, mağdura kendisinin veya yakınının yaşamına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı veya malvarlığına zarar ya da sair bir kötülük gerçekleştirileceğinin bildirilmesidir (TCK m.106/1)⁴.

Şantaj, tehdit suçuyla benzerlik göstermekte ve bu nedenle de Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının ikinci kısmında "Hürriyete Karşı Suçlar" bölümünde tehdit suçunun hemen ardından düzenlenmiş bulunmaktadır. Şantaj suçunun tehdidin nitelikli hali olarak nitelendirilmesi mümkündür. Aralarında bazı farklar bulunmaktadır.

Tehdit suçunda haksız olarak, doğrudan kişisel değerlere saldırıda bulunulacağından veya herhangi bir kötülük yapılacağından bahisle bir korkutma söz konusu olmaktadır. Şantaj suçunun ilk halinde ise failin yapacağını bildirdiği eylem aslında bir haksızlık içermemekte, ancak mağduru zor duruma sokması söz konusu olmaktadır (TCK m.107/1).

Başka bir anlatımla, tehditte olduğu gibi, şantaj suçunda da mağduru bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlama söz konusudur. Ancak bu durumda mağdura bir kötülük yapılacağından, mağdurun sahip olduğu bir değere saldırıda bulunulacağından bahisle bir zorlama söz konusu değildir. Aksine fail hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından söz ederek mağduru zorlamaktadır. Tehditte gerçekleştirileceği bildirilen hususun haksız olmasına karşılık, şantajda fail hakkı olan bir şeyi yapacağını bildirmektedir.

Failin, hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağını veya yapmayacağını açıklayarak mağduru belli bir davranışta bulunmaya veya bulunmamaya zorlaması halinde tehdit değil, şantaj söz konusu olacaktır.

Failin söylediği sözleri veya hareketleri mağduru korkutarak kendisine bir yarar sağlamak için söylemesi halinde eylem şantaj, buna karşılık sadece korkutmak için söylemesi halinde ise tehdit suçu oluşacaktır.

Tehdit suçunun düzenlendiği TCK m.106/1'de mağdurun kendisinin veya yakınının yaşamına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirilmesi veya malvarlığına zarar verilmesi ya da sair bir kötülük edilmesi ile korkutulması söz konusudur ve bu durum mağdurun herhangi bir şey yapmasına veya yapmamasına bağlı kılınmamıştır.

⁴ Tehdit suçu konusunda bak. A.R.Çınar, Tehdit Suçu, Ankara, 2002, 63 vd.; E.Artuk/A.Gökçen /C.Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2008, 276 vd.; E.Artuk/A.Gökçen/C.Yenidünya, TCK Şerhi III, Özel Hükümler m.76-131, Ankara 2009, 2707; İ.Üzülmez, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit-Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, 63 vd.

Şantaj suçunun ilk halinin düzenlendiği TCK m.107/1'de failin hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından söz ederek mağduru yasaya aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlaması söz konusudur. Yani şantajdaki zorlama, şarta bağlanmıştır. Ayrıca, zorlama aracı olarak failin hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapması veya yapmamasından söz zetmesi gösterilmiştir. Dolayısıyla, failin yapacağını bildirdiği eylem aslında bir haksızlık içermemekte, ancak mağduru zor duruma sokması söz konusu olmaktadır. Şantaj suçunda kullanılacağı belirtilen hakkın veya yerine getirileceği bildirilen yükümlülüğün mağdur üzerindeki etkisinden haksız olarak yararlanılması söz konusudur. Çünkü, fail bir hakkını kullanıyor veya yükümlülüğünü yerine getiriyor olsa da, bu eylem mağdurun durumunu kötüleştirecek ve yasalar karşısında zor durumda bırakacaktır. Failin bu durumdan yararlanması söz konusudur. Tehdit suçunda ise haksız olarak ve doğrudan kişisel değerlere saldırıda bulunulacağından veya herhangi bir kötülük yapılacağından bahisle bir korkutma söz konusu olmaktadır⁵.

Şantaj suçunun ikinci halinin düzenlendiği TCK m.107/2.fıkırdada ise mağdurun sadece şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması cezalandırılmaktadır⁶. Fail kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla hareket etmiş olmalıdır. TCK m.106'da korunan hukuki değerler yaşam, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı veya sair kötülük olarak belirtilmiş, buna karşılık "şeref ve haysiyet"e yer verilmemiştir. Kişinin onuru her olayda "sair kötülük" kavramına dahil edilemeyeceğinden, yasal boşluk bırakmak gerekçesiyle 5237 sayılı Yasa'ya sonradan TCK m.107/2 eklenmiştir.

Öte yandan, TCK m.106/1'de amaç tehdidin yaptırım altına alındığı, buna karşılık TCK m.107/2'de ise araç tehdidin cezalandırıldığı görülmektedir⁷.

⁵ "Sanığın bir soruşturma nedeniyle Jandarma karakolunda beyanı alınacak olan katılanın bulunduğu odaya girerek bizim söylediğimiz şekilde ifade vereceksin, yoksa senin için kötü olur, bu şekilde ifade vermezsen başına gelecekleri sen bizden daha iyi bilirsin, biçimindeki sözlerle tehdit eyleminin 5237 sayılı TCK m.106'ya uyduğu ve lehe yasanın bu doğrultuda belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yanılıgı sonucu eylemin Yasa'nın 107.maddesinde öngörülen şantaj suçunu oluşturacağı gerekçesiyle lehe kabul edilen 765 sayılı TCK 188.maddesiyle hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir", Y4CD,03.06.2009-2008-21032/10937.

⁶ "Sanığın yakınına telefonla arayarak benimle olmazsan önceki ilişkilerini eşine söylerim demesi biçimindeki eylem zorlama suçu değil, şantajdır", Y4CD, 06.03.2007-13082/2180, A.Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması II (m.53-125), Ankara 2009, 2598.

⁷ Çınar, Tehdit Suçu, 175.

2. Şantaj ve Cebir Kullanma

Cebir suçu, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapması-na müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılmasıdır (TCK m.108). Cebir kullanma, mağdura karşı fiziki güç kullanma demektir.

Mağdura fiziki olarak etki eden her türlü maddi tazyik hareketleri cebir-dir. Cebir kullanma, aynı zamanda yaralama suçunu da oluşturabilir. Cebiri, mağduru belli bir davranışa zorlayan yaralama olarak tanımlamak müm-kündür. Cebir ile yaralama suçu arasındaki ilişki, genel-özel norm ilişki-sidir⁸.

Şantaj suçunda mağduru bir şey yapmaya ya da yapmamaya veya hak-sız çıkar sağlamaya zorlama söz konusu olmakla birlikte, kullanılan araç, failin hakkı veya yükümlülüğü olan, ancak yaptığı veya yapmadığı takdirde mağdurun aleyhine bir durum yaratmadan sözetmek olmalıdır. Fiziki güç kullanma, eylemin şantaj suçu olarak nitelendirilmesini engelleyecek bir husustur.

Dolayısıyla, her iki suçta da mağdurun iradesini etkileme, özgür iradeyle hareket etmesini engelleme söz konusu olmakla birlikte, bunun için baş-vurulan araçlar farklıdır.

İki suç arasında failin maksadı bakımından farklılık bulunmaktadır. Şantaj suçunda maksat cebir suçuna göre daha özel niteliktedir. Şantaj suçunda failin maksadı mağduru “yasaya aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlama” ola-rak özel biçimde gösterilmiştir. Cebir suçunda ise failin maksadı daha kap-samlı olarak mağdurun “bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi” şeklinde belirlenmiştir.

Şantaj ve cebir suçlarının her ikisinde de suçun oluşması sonucun elde edilmesine bağlı değildir.

3. Şantaj ve Yağma

Yağma, cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilen hırsızlıktır; ancak, kendisini meydana getiren suçlardan bağımsız bir suç olmaktadır⁹.

Yağmanın tehdit yoluyla işlenmesi durumunda, şantaj suçunun TCK m.107/2'de gösterilen hali ile aralarında maddi unsur bakımından benzerlik bulunduğu düşünülebilirse de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenle-

⁸ N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2007, 344.

⁹ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 334 vd. A.Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, 343; M.Koca, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, 32 (Ağustos 2005), 2801.

meler 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre bu konuda bir çok farklılık içerdiğinden, her iki suçun birbirinden ayırt edilmesi kolaylaşmıştır.

Yağma ve şantaj suçlarının her ikisinde de fail bir menfaat elde etmek istemektedir. Bu menfaat, şantajda mağdurun yasaya aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapması veya yapmaması ya da haksız çıkar sağlama (TCK m.107/1) veya bir yarar elde etme (TCK m.107/2) olmaktadır. Yağmada ise bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur etme söz konusudur (TCK m.148/1). Şantaj suçunda sağlanmak istenen çıkarın maddi bir menfaat olması halinde yağma suçuyla bu yönden bir benzerlik ortaya çıkacaktır.

Ancak, yağma suçunu oluşturan tehdit ile şantaj suçunu oluşturan zorlama veya tehdidin kapsamı birbirinden farklıdır. Yağma suçunun unsuru olan tehdidin mağdurun kendisinin veya yakınlarının yaşamına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirme veya malvarlığı yönünden büyük bir zarara uğratmadan bahisle yapılması gerekir¹⁰. 765 Sayılı TCK m.495'de ise "şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit" etme kavramına yer verilmişti. Bu metnin esas alınması durumunda, bazı olaylarda eylemin hukuki niteliğinin yağma veya şantaj olduğu konusunda tereddüte düşülebilirdi. Yeni düzenlemede ise yağma suçundaki tehdidin kapsamı açıklık getirilerek sınırlandırılmıştır. Yağma suçu teşebbüs aşamasında kaldığında tehditin kapsamı esas alınarak şantaj suçundan ayırtehdilebilir.

Şantajı fail hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle gerçekleştirir (TCK m.107/1) veya mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunur (TCK m.107/2). Failin maksadı ise mağdura kanuna aykırı veya yükümlü olduğu bir şeyi yaptırmak, yaptırmamak, haksız çıkar sağlamak (TCK m.107/1) veya yarar sağlamaktır (TCK m.107/2)¹¹.

¹⁰ "Sanık D'nin yakalanma günü ve öncesinde yakınına telefonla bir çok defa kendisi ve arkadaşlarına aratarak tehdit edip 15 milyar TL istemesi ve yakalanması sırasında paranın 4,5 milyar liralık kısmını alması nitelikli yağma suçuna (765 sayılı TCK m.495/, 80, 5237 sayılı Yasa'da ise m.149/1-c, 43/son) uyduğu..", Y6CD, 30.01.2007-951/478, M.Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, 824.

¹¹ "Somut olayda sanıkların ticaretle uğraşan katılanı vergi kaçırdığını, Maliye ile sorunları olduğunu, kendilerine 50 bin lira verilmezse ellerindeki bazı belgeleri Maliyeye vereceklerini söyleyerek korkuttukları anlaşılması karşısında eylemlerinin 765 sayılı TCK m.192/1-2'de (5237 sayılı TCK m.107/1-2) öngörülen hükümler ışığında değerlendirilmesi gerekir", Y6CD, 13.03.2006-1975/2445; "Ailelerinden gizli olarak oto ile şehir dışına çıkan müşteriklerin oto içerisinde yarı çıplak vaziyette seviştiklerini gören sanığın otoyola yaklaşarak müşteriklerin hüviyetlerini isteyip tetkik ettikten sonra evli olmadıklarını anlayınca (siz evli değilsiniz, sizi karakola götüreceğim) diyerek olayın anne ve babalarının duyulmasından korkan müşteriklerden para ve ziynet eşyalarını almaktan ibaret olan eylemin şantaj

Yağma suçu, tehdit (veya cebir) dolayısıyla malın teslim edilmesi veya alınmasına karşı konulmaması ile birlikte oluşur. Başka bir anlatımla, suçun tamamlanması için tehditin (veya cebirin) etkisiyle zilyet malı teslim etmiş veya mal ondan alınmış olmalıdır. Malın alınması tehdiye (veya cebire) bağlı olarak gerçekleşmelidir. Malın alınmadığı veya teslimin sağlanmadığı hal-lerde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Buna karşılık şantaj suçunun tamamlanması failin amaçladığı maddi veya diğer menfaati elde etmesi koşuluna bağlı değildir. Yasa'da gösterilen biçimde zorlama hareketinin veya tehditin yapılması, suçun oluşması için yeterlidir.

IV. Suçla Korunan Hukuki Değer

Şantaj suçu hürriyete karşı suçlar arasında, tehdit suçundan hemen sonra düzenlenmiştir. Korunan hukuki yarar kişi özgürlüğüdür. Tehdit suçunda olduğu gibi, şantaj suçunda da bireyin iç huzuru, hukuki güvenlik bilinci korunmak istenmektedir.

Bu suçla mağdurun özgür iradeyle karar verebilmesi ve verdiği kararlar-göre özgürce davranması sağlanmak istenmektedir. Mağdur, özgür irade-siyle yapmayacağı veya yapacağı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlan-mamalıdır.

Şantaj suçunun maddi yarar sağlanmak amacıyla işlendiği hallerde ise irade özgürlüğünün yanı sıra malvarlığı da korunan hukuki değer olmakta-dır. Ancak, yasakoyucu bu değeri ön plana almadığını, şantaj suçunu mala karşı suçlar arasında düzenlememekle göstermiş bulunmaktadır.

Belirtelim ki, şantaj suçu karşılaştırmalı hukukta genellikle mala karşı suçlar arasında düzenlenerek failin maksadı maddi çıkar elde etmekle sınır-landırılmıştır¹². Bu düzenlemelere göre şantaj suçunda korunan hukuki yarar kişi özgürlüğü, vücut bütünlüğü ile birlikte mülkiyet hakkı olmaktadır. Örneğin, Alman hukukunda şantaj Ceza Kanunu'nun özel kısmında "yağma ve şantaj" başlıklı 20.bölümde yaptırıma bağlanmıştır¹³.

oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan, Yasanın öngördüğü boyutta cebir, şid-det ve tehdit unsurlarını içermeyen gasp suçundan hükümlülük kararı verilmesi. bozmayı gerektirmiştir", Y6CD, 11.03.1992-466/2064, Gündel, 2601.

¹² Örnekler için bak. Üzülmüş, 137 vd.

¹³ Alman Ceza Kanunu m.253'e göre, "her kim kendisini veya üçüncü bir şahsı hu-kuka aykırı bir şekilde zenginleştirmek amacıyla diğer bir kimseyi hukuka aykırı bir şekilde cebir ile veya ağır bir kötülük tehdidi yoluyla bir hareketi yapması, buna katlanması veya yapmaması için zorlar ve bu şekilde zorlanan kişinin veya diğer bir kişinin malvarlığına zarar verirse, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. /Failin ulaşmak istediği amaca erişmek için cebirin veya kötülükle tehdit yönteminin kullanılması kınanabilir nitelikte ise fiil hu-kuka aykırıdır. /Bu suçta teşebbüs cezalandırılır. Ağır hallerde hapis cezası bir

V. Suçun Faili ve Mağduru

Şantaj suçunun faili herkes olabilir. Ancak, şantaj suçunun TCK m.107/1'deki ilk halinde suçun failinin, yapacağını veya yapmayacağını söylediği husus konusunda hakkı olan veya yükümlülüğü bulunan kişi olması gerekmektedir. Aksi takdirde, tehdit suçu oluşabilirse de şantaj suçu oluşmayacaktır.

TCK m.107/2'de yer alan halde ise şantaj suçunun faili herkes olabilir.

Fail kamu görevlisi olup da görevi dolayısıyla elinde bulundurduğu araç ve gereçleri şantaj suçunun işlenmesi sırasında kullanmış ise cezası ağırlaşır (TCK m.266).

765 Sayılı TCK m.192/1'de suçun mağduru "bir gerçek veya tüzelkişi" olarak gösterilmiştir. 5237 sayılı TCK m.107/2'de ise mağdur "bir kişi" olarak gösterilmiştir. Kanaatimizce, bu ifade tüzel kişilerin şantaj suçunun mağduru olmasını engellemeyecektir¹⁴. Nitekim, tüzel kişilerin, suçtan zarar gören olarak, kamu davasına katılma hakkı bulunmaktadır (CMK m.237/1, 249)¹⁵.

VI. Suçun Unsuruları

1. Maddi Unsur

Şantaj, para veya herhangi bir çıkar sağlamak amacıyla bir kimseyi kendisi ile ilgili lekeleyici, gözden düşürücü bir haberi yayma veya açığa çıkarma tehdidiyle korkutmak anlamına gelmektedir¹⁶.

Şantaj suçunun maddi unsurunda hareket TCK m.107/1'e göre, mağduru

yıldan az olamaz. Fail meslek veya sanat haline getirerek veya temadi edecek bir şekilde şantaj suçu işlemek üzere oluşturulmuş bir çetenin üyesi sıfatıyla hareket ederse kural olarak ağır hal gerçekleşmiş sayılır". Alman Ceza Kanunu m.255'de ise yağma yoluyla şantaj suçuna yer verilmiştir. Buna göre, "şantaj suçu diğer bir kişiye karşı cebir uygulanarak veya vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit edilerek işlenirse, fail yağma suçu işleyen bir kişi gibi cezalandırılır". A.Schönke/H.Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München 2001. Çeviri için bak.F.Yenisey/G.Plagemann, Strafgesetzbuch StGB Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, 328.

¹⁴ Suçun mağdurunun gerçek kişi, zarar görenin tüzel kişi olabileceği görüşü için bak. Üzülmüş, 151. Failin fiiline tüzel kişinin temsilcisinin muhatap olması ve istemi yerine getiren temsilcinin tüzel kişi adına hareket etmesi koşuluyla tüzel kişinin mağdur olabileceği görüşü için bak. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006, 216.

¹⁵ Tüzel kişi kamu davasına kendisini temsile yetkili kişi veya organları aracılığıyla katılabilir. Mağdur-şikayetçi-suçtan zarar gören kavramlarının 5271 sayılı Yasa'da özenli kullanılmadığı eleştirisi için bak.N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008,761 vd.

¹⁶ Hükmün başlığının Fransızca kökenli bir kelime olmasının eleştirisi için bak. Bak.S.Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, 173.

belli bir amaçla “zorlama”, TCK m.107/2’ye göre ise belli amaçla “tehdit etme”dir. Bu nedenle her iki fıkranın ayrı incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

a. Hareket

aa. TCK m.107/1

TCK m.107/1’e göre, “hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, ... cezalandırılır”.

Hükmün bu ilk fıkrasına göre şantaj suçunun maddi unsuru, mağduru belli bir amaçla belli bir yönde “zorlama”dır.

Zorlama, mağduru istemediği bir şeyi yapması veya istediği bir şeyi yapmaması konusunda tazyik edilmesi veya buna mecbur bırakılmasıdır. Zorlamaya fail başvurmuş olmalıdır. Mağduru kendisinin, belli bir konudaki hak ve yükümlülüğünü kullanmaması için bir kişiye menfaat temin etmeyi önermesi hali *zorlama* kavramının kapsamında değildir.

Şantaj suçu hem fail hem de mağdur yönünden bağlı hareketli suçtur. Fail bir hakkını kullanacağını veya bir yükümlülüğünü yerine getireceğini söyleyerek mağduru yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya veya kendisine haksız bir çıkar sağlamaya zorlamalıdır.

O halde, şantaj suçundaki zorlama, fail tarafından herhangi bir şekilde değil, “hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle” gerçekleştirilmelidir.

Buna göre, bu suçun maddi unsuru seçenekli olarak gösterilmiştir:

- 1)Hakkı olan bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle zorlama,
- 2)Yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle zorlama.

Hükmün Gerekçesi”ne göre, şantajın özelliği, kişinin hak veya yükümlülüklerini kötüye kullanarak haksız bir çıkar sağlamaya çalışması ya da başkasını bir şeyi yapmaya veya yapmamaya mecbur etmesidir. Örneğin, bir iş adamının kamuoyunda gündemde olan yolsuzluk olaylarıyla ilgili olarak hazırlanan gazete haberinde adından söz etmeme karşılığında menfaat teminine veya bir kuruluşa bağışta bulunmaya zorlanması halinde şantaj suçu oluşur¹⁷. Şikayet veya ihbar hakkını kullanacağını söyleyerek mağduru bir şey yapmaya zorlamak şantajdır¹⁸.

¹⁷ G.Yalvaç, Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008, 857.

¹⁸ “Sanığın katilana telefon ederek, kızı ile arkadaşlık yapan Hüseyin’i öldürdüğünü,

Failin söz konusu hak veya yükümlülüğünün kaynağı önemli değildir; ancak böyle bir hak veya yükümlülük gerçekten bulunmalıdır. Failin kendini hak veya yükümlülük sahibi gibi göstermesi yeterli değildir. Dolayısıyla, zorlama konusunu gerçekleştirme failin iktidarında olmalı ve gerçekleştirilebilir nitelik taşınmalıdır¹⁹.

Failin söz konusu hak veya yükümlülüğünün mağduru olumsuz bir şekilde etkileyerek belli yönde davranmaya yöneltmeye elverişli olması gerekir. Aksi takdirde bu suç oluşmayacaktır.

Mağdur hak veya yükümlülüğün kullanılmasının kendisi açısından doğuracağı olumsuzluğa katlanmak ile failin isteğini yerine getirmek konusunda tercih yapmak zorunda bırakılmaktadır²⁰. Şikayet hakkının kullanılacağı veya ihbar yükümlülüğünün yerine getirileceği tehdidinde bulunulması gibi.

Hükümde "hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle" ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle, bir hak kullanımının veya yükümlülüğün yerine getirilmesinin söz konusu olmadığı hallerde "zorlama" gerçekleştirilse de şantaj suçu oluşmayacaktır. Örneğin, yaşam, beden bütünlüğü veya cinsel özgürlüğe zarar verileceği söylenerek bir kimseyi sadece bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlama halinde hükümün ikinci fıkrasındaki suç veya TCK m.106'da tanımlanan tehdit suçu gerçekleşecektir.

bb. TCK m.107/2

TCK m.107/2'ye göre, "kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkra göre cezaya hükmolunur"²¹.

konuşmaları kasete kaydettiğini, eğer parayı vermezse Emniyete bildireceğini söyleyerek tehditle yarar sağlamak istediği iddia, sanığın aşamalarda savunmaları ve tanık anlatımlarıyla anlaşılmasına karşın, yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır", Y4CD, 14.02.2006-5826/2702, "Suç tarihinde sanığın boşanma davasında eşinin vekili olan katılan avukatı, eşi üzerine kayıtlı taşınmazların kendisine devretmesini istediğini kabul etmemesi üzerine, icradan tahsil ettiği paraları babasına öderken karşılığında belge almamış bulunmasından yararlanarak güveni kötüye kullanma suçundan babasına şikayet ettireceği hususunda tehdit ettiğini söyleyen tanık Hüseyinin anlatımı yönteminde tartışılıp reddedilmeden yetersiz gerekçe ile beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir", Y4CD, 06.11.2006-9338/15860, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 277.

¹⁹ Donay, 173; Z.Hafizoğulları/M.Özen, "Hürriyete Karşı Suçlar", Prof.Dr.Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, 2713.

²⁰ Soyaslan, 216.

²¹ Öğretide bu hükmün basın özgürlüğü bakımından tehlikeli olduğu, kamuda

Hükmün bu ikinci fıkrasında şantaj suçunun maddi unsuru “tehditte bulunma” olmaktadır.

Tehdit, yapılacak bir kötülükle korkutmadır; belli haklarına zarar vereceği bildirilip korkutularak mağdurun özgür iradesini etkilemez.

Tehdit, manevi cebirdir. Failin isteğinin yerine getirilmemesi halinde belli bir kötülük yapılacağına mağdura bildirilmesidir²².

TCK m.107/2’de yer alan suç bağıli hareketli suçtur; tehdidin yöneleceği değerler bakımından bir sınırlandırma bulunmaktadır. Herhangi bir zarar bildirimini değil, mağdurun şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidi suç oluşturacaktır.

Öte yandan, sadece belli hususları açıklama değil, bunun yanı sıra belli hususları isnat etme, yani kurgu olaylar yükleme tehdidi de madde kapsamındadır²³. Dolayısıyla açıklanacak olan hususun gerçek veya düzmece olması mümkündür.

O halde şantaj suçunun TCK m.107/2’de yer alan halinin maddi unsuru seçenekli olarak gösterilmiştir: 1)şeref veya saygınlığa zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı tehdidi, 2) şeref ve saygınlığa zarar verecek nitelikteki hususların isnat edileceği tehdidi.

Gerçek hususların ne olduğu, kimin sebebiyet verdiği önemli değildir; mağdur tarafından sebebiyet verilmiş veya onun katkısıyla meydana gelmiş olması sonucu değiştirmeyecektir. Önemli olan, bu hususların mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verecek, yani onun toplumdaki itibarını, olumlu şöhretini sarsacak nitelikte olmasıdır.

Suçun oluşmasında “açıklama” hususunun gerçekleşmesi gerekmez, “açıklama tehdidinin” karşı tarafa bildirilmiş olması yeterlidir²⁴.

Açıklanacağı söylenen hususların mağdurun şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikte olmadığı hallerde bu suç oluşmayacaktır. Yargıtayın bir

hesap verilebilirliği ve şeffaflığı engellediği, Yasa’dan çıkarılması gerektiği belirtilerek şöyle denilmektedir: “Gazeteci işini yaparken hem kendisine hem de başkasına yarar sağlamaktadır. Böyle olunca, basın çalışanının örneğin kamu görevlisine kötü hayat sürdüğünü açıklayacağını söylemesi şantaj sayılacaktır”. Bak. Hafızoğulları/Özen, 2721.

²² Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 342.

²³ “Not yükseltme sınavına katılamayan kızının raporu kabul edilmeyince, kızının mezuniyetini sağlamazsa savcılığa giderek kendisine yakınının bin lira karşılığında başka bir rapor alabileceğini teklif ettiğine ve makamına gelen kız öğrencilere sarkıntılıhta bulunduğuna ilişkin iddialarını açıklayacağını ifade etmesi biçimindeki eyleminin yakınana zarar verebilecek bir hususu açıklama tehdidinde bulunarak yarar sağlama niteliğinde olup şantaj suçunu oluşturacağı”, Y4CD, 27.06.2007-2006-2542/2007-6139, Yalvaç, 857.

²⁴ “.anılan kasetin açıklanması halinde sanığın kendisinin de zarar göreceği biçimindeki gerekçe yersizdir”, Y4CD, 06.07.2009-11471/13429.

kararında bu hususa şöyle değinilmektedir: "Açıklanma tehdidinde bulunulan telefon görüşme kaydının çözümünün içeriğinin incelenmesinde açıklanması durumunda yakınana zarar verebilecek bir husus olmadığına anlaşılması karşısında suçun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir"²⁵.

Bildirim herhangi bir şekilde yapılabilir. Yüze karşı veya üçüncü kişiler aracılığıyla ya da telefon, mektup gibi araçlarla bildirme olabilir²⁶. Tehdide konu kötülüğün mutlaka fail tarafından yerine getirileceğinin bildirilmesi gerekmez, kötülüğü başka bir kişinin gerçekleştireceği de söylenebilir.

Açıklanacağı veya isnat edileceği bildirilen husus mağdurun kendisi kadar yakınlarına da yönelik olabilir. Yakınlarının şeref ve saygınlığına zarar verecek hususların mağdur açısından dolaylı olarak aynı etkiyi yapması mümkündür.

Tehdit mağduru korkutmaya, irade özgürlüğünü etkilemeye elverişli olmalıdır. Tehditin fiilen mağduru korkutması değil, özgür iradeyi etkilemeye elverişli nitelikte olması önemlidir.

Yapılan eylemin tehdit olarak değerlendirilmediği hallerde bu suç oluşmayacaktır. Yargıtayın bir kararında bu hususa şöyle değinilmektedir: "Sanığın katılan hakkında küçültücü değer yargılarını içeren yazılarının yerel gazetede yayımlandıktan sonra sanığın bu yazıları tekzip etmek için katılandan çıkar sağlamak istemesi biçimindeki eyleminde şantaj suçunun açıklama tehdidi öğesinin oluşmadığı gözetilmeden hükümlülüğüne karar verilmesi yerinde değildir"²⁷.

Cinsel ilişki kurmak²⁸ veya kurulmuş ilişkiyi bitirmemek²⁹ maksadıyla

²⁵ Y4CD, 20.06.2000-2913/5410, A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, 893 vd.

²⁶ Bak.Y6CD, 24.01.2007-6807/386; Y6CD, 30.01.2007-951/478, Gündel, 2598 vd.

²⁷ Y4CD, 4.10.2002-11708/13935, Parlar/Hatipoğlu, 893.

²⁸ "Sanığın yakınanı telefonla arayarak (benimle olmazsan önceki ilişkilerini eşine söylerim) demesi biçimindeki eyleminin şantaj suçunu oluşturduğu gözetilmeden zorlama suçundan karar verilmesi yasaya aykırıdır", Y4CD, 06.03.2007-13082/2180, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 276. "Sanığın tehdit suçunu, yakınanın cep telefonuna gönderdiği mesajlarda yer alan (kızınla konuşmak istiyorum, konuşurmazsan sabah kalktığın zaman bütün duvarlarda kızının çıplak resimlerini görünce senin halini görmek isterim, asil rezil olmak nasıl göreceksin.. o zaman rezillik nedir anlarsın, sabah dışarı çıkmaya yüzün bile olmayacak, cevabını bekliyorum) biçimindeki sözlerle işlediğinin iddia edilmesi karşısında, eylemlerin TCK 107/2 hükmü kapsamındaki şantaj suçunu oluşturabileceği gözetilmediğinden", Y4CD, 06.05.2009-6231/8686.

²⁹ Yargıtay, gayrimeşru ilişkisini bitirmemesi için çekilen resimleri kocasına, eşe dosta dağıtmakla korkutulan mağdureyle ilgili olayda ırza geçme değil, şantaj suçunun oluştuğunu, tehdidin içerdiği zararın kapsamına dayanarak şöyle açık-

kişiyi korkutmak bu suçu oluşturacaktır.

Belirtelim ki, TCK m.107'nin bu ikinci fıkrası Yasa'ya sonradan eklenmiştir³⁰. İlk fıkrada failin niteliği yönünden sınırlandırma yapılması dolayısıyla, bu özellikleri taşımayan failerin mağdurların içinde buldukları gayrimeşru veya olumsuz durumları tehdit konusu haline getirerek yarar sağlamak istemeleri ancak bu fıkra göre cezalandırılacaktır^{31 32}.

Şantajın tehdit yoluyla işlenen TCK m.107/2'deki şeklinin yine tehdit

lamaktadır: "Irza geçme olaylarında varlığı kabul edilen tehdidin zor unsurunu oluşturabilmesi için ırza geçilmesi nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdure üzerinde oluşması, tehdide maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda seçeneklerden biri aile birliğinin bozulması korkusu ve adi tehdidi içerdiği dahi tartışılabilir yazıyı içeren pusulanın kendisine ulaşması, diğeri ise ırza geçilmeye rıza gösterilmesidir. Esasen üç senedir birlikteliklerini devam ettiren, resimler çektiren ve böylece gayri meşru zeminde olan mağdure bu eylemi ile aile birliğinin bozulmasında en büyük etkidir. Emniyete müracaat ederek olayın herkes tarafından duyulmasına sebebiyet verdikten hemen sonra da şikayetinden vazgeçmiştir. Bu nedenlerle irza geçme eyleminde zor unsurunu oluşturabilecek bir tehdidin varlığından söz edilemez. Ancak sanık kendisine yarar sağlamak maksadıyla mağdureyi teşhir edip toplum içerisinde küçük düşürmek suretiyle zarar verebilecek açıklamalarda bulunabileceğini söyleyerek 765 sayılı TCK 192. (5237 sayılı TCK m.107/2.) maddesine muhalefet etmiştir", Y5CD, 10.03.1999-5112/811, Parlar/Hatipoğlu, 893 vd.. Buna karşılık, sanığın önce rıza ile ilişki kurduğu mağdureyle çıplak resimlerini dağıtacağı tehdidiyle bir çok kez ırza geçtiğinin ileri sürülmesi karşısında eylemin şantaj değil, zincirleme biçimde irza geçme olduğuna işaret edilmiştir. Bak. Y4CD, 22.12.1997-10921/11515, Gündel, 2601.

³⁰ 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun m.14'le eklenmiştir. RG 08.07.2005 No.25869. "Kişinin şeref ve saygınlığına yönelik açıklamalarla menfaat sağlama eylemi 5237 sayılı Yasa'da şantaj suçu olarak tanımlandığından, 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlükte olduğu tarih ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girdiği 01.06.2005-29.06.2005 tarihleri arasında bu kapsamdaki eylemler 5237 sayılı Kanun bakımından daha genel nitelikteki TCK 106/1.fıkra son cümlede tanımlanan sair tehdit suçunu oluşturmaktadır", Y4CD, 22.12.2009-21276/182867.

³¹ Fıkra gerekçesi şöyledir: "Kişinin yarar sağlamak maksadıyla bir başkasının şeref veya saygınlığına zarar verebilecek nitelikteki hususları açıklayacağı veya isnat edeceği tehdidinde bulunması halinin tehdit suçuna ilişkin (sair kötülük) kapsamında değerlendirilmesinin daha az cezayı gerektireceği eleştirisi karşısında madde metnine söz konusu fıkra eklenmiştir". Bak.İ.Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2005, 830.

³² "Sanığın yarar sağlamak amacıyla katılanın şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususları açıklayacağı tehdidiyle şantajda bulunması eyleminin, 5377 sayılı Yasayla 5237 sayılı TCK 107.maddesine eklenen 2.fıkrasının 08.07.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi nedeniyle failin aynı Yasa'nın 106/1.fıkranın 2.cümlesine uyar nitelikte tehdit suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir", Y4CD, 04.05.2009-3669/8351.

yoluyla işlenen diğer suçlarla biraraya gelmesi mümkündür. Bu gibi hallerde suçun şantaj olup olmadığı tehdidin konusuna ve gerçekleştirilme amacına bakılarak değerlendirilecektir.

Tehdit yoluyla işlenen TCK m.107/2'deki şantaj suçu ile TCK m.106 kapsamındaki tehdit suçu arasında tehdidin konusu ile gerçekleştirilme amacı bakımından fark bulunmaktadır. Failin mağduru şeref ve saygınlığına zarar verebilecek bir hususu açıklamakla veya isnat etmekle tehdit ettiği ve bundan bir yarar sağlamak istediği hallerde eylem şantajdır. Buna karşılık doğrudan yarar sağlanması hedeflenmeyen hallerde ise TCK m.106/1'deki sair kötülüğü gerçekleştireceğini beyan etmek suretiyle işlenen tehdit suçu söz konusu olur. Bu açıdan TCK m.107/2 özel, TCK m.106/1 cümle 2 ise genel norm niteliğindedir.

cc. TCK 107.maddenin ilk ve ikinci fıkrası arasındaki fark

Şantaj suçunun düzenlendiği TCK m.107'nin ikinci fıkrasında zarar verileceği bildirilen konu şeref veya saygınlıktır; fail, yarar sağlama amacını gütmektedir. Hükmün ilk fıkrasında ise konu bakımından bu yönde bir sınırlandırma bulunmadığı gibi; ikinci fıkradaki anlamda yarar sağlama amacı olmasa da suç oluşacaktır.

Öte yandan, TCK m.107/2'ye göre failin haklı veya haksız olmasının ve mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki bilgileri nasıl ele geçirdiğinin önemi yoktur³³. TCK m.107/1'de ise fail hakkı olan bir şeyi yapacağını veya yükümlü olduğu bir şeyi yapmayacağını bildirerek mağduru zorlamaktadır.

b. Netice

Şantaj suçunun oluşması için failin amacına ulaşması, hedeflenen menfaatin temin edilmiş olması şart değildir. Bu açıdan şantaj suçu *şekli (neticesi harekete bitişik) suç* olmaktadır³⁴; suçun oluşması hareketten ayrı bir neticenin meydana gelmesine bağlı değildir.

Öte yandan, bu suç *tehlike suçudur*; suçun oluşması mağdurun herhangi bir zarara uğramasına bağlı değildir³⁵. Failin hakkını kötüye kullanarak mağduru yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yükümlü olduğu bir şeyi

³³ Yaşar/Gökcan/Artuç, 3592.

³⁴ Kavram için bak.Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 253.

³⁵ Failin amaçladığı menfaati temin etmiş olması daha ağır bir suçun doğmasına sebebiyet verebilir. Rızayla ilişki kurulan mağdurenin daha sonra çıplak resimlerinin dağıtılacağı tehdidiyle ilişkiye zorlanmasının zincirleme biçimde cinsel saldırı suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi gibi. Bak.Y4CD, 27.12.1994-7275/10323 , Gündel, 2597.

yapmamaya zorlaması ve hareketin buna elverişli olması suçun meydana gelmesi bakımından yeterlidir³⁶.

Bu suçta menfaatin elde edilmiş olması, 765 sayılı TCK m.192/2'de öngörülenin aksine, cezayı ağırlaştırıcı bir hal sayılmamıştır; ancak, hakim tarafından alt-üst sınır arasındaki ceza tayin edilirken gözönünde bulundurulması söz konusu olabilir³⁷.

2. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK m.24 ile devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusu

³⁶ "Sanığın önceden hazırlamış olduğu eve katılanın alkol almak için götürüp burada alkol aldıktan sonra sanık Hava ile birlikte olmak için yatağa girmelerini sağlayıp katılanın istemi dışında fotoğrafını çekip katılan ile aralarındaki anlaşmazlık konusu olan arsa ve senetler nedeniyle borçlarından kurtulmak için bu fotoğrafları gazetelere gönderme tehdidinde bulunup ayrıca katılanın evinin posta kutusuna koyarak oğlunun eline geçmesini sağlaması biçiminde oluşan eyleminin 765 sayılı TCK 192.maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu gözetilmeden be-
raat kararı verilmesi", Y6CD, 25.10.2005-19280/9514; "Yasal yola gitmeden suç konu hatalı üretilmiş ilaç şişesini elinde bir kaç ay tutan, şişeyi teslim karşılığında şirket yetkilisiyle pazarlığa giren, fazla fiyatla satmak isteyen, aramamaları halinde Hıfzısıhha Kurumuna şişeyi teslim etmekle tehdit eden sanığın eylemi suç oluşturur", Y4CD, 20.06.2000-2913/5410; "Gasp edildiği iddia edilen para ve zorla imzalatırıldığı ileri sürülen senedin ele geçmemiş bulunmasına göre eylemin fotoğraf çekilerek bu fotoğrafların neşredileceği ve başkalarına gösterileceği tehdidiyle para istemekten ibaret bulunduğu ve bu haliyle şantaj suçunu oluşturduğu gözetilmeden", Y6CD, 06.04.1999-2512/2901, Parlar/Hatipoğlu, 893 vd. "Akrabası olan Menekşe isimli kadınla müşteki arasında gayri resmi ilişki bulunduğunu öğrenen sanığın müştekiye, (Menekşenin hamile olduğunu ve çocuğunu aldırması için 150 lira para vermesi gerektiğini, aksi halde bu durumu kadının kardeşlerine açıklayacağını) söyleyerek müştekiden para almaktan ibaret eyleminin şantaj suçunu oluşturacağı gözetilmeden", Y6CD, 09.03.1999-1090/1132; "Sanık Mustafa'nın mağdura ait çıplak resimleri ele geçirip ifşa edeceğini ileri sürerek yarar temin etmesi şeklinde gelişen olayda eylemine uyan 765 sayılı TCK m.192 yerine yazılı biçimde uygulama yapılması", Y6CD, 29.01.1993-416/519, Gündel, 2599 vd.

³⁷ "Sanığın internet aracılığıyla tanışıp cinsel konuları konuştuğu katılanın İstanbul'da bulunan evine ziyaretine giderek bir gece misafir olarak kalıp zengin olduğunu öğrendikten sonra çok sayıda telefon ederek para isteyip (konuşmalarını kaydettiğini, eğer para göndermezse bunları yakınlarına dinleteceğini ve homoseksüel olduğunu anlatacağını) söyleyerek banka aracılığıyla iki defa para alması biçiminde oluşan eyleminin şantaj suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması", Y6CD, 30.9.2003-4609/6202; "Karısı ile ilişkide bulunmak üzere evine giren müştekiyi çıplak vaziyette yataka gören ve bu durumunu babasına ve ağabeyine söyleyeceği tehdidiyle ondan para ve senet almaktan ibaret sanıkların eylemlerinin şantaj suçunu oluşturacağını düşünülmemesi", Y6CD, 15.05.1999-1675/3852, Gündel, 2600.

olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve faile ceza verilmez³⁸.

Şantaj suçunun TCK m.107/1'deki şeklinde failin hakkı olan bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle mağduru özgür iradesinin aksine davranmaya zorlaması söz konusudur. Hakkın kullanılması veya bir yükümlülüğün yerine getirilmesi hukuka aykırılık oluşturmamakla birlikte; hakkın kötüye kullanılması hukuka aykırılık oluşturduğundan, burada hakkın kullanıldığı ileri sürülemeyecektir.

3. Manevi Unsur

Şantaj suçu doğrudan kastla işlenebilen suçtur; olası kastla işlenemez³⁹. Kastın yanı sıra, TCK m.107/2.fıkradaki halde belli bir maksatla hareket edilmiş olması gerekir.

a. TCK m.107/1

Şantaj suçunun TCK m.107/1'deki halinde fail bir hakkını veya yükümlülüğünü kötüye kullandığını, mağduru kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya yahut kendisine bir çıkar sağlamaya zorladığını bilmeli ve istemelidir. Yapılması istenilen husus yasaya uygun ise şantaj suçu oluşmaz. Bunun gibi, sağlanmak istenen çıkar haksız değilse, suç oluşmaz. Sağlanmak istenen çıkarın maddi olması şart değildir, manevi veya sair bir çıkar da söz konusu olabilir.

b. TCK m.107/2

Şantaj suçunun TCK m.107/2'deki halinde fail çıkar elde etmek maksadıyla şerefine dokunan veya onu isnat altına koyan bir şeyi açıklayacağını söyleyerek mağduru korkuttuğunu bilmeli ve istemelidir. Ayrıca, failin belli bir maksatla hareket etmiş olması gerekir. Söz konusu maksat, failin kendisine veya başkasına yarar sağlamak istemesidir. O halde burada, yarar sağlama özel kastı aranmaktadır. Sağlanacak yarar maddi, manevi veya diğer bir menfaat olabilir. Örneğin, mağdurla cinsel ilişkiyi sürdürme veya cinsel

³⁸ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 279 vd.; S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, İstanbul 1997, k.no.680 vd.; J.Wessels/W.Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1999, 88 vd.; M.E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006, 479 vd.; A.Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, İstanbul 1992, 145 vd.

³⁹ TCK m.107'deki şantaj suçunun ilk fıkradaki halinde genel kastın yeterli olduğu, olası kastla işlenebileceği, ikinci fıkradaki halinde ise özel kast arandığı ve olası kastla işlenemeyeceği konusunda bak. A.K.Yıldız, "Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları TCK 106-108", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich III, İstanbul 2010, 514-515.

ilişkiye girme maksadı gibi. Yarar sağlama maksadının bulunmaması halinde bu suç oluşmaz.

VII. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Şantaj suçu, TCK m.107 ilk fıkradaki şeklinde zorlama teşkil eden hareketlerin yapılmasıyla, TCK m.107 ikinci fıkradaki şekilde ise tehditte bulunmasıyla tamamlanır, neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Bu nedenle, şantaj suçunun her iki hali de kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Sadece şantaj suçunu oluşturacak hareketlerin kısımlara bölünebildiği hallerde teşebbüs mümkün olur. Zorlamaya yönelik ifadeler veya tehdit içeren mektubun mağdura ulaşmadan ele geçirilmiş olması gibi.

2. İctima

Şantaj suçunun her iki hali de zincirleme suç olarak işlenebilir. Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı şahsı hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle yasaya aykırı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya birden fazla kez zorlaması halinde bu durum söz konusu olur. Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda kendisine veya üçüncü kişiye yarar sağlamak amacıyla aynı şahsa karşı onun şeref veya saygınlığına zarar verebilecek hususları açıklayacağı veya isnat edeceği tehdidinde bulunması halinde de zincirleme suç söz konusu olur (TCK m.43/1)⁴⁰.

Bunun gibi, failin aynı anda hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağını veya yapmayacağını bildirerek birden fazla mağduru kanuna aykırı veya yükümlü olmadıkları bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamış olması mümkündür. Fail, aynı anda kendisine veya üçüncü kişiye yarar sağlamak amacıyla birden fazla mağdura karşı onların şeref veya saygınlığına zarar verebilecek hususları açıklayacağı veya isnat edeceği tehdidinde bulunmuş olabilir. Bu hallerde de yine müteselsil suç hükmü uygulanarak tek ceza verilip artırılması yoluna gidilecektir (TCK m.43/2).

Şantaj teşkil eden failin aynı zamanda başka suçu da oluşturması müm-

⁴⁰ Sanığın aralarındaki ilişkiyi ailesine bildireceği tehdidiyle bir çok defa para alması biçiminde oluşan eylem zincirleme şantaj suçunu oluşturur", Y6CD, 30.01.2007-951/478, "Sanığın yakınan Feray'ı elinde bulunduğunu söylediği uygunsuz resimleri açıklayacağını bildirerek kısa aralıklarla bir çok tefa teleon ve mektupla tehdit edip 1500 Dolarını aldığı ve yakınan Erdal'a 6 milyar para vermezse eşine aiit uygunsuz resimleri açıklayacağını bildirerek mektupla tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında bu eylemlerin iki ayrı suç teşkil ettiğinin gözetilmemesi", Y6CD, 24.01.2007-2004-6807/386, Artuç, 824.

kündür. Bu durumda fikri içtima hükmü uygulanarak bunlar arasında en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilecektir (TCK m.44).

Failin kamu görevlisi olması, yapacağını veya yapmayacağını söylediği husus konusunda kamu görevinden kaynaklanan bir hak ve yükümlülüğünün bulunması suçun niteliğine etki ederek şantaj değil, irtikap suçunun meydana gelmesine sebebiyet verebilir⁴¹.

Mağdurun kamu görevlisi olması halinde ise TCK m.107/2 anlamındaki tehdidin TCK m.265'deki görevini yaptırmamak için direnme suçunu oluşturması mümkündür.

3. İştirak

Şantaj suçu, her iki haliyle de iştirak bakımından bir özellik taşımamaktadır. Suça iştirakin her şekli bu suçta gerçekleşebilir (TCK m.37-39). Failler birlikte hareket etmiş olabilecekleri gibi; biri diğerini azmettirmiş veya diğerinin eylemine yardım etme şekillerinden birini gerçekleştirmek suretiyle katılmış olabilir.

VIII. Yaptırım

Şantaj suçunun TCK m.107'de tanımlanan her iki hali bakımından da aynı ceza öngörülmüştür. Şantaj suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır⁴².

Bu suçta failin amacına ulaşmış olup olmamasının ceza üzerinde etkisi bulunmamaktadır. 765 Sayılı TCK m.192/2'de ise failin amacına ulaşması nitelikli hal olarak düzenlenerek cezanın artırılması öngörülmüştü.

Hapis cezasının alt sınırdan verilmesi halinde kısa süreli hapis cezaları için öngörülen seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür (TCK m.50). Failin yaşına göre iki veya üç yıla kadar hapis cezasının infazının ertelenmesi söz konusu olabilir (TCK m.51/1)⁴³.

⁴¹ İrtikap suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemesi ve eleştirisi için bak. V.Sonay Evik, "İrtikap Suçu", Galatasaray Üniversitesi HFD, 2007/2, 47 vd.

⁴² Alman hukukunda mala karşı suçlar arasında yer alan şantaj suçunun cezası, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak gösterilmiştir (Alman CK m.253). Alman CK m.38/2'ye göre, hapis cezasında alt sınır 1 aydır. Yağma suçunun temel şeklinin cezası ise bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasıdır (Alman CK m.249/1). Alman CK m.38/2'ye göre, hapis cezasında üst sınır 15 yıldır.

⁴³ "Şantaj suçundan hükümlü Hasan'ın cezası TCK m.51 uyarınca ertelenirken 3.fıkraya göre belirlenen denetim süresi içerisinde, sanık hakkında aynı maddenin 4.fıkrası alt bentlerinde gösterilen yükümlülüklerden birine hükmedilebileceği gözetilmeden, anılan maddede yazılı olmayan şekilde bir yıl süreyle her hafta pazartesi günleri saat 9.00'da jandarma karakoluna gelip imza atma yükümlü-

Hapis cezasına mahkumiyetin yasal sonucu olarak TCK m.53/1. maddede öngörülen haklar cezanın infazı süresince kullanılmayacaktır. Şantaj teşkil eden eylemlerin TCK m.53/1'de sayılan hak ve yetkilerden biri kötüye kullanılarak işlenmesi halinde ise hapis cezasının infazından sonra da işlemek üzere hükmedilen hapis cezasının yarısından bir katma kadar süreyle ayrıca hak yoksunluğuna hükmedilebilecektir.

Şantaj suçu sonucunda bir tüzel kişi yararına haksız menfaat sağlanan hallerde, tüzel kişiler hakkında TCK m.60'da öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanır (TCK m.111).

Fail kamu görevlisi ise TCK m.266 uyarınca ceza ağırlaştırılır. Bunun için failin, görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri şantaj suçunun işlenmesi sırasında kullanmış olması gerekir.

IX. Zamanaşımı

TCK m.107'de düzenlenen şantaj suçunun her iki hali için dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK m.66/1-e). Dava zamanaşımını kesen nedenlerin bulunması halinde, dava zamanaşımı süresi en fazla oniki yıl olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *yarısı*, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *üçte ikisinin* geçmesi, zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66/2).

X. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Şantaj suçu, adli makamlarca re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi herhangi bir muhakeme koşuluna bağlanmamıştır.

Şantaj suçunu yargılamakla görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir⁴⁴.

XI. Sonuç

Hürriyete karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Şantaj, bu suçlar arasında tehdit suçundan hemen sonra yer almaktadır. Şantaj suçu, düzenlenmesi itibariyle tehdit suçunun çıkar sağlamak amaçlı nitelikli hali görünümündedir; ancak,

lüğü ile denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına karar verilmesine ilişkin bölümün hükümden çıkartılmasına, kararın öbür yönlerinin olduğu gibi bırakılmasına", Y4CD, 09.2008-15458/16631.

⁴⁴ 26.9.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.11 (RG 7.10.2004, No.25606).

bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Tehdit, TCK m.107'de gösterildiği şekilde işlendiğinde şantaj suçu meydana gelmiş olacaktır.

TCK m.107'de şantaj suçunun iki farklı şekli bulunmaktadır. İlk fıkrada, kanuna aykırı bir hususun yapılması veya yapılmaması ya da haksız bir çıkar sağlanması amacıyla bir yetkinin veya yükümlülüğün kullanılacağı veya kullanılmayacağına bildirilmesi söz konusudur. Fail bu bildirimle muhatabın iradesini belli bir yönde zorlamaktadır.

İkinci fıkrada ise bir kimsenin kendisine veya üçüncü kişiye yarar sağlamak amacıyla başkasının şeref veya saygınlığına zarar verebilecek hususları açıklayacağı veya isnat edeceği tehdidinde bulunması söz konusudur. Burada fail, gerçekleştirilmesi isteğinin yerine getirilmemesi koşuluna bağlı bir kötülük bildiriyle muhatabın iradesini belli bir yönde zorlamaktadır.

Şantaj suçunda netice gerçekleşirse de suç oluşur. Şantaj suçu, bağlı hareketli suçtur. Suç, failin *bir hakkını kullanacağını, bir yükümlülüğünü yerine getireceğini veya getirmeyeceğini bildirerek* bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamasıyla oluşur. Yaşamına, beden bütünlüğüne veya cinsel özgürlüğüne zarar verileceği bildirilerek bir kimseyi bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlamak bu suçu oluşturmaz.

Şantaj suçunun cezası tehdit suçunun temel ve basit şekline oranla çok yüksektir. Şantaj suçunda cezanın bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası olmasına karşılık (TCK m.107); tehdit suçunun temel şeklinde ceza altı aydan iki yıla kadar hapis, şikayete bağlı olan basit şeklinde ise altı aya kadar hapis veya adli para cezasıdır (TCK m.106/1).

Yapacağını veya yapmayacağını bildirdiği husus failin hakkı da olsa, bunun karşılığında hukuka aykırı bir talepte bulunduğu için, hakkını kötüye kullanması bu suçla cezalandırılmaktadır.

Şantajda kişiyi bir şeyi yapma veya yapmama konusunda zorlama vardır. Bu suçun şartları oluşmadığında failin bazı hallerde tehdit suçundan sorumlu tutulması söz konusu olabilir.

Kaynakça

- A.Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- A.Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, İstanbul 1992.
- A.K.Yıldız, "Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları TCK 106-108", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich III, İstanbul 2010.
- A.R.Çınar, Tehdit Suçu, Ankara, 2002, 63 vd.; E.Artuk/A.Gökçen/C.Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2008.
- D.Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006.
- E.Artuk/A.Gökçen/C.Yenidünya, TCK Şerhi III, Özel Hükümler, Ankara 2009.
- E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006.
- İ.Üzülmez, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit-Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007.
- M.Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", Legal Hukuk Dergisi, 32 (Ağustos 2005).
- N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.
N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008.
- S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, İstanbul 1997.
- V.Sonay Evik, "İrtikap Suçu", Galatasaray Üniversitesi HFD, 2007/2.
- Yenisey/G.Plagemann, Strafgesetzbuch StGB Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.
- J.Wessels/W.Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1999.

Milli İstihbarat Mensuplarının Soruşturulması ve Tanıklığı

(Investigation and Testimony of Members of the National Intelligence Organization)

Ersan ŞEN*

Özet: Bu çalışmada Milli İstihbarat Teşkilatı mensuplarının soruşturulması ve tanıklığı konusunda ileri sürülen görüşler incelenerek bunlara ilişkin eleştirilere yer verilmiştir. Bu bağlamda mevzuatta yer alan mevcut düzenleme ayrıntılı bir şekilde incelenerek konuya ilişkin mevzuat değişiklikleri de ele alınmıştır. Çalışmada Milli İstihbarat Teşkilatı Mensuplarının soruşturulmasında ve tanık olarak dinlenmelerinde uygulanması gereken hükümler belirlenirken, konuya ilişkin kişisel görüşümüz ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Milli İstihbarat Teşkilatı, Ceza Muhakemesi Hukuku, tanıklık, soruşturma, ifadeye çağırılma, takip şartı, soruşturma izni.

Abstract: *This study discusses different opinions and criticisms on the investigation and testimony of members of the National Intelligence Organization. In this context, the present regulation, together with its amendments, is examined in detail. The study reveals our personal opinion on the matter while noting the provisions that should be applicable when investigating and taking statements of the members of the National Intelligence Organisation.*

Keywords: *National Intelligence Organisation, Law of Criminal Procedure, testimony, investigation, summons to give statements, conditions for prosecution, permission of investigation*

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ersansen@istanbul.edu.tr

**Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) Müsteşarı ile
MİT mensuplarının şüpheli veya tanık sıfatı ile
soruşturulması ve ifadeye çağırılması mümkün müdür?**

Bu konuda iki düşünce ön plana çıkmıştır. İlkine göre; MİT Kanunu'nun 26. maddesine göre, sadece MİT Müsteşarının değil, MİT mensuplarının da görevlerini yerine getirirken görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında cezai takibat yapılması Başbakanın iznine bağlanmıştır. Bu noktada, suçun CMK m.250 ile yetkili kılınan savcılık ve mahkemenin yargılama yetkisi alanına girmesi önemli değildir. Bu sebeple, yasa değişikliğine gitmek yerine mevcut yasanın doğru uygulanması isabetli olacaktır. MİT Müsteşarı veya herhangi bir MİT mensubu hakkında görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suç şüphesine rastlandığında, savcılık tarafından MİT Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca soruşturma izni verilebilmesi için Başbakanlığa soruşturma izni talebi için gerekçeli bir yazı gönderilmelidir. Bu talep üzerine Başbakanın vereceği veya veremeyeceği izin kararı elbette idari yargı denetimine tabi olacaktır. Başbakanın kararına karşı hangi yargı yoluna gidileceği 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un m.3/e hükmü ile bağlantılı olarak m.9/3 hükmü nedeniyle Danıştay 2. Dairesi olacaktır. Bu düşünceyi savunanlara göre, her ne kadar özel yetkili savcı da olsa MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken işledikleri iddia olunan suçlar nedeniyle doğrudan doğruya soruşturma başlatamasa bile, önce Başbakandan soruşturma izni istenilmeli, bu izin verilmediği takdirde idari yargı yoluna başvurulacağından, bu noktada hukukilik denetimi ve hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiğini söylemek isabetli olmayacaktır. Aşağıda açıklayacaklarımızın yanında, MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı doğrudan doğruya cezai takibata uğramalarının önünü kesen soruşturma iznini, bu iznin verilmesi veya verilmemesi halinin idari yargı denetimine açık olduğunu savunmak, idari yargı denetimi ile ceza soruşturma ve kovuşturmalarını birbirinden ayıramamak ve ceza yargısı fonksiyonlarını anlamamakla eşdeğerdir. Hak arama hürriyetini engelleyen, tam manasıyla engellemese bile kısıtlayan, mağdur olduğunu iddia eden birey ve toplumun hak ve hürriyetlerini korumak noktasında geçerli olan hukuk devleti ilkesine rağmen gecikme gösteren ve istediği kişilere hukukilik denetimi yoluyla dokunulmasını engelleyen soruşturma izni sisteminin savunulmasında isabet olmadığını ve bu istisnai usulün hukuk önünde eşitlik ilkesini de zedelediğini belirtmek isteriz.

MİT mensupları hakkında suç ayırımı gözetilmeksizin "soruşturma izni" adlı takip şartının gerekli olduğu, bu izin olmaksızın soruşturmaya başlanamayacağını savunan düşünce kabul edildiğinde ve Başbakan tarafından MİT mensupları hakkında soruşturma izni verildiğinde, bu soruşturma kapsamında MİT Müsteşarının da olması durumunda 4483 sayılı Kanunun m.12/1 uyarınca soruşturmayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı Vekili yürütecek ve soruşturma sonucunda dava açılması halinde kovuşturma 4483

sayılı Kanunun m.13 uyarınca Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde görülecektir. MİT Müsteşarı ile MİT Müsteşar Yardımcısı ve diğer mensupların fiilleri arasında, niteliğin ve bağlantının olduğu emare ve şüphesi ortaya çıkarsa, tespit edilen bu bağlantı gereğince MİT Müsteşar Yardımcısı ve diğer MİT mensuplarının soruşturması da Müsteşar için yetkili olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı Vekiline gönderilecek ve bu soruşturma sonucunda açılacak davaya da sanık olan tüm MİT mensupları kapsayacak şekilde Yargıtay ilgili ceza dairesinde bakılacaktır.

MİT Kanunu m.26'da geçen "görevin niteliğinden doğan" ibaresinin ve bunun sonrasında madde metninde yer alan hükmün, sadece genel yetkili savcılar değil özel yetkili savcılar da bağladığı, CMK m.251/1'in ikinci cümlesinde geçen "*Bu suçlar, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.*"¹ hükmünün de, MİT Kanunu karşısında CMK genel kanun olduğundan ve 23.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5397 sayılı Kanun ile 23.05.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5651 sayılı Kanun uyum yasalarından olup, yeni CMK karşısında 2937 sayılı MİT Kanunu'nun m.26 ile ilgili bu kanunlarda bir değişiklik öngörülmediğinden, özel yetkili savcı ve hakimlerin de "soruşturma izni" adlı takip şartı ile bağlı olduğu ileri sürülmektedir. Öncelikle, "görevin niteliğinden doğan suçlardan" ibaresinin "görevden dolayı işlendiği iddia olunan suçlar" anlamına geldiğini, bu açıdan MİT Kanunu m.26 ile CMK m.251/1 arasında bir fark olmadığını ve buradan hareketle MİT Kanunu'nun özellikli olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

İkinci düşünceye göre, 5397 ve 5651 sayılı kanunlarla getirilen değişikliklerin CMK m.250 ila 252 ve MİT Kanunu m.26 ile bir ilgisi bulunmamaktadır. 5397 sayılı Kanunun 3. maddesi ile MİT Kanunu'nun 6. maddesine eklenen fıkralar ve bu fıkralardan birisinde 5651 sayılı Kanunu m.12 ile yapılan değişiklik uyarınca, bazı suçların ortaya çıkarılması ve önlenmesi konusunda MİT'e telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yetkisi verilmiştir. Önleme ve istihbari telefon takip ve dinleme yetkisi, adli meseleleri düzenleyen CMK ile bir ilgisi yoktur. MİT Kanunu'nun 6. maddesine eklenen ek fıkralardan birisinde geçen, "*Görev sırasında veya görevden dolayı olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.*" hükmünün, değiştirilmeyen m.26 karşısında doğrudan doğruya soruşturulabilecek yegane düzenleme olduğu, eğer kanun koyucu aksini düşünmüş olsa idi benzer değişiklikle m.26'de de gitmesi gerekli olduğu belirtilmiştir.

Belirtmeliyiz ki, 01.01.1984 tarihinde yürürlüğe giren MİT Kanunu özel

¹ CMK m.250/1'de bu suçlar, "a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332.maddeler hariç)," olarak sayılmıştır.

yargılama usulü düzenleyen ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK m.250 ile 252 karşısında yargılama usulü açısından özel ve öncelikle uygulanması gereken bir kanun değildir. Kanun koyucu tarafından CMK m.250 ile 252 düzenlenirken düşünülmüş veya düşünülmemiş, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı herhangi bir ayırım yapılmaksızın diğer yasal düzenlemelerde soruşturma izni ile ilgili yer alan hükümlerin özel yetkili savcı ve hakimleri bağlamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca, 5397 ve 5651 sayılı Kanunlarla MİT Kanunu'na yapılan ekleme ve bu Kanunda yapılan değişikliklerin CMK ile uyumun sağlanmasına yönelik bir ilgi bulunmamaktadır. Bu ekleme ve değişikliklerde, bazı önemli suçların ortaya çıkarılması ve önlenmesi amacıyla MİT Kanunu'nun "Yetkiler" başlıklı 6. maddesine telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yetkisi konulmuş, bu yetkinin usul ve şartları gösterilmiştir. Bu yeni hükümlerde CMK ile yegane ilgi, dinlemenin nasıl yapılacağı ve iletişimin denetlenmesi kararının hangi hakim tarafından verileceği hususları ile sınırlandırılmıştır. Bu yeni hükümlere aykırı davranılmak suretiyle iletişimin denetlenmesi halinde, sorumluluğu tespit edilen MİT mensupları hakkında doğrudan doğruya ceza soruşturmasına başlanabileceğinin öngörülmesi ise, CMK m.250/1'in tatbikini engelleyen ve MİT Kanunu m.26 öne alan bir düzenleme değildir. MİT Kanunu m.4'de yapılan ekleme ve değişiklikler ile öngörülen ceza sorumluluğu, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi fiilleri ile sınırlı olup, bu konunun CMK m.250 ve 251 ile de bir ilgisi bulunmamaktadır. MİT Kanunu'nun "Sorumluluk" başlıklı 7. maddesine göre, "MİT Müsteşarı, 4. maddede belirtilen² görevlerin yerine getirilmesinden Başbakana

² "Milli İstihbarat Teşkilatının Görevleri" başlıklı MİT Kanunu m.4'e göre, "Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanına, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanına, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Milli Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

Milli İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez ve bu teşkilat Dev-

karşı sorumlu olup, Başbakanın dışında herhangi bir kişi veya makama karşı sorumlu tutulamaz". Burada bahsedilen sorumluluk türünün ceza sorumluluğu ile ilgisi olmadığı ve yalnızca idari sorumluluğu kapsadığı tartışmasızdır.

MİT Müsteşarının görevi ile ilgili olmayan iddialar, yani genel/adi suçlar nedeniyle soruşturulmasına hiçbir engel bulunmamaktadır. 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesine göre, MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan ötürü haklarında cezai takibat yapılması Başbakanın iznine bağlı olmakla birlikte, görevi ile ilgili olan suçlamalar için CMK m.251'de ayrık bir düzenlemeye yer verilmiştir. CMK m.251/1 uyarınca CMK m.250 kapsamına giren bir suçun görev sırasında veya görevden dolayı işlenmesi durumunda cumhuriyet savcısı herhangi bir izin almaksızın doğrudan doğruya soruşturma yürütebilirler. MİT Müsteşarı veya bir MİT mensubunun CMK m.250 kapsamına girmeyen suçlamalarla ilgili soruşturulmasının Başbakanın bu konuda vereceği izne bağlı olduğu, ancak özel yetkili savcıların görev alanına giren suçlamalarda ise bu şekilde bir izne ihtiyaç almaksızın, CMK m.251/1 gereğince özel yetkili savcılar tarafından soruşturma başlatılabileceği, MİT Müsteşarı veya mensubunun ifade için davet edilebileceği, hatta özel yetkili savcılara CMK m.251/6'nın tanıdığı yetki uyarınca zorla getirtilebileceği tartışmasızdır. Bu konuda, özel yetkili savcıya engelleyebilecek bir mevzuat hükmü de bulunmamaktadır. Esas itibarıyla de, kamu kudretini kullanan hangi kamu görevlisi olursa olsun hukuk devletinde hukukilik denetimine tabi olmalıdır. Aksi halde, maddi hakikate ulaşmak mümkün olamayabilir ve kuvvetler ayrılığında yargı erkinin yetkileri kısıtlanmış olur.

MİT Müsteşarı veya mensubu tanık sıfatı ile de davet edilebilir. Bu durumda MİT Kanunu m.29, MİT Müsteşarı için değil, fakat MİT mensubunun tanıklığı Devlet sırrını zedeleyebilecek veya istihbari çalışmaların güvenliği açısından tehlikeli olabilecek ise, MİT Müsteşarına somut gerekçe göstermek suretiyle MİT mensubuna tanıklık yapma iznini vermeyebileceğini öngörmüştür. Aynı imkan MİT Müsteşarı için bulunmamaktadır. Maddi gerçeğe ulaşmayı ve adaleti tesis etmeyi engelleyen ve somut zorunluluk için öngörülen bu durum, yine CMK m.251/1-6 hükümleri uyarınca özel yetkili savcı tarafından MİT mensubunun tanık sıfatı ile çağrılmasını engellemeyecektir. Ancak bir durumda MİT Müsteşarı veya mensubunun tanıklıktan çekinebilmesi mümkündür. O da Devlet sırrının, yani Devletin iç veya dış güvenliği, milli savunması, Anayasa ile kurulmuş olan düzen bakımından açıklanmasında tehlike olabilecek konularda tanıklık yapılmayabilir. Bunun, o tanığın MİT Müsteşarı olup olmaması ile ilgisi olmayıp, tümü ile bir Devlet sırrına vakıf olup olmaması ile ilgisi bulunmaktadır. Tanık veya şüpheli sifa-

letin güvenliği ile ilgili istihbarat hizmetlerinden başka hizmet istikametlerine yöneltilemez. Milli İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Başbakanca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir".

tı ile dahi davet edilmiş olsa, kişinin Devlet sırrına sahip olduğu bilgisine ulaşan savcı, derhal bu konuda ifade almayı durduracak, böyle bir hususun varlığını tutanak altına almakla yetinecek, bu tanıklık meselesini dava açması halinde kovuşturma aşamasında değerlendirilmesi amacıyla mahkemeye bırakacaktır (CMK m.47). Mahkeme isterse, zabıt katibinin de yer almadığı bir ortamda Devlet sırrına sahip olan tanığı, yani konu hakkında bilgisi olan kişiyi dinleyebilecek, bu noktada maddi gerçeğin, yani suçlama ilgisi olanın tespiti ile yetinecektir. Herkes, konu ile ilgili bilgisi olduğu ve yargı makamınca davet edildiği takdirde tanıklık yapmak zorundadır. Bunun iki temel istisnası vardır; kişinin kendi veya yakın akrabaları aleyhine tanıklık yapmaya zorlanması mümkün olmadığı gibi (Anayasa m.38/5-CMK m.45), Cumhurbaşkanının da tanıklığa zorlanması bizde kabul edilmemiştir (CMK m.43/4).

Bu bilgiler dışında, özel yetkili savcının MİT Müsteşarı veya mensuplarının şüpheli sıfatı ile soruşturmasında Başbakanın iznini alması gerektiği ya da tanık olarak da davet edemeyeceğine dair iddia ve düşüncelerde haklılık bulunmamaktadır. Esas olan, herkesin hukuk önünde eşit muamele görmesi ve kim olursa olsun denetlenebilmesidir. Elbette bu noktada, yargı makamları da keyfi hareket edemez. Herkes gibi hakim ve savcılar da Anayasa ve kanunlarla bağlıdır. Hukuk; siyasi, sosyal ve ahlaki durum ve gerekliliği beklemez. Hukuk, ayırım gözetmeksizin eşit şekilde herkese ve her olaya uygulanır. Ülkemizin buna alışması ve bu durumdan tedirgin olmaması gerekir. Önemli olan, hukukun evrensel ilke ve esaslarından ayrılmaksızın "hukuk devleti" ilkesinin hayata geçirilmesidir. Bu sebeple de, zorunlu haller dışında dokunulmazlıkların artırılması değil, azaltılması ve mümkün olduğu oranda tümü ile kaldırılması uygun olacaktır.

MİT Kanunu m.26'ya İlişkin Kanun Değişikliği Teklifinin Değerlendirilmesi

Değiştirilmesi teklif edilen "Cezai Takibat İzni" başlıklı MİT Kanunu m.26'ya göre, *"MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan ötürü haklarında cezai takibat yapılması Başbakanın iznine bağlıdır".*

Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) Kanunu'nun 26. maddesinin değiştirilmesine ilişkin Teklifte, özel yetkili savcılarda dahil edilmek suretiyle MİT mensuplarının veya Başbakan tarafından özel bir görevi ifa etmek üzere görevlendirilenlerin, görevlerini yerine getirirken görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ancak Başbakanın izni ile soruşturulabilecekleri ifade edilmektedir. Teklif hükmünde geçen, Başbakan tarafından özel bir görevi ifa etmek üzere görevlendirilen kişinin, bu görevin ifası sırasında veya görevi ile ilgili işlediği iddia olunan suçtan dolayı soruşturulması amacıyla gerekli izin kendisini görevlendiren Başbakan tarafından nasıl verileceği, verilmeme ihtimalinin pek

muhtemel olacağı, bu özel görevi ne olacağı ve nasıl denetleneceği konularında ciddi hukuki sorunlar ortaya çıkabilecektir.

Şu an yürürlükte olan MİT Kanunu m.26, CMK m.251'in ikinci cümlesinde yer alan, *"Bu suçlar, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsalar bile cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır."* hükmü gereğince ve CMK m.250/1'de sayılan suçlarla ilgili yapılacak soruşturmalar açısından bu hükmün özel hüküm niteliği taşıması nedeniyle Başbakan iznine bağlı olmaksızın soruşturma başlatılmasını engellemeyecektir. Ayrıca mevcut 26. maddede, MİT mensubu olmayanları kapsayan bir hüküm de bulunmamaktadır.

MİT Kanunu m.26 ile ilgili değişiklik Teklifine göre, *"MİT mensuplarının veya Başbakan tarafından özel bir görevi ifa etmek üzere görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla, haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır"*. Madde başlığının "Soruşturma İzni" olarak değiştirilmesi de öngörülmüştür.

Teklif gerekçesine göre, "Teklifte, Milli İstihbarat Teşkilatı mensuplarının veya özel bir görevi ifa etmek üzere Başbakan tarafından görevlendirilen kişilerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlar sebebiyle haklarında yapılacak soruşturmalar ile bunların Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 inci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında yapılacak soruşturmaların Başbakanın iznine bağlanması öngörülmektedir". Gerekece son derece basit, sadece ulaşmak istediği amaca yönelik hazırlanmış olup, bu çalışmamızda işaret ettiğimiz hukuki sorunlara çözüm getirmekten de uzaktır.

26. maddenin değiştirilmesine yönelik Teklif birkaç açıdan önem taşımaktadır;

Birincisi, bu Teklifte yürüyen bir soruşturmaya müdahale edilmeye çalışıldığı ve dokunulmazlık oluşturmaya gayret edildiği algısı gündeme gelmiştir. Kişisel anlayışa göre vicdani açıdan doğru veya yanlış yetkisini kötüye kullandığı veya aştığı ya da yetkisiz davrandığı iddia olunan bir kişi, elbette görevli ve yetkili cumhuriyet savcısı tarafından soruşturulabilmelidir. Bunun yargı vesayeti ile bir ilgisi de yoktur. Kuvvetler ayrılığında ve demokratik hukuk devletinde olması gereken, yargı denetiminden hiç kimsenin ve hiçbir olayın muaf tutulmamasıdır. Ayrıca 1982 Anayasası m.138/3'e göre, *"Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz"*. 138/3 geniş ve amaca uygun yorumlandığında, yürüyen bir soruşturma ve kovuşturmanın önüne geçilmesi sonucunu doğuracak

bu usule ilişkin değişikliğin Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir. Ayrıca MİT Kanunu'nun 26. maddesindeki değişikliğin, hukuk devleti ilkesini düzenleyen Anayasa m.2'ye, yargı yetkisini düzenleyen Anayasa m.9'a, kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa m.10'a, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa m.11'e, hak arama hürriyeti ve dürüst yargılanma hakkını düzenleyen m.36'ya ve dürüst yargılanma hakkını düzenleyen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile etkili başvuru hakkını düzenleyen aynı Sözleşmenin 13. maddesine aykırı olduğu ileri sürülebilecektir.

İkincisi, bu Teklifte yer alan ve MİT mensubu dışında görevlendirilenlerin de (Kanun Teklifine göre, bu kişinin kamu görevlisi olma zorunluluğu bulunmamaktadır.) soruşturma iznine bağlı tutulmasıdır ki, şu an güncel olan meselede bu şekilde bir durumun olduğu böylece kabul edilmektedir. Ayrıca, bundan sonra MİT mensubu olmayanların da MİT Kanunu'nda MİT mensuplarına tanınan yetkilerden de fazla ve hatta önceden de belli olmayan yetkilerle donatılmasına imkan tanınabilecektir. Bu tür bir düzenleme tehlikeli sonuçlar doğurabilir. İdare Hukukunda yetkisizlik esas ve yetkili olmak istisnadır. Kimin ne yetkiye sahip olduğu kanunlarda mutlaka gösterilmelidir. Bu şekilde görevlendirilmeler ise, görev ve görevden doğan yetkinin kullanımında bahsettiğim bu prensibi ihlal edecektir. Hukuk devletinde bu şekilde ani refleks ve yargının yetkisini kısıtlamaya yönelik öneriler olumsuz sonuçlar verebilir, hukukun evrensel ilke ve esaslarının ihlaline yol açabilir.

Üçüncüsü, usul, yani yargılama kurallarındaki değişiklikler geçmişe etkili uygulanmaz. Özellikle, soruşturma ve kovuşturmayı daraltan düzenlemelerin geçmişe etkili olmayacağı kabul edilir. Çünkü bu soruşturma izinleri, geçmişe etkili olarak failin lehine uygulanabilecek ceza kanunlarından değildir. Aksi yöndeki görüşlere de pek itibar edilmeyeceğini belirtmek isterim. Meclis Genel Kurulunda, "bu değişiklik geçmişe de etkilidir" anlamına gelen bir cümle eklenmesi durumunda ise, bu tür bir önerinin hukuk sistematığına hukukun evrensel ilke ve esaslarına aykırı olacağını söylemek gerekir. Ayrıca, başlayan bir soruşturma için geriye dönük izne ihtiyaç olmayacağını, Teklifin henüz başlamamış soruşturmalar yönünden uygulanabileceğini belirtmek isteriz.

Ancak Meclis Adalet Komisyonu'nda, MİT Kanunu m.26 değiştirilmesini öngören Kanun Teklifine geçici bir madde eklenmiştir. Meclis Genel Kuruluna gidecek değişiklik metnine eklenen bu geçici madde önerisine göre, "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla halen devam eden soruşturma ve kovuşturmalar hakkında da 26. madde hükümleri uygulanır*". Geçici madde gerekçesinde, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 26. madde kapsamında başlatılmış olan soruşturmalar ve kovuşturmalar hakkında intikal hukuğu açısından doğabilecek duraksamalara açıklık getirilmesi amacıyla önerenin verildiği belirtilmiştir. Elbette yargılama kurallarının geriye değil ileriye etkili uygulanması gerektiği gerçeği karşısında, zaten istisna olan MİT Kanunu m.26'nın birde sadece yürüyen soruşturmaları değil kovuşturmaları

da içine alacak şekilde genişletilmesi olağan hukukun yeni bir olağandışılığı olarak karşımızda duracaktır.

Dördüncüsü, söz konusu Teklifte, sadece soruşturma yapılmasına dair iznin öngörüldüğü, fakat kovuşturma, yani dava açılması için bir izne yer verilmediği görülmektedir. Buna göre, bu Teklif yasalaştığı takdirde, yeni 26. madde uyarınca yalnızca soruşturma açmak için izne ihtiyaç olacak, bunun dışında dava için yeni izne ihtiyaç olmayacaktır. Elbette bu tür müdahaleler, yargının etkinliğini ve hukuk devletinin vazgeçilmezi olan hukukilik denetimine yeni bir istisna getirecektir. Teklifte, esas itibarıyla özel yetkili mahkemeler ve savcıların yetki ve uygulamaları ile ilgili duyulan rahatsızlıklara ve hukukun evrensel ilke ve esaslarına yönelik yeni düzenlemeler önerilmekte, yalnızca her ne kadar genel bir değişiklik önerisi gibi olsa da somut kişi ve olaya yönelik yeni yasalaştırma çabası gündeme taşınmıştır. Bu isabetli değildir. Özellikle, Anayasa Mahkemesi tarafından 21.01.2010 tarihli ve 2009/22 E. 2010/16 K. sayılı kararı ile iptal edilen CMK m.250/3'e eklenen ters istikametteki bir düzenleme karşısında, Teklife konu yeni düzenleme çelişki oluşturacaktır. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı üzerine, 12.09.2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği için yapılan halkoylaması sonucunda Anayasa m.145/1 değiştirilerek, Devletin güvenliğine, anayasal düzenine ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davaların, failin asker şahıs olup olmadığına bakılmaksızın her halde adliye mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alınmıştır.

Beşincisi ise, Teklife konu metinden görevinden emekli olanların kapsam dışı olduğu sonucu çıkabilir. Bu sebeple Teklife, "emekli olsalar veya görevlerinden ayrılırsalar bile" ibaresinin eklenmesi gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 17.02.2012 kabul tarihli ve 6278 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a göre;

Madde 1- 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 nci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Soruşturma izni

Madde 26- MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır."

Madde 2- 2937 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Geçici Madde 4- Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hâlen devam eden soruşturma ve kovuşturmalar hakkında da 26 ncı madde hükümleri uygulanır.”

Madde 3- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 4- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

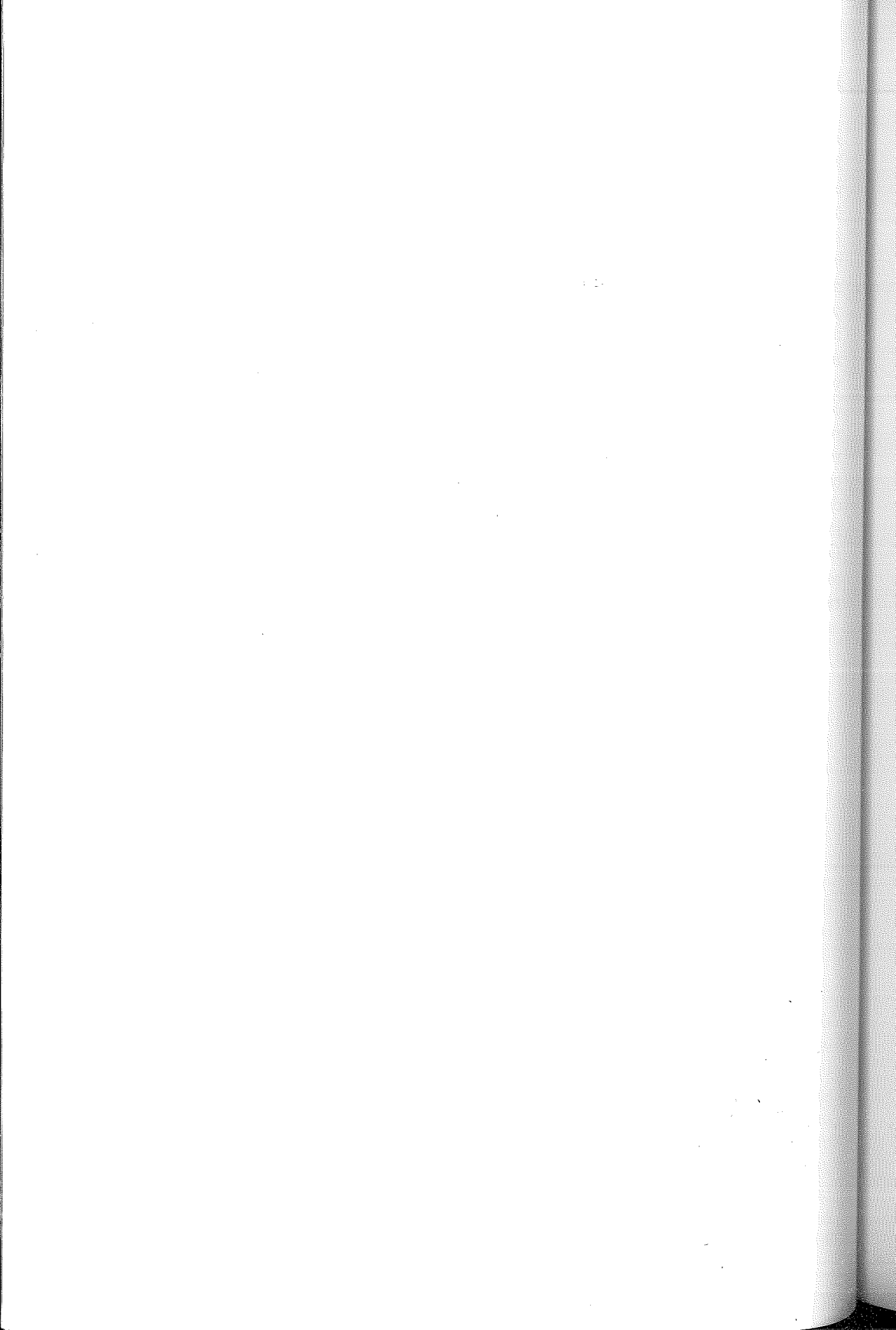
Böylece Meclis Genel Kurulu, Teklife göre iki konuda değişiklik yapmak suretiyle çok hızlı bir kanunlaştırma süreci sonrasında 6278 sayılı Kanunu kabul etmiştir. İlk değişiklik, Başbakan tarafından görevlendirilen kişiler konusunda olmuştur. Buna göre Kanunda, “*özel bir görevi ifa etmek üzere Başbakan tarafından görevlendirilen kişilerin*” yerine, “*belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin*” ibaresi kullanılmıştır. Böylece, MİT mensubu olmayan kişiler yönünden “belirli bir görevi ifa etmek üzere görevlendirilen” ve “kamu görevlisi olma” şartlarının getirildiği ve görevlendirilecek kişinin görev ve yetki sınırı ile kim olacağı konularında Teklife nazaran dar bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Başbakan tarafından özel bir görevi ifa etmek üzere görevlendirilen kamu görevlisinin, bu görevin ifası sırasında veya görevi ile ilgili işlediği iddia olunan suçtan dolayı soruşturulması amacıyla gerekli izin kendisini görevlendiren Başbakan tarafından nasıl verileceği, verilmeme ihtimalinin pek muhtemel olacağı, bu özel görevi ne olacağı ve nasıl denetleneceği konularında ciddi hukuki sorunlar ortaya çıkabilecektir.

6278 sayılı Kanunun 2. maddesi ile MİT Kanunu’na Geçici Madde 4 olarak eklenen hükümde, yalnızca bu Kanunu değişikliği yürürlüğe girdiği andan itibaren değil öncesinde devam eden soruşturma ve hatta kovuşturma hakkında yeni 26. maddenin uygulanacağı ifade edilmiştir. Yargılamaya ilişkin kuralların yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanması prensibi, Kanuna eklenen bu Geçici Madde 4 hükmü ile ihlal edilmiştir.

Bundan itibaren Kanun Cumhurbaşkanı tarafından, ya yürürlüğe girmesi amacıyla yayımlanacak ya da tekrar görüşülmesi için Meclis’e geri gönderilecektir. Cumhurbaşkanı, 6278 sayılı Kanunu yürürlüğe girmesi amacıyla yayımlamayı tercih etmiştir. Kanun, 18.02.2012 gün ve 28208 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Netice itibarıyla, kuvvetler ayrılığı prensibi içinde Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanan bağımsız mahkemeler ile hukukilik denetimi sürecinde soruşturma aşamasını yürüten cumhuriyet savcılarının yetkilerini kısıtlayan, hak arama hürriyeti ile yargının yetkisini kısıtlayan yasal düzenlemelerin isabetli olmadığını, bu kapsamda gerek dokunulmazlık alanının genişletilmesi ve gerekse soruşturma ve kovuşturma izinlerinin yasama ve yürütme organları ile idari makamlarının yetki ve tasarrufuna bırakılması, hukuk devleti açısından ciddi sakıncalara yol açabilecektir. Bu tür kısıtlamaları, yargı vesayetine son verilmesi, seçilmişleri vesayet altına almak isteyen atanmışların önüne geçilmesi ve halkın iradesini temsil ettiği kabul edilen

seçilmişlerin tasarruflarının korunması gibi hukuki dayanak yoksun beyanlardan hareketle doğru kabul edebilmek mümkün değildir. İster atanmış ister seçilmiş olsun herkes hukuk devleti ilkesi ile bağlı olup, hukukun üstünlüğünü tanımak zorundadır. Seçilmiş de olsa hiç kimse hukukun üstünde değildir. Bağımsız ve tarafsız yargı, üstlendiği yargılama görevi ve bu yargılama görevinden kaynaklanan yetkiyi kimse arasında ayırım gözetmeksizin kullanmak zorundadır. Seçilmiş olmak, hukukun dışına çıkmak ve yargı denetiminden kurtulmak amacının dayanağı olamaz. Seçilmişlerin tasarruflarının hukuka uygun olup olmadığını denetleyen yargı makamlarının bu denetimleri beğenilmediği veya istenilmediğinde, yargının üstüne veya dışına çıkan bir anlayışın kolay sığınabileceği liman olarak “seçilmiş olmak” gerekçesi kullanılacaktır. Bu durumda, yasama organının tasarruflarını denetleyen Anayasa Mahkemesi’ne, yürütme organı ile idari makamların tasarruflarını denetleyen Danıştay ve idare mahkemelerine gerek de olmayacaktır. Anayasanın 2. maddesinden “hukuk devleti” ilkesi ile 9. maddesinden “yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanan bağımsız mahkemeler” ibaresi çıkarıldığında, Ülkede yasama ve yürütme organlarından müteşekkil, fakat bağımsız yargı ve hukuk güvenliğinin olmadığı bir ortama geçilmiş olacaktır. Son derece isabetsiz, hatalı ve hukuk güvenliği ile kişi hak ve hürriyetlerini tehlikeye atan bu anlayış kabul edilemez.



Türk Hukukunda Gıda Suçları ve Kabahatleri

(Crimes and Misdemeanours About Nutrition in Turkish Law)

*Serap KESKİN KIZIROĞLU**

Özet: Gıda suçları olarak sınıflandırılan suç tipleri Türk Ceza Kanununun 185. ve 186. maddelerinde “Zehirli Madde Katma” ve “Bozulmuş veya Değiştirilmiş Gıda veya İlaçların Ticareti” suçları kapsamında düzenlenmiştir. Bu çalışmada TCK’da yer alan bu suçlar ayrıntılı şekilde incelenecektir. Ayrıca konuya ilişkin bazı özel düzenlemelerinde üzerine durulacaktır. Bu kapsamda GDO ve ürünlerini veya GDO’lardan elde edilen ürünlerin ithali, işlenmesi, kullanılması, satışı gibi konular da inceleme kapsamında ele alınacaktır. Son olarak konuya ilişkin kabahatler açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamunun sağlığına karşı suçlar, 5197 sayılı Gıda Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair KHK, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu, Gıda Maddeleri, Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar, Gıda suçları, GDO, Kabahatler

Abstract: *Turkish Penal Code regulates crimes about nutrition, under Articles 185 and 186, as “Addition of Posioned Material” and “Commerce of Withered or Modified Nutrition or Drugs.” This study shall examine in detail these crimes defined in the Turkish Penal Code. Additionally, certain specific regulations in relation to this subject matter shall also be discussed. In this context, GMO and GMO products, or exports, cultivation, use, and sale of GMO products shall be covered. Finally, misdemeanours in relation to nutrition crimes shall be explained.*

Keywords: *Crimes Against Public Health, Statutory Decree nr. 5197 about Production, Consumption and Auditing of Nutrition, Biosecurity Code nr. 5977, Nutrition Materials, Genetically Modified Organisms, Crimes About Nutrition, GMO, misdemeanours.*

* Prof. Dr., Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: serap.kiziroglu@okan.edu.tr

I- Giriş

Türk Ceza Hukuku'nda gıda suçları, Türk Ceza Kanunu, 27.5.2004 tarih ve 5197 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ve 18.03.2010 tarih ve 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nda yer almaktadır. Biyogüvenlik Kanunu, genetiği değiştirilmiş organizmalar ve ürünleriyle ilgili suçları Kanununun 15. maddesinde düzenlemektedir. Bunlar gıda maddeleriyle ilgili oldukları takdirde gıda suçları niteliğini de taşıyacaklardır.

Türk Ceza Kanunu açısından gıda suçları, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümleri düzenleyen İkinci Kitabının Üçüncü Kısmını oluşturan Topluma Karşı Suçlar arasında Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar başlığını taşıyan Üçüncü Bölümde yer almıştır. Bu suçlar, önceki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Ammenin Selameti Aleyhinde" suçlar arasında, "Umumun Sıhhatine, Yenecek ve İçilecek Şeylere Müteallik Suçlar" bölümünde düzenlenmişti. 5237 sayılı yürürlükteki Türk Ceza Kanunu kısım başlığını Topluma Karşı Suçlar olarak değiştirmiş, bölüm başlığını da genel olarak yalnızca "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" olarak adlandırmıştır.

Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar Bölümünde gıda suçlarından başka ilaçlara ilişkin suçlar ve uyuşturucu maddelere ilişkin suçlar yer almaktadır. Gıda suçları olarak sınıflandırdığımız suç tipleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 185. ve 186. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunumuzun 185. maddesindeki gıda suçunun başlığı "Zehirli madde katma"; 186. maddesindeki gıda suçunun başlığı da "Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti" şeklindedir. Türk Ceza Kanunu'nun 185. maddesinin önceki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı 394. ve 399. maddeler; 186. maddesinin önceki Türk Ceza Kanunu'nda karşılığı ise 395, 396 ve 400. maddelerdir.

II- Türk Ceza Kanunu'nda Gıda Suçları

A- Zehirli Madde Katma Suçu (TCKmd.185)

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 185.maddesine göre "(1)İçilecek sulara veya yenilecek veya içilecek veya kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeylere zehir katarak veya başka suretlerle bunları bozarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren kimseye iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen fiillerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlenmesi halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir."

1. Suçun Maddi Unsuru

a- Suçun Maddi Konusu: Madde hükmünün önceki Türk Ceza Kanunu'nda karşılığını oluşturan 394. maddeden farkı, 5237 sayılı TCK'nun 185. maddesinde içilecek sular, yenilecek veya içilecek her çeşit gıdadan başka, kişilerin yeme ve içme faaliyeti dışında bir faaliyette *kullanabileceği* veya *tüketebileceği* her türlü madde de suç kapsamına alınmıştır. Bu çerçevede TCK'nun 185. maddesindeki suçta, suçun maddi konusunu oluşturan şey, diğer deyişle üzerinde hukuka aykırı eylem gerçekleştirilecek olan cisim, içme suları veya her türlü besin gibi tüm gıda maddeleri ile bunlardan başka, kişilerin yaşamlarındaki diğer gereksinimleri için kullanabileceği veya tüketebileceği her türlü diğer maddelerdir.

Genel sağlığı somut olarak tehlikeye düşürebileceği için zehirlenmekten ya da bozulmaktan korunmak istenen bu maddelerin tek tek sayılması olanaklı değildir. Bu nedenle yenilecek ve içilecek her türlü gıda maddesi ile zehir katıldığında ya da başka suretle bozulduğunda genel sağlık açısından tehlike oluşturacak her türlü kullanım ya da tüketim maddesi, zehirli madde katma suçunun maddi konusunu oluşturacaktır.

Bu nedenle, örneğin önceki Türk Ceza Kanunu yalnızca içilecek sular dan veya yenilecek veya içilecek şeylerden söz ettiğinden, içmekten başka diğer işlerde kullanılabilecek sular suç tipi dışında kalırken, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu açısından yeme-içme dışında, örneğin hayvanların içtiği sularla, yıkanmak, çamaşır yıkamak, temizlik yapmak için kullanılan sulara da zehir katmak veya bu suları başka suretle bozmak eylemi, kişilerin hayatı veya sağlığı açısından tehlike yaratırsa zehirli madde katma suçunu oluşturacaktır. Bundan başka, önceki Türk Ceza Kanunu'na göre suç kapsamında bulunmayan,¹ sakız, diş macunu, çiğneme tütünü, çocuk emzikleri, dudak boyaları, kolonya, şampuan, parfüm, deterjan gibi maddeler de artık suç kapsamdadırlar.² Yine önceki Türk Ceza Kanunu'nda suç kapsamında görülmeyen ilaçlar da yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda madde kapsamında değerlendirilmek durumundadır.

b- Suçun Mağduru ve Korunan Hukuksal Yarar: Türk Ceza Kanunu'nun 185. maddesinde yer alan zehirli madde katma suçunda her ne kadar önceki Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak **umumun** sıhhati yerine **kişilerin** hayatı ve sağlığı kavramına yer verilmişse de, TCK'nun 185. maddesi, Kanunun "Kişilere Karşı Suçlar Kısmında" değil, "Topluma Karşı Suçlar Kısmında" yer aldığından, bu suçun mağduru konusunda önceki Türk Ceza Kanunu'ndan bir farklılık bulunmamaktadır. Bu bağlamda zaten suç tipinde kastedilen de eylemin belli bir kişiye karşı değil, toplumu oluşturan belirsiz

¹ Bkz. Erman, Sahir / Özek, Çetin Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar (TCK.369-413), İstanbul 1995, s.180.

² Aynı yönde Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yaynevi, Ankara 2010, Cilt.IV, s.5130.

kişilere karşı işlenmesidir. Diğer deyişle bu suç tipinde korunan hukuksal yarar, kişilerden oluşan bir bütün olarak toplumun sağlığıdır; suçun mağduru da yine kişilerden oluşan bir bütün olarak toplumdur. Söz konusu suçla yaşamları ve sağlıkları tehlikeye girmiş somut kişiler ise suçtan zarar gören niteliğini taşırlar ve bu suç dolayısıyla yürütülecek bir ceza davasına iddia makamında katılabilmek hakkını kazanırlar.

Bu nedenle suçun faili, belirsiz kişilerden oluşan toplumu değil de bir ya da daha fazla sayıda ancak belirli kişileri hedef alarak, onların içeceği suları veya yiyecekleri ya da diğer kullanım veya tüketim maddelerini zehirleyerek veya başka suretle bozarsa, duruma göre Kişilere Karşı Suçlar arasında yer alan insan öldürme suçu veya yaralama suçu oluşur; fakat her halde topluma karşı bir suç oluşturan zehirli madde katma suçu oluşmaz.³

c- Suç Tipindeki Eylem: Ceza Hukuku'nda suçun maddi unsurunu (tipiklik unsurunu) oluşturan eylem, hareket, sonuç ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağından oluşur. Zehirli madde katma suçunda tipe uygun eylem, suçun maddi konusunu oluşturan maddelere zehir katarak veya başka suretle bozarak kişilerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye düşürmektir. Zehirli madde katma suçu bu şekliyle somut tehlike suçudur.

Failin, suçun maddi konusu olan şeylere zehir katması veya bunları başka suretle bozması eylemin hareket unsurunu oluşturur. Zehirli madde katarak veya başka suretle bozma hareketi, kişilerin yaşamı ve sağlığı açısından somut bir tehlike yaratmazsa ortada suç tipine uygun bir eylem bulunmadığından suç oluşmaz. Dolayısıyla bu suçta eylemin sonuç unsuru, toplum içinde kişilerin hayatının ve sağlığının somut olarak tehlikeye düşmüş olmasıdır. Bu tehlikenin gerçekleşmiş, yani toplumda kişilerin ölmüş ya da sağlığını kaybetmiş olmaları şeklindeki zarar sonucunun doğması suç tipinde aranmamaktadır. Bu nedenle söz konusu tehlikenin somut olarak doğabilmesi için, gıda maddesinin ya da tüketim konusu diğer maddelerin topluma arz edilmiş olması, yani isteyen herkes tarafından ya koşulsuz ya da belirli koşullar yerine getirilmek kaydıyla alınabilir olması yeterlidir.⁴ Dolayısıyla, zehirlenen veya başka suretle bozulan gıda maddesinin veya kullanım ya da tüketim maddesinin, toplum içinde herhangi bir kimse tarafından tüketilmiş, kullanılmış olması aranmayacağı gibi, toplumdaki herhangi bir kimse ya da kimselerin zarar görmüş olması da aranmaz. Aranacak

³ Y.8.C.D., 23.12.1992, 12652/15339: Sanığın ana-çocuk sağlığında hizmetli olarak çalıştığı, aynı yerde hizmetli olarak çalışan kişilerin sırayla kendi aralarında çay demleyip içtikleri, olay günü çay demleme sırasının tanık müstahdem İbrahim'de olduğunu bilen sanığın bu şahısla aralarında mevcut dargınlık nedeniyle adı geçeni zor duruma sokmak için demlenen çaya Adli Tıp Kurumu'nca saptanan ve sıhate zararlı olan insan pisliğini kattığı anlaşılmış ise de, bu fiil işleniş özelliğine göre halka karşı işlenmesi söz konusu olmadığından TCK. 394. maddenin değil TCK.456. maddenin uygulanması (Yaralama suçu) gerekir. (Yaşar, Osman, Asliye Ceza Davaları, Ankara 1994, s.545-Atıfta Bulunan Erman-Özek, s.179, dipnot. 6).

⁴ Erman-Özek, s.179.

husus, toplumdaki herhangi bir kimsenin, topluma arz edilmiş bu maddeyi tükettiği veya kullandığı takdirde yaşamını kaybedebilecek veya sağlığının zarar görebilecek olmasıdır. Tehlikenin ağır veya hafif olması cezanın belirlenmesinde göz önüne alınır.

ca- Zehirli Madde Katarak Bozma Hareketi, doğrudan doğruya gıda maddesine zehirleyici etki taşıyan başka bir maddenin fail tarafından eklenmesi biçiminde yapılabileceği gibi, gıda maddesinin içine konulduğu kabın zehirleyici etki yaratması ve gıda maddesini zehirli hale getirmesi suretiyle de yapılabilir. Örneğin kalaylanmamış bakır tencerede pişirilmiş gıda maddelerinin satışa sunulması halinde olduğu gibi⁵ Zehir, maddenin her halinde olabilir. Örneğin, nükleer enerji üreten bir tesisten sızan ve bitkilere ve hayvan yemlerine etki yapan ve bu bitkilerle ve hayvanların etleriyle beslenen insanlarda anılan etkileri meydana getiren gazlar da zehirdir.⁶

cb- Başka Suretlerle Bozma Hareketi, gıda maddesine veya diğer kullanım ya da tüketim maddesine dışarıdan yapılan ve bu maddeyi bozucu her türlü diğer müdahaledir. Bu müdahalede kullanılan maddenin zehir niteliğini taşıyamaması gerekir doğal olarak. Örneğin, gıdaların çeşitli suretlerle mikroplandırılması bu çerçevede değerlendirilir. Bu bağlamda, sanayi atıklarının, lağım sularının, içilecek, kullanılacak sulara veya gıda maddelerine karışmasına sebebiyet vermek bu kapsamda değerlendirilebileceği gibi, zeytinyağı içine madeni yağ karıştırmak hareketi de bu kapsamdadır.⁷

Bunun dışında suç tipinde yer alan hareket bağlı hareketli suç özelliği taşıdığından gıda maddesine ya da diğer kullanım veya tüketim maddesine zehir ya da başka şeyler karıştırarak onları zehirli hale getirmek veya bozmak hareketi dışında kalan hareketler Türk Ceza Kanunu'nun 185. maddesi dışında kalırlar. Suç, ayrıca seçimlik hareketli suçtur. Zehirli madde katma hareketi veya başka suretlerle bozma hareketinden yalnızca birinin yapılması yeterlidir; her ikisi birden yapılacak olursa da tek suç oluşur. Kanaatimce, yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, bu suç zehir veya bozucu madde katmak suretiyle sağlığa uygun bir maddeyi söz konusu suretle sonradan yaşam veya sağlık için tehlikeli hale getirerek işlenebilir. Gıda, kullanım veya tüketim maddesini baştan itibaren sağlığa aykırı yapmak, diğer deyişle üretmek bu suç tipinin kapsamında değildir. İlaçlar yönünden Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde bunları yaşamı ve sağlığı tehlikeye sokacak biçimde üreten cezalandırılırken, gıda, kullanım veya tüketim maddeleri açısından Türk Ceza Kanunu'nda bunları yalnızca bozmak hareketi cezalandırılmaktadır.

⁵ Erman-Özek, s.181.

⁶ Erman-Özek, s.181.

⁷ Erman-Özek, s.181.

2- Suçun Manevi Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nun 185. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan suçta manevi unsur kasttır. Bu suç kasten işlendiği takdirde failin cezası iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıdır. Zehirli madde katma suçunun kasten işlendiğinden söz edebilmek için de failin, toplum sağlığı açısından kişilerin yaşamı ve sağlığı açısından tehlike doğuracağını bildiği zehir veya bozucu nitelikte başka bir maddeyi, bu niteliklerini bilerek ve isteyerek gıda maddesine ya da gıda maddesi dışında kalan diğer herhangi bir kullanım ya da tüketim maddesine katmasıdır. Kanaatimce suç olası kastla da işlenebilir. Bu durumda failin, maddenin söz konusu zehirli veya bozucu niteliğini kesin olarak bilmemesine rağmen, tahmin etmesi ve fakat bu olasılığı öngörmesine rağmen somut tehlikenin doğması olasılığında bunu kabullenme iradesini taşıdığı durumda olası kastından söz edilir. Olası kast durumunda cezadan TCK'nun 21/2. maddesine göre indirim yapılır.

Türk Ceza Kanunu'nun 185. maddesinin 2. fıkrasında ise zehirli madde katma suçunun taksirli şekli düzenlenmiştir. Fail kasten, yani bilerek ve isteyerek değil de dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak maddi unsuru gerçekleştirirse cezası üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Bilinçli taksir durumunda failin cezası TCK'nun 22/3. maddesine göre üçte birden yarıya kadar artırılacaktır.

3- Suçun Özel Görünüm Biçimleri (Teşebbüs, İştirak, İçtima)

Somut tehlike suçu olduğundan, zehirli madde katma suçunun kasti şekline teşebbüs olanaklıdır. Toplum içindeki belirsiz kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürmeye elverişli hareketi icraya başlamış olan failin, bu hareketini tamamlayamadan, örneğin, içme suyu şebekesine zehir katacakken yakalanmasında suça teşebbüs vardır. Bunun gibi, failin hareketini tamamlamış olmasına rağmen topluma arzdan önce, diğer deyişle henüz toplum için somut tehlike doğmadan önce böyle bir tehlikeye elverişli suç konusu gıda veya diğer kullanım veya tüketim maddesinin ele geçirilmiş olması durumunda da suça teşebbüs vardır. Kişinin, taksirli hareketiyle bir suçu işlemeye teşebbüs ettiğinden söz edilemeyeceğinden, taksirli suçlar teşebbüse elverişli değildir. Bu nedenle, TCK'nun 185/2. maddesindeki taksirle zehirli madde katma suçuna teşebbüs olanaksızdır.

Suçta iştirak ve suçların birleşmesi(içtimaı) bakımından özel bir durum yoktur; genel hükümler uygulanır. Eğer, bu suç nedeniyle, somut tehlike toplum içinde bazı kişiler açısından zarara dönüşmüş, diğer deyişle bazı kişiler ölmüş ya da yaralanmış olursa, fail ayrıca, kastının türüne göre doğrudan doğruya veya olası kastla insan öldürme ya da yaralama suçlarından da cezalandırılır. Suçun taksirle işlenmesi durumunda ise, yine ayrıca taksirle öldürme ya da yaralama suçları söz konusu olabilir.

B- Bozulmuş veya Değiştirilmiş Gıda veya İlaçların Ticareti Suçu (TCK md. 186)

1- Suçun Maddi Unsuru

a- Suçun Maddi Konusu ve Mağduru: Bozulmuş, değiştirilmiş her türlü yenilecek, içilecek şeyler ile ilaçlardır. Bu bozulmanın veya değişimin kendiliğinden oluşması ile dışarıdan bir müdahaleyle oluşmuş bulunmasının önemi yoktur. Önemli olan, suç konusu gıda maddesinin veya ilacın bozulmuş ya da değişime uğramış olmasıdır. Bozulmuş veya değiştirilmiş bu maddelerin de söz konusu nitelikleriyle toplum içinde belirsiz kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak olmaları gerekmektedir. Bu nedenle gıda maddesi veya ilaç bozulmuş, değiştirilmiş olsa dahi bu halleriyle de kişilerin yaşamı ve sağlığı için tehlike yaratmıyorlarsa suç tipindeki maddi konuyu oluşturmazlar; dolayısıyla suç oluşmaz.

İlaçlar bakımından kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu ayrıca TCK'nun 187. maddesinde düzenlenmiştir. Yasa koyucu TCK'nun 186. maddesindeki suçta, 185. maddesindeki suçtan farklı olarak yenilecek, içilecek şeyler dışında diğer kullanım veya tüketim maddelerini suçun üzerinde işlenebileceği maddi konu olarak belirlemediğinden başka bu suça ilaçları da katmıştır. Kanaatimce zehirli maddelerin katma suçunda olduğu gibi, toplum içinde kişilerin günlük yaşamda yeme-içme dışında kullanabileceği veya tüketebileceği maddelerin de suç tipi kapsamında bulunması gerekirdi. Bu bakımdan toplum sağlığı açısından söz konusu maddelerin bilerek ticaretini yapmak da en azından TCK'nun 185. maddesindeki suçta olduğu kadar tehlike yaratıcı olabilir. Bu bakımdan bu suç, TCK'nun 185. maddesindeki suça göre, suçun maddi konusu açısından eksik kalmıştır.

Bu suçta da mağdur toplumdur. Bu konuda yukarıda yaptığım açıklamalara göndermede bulunmakla yetiniyorum.

b- Suç Tipindeki Eylem: Suçun maddi konusunu oluşturan, toplumda belirsiz kişilerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş gıda maddesi veya ilaçları satmak, tedarik etmek ya da bulundurmaktır. Suç, bu niteliğiyle seçimlik hareketli bir suç tipidir. Suç tipini düzenleyen 186. maddenin başlığı, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti olduğundan, suç tipinde eylem biçimi olarak gösterilen satmak, tedarik etmek, bulundurmamak eylemlerinin ticari amaçla gerçekleştirilmesi suçun oluşması için zorunludur. Bu nedenle söz konusu gıda maddesini veya ilaçları tedarik etmek, bulundurmamak hareketinde de bunların topluma ticari arzı amacı vardır. Suç, topluma karşı suçlardan olduğundan zaten aksi de düşünülemez; bu bağlamda ticaret yapmayan herhangi birinin bu nitelikteki bireysel amaçla elinde bulundurduğu bir gıda maddesini veya ilacı, örneğin arkadaşına ya da komşusuna satması eylemi bu suç kapsamında düşünülemez. Bu örnekte kusurun türüne göre kasten veya taksirle insan öldürme ya da yaralama suçu söz konusu olabilir. Bu nedenle, kişisel kulla-

mm amacıyla tedarik etmek ya da bulundurmak durumunda da tipe uygun eylem yoktur; dolayısıyla suç oluşmaz. Aksi takdirde evinde bozuk gıda bulunduran, söz gelimi bozuk yemek bulunduran herkes, suç işlemiş olurdu!

Bu suç da somut tehlike suçu olduğundan, kişilerin yaşamını kaybetmesi ya da sağlıklarının zarar görmüş olması aranmaz. Ancak zarar sonucu niteliğindeki bu sonuçlar, söz konusu gıda maddeleri veya ilaçların kullanılmış olması nedeniyle doğacak olursa, fail ayrıca, duruma göre insan öldürme ya da yaralama suçlarından da cezalandırılır.

Bu suçun failinin, suça konu gıda maddesini veya ilacı bizzat kendisinin bozmuş veya değiştirmiş olması gerekmez. Hatta kanaatimce bu suçun faili olabilmek için bozmak veya değiştirmek eylemini yapmamış olmak zorunludur. Önemli olan, failin, ticaretini yaptığı malın bozulmuş ya da değiştirilmiş gıda maddesi veya ilaç olduğunu bilmesidir. Ancak fail, önce söz konusu maddeleri kendi bozar veya değiştirir, sonra da bu maddelerin ticaretini yaparsa, eylemi kanaatimce yalnızca TCK'nun 185. maddesindeki suçu oluşturur. Çünkü TCK'nun 186. maddesindeki suçun faili, ancak önceden bozulmuş, değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti eyleminden cezalandırılmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 186. maddesindeki suç, 187. maddesindeki kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapmak veya satmak suçundan farklıdır. TCK'nun 187. maddesindeki suç tipinde baştan üretim aşamasında kişilerin yaşamı ve sağlığı için tehlikeli olan bir ilaç üretilmekte veya baştan böyle üretilmiş ilaç satılmaktadır. Hâlbuki TCK'nun 186. maddesindeki bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunda, ilaç, baştan kamu sağlığı için tehlike oluşturmayacak nitelikte üretilmekte, ancak bu ilaç sonradan bozulmakta veya değiştirilmektedir. İncelediğimiz bu suçun maddi konusunu da sonradan bozulmuş veya değiştirilmiş ilaçlar oluşturmaktadır.

2- Suçun Manevi Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nun 186. maddesindeki bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu, 185. maddesindeki zehirli madde katma suçundan farklı olarak yalnızca kasten işlenebilir. Bu suçun taksirli şekli yoktur. Ancak buradaki kast özel kasttır. Fail, kişilerin yaşamı ve sağlığı için tehlike oluşturacak gıda maddelerini veya ilaçları satma, tedarik etme ya da bulundurma eylemini ticari amaçla gerçekleştirmek durumundadır. Yasa koyucu failin amacını suçun oluşması bakımından göz önünde tuttuğundan kast, özel kasttır. Bu hususta suç tipindeki eylem başlığı altında da yukarıda ayrıca açıklamada bulunmuştuk.

3- Suça Etki Eden Ağırlaştırıcı Neden

Türk Ceza Kanunu'nun 186. maddesinin 2. fıkrasına göre bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunun, eczacılık, hekimlik gibi, resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek veya sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde verilecek ceza üçte bir oranında artırılır. Bu durumda fail hakkında, TCK'nun 53/(1)e, (2), (3), (5). maddeleri kapsamında ayrıca söz konusu meslek veya sanatın icrasından da yoksun bırakılma güvenlik tedbi-ri yan ceza olarak hükmolunur.

4- Suçun Özel Görünüm Biçimleri (Teşebbüs, İştirak, İçtima)

Bu suç da somut tehlike suçu olduğundan teşebbüse elverişlidir.

Suçta iştirak ve suçların birleşmesi(içtimaı) bakımından özel bir durum yoktur; genel hükümler uygulanır. Bu suç da somut tehlike suçu olduğundan, kişilerin yaşamını kaybetmesi ya da sağlıklarının zarar görmüş olması aranmaz. Ancak zarar sonucu niteliğindeki bu sonuçlar, söz konusu gıda maddeleri veya ilaçların kullanılmış olması nedeniyle doğacak olursa, fail ayrıca, duruma göre insan öldürme ya da yaralama suçlarından da cezalandırılır.

III. 5197 Sayılı Gıda Kanunu'na Göre İşyerlerinde Sağlıklı Olmayan Bir Biçimde veya Ortamda Gıda Maddesi veya Gıda İle Temas Eden Madde ya da Malzeme Üretmek ve/veya Satmak Suçu

Türk Ceza Kanunu'nun 185. maddesindeki suç tipinde yer alan hareket, bağlı hareketli suç özelliği taşıdığından, gıda maddelerine ya da diğer kullanım veya tüketim maddelerine zehir ya da başka şeyler karıştırarak onları zehirli hale getirmek veya bozmak hareketi dışında kalan diğer hareketler gibi, sağlıklı olmayan bir ortamda gıda maddesi üretmek veya satmak hareketi de TCK'nun 185. maddesindeki suç tipinin dışında kalır. Bu noktada gıda maddesinin kendisi bir tehlike oluşturmaya dahi, bu maddenin üretildiği veya satıldığı yer başlı başına önce gıda maddesi dolayısıyla da sonra yaşam ve sağlık açısından somut bir tehlike oluşturabilir.

Aynı şekilde TCK'nun 186. maddesindeki suç tipinde de hareket kısaca bozuk gıdayı veya ilacı satmak, tedarik etmek, bulundurmamak şeklinde bağlı hareketli suçtur. İlaçlar açısından, bunların baştan itibaren kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek biçimde üretilmesi ve bunların satılması yukarıda da değindiğim gibi TCK'nun 187. maddesinde düzenlenmiştir.

Gıda maddesinin başlı başına sağlıklı olmayan bir biçimde veya ortamda üretilmesi, yukarıda da belirttiğim gibi Türk Ceza Kanunu'nun söz konusu maddelerinin dışında kalan bir eylemdir. Ancak, 27.05.2004 tarih ve 5179 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 29. maddesinin 1.

fıkrasının 1 bendine göre “*Bu Kanununun 18. maddesinde belirtilen sağlığın korunması ile ilgili yasakları ihlal eden kişiler; Türk Ceza Kanununun “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” başlıklı bölümünde yer alan hükümlere göre cezalandırılır.*” Söz konusu 18. madde hükmüne göre ise:

“*İnsan sağlığının korunması amacıyla, gıda maddelerini ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten ve/veya satan işyerleri;*

a) *Bakanlıkça çıkarılacak ilgili yönetmeliklerde belirtilen asgari teknik, hijyenik ve güvenlik şartlarını taşımak zorundadır.*

b) *Gıda kodeksine uyulmaksızın gıda maddelerini imal edemez, mübadele konusu yapamaz ve muameleye tâbi tutamaz.*

c) *İnsan sağlığına zarar verecek muhteviyatta gıda maddeleri üretemez, içerisine zararlı bir madde katamaz, böyle bir maddenin kalıntısını bulundurmaz ve gıdaya zararlı özelliğe yol açacak herhangi bir işlem uygulayamaz.*

Bu düzenlemeye göre, **sağlıklı olmayan bir ortamda gıda maddesi ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üretmek** hareketinin, satmak hareketi, suç tipinin dışında bırakıldığından Türk Ceza Kanunu’nun 185. maddesindeki suçu oluşturduğu düşünülebilirse de bu düşünce kıyas yapmak olur. Aynı şekilde, **sağlıklı olmayan bir ortamda gıda maddesi ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri satmak** hareketinin, satmak hareketini kapsayan TCK’nun 186. maddesindeki suçu oluşturduğu düşünülebilecektir. Ancak, baştan sağlıklı üretilmiş bir gıda maddesini sağlıklı olmayan bir ortamda satmak suretiyle onun bozulmasına neden olunması ilgili 186. maddedeki tipe uygun olmaz. Çünkü gıda maddesi bozulmuş, değiştirilmiş halde satışa sunulmamaktadır. Fakat Türk Ceza Kanunu’nun 185. maddesindeki zehirli madde katma suçu ihmal suretiyle işlenmiş sayılabilir.

Bu şekliyle 5179 sayılı kısaca Gıda Kanunu diyeceğimiz bu Kanun, 29/1(i) maddesinde suça değil de bölüme atıf yaparak kanun yapma tekniğine aykırı düşmüştür. Atıf yapılan maddelerin açıkça belirtilmeyip, yalnızca bölüm başlığına atıf yapılarak, failin, Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar başlıklı bölümünde yer alan hükümlere göre cezalandırılacağını ifade etmek suretiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık vardır. Çünkü failin ilgili bölümde hangi suçtaki cezaya göre cezalandırılacağı belirsiz kalmıştır ve yasa koyucu bu düzenlemesiyle suçta da kıyasa yol açmıştır.

5179 sayılı Gıda Kanunu’nun 29/1(i) maddesindeki eylem gıda maddesinin üretimi aşamasında söz konusu olabilecek bir eylem iken, yukarıda da açıkladığımız gibi, Türk Ceza Kanunu’nun 185. maddesindeki zehirli madde katma suçu, zehir veya bozucu madde katmak suretiyle sağlığa uygun bir gıdayı, kullanım veya tüketim maddesini, bozmak suretiyle sonradan yaşam veya sağlık için tehlikeli hale getirerek işlenebilir. Gıda, kullanım veya tüketim maddesini baştan itibaren sağlığa aykırı yapmak, diğer deyişle üretmek TCK’nun 185. maddesindeki suç tipinin dışında kalır. Sonuç olarak Türk

Ceza Kanunu'nun Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar Bölümü'nde, 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun 29/1(ı) maddesinin atıf yaptığı aynı Kanunun 18. maddesindeki gıda maddesini ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri, maddede belirtilen şekilde üretmek hareketine uyan bir suç tipi yoktur; aksi uygulama benzetme yapmak, yani kıyas yapmak olur. Türk Ceza Kanunu'nun Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar Bölümü'nde, ilaçlar yönünden TCK'nun 187. maddesinde, bunları yaşamı ve sağlığı tehlikeye sokacak biçimde üreten cezalandırılırken, gıda, kullanım veya tüketim maddesinde bunları yalnızca bozmak hareketi TCK'nun 185. maddesinde cezalandırılmaktadır. TCK'nun 186. maddesinde ise esasen bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suç olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca 5179 sayılı Kanuna göre gıda ve gıda ile temas eden madde ve malzemelerin söz konusu suçun konusunu oluşturabilmeleri için, bunların yer aldığı ortamın bir işyeri olması zorunludur. 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 3. maddesine göre gıda maddeleri üreten işyeri, gıda maddelerinin hammaddeden başlayarak; depolama, tasnif, işleme, değerlendirme, dayanıklı hale getirme, ambalajlama işlerinden bir veya birkaçının yapıldığı ve gıda maddeleri satış yerlerine gönderilmek üzere depolandığı tesisler ile bu tesislerin tamamlayıcısı sayılacak yerlerin tamamını ifade etmektedir. Yine, aynı maddeye göre gıda maddeleri satış yeri, her türlü ham, yarı mamul ve mamul gıda maddelerinin toptan veya perakende dağıtım ve satışının yapıldığı ve bunların satış için depolandığı yerleri ifade etmektedir. Gıda maddeleri üreten ve satan işyeri ise, gıda maddelerinin hammaddeden başlayarak depolama, tasnif, işleme, değerlendirme, dayanıklı hale getirme, ambalajlama işlemlerinden bir veya birkaçının yapıldığı ve her türlü ham, yarı mamul ve mamul gıda maddelerinin toptan veya perakende dağıtım ve satışının yapıldığı ve bunların satış için depolandığı yerleri ifade eder.

5179 sayılı Gıda Kanunu'nun 29/1(ı) maddesinin atfıyla aynı Kanunun 18. maddesine göre işyerlerinde sağlıklı olmayan bir biçimde veya ortamda gıda maddesi ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üretmek ve/veya satmak suçu üç şekilde işlenebilir:

1- 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun 18/a maddesine göre, gıda maddelerini ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten ve/veya satan işyerlerinin, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nca çıkarılan ilgili yönetmeliklerde belirtilen asgari teknik, hijyenik ve güvenlik koşullarını taşımamalarına neden olma hareketi, sağlıklı olmayan bir ortamda gıda maddesi ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üretmek ve/veya satmak suçunu oluşturacaktır. Burada gıda maddesinin veya gıda ile temas eden madde ve malzemelerin üretildiği veya satıldığı işyerinin, 18. madde hükmüne göre insan sağlığının korunması amacına uygun olması zorunludur. Diğer deyişle gıda maddelerinin ve gıda ile temas eden madde ve malzemelerin insan sağlığını tehlikeye sokan bir işyeri ortamında üretilmesi ve/veya satılması 5179 sayılı Kanuna göre suçtur.

Ancak suç kabul edilen bu eylemin cezası anılan Yasada açıkça belirtilmemiş, Türk Ceza Kanununun Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar Bölümü'ne atıfta bulunulmakla yetinilmiştir. Bunun sonucunda Türk Ceza Kanunu'nun ilgili bölümündeki hangi suçun cezasının uygulanacağı belirsiz kalmıştır. Bu husus cezada kanunilik ilkesine aykırıdır; çünkü cezanın ne olduğu belirsizdir.

Bundan başka, başlı başına 5179 sayılı Gıda Kanununun 18.maddesinin a bendi suç tipi oluşturacak eylemin belirlenmesini "Bakanlıkça çıkarılacak ilgili yönetmelik"lere bıraktığı için de Anayasa'nın 38/1. maddesindeki suçta kanunilik ilkesine aykırı düşmektedir. 5179 sayılı Gıda Kanunu 29/1(1) maddesinde, suç oluşturan eylem olarak aynı Kanunun 18. maddesindeki sağlığın korunması ile ilgili yasaklara aykırılık belirlenmiştir. Ancak söz konusu Kanunun 18. maddesine bakıldığında ilgili yasakların neler olduğunun düzenlenmesinin yönetmeliklere bırakıldığı görülmektedir. Burada, açıkça suçta yasallık ilkesine aykırılık vardır.

2- 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun 18/b maddesine göre, gıda maddelerini ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten ve/veya satan işyerleri gıda kodeksine uyulmaksızın gıda maddelerini üretemez, değişim konusu yapamaz ve işleme tabi tutamaz.

5179 sayılı Kanun'un "Gıda Kodeksi" başlığını taşıyan 7. maddesine göre, gıda maddelerinin asgari kalite ve hijyen kriterleri, pestisit ve veteriner ilaç kalıntıları, katkı maddeleri, gıdaya bulaşan zararlı maddeler, numune alma, ambalajlama, etiketleme, nakliye, depolama esasları ve analiz metodlarını ihtiva eden Türk Gıda Kodeksi, Ulusal Gıda Kodeksi Komisyonu marifetince hazırlanır, Bakanlıkça yayımlanır ve denetlenir.

Ulusal Gıda Kodeksi Komisyonu ise aynı Kanun'un 8. maddesine göre gıda konusunda görevli olmak üzere Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'ndan iki, Sağlık Bakanlığı'ndan bir üye, her iki Bakanlıkça ayrı ayrı seçilecek gıda konusunda temayüz etmiş birer bilim adamı, Türk Standartları Enstitüsü'nden bir üye ve en fazla üyeye sahip olan gıda konusunda faaliyet gösteren sivil toplum örgütünden seçilecek bir üyeden oluşur. Komisyon üyelerinin görev süresi iki yıldır. Komisyon, Bakanlık temsilcisinin başkanlığında toplanır ve sekretaryası Bakanlıkça yapılır... Komisyon, gıda kodeksi konusunda, ülkede en yetkili mercidir... Ulusal Gıda Kodeksi Komisyonu ve alt komisyonların çalışma usul ve esasları ile gıda kodeksi hazırlanma usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.

Yukarıda suçta kanunilik ilkesi bakımından yapılan açıklamalar aynen Ulusal Gıda Kodeksi Komisyonu marifetince hazırlanan Türk Gıda Kodeksi'ne uyulmaksızın gıda maddelerinin üretimi, değişim konusu yapılması ve işleme tabi tutulmasını suç sayan bu düzenleme için de geçerlidir. Burada suç oluşturan eylemi belirleme yetkisi Ulusal Gıda Kodeksi Komisyonu'na bırakılmış demektir. Bu da açıkça suçta kanunilik ilkesine, Anayasa'nın 38. mad-

desine aykırılıktır. Ulusal Gıda Kodeksi Komisyonu'nun hazırladığı Türk Gıda Kodeksi'ne aykırılıklar bir hukuk düzeninde ancak idari yaptırımla karşılanan kabahat olarak düzenlenebilirler. Bunların suç olarak kabulü olanaksızdır.

3- 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun 18/c maddesine göre söz konusu işyerleri, insan sağlığına zarar verecek muhteviyatta gıda maddeleri üretemez, içerisine zararlı bir madde katamaz, böyle bir maddenin kalıntısını bulunduramaz ve gıdaya zararlı özelliğe yol açacak herhangi bir işlem uygulayamaz.

5179 sayılı Kanun'un suçta kanunilik ilkesi bakımından sorunsuz hükmü kanaatimce yalnız 18/c maddesindedir. Bu maddede seçimlik hareketler öngörülmüştür; ancak temel suç tipi gıdaya zararlı özelliğe yol açacak herhangi bir işlem yapmak eylemidir. Çünkü madde hükmünde sayılan diğer hareket biçimleri olan *insan sağlığına zarar verecek içerikte gıda maddesi üretimi, gıda maddesinin içine zararlı bir madde katma hareketi veya zararlı maddenin kalıntısını bulundurma* hareketlerinin tümünün ortak özelliği gıdaya zararlı özelliğe yol açacak işlemler olmalarıdır. Yasa koyucu bu hareketleri örnek olarak saymış görülmektedir. 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun 29/1(1) maddesine göre de bu eylem Türk Ceza Kanunu'nun Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar Bölümü'nde yer alan hükümlere göre cezalandırılacaktır. Gıdaya zararlı özelliğe yol açacak herhangi bir işlem eylemi Türk Ceza Kanunu'nun 185. maddesindeki zehirli madde katma suçuyla aynıymış izlenimi uyandırır da kanaatimce farklıdır. Daha önce de belirtildiği üzere TCK'nun 185. maddesindeki suçta baştan sağlığa uygun üretilmiş bir gıda maddesinin sonradan bozulması cezalandırılmaktadır. 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun 18/c maddesindeki gıdaya zararlı özelliğe yol açacak herhangi bir işlem yapmak suçunda ise gıdanın baştan üretimi aşamasında bu gıdanın insan sağlığını tehlikeye düşürücü bir gıda olarak üretilmesi söz konusudur.

Ancak bu eylemde dahi cezanın belirsizliği nedeniyle cezada kanunilik ilkesine aykırılık vardır.

5179 sayılı Gıda Kanunu'nun suç saydığı eylemlerde, Türk Ceza Kanunu'nun 185. maddesindeki zehirli madde katma suçundan farklı olarak, suçun maddi konusunu yalnızca gıda maddeleri ve gıda ile temas eden madde ve malzemeler oluşturabilecektir; diğer tüketim veya kullanım maddeleri ile TCK'nun 186. ve 187. maddeleri kapsamındaki ilaçlar 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun dışında kalmaktadırlar.

Bu bağlamda sağlıklı olmayan bir ortamda üretilen ve/veya satılan gıda maddesi ve gıda ile temas eden madde ve malzemeler, sonuçta toplum sağlığı açısından kişilerin yaşamları ve sağlıkları için somut bir tehlike yaratırlarsa suç tipine uygun bir eylem oluşur. Üretim suçu açısından böyle bir ortamda üretilmiş gıda maddesinin ya da gıda ile temas eden madde veya malzemenin topluma arzı amacının bulunması da gerekir. Ancak söz konusu suçun işlenebileceği yerin yalnızca işyeri olabileceği düşünüldüğünde, topluma arz

amacının bulunduğu ve üretime başlamakla suçun icrasına da başlandığı kabul edilecektir. Böyle bir gıda maddesini veya gıda ile temas eden madde ya da malzemeyi satmak hareketinde ise topluma arz zaten gerçekleşmiştir. Bu maddeyi ya da maddeleri satışa sunan fail, aynı zamanda bunları üreten kişi ise, üretmek ve satmak hareketi 5179 sayılı Gıda Kanunu'nun 18. maddesine göre seçimlik hareketleri oluşturduğundan, tek suç işlemiştir.

IV- Biyogüvenlik Kanunu'ndaki (B.G.K.) Suçlar

18.03.2010 tarih ve 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu, genetiği değiştirilmiş organizmalar (GDO) ve ürünleriyle ilgili suçları Kanunun 15.maddesinde düzenlemektedir. Bunlar gıda maddeleriyle ilgili oldukları takdirde gıda suçları niteliğini de taşıyacaklardır. Bu suçlar sırasıyla şunlardır:

A- Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO) ve Ürünlerinin İthalı, Üretimi veya Çevreye Serbest Bırakılması Suçu (B.G.K.md.15/1)

İlgili madde hükmüne göre GDO ve ürünlerini Biyogüvenlik Kanunu'na aykırı olarak ithal eden, üreten veya çevreye serbest bırakan kişi beş yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. GDO ve ürünlerinin ithali, üretimi veya çevreye serbest bırakılmasının esasları Biyogüvenlik Kanunu'nun 3-4. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca Biyogüvenlik Kanunu'nun 5. maddesinde de GDO ve ürünlerine ilişkin yasaklanmış eylemler düzenlenmiştir. Buna göre;

- 1- GDO ve ürünlerinin onay alınmaksızın piyasaya sürülmesi,
- 2- GDO ve ürünlerinin, Biyogüvenlik Kurulu'ndan alınmış kararlara aykırı olarak kullanılması veya kullandırılması,
- 3- Genetiği değiştirilmiş bitki ve hayvanların üretimi,
- 4- GDO ve ürünlerinin Kurul tarafından piyasaya sürme kapsamında belirlenen amaç ve alan dışında kullanımı,
- 5- GDO ve ürünlerinin bebek mamaları ve bebek formülleri, devam mamaları ve devam formülleri ile bebek ve küçük çocuk ek besinlerinde kullanılması yasaktır.

Çevreye serbest bırakma eylemi ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'nun 181/1. maddesindeki çevrenin kasten kirletilmesi suçu akla gelmekteyse de bu maddede suçun konusunu atık veya artık maddeler oluşturmaktadır. Bu maddeye göre "İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi" cezalandırılır Ancak bu atık veya artık maddenin Biyogüvenlik Kanunu kapsamında bir madde olması durumunda ayrıca TCK'nun 181/1. maddesi uygulama alanı bulur. Çünkü Biyogüvenlik Kanunu,

bu Kanun kapsamındaki maddenin yalnızca deneysel amaçlı serbest bırakılmasını düzenlemektedir. Deneysel amaçlı serbest bırakma işlemi ise, GDO ile ilgili deneysel amaçlarla yapılacak faaliyetlerin, dış çevre ile temasını önleyecek şekilde, kontrollü koşullar altında sınırlandırılmış belirli bir alanda yürütülmesini ifade etmektedir (B.G.K.md.2/1,I).

Türk Ceza Kanunu'nun uygulandığı durumda TCK'nun 181/4. maddesindeki ağırlatıcı neden de söz konusu olabilir. Buna göre, çevreyi kasten kirletme suçu, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olursa ceza artırılır.

İthal eylemi bakımından TCK'nun 181/2. maddesindeki atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokma eylemine göre Biyogüvenlik Kanunu özel norm olduğundan B.G.K. uygulanır.

B- BGK'na Uygun Olarak İthal Edilen veya İşlenen GDO'ları veya GDO ve Ürünlerini, İthal İzni Kapsamı Dışında Kullanmak Suçu(BGK Md.15/2)

BGK'nun 15/(2). maddesine göre, Biyogüvenlik Kanunu'nda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya işlenen GDO'ları veya GDO ve ürünlerini, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanan, satışa arz eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kabul eden, nakleden veya bulunduran kişi, dört yıldan dokuz yıla kadar hapis ve yedi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Biyogüvenlik Kanunu'nun 2/1(i) maddesine göre GDO, genetik yapısı değiştirilmiş organizma demek olup, modern biyoteknolojik yöntemler kullanılmak suretiyle gen aktarılarak elde edilmiş, insan dışındaki canlı organizmayı tanımlamaktadır.

Biyogüvenlik Kanunu'nun 2/1(k) maddesine göre de GDO ve ürünleri, kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilen, GDO içeren veya GDO'lardan oluşan ürünleri tanımlamaktadır.

Maddede sayılan hareketler seçimlik hareketler olup, bunlardan yalnızca birinin yapılması durumunda suç oluşabileceği gibi, birden fazlasının birarada yapılması durumunda da tek suç işlenmiş olur.

C- BGK'na Uygun Olarak İthal Edilen veya İşlenen GDO'lardan Elde Edilen Ürünleri İthal İzni Kapsamı Dışında Kullanmak Suçu (BGK Md.15/3)

Yukarıdaki eylemden farkı suçun maddi konusu bakımındandır. Bu eylemde suçun maddi konusunu GDO'lardan elde edilen ürünler oluşturmaktadır. Biyogüvenlik Kanunu'nun 2/1(j) maddesine göre GDO'lardan elde edilen

ürünler, kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilmekle birlikte GDO içermeyen veya GDO'dan oluşmayan ürünleri tanımlamaktadır. Fail, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

D- İthal veya İşleme İzni Almak İçin Yalan Beyanda Bulunmak Suçu (BGK Md.15/4)

BGK hükümlerine göre alınması gereken ithal veya işleme iznini yalan beyanda bulunarak alan kişi, eylemi daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İthal veya işleme iznini verme yetkisine sahip olan Biyogüvenlik Kurulu bir kamu kurumu olup, verdiği belge resmi belge niteliğindedir. Bu nedenle eylem Türk Ceza Kanunu'nun 206. maddesinde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunmak suçunun özel normda düzenlenmiş halidir. Türk Ceza Kanunu'nun 206. maddesinde öngörülen ceza üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Biyogüvenlik Kanunu'nda ise ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Özel norm olmasına rağmen madde hükmü, eylem daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde hükmünü emrettiğinden, Biyogüvenlik Kanunu'ndaki ceza daha ağır olduğu için uygulama alanı bulur. Yasakoyucu söz konusu maddenin Biyogüvenliği ile ilgili bir madde olmasından dolayı yerinde olarak bu eylemin en ağır ceza ile cezalandırılmasını öngörmüştür.

Yalan beyanla alınmış izne dayalı olarak GDO'ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin ithal edilmesi, işlenmesi, kullanılması, satışa arz edilmesi, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi, nakledilmesi veya bulundurulması halinde, ayrıca yukarıdaki fıkralardaki hükümlere göre de cezaya hükmolunur (BGK md.15/(4),c.2).

Biyogüvenlik Kanunu'nun 15/(5). maddesine göre bu suçlar bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve yararına olarak işlenirse, bu tüzel kişiye yüzbin Türk Lirasından ikiyüzbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir ve ayrıca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verileceği gibi ayrıca suçtan elde edilen eşya veya kazanımlar da müsadere edilir. Ancak, bu tedbirlerin uygulanmasının işlenen fiile göre daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, yargıç bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

V- Gıda Kabahatleri

Önceki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 398. maddesinin yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda karşılığı yoktur. Önceki Ceza Kanunumuzun 398. maddesi "*Sıhhat için zararlı olmayıp ancak tabii olma-*

yan bir gıda maddesini tabii diye satılığa çıkararak kimse üç aydan altı aya kadar hapis ve beş bin liradan yirmi beş bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.” hükmünü taşımaktaydı. Söz konusu maddede suç olarak kabul edilen eylem yürürlükteki hukukumuz açısından Ceza Hukuku kapsamından çıkartılmış olup, kabahat niteliğinde hukuka aykırı bir eylem olarak idari yaptırımla karşılanmaktadır. Diğer deyişle bu eylem artık suç değildir; yalnızca kabahattir.

Bu bağlamda 5179 sayılı 27.5.2004 tarihli “Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun”nun “Gıda Kodeksi” başlığını taşıyan 7/2. maddesindeki “Piyasaya arz edilecek gıda ürünlerinin gıda mevzuatına uygun olması zorunludur.” hükmü ile “İzlenebilirlik” başlığını taşıyan 16/3. maddesindeki “Piyasaya sürülen gıdaların, izlenebilirliğini kolaylaştırmak amacıyla, gerekli bilgileri içerecek şekilde etiketlenmesi ve tanımlanması zorunludur.” hükmü ve “Reklam ve Tanıtım” başlığını taşıyan 21. maddesindeki “Gıda maddeleri ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemelerin etiketlenmesi, reklam ve tanıtımı; **sahte, yanıltıcı** veya gıdanın karakterine, yapısına, **özellikle doğasına, özelliklerine, bileşimine, miktarına, dayanıklılığına, orijinine**, üretim metoduna göre hatalı bir izlenim yaratacak, gıdanın sahip olmadığı etki ve özelliklere atıfta bulunacak, tüm benzer gıda maddeleri ile aynı özelliklere sahip olduğu halde gıda maddesinin özel karakteristiklerine sahip olduğunu bildiren veya ima eden ifadeleri ve tüketiciyi yanıltacak yazı, resim, şekil ve benzerlerini içermemelidir.” hükmü önceki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 398. maddesindeki suçu da kapsar niteliktedir.

Aynı şekilde yine 5179 sayılı Gıda Kanunu’nun Tüketici Haklarının Korunması başlığını taşıyan 22. maddesindeki “Tüketici haklarının korunması amacıyla, tüketiciler; her türlü gıda maddesi ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemeleri üreten, ithal eden ve satan gerçek veya tüzel kişiler tarafından bilgilendirilir. Lüzumu halinde gıdaların içeriği ve özelliği hakkında tüketicilerin bilgi sahibi olmaları sağlanır. Gıda maddeleri ile ilgili olarak tüketiciler yanıltılamaz ve yanlış yönlendirilemez.” hükmü de söz konusu eylemle bağlantılıdır. Bu düzenlemeler karşısında bugün artık doğal olmayan bir gıda maddesini doğal diye satışa çıkarmak eylemi suç değil, bir kabahattir.

Bu çerçevede 5179 sayılı Gıda Kanunu’nun İdari Yaptırımlar ve Cezaları düzenleyen 29. maddesinin 1. fıkrasının:

- 1- “d” bendine göre, “18 inci maddede belirtilen sağlığın korunması ile ilgili hükümler dışında, 7 nci maddede belirtilen gıda kodeksine uygun faaliyet göstermeyen gerçek ve tüzel kişilere beş bin Türk Lirası idari para cezası verilir. Aykırılık, gıda maddelerinin etiket bilgilerinden kaynaklanıyorsa, etiket bilgileri düzeltilinceye kadar bu gıda maddelerinin satışına izin verilmez.”

- 2- “g” bendine göre, “16 ncı maddede belirtilen izlenebilirlikle ilgili hükümlere uymayan gerçek ve tüzel kişilere beş bin Türk Lirası idarî para cezası verilir; eylemin tekrarı halinde idarî para cezası iki kat artırılarak uygulanır.”
- 3- “j” bendine göre, “21 inci maddedeki reklam ve tanıtımlarla ilgili hükümlere aykırı hareket eden gerçek ve tüzel kişilere, beş bin Türk Lirası idarî para cezası verilir; eylemin tekrarı halinde idarî para cezası iki kat olarak uygulanır.”
- 4- “k” bendine göre, “22 nci maddede belirtilen tüketici haklarının korunması ile ilgili hükümlere uymayan gerçek ve tüzel kişilere beş bin Türk Lirası idarî para cezası verilir; eylemin tekrarı halinde idarî para cezası iki kat olarak uygulanır.”

İdari yaptırıma karar vermeye yetkili makam yerel mülki amirdir. (5179 s. Gıda Kanunu md. 30)

Doğal olmayan bir gıda maddesinin doğal gıda maddesi olarak satışa sunulmasında, söz konusu gıda maddesi, 23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesine göre “ayıplı mal” niteliğindedir.⁸ Ayıplı mala karşı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 24. maddesine göre, üretimin, satışın durdurulması ve malın toplatılması güvenlik önleminin alınması söz konusudur. Söz konusu madde hükmüne göre, satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi halinde, malın satışı geçici olarak durdurulur. Mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbının ortadan kaldırılması için üretici-imalatçı ve/veya ithalatçı firma uyarılır. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması halinde mal, üretici-imalatçı ve/veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir.

Bundan başka Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin 6. fıkrasına göre satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde “özürlüdür” ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulma zorunluluğu yoktur. Malın ayıplı olduğu hususu, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir. Bu yükümlülüğe aykırılık Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 25/2. fıkrasına göre iki yüz Türk

⁸ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4/1. maddesine göre ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir.

Lirası idari para cezasıyla karşılanmıştır. Karar merci yerel mülki amirdir (Tük.Kor.Hk.Kn. md. 26/1)

Fakat her durumda güvenli olmayan mallar piyasaya “özürdür” etike-tiyle dahi sunulamaz (Tük.Kor.Hk.Kn. md. 4/7).

Aynı şekilde gerçekte doğal olmayan bu gıda maddesine ilişkin reklam ve ilanlar da 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 16/2. maddesine göre aldatıcı, yanıltıcı niteliktedir; söz konusu 16 ncı maddeye aykırı hareket edenler hakkında Reklam Kurulu tarafından ihlalin niteliğine göre birlikte veya ayrı ayrı üç aya kadar tedbiren durdurma, durdurma, düzeltme veya altıbin Türk Lirası idarî para cezası uygulanır. 16 ncı madde-ye aykırılık, ülke düzeyinde yazılı, sözlü, görsel ve sair araçlar ile gerçekleş-miş ise, idarî para cezası on katı olarak uygulanır (Tük.Kor.Hk.Kn. md. 25/8). Karar merci, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’dır (md. 26/1).

Bu durumda 5179 sayılı Gıda Kanunu’nun İdari Yaptırımlar ve Cezaları düzenleyen 29. maddesinin 1. fıkrasının “g” bendindeki izlenebilirlik, “j” ben-dindeki reklam ve tanıtım ve “k” bendindeki tüketici haklarının korunması-na ilişkin hükümlere aykırılık, aynı zamanda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 25. maddesine göre de bir kabahat oluşturmaktadır.

Bu durumda 5179 sayılı Gıda Kanunu’nun, konusunun gıda maddeleri ve gıda ile temas eden madde ve malzemeler olması dolayısıyla, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre ayıplı mal kavramına göre özel norm niteliği taşıdığı ve bu nedenle yalnızca özel normun uygulanabile-ceği düşünülebilir. Ancak kanaatimce 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunumuzun “İçtima” başlığını taşıyan 15. maddesi hükmü buna engeldir. Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesi hükmünden, özel norm-genel norm ayrımı yapmaksızın, işlenmiş bir kabahat için öngörölmüş idari para cezası ve idari tedbirlerin her birinin mutlaka uygulanmasının amaç-landığı anlaşılmaktadır. Söz konusu 15/(1). madde hükmüne göre, “*Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörölmüşse, en ağır idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörölmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.*” Sonuç olarak, idari para cezası olarak en ağır uygulanacak, diğer idari yaptırımlar ise hangi Kanun’da öngörölmüş iseler bu kanuna göre ayrı ayrı uygulanacaktır.

Konumuzla bağlantılı olduğundan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun’un 32. maddesi ile eklenen 24/A maddesine de değineceğiz. Bu maddeye göre, “*gıda ürünü olma-malarına rağmen, sahip oldukları şekil, koku, görünüm, ambalaj, etiket, hacim veya boyutları nedeniyle olduklarından farklı görünen ve bu sebeple de tüketiciler tarafından gıda ürünleriyle karıştırılarak tüketicilerin sağlığını ve güvenliğini tehlikeye atan malların üretilmesi, pazarlanması, ithalatı ve ihracatı yasaktır.*” Bu yükümlülüğe aykırı hareket edenlere Tüketicinin

Korunması Hakkında Kanun'un 5/10. maddesine göre seksen bin Türk Lirası idari para cezası verilir.

Her iki özel kanundaki kabahatler dışında, 30.3.2005 tarih 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Emre Aykırı Davranış" başlığını taşıyan ve önceki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinin karşılığını oluşturan 32. maddesine göre de "Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir."

Ayrıca Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282. maddesine göre "Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, iki yüz elli Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir."

5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nun 15/(6). maddesinde de GDO ve ürünlerinin piyasaya sürülmesinden sonraki kontrol ile denetiminde öngörü len yükümlülükler aykırılık idari para cezası ile karşılanmıştır. Bunun gibi, GDO ve ürünlerini Kanun'a aykırı olarak kapalı alanda kullanmak, eylem ayrıca suç oluşturmadığı takdirde idari para cezası ile cezalandırılır (BiyoGv.Kn. md. 15/(7)). İdari para cezası vermeye yetkili makam Cumhuriyet Savcılığı'dır.

Bu çerçevede 11.06.2010 tarih 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 40. maddesinde de gıda ve yem ile ilgili kabahatlere yer verilmiştir.⁹

⁹ Gıda ve yem ile ilgili yaptırımlar

Madde 40- (1) Gıda ve yem ile ilgili yaptırımlar aşağıda belirtilmiştir:

a) İnsan tüketimine uygun olmayan gıdalar, masrafları sorumlusuna ait olmak üzere piyasadandan toplatılır ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir. Bu ürünleri üreten veya piyasaya arz edenler hakkında kamunun sağlığına karşı suçlar kapsamında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulur.

b) Hayvan sağlığı için tehlike oluşturan ve tüketime uygun olmayan yemler, masrafları sorumlusuna ait olmak üzere piyasadandan toplatılır ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir. Bu ürünleri üreten veya piyasaya arz edenlere beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

c) 21 inci maddenin üçüncü fıkrası gereğince Bakanlık tarafından belirlenen esaslara aykırı hareket edenlere beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ürünler el konularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

ç) 21 inci maddenin dördüncü fıkrasına yönelik Bakanlıkça belirlenen düzenlemelere aykırı hareket edenlere beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ürünler masrafları sorumlusuna ait olmak üzere piyasadandan toplatılır ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

d) 21 inci maddenin beşinci fıkrasına aykırı hareket edenlere onbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ürünlerin, insan sağlığı için risk oluşturmada bulunması durumunda ürünler masrafları sorumlusuna ait olmak üzere piyasadandan toplatılır ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir. Aykırılık sadece etiket bilgilerinden kaynaklanıyor ise idarî para cezası beşbin Türk Lirası olarak uygulanır.

e) 21 inci maddenin altıncı fıkrası gereği Bakanlıkça belirlenen kısıtlama veya

En sonunda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/(3).maddesine göre bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan halde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.

yaşaklamalara aykırı hareket edenlere onbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.
f) 22 nci maddenin ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

g) 22 nci maddenin üçüncü fıkrası gereği tutulması zorunlu kayıtları tutmayanlar ve Bakanlığa bildirim zorunlu olan bilgileri vermeyenler hakkında beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

ğ) 22 nci maddenin dördüncü fıkrasına aykırı hareket edenlere onbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ürünle el konularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

h) 22 nci maddenin altıncı fıkrası gereği işbirliği yapmayanlara üçbin Türk Lirası idarî para cezası ve Bakanlığın aldığı önlemlerin uygulanması sırasında engelleme yapanlara beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

ı) 22 nci maddenin yedinci fıkrasında belirtilen personeli çalıştırmayanlara üçbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

i) 24 üncü maddenin birinci fıkrasında Bakanlık tarafından istenen bilgileri vermeyenlere ikibin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

j) 24 üncü maddenin ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere ikibin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Fiilin aynı üründe bir yıl içerisinde tekrarı hâlinde ceza onbin Türk Lirası olarak uygulanır. Etiket bilgileri mevzuata uygun hale getirilmeye kadar ürünlerin satışına izin verilmez.

k) 24 üncü maddenin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden üretim yerlerine onbin Türk Lirası, perakende işyerlerine bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Fiilin, ticarî reklâm, ilân veya etiket yoluyla gerçekleşmesi hâlinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Etiketteki beyan bilgileri ile içeriğinin ve analitik değerlerinin uymaması hâlinde beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

l) 24 üncü maddenin dördüncü fıkrasına aykırı olarak taklit ve tağşiş yapanlara onbin Türk Lirası idarî para cezası verilir, taklit ve tağşiş edilmiş ürünlere el konular ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

m) 25 inci maddenin ikinci fıkrası gereği alınan hızlı uyarı bildirimine istinaden Bakanlık tarafından uygulamaya konulan tedbirlere uymayanlara beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Hızlı uyarıya konu olan ürün veya bu üründen elde edilen ürün mevcut ve bitki, hayvan ve insan sağlığı açısından risk teşkil ediyorsa, ürünlere el konular ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir. Piyasaya dağıtımı yapılmış ise sahibi tarafından piyasadan toplatılır. Ürünün piyasadan toplatılmaması hâlinde ürün sahibine beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

n) 25 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen acil durumlarda ve kriz yönetimi sırasında Bakanlık tarafından alınan tedbirlere uymayanlara beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

o) 26 nci maddenin beşinci fıkrası gereği Bakanlık tarafından getirilen ihtiyatî tedbirlere uymayanlara beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

ö) 27 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen ürünlerle ilgili hükümlere aykırı hareket eden işyerlerine onbin Türk Lirası idarî para cezası verilir; Bakanlıkça veya Sağlık Bakanlığınca belirlenen şartları yerine getirinceye kadar işyerleri faaliyetten men edilir.

p) 28 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen ürünlerle ilgili hükümlere aykırı hareket eden işyerlerine onbin Türk Lirası idarî para cezası verilir; ürünlere el konular ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

Kaynakça

Erman, Sahir/Özek, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar (TCK.369-413), İstanbul 1995.

Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, Cilt.IV.

Yaşar, Osman; Asliye Ceza Davaları, Ankara 1994.

Risk Yönetimi, Özen İlkesi ve Suç Politikası

(Risk Management, Principle of Prudence and Criminal Policy)

Pierre-Henri BOLLE*
Güçlü AKYÜREK**

Özet: Birey yalnızca onu etkileyen ya da öncelikle onu etkileyen risklerin sorumluluğunu, Devlet ise kendi ya da toplum ya da en azından toplumun önemli bir kesimini etkileyen risklerin sorumluluğunu üstlenir. Devlet geliştikçe ve toplum karmaşıklaştıkça bu risk yönetimi paylaşımı Devlet lehine değişmiştir. Riskler içerik açısından çok çeşitli ve farklıdır. Bu çalışmada yalnızca insani kökenli riskler ele alınmış, onların arasından da bir suçun işlenmesinin neticeleri irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Risk yönetimi, Özen İlkesi, Önleyici tedbirler, Suç, Ceza Adaleti

Abstract: *An individual takes the responsibility of risks that affect exclusively or primarily himself or herself, whereas a state takes the responsibility of risks that affect itself, the society, or a significant part of the society. As states get more developed and the society gets more complicated, the share of risk management changes in favor of the state. Risks are of various types. Anthropogenic risks constitute the subject matter of this study, and the consequences of the commission of an offence are examined.*

Keywords: *Risk management, Principle of Prudence, Preventive measures, Crime, Criminal Justice*

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: hbolle@gsu.edu.tr

** Çeviren: Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: gakyurek@gsu.edu.tr

Genel inancın ötesinde, suç politikası sosyokültürel kavramlardan derin biçimde etkilenmektedir. Bu kavramlar “*Weltanschauung*”u oluşturmaktadır. Almanca ve tercüme edilemez olan bu terim, yaklaşık olarak, insanların toplumdaki ilişkileri ile devlet, resmi makamlar ve görevlilerle olan ilişkilerinin anlaşılmasını ifade etmektedir.

Siyaset bilimleri, sosyoloji ve düşünceler tarihindeki ilerlemeler sayesinde, özellikle, bu kavramlar ve etkileri giderek daha iyi biçimde anlaşılmaktadır. Biz, yakın zamanda kabul edilen ve Batı tipi liberal demokrat toplumlara özgü olan iki tanesini seçtik: risk yönetimi ve özen ilkesi.

Sosyokültürel toplumlarımızın kökeninde, bireyler, tıpkı tüm toplum gibi, tamamen Tanrının yönetimi altındaydı. Karşılaştıkları riskler, insanların erdemini ve inancını ortaya koyabilmek için Tanrı tarafından yaratılıyordu ve gerçekleşen risk de işlenen günahların cezalandırılmasına hizmet etmekteydi. Risklere karşı başvurulabilecek yollar gerçekliğin ötesine geçmekteydi. Tanrısal irade karşısında güçsüz olan insan, risklerin sorumluluğunu üstlenmiyor, onlara katlanıyordu. Gerçekleşen risklerden sakınmaya çalışabilirse de, bizzat risklerden sakınamıyordu.

Batı’da devletin laikleşmesinden ve böylece hukuk kurallarının dinsel kurallardan ayrılmasından bu yana, insan ve toplum, risklerin sorumluluğunu ve yönetimini, ortaya çıkışından bu yana gelişen bir kurala göre paylaşım üstlenmektedir. Bu kural uyarınca birey yalnızca onu etkileyen ya da öncelikle onu etkileyen risklerin sorumluluğunu, devlet ise kendi ya da tüm toplum ya da en azından toplumun önemli bir kesimini etkileyen risklerin sorumluluğunu üstlenir.

Devlet geliştikçe ve toplum karmaşıklaştıkça, bu risk yönetimi paylaşımı devletin lehine değişmiştir (sosyal hizmetler, sağlık ve hastane hizmetleri, sosyal güvenlik, vs.). Özellikle İskandinavya’da sosyal devletin büyük gelişimi ile çok ilerlemiş olan bu değişim, Batı’daki bir diğer anlayışın, bireyi toplumun kalbine koyan anlayışın gelişimine de bağlıdır. Bu bireycilik, güçlendiği zaman, bireylerin haklarını ileri sürerek kişisel sorumlulukları ve yükümlülükleri daha da bulanıklaştırmaktadır. Böylece vatandaş açısından sorumluluklardan kaçışa, yükümlülüklerini hatta hayatın risklerini üstlenmeyi reddetmeye tanık olunmaktadır; çünkü sorumluluklarını ve yükümlülüklerini üstlenmek ile hayatın risklerini üstlenmek karıştırılmaktadır. Ruhsal dinginliği için tüm kişisel sorumluluklarını karşılıksız olarak ya da belli bir ödeme karşılığı (vergi, sosyal güvenlik primi) devlete ya da prim karşılığı sigorta şirketlerine devreden vatandaş açısından her türlü risk katlanılmaz hale gelmektedir. Risk yönetimindeki bu halefiyet günümüzde son derece açıktır ve ilgili riske bağlı olarak daha da belirginleşmektedir.

Öte yandan, riskler içerik açısından çeşitli ve çok farklıdır. İki biçimde ayırt edilebilir: kökenine göre, doğal ya da insani kökenli; değerlere göre (kişisel değerler; hayat, vücut bütünlüğü, malvarlığı, saygınlık vs.; toplumsal

değerler; kamu barışı, güvenliği, düzeni vs.; devletin değerleri: egemenlik, ulusal savunma vs.). Bu çalışmanın gereği olarak yalnızca insani kökenli riskler dikkate alınmış, onların arasından da bir suçun işlenmesinin neticeleri irdelenmiştir.

Burada suç politikası kavramı, daha somut olarak da bu politikanın iki yönü gündeme gelmektedir:

Öncelikle, tehlikenin varlığının bir unsur olmadığı ve ispatının da böylece aranmadığı soyut tehlike suçlarının veya şekli suçların arttırılması ve tehlikenin bir unsur olup ispatının arandığı, yeni bir suç türü olarak Alman hukuku kökenli “*Gefährdungsdelikte*” somut tehlike suçlarının yaratılması yoluyla yeni suçlar yaratılması söz konusu olmaktadır. Yeni suçlar yaratılması, özellikle doğanın ve çevrenin korunması alanlarındaki mevzuatta takirle işlenen suçların sayısının arttırılmasını da içermektedir. Böylesine bastırıcı bir politika, daha ağır cezaların getirilmesi veya yürürlükteki cezaların ağırlaştırılması ile daha da sertleşebilmektedir.

Diğer yandan bütün yönleriyle önleyici tedbirlerin alınması söz konusu olabilmektedir. Bu tip tedbirler, daha geniş ve güvenlikçi bir politikanın parçası olabilir. Böylece devlet açısından kimi antidemokratik sapmalar gündeme gelebilmektedir. Örneğin terörizm, örgütlü suçluluk veya şiddet içeren suçluluk gibi objektif veya maddi güvensizliği, sübjektif güvensizlikten veya güvensizlik duygusundan, örneğin gençler tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemlerinden ayırt etmek çok zordur.

Suç politikasının etkinliğinin tüm bu faktörlere ve aralarındaki denge ile orana bağlı olduğu da açıktır.

Ayrıca bu etkinlik, başka faktörlere, yani dışarı ile bağlantısı olmadan sürdürülemeyen suç politikasının dışındaki faktörlere de bağlıdır. Bu politika, mantıklı, sağduyulu ve uyumlu olması neticesinde aynı şekilde mantıklı, makul ve uyumlu olan toplumla, eğitimle, sağlıkla, ekonomiyle, çevreyle vb. ilgili politikalarla birlikteliği gerekmektedir. Tüm bu politikalarda risk yönetimi ve özen ilkesinin işletilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira özellikle XX. yüzyılın ortalarından itibaren Batı tipi liberal demokratik toplumlardaki sosyopolitik dönüşüme bağlı olarak ortaya çıkan paradoksun azaltılmasını sağlayabilmektedir. Söz konusu paradoks, bireyin bir yandan kaderine hakim olamasa da haklarının sahibi olarak üstünlüğünü vurgularken, diğer yandan aynı bireyin haklarının ve kişiliğinin korunmasını giderek artan biçimde devlete devrederek pasif duruma geçmesinden kaynaklanmaktadır. Daha önce de söylediğimiz gibi sosyal devletin büyük gelişimi ile bu değişim çok ilerlemiştir. Vatandaş devlete karşılaştığı risklerin yönetimini devretmektedir ki bu devir riskler somutlaştığında vatandaşın sorumluluğunu üstlenmeyi de içermektedir. Suç politikasında bu durum örneğin şiddet içeren suçların mağdurlarının tazmin edilmesiyle kendini göstermektedir.

Böylece devletin görevi de ciddi biçimde ağırlaşmaktadır: kendisinin ve toplumun karşılaştığı risklerin yönetimine – ki bunlar kendisine doğal olarak verilmiş işlerdir – bireylerin karşılaştığı risklerin, bireylerin yalnızca istedikleri zaman karşılaşacak oldukları da dâhil olmak üzere, giderek artan bölümünün yönetimi de eklenmektedir. Söz konusu kayma bir yandan politik ve ideolojik anlayışlarla, diğer yandan toplumda giderek artan biçimde hissedilen güvensizlik duygusu ile açıklanabilir. Bu duygu birçok (yaşlı) kişide güçsüzlük izlenimini ve hemen tüm kişisel değerlerin korunması için devlete sığınma eğilimini tahrik etmekte, beslemektedir. Devletin işleri o derece karmaşıklaşmaktadır ki, risklerin kökeni ve özellikleri ne olursa olsun (doğal kökenli olan örneğin tsunami veya salgın gibi bir facia ya da insani kökenli olan örneğin terörizm veya okullardaki şiddet dalgaları), tüm politikaları açısından ortak ilkeler ve risk yönetim biçimleri benimseme gereksinimini daha çok hissedilmektedir.

Bu ilkeler arasında, Federal Almanya Cumhuriyeti'nde resmi makamların çevrenin korunması alanındaki faaliyetini yönetmek için ortaya konup 60'lı yılların sonundan beri uygulanan "özen ilkesi" yer almaktadır. Başlangıçta, kriz yönetimi için değil, çevreye yönelik yaygın, stratejik ve uzun vadeli bir yönetim için ortaya konduğunu belirtelim. Bu durum söz konusu yönetimin üç parçalı bir tablo gibi gelişimini açıklamaktadır: kısa vadede yakın tehlikelere çözüm bulmak; orta vadede daha soyut tehlikeleri engellemek; ve nihayet uzun vadede, özellikle doğal kökenli, mevcut tüm kaynakların optimal yönetimini oluşturmak.

Özen ilkesinden etkilenerek, bu tip risk yönetimleri kriz zamanlarında, ilk kısmı bir şekilde yok edip diğer ikisinin aleyhine aniden abartılır ve önemsenir. Böylece devletin faaliyetinin yan etkileri olabilir ve halkın gözündeki etkinliğini ve güvenilirliğini kaybedebilir. 2009–2010 döneminde A(H1N1) gribi salgınına karşı mücadele eden birçok ülke için, büyük masraflar edilerek ölçüsüz aşı stoklarının oluşturulup daha sonra salgın yavaşlayınca bunların kullanılmadığı ve başka ülkelere hibe edildiği zaman sağlık politikası alanında yaşanan da budur. Aynı biçimde, ülkede ciddi ve ani bir uyuşturucu sorunu yaşayan Amerika Birleşik Devletleri'nin, Güney Amerika'daki koka tarım alanlarını ordu vasıtasıyla bombalatması ve bunun tek sonucu olarak oradaki köylüleri açlığa mahkum edip çevreye ciddi biçimde zarar verilmesi, diğer yan zararların boyutundan ise siyasi nedenlerle hiç söz edilmemesi örneğinde de suç politikası bakımından aynı durum söz konusudur.

Özen ilkesi; bireyler, siyasi partiler ve hatta ideolojiler tarafından farklı biçimde ele alınıp değerlendirilen bir değerler sistemi üzerine kurulmuştur ve risk yönetimi seçimlerini dengelemeyi sağlayan bu çeşitli değerlendirmelerin bütünüdür. Yaygın bir risk yönetimi çerçevesinde yapılan da budur. Ancak kriz durumunda veya olağanüstü hallerde, devletin seçimini belirleyen; risklerin açık biçimde değerlendirilmesi ve ilgili değerlerin rahatça dengelenmesi değildir, güvensizlik duygusu ve risk korkusu üstün gelir.

azami biçimde tüm zararlı olaylardan korunmak istenilir, her türlü zarar verici hareketten kaçınılır. Tehdit abartılır ve basit bir riske büyük önem atfedilir. Uyarı telaşa dönüşmektedir. Özellikle kriz anlarında, bilimsel olarak belirlenmesi kesinlikle zor olan objektif riskten, kişisel hayallerden ve toplumsal hayal gücünden beslenen subjektif riske geçilir. Özen ilkesi de böyle aşırılıkların altında ezilmektedir. Ona gönderme yapmak veya başvurmak en basit söylemle yolsuzdur, çünkü hataya karşı koruma sağlamamaktadır. Ona gönderme yapan devlet kararları ve eylemleri bütün meşruiyetini kaybetmektedir. Aslında krize kriz eklenmekte ve bu sürecin sürekli tekrar edilmesi, tarihin de gösterdiği gibi her türlü antidemokratik saptırmaya yol açan bir tür devamlı olağanüstü hal yaratmaktadır. 11 Eylül 2001 sonrası öncelikle ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde türeyen özgürlük düşmanı antiterör panik yasalarını hatırlatmak yeterlidir. Yaygın risk yönetimi, vatandaşların bu yönetimi özgür biçimde ve kendi değer yargılarına göre devlete önce kişisel sonra da toplumsal bir kararla devretmelerini gerektirirken, kriz halinde özen ilkesi yalnızca, acil ve sert biçimde kararlarını vatandaşlara uygulayan devlet tarafından uygulanır. 11 Eylül 2001'ün birkaç gün sonrasında yetkili makamlara özel telefon görüşmelerinin önleyici amaçla sınırsız biçimde denetlenmesi yetkisini veren Amerikan Başkanı, Yönetimi ve Kongresi ile bazıları gizli tutulan tutukevlerindeki terör şüphelilerine karşı işkenceye başvurulmasına izin veren Washington da böyle hareket etmiştir. Kriz zamanlarında makul karşılanan (toplum tarafından bilindiği ölçüde), böyle bir risk yönetiminden doğan tedbirler, kriz uzaklaştığında ve hayal kırıklığının da etkisiyle bu yönetimin özellikle, hassas bir alan olan, İnsan Hakları alanındaki yan etkilerinin açığa çıktığı ölçüde meşruiyetini kaybetmektedir. Böylece risk yönetimi ve özen ilkesinin daha az paradoksal bir yönü ortaya çıkar: vatandaşlar, bir yandan klasik bir anlayışla az veya çok isteyerek uymaktan başka çare olmadığından risk yönetiminin kabul edileceği sonucuna ulaşan devlete, bu çerçevede giderek daha fazla teslim olurlarken, diğer yandan söz konusu risk yönetiminden kaynaklanan yeni kurallara ve yükümlülöklere kendi değer yargılarına göre uymak veya uymamak hakkını talep etmektedirler. Yukarıda değinilen ve 2009 yılında Avrupa'da yürütölen A(H1N1) aşı kampanyasındaki başarısızlık da böyle açıklanmaktadır. Gerçek veya tahmin edilen kriz zamanında, özen ilkesine aşırı biçimde başvurulmasının güzel bir örneğidir. Tehdit heyecana bağlı hale gelmektedir. Devlet az veya çok tepki verir ve tehdit gerçekleşmezse, sağlıklı bir risk yönetiminden söz edilir. Devlet tepki verir, tehdit bazı olaylarda vücut bulur ve fakat vatandaşlar bu yönetimin tedbirlerini ve araçlarını kabullenip boyun eğlerse de aynı durum vardır. Bununla birlikte son koşul; vatandaşların değer yargılarına, gerçekler, riskin ciddiyeti ve devletin faaliyetinin içeriği ve büyüklüğü konusunda sahip oldukları bilgilere, son olarak da herkesin sorumluluklar konusunda özgürce sahip olmak istediği kişisel seçimlere bağlıdır. Burada bir paradoks ile karşılaşmaktayız ki, bazılarınca post-modern olarak adlandırılan toplumlarımız açısından tipiktir: özen ilkesi, vatandaş kişisel değerlerini koruyabilmek için haklarından ve yetkilerinden devlet yararına vazgeçmeye gitgide daha çok teşvik ederken, aynı vatan-

daş, devlet bu görevinden kaynaklanan önceliklerinden yararlandığında, kişisel özgürlüğü adına dilediği şekilde kendini tanımlama ve davranma hakkını ileri sürmektedir. Bu yeni değer yargıları, vatandaşlar ile devlet arasında yeni güç dengelerine yol açmaktadır. İsmi hak eden her suç politikasının oluşturulmasında ve uygulanmasında bunu unutmamak mantıklı ve makuldür. Hatta bazıları risk yönetimi kurallarını ve özen ilkesini suç politikası ile o derece birleştirmektedirler ki, sonuncuyu "aktüaryel" olarak nitelendirmektedirler.

Oysa suç politikası yalnızca meclisin ve hükümetin işi değildir. Ceza hakiminin de söyleyecek sözü vardır. Suçluluk veya suçsuzluğu takdir ederken, ve daha sonra, gerekirse, cezayı belirlerken risk yönetimi ve özen ilkesi kavramlarına başvurur mu? Soru aslında taksirle işlenen suçların, özellikle de toplumsal faciaların varlığı halinde sorulmalıdır: büyük çaplı su kirliliği (hidrokarbür dolu büyük petrol tankeri Erika'nın batması), büyük çaplı ekolojik facialar (Svesko, Çernobil) veya ölümcül uçak kazaları (Rio-Paris Air France uçuşu 2009). Sonuncular özellikle bilinmektedir; buna daha sonra döneceğiz.

Uluslararası sözleşmelere (IATA Sözleşmeleri) uymak ve aynı zamanda risk yönetimi adına, özen ilkesi gereğince, aralarında 29 Mart 1999 tarihli yasa ile Fransa'nın da bulunduğu çok sayıda yasa koyucu, havayolu faciaları sonucunda olaylar, sebepler, sonuçlar ve olası insani sorumluluklarla (hata veya kusur) ilgili bir idari soruşturma yürütmekle sorumlu, genellikle onlarca bağımsız uzmandan oluşan bir soruşturma komisyonu kurulmasını zorunlu kılmıştır. Bu soruşturmada komisyon; riskleri, ilgili havayolu görevlilerinin yönetimini ve alman tedbirlerin yeterliliğini değerlendirir.

Aynı zamanda bir ceza soruşturması da başlar. Bu süreç de kovuşturmayaya yol açabileceği gibi, facianın tek veya kısmi sebebi olarak taksir veya kastın tespiti halinde bir veya birden fazla mahkumiyetle de sonuçlanabilir.

Birbirinden bağımsız olan ve hem zamanlı veya peş peşe sürdürülen bu iki araştırma sürecinin türü birbirinden farklıdır: birincisi idari, ikincisi ise adlidir. Amaçları da farklıdır: biri vatandaşların bu tip dramaların mağduru olmamak yönündeki kaygılarına cevap verirken, diğeri vatandaşların adaletin sağlanması yönündeki taleplerini karşılar. Sonuçta idari soruşturmada araştırma yasa koyucu ve yürütmenin belirlediği risk yönetimi ve özen ilkesine saygı çerçevesinde gelişir: aynı mantık, aynı amaçlar. Komisyon sürekli olarak sistemin yetersizliklerini ve eksiklerini arar, deneyimlerden yararlanarak faciadan dersler çıkarmaya çalışır ve havayolu güvenliği konusunda iyileştirmeler önerir. Süreç devam ederken, dinlenmek veya rapor sunmak üzere çağırılan, facianın ilgilileri ve sivil havacılık yetkilileri korunmaz ve birbirlerinden saklanmaz; herkesin kaygıları azalır, hatta yok olur ve gerçekler kolayca ortaya çıkar, çünkü hepsinin amacı, daha iyi bir risk yönetimi ve özen ilkesinin daha etkili kullanımı ile havayolu güvenliğini iyileştirmektir.

Buna karşın, adli sürecin amacı olayla ilgili kişilerin sorumluluğunu araştırmak, faciadaki insani sebep ve unsurları ortaya çıkarmak ve gerektiğinde suç veya suçları oluşturan, kasten veya taksirle işlenen kusurlu fiilleri ispatlamaktır. O halde tedbirsizlik, dikkatsizlik veya güvenlik ya da özenle ilgili yasal veya idari bir yükümlülüğe aykırılık nedeniyle şüpheli olma tehlikesi; ilgili tüm kişileri, süreç devam ederken ifadelerinde çekingen olmaya iter. Haklarında suçlamalar olması halinde susma hakkından ve suçsuzluk karinesinden yararlanırlar. Kendilerini korumaları anlaşılır, haklı ve ceza yargılaması sistemine uygundur. Oysa eğer ceza adaleti, delillerin ortaya konması sırasında, öyle gerektiği için itham edilenlerin dahil olduğu ve ifade verdikleri idari soruşturmanın bütün veya bir kısım verilerinden, özellikle de sonuçlarından yararlanırsa bu kişilerin korunması ve savunması aldatıcı bir hale gelir. O zaman idari soruşturma ceza kovuşturmasının bir ön şartı gibi değerlendirilir ve içeriği ve sonuçları da ceza adaleti tarafından kendine uygun olarak kullanılabilir delillere dönüşebilir. Halbuki süreci ceza adaletinin yüksek çıkarı adına bu şekilde sürdürmek, risk yönetimi ve havayolu güvenliği alanlarında yıkıcı sonuçlar doğurmakla kalmaz, bu tip suçlulukla mücadeleyi de iyileştirmez. Sonuçta faciayla ilgili kişiler, yaptıkları veya söylediklerinin ceza yargılamasında aleyhlerine kullanılması korkusuyla, idari komisyonunun önünde şeffaf ve açık yürekli biçimde hareket etmezler. Tam tersine daha idari aşamada, ceza gerekçesiyle kendilerini korurlar; soruşturma komisyonunun vardığı sonuçlar da bundan ciddi şekilde etkilenir ve gelecekteki risk yönetimleri konusunda daha az etkili olur. Kısacası idari soruşturma büyük ölçüde ceza kovuşturmasına hizmet ederse, havayolu faciasından hemen sonra doğrudan başlatılan ceza kovuşturması idari soruşturmaya ciddi şekilde zarar verir. Burada devletin iki amacı arasında çatışma bulunmaktadır: güvenlik ve adalet. Söz konusu sorun, iki paralel veya birbirini izleyen süreç arasında mutlak bir ayrılık ve karşılıklı kesin bir gizlilik oluşturarak çözülmeye çalışılabilir. Ancak bu tedbiri, sürekli birlikte çalışıp işbirliği yapmaya alışmış kişilere ve makamlara dayatmak ve uygulamak olanaksızdır. Aynı şekilde mutlak bir ayrılık sağlansa bile, bir kişinin ilk süreçte güvenlik adına söylediklerini, ikinci süreçte kendini korumak için gizlemesi onu şüpheli bir hale düşürür ki, bu durum "şizofren akrobasi" olarak nitelendirilebilir. Kısacası düzenli olarak ceza soruşturması başlatma anlayışı idari soruşturmayı tehlikeye atmaktadır.

Ayrıca daha da ciddi bir durum söz konusudur. Bu anlayışın; yeteneklerini, deneyimlerini, gerçekleri ve yaptıklarının sonuçlarını algılama yetilerini ortaya koyan ve belirli güvenlik kurallarına uyan çalışanların varlığını gerektiren karmaşık bir sistem olan havayolu alanında risk yönetimini de sakatladığı ileri sürülebilir. En küçük eksiklikte ceza alma riskiyle karşı karşıya olan her havayolu çalışanı profesyonel kurallar çerçevesinde bu riski yönetmeyecek ve fakat kişisel mahkumiyet riskini azaltmaya çalışacaktır. Güvenlik tedbirleri vasıtasıyla başkalarını koruma yerini kendini korumaya bırakabilecektir. Sivil havacılık personelinin kültüründeki ve mesleki ahlağındaki bu sapma, alanın en büyük uzmanlarından biri olan, Fransa'daki

Mont Sainte-Odile havayolu faciasını soruşturma komisyonunu genel rapor-törü Jean Paries tarafından da dile getirilmektedir (bkz. aşağıda belirtilen Le Monde gazetesindeki makale)

Benzer şekilde aynı gerekçelerle, özensiz bir sendikal eylem sonucunda aynı noktaya gelen parlamentolar ve hükümetler, çoğunlukla risk değil güvenlik doğuran kişisel öncelik ve özerklik kültürünün aleyhine yasa ve yönetmelik enflasyonuna boyun eğerler. Amaçları, herkes için geçerli havayolu güvenliği ile her havayolu çalışanı için geçerli kişisel güvenlik arasındaki çatışmada boğulurken bağlayıcı kurallar sürekli artmaktadır.

Havayolu güvenliği alanında, tıpkı ceza adaletindeki gibi, sağlıklı bir risk yönetimine uygun tek çözüm bir faciadan sonra düzenli olarak bir ceza soruşturması açmaktan vazgeçmektir. Zaten çevrenin korunması gibi diğer alanlarda da durum budur. Yalnızca ağır kusur, kast, terörist saldırı veya sabotaj karinesi olduğunda, tıpkı 2010 Mart ayı başında İtalya'daki Pô hidrokarbür kirliliğinde olduğu gibi, ceza adaletine başvurulmalıdır.

Bir pilotaj hatasında olduğu gibi basit insani eksiklikler söz konusu ise, sonuçlarının büyüklüğü ne olursa olsun farklı cezalara başvurulmalıdır: tazminat ve/veya disiplin cezası. Tüm bu açıklamaların ışığında, kamuoyunu bilgilendirerek personelin mesleki ve teknik eğitimini, etkin denetim kurum ve kuruluşlarını ve ceza adaletinin ikincil ve amaççı müdahale yöntemini geliştirmek; özenli olup mantıklı, makul ve uyumlu suç politikasına uygun bir risk yönetimi üzerine kurulu güvenlik politikasını sürdürmek devletin, havayolu şirketleri ile sigorta şirketlerinin ve bu arada ekonomi devlerin görevidir.

Kaynakça

DELMAS-MARTY, Mireille : Liberté et sûreté dans un monde dangereux, Paris, Seuil, 2010.

EWALD, François (sous la direction de): Aux risques d'innover, Paris, Editions Autrement, 2009.

EWALD, François : Le principe de précaution finit par affaiblir l'Etat, Le Monde, 12 janv. 2010, s. 12.

FONDATION INTERNATIONALE PENALE ET PENITENTIAIRE : La sécurité publique dans l'Etat de droit face aux défis de la société du risque, Actes du Colloque de Cabo Verde, Publication FIPP No 38, Coimbra, 2006.

MARY, Philippe : Pénalité et gestion des risques: vers une gestion « actuarielle » en Europe ?, Déviance et Société, 2001, s.33 vd.

OBSERVATOIRE DU PRINCIPE DE PRECAUTION, fondateur et président: François EWALD, [www.o - o - p.fr](http://www.o-o-p.fr).

PARIES, Jean : Pas de procès pour les erreurs de pilotage !, Le Monde, 10 nov. 2006, s.21.

TRUDEAU, Jean-M., Evaluation des risques et processus décisionnel en matière de liberté conditionnelle au Canada, in: de SINNER, Philippe et al. : Le plan individuel d'exécution des sanctions, Berne, Staempfli, 2005, s.71 vd.

İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*
(Crime Of Bid Rigging)

Doğan SOYASLAN**

Özet: Bu çalışmada öncelikle İhale kavramı açıklanmış, ardından 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde düzenleme altına alınmış olan "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu" incelenmiştir. Bu kapsamda İhale kavramı ve usulleri gibi konular açıklandıktan sonra İhale mevzuatına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiş olup 5237 sayılı TCK'da yer alan İhaleye fesat karıştırma suçu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İhale, İhale usulleri, İhaleye fesat karıştırma, Ceza Hukuku İhale Mevzuatı

Abstract: *Following the explanation of the notion of tender, "The Crime of Bid Rigging", which is regulated under Article 235 of the Turkish Penal Code No. 5237 has been examined. In this context, subjects such as the notion and procedures of tender have been explained, tender regulations have been considered, and the crime of bid rigging, regulated within the Turkish Penal Code No. 5237, has been examined elaborately.*

Keywords: *Tender, tender procedures, bid-rigging, criminal law, legislation and by-laws regarding tenders*

Devletlerin ekonomik faaliyetleri XIX. Yüzyılın ortalarından bugüne, özellikle II. Dünya savaşından sonra artmış, bu durum kamu sektörünün bütçesinin büyümesine sebebiyet vermiştir.

Devlet gerek klasik görevlerini ve gerekse kamu hizmetlerini yerine getirirken kamu kudretini kullanır. Kamu kudreti kamu hizmetlerinin yapıl-

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibarıyla güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: d.soyaslan@cankaya.edu.tr

ması için gerekli olan bir güçtür. Birey karşısında devlete üstünlük verir ve devlet birey ile ilişkilerinde tek taraflı işlemler yapabilir. Bu üstünlüğü kamu hizmetinin mahiyeti ve hizmetten yararlanan geniş insan kitleleri olması gerektirir.

Öte yandan devlet, hukuka bağlı tarafsız, herkese eşit mesafede olan bir kurumdur. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için kamu kudretini kullanarak tek taraflı işlem yapmasının nedenlerinden birisi de budur.

Devlet kamu hizmetlerini yürütmek için piyasaya girecek, mal ve hizmet alımı satımı yapacaktır. Bunları yaparken kendi çıkarını korumak amacıyla sattığı mal veya hizmeti en yüksek fiyata satmak, aldığı mal veya hizmeti en düşük fiyata almak isteyecektir. Bir malın alım ve satımının devletin çıkarına uygunluğu için işlemin rekabet ortamı içinde gerçekleşmesi gereklidir.

Rekabet, hukuk devletinde, hukuka bağlı olarak şeffaflık içinde gerçekleştirilebilir. Kısaca özetlemek gerekirse devlet alım ve satımları ve kiralamaları hukuk kurallarına bağlı olarak, aleni bir şekilde gerçekleştirilir. Hukuka bağlılığın ve şeffaflığın amacı rekabeti sağlayarak daha az para ile daha kaliteli mal ve hizmet almak ve böylece devletin ve toplumun çıkarını korumaktır.

Devlet alım, satım ve kiralamalarını yaparken bireylerle sözleşme yapar. Sözleşme yapmadan önce tek taraflı bir işlem ile şartname hazırlar ve İhale açar. İhale sürecinde şeffaflık ve rekabet içinde bireyler yarışır ve sonunda kamu kurumu için en uygun fiyatı teklif eden bireye iş İhale edilir.

İhaleden sonra, İhale edilen kişi ile İhale şartlarının yerine getirilmesine ilişkin sözleşme yapılır. Söz konusu sözleşme ya bireyle eşitlik temelinde (iki birey arasında gerçekleştirilen sözleşmeler gibi) bu durumda özel hukuk hükümleri uygulanır ya da kamu kurumunun üstünlüğüne dayanılarak gerçekleştirilir. Bu durumda devlet bireye zarar vermemek üzere sözleşme şartlarını değiştirebilir. Kamu İhale Kurumunun açıkladığı istatistiklere göre kamu İhalelerinin mali boyutu oldukça yüksek olup ekonomide önemli bir yer tutmaktadır. Ancak İhaleler Kamu Kurumları adına ve kamu görevlileri tarafından yapılmaktadır. Kamu görevlileri özde kendilerinin olmayan bir işi yine başkaları için yapmaktadırlar. Neticede kazanan da kaybeden de devlettir. Öte yandan işin ekonomik boyutu İhaleleri siyasi kadroların etkisine açık kılmakta, bu durum İhale yolsuzluklarını gündeme getirmekte ve kurumlara güvensizliğe sebebiyet vermekte neticede toplumsal yozlaşma doğmakta, İhale yolsuzlukları hemen hergün medyada haber konusu olmaktadır.

İhale ile ilgili suçlar 765 sayılı kanunda beş maddede düzenlenmiştir (md. 205, 208, 366, 367, 368). 5237 sayılı kanun bir maddede düzenlenmiştir (md. 235). Bunun nedeni yeni kanunun hükümlerinin daha esnek bir metotla düzenlenmiş olmasıdır.

Biz bu tebliğimizde önce İhale kavramına ve hukukuna daha sonra da İhaleye fesat karıştırma suçuna değinmeyi isabetli bulmaktayız.

I. İhale Kavramı ve Amacı

Arapça "havl" kelimesinden türetilmiş bir isim olan "İhale", "iş, mal vb. ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma"¹, "İhale etmek" ise, "bir işi en uygun görülene bırakma" anlamlarına gelmektedir. Bu içeriğiyle "İhale", bir malın gerçek değeriyle satılmasını sağlamak üzere, alıcılar arasında artırma yapılarak uygulanan satışı ifade eden "müzayede" ve "mezat" kavramlarını da kapsayan bir üst kavramdır.²

İhale kavramı 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tarafından tanımlanmıştır. Gerçekten KİK'in "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde; "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasında seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve İhale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri..", 2886 sayılı "Devlet İhale Kanunu (DİK)"nun 4. maddesinde ise; "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasında seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve İhale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri...", 2886 sayılı "Devlet İhale Kanunu (DİK)"nun 4. maddesinde ise; "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasında seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri.." ifade eder" şeklinde tanımlanmaktadır. Türk hukukunda konuya ilişkin 4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun, 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu gibi özel kanunlar bir tarafa genel olarak İhaleler bu iki kanuna göre yapılmaktadır.

Tanımlarda da ifade edildiği gibi "İhale", İdarenin yapacağı sözleşmenin tarafını seçmek için yürüttüğü bir süreç olup "Kamu İhale Hukuku"nun ayrıntılı, sıkı ve emredici kurallarına göre açılıp sürdürülmekte ve sözleşmenin imzalanması ile son bulmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinin yapılışından farklı olarak, özel nitelikte kamu (İdare) hukuku kurallarının uygulanmasının nedeni, kamu kaynaklarının söz konusu olması ve bunların korunması için özgün kurallara ihtiyaç duyulmasıdır.³ Dolayısıyla tüm bu istisnai düzenlemelerin benimsenmesiyle ulaşılmaya çalışılan amaç, gerek kamuya gelir getirici faaliyetler, gerekse kamu ihtiyaçlarının karşılanması açısından yapılacak İhalelerde, sözleşmenin karşı tarafının objektif bir şekilde belirlenerek en uygun sözleşmenin imzalanmasıdır. En uygun sözleşmeciyse, en iyi

¹ Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, 23. Baskı, Ankara 2006, sh. 415.

² Develioğlu F., Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, sh. 639, 791.

³ Duran L., İdare Hukuku Ders Notları, s. 447; Yayla Y., İdare Hukuku, sh. 120.

sözleşmenin imzalanması sonucunda; en uygun kalitede mal veya hizmeti, en uygun bedelle, uygun zamanda ve koşullarda almak veya duruma göre satmak yahut kiralamak mümkün olacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde öngörülen İhaleye fesat karıştırma, Devlet İhale Kanununun 83. Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde öngörülen yasaklar İhalenin amacını korumak için öngörülmüşlerdir.

II. İhalenin Hukuki Niteliği

İdare kamu hizmetlerinin yürütürken ihtiyaç duyduğu şeyleri temin etmek amacıyla gerçek veya tüzel kişilerle sözleşme yapar. Söz konusu sözleşmeler tabii oldukları rejim açısından idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak ikiye ayrılır. İdarenin taraf olduğu bu sözleşmelerden kamu (İdare) hukukuna tabi olanlara "idari sözleşmeler", özel hukuka tabi olanlara ise "özel hukuk sözleşmeleri" denilmektedir.

Hakim düşünceye göre bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi olduğu incelenirken, içeriğinden hareket edilmekte, kamu hizmetine ilişkin olup olmadığına ve özel hukuk şartlarını aşan şartlar ihtiva edip etmediğine veya İdarenin karşı taraftan üstün konumda bulunup bulunmadığına bakılır.⁴ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa (KİSK) göre sözleşme (md. 4/3), hükümlerinin uygulanmasında taraflar eşit hak ve yükümlülükler sahip olup, İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez ve bu husus kanunun yorum ve uygulanmasında daima göz önünde bulundurulur (md. 4/3). Aynı derecede bir netlik bulunmamakla birlikte, DİK'e göre yapılan sözleşmelerde de anılan ilke geçerlidir.⁵ Dolayısıyla kamu İhale sözleşmelerinin Türk Hukukunda açıkça özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz.⁶

Kamu İhale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olmalarına rağmen, kendilerine özgü nitelikleri nedeniyle, olağan özel hukuk sözleşmelerinden farklıdır. Zira bu sözleşmelerin taraflarından biri İdaredir ve sözleşmenin yapılmasına kadar olan sürece (İhale aşamasına) İhale hukukunun ayrıntılı, katı ve özel şekil kuralları hakimdir.⁷ Kamu İhalelerine özgü ve özel nitelikli bir idari usul olarak nitelendirilebilecek bu süreç, İdarenin kamu (İdare) hukuku kurallarına göre tesis ettiği işlemler bütünüdür.

⁴ Buz V., Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, sh. 55 vd. Gözübüyük Ş./Tan T., İdare Hukuku, sh. 463-473; Günday M., İdare Hukuku, sh.167-170; Gözler K., İdare Hukuk Dersleri, sh. 434-436.

⁵ Gözübüyük Ş./Tan T., İdare Hukuku, sh. 455-459; Buz V., Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, sh.6 8-69.

⁶ Buz V., Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, sh. 69-72, 353.

⁷ Buz V., Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, sh. 72-353.

Söz konusu işlemlerin bazıları “Özel Hukuk (Borçlar Hukuku)” açısından değerlendirildiğinde, İhale açılması işlemi “icaba davet”; isteklerinin tekliflerini sunması “icap”; İhale kararı, İdarenin kiminle sözleşme yapılabileceğine ilişkin iradesinin oluşumunu gösteren “İdari bir işlem”,⁸ İhale kararının bildirilmesinden sonra İdarenin İhale üzerinde bırakılan istekliyi sözleşme yapmaya davet etmesi tarafların İhale sözleşmesini imzalamaları ise, “kabul” olarak nitelenebilecektir.⁹

İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde iki aşama mevcuttur. Bunlardan birincisini sözleşmenin yapılmasına kadarki evre oluşturur. Bu aşama, İhale ve benzeri bir sürecin başlangıcı, uyulması gerekli esasların tespiti, İhale işlemlerinin yapılması ve sonuçlandırılmasından ibaret olup, İdarenin her türlü eylem ve işlemi gibi idaridir ve bu nedenle konuyla ilgili uyuşmazlıkların çözüm yeri -tahkim yolu öngörülmüşse- idari yargıdır. Buna karşılık sözleşmenin yapılmasından sonraki aşama ise, özel hukuka tabidir ve dolayısıyla bundan doğan uyuşmazlıkların çözüm mercii de adli yargı (veya öngörülmüşse tahkim mahkemesi)dır.

III. İhale Usulleri

Kamu kurumunun yararına olan bir sözleşmenin yapılabilmesi için İhalelerde; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması gibi ilkelere uyulması gereklidir. Söz konusu ilkelere uygun İhale usulleri Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve konuya ilişkin bazı özel kanunlar tarafından öngörülmüştür. Önce iş hangi İhale usulünün uygulanmasını gerektiriyorsa ona göre İhale açılacak, daha sonra da bu usulün gereklerine sıkı sıkıya uyulacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun olması, açısından önemli olan bir İhalenin varlığıdır. Usulünün bir etkisi yoktur. Bununla beraber, gerek İhale usulünün belirlenmesinde ve gerekse belirlenen usule göre sürdürülüp İhalenin sonuçlandırılmasında, mevzuat ve buna göre hazırlanması gereken İhale dokümanındaki hükümlere uygun davranılıp davranılmadığı çok önemlidir. Zira İhaleye fesat karıştırma suçunda, fesat olarak nitelenen eylemlerin birçoğu esasen bu kuralların ihlal edilmesinden ibarettir. Örneğin, bir kamu kuruluşunun düzenlediği mal alım İhalesinde isteklinin İhaleye katılma yeterlik veya koşullarına sahip olup olmadığı KİK ile İhale dokümanındaki hükümlere göre belirlenir. İhale usulleri Türk hukukunda genel olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tarafından düzenlenmiştir.

⁸ Buz V., Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, sh. 222.

⁹ Buz V., Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, sh. 210-299.

A. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Öngörülen İhale Usulleri

Devlet İhale Kanununun 35. maddesinde, söz konusu kanun kapsamındaki işlerin, İhale usulleri düzenlenmiştir. Bunlar kapalı teklif (ilan) usulü (md. 37-43), belli istekliler arasında kapalı teklif usulü (md. 44), açık teklif usulü (md.45-47), pazarlık usulü (md. 50-51) ve yarışma usulüdürler. (md. 52)

1. Kanunda “esas usul” olarak, tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı (ilan) usulü...” (DİK md. 36/1) benimsenmiş, diğer İhale usullerinin (md. 35) istisna olduğu kabul edilmiştir (DİK. md.35,36/1). Bunun temelinde “kapalı teklif (ilan) usulü” ile geniş bir istekli kitlesine ulaşılarak objektif rekabet ortamının yaratılmasının mümkün olması yatmaktadır.¹⁰

İdare, kapalı teklif (ilan) usulü dışındaki İhale usullerini ancak, işin niteliğini gözeterek bazı sınırlı hallerde uygulayabilir. (DİK md. 35, 44, 45, 51, 52).

Kapalı teklif (ilan) usulünün karakteristik özelliği(md. 37-43), İhaleye katılım açısından prensip olarak ilgili herkese açık olması ve tekliflerin gerek diğer isteklilerden, gerekse İdareden gizli olarak verilmesidir. Bu usulde tekliflerin hazırlanması (md. 37), verilmesi (md. 38), dış ve iç zarfların açılması ve son tekliflerin alınması (md. 39-40) ile tekliflerin aynı olması ve İhalenin yapılamaması ihtimallerinde uygulanacak kurallar oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

2. İstisnai olmasına rağmen DİK uygulamasında oldukça sık başvuru alan diğer bir usul ise, “belli istekliler arasında kapalı teklif (davetiye) usulü”dür. DİK'in 44. maddesine göre uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayi ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı, barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, “özellikli bulunan yapım işleri” kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir. İlan yapılması şart olmamakla birlikte, gerekli görülmesi halinde İhaleye davet edilecek isteklilerin seçimi için 17, 18 ve 19. madde hükümlerine bağlı kalınmaksızın önseçim ilanı yapılabilir. (DİK md. 44/4)

Belli istekliler arasında kapalı teklif (davetiye) usulüyle yaptırılacak işlerin niteliği nedeniyle, davet edilecek firmaların teknik yeterlilikleri ve güçlerinin İdarece kabul edilmiş, İhale konusu işte uzmanlaşmış, deneyimli, teknik ve mali yönden güçlü firmalar yükleniciler arasından seçilmelidir.

3. “Açık teklif (açık arttırma ve eksiltme) usulü (md. 45-49), tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen

¹⁰ Gönen, Dinçer/Işık, Hikmet, Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması, 11. Baskı, Ankara 2000, sh. 264-265, 283.

İhaleler açısından uygulama olanağı bulunan İhale usulüdür. Açık teklif usulüne göre İhaleler, isteklilerin İhale komisyonları önünde tekliflerini sözlü olarak belirtmeleri suretiyle yapılır. Bununla birlikte ilanda belirtilen İhale saatine kadar komisyon başkanlığına ulaşmış olmak şartıyla, usulüne uygun olarak düzenleyecekleri (md. 37) tekliflerini iadeli taahhütlü bir mektupla da gönderebilirler (md. 46). Sözlü veya yazılı son teklifler alındıktan sonra (md. 47) İhale karara bağlanır. (md. 41, 48)

4. "Pazarlık usulü (md. 50-51)"; yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dahil) ve nitelikleri itibariyle her yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen işler ile kanunda tek tek gösterilen (md. 51) acil, önemsiz veya özellik gösteren bazı işlerde uygulanabilecek İhale usulüdür. Bu usulde teklif alınması belli bir şekle bağlı olmayıp, İhaleler, komisyon tarafından işin nitelik ve gereğine göre bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak ve bedel üzerinde anlaşmak suretiyle yapılır. Ayrıca pazarlığın nasıl yapıldığı, ne gibi tekliflerde bulunduğu ve üzerine İhale yapılanların niçin tercih edildiği pazarlık kararında gösterilir.¹¹

5. "Yarışma usulü (md. 52)"; İdarelerin her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlarla ilişkin işleri gerekli gördüklerinde yaptırabilecekleri İhale usulüdür. Ancak bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya, pazarlıkla İhale edilebilir.¹²

B. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen İhale Usulleri

Kamu İhale Kanunu İhale usullerini açık İhale usulü, belli istekliler arasında İhale usulü, pazarlık usulü, doğrudan temin usulü, tasarım yaklaşımları olarak düzenlenmiştir. (md. 18-23).

1. Açık İhale usulü, kural olarak bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. (md. 4,19). Bu usul Devlet İhale Kanununda öngörülen kapalı teklif (ilan) usulünü karşılamaktadır.¹³

Belli istekliler arasında İhale usulü ise, yapılacak ön yeterlik değerlendirilmesi sonucunda, İdarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. (md. 4, 20). Ancak her zaman uygulanamaz. Sadece işin özelliğinin uzmanlık veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle, açık İhale usulünün uygulanmadığı zamanlarda uygulanır. Kanunda (md. 5/4) her ne kadar açık İhale usulü yanında belli istekliler arasında İhale usulünün de esas usul olduğu belirtilmiş ise de, asıl olan "açık İhale usulü"dür.¹⁴

¹¹ Arslan Çetin. İhaleye fesat karıştırma suçu (TCK md. 235). Ankara 2008, sh. 24.

¹² Arslan Ç., a.g.e., sh. 24.

¹³ Arslan Ç., a.g.e. sh. 25.

¹⁴ Oder B., Kamu İhale Hukuku, İst. 2004, sh. 590.

Belli istekliler arasında İhale usulü herkesin değil, ancak İdarece yapılacak ön yeterlik incelemesi sonucunda İhale konusu işte ehliyetli olduğuna karar verilenlerin katılabildiği bir İhale usulüdür. (md. 10, 20).

3. Pazarlık Usulü

Açık İhale usulü veya belli istekliler arasında İhale usulü ile yapılan İhale sonucunda teklif çıkmaması ya da doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya İdare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine İhalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, keza savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine İhalenin ivedi olarak yapılmasının gerekmesi veya İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelik taşıması veya İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikleri ve karmaşıklığı nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi hallerinde veyahut yaklaşık maliyeti belli bir miktara kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları, kanunda benimsenen diğer bir usul olan "pazarlık usulü (md. 21)" ile yapılabilecektir.¹⁵ Bu usulde, İhale süreci iki aşamalı olarak gerçekleştirilmekte ve belli hallerde fiyat isteklilerle görüşülerek belirlenmektedir. (md. 4, 21)¹⁶

4. Doğrudan temin usulü

İdarenin başvurabileceği diğer bir İhale usulü de doğrudan temin usulüdür. İlan yapılmaksızın ihtiyacın belirli bir istekliden karşılanmasının kaçınılmaz olduğu durumlarda başvurulur. İstekliden teminat alınmaz. İdare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartlar ve fiyat görüşülerek ihtiyaç doğrudan temin edilmektedir. (md. 4, 22)¹⁷

5. Tasarım yarışmaları

KİK'in 23. maddesinde danışmanlık hizmet İhaleleri için özel düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre, İdareler gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge planlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plan veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ilgili mevzuatında belirlenen usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ve ilan yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü ve ödüksüz yarışmalar yaptırabilmektedir. Tasarım yarışmaları kanunda açıkça İhale usulü olarak zikredilmemiş olmakla bir-

¹⁵ Arslan Ç., a.g.e., sh. 26.

¹⁶ Bu konuda Bkz. Uz A., Kamu İhale Hukuku, Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi ve İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları Ank. 2005 sh. 195-209 Arslan Ç., a.g.e., sh. 26.

¹⁷ Bu konuda Bkz. Uz A., Kamu İhale Hukuku, sh. 211-224.

İkte, niteliği itibarıyla DİK'in 52. maddesine göre paralel bir İhale usulüdür.¹⁸

IV. İhale Mevzuatı

Türk Hukukunda kamu İhalelerinin tarihi gelişimine ilişkin ayrıntılı bir araştırma yoktur. Ancak konu ile ilgili çalışmalarda İhale ile ilgili ilk düzenlemenin 1857 tarihli Nizamname olduğu ileri sürülmektedir¹⁹. 10 Muharrem 1330 (1914) tarihli ek bir Nizamnameyle çeşitli satın almaların ve bazı yapım işlerinin bakanların izniyle İhalesiz olarak yapılması kabul edilmiş, 4 Haziran 1919 tarihinde çıkarılan ve kanuniyeti 1921 yılında onaylanan kararnameyle de, 1914 tarihli Nizamnameye ek yapılarak bazı değişiklikler yapılmıştır.

Cumhuriyetin kuruluşuyla birlikte devlet ihtiyaçlarının karşılanmasıyla ilgili işlemler, 22.04.1925 gün ve 661 sayılı "Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede, Münakaşa ve İhalat Kanunu" hükümleri çerçevesinde yürütülmüş, ardından 02.06.1934 gün ve 2490 sayılı "Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu", daha sonra 08.09.1983 gün ve 2886 sayılı "Devlet İhale Kanunu" ve nihayet "Kamu İhale Kanunu" ile 4735 sayılı "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu" çıkarılmış ancak daha sonra bu kanunlarda da birçok değişiklik yapılmıştır.²⁰

a) 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktaydı. Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları, danışmanlık hizmetleri ve yapım işleri bu kanunun kapsamına girmiş, kamuya gelir sağlanmasına yönelik satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ise Devlet İhale Kanunu kapsamında kalmıştır.²¹

b) 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun günün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası İhale uygulamalarına paralellik göstermediği gerekçeleriyle hazırlanmıştır.

¹⁸ Arslan Ç., a.g.e., sh. 27.

¹⁹ Gönen D./Işık H., a.g.e., sh. 31-32; Kutlu, İhale Süreci, sh. 65-67, dn. 21. Uz A., Kamu İhale Hukuku, sh. 127 vd.

²⁰ Arslan Ç., a.g.e., sh. 28.

²¹ Hamurcu Kürşat, Kamu İhale Kanunu, Sözleşmeleri ve Uygulaması, Adalet Yaynevi, Ankara, 2003, sh. 17.

Kanunda belirtilen İdarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin İhalelerinin bu kanuna göre yürütüleceği diğer işlerde ise, DİK'in hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu tamamen yürürlükten kaldırılmamıştır. Ancak KİK'in "Uygulanmayacak Hükümler" başlıklı 68. maddesinin "a" bendinde "Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin İhalelerinde 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz" şeklinde yer verilen düzenlemeyle, DİK'in uygulama alanı oldukça daraltılmıştır.²²

c) 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

Kamu İhale Kanununa göre, yapılan İhale süreci sonunda sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usuller 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu sözleşmeye göre İhaleye konu olan mal veya hizmet alımları bu kanun uyarınca yerine getirilecektir. Bu temel kanunların yanında, İhalelere ilişkin birçok özel düzenleme mevcuttur. 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı "İl Özel İdaresi Kanunu"; 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun" gibi.

V. İhaleye Hakim Olan İlkeler

İhalenin amacı en uygun sözleşmecinin bulunarak kamu kurumunun en çok yararına olan sözleşmenin yapılmasıdır. Bu amaca ulaşılabilmesi için ise İhalenin, saydamlık, güvenilirlik, eşitlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması gibi ilkelere uyularak rekabete dayalı bir sistem içinde yapılmış olması gerekir. Gerçekten bu doğrultuda DİK'in 2/1. maddesinde; "...ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve İhalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır." denilmekte, KİK'in 5/1. maddesinde ise İdarelerin, yapılacak İhalelerde; "... saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla..." yükümlü oldukları belirtilmektedir. Her iki kanun da İhalede saydamlığı gerçekleştirecek hükümler içermektedirler.

İhaleye fesat karıştırma suçu kapsamındaki fiiller, esas itibarıyla İhaleye egemen olan temel ilkelere de aykırı davranışlardır.

a) Açıklık veya Saydamlık İlkesi

Devleti İhale Kanununun 2/1, Kamu İhale Kanununun 5/1 maddesinde

²² Arslan Ç., a.g.e., sh. 29.

öngörülmüştür. DİK'te "açıklık ilkesi (md.2/1)", KİK'te ise "saydamlık (md. 5/19)" olarak düzenlenen ilkenin amacı İhalelerde ayrımcılık, yolsuzluk, kayırmacılık, rüşvet, gizli anlaşma vb. gibi uygulamaların önüne geçmektir. Bir sistemin saydam olduğundan söz edilebilmesi için, İhalenin isteklilere ilan edilerek duyurulması, İhale dökümanları ve şartnamelerin herkese verilmesi, böylece rekabetin sağlanması, İhale prosedürünün herkese eşit bir şekilde açık ve tarafsız bir şekilde uygulanması gerekir.²³

b) Rekabet İlkesi

Rekabet İhalenin varlık sebebidir. Rekabetin sağlanamadığı bir İhale sürecinde en uygun sözleşmecinin, en uygun bedelle bulunabilmesi mümkün değildir. Eşitlik ilkesinin tamamlayıcısı da olan rekabetin gerçekleşmesine yönelik olarak; İhale sürecinin her aşamasında rekabeti engelleyici davranışlardan kaçınmak, İhalelere katılım ve fiyatların oluşumunda herhangi bir müdahaleye izin vermemek gerekir. Mümkün olan en fazla katılımın sağlanabilmesi için uygun araçlarla ilan yapılır.²⁴

İhalenin doğru usulle yapılması, rekabetin sağlanmasının temellerindedir. Bu nedenle İhalelerde geniş bir istekli kitlesine ulaşılarak objektif rekabet ortamının yaratılması amacıyla "esas usul" olarak DİK'te tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan "kapalı teklif (ilan) usulü" (md. 36/1), KİK'te ise bütün isteklilerin teklif verebildiği "açık İhale usulü" (md. 4, 18/1-a, 19) benimsenerek, diğer İhale usullerinin istisna olduğu kabul edilmiştir.

Rekabet ilkesinin amacı, en uygun teklifin alınmasını sağlamaktır. En uygun teklif ise -mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde- sözleşmenin tam ve eksiksiz olarak icrasını gerçekleştirmeyi sağlayacak "en az bedel"dir.²⁵

c) Yeterlik İlkesi

İhaleye katılmak isteyen kimselerde İhale konusunu gerçekleştirebilecek yeterlilik aranmıştır. Gerçekten DİK'te "İdarece İhalelerin en elverişli koşullarla sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla, isteklilerde belirli mali ve teknik yeterlik ve nitelikler aranabilir. Bunları tespiti yarayan belgelerin neler olduğu, şartnamelerde gösterilir." (md. 16/1) denirken, KİK'te, "İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak... bilgi ve belgeler istenebilir..." (md. 10/1) denmektedir.

İhaleye katılma yeterliliği olmayan kişi rekabeti gerçekleştiremez. İhale konusu işi gereği gibi yapamaz.

²³ Uz A., Kamu İhale Hukuku, sh. 27.

²⁴ Arslan Ç., a.g.e. sh. 40.

²⁵ Arslan Ç., a.g.e. sh. 41.

İhaleye katılma yeterliliği, İhaleye fesat karıştırma suçunda kilit kavramlarından biridir. (TCK md. 235/2-a). Kişinin İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olup olmadığı, İhalenin tabi olduğu mevzuata ve İhale dokümanlarındaki hükümlere göre belirlenmektedir.

d) Eşitlik İlkesi

Eşitlik hukukun temel ilkelerinden birisidir. İhale hukukundaki anlamı bütün isteklilere, İhalenin her aşamasında İdarece eşit muamelede bulunmasıdır. Eşit muamelenin bulunmadığı bir İhalede rekabetten de söz edilemeyeceğinden, bu ilke aynı zamanda rekabet ilkesinin de temel taşlarından biridir.

e) Güvenirlilik İlkesi

İhalelerin başarısı açısından, hem İdare ve hem de İhaleye katılanlar güvenilir olmalıdırlar. Bu nedenle tarafların yaptıklarının arkasında durmaları ve kararlı olmaları büyük önem taşımaktadır. O halde İdarelerin ilân yaptıktan sonra, İhaleye katılım kuralları, İhale usulü, tekliflerin türü, değerlendirilmesi gibi hususlarda değişiklik yapmamaları; isteklilerinde süreç içerisinde sundukları teklifleri geri alamamaları gerekir.²⁶

f) Gizlilik İlkesi

Rekabetin sağlanması için gerek tekliflere, gerekse İhale koşullarına ilişkin bazı bilgilerin, belli bir aşamaya kadar gizli tutulması gerekir. İhalenin gizliliği saydamlık ilkesi ile çelişmez. Aksine tamamlayıcı rol oynar. Gerçekten, açıklık ilkesi gereği İhale koşullarının önceden herkesçe öğrenilmesi rekabetin bir gereği iken, tekliflerin veya yaklaşık maliyetin açık olması rekabetin sağlanmasına engel olacaktır.²⁷

Kapalı teklif usulünde teklifin gizli olarak verilmesi (DİK md. 36/1), mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin İhalesinde yaklaşık maliyetin İhale sonuçlanıncaya kadar açıklanmaması (KİK md. 9), gizlilik gereğidir.

İhalede gizli tutulması gereken bilgilerin başkasına ulaştırılması İhaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden birisini oluşturur (md. 235/2-b).

g) Kamuoyu Denetimi İlkesi

İdari denetimin ve özellikle kamuoyu denetiminin bulunmadığı bir yerde keyfilik olur. Dolayısıyla keyfilikten uzak, yolsuzluk iddialarının bulunmadı-

²⁶ Arslan Ç., a.g.e., sh. 44.

²⁷ Arslan Ç., a.g.e., sh. 44.

ğı bir İhale sisteminden söz edilebilmesi için, kamu kaynaklarının kullanımı konusunda halkın bilgilendirilmesi ve kamuoyu önünde hesap verilebilmesi gerekir. Bunun sağlanabilmesi için, sadece İhale öncesi değil, İhale sırasında ve sonrasında, İhalelere ilişkin işlemlerin açık olması, sonuçların ilan edilmesi (bkz. KİK md. 13, 47) ve İhale sürecinde yetkili kamu görevlilerinin yaptıkları işlemlerle aldıkları kararların dayanak ve gerekçelerinin de bulunduğu kayıtların tutulup, belli bir süre saklanması zorunludur.²⁸

h) İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması İlkesi

İhalede istenilen amaca ulaşılabilmesi için uygun zaman ve şartlar gözetilmelidir. Dolayısıyla İhalelerin, işin özelliği ve niteliği dikkate alınarak, en uygun fiyatın oluşacağı zamanda yapılması, özellikle bir malı daha ucuz ve daha kaliteli temin edebilmek için, İhalenin arz ve talep şartları gözönünde bulundurularak gerçekleştirilmesi gerekir.²⁹

1) Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

Gerek harcama yapılmasına ilişkin olan, gerekse gelir getirici nitelik taşıyan İhalelerde verimlilik esastır. Bu esas, piyasaya bir kamu değeri arz edilirken en uygun bedelin, harcama yapılırken ise en iyi değerin elde edilmesini gerektirmektedir. Ödeneği olmayan işlerin İhale edilmesinin yasaklanması (KİK md. 5/5), maliyetlerin düşürülmesi ve rekabet ortamı yaratmaya yönelik hükümler, kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla konulmuş kurallardır.

VI. İhalelerde Yasak Olan Fiiller-Kabahatler

Pozitif hukuk normunun özelliği bir yaptırımının olmasıdır. Yaptırımsız norma eksik veya total norm denilir. Yaptırım normun uygulanmasını sağlar. Yaptırımsız norma uymak için bir neden yoktur. O halde bir norma uygulanırlık sağlamak için mutlaka yaptırım koymak gerekir.

Kanun koyucu İhale hukukuna uygulanırlık sağlamak için çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. Bunlar nitelikleri itibariyle özel hukuk, İdare hukuku, idari ceza hukuku ve ceza hukuku yaptırımı türündedirler.

Bazı yasak fiillere sadece bir hukuk dalına ilişkin yaptırım uygulanabileceği gibi birden fazla hukuk dalına ilişkin yaptırım da uygulanabilir. İşte gerek DİK'te (md. 83), gerek KİK'te (md. 17, 61) (ve hatta gerekse KİSK'te (md. 25) yer alan ve ihlali halinde çeşitli yaptırımlar öngörülen yasak fiiller,

²⁸ Uz A., Kamu İhale Hukuku, sh. 60-61.

²⁹ Arslan Ç., a.g.e., sh. 46.

İhaleye hakim ilkeleri uygulamayı amaçlayan normlar olup, bunların birçoğu İhaleye fesat karıştırma suçunda tanımlanan fesat niteliğindeki fiillerle de çakışmaktadır.

Söz konusu yasak fiiller nitelikleri itibariyle kabahat veya suç veya hem kabahat ve hem de suç olabilirler.³⁰ Fiilin hem kabahat ve hem de suç oluşturması halinde sadece suça ilişkin yaptırım uygulanacaktır. (K.K. md. 15/3).

Kabahat, kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olup (KK. md. 2); bunlara bir suç oluşturulmaması halinde "idari para cezası" ve "idari tedbirler" den ibaret olan idari yaptırımlar uygulanır. İdari yaptırım kapsamındaki idari tedbirler ise, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerden oluşmaktadır. (KK md. 16/2). DİK ve KİK'te yasak olarak öngörülen fiil ve davranışlar karşılığında kabul edilen İhalelerden yasaklama tedbiri (KİK md. 58, DİK md. 84) bu bağlamda idari bir yaptırımdır.

Yasak fiil ve davranışlar şunlardır:

a) Hile/desise, vaat, tehdit, nüfuz kullanmak, çıkar sağlamak, anlaşma yapmak, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla İhaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek (KİK md. 17/1-a; DİK md. 83/1-a)

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak ve teşvik etmek, rekabeti veya İhale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak (KİK md. 17/1-b; DİK md. 83/1-b),

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek veya kullanmak yahut bunlara teşebbüs etmek (KİK md. 17/1-c; DİK md. 83/1-c)

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, İhalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek (KİK md. 17/1-d),

e) İhaleye katılamayacak olmasına (KİK md. 11) rağmen katılmak (KİK md. 17/1-e),

f) Üzerine İhale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamak (KİK md. 58/1; DİK md. 84/3),

g) İhaleye üstlendiği taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek veya yerine getirirken İdareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması ya da teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak (DİK md. 83/1-c)

³⁰ Bu konuda bkz. Taşdelen, Aziz, "Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklama", AÜHFHD, Cilt 55, sa.1, Ankara 2006, sh. 293-300.

h) Görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanların; İhale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemlerine, tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle, işin yaklaşık maliyetini ifşa etmeleri veya kendilerinin ya da üçüncü şahısların yararına kullanmaları (KİK md. 61).

Yasak fiil ve davranışlar nedeniyle ilgililer hakkında İdarece idari yaptırım olarak- İhalelerden yasaklama tedbiri uygulanacaktır (KİK md. 58; DİK md. 84). Ancak, fiilin aynı zamanda bir suç oluşturması halinde, mahkemece, verilecek ceza yanında bir güvenlik tedbiri olarak belli haklardan yoksun bırakılacaklardır. (KİK md. 58-61; DİK md. 85-86).

Bu hükümler Kabahatler Kanununun 15/3 maddesiyle çelişmektedirler. Öte yandan genel hükümlere ve duruma göre disiplin ve tazminat sorumlulukları da saklı olacaktır. (KİK md. 60-61; DİK md. 86)

İhale hukukuna ilişkin yasak fiil ve davranışların hemen tamamı aynı zamanda T.C. Kanununun 235. maddesinde ifadesini bulan İhaleye fesat karıştırma suçunu da oluşturmaktadırlar. Ancak bazı ağır yasak fiillerin suç kapsamına alınmadığı ve kanun koyucunun da gözünden kaçtığı görülmektedir. Gerçekten isteklinin sahte belge veya teminatla İhaleye katılmasının (KİK md. 17/1-c, DİK md. 83/1-c) 235. madde kapsamında suç olarak düzenlenmediği görülmektedir.³¹

VII. İhaleye Fesat Karıştırma Kavramı

Sözlüğe göre “fesat”, “bozukluk”³², karışıklık, kargaşalık, arabozculuk, hile, “çürüklük, yolsuzluk”; “fesat karıştırmak” ise, “hile yapmak”, karışıklık, nifak doğurucu harekette bulunmak” anlamlarına gelmektedir. Bu çerçevede, İhalenin herhangi bir aşamasında sürecin usulüne uygun şekilde yürüyüşünü etkileyen ve dolayısıyla İhalenin amacına ulaşmasına engel teşkil edecek nitelikte ortaya çıkan her türlü davranış, “İhaleye fesat karıştırma” olarak kabul edilebilecektir.

İhaleye fesat karıştırma niteliğindeki fiiler sonucunda İhaleye katılım engellenebileceği gibi, katılanların gerçek istek ve iradelerinin ortaya çıkması da engellenebilmekte ve sonuçta İhale ile elde edilmesi amaçlanan en uygun bedelin rekabet içinde ortaya çıkması mümkün olamamaktadır. Fesat oluşturan fiiller, İhaleye katılanlar veya bunlar adına ya da bağımsız şekilde hareket eden kişilerce yapılabileceği gibi, herhangi bir İhale yetkilisi tarafından da yapılabilmektedir.

³¹ Arslan Ç., a.g.e., sh. 49.

³² Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük, sh. 262.

Doğan, D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 7. Baskı, Rehber Yayınları, Ankara 1990, sh. 354.

Doğan, Büyük Türkçe Sözlük, sh. 354.

Kamu görevlisinin İhalede adam kayırması, fesat karıştırmak için rüşvet alması ve görevini kötüye kullanmasının yaygınlaşması günümüz dünyasında yolsuzluk olarak nitelendirilmektedir. Yolsuzluk bir toplumun geri kalması nedenlerindedir. Çünkü insanlar, vergi yoluyla devlete vermiş de olsalar kazancının hukuka aykırı olarak birilerinin eline geçmesini haklı olarak kabul etmemekte ve çalışarak kazanmasına anlam vermemektedir.

DİK'in 83, KİK'in 17. maddelerine göre hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap ve rüşvet başta olmak üzere, rekabeti bozucu nitelikteki her türlü fiil fesat karıştırma olarak vasıflandırılmıştır.

22.04.1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) nun Müzayedenin Butlanı başlıklı 226. maddesinde, "Kanuna veya ahlaka (adaba) mugayir tertibatla müzayedeye fesat karıştırılmış.." olması halini İhalenin iptali sebebi saymıştır.

Görüldüğü üzere, "İhaleye fesat karıştırma" kavramı Ceza kanununun dışında Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Borçlar Kanunu ve İcra İflas Kanunlarında mevcut olup, her kanun tarafından kendi ilkeleri içinde İhalenin veya işlemin iptali, İhaleye girme yasağı gibi yaptırımlandırılmıştır. Ancak İhaleye fesat karıştırmanın bir suç oluşturması için tipiklik ilkesi gereği fesat teşkil eden fiilin Ceza Kanununun 235. maddesini ihlal eder nitelikte olması gerekir.

VIII. Suçun Koruduğu Hukuki Değer

İnsanların bağlı olduğu, yaşamlarında uyguladıkları birtakım değerler vardır. Hukuk kuralları bu değer veya menfaatleri korurlar. Suç teşkil eden fiil aynı zamanda bir veya birden fazla hukuki değer ihlali niteliğindedir. Dolayısıyla bir fiilin kanunla suç olarak tanımlanmasıyla bir veya birden çok hukuki değer koruma altına alınmış olur. Eğer bir fiil birden çok hukuki varlık veya menfaati zarara uğratar ya da tehlikeye düşürürse ortada birden çok hukuki menfaati ihlal eden suç var demektir. Kanun koyucunun daha çok önem verdiği değere göre suç kanununun sistematığı içinde yer alır. Korunan hukuki menfaat aynı zamanda suçun hukuki konusunu oluşturur.

İhaleye fesat karıştırma suçu da birkaç hukuki menfaati birden koruyan ve çok hukuki konulu suçlardandır. Nitekim madde gerekçesinde de bu durum kısmen teyid edilmektedir. Gerçekten söz konusu gerekçeye göre "kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım ve satımı gibi İhale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güven" olduğu belirtilmektedir. Ancak bu gerekçe suçun koruduğu hukuki değerlerin tümünü yansıtmamakta, İdarenin güvenilirliğine ve işleyişine ilişkin bir değeri ifade etmektedir. Oysa İhaleye fesat karıştırma suçu İhalede serbest rekabeti koruyarak bir yandan kamu kurum ve kuruluşlarının ekonomik çıkarını, İhale konusu alım, satım veya hizmeti az parayla kaliteli bir şekilde ve en uygun zamanda yapılmasını korumakta, diğer yandan İhaleye katılanların hak ve çıkarlarını korumaktadır.

IX. Suçun Maddi Unsuru

İhaleye fesat karıştırma suçunun maddi unsuru olan fiil;

- kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin İhaleler ile yapım İhalelerine (f.1) veya

- kamu kurum veya kuruluşları adına olmasa da bunlar aracılığı ile yapılan -aynı nitelikteki- İhalelere (artırma veya eksiltmelere) (f.5) veya

- kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin İhalelere,

“Fesat karıştırılması” dır.

“İhaleye fesat karıştırma” kavramı ise geniş anlamıyla İhalenin herhangi bir aşamasında sürecin normal akışını, usulüne uygun şekilde yürüyüşünü etkileyen, değiştiren ve İhalenin amacına ulaşmasına engel olan her türlü davranış anlamına gelmektedir.

Ancak kanun koyucu İhalenin sonucunu etkileyebilecek bütün fiileri değil 2. fıkrada belirtilen fiilleri fesat karıştırma olarak vasıflandırmıştır. Fesat teşkil edecek olan hileli hareketlerin belirlenmesinin ceza hukukundaki anlamı suçun bağlı hareketli olarak düzenlenmesidir.

Kanun koyucunun, maddenin ikinci fıkrasında İhaleye fesat karıştırma olarak kabul ettiği hareketler şunlardır:

“(2) Aşağıdaki hallerde İhaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin İhaleye veya İhale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin İhaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

b) Tekliflerle ilgili olup da İhale mevzuatına veya şartnamalara göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) *Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin İhaleye, İhale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.*

d) *İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.”*

Fıkırada, fesat sayılan fiiller dört gruba ayrılmıştır. Buna göre “a” bendinde bazı hileli hareketler, “b” bendinde gizliliğin ihlali, “c” bendinde cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlar, “d” bendinde ise rekabet ortamını bozmaya yönelik anlaşmalar yoluyla işlenebilecek fesat halleri düzenlenmiştir.

Suç, kanuni tanımda yer alan ve konusu aynı olan bu seçenekli fiillerden herhangi biri veya birkaçının gerçekleştirilmesiyle oluşacağından, “seçimlik hareketli” bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle zikredilen fiillerin birkaçının veya hepsinin yapılması suç teklifini etkilemeyecektir.

A. Hileli Davranış Kavramı

Hile ceza hukukunda kasıtlı kötü iradenin bir görünüm şeklidir. Failin daha ağır bir şekilde cezalandırılmasının nedenidir. Türk Ceza kanununda birçok suçun unsuru veya ağırlatıcı sebebidir.

Sözlükte, “birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika; çıkar sağlamak için bir şeye değersiz bir şey katma anlamına gelir.³³ Meydana getirdiği sonuçlara göre ya özel hukukun ya ceza hukukunun ya da her ikisinin alanına giren sonuçlar doğurur.

Ancak özel hukuktaki hile ile ceza hukukundaki hile birbirinden farklıdır. Özel hukuktaki hile ceza hukukundaki hileden daha geniştir. Bu nedenle her özel hukuka giren hile suç teşkil etmez. Ancak ceza hukukunun alanına giren hile aynı zamanda özel hukukta netice doğuran, hükümsüzlük sebebi olan hiledir. Bunun nedeni ceza hukukuna giren hilenin daha ağır ve özellikli olmasıdır. Mesela özel hukukta basit bir yalan hileyi oluştururken ceza hukukunda hileyi oluşturmaz. Ceza hukuku hilenin daha ağır, kamu düzenini bozar nitelikte olmasını aramaktadır. Bunun sonucu olarak her iki hukuk dalında yaptırımları birbirinden farklıdır.

Gerçekten özel hukukta hile hata ve ikrahın yanında sözleşmenin geçerliliği ve hüküm ifade etmesi için gerekli koşullardan daha sıhhatli irade beyanını sakatlayan fesat hallerindedir. (BK. Md. 23-31)³⁴ Bir kimşenin, bir başkasını irade beyanında bulunmaya, sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasden hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanı-

³³ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, Cilt 10, İst. sh. 5273.

³⁴ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, sh. 93 vd.

yı korumak yahut devamını sağlamak üzere söylemiş olduğu söz ve hareketler olarak ortaya çıkarlar. Sözleşmede karşılıklı iradelerin serbestçe oluşumunu engellediği için hükümsüzlük sebebidirler.³⁵

Oysa ceza hukukunda hileden sözetmek için sahte, yalan olan söz ve hareketlerin gizlenmesi, mağdurun yanlış veya hatalı olan inancının devam etmesi için doğru olmayan hile ve desise içeren hareketlerin yapılması gerekmektedir. Söz konusu hareketlerle fiile ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirmeli ve muhatabın inceleme eğilimini ortadan kaldırarak yanıltmalıdır.

1) İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek (f.2/a-1) veya İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmalarını Sağlamak (f. 2/a-2)

a) Genel Olarak İhaleye Katılma Yeterliği ve Koşulları

Rekabet ortamının sağlanabilmesi için, İhaleye katılma yeterliliğine sahip bütün isteklilerin herhangi bir engelle karşılaşmadan İhaleye katılabilmeleri gerekir. Yasal engeller nedeniyle İhaleye katılmaları mümkün olmayanlar ile İhalenin konusu veya usulü itibarıyla gerekli yeterlik ölçütlerine haiz olmayanların, daha baştan bu süreçten bertaraf edilmeleri de rekabet koşullarının oluşturulmasının bir başka gereğidir. Bu husus "Yeterlik İlkesi" olarak İhaleye hakim olan temel ilkeler arasında olup, hileli davranışlarla ihlali, İhaleye fesat karıştırma suçu çerçevesinde cezai yaptırıma tabi tutulmuştur.

İhaleye katılma yeterliği konusunda İhale mevzuatında açık bir tanım veya sınıflandırma bulunmamaktadır. Ancak gerek KİK, gerek DİK ve gerekse bu kanunlara göre çıkarılan yönetmelik ve genelgelere bakıldığında, konuya ilişkin dağınık şekilde birçok düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Önemleri nedeniyle bize göre Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanununa göre İhaleye katılma yeterliliğine değinmek isabetli gözükmektedir.

aa) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhaleye Katılma Yeterliği ve Koşulları

KİK'nun 10. maddesinde İhaleye katılım için yeterlilik koşulları belirlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak bazı bilgi ve belgeler istenebilir. (f. 1).

İhale konusu işin niteliğine göre istenen bu bilgi veya belgelerden han-

³⁵ Oğuzman K/Öz T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sh. 133.

gilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağı, İhale dokümanında ve İhale veya ön yeterliğe ilişkin ilan veya davet belgelerinde belirtilir. (f. 2).

İhaleye katılma yeterliğine ilişkin olarak istenen belgelerden bazıları şunlardır.

aaa) Ekonomik ve mali yeterliğin belirlenmesi için (f. 1/a);

- Bankalardan temin edilecek isteklinin mali durumu ile ilgili belgeler,
- İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilanço-su veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeler,
- İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya İhale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

bbb) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için (f. 1/b);

- İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler, ve sair evrak.

bb) 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na Göre İhaleye Katılma Yeterliği ve Koşulları

DİK'in 5. maddesi gereğince, adı geçen kanuna göre yapılacak İhalelere katılabilmek için kanuni ikametgah sahibi olmak, gerekli nitelik ve yeterliği haiz bulunmak ve istenilen teminat ile belgeleri vermek zorundadır.

16. madde gereğince de, İdarece İhalelerin en elverişli koşullarla sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla, isteklilerde belirli mali ve teknik yeterlik ve nitelikler aranabilecek ve bunlar, şartnamelerde belirtilecektir. İstekliler İhaleye katılabilmek için söz konusu belgeleri eksiksiz vermek ve Türkiye'de tebligat için adres göstermek zorundadırlar.

Kanunun 6. maddesinde ise, İhaleye katılamayacak olanlar sayılmıştır. Buna göre; "1. İhaleyi yapan İdarenin; a) İta amirleri, b) İhale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar, vs. gibi.

b) İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek (f. 2/a-1)

İhale mevzuatına göre İhaleye katılmasında herhangi bir engel olmayan kişinin, hileli davranışlarla İhaleye veya İhale sürecinin herhangi bir aşama-

sındaki işlemlere katılmasının engellenmesi, bu bent kapsamında İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır.

İhaleye veya İhale sürecindeki işlemlere katılımın engellenmesi, öncelikle yasal prosedür gereğince aday veya istekli olarak İhale sürecindeki işlemlere iştirakin önlenmesi veya iştirak edildikten sonraki aşamalarda sürecin devamına mani olunması anlamına gelir. Katılımın engellenmesinden, sadece müracaatın kabul edilmemesi değil, İhale süreci boyunca kişinin bir sonraki aşamaya geçişinin herhangi bir şekilde olanaksız kılınması anlaşılır.

Katılımın engellenmesine elverişli her türlü hileli davranış bu hüküm kapsamında değerlendirilebilecektir. Örneğin isteklinin İhaleye katılmasına engel olmak amacıyla, tekliflerin sıhhatini etkilemeyen önemsiz bilgi ve belge eksiklikleri gerekçe gösterilerek İhaleye katılım engellendiğinde, madde ihlal edilmiş sayılacaktır.³⁶

İdarenin, bir kişi veya firmanın İhaleye veya İhale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek yahut İhaleyi almasını önlemek için İhale dokümanları veya şartnamelerde, İhalenin ilgili olduğu mevzuatın çizdiği azami sınırı aşarak veya bu sınırlar içinde kalmakla birlikte takdir hakkını kötüye kullanarak gereksiz yere çeşitli ek koşulu veya yeterlik kriteri öngörmesi veya bunları değiştirmesi, bu bent kapsamında değerlendirilebilecek fiillerdendir.

İdarenin, İhalenin üzerinde kalmasını istemediği bir kimseyi devre dışı bırakmak için, İhaleyi iptal etmesi de hükmü ihlal eder nitelikte bir fiildir.

İdarenin çeşitli hukuki sebeplerle başlamış bir İhale sürecini durdurması veya iptal etmesi mümkündür. Ancak "hile" teşkil edecek nitelikteki bir gerekçe ile en avantajlı teklifi verebilecek kapasitede olması nedeniyle bir kişi veya firmayı İhale dışında bırakmak için İhale sürecindeki bir işlemin iptal edilmesi hükmü ihlal eder nitelikte bir harekettir.³⁷

Hileli hareketlerle mağdurun İhaleye katılımını engelleyen fail, çoğunlukla İhale sürecinde yetkili bir kamu görevlisi olmaktadır. Ancak kamu görevlisi olmayan kişilerin de zikredilen fiilleri işlemesi mümkündür. Örneğin rakip kişilerin, karşı tarafı, İhalenin katılım koşulları veya süresi konusunda hileli bir takım hareketlerle aldatarak İhaleye girmelerine engel olmaları gibi.

c) İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmalarını Sağlamak (f. 2/a-2)

İhalede rekabet ortamının sağlanması için, yetersiz olanlara mani olunması da gerekmektedir. İhalenin konusu, usulü ve diğer özelliklerine göre, katılma yeterlik ve koşullarına sahip olmayan kişilerin sürece dahil edilme-

³⁶ Arslan Ç., a.g.e., sh. 131.

³⁷ Arslan Ç., a.g.e., sh. 132.

meleri veya herhangi bir şekilde dahil olmuşlarsa fark edildikleri anda çıkarılmaları gerekir. Bu duruma aykırı olarak İhaleye katılma yeterliği ve koşullarına sahip olmayan kişilerin hileli davranışlarla İhaleye katılmalarının sağlanması İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.

Fiil ya doğrudan doğruya İhale sürecindeki yetkili kişi veya kişiler tarafından ya da bu kişiler yanıtılmak suretiyle işlenebilir. Birinci ihtimalde, İhale görevlisi gerekli koşul ve yeterliği bulunmayan kişiyi görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle İhaleye dahil edebilir. Görevli kişinin buradaki fiili çeşitli hileli davranışlar şeklinde gerçekleşebilir. Örneğin, isteklinin sunduğu bilgi ve belgelerin yetersiz olduğunu bildiği halde yeterliymiş gibi işlem yapabilir veya bu bilgi veya belgenin içeriğini değiştirebilir veya belgede sahtecilik suçlarına konu resmi veya özel bir belgeyi esas alarak işlem tesis edebilir.

İkinci ihtimalde ise, İhale yetkilisi, failin yaptığı çeşitli hileli davranışlarla yanıtılmakta, yetersiz kişi İhaleye dahil edilmektedir. Buna örnek olarak kişinin İhaleye girmesini sağlamak için, kesinleşmiş sosyal güvenlik prim veya vergi borcu olduğu halde yokmuş gibi belge veren memurun, gerçeğe aykırı veya yanıltıcı bilanço düzenleyen muhasebeci mali müşavirin fiili gösterilebilir.³⁸ Yargıtay, komisyon üyeleri kamu görevlilerinin yeterliği olmayan müteahhitlere haketmedikleri puanları vererek İhaleye sokmalarını hileli araçlar kullanmak suretiyle rekabeti ihlal olarak değerlendirmiştir. (4. CD. 07.02.1991-7518/723)

İdarenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi tespit ederken, takdir yetkisini kötüye kullanarak, İhaleyi başkası üzerinde bırakması da bu nitelikteki fiilerdendir. Söz konusu kötüye kullanma bir çıkar karşılığı olabileceği gibi, dostluk, düşmanlık, görevde yükselme veya başkaca bir nedene de dayanabilir. Bununla birlikte temin edilen bir menfaat söz konusu ise failin ayrıca ilgili suçtan da cezalandırılması gerekir. (TCK md. 235/4)

2) Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak (f. 2/a-3) veya Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Halde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak (f. 2/a-4)

İhalede en uygun bedelle ulaşılmaya çalışılan husus, en uygun kalitedeki İhale konusunun temin edilmesidir. Mal alım İhalelerinde de, aynı şekilde, en uygun bedelle en uygun kalite ve nitelikteki malın temin edilmesi amaçlanır. Dolayısıyla malın kalitesi ve niteliği ile bağlantılı olarak yapılacak bir hile, İhalenin amacına ulaşmasına engel olur.

İhalenin konusu mal alımı olması nedeniyle 3. maddede belirtilen istisnalar hariç, kural olarak Kamu İhale Kanunu uygulanır.

³⁸ Arslan Ç., a.g.e., sh. 134.

Maddede teklif edilen mallardan söz edildiğine göre hizmet, yapım veya kira kapsam dışı kalacaktır.³⁹ Teklif edilen edimi ifadesi kullanılsa daha kapsayıcı, dolayısıyla daha doğru olurdu.

KİK'e göre, İdare tarafından önce İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnameler hazırlanır.

İhale sürecinde tekliflerin alınması ve açılmasından sonra değerlendirmeye geçilir (KİK md. 36-37). Teklif edilen malların, İhale komisyonu tarafından, şartnamede belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması veya şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde sahip olduğu gerekçesiyle değerlendirmeye alınması, İhalenin söz konusu istekli üzerinde bırakılması İhaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmiştir.

Teklifin değerlendirme dışı bırakılması, İhalenin karara bağlanmasında hiç dikkate alınmaması anlamına gelmektedir. Değerlendirme dışı bırakılmakla, teklif sahibinin İhaleyi alması mümkün olmamaktadır. Teklifin değerlendirmeye alınması ile kastedilen İhalenin karara bağlanmasında, teklife diğer tekliflerle aynı hukuki değer in atfedilmesidir. İhalenin, değerlendirmeye dahi alınmaması gereken teklif sahibine yapılması da ihtimal dahilindedir. Suçun oluşması için İhalenin yapılması zorunlu bulunmayıp, teklifin değerlendirmeye alınması yeterlidir.

Teklifleri değerlendirmeye almak veya değerlendirme dışı bırakmak İhale komisyonuna ait bir yetki olduğundan söz konusu suç ancak bu komisyonda görevli olan başkan ve üyeler tarafından işlenebilir. (KİK md. 36-37)

B. Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak (f. 2/b)

Gizlilik kamu İhalelerinin temel ilkelerindedir (KİK md. 5; DİK md. 36). Kuşkusuz bu ilke İhalenin gizli bir şekilde verilmesi, tekliflerin gizli bir şekilde açılmasını değil, rekabetin sağlanması için belli bir aşamaya kadar bazı bilgi ve belgelerin –ör. tekliflerin- gizli kalmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Tekliflerle ilgili olan ve İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suç teşkil edecektir.

Başkalarının ulaşmasını sağlamak ibaresi ile kastedilen şey, açıklanmaması, saklı kalması gereken bilgilerin bir veya birden fazla kişinin öğrenmesine neden olunacak şekilde onlara iletilmesi, açığa vurulması, yayınlanması veya herhangi bir şekilde ifşa edilmesidir. İfşa edilen bilgi, tekliflerle ilgili bir belgede veya başka bir dokümanda mevcut olabilir.⁴⁰

³⁹ Eker Kazancı, a.g.e., sh. 152-153.

⁴⁰ Arslan Ç., a.g.e., sh. 140.

İşlenen fiilin suç teşkil etmesi için başkalarına ulaşması sağlanan bilgiler hem tekliflerle ilgili, hem de İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulmaları gereken bilgilerden olmalıdır. Bilginin teklifle olan ilgisi doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Hangi bilgilerin gizli olduğu İhalenin tabi olduğu mevzuat ve buna uygun olarak hazırlanması gereken şartnameye göre belirlenecektir.

Failin, İhale sürecinde görevli olan bir kişi olup olmaması da önemli değildir. Önemli olan bu nitelikte bir bilgiye sahip olunması ve başkalarının ulaşmasının sağlanmasıdır. Dolayısıyla suç herhangi bir kimse tarafından işlenebilecektir.⁴¹ Anılan bilgilerin ulaştırıldığı üçüncü kişilerin İhaleyle ilgili kişiler olması da gerekli değildir.⁴²

Suç, tekliflerle ilgili olan ve gizli kalması gereken bilginin başkasına ulaşması ile tamamlanır. Bunun için, İhalenin iptal edilmiş olması veya tarafların bir zarar görmüş olmaları zorunlu değildir.

C. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle ya da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek (f. 2/c)

Bendde İhaleye katılma yeterliği veya koşullarına sahip olan kişilerin İhaleye, İhale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenmesi cezalandırılmaktadır. Kişilerin İhaleye, İhale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, mağdurun sürece baştan dahil olmasının engellenmesi yanında, İhale sürecinin ilerleyen bir aşamasında, herhangi bir şekilde alkonulması da kapsar.

Mağdurun maruz kaldığı cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlar nedeniyle İhaleye açıkca katılmaması veya katılmış ise çekilmesi kadar görünüşte katılması veya katılımını sürdürmekle birlikte, İhalenin olağan akışına veya amacına aykırı işlemler yapması -ör. uygun teklif vermesi-, katılımın engellenmesi kapsamında değerlendirilmesi gereken fiillerdendir.

İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin İhaleye, İhale sürecindeki işlemlere katılmaları cebir, tehdit veya hukuka aykırı diğer davranışlarla engellenmelidir.

Cebir, bir kimsenin bir başkasına, arzusunun aksine bir şeyi yapması veya yapmaması için onun haklarına karşı hemen gerçekleşecek saldırı baskısında bulunmasıdır. Örneğin İhaleye katılan kişinin kafasına silah dayanılarak İhaleden çekilmesi, aksi halde öldürüleceğinin söylenmesi halinde olduğu gibi.

⁴¹ Eker Kazancı, a.g.e., sh. 155.

⁴² Arslan Ç., a.g.e., sh. 142.

Cebirde olduğu gibi tehdit de, çoğu zaman basit bir şekilde ortaya çıkabilecektir. Failin, İhaleye katıldığı veya İhaleyi aldığı takdirde öldüreceğini, döveceğini veya zarar vereceğini mağdura söylemesinde olduğu gibi. Ancak tehdidin açık ve kaba şekilleri dışında çok daha etkili biçimde ve ustaca yapılması da mümkündür.⁴³ Örneğin kamu görevlisi olan failin, İhaleye katılan istekliye, İhaleye katılmamasını, kazansa bile edimin ifasında ve devlet kurumlarıyla ilişkilerinde nüfuzunu kullanarak kendisine sıkıntı çıkaracağını söylemesinde olduğu gibi.

Yargıtay, Valiliğin açtığı taşıma İhalesine güvence parası yatırarak katılan mağduru tehdit ederek failin İhaleden çekilmeyi sağlaması halinde tehditle İhaleye fesat karıştırma olacaktır kanaatindedir. (4 C.D.18.06.2001, 6464/7560)

Sanığın maduru İhaleye girmemesi için tehdit etmesi halini de fesat karıştırma saymıştır. (4 C.D. 20.03.2002, 1410/4435)

D. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları (f. 2/d)

İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin, İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşmalar yapmaları mümkündür. İhale sürecinde yapılan bu türden anlaşmalar, serbest rekabeti bozacakları için İhaleye fesat karıştırma suçu kapsamında cezalandırılacaktır. Failin, söz konusu bent kapsamında cezalandırılabilmesi için, anlaşmanın İhaleye katılan veya katılmak isteyen kişiler arasında yapılması ve konusunun da İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemeye yönelik olması gerekir.

Anlaşma, İdarenin İhale şartlarının istekli lehine değişmesini veya oluşmasını sağlamak şeklinde olabileceği gibi, İdare aleyhine istekli lehine fiyat oluşumunu sağlamak şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin anlaşmanın içeriği, kullanılacak malzemenin kalitesinin düşürülmesini sağlamak, iş teslim süresini uzatmak veya birim fiyatın istekli lehine artmasını sağlamak şeklinde olabilir. Bu şekilde istekli daha fazla kazanç elde ederken, İhaleyi açan kurum daha yüksek bir bedel ödemek zorunda kalmakta ve dolayısıyla zarar etmektedir. Anlaşma bir veya daha fazla kişinin hiç teklif vermemesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi belirlenen şekilde teklif verme biçiminde de gerçekleşebilir. Bunun yanında anlaşma İhalenin belli bir kişi üzerinde kalmasını sağlamaya yönelik olabileceği gibi, İhaleyi alması istenmeyen bir kişinin engellenmesi şeklinde de olabilir.

Maddede anlaşma yapabilecek olanlar, "İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler" olarak sınırlandırılmıştır. Oysa fiyatları veya İhale şartlarını etkilemek için yapılan anlaşma istekli ile İhale yetkilisi arasında da gerçek-

⁴³ Arslan Ç., a.g.e., sh. 146.

leşebilir. İhale görevlisi İhaleye katılan veya katılmak isteyen bir kişi olmadığına göre, böyle bir anlaşma –başka bir suç oluştursa bile- bend kapsamında fesat karıştırma olarak değerlendirilmeyecektir. Bu sebeple “İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler...” şeklindeki sınırlandırma kaldırılmalı ve hüküm İhale şartları ve özellikle fiyatı etkilemek için açık veya gizli anlaşmalar yapmak şeklinde tekrar düzenlenmelidir.⁴⁴

Yargıtay, belediyenin açtığı İhaleye girmek isteyen kimseye menfaat vaadederek vazgeçirme ve İhaleye girmede fesat karıştırma vardır kanaatinde dir. (4 CD. 25.9.2002. 10887/13559)

Keza şeker fabrikasının açtığı İhaleye girmemek için 250 000 liralık çek alımında da fesat karıştırma vardır demiştir. (4 CD. 20.12.1983-6170/6794)

Anlaşan tarafların mevzuat ve İhale dokümanlarındaki hükümlere göre İhaleye katılma yeterliğine sahip olması gerekir. Söz konusu yeterliliğe sahip olmayan kişinin, İhale şartlarını veya fiyatı etkilemesi mümkün değildir.

Suçun oluşması için anlaşmanın yapılması yeterli olup, bunun sonucunda İhale şartlarının veya fiyatın etkilenmiş olması gerekli değildir.

O halde kanun koyucu burada sadece zarar tehlikesini cezalandırmaktadır. Sadece zarar tehlikesini cezalandırmak adaletsiz neticelere sebebiyet verebilir. Gerçekten İhalenin rekabet içinde geçmesine hiç etki etmemiş olan anlaşmadan dolayı anlaşanları cezalandırmada ne gibi bir sosyal yarar olduğunu izah etmek mümkün değildir. Ayrıca bu tür anlaşmaların hazırlık hareketi niteliğinde olmaları da mümkündür.

Ancak, sonuç elde edilmiş ve bu durum kamu kurum veya kuruluşu açısından bir zarara neden olmuşsa, daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal (f. 4) söz konusu olacaktır.⁴⁵

X. Netice

Suçun maddi unsurlarından birisi de “netice”dir. Netice işlenen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerdir. Ceza hukuku açısından önem taşıyan netice suçun kanuni tanımında özel unsur olarak yer alanıdır. Suçun, kanuni tanımında neticeye yer verilmişse, fiilin işlenmesi yanında neticenin de gerçekleşmesiyle, neticeye ayrıca yer verilmeyen hallerde ise, kanuni tanımdaki fiilin işlenmesiyle suç tamamlanmış olur.

Kanuni tanımda neticeye yer verilip verilmemesine göre suçlar, “neticesiz suçlar (sırf hareket suçları)” ve “neticeli suçlar” olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırmada fiilin işlenmesiyle tamamlanan ve bunun için ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmayan suçlara “neticesiz suçlar (sırf hareket

⁴⁴ Arslan Ç., a.g.e., sh. 151.

⁴⁵ Arslan Ç., a.g.e., sh. 152.

suçları” denirken; fiilin işlenmesi yanında kanuni tanımda öngörülen neticenin meydana gelmesinin de arandığı suçlara “neticeli suçlar” denilmektedir. Örneğin, yalan tanıklık (TCK md. 272) sırf hareket suçu iken, kasten insan öldürme (TCK md. 81) neticeli bir suçtur.

İhaleye fesat karıştırma suçu İhaleye fesat karıştırılmasıyla tamamlanıldığından “sırf hareket suçu (neticesiz suç)”dur. Gerçekten İhaleye fesat karıştırma suçu, hileli davranışlarla; İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin İhaleye veya İhale sürecindeki işlemlere “katılmalarını engellemek” veya İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin “İhaleye katılmalarını sağlamak” veya teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle “değerlendirme dışı bırakmak” veya teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle “değerlendirmeye almak” (f.2-a) veya tekliflerle ilgili olup da İhale mevzuatına veya şartnamelere göre “gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak” (f. 2-b) veya cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin İhaleye, İhale sürecindeki işlemlere “katılmalarını engellemek” (f. 2-c) veyahut İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında “açık veya gizli anlaşma yapmaları” ile oluşacaktır.⁴⁶

Dolayısıyla bu fiilerin yapılmasından sonra suçun oluşması için İhalenin iptal edilmesi, fiyatların veya İhale koşullarının etkilenmesi veya daha geniş bir şekilde rekabet ortamının bir şekilde bozulması ya da kamunun veya kişilerin bir zarara uğraması gerekmemektedir. Elbette bu hususlar suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlemede hakim için önemli bir dayanak olacak (TCK md. 61) veya koşullarının bulunması halinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali oluşturacaktır. (TCK md. 235/3).

Kanuni tanımda fiilin icrasının yanında ayrıca bir neticenin de gerçekleşmesinin arandığı suçlarda, failin sorumlu tutulabilmesi için, fiil ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağının bulunması zorunludur.

Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için fiilin işlenmesi yeterlidir. Çünkü bu suçlarda hareket ile netice iç içedir. İhaleye fesat karıştırma suçunun temel şeklinin sırf hareket suçu olması karşısında, bir neticeden ve bunun doğal sonucu olarak da fiil ile netice arasında bir nedensellik bağından söz edilemez. Hareketin yapılmasıyla suç da meydana gelir.

Ancak maddenin 3. fıkrasında İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zararın meydana gelmesi daha

⁴⁶ Eker Kazancı B. İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. Ank. 2007, sh. 191-192.

fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu durumda İhaleye fesat karıştırma ile meydana gelen zarar arasında bir nedensel bağ vardır.

XI. Fail

Her suçta mutlaka aktif süje de denilen bir fail vardır. Fail sadece bir insan olabilir. (TCK md 20); zira ceza hukuku anlamında hareket yeteneği sadece insana ait bir özelliktir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği de gözönünde tutularak doktrinde tüzel kişilerin suç faili olamayacakları ileri sürülmektedir. Ancak tüzel kişilere, işlenen fiilin sonucu olarak güvenlik tedbiri uygulandığına göre tüzel kişileri de haklarında güvenlik tedbiri uygulanan suç faili olarak kabul etmek isabetli gözükmektedir.

Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Ancak bazı suçların kanuni tanımında faille ilgili olarak herhangi bir insan olmasının yanında belli özel ve objektif nitelikler de (doğal veya hukuki) aranır. Bu suçlara “özü (mahsus) suçlar” denir. (TCK md. 40/2). “Özü suçlar”dan bazıları münhasıran özel faillik niteliği taşıyan kimseler tarafından işlenebilir. Bunlara “gerçek özü suçlar” denmektedir. (ör. TCK md. 234,257). Basit şekli herkes tarafından işlenebilmekle birlikte (TCK md. 204/1), nitelikli halinin ancak özel faillik niteliğinin haiz kişiler tarafından işlenebilen özü suçlara (ör. TCK md 204/2) ise, “görünüşte özü suçlar” denmektedir.⁴⁷

Ceza kanunlarındaki suçlar genellikle tek fail tarafından işlenir. Ancak bazı suçlar vardır ki, bunların gerçekleşmesi için tipiklik gereği zorunlu olarak birden fazla failin bulunması gerekir. Bunlara çok failli suçlar adı verilir.

Maddede “fesat karıştıran kişi” ifadesi kullanılmıştır (md. 235/1). Bunun anlamı söz konusu suçu bir tek kişinin işlemesinin mümkün olmasıdır. Nitekim İhaleye katılan bir kişinin bir diğer katılanı İhaleden çekilmesi konusunda tehdit etmesi halinde fiilin tek kişi tarafından işlenebileceği açıktır.

Ancak bazen İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenebilmesi için birden fazla fail gerekebilir. Bu durumda çok failli suç söz konusu olacaktır.

Nitekim İhaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin maddenin 2. fıkrasının d. bendindeki fiil “İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler”ce, “İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmak” şeklinde işlenebileceğinden, zorunlu olarak suçun işlenmesi için birden fazla fail gerekmemekte ve ortada çok failli bir suç söz konusu olmaktadır.

İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapan faillerin İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler olması zorunlu olduğundan ortada “özü suç” söz konusu olmaktadır.

⁴⁷ Önder A., Ceza Hukuku, Genel Hükümler c. II-III, sh. 43-44.

Fesat karıştırma niteliğindeki fiillerin faileri, genellikle İhale sürecinde yetkili olan kamu görevlileri, İhaleye katılan veya katılmak isteyen kişi veya kişiler ya da bu kişiler adına yahut bağımsız olarak hareket eden üçüncü kişiler olabilecektir. Gerçekten 2. fıkranın "a" bendinin 3 ve 4 nolu alt bentlerindeki fiiller ancak "İhalenin tabi olduğu mevzuat gereğince yetkili olan kişiler" tarafından işlenebilir. Örneğin, KİK kapsamında bir İhalede, İhale komisyonlarının başkan üyeleri ve sözleşme yapılmasına kadar İhale sürecinin her aşamasında görev alan diğer ilgililer kamu görevlileridir. İhalede teklif edilen malları, şartnamede belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak ya da şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak, ancak anılan yetkilerle donatılmış kimselerin yapabileceği işlemlerdir.

İhaleye fesat karıştırma suçu ancak bir gerçek kişi tarafından işlenebilmekte ise de, İhalelerin çoğunluğuna tüzel kişiler adına girilmektedir. Girme işlemi ya genel müdür ya yönetim kurulu başkanı ya da şirket adına görevlendirilen biri tarafından yapılmaktadır. Ancak bu durumda ceza sorumluluğunun kime ait olacağı bir sorundur. Türk Ceza Kanununun 20/1. maddesine göre ceza sorumluluğu şahsidir. Bunun anlamı hiç kimsenin bakasının fiilinden sorumlu tutulamamasıdır.

O halde bir tüzel kişi adına İhaleye katılan temsilci İhaleye fesat karıştırmak suçundan sorumlu olacaktır. İhale şartlarını, özellikle fiyatları etkilemek için diğer katılanlarla anlaşma yapan temsilci 235/2-d bendini ihlalden sorumlu olacaktır. Ancak suç tüzel kişi yararına işlenmiş ise tüzel hakkında güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Söz konusu tedbirler faaliyet izninin iptali, eşya veya kazancın müsaderesi şeklindedir. (TCK md. 20/2)

XII. Mağdur

Mağdur, ceza hukukunda suç konusunun ait olduğu kişi ya da kişileri ifade eder. Ancak suçun mağduru ile konusu bazı suçlarda iç içedirler. Fakat özlerinde farklıdır. Suçun konusu fiilin üzerinde işlendiği şeydir. Mağdur bu şeyin ait olduğu kişidir. Suçun konusunun belli kişilere ait olmadığı hallerde mağdur toplumu oluşturan herkeştir. Hırsızlıkta suçun konusu taşınır maldır. Mağdur ise eşyanın sahibidir. Hakarette suçun konusu kişinin şerefidir mağdur ise hakarete uğrayan kimsedir.

Suç mağduru ile suçtan zarar gören kavramları da birbirinden farklıdır. Suç mağduru suçtan doğrudan doğruya zarar gören kimsedir. Suçtan zarar gören ise suçtan dolaylı olarak etkilenen kişidir.

İşlenen tüm suçlar devletin koyduğu kuralları ihlal eder. Bu nedenle söz konusu kurallara uyulması konusunda çıkarı olan devlet suç mağduru sayılır. O halde İhale hukukuna ilişkin kuralların ihlali halinde geniş anlamda mağdur olan devlettir.

İhaleye ilişkin suçlarda genel olarak devletin mağduriyeti yanında, İhaleyi yapan kurum ve İhaleye iştirak edenler de suç mağdurlardır. Gerçekten İhaleye fesat karıştırma suçunun mağduru ise İhalenin hukuk kurallarına uygun ve rekabeti gerçekleştirir şekilde yapılamayışından zarar gören kamu kurumu olan İdare birinci planda mağdurdur. İhaleye katılan kişilerin aralarında anlaşma yaparak rekabeti ortadan kaldırarak İdare aleyhine anlaşma yapmaları, bunun sonucunda İdarenin mal alımı için daha fazla bir fiyat ödemesi halinde İdarenin mağduriyeti aşıkardır.

Ayrıca suçun failleri kamu görevlileri olabileceği için kamu İdaresinin güvenilirlik ve itibarı da zarar görecektir. İhale mevzuatına göre gizli tutulması gereken bilgileri üçüncü kişilere rüşvet karşılığında aktaran kamu görevlisi İdarenin ve devletin itibarına zarar vermiş olacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun mağduru İhaleye katılan kişiler de olabilecektir. Çünkü fesat karıştırma sonucu zarar görebileceklerdir. İhale yetkilisi kamu görevlisi tarafından hileli davranışlarla İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olduğu halde İhaleye veya İhale sürecindeki işlemlere katılmaları engellenen kişi de suçtan zarar görmüş olacaktır.

XIII. Suçun Konusu

Her suçun bir konusu vardır. Ceza hukukunda suçun konusu ikiye ayrılır. Suçun maddi konusu ve suçun hukuki konusu olmak üzere.

Suçun hukuki konusu kanun maddesinde yer alan şeydir. Failin hareketi buna yöneliktir. Suçun maddi konusu suça konu olan bir madde, eşya veya insandır. Bazen hukuki konu ile maddi konu aynı olabilir. Mesela yaralama da yaralanan insanın vücudu hem suçun maddi konusu ve hem de hukuki konusudur. Hırsızlıkta taşınır mal hem maddi ve hem de hukuki konudur.

Ancak bütün suçların konusu maddi nitelikte olmayabilir. Manevi bir değer de olabilir. Mesela hakaret suçlarında kişinin onuru (md. 125) kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınmasında aleni olmayan konuşma ve söyleşi (md. 133), özel hayatın gizliliğinde özel yaşamdır (md. 134).

Fiilin işlenmesiyle suçun konusu ya zarara uğrattılır ya da tehlikeye maruz bırakılır. Ancak bu suretle korunan hukuksal değer de ihlal edilmiş olur. Bu nedenle konu nun suçun işlenişinden etkileniş şekli ve derecesine göre suçlar, zarar suçları ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılırlar. Zarar suçlarında fiilin işlenmesi sonucunda suçun konusu üzerinde bir zarar meydana gelmektedir. Ancak buradaki zarar sadece mali nitelikte bir kayıp olarak değil, işlenen fiilin yol açtığı çıkar kaybı, olumsuz veya kötü sonuç şeklinde anlaşılmalıdır.

Tehlike suçlarında ise, işlenen fiilin suçun konusu üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesi söz konusudur. Tehlike suçları da kendi aralarının-

da somut tehlike suçu-soyut tehlike suçu şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Suçun kanuni tanımında yer alan fiilin suç konusu bakımından gerçekte bir zarar tehlikesi yaratmış olması halinde somut tehlike suçu söz konusu olup, bu durumda işlenen fiilin bir zarar tehlikesine sebebiyet verip vermediğinin araştırılması gerekir. Soyut tehlike suçunda ise, böyle bir araştırmaya gerek yoktur. Zira burada tipte belirtilen fiilin işlenmesi, suç konusunun tehlikeye düşmüş olduğunun kabulü için yeterlidir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun konusunu maddede nitelikleri belirtilen İhaleler oluşturur. Zira failin fesat teşkil eden hareketinin yönelik olduğu şey, söz konusu İhalelerdir. Kanunkoyucu, fesat olarak öngördüğü fiillerden birinin işlenmesi halinde “İhaleye fesat karıştırılmış sayılacağını” kabul ederek (f. 2), suçun oluşabilmesi için başka bir sonucun meydana gelmesini (ör. İhalenin bozulmasını, ertelenmesini, fiyatların etkilenmesini vs.) aramamıştır. Bu nedenle İhaleye fesat karıştırma suçu bir “zarar suçu” değil, “tehlike suçu” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, fesat teşkil eden fiillerin İhalede rekabetin bozulması tehlikesine neden olup olmadığının araştırılması gerekmediğinden, “soyut tehlike suçu” niteliğini taşımaktadır.

A. Suç Konusu Olabilecek İhaleler ve İlgili Oldukları Tüzel Kişiler

İhaleye fesat karıştırma suçunun konusu olan İhaleler hem tür, hem de ilgili oldukları tüzel kişiler açısından sınırlıdır. Maddeye göre suça konu İhalenin;

- (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına/hesabına yapılan;
 - (a) Mal veya hizmet alım veya satımlarına veya
 - (b) Kiralamalara veya
 - (c) Yapım İhalelerine (f.1) ya da

(2) Kamu kurum veya kuruluşları adına olmasa da bunlar aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmelere (İhaleler) (f. 5) veyahut

(3) Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan;

- (a) Mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da

- (b) Kiralamalara

ilişkin olmalıdır.

Kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilgili İhaleler, bunların adlarına veya

hesaplarına olabileceği gibi, aracılıklarıyla yapılan bir İhale de olabilecektir. Örneğin, icra daireleri tarafından yapılan İhaleler veya belediyeler aracılığıyla yapılan mezatlar bu çerçevede mütalaa edilebilecek İhalelerdir.⁴⁸ Oysa kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu kurum veya kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatiflerle ilgili İhaleler, sadece bunlar adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalarına ilişkin olan İhalelerdir.⁴⁹

B. Suç Konusu Olabilecek İhaleler

Maddede "...mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin İhaleler ile yapım İhalelerin.."den (f. 1) söz edilerek, suç kapsamında ki İhaleler "konu açısından" sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla anılan konularda olmayan (ör. Trampa veya mülkiyetin gayri aynı hak tesisine ilişkin) İhalelere fesat karıştırılmış olsa dahi, kanunilik ilkesi gereği maddedeki suçun oluşması mümkün değildir. Bununla birlikte, İhalenin maddede sayılan konulardan birine ilişkin olması halinde, hangi kanuna tabi olarak yapıldığının herhangi bir önemi yoktur.⁵⁰

C. İhalelerin İlgili Olduğu Tüzel Kişiler

İhaleye fesat karıştırma suçunun tanımında, adına veya hesabına veya kendileri aracılığıyla İhale yapılacak tüzel kişilikler yer almıştır. Bunlar 1. Kamu kurum ve kuruluşları, 2. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 3. Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, 4. Bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, 5. Kamu yararına çalışan dernekler 6. Kooperatiflerdir.

Bunlardan "kamu kurum ve kuruluşları" ile "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" kamu hukuku tüzel kişisidirler.

"Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler", "bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar", "kamu yararına çalışan dernekler" ve "kooperatifler" özel hukuk tüzel kişisidir.⁵¹

1- "Kamu kurum ve kuruluşları" kavramı Anayasa ve (ör. AY md. 22/3, 68/5, 76/3, 108/1, 135) birçok kanunun benimsendiği bir ifadedir.

⁴⁸ Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, "Türk Ceza Kanunu ve Bu Kanunun 4734 ile 4735 sayılı Kanun Hükümlerini İlgilendiren Hususları", in: T.C. Kamu İhale Kurumu Eğitim Dairesi Başkanlığı, Nisan 2007, sh. 1-9.

⁴⁹ Arslan Ç., a.g.e. sh. 170.

⁵⁰ Arslan Ç., a.g.e. sh. 171.

⁵¹ Gözler K., İdare Hukuku Dersleri 4. Baskı Ank. 2006, sh. 78-80.

“Kamu kuruluşları (İdareleri)”, kişi topluluğu (ör. Devlet, il özel İdareleri, belediyeler ve köyler), “kamu kurumları” ise, mal topluluğu (ör. Üniversiteler, TRT, KİT’ler) şeklindeki kamu tüzel kişileridir.⁵²

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na göre “yasama”, “yürütme” ve “yargı” temel organlarından oluşan devlet (AY md. 75-160), idari teşkilat olarak, “merkezi İdare (devlet)” ve “yerinden yönetim kuruluşları” şeklinde ikiye; merkezi İdare de kendi içinde “başkent teşkilatı (Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar Kurulu, Bakanlıklar, Yardımcı Kuruluşlar)” ve “taşra teşkilatı (İller, İlçeler, Bucaklar)” olarak tekrar ikiye ayrılmaktadır.

Yerinden yönetim kuruluşları da kendi içinde “yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları/mahalli İdareler (İl Özel İdareleri, Belediyeler, Köyler)” ve “hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları/kamu kurumları (Üniversiteler, TRT, TÜBİTAK, TODAİE, KİT’ler, Sosyal Güvenlik Kurumu ve diğerleri” olmak üzere ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır.⁵³

“Kamu kurumları” ise, kendi içinde “milli kamu kurumları”, “mahalli kamu kurumları” ve “bölgesel kamu kurumları” olarak üçe ayrılmaktadır. Milli kamu kurumları; idari kamu kurumları (ör. Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti Karayolları Genel Müdürlüğü), iktisadi kamu kurumları (Kamu İktisadi Kuruluşları (KİT)’ler (iktisadi devlet teşekkülleri-İDT, Kamu İktisadi Kuruluşları-KİK, Müesseseler, Bağlı Ortaklıklar, Kamu İştirakleri), Sosyal Kamu Kurumları (ör. T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu), bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları (ör. TÜBİTAK, TÜBA), düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları (RTÜK, RK, BDDK, EPDK), mahalli kamu kurumları (il özel İdareleri işletme ve şirketleri, belediye işletme ve şirketleri (ör. İSKİ, ASKİ, İETT, EGO) ve bölgesel kamu kurumları (GAP İdaresi, Bölgesel Kalkınma Ajansı) olarak ayrılmaktadır.⁵⁴

2. Suç kapsamına giren diğer bir tüzel kişi grubu da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (ve bu kuruluşların üst kuruluşları) dır. Anayasamız 135/1. maddesine göre; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; “... belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla

⁵² Gözler K., a.g.e., sh. 79,89; Kiraz, Taylan Özgür, “Kamusal Alan Kavramı ve Bu Kavramın Tanımlanması Zorunluluğu”, Prof.Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, sh. 1315-1323.

⁵³ Gözler, a.g.e., sh. 112; Bu konuda ayrıca. Bkz. Gözübüyük, A.Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

⁵⁴ Gözler K., a.g.e.; sh. 217-242; Aynı yönde: Atay, İdare Hukuku Turhan Kitabevi, sh. 299-306.

kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.⁵⁵ Örneğin, 5590 sayılı kanunla kurulan Odalar, Borsalar ve bunların Üst Birlikleri (Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları, Ürün İhtisas Borsaları, Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği), 6964 sayılı kanunla kurulan Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği, 1136 sayılı kanunla kurulan Barolar ve Türkiye Barolar Birliği vs.⁵⁶

3. “Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar” adına yapılan İhaleler İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur.

Şirket (ortaklık), iki veya daha çok kişinin, emekleri ve mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmeleri olup, adi veya ticaret ortaklıkları şeklinde olabilmektedir. Dolayısıyla kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş bir şirketin adına veya hesabına yapılan İhale şirketin türü, ortaklık şekli veya payı ne olursa nadde kapsamında sayılacaktır. Hatta şirkete iştirak/katılım kuruluş aşamasında olmasa bile suç tarihinde vaki ise, madde kapsamında kabul edilmelidir. Keza kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar açısından da genel hükümlere göre hareket edilmelidir.⁵⁷

4. Kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de, madde kapsamında bir İhale söz konusu olacaktır.

04.11.2004 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 2/a maddesine göre “dernek”, “Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını...” ifade eder. Aynı kanunun 27/1. maddesine göre ise “kamu yararına çalışan dernekler”, ilgili bakanlıkların ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilen derneklerdir.⁵⁸

Türkiye Kızılay Derneği, Türk Hava Kurumu, Türkiye Yeşilay Cemiyeti, Türk Eğitim Derneği, Türkiye Göz Bankası Derneği, Türk Kanser Araştırma ve Savaş Derneği, Türkiye Göz Bankası Derneği ve Verem Savaş Dernekleri Federasyonu kamu yararına çalışan derneklerdendir.

⁵⁵ Bu konuda bkz. Özer Attila, Türkiye’de Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları (Anayasa Hukuku Açısından) Ankara 1994.

⁵⁶ Arslan Ç., a.g.e. sh. 176.

⁵⁷ Arslan Ç., a.g.e. sh. 178.

⁵⁸ Gözler K., a.g.e. sh. 215.

Kooperatiflere gelince; Türk Hukukunda kooperatiflere ilişkin temel düzenleme 24.04.1969 tarih ve 1163 sayılı "Kooperatifler Kanunu" olmakla birlikte, maddedeki suça konu İhalenin mutlaka bu kanun hükmüne göre kurulmuş olan bir kooperatif adına yapılması zorunlu değildir. Örneğin, 18.4.1972 tarih ve 1581 sayılı "Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu"na göre kurulan kooperatif ve üst birlikleri adına yapılan "mal veya hizmet alım satımlarına ya da kiralamalara" ilişkin İhalelere fesat karıştırılması durumunda da madde kapsamında bir İhaleden söz edilebilir.⁵⁹

Kooperatif Birlikleri, Kooperatifler Merkez Birlikleri, Türkiye Milli Kooperatifleri Birliği kooperatif şeklinde kurulduğundan ve dolayısıyla birer kooperatif olduklarından bunlar adına yapılan "mal veya hizmet alım satımlarına ya da kiralamalara" ilişkin İhaleler de maddedeki anlamda birer İhaledir.⁶⁰

XIV. Nitelikli Hal

Kanunda suçlar tanımlanırken önce herkes tarafından günlük hayatta işlenebilen suçun temel şekli düzenlemekte, bunun yanı sıra fiile, faile, mağdura veya konuya ilişkin olarak cezanın artırılması veya azaltılmasını gerektiren nitelikli (mevsuf) hallere yer verilmektedir. Doktrinde bunlara "ağırlatıcı sebepler" ve "hafifletici sebepler" de denilir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun tanımında, temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale de yer verilmiştir. (TCK md. 235/3). Gerçekten hükümde "İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez." denilmektedir.

Sözü edilen zarar maddi zarardır. Çünkü metinde zararın miktarından söz edilmekte ve bu miktarın belirlenememesi halinde de varlığının kabul edileceği öngörülmektedir.

Suçun nitelikli halinin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek için İhaleye fesat karıştırılması sonucunda bir zararın meydana gelip gelmediği araştırılacak ve zararın oluştuğunun tespit edilmesi durumunda nitelikli hal gerçekleşmiş olacak, zarar miktarı belirlenemese de ceza artırılabacaktır.

Söz konusu zarar malvarlığında meydana gelen sadece doğrudan azalmaları değil, dolaylı azalmaları da kapsar. İhale iptal edilirse İhale için yapılan masraflar, İdarenin kaçıracağı fırsatlar, İhalenin gecikmesi nedeniyle uğranılan zararlar gibi. Zararın miktarına göre hakime ceza artırma yetkisi verilmesi isabetli olurdu.

⁵⁹ Arslan Ç., a.g.e., sh. 180.

⁶⁰ Arslan Ç., a.g.e., sh. 181.

765 sayılı kanununun 205. maddesinde zarar suçun temel şekli idi. Yeni kanun zarar aramaksızın sadece fesat karıştırmayı suçun temel şekli saymıştır.

XV. Manevi Unsur

İşlenen fiil ile fail arasındaki bağ suçun manevi unsurunu oluşturur. Söz konusu bağ ya kasıt ya da taksir olarak ortaya çıkar.

Kanunda taksirle işlenebilen suçlar sayılmıştır. İhaleye fesat karıştırma suçu taksirli suçlar arasında bulunmamakta, esasen taksirle işlenmesi halinde cezalandırılması suçun mahiyetine aykırı olmaktadır. Suç kasden, işlenebilecektir. Dikkatsizlik ve özensizlik sonucu işlenen fiiller suç oluşturmayacaktır. Mesela tekliflerle ilgili olup da İhale mevzuatına veya şartnamelelere göre gizli tutulması gereken bilgileri başkasının öğrenmesine neden olunması suç teşkil etmeyecektir.

Fesat karıştırma ifadesi, kasdın bilme ve isteme anlamının ötesinde daha bilinçli bir hukuka aykırı fiil işleme iradesini, hatta hile içermeyi de gerektirmesi nedeniyle suçun olası kasıtle işlenmesi mümkün olmayacaktır. O halde suç sadece kasdın neticeyi de içerdiği doğrudan kasıtle işlenebilecektir.

Failin, suçun maddi unsurunda hata etmesi, suç işlediğini bilmemesi mümkündür. Bu durumda eğer fail düşündüğünü gerçekleştirmiş olsa idi fiil suç olmayacak idiyse, hatası esaslı sayılacak ve failin fiili suç sayılamayacaktır. Örneğin, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğunu düşünerek değerlendirmeye alan veya tam tersi; şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığını düşünerek değerlendirme dışı bırakan fail veya tekliflerle ilgili olup da İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere, bu niteliğini bilmeyerek başkalarının ulaşmasını sağlayan fail, kasten hareket etmiş olmayacağından İhaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılmayacaktır.⁶¹

Suçun daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen fail de, hatasından yararlanır. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal uygulanmaz. Daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hal gerçekleşmişcesine uygulanır.

XVI. Suça Teşebbüs ve Tamamlanması

İhaleye fesat karıştırma suçunun temel şekli İhaleye fesadın karıştırılmasıdır. Fesadı oluşturan fiillerin yapılmasıyla suç tamamlanır. Suçun tamamlanması için hareketten ayrı olarak İhalenin iptal edilmesi, fiyatların

⁶¹ Arslan Ç., a.g.e., sh. 187.

etkilenmesi, İhale koşullarının değişmesi, rekabetin bozulması gibi bir neticenin gerçekleşmesi gerekmez. O halde suç mahiyeti itibariyle sırf hareket suçudur. Bu nedenle prensip olarak teşebbüse müsait bir suç değildir.

Ancak fesatı oluşturan hareketler bölünebiliyorsa suç teşebbüsle uyuşacaktır.⁶² Örneğin, İhaleye katılma yeterliğine sahip olan kişilerin İhale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek veya İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin İhaleye katılmasını sağlamak için elverişli hileli davranışları gerçekleştirmesine rağmen katılım engellenememiş veya tam tersi sağlanamamış ise veya,

Tekliflerle ilgili olup da İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere sahip olan failin, bu bilgileri mektupla veya elektronik posta ile başkalarına göndermesine rağmen elinde olmayan nedenlerle gönderdiği kişi veya kişilere ulaştıramamışsa veya,

İhaleye katılan birden çok isteklinin, İhale koşullarını veya fiyatı etkilemek için görüşmeler yapmaları, ancak birinin veya birkaçının koşulları kabul etmemesi nedeniyle anlaşmanın tamamlanamaması halinde, suçta teşebbüs söz konusu olacaktır. (TCK md. 235/2-d, 35)

İhaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüs eden failin, suçun tamamlanma aşamasına kadar gönüllü vazgeçmesi mümkündür. Örneğin, İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip bir kişiyi, İhaleye katılmasını engellemek için bir yere kilitleyen failin, İhaleye katılımla ilgili süreç sona ermeden vicdan azabı duyarak mağduru serbest bırakması veya bir isteklinin teklifiyle ilgili olup da İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgileri rakip istekliye göndermesine rağmen, gönüllü olarak ulaşmasına engel olması halinde "İhaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüsten" cezalandırılmayacak/hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.⁶³

XVII. İştirak

Türk Ceza Kanununa göre iştirak fiil üzerinde kurulan hakimiyet esas alınarak belirlenmektedir. Eğer iştirakçide kanuni tanımda yer alan suçta gerçekleştirme iradesi var ve fail kendisi için bu iradeyi fiilen gerçekleştiriyor ise o şerik faildir.

Eğer şerikde kanuni tanımda yer alan suçta gerçekleştirme iradesi yok ancak gerçekleştirme iradesi olan ve gerçekleştiren faili suçta işlemeye ikna etme var ise azmettirme, gerçekleştiren failin fiiline katkıda bulunma halinde ise yardım etme sözkonusudur.

⁶² Eker Kazancı, a.g.e., sh. 156-157, 190-194, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler (7.bası), sh. 533.

⁶³ Arslan Ç., a.g.e., sh. 205.

O halde gerek azmettirme ve gerekse yardım etmede şerikler kanuni tamındaki fiili doğrudan doğruya işleyen konumda değildirlir.

İhaleye fesat karıştırma suçu iştirak ile uyuşabilir. İştirakin her şekli suçta gerçekleşebilir.

Maddenin ikinci fıkrasının d bendindeki hal dışında İhaleye fesatı karıştırma suçu bir tek fail tarafından işlenebilir. Söz konusu bendin ihlali için zorunlu olarak birden fazla fail gerekir.

İhaleye fesat karıştırma suçu birden fazla fail tarafından da iştirak hükümleri uyarınca işlenebilir. Gerçekten suçta öngörülen fiiller bir tek fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi birden fazla fail tarafından da gerçekleştirilebilir. Ancak fiil tek faille veya çok faille de işlense her ikisine de başka faillerin katılmaları mümkündür. Örneğin cebir, tehdit, hile veya hukuka aykırı başka bir davranışla İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişinin İhaleye veya İhale sürecindeki işlemlere katılmasını engelleyen kişi, “doğrudan (müstakil) fail”, İhaleyi hileli davranışlarla ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan yerine başkasına veren İhale komisyonu başkan ve üyeleri, “müşterek (birlikte) fail”, sıfatıyla cezalandırılacaklardır.

İhaleye fesat karıştırma suçuna, şerikliğinin, her iki şekliyle katılmak mümkündür. Gerçekten kişi, önceden İhaleye fesat karıştırma düşüncesi ve kararı bulunmayan bir kimsenin iradesi üzerinde etki ederek bu suçun işlenmesini sağladığı takdirde “azmettiren”; İhaleye fesat karıştırma suçunu işlemeye teşvik ettiği veya suç işleme kararını kuvvetlendirdiği veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat ettiği veya suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterdiği veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağladığı veya suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunup icrasını kolaylaştırdığı takdirde (TCK md. 39/2) ise “yardım eden” olarak sorumlu tutulacaktır.

Suçta iştirak için, teşebbüs aşamasına varmış olması koşuluyla, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin bulunması yeterlidir. (TCK md. 40/1, 3). Bu durumda suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. (TCK md. 40/1)

a) Tüzel Adına İhaleye Katılma

İhalelerin birçoğuna temsilcileri vasıta ile tüzel kişiler katılmaktadır. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmaması nedeniyle, fesat teşkil eden tipik fiilden tüzel kişi adına İhaleye katılan kişi sorumlu olacaktır. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerle İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapan tüzel kişi temsilcisinin durumunda olduğu gibi. Ancak, tüzel kişi temsilcisinin işlediği suçta tüzel kişinin bünyesinde bulunan daha üst konumdaki kişi veya kişilerin (ör. genel müdürünün, yönetim kurulu üyesi/üyeleri veya başkanının veyahut

şirketin asıl sahibinin veya hakim sermayedarlarının) iştirak etmiş olmaları mümkündür. Bu gibi hallerde, zikredilen kişilerin fail ve fille olan ilişkileri değerlendirilmek suretiyle, iştirak şekli tespit edilecektir.⁶⁴

b) Özgü Suç

İsteklilerin İhalelere kabul veya reddi bir yetkili veya birkaç görevlinin oluşturduğu komisyon tarafından yapılır. Ancak her iki durumda da yapılan tasarruf tek taraflı idari bir işlemdir. Gerçekten "İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin İhaleye katılmasını sağlamak"(md. 235/2, a-2), "teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak" (md. 235/2-a-4), işlemleri İdare adına yetkili kişiler tarafından yapılmaktadır.

İdare adına işlem yapan görevli veya komisyon üyesi İhaleye katılmaya hakkı olmayan istekliyi hileli davranışlarla İhaleye alıyorsa yukarıda belirtilen fıkra hükümlerini ihlal etmekte ve fiili gerçekleştiren konumda olmaktadır. Bu halde fiil sadece kamu görevlisi tarafından işlendiğinden özgü suç niteliğindedir.

İhaleye katılan isteklinin yetkiliyi suça ikna etmesi halinde, istekli azmettiren konumunda olacaktır.

Yetkili ile isteklinin her ikisinde de müştereken suç işleme iradesi varsa isteklinin fiili yardım eden niteliğinde olacaktır. Çünkü görevlinin fiili özgü suç niteliğindedir. Asıl fail kamu görevlisidir (md. 40/2).

Eğer yetkili, İhaleye kabul için yeterliliğe sahip olmayan istekliden menfaat temin etmişse fiil rüşvet olacak yetkili rüşvet almaktan, istekli rüşvet vermektен cezalandırılacaktır (md. 235/4).

Eğer istekli yetkiliyi ikna etmek için sahte belge sunarsa sahte belge kullanmaktan sorumlu olacaktır.

Eğer yetkili isteklinin sunduğu sahte, yanıltıcı belgeler sonucu İhaleye kabul etmişse, fiili suç teşkil etmeyecek, ancak İhaleye kabul işlemi iptal edilecektir.

İhale dosyasında sunulan belgelerin niteliğinde yanılan yetkilinin fiili suç teşkil etmeyecektir. Çünkü fiil düşündüğü gibi olsa, yanılmasa idi suç teşkil etmeyecekti.

XVIII. İçtima

Türk Ceza Kanununa göre kural olarak kaç fiil varsa o kadar suç vardır. Fail suç sayısı kadar ceza ile cezalandırılmak durumundadır. Suçların içti-

⁶⁴ Arslan Ç., a.g.e., sh. 208.

maı halinde ortada şeklen birden fazla suç bulunmaktadır. Ancak kanun özde birden çok suçu bulunmadığını kabul ederek faili, biraz artırarak tek ceza veya en ağır ceza ile cezalandırmıştır. Aslında kanun fikri içtima hali dışında, suçların içtima halinde ne suçu tek ve ne de birden fazla saymamış, cezayı bir miktar artırarak ortalama bir yol izlemiştir.

1) Zincirleme Suç

İhaleye fesat karıştırma suçunu değişik zamanlarda aynı mağdura karşı işleyen faile tek ceza verilecek ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabacaktır. (TCK md. 43/1). Yeni kanun, fiilin aynı mağdura karşı işlenmesini aramış olduğundan, mağduru farklı olması halinde her fiil için faile ayrı ceza verilecektir. Örneğin İhale yetkilisi görevlinin, yapılan birkaç İhale dolayısıyla isteklinin teklif ettiği malların şartnamede belirtilen niteliklere uymadığı halde değerlendirmeye alması (md. 235/2-b), bir kişinin İhalelere katılmak isteyen bir istekliyi tehdit ederek İhalelere katılmasını engellemesi (md. 235/2-c) halinde zincirleme suç söz konusu olacaktır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı da işlenmesi mümkündür. Bu durumda da zincirleme suç sözkonusu olacaktır. (md. 43/2) Örneğin İhaleye teklif veren birden fazla isteklinin teklifiyle ilgili olup da İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilerin bulunduğu şirketin veya dosyanın başkalarına ulaşması sağlandığında (md. 235/2-b) İhaleye fesat karıştırma suçu işlenecektir. Ancak T.C.Kanununun 43/2 maddesi uyarınca faile bir tek ceza verilecek ve bu ceza dörtte birden dörtte üçe kadar artırılabacaktır.

2) Fikri İçtima

İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesiyle birden fazla kanun hükmünün ihlal edilmesi de mümkündür. Bu durumda kanunun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı ihlal edilmiş olacaktır. Örneğin icra müdürlüğü tarafından borçlunun haczedilen malının satışı için yapılan İhalede, İhaleye katılan bir kişinin diğer katılan tarafından kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilmesi veya düşük fiyat vermesi halinde hem İhaleye fesat karıştırma suçu (md. 235/2-d) ve hem de İcra İflas Kanununun 345/b maddesinde öngörülen suç oluşacaktır.⁶⁵

Keza İhaleye fesat karıştırma suçunun tekliflerle ilgili olup da İhale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgileri başkasına açıklaması halinde (md. 235/2-b) hem İhaleye fesat karıştırma ve hem de

⁶⁵ Artırmadan Çekilme / madde 345/b (Ek: 09.11.1988-3494/59 md: Değ:31.5.2005-5358 / 17 md.) Bu kanuna göre yapılan İhalelerde kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya katılmayan kimseye bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir. / Aracılara da aynı ceza verilir. (Arslan Ç., a.g.e. sh. 211).

kamu görevlisinin görevine ilişkin sırrın açıklanması suçu oluşacaktır (md. 258). Bu durumda da fail ağır olan suçtan cezalandırılacaktır.

3) Görünüşte İçtima Şekilleri

Kanunun düzenlemiş olduğu içtima türleri dışında bazen işlenen fiil çeşitli ceza normlarını ihlal edebilir. Bu gibi durumlarda içtima görünüştedir. İhlal edilen norma aslında tekdir. İşlenen suç da tekdir.

Ancak suçun tek olduğunu belirlemek için özel normun önceliği, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi veya yardımcı normun sonralığı ilkesinden yararlanılır.⁶⁶

Örneğin tekliflerle ilgili İhale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamada 235/2-b maddesinin ihlali yanında, TCK 239. maddesi de ihlal edilmiş olmaktadır. Gerçekten 239. maddede "sıfat veya görevi, ... Veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi", cezalandırılmaktadır.

Bu durumda bir fiil ile iki madde ihlal olunmaktadır. Ancak gizli kalması, açıklanmaması gereken bilgilerin tekliflerle ilgili ve İhale mevzuatı ve şartnamelerle ilgili olması gerektiğinden kanunun 235/2-b maddesi öncelikle uygulanacaktır. Çünkü gizli kalması gereken bilgilerin İhale ile ilgili olması kurala özellik ve öncelik kazandırmaktadır. 235/2-b, 239. madde karşısında özel norm konumundadır.

İhaleye fesat karıştırma suçu cebir veya tehdit kullanmak suretiyle İhaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişinin İhaleye katılmasını engellemek şeklinde de gerçekleşebilir (md. 235/2-c). Bu durumda kanunun 106. maddesinde düzenlenen tehdit, 108. maddesinde düzenlenen cebir suçları İhaleye fesat karıştırma suçunun unsuru konumundadır. Faile ayrıca cebir ve tehditten ceza verilmeyecektir. Bu gibi hallerde bir normun diğeri bir normu tüketmesi ilişkisinden sözedilir.

İhaleye fesat karıştırma suçu işleyen görevli, suçu işlemek için menfaat temin ederse ayrıca bu nedenle cezalandırılacaktır. Söz konusu görevli kamu görevlisi olacaktır. İşlenebilecek suçlar rüşvet veya irtikap olabilir. Menfaat temin eden kişinin işlediği suç rüşvet verme olabilecektir.

İhaleye fesat karıştırma suçu için resmi veya özel evrakda sahtekarlık yapılmışsa, fail hem sahtekarlık ve hem de İhaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu olacaktır. (md. 212)

Suç işlemek için oluşturulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde failler ayrıca 220 madde uyarınca da cezalandırılacaktır.

⁶⁶ Arslan Ç., a.g.e., sh. 213.

4- Fiilin Aynı Zamanda Kabahat Oluşturması

Suçların içtiami konusuna ilişkin olarak değinilmesi gereken bir diğer husus da, İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fiilin, aynı zamanda bir kabahat olarak da tanımlanmış olması halidir ki, KK'nin 15/3. maddesinde yer alan açık hüküm gereğince, bu durumda, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Örneğin, tehdit veya hileli davranışlarla İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin İhaleye veya İhale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek şeklinde ortaya çıkan fiil, hem TCK'nin 235/2, bent a-1 veya bent c hükmünü, hem de KİK'in 58. maddesini ihlal etmekte ise de, KK'nin 15/3. maddesi gereğince sadece suç oluşturan fiil nedeniyle TCK'nin 235. maddesi gereğince yaptırım uygulanacaktır. Ancak, zikredilen durumda İhaleye fesat karıştırma suçundan dolayı yaptırım uygulanmaması halinde kabahat dolayısıyla diğer koşulların varlığı halinde KK'nin 58. maddesi gereğince bütün kamu kurum ve kuruluşlarının İhalelerine katılmaktan yasaklama idari yaptırımını uygulanabilecektir. (KK md. 15/3)⁶⁷

XIX. Yaptırım

Ceza hukukunda suç karşılığında iki tür yaptırımın uygulanması söz konusu olup bunlar, ceza ve güvenlik tedbirleridir.

A. Cezalar

Türk Ceza Kanununda suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezasıdır. (TCK md. 45). Kanunkoyucu İhaleye fesat karıştırma suçunun temel şekli için "beş yıldan oniki yıla kadar" hapis cezası öngörmüştür (TCK md. 235/1). Ayrıca İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, cezanın yarı oranında arttırılmasını benimsemiştir (TCK md. 235/3).

TCK'nin 61. maddesinde belirtilen hususlar çerçevesinde, önce suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel ceza belirlenecek ve varsa nitelikli hal nedeniyle ceza arttırımına gidilecektir. İhaleye fesat karıştırma suçu "ekonomik bir suçtur." Yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmesi, çelişki oluşturmaktadır.

B. Güvenlik Tedbirleri

Ceza Hukukunda ikinci yaptırım türü olarak güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmüştür. Tedbirin amacı suçu işleyen failin kişiliğini düzeltmek ve tehlikeli birisinden toplumu korumaktır. Türk Ceza Kanununda gerçek kişiler için güvenlik tedbiri olarak belli haklardan yoksun kılma (md. 53),

⁶⁷ Arslan Ç., a.g.e., sh. 217.

eşya ve kazanç müsadere (md. 54-55) vs, tüzel kişiler için faaliyet izninin iptali ve müsadere (md. 60) öngörülmüştür.

a) TCK

Fail İhaleye fesat karıştırma suçundan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak TCK'nin 53. maddesinin 1.fıkrasındaki hakları hapis cezasının infazı süresince kullanamaz. Bu durum mahkeme kararında belirtilir. Suçun birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması halinde (ör. Kamu görevinden veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirket, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıf, kamu yararına çalışan dernek veya kooperatifin yöneticisi olmaktan dolayı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde), ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar olan bir süreyle, bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına mahkemece karar verilecektir. (TCK md. 53/5).

Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkumiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının (ör. kamu görevlisi olmaktan veya vakıf yöneticisi olmaktan) yasaklanmasına karar verilecektir.

b) KİK ve DİK

İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan fiil, KİK veya DİK kapsamında İhale sürecinde yasal olarak öngörülen fiillerden olabilir. Bu durumda kişi, hakkında hükmolunacak ceza ve güvenlik tedbirleriyle birlikte (TCK md. 53-55, 58-60) İhalenin tabi olduğu kanunda öngörülen belli haklardan yoksun da bırakılacaktır. (KİK md. 59-61; DİK md. 85-86).⁶⁸

KİK'in "İsteklilerin Ceza Sorumluluğu" başlıklı 59. maddesine göre taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, İhalede yasak olan fiil ve davranışlardan (KİK md. 17) aynı zamanda suç teşkil edenler -ki bu suç İhaleye fesat karıştırma suçu olabileceği gibi TCK'de tanımlanan başka bir suç da olabilir- nedeniyle fail hakkında (KİK'in ifadesiyle gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında) Türk Ceza Kanununun ilgili hükmü gereğince hükmolunacak yaptırımların yanı sıra ayrıca bir yıldan üç yıla kadar KİK kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının İhalelerine katılmaktan -58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte- yasaklama kararı verilir.⁶⁹

⁶⁸ Arslan Ç., a.g.e., sh. 221.

⁶⁹ Arslan Ç., a.g.e., sh. 221.

DİK'in 85/1. maddesine göre ise, İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanan veya kullanmaya teşebbüs eden, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyen veya yerine getirirken İdareye zarar verecek işler yapan veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullananlar ile o işteki ortak veya vekilleri, hükmolunacak cezanın yanında bir yıldan üç yıla kadar bütün İhalelere girmekten de yasaklanacaklardır. Hükümde yer alan -İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek fiilleri dışındakiler- sözleşmenin yapılmasından sona edimin ifası sürecinde işlenebilecek fiillerdir ve dolayısıyla İhaleye fesat karıştırma suçu nedeniyle değil, edimin ifasına fesat karıştırma suçu çerçevesinde gündeme gelebileceklerdir.

c) Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri

Türk Ceza Kanunu tüzel kişilere ceza yaptırımını öngörmemekte, güvenlik tedbiri yaptırımını öngörmektedir (TCK md. 20/2). 60. maddesine göre, kanunda ayrıca belirtilen hallerde güvenlik tedbiri olarak, bir kamu kurumunun verdiği izne dayanarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyet halinde, iznin iptaline karar verilecek (f. 1), ayrıca müsadereye ilişkin hükümler -koşulları varsa- yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanacaktır. (f. 2). Bununla birlikte hakim, işlenen fiile göre daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabilecek durumlarda, bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir. (f. 3).

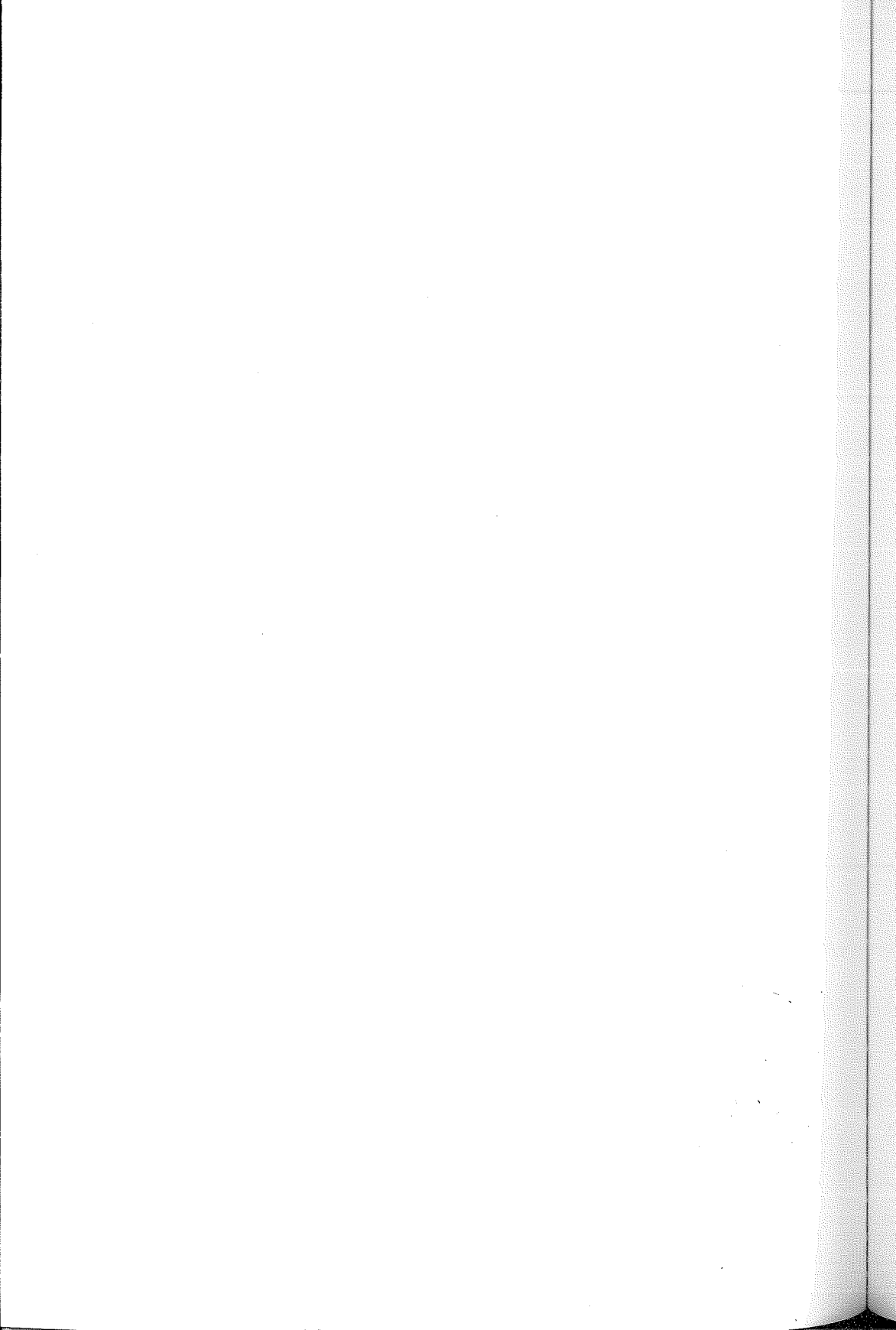
TCK'nin 242. maddesindeki hüküm gereğince, İhaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Örneğin, İhaleye katılmak isteyen veya katılan tüzel kişi genel müdürünün İhale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için diğer isteklilerden bir veya birkaçıyla açık veya gizli anlaşma yaparak tüzel kişi yararına menfaat temin etmesi halinde, temin edilen menfaatin müsaderesine karar verilebilecektir. (TCK md. 55, 242)

İlave edelim ki, İhaleye fesat karıştırma suçuna konu fiil, KİK'in 59. maddesi gereğince aynı zamanda 17. maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlar kapsamında kalmaktaysa, organ veya temsilcisi olan gerçek kişi tarafından yararına suç işlenen tüzel kişiler de, KİK kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının İhalelerine katılmaktan yasaklanacaklardır.⁷⁰

⁷⁰ Arslan Ç., a.g.e., sh. 228.

Kaynakça

- Arslan, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara, 2008.
- Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Bası.
- Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, Cilt 10, İstanbul.
- Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, 23. Baskı, Ankara 2006.
- Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, 23. Baskı, Ankara 2006.
- Doğan, D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 7. Baskı, Rehber Yayınları, Ankara 1990.
- Eker, Kazancı B., İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, 2007.
- Gönen, Dinçer/İşık, Hikmet, Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması, 11. Baskı, Ankara 2000.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Ankara, 2006. .
- Gözübüyük, A. Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Hamurcu, Kürşat, Kamu İhale Kanunu, Sözleşmeleri ve Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2003.
- Kiraz, Taylan Özgür, "Kamusal Alan Kavramı ve Bu Kavramın Tanımlanması Zorunluluğu", Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.
- Oder, Burak, Kamu İhale Hukuku, İstanbul, 2004 .
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- Özer, Attila, Türkiye'de Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları (Anayasa Hukuku Açısından) Ankara 1994.
- Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhur, "Türk Ceza Kanunu ve Bu Kanununun 4734 ile 4735 sayılı Kanun Hükümlerini İlgilendiren Hususları", in: T.C. Kamu İhale Kurumu Eğitim Dairesi Başkanlığı, Nisan 2007.
- Taşdelen, Aziz, "Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklama", AÜHFD, Cilt 55, Sa.1, Ankara, 2006.
- Uz A., Kamu İhale Hukuku, Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi ve İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Ankara, 2005.



Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi
(Public Official in the Application of Criminal Law)

Hamide ZAFER *

Özet: Ceza hukukunda faile ilişkin sıfat bazı suçlar açısından önem taşımaktadır. Bu bağlamda kimi suç bakımından failin kamu görevlisi olması suçun oluşması için zorunlu bir unsurken kimi suç bakımından failin belirli bir sığata sahip olması suçı nitelikli kılan bir unsur özelliği göstermektedir. İştirak bakımından da önem taşıyan özgü suç tanımlaması, bazı durumlarda bir suçı diğerinden ayırt etmeye de yarayabilmektedir. Bu çalışmada da özellikle vakıf yüksek öğretim kurumlarında idareci olarak görev yapan kişilerin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı konusu incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vakıf Yüksek Öğretim Kurumları, Kamu görevlisi, Ceza hukuku, kamusal faaliyet, eğitim faaliyeti, kamu görevi

Abstract: *The role of the offender is important for some crimes in criminal law. While for some of the crimes it is necessary that the offender is a public official, for others, there would be no such requirement. The definition of crime with a particular offender, which is also important for complicity, can sometimes help to separate a crime from another. This study particularly concentrates on the question whether those who work as administrators at foundations of higher education institutions are considered public officials under criminal law.*

Keywords: *Higher education facilities of foundations, public official, criminal law, public activity, educational activity, public function.*

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: mail@hamidezafar.com

Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Yöneticilerin Ceza Hukuku Bakımından Hukuki Statüsüne İlişkin Bir Değerlendirme

I. Giriş

Genel ve özel ceza kanunlarında tanımlanan suçların büyük bir kısmı, herhangi bir kişi tarafından işlenebilen suçlardır. Ancak kanun koyucu bazı suç tiplerinde failin o suçtan sorumlu tutulabilmesi için hukuki veya doğal bazı özelliklere sahip olmasını şart koşmuş olabilir. Diğer bir söyleyişle faile ilişkin bazı özellikleri suçun tanımına dahil ederek bu özellikleri suçun bir unsuru haline getirmiş olabilir. Bu tip suçlara özgü (mahsus) suçlar denir¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, özel hükümler başlığını taşıyan ikinci kitabının dördüncü kısmı "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler"e ayrılmıştır. Bu kısmın birinci alt bölümü "Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar"a (m.247-266) ilişkindir. Bu bölümde yer alan suçların büyük bir kısmı özgü (mahsus) suç özelliği gösterir. Bir kişinin bu tip suçlardan dolayı cezai sorumluluğunun doğabilmesi için o kişinin kamu görevlisi sıfatına sahip olması gerekir. Bu nedenle kamu görevlisi sıfatı, suçun faile ilişkin zorunlu bir unsurudur. Somut olayda failin suç tanımındaki özelliklere sahip olmaması, suçun tipiklik unsurunun gerçekleşmediği, CMK m.223/2'nin ifadesi ile sanığa yüklenen fiilin, kanunda suç olarak tanımlanmamış olduğu gerekçesiyle beraat kararı verilmesini gerektirmektedir.

Faile ilişkin sıfat, bazı suçlar bakımından suçun oluşması için zorunlu bir unsur özelliği gösterirken, bazı suçlar bakımından ise suçu nitelikli kılan bir unsur özelliği gösterir. Bu halde failin belirli bir sığata sahip olması, suçun kurucu unsuru olmayıp, sadece suçu nitelikli kılan diğer bir söyleyişle suça etki ederek cezanın artırılmasına sebebiyet veren bir nedendir. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu herkes tarafından işlenebilir. Suçun temel şekli, faili bakımından özgü (mahsus) bir suç özelliği göstermez. Ancak bu fiilin kamu görevlisi tarafından nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi halinde ceza ağırlaştırılır (TCK m.109/3-d).

Faile ilişkin sıfat, bir suçu diğer bir suçtan ayırt etmeye de yarayabilir. Örneğin unsurları örtüşen, zimmet ve güveni kötüye kullanma suçlarını failin sıfatı birbirinden ayırır. Özgü suç tanımlaması, iştirak kurumunun uygulanması bakımından da önem taşır.

Uygulamada sık karşılaşılan en önemli özgü (mahsus) suç grubunu, devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar, örneğin zimmet (TCK m.247), irtikâp (TCK m.250), rüşvet (TCK m.252), görevi kötüye kullanma (TCK m.257) gibi

¹ S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım II, İstanbul 1994, k.no.1169.

suçlar oluşturur. Failin kamu görevlisi olması, bu suçların zorunlu kurucu bir unsurudur.

Bu çalışmada özellikle vakıf yükseköğretim kurumlarında idareci statüsünde görev yapan üst düzey yöneticilerin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı tartışmaya açılmıştır.

II. Vakıf Yükseköğretim Kurumlarına İlişkin Konuyla İlgili Düzenlemeler

Anayasa m.130/2'ye göre, “Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilir”. *Anayasa m.130/son'a göre*, “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, malî ve idarî konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tâbidir”

2547 sayılı Yükseköğretim K'nun² Ek 2. maddesine göre, “Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel kişiliğini haiz olup, Yükseköğretim Kurulu'nun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır”³.

Yükseköğretim K. Ek m.6'ya göre, “Kurulacak yükseköğretim kurumu, vakıf tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olur ve bu kurumun gelirleri, geçici olarak dahi hiç bir suretle vakıf mamelekine veya hesaplarına intikal edemez. Vakıf yükseköğretim kurumuna doğrudan doğruya bağış ve yardım yapılabilir”⁴.

Yükseköğretim K. Ek m.9'a göre, “Vakıf yükseköğretim kurumlarının eğitim-öğretim esasları öğretim süreleri ve öğrenci hakları ile ilgili hususlar bu Kanun hükümlerine tâbidir. Öğrencilerden alınacak ücretler mütevelli heyeti tarafından tespit edilir”.

² 4.11.1981 tarih 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, RG 6.11.1981, No.17506.

³ Ayrıca bkz. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği m.4; RG 31.12.2005 No.26040.

⁴ Ayrıca bkz. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği m.27.

Vakıf tarafından kurulan yükseköğretim kurumunun, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. Mütevelli heyeti, vakıf yükseköğretim kurumunun tüzelkişiliğini temsil eder. Vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticileri Yükseköğretim Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyeti tarafından atanır. Mütevelli heyeti; vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde yetkilerini devredebilir. Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar, yükseköğretim kurumunun *bütçesini onaylar* ve uygulamaları izler, ayrıca vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürütür (YÖK K Ek m.5).

Hukuki durumu şu şekilde özetlemek mümkündür:

-Yükseköğretim kurumları kurmak üzere vakıf kurulabilir (Ay m.130).

-Vakıf ile vakfın kurduğu yükseköğretim kurumu arasında organik bir bağ yoktur. Yükseköğretim kurumu, kurucusu olan vakıftan ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahiptir.

-Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, malî ve idarî konuları dışında, devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları ile aynı hükümlere tâbidir (Ay m.130, Yükseköğretim K. Ek m.2). Vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari özerkliği vardır. Vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari denetimi, yükseköğretim kurumunu temsile yetkili mütevelli heyet tarafından yapılabilir⁵.

-Vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyeti; yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin *sözleşmelerini yapar*, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar.

-Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları Devletin (YÖK'ün) gözetim ve denetimine tâbidir. Devletin bu yükseköğretim okulları üzerinde gözetim ve denetim yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu yetki, mali ve idari denetimi kapsamamaktadır. Denetim, akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanmasını, güvenliği ve eğitim hizmetini kapsamaktadır.

⁵ Anayasa m.130, Yükseköğretim K. Ek m.2 aynı yöndedir. Yöğretim K. Ek m.10/son'da mali, idari ve ekonomik konularda YÖK'nun gözetim ve denetimi kabul edilmiştir. Anayasa normu üst norm niteliğindedir ve somut düzenleme içermez. Anayasa'da yapılan somut düzenlemeler yasa hükümleriyle çeliştiğinde, Anayasa hükmünün yasa hükmünü zımnen yürürlükten kaldırdığı kabul edilir. Bu durumun tespiti için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerekli değildir. Bkz. N.Kunter/F.Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri, İstanbul 2002, N.40.2(313) dn.3. Somut Anayasa normları olaya doğrudan doğruya uygulanır. Ay m.177/e: "... doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır".

-Yükseköğretim kurumu mütevelli heyeti, yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylar ve uygulamalarını izler.

III. Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının İdarecilerinin Ceza Hukuku Anlamında Kamu Görevlisi Sayılıp Sayılmayacağı

Kamu görevlisi kavramı TCK m.6/1-c'de tanımlanmıştır. Bu hükme göre, "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, ... Anlaşılır".

Hükme göre, *kamusal faaliyete* katılan her kişi kamu görevlisidir. Bu tanım, kamusal faaliyetin tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır.

Gereğe'ye göre, "memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. / Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. / *Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır*".

Gereğe'ye göre bir hizmetin kamusal bir faaliyet sayılabilmesi için, verilen hizmetin, *kamu adına yürütülen bir hizmet olması* ve bu hizmetin *kanunlarla belirlenmiş usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar* gerçekleştiriliyor olması gerekir. Bu özelliklere sahip hizmetin verilmesine katılan herkes kamu görevlisidir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde m.279/1'de kamu görevi görenlerin memur, 279/2'de, kamu hizmeti görenlerin ise kamu hizmeti görmeye yükümlü sayılacağı belirtilmişti. Bu tanımlara göre, memur sayılabilmek için verilen hizmetin kamu görevi olması gerekiyordu. Memur kavramı, kişinin yerine getirdiği faaliyetten hareketle belirlenmekteydi. İlk uygulamalarda kamu görevi ile kamu hizmeti kavramları arasında fark bulunmadığı⁶, iki kavramın da aynı anlama geldiği ileri sürülmüş ise de, TCK'da bazı suç fail-

⁶ Bkz. A.Önder; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1985, 86.

lerinin memur yani kamu görevlisi, bazı suç faillerinin ise kamu hizmeti görenler olarak gösterilmiş olması nedeniyle bu kavramların farklı anlamlara geldiği uygulama ve öğreti tarafından kabul edilmiştir⁷.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde öğreti ve uygulama kamu görevi ve kamu hizmetini ayırt edici kriterlerle ilgilenmiştir⁸. Bu faaliyetlerin ayırt edilmesi, memur ve kamu hizmetini görmekle yükümlü olanların birbirinden ayırt edilebilmesi anlamına gelmekteydi. Bu dönemde kamu faaliyetinin, kamu görevi ve kamu hizmeti şeklinde bir ayrıma tâbi tutulması ve bu iki fonksiyonu ayırt edici kriterde uzlaşamaması, bazı kuruluşların özellikle KİT'lerinin kuruluş kanunlarında, söz konusu kuruluş çalışanlarının bu kurumun mallarına, belge ve defterlerine karşı işledikleri suçlarda memur sayılacaklarına dair hükümler sevk edilmesine neden olmuştur⁹.

YCGK bir kararında, "TCK'nın 279. maddesine göre memur devlete ait bir iktidar ve yetkiyi kullanarak hukuksal işlem veya eylem uygulamasını gerçekleştirenlerle bu hukuksal işlem ve eylemin uygulanmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım edenlerdir" demiştir¹⁰.

Devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli görevleri yapanlar ile kamu otoritesi adına yürütülen bu tür faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre, Anayasa m.128'in ifadesiyle genel idare esaslarına göre katılan herkes kamu görevlisidir. Genel idare esasları kavramı, kamu hukuku rejiminin ve kamusal yönetim usullerinin varlığını gerektirir. Kamu hukuku rejiminin varlığı ise faaliyetin yasayla kurulup, işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbi olmasını, idarenin bütünlüğü ilkesine uyulmasını, yönetim anlayışının merkezi idare veya yerinden yönetim ilkesine dayanmasını, personelinin görev ve sorumlulukları ve disiplin yönünden güvenceye alınmasını gerektirir¹¹.

⁷ Bkz. D.Tezcan/M.R.Erdem/R.M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007, 683; Önder, 86-87.

⁸ Bir görüşe göre, devletin esashı nitelikteki gayelerin elde edilmesine yönelik faaliyetler kamusal bir faaliyet (görev)dir. Başka bir görüşe göre ise, kamu gücünün müdahalesiyle yapılan faaliyetler kamu görevidir. Kamusal faaliyeti belirlemeye yönelik diğer görüşler hakkında bkz. S.Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, 75; M.E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, Madde 1-36, Ankara 2009, 49; G.Okuyucu Ergül, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008, 13-30; Tezcan/Erdem/Önok (2010), 797; Önder, 87; H.Zafer, "4483 sayılı ve 2.12.1999 tarihli "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Değerlendirilmesi", İBD, 4 (Aralık 2000), 993.

⁹ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok (2007), 686; Örnek düzenlemeler için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 51.

¹⁰ YCGK, 25.11.1985-410/595, YKD Mart 1986, 406, 411.

¹¹ O.Yaşar/H.T.Gökçen/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza kanunu, C.1, Madde 1-44, Ankara 2010, 98.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre ise kamusal faaliyetin özelliği, hizmetin yerine getirilmesinde *kanunlarla belirlenmiş usullere göre verilmiş olan siyasi bir kararın etkili olması, diğer bir söyleyişle hizmetin yerine getirilmesinde devlet otoritesinin hissediliyor olması ve ayrıca hizmetin kamu adına yürütülüyor olmasıdır. Kamusal bir faaliyete katılma söz konusu olduğunda da katılanların kamu görevlisi sayılabilmesi için katılanlarla devlet arasındaki ilişkinin genel idare hukukunun esaslarına uygun olması; en azından katılanın faaliyetleri üzerinde devletin gözetim ve denetime ilişkin üstün yetkilerinin kabul edilmiş olması gerekir.*

Kamusal faaliyet, kamuya yönelik ve kamuya yararlı olup, kural olarak kamu kuruluşlarınca, ya da kamu kuruluşunun yakın denetimi altında bireylerin yararlanmasına sunulan hizmetlerdir. Aslında bir faaliyetin niteliği gereği kamu hizmeti (faaliyeti) olduğu söylenemez; önemli olan husus, siyasal iradenin söz konusu faaliyeti bu kapsamda belirleyip belirlemediğidir¹².

Eğitim faaliyeti, kamusal gerekçelerle ve siyasi iktidar kullanılarak yani devletin gözetimi altında yerine getirilen bir faaliyettir. Bu hizmetin yerine getirilmesi devletin asli görevleri arasındadır. Bu açıklamalar doğrultusunda eğitim faaliyetinin kamusal bir faaliyet olduğunda şüphe yoktur. Bu faaliyete katılan herkes de kamu görevlisidir.

5237 sayılı TCK m.6/1-c'nin Gerekçesi dikkate alındığında, bu kamusal faaliyetin özel hukuk kurallarınca kurulan ve işleyen bir kurum ve bu kurumdaki kişiler aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinde yani kamusal faaliyete özel kişilerin katılması söz konusu olduğunda bu kişilerin hangi koşullarda kamu görevlisi sayılabileceğinin tartışılması gereklidir.

Gerekçe, kanun koyucunun o hükmün uygulama alanına ilişkin olarak iradesini ortaya koymada başvurulan önemli bir yorum aracıdır¹³. Gerekçe'ye göre bir kamusal faaliyetin ihaleye dayalı olarak özel kişilere devredilmiş olması halinde bu faaliyete katılan kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı ortadadır. Bir kamusal faaliyeti ihale yolu ile devralan ve aldığı bedel karşılığında bu hizmeti yapan kişi kamu görevlisi değildir. Böylece kanun metninde, kamu görevlisi sayılmanın kriteri "yapılan iş-kamusal faaliyet" olarak gösterilmişken, gerekçe ile bu hususa istisna getirilebileceği ve istihdam ilişkisinin de önemli olabileceği, kamu görevinin özel şahıslara devredilmesi halinde bu kişilerin tamamen özel hukuk kurallarına göre çalıştığı hallerde kamu görevlisi sayılmayacağı ortaya konulmuştur. Devletin bir kamu faaliyetini (ihaleye dayalı olarak) özel şahıslara devretmesi halinde bu kamu faaliyetini yerine getiren kişiler kamu görevlisi olarak sorumlu tutulamayacaktır. Bu durumun aksi amaçlandığında, 765 sayılı TCK döneminde olduğu

¹² Giritli/Bilgen/Akgüner, 779-780; Günday, 284-285; Akyılmaz, 329'dan aktaran Tezcan/Ertem/Önok (2010), 799.

¹³ H.Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2010, 59.

gibi, bu tüzel kişilerin mallarının kamu malı olarak kabul edileceğinin ve personelinin bu mallara karşı işlediği suçlarda da kamu görevlisi olarak sorumlu olacağına yasayla ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekir. YÖK Kanunu'nda, vakıf yükseköğretim kurumlarının mallarının kamu malı olduğu, personelinin de bu mallara karşı suç işlemesi halinde kamu görevlisi sayılacağı gösterilmemiştir.

Yükseköğretim K. Ek m.2'de vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğine sahip olacağı gösterilmiştir. Bu kamu tüzel kişiliğini temsile, eğitim kurumunun mütevelli heyeti yetkilidir. Bir kurumun Yasayla kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunun belirtilmiş olması, o kurumun gerçekten en azından mali ve idari konularda kamu kurumu olduğunu¹⁴ ¹⁵ve o kurumda bu alanlarda faaliyet gösteren personelin de kendiliğinden kamu görevlisi olmasını sonuçlamaz. Kamu tüzel kişiliği, mali ve idari konularda özel hukuk kişisi gibi faaliyet gösterebilir¹⁶. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre, kamu tüzel kişiliğine sahip vakıf yükseköğretim kurumları, kendilerine ait mal varlıklarına ve bunlar üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahiptir.

Yükseköğretim kurumları kurma yetkisi Anayasa ve Yükseköğretim K. ile vakıflara da verilmiştir. Vakıflar da eğitimi icra etme yetkisini yükseköğretim kurumunun mütevelli heyetine devretmektedir. Bu bağlamda, kurucu vakfın ve vakıf yükseköğretim kurumunun mütevelli heyetinin ve yükseköğretim kurumu yönetici ve personelinin kamusal bir görevi, ihaleye dayalı olarak sözleşme ile devralmadığı ortadadır.

¹⁴ Nitekim Danıştay bir kararında özel üniversitelerin mali özerkliğinden hareketle kamu kurumu niteliğinde olmadıklarına karar vermiştir. D.11.Dairesinin 20.11.2006 gün ve 5058/5350 sayılı kararında, özel üniversitelerin kamuya ait bütçe içinde yer almamaları, gelirlerinin kamu gelirleri, giderlerinin de kamu harcamaları arasında gösterilmemesi nedeniyle kamu kurumu olarak kabul edilmelerine olanak bulunmadığı belirtilmiştir.

¹⁵ YHGK, 25.12.2002-12-1101-1113'e göre, Vakıf üniversitesi mallarının devlet malı sayılabilmesi için kamu tüzel kişisi olması yetmez, bütçenin genel ve katma bütçe tipinde yer alması ve kuruluş yasasında açık bir düzenlemenin bulunması gerekir. Vakıf üniversitesi genel ve katma bütçeye dahil değildir; kamu mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kural Vakıf üniversitelerinin malları için geçerli değildir. Bunun için Yasa'da açıklık olması gerekir. YHGK, 26.2.2003-12-116/111'e göre, "... Bu nedenle özel yasalarda bir kuruluşun kamu tüzel kişisi olduğunun belirtilmesi durumunda bu ifade, başlı başına o kuruluşun mallarının İİK m.82/1 anlamında haczedilmeyeceği anlamına geldiği sonucunu doğurmaz".

¹⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi de, üniversitelerle ilgili olarak aynı anlama gelebilecek bir yorum yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları, Anayasa'nın 130. maddesinin son fıkrasında öngörülen mali ve idari konulardaki serbestlikle çatışmaz. Vakıf üniversitesi olmak yasa temelinde kamu tüzel kişisi sayılmayı engellemediği gibi, kamu tüzel kişisi olmak da mali ve idari konularda istediği kuralları ve düzeni seçip uygulamayı engellemez. Her düzeyde yöneticilerle öbür personelini görevlendirmeyi kendi organları gerçekleştirir". Bkz. AyM, 30.5.1990-2/10.

Ancak belirtelim ki kamusal bir faaliyet, “ruhsat”, “müşterek emanet”, “imtiyaz”, “yap-ışlet-devret” gibi yöntemlerle özel kişiler tarafından yürütülebilir. Bu hallerde hizmet, genel idare esaslarına göre yürütülmemektedir¹⁷.

Madde gerekçeleri kanun metni niteliğinde olmayıp yorum aracıdır. Gerekçe kamusal görevin özel şahıslara devredilebileceğini ve bu halde bu görevi yerine getirenlerin aksine yasal bir düzenleme olmadığı sürece kamu görevlisi sayılamayacağını ortaya koymaktadır. Önemli olan kamu faaliyetinin bir yöntemle özel kişilere devredilmesi ve genel idare esaslarının dışına çıkılmış olmasıdır. Genel idare esaslarının dışına çıkmayı sonuçlayan yöntemin ne olacağı, idare hukukunun ve özel hukukun esaslarına göre veya kanun tarafından belirlenmiş olabilir.

Genel idare esaslarının dışına çıkıldığı hallerde, kişileri kamu görevlisi olarak kabul etmek ve fiillerini bu sıfatlarına uygun olarak belirlemek, idare aleyhine işlenen suçlarla korunmak istenen menfaate de ters düşer. İdare aleyhine işlenen suçlarla, diğer bir ifade ile kamu görevlilerince işlenebilen suçlarla, idarede kamu görevinde disiplin, kamuya ait değerlerin dürüst bir şekilde idaresi, idarenin düzgün işleyişi, kamu idaresinin doğruluğu ve dürüstlüğü, devlete ait menfaatler, devlet idaresine karşı duyulan güven korunur¹⁸. Genel idare esaslarının dışına çıkıldığı, idarenin üstün yetkilerinin söz konusu olmadığı hallerde, özel kişilerin faaliyetlerini kötüye kullanmalarının, devletle ilgili değerlere zarar verdiğini kabul etmek zordur.

Bu kapsamda *Yasa* ile yani *YÖK Kanunu'nun ek maddeleri ile* eğitime ilişkin kamusal görev, vakıflara¹⁹ ve vakıflar aracılığı ile yükseköğretim tüzel kişiliğini temsile yetkili mütevelli heyetine ve mütevelli heyet tarafından da iş akdi ile vakıf yükseköğretim kurumunun idari amirine devredilmektedir. Bir kamu görevinin özel bir kişiye devredilip devredilmediğini tespit etmek için, tüzel kişinin mallarının kamu malı sayılıp sayılmadığına, personelin bağlı olduğu hukuki statüye, bütçe kurallarına, finansmanına, denetimine ve bu kamu tüzel kişiliği bünyesinde yapılan faaliyete bakmak gerekir. Vakıf yükseköğretim kurumlarının personeli ve özellikle somut olay bakımından yöneticileri, kamu görevlilerinin tâbi olduğu mevzuata tâbi değildir.

¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 51.

¹⁸ Okuyucu Ergün, 67-69; Önder, 80-81.

¹⁹ Bu kamusal faaliyetin YÖK Kanunu ile özel hukuk tüzel kişisine aktarıldığı YHGK'nun şu tespiti ile de ortaya koyulmuştur. “2547 sayılı Yükseköğretim Yasası da Anayasa hükümlerine parasal olarak getirilen hükümler bir bütünlük taşımakta, hukuksal dayanak, yasayla kurulma yönlerinden vakıfların yükseköğretim kurumları açmaları ile Devletin yükseköğretim kurumu açması arasında bir farklılık gözetmemekte, gelir kaynakları bakımından farklılık ise, yalnızca vakıfların mali ve idari yönden kendilerine özgü bir sistem içinde bulunmalarından kaynaklanmakta ve kurucusunun farklılığı nedeniyle ayrıcalıklı hükümlere bağlı kılınmış bulunmaktadır. Devlet yükseköğretim kurumlarının kurucusu “Devlet”, vakıf yükseköğretim kurumlarının kurucusu “Vakıf”tır. YHGK, 26.2.2003, 003/12-116, K. 2003/111.

Personelin iş koşulları ve hakları, İş Kanunu hükümlerine tabidir. Yükseköğretim kurumunun öğrencileri ile olan mali ilişkisi de özel hukuk kurallarına tâbidir²⁰.

Belirtelim ki, vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari özerkliğinin bulunması nedeniyle yükseköğretim kurumlarının bu alandaki hukuki statüsüne ilişkin tartışmaların karşılığını, vakıf yükseköğretim kurumlarında görevli olanların özgü suçlar bakımından cezai sorumluluğuna ilişkin tartışmalar oluşturmaktadır.

Yargı kararları ile vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konularda kamu tüzel kişilerinin tâbi olduğu kurallardan farklı bir statüde oldukları ortaya koyulmuştur. Bu kamu tüzel kişiliği mali ve idari konularda özel hukuk hükümlerine tâbidir ve özel hukuk hükmi kişiliği ön plana çıkar²¹. Vakıf yükseköğretim kurumu TTK m.12'ye göre iktisadi (ticari) bir işletme ve tacirdir²². Malı da Devlet (kamu) malı değildir²³. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, Vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları, onların Ay m.130'da öngörülen mali ve idari konularda istediği kuralları ve düzeni seçip uygulamalarını engellemez²⁴. Bu konularda idarenin denetiminin ve üstünlüğünün olmaması, bu alanda idare hukukunun esaslarının dışına çıkıldığını ortaya koymaktadır.

Vakıf yükseköğretim kurumunun malları, kendisine aittir ve kamu malı olarak kabul edilmemiştir. Vakıf yükseköğretim kurumunun personeli iş hukuku kurallarına göre çalışmakta ve çıkan uyuşmazlıklar, idare mahkemelerinde değil, iş mahkemelerinde çözümlenmektedir. Personeli ve yöneticileri

²⁰ Öğretim dönemi başlamadan kaydın silinmesi nedeniyle ödenen dönem ücretinin iadesi istemiyle açılan davaya ilişkin olarak ortaya çıkan görev uyuşmazlığında Uyuşmazlık Mahkemesi, davanın vakıf üniversitesi ile öğrenci arasındaki alacak borç ilişkisinden doğması nedeniyle özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, 4.10.2004-34/55.

²¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 2004/34 Esas ve 2004/44 sayılı ilamında da Vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konularda özel hukuk hükümlerine tâbi olduğu belirtilmiştir.

²² Danıştay 7D, 9.12.2003-688/4982.

²³ YHGK, 25.12.2002-12-1101-1113'e göre, "vakıf üniversitesi mallarının devlet malı sayılabilmesi için kamu tüzel kişisi olması yetmez, bütçenin genel ve katma bütçe tipinde yer alması ve kuruluş yasasında açık bir düzenlemenin bulunması gerekir. Vakıf üniversitesi genel ve katma bütçeye dahil değildir; kamu mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin kural Vakıf üniversitelerinin malları için geçerli değildir. Bunun için Yasa'da açıklık olması gerekir". YHGK, 26.2.2003-12-116/111'e göre, "... Bu nedenle özel yasalarda bir kuruluşun kamu tüzel kişisi olduğunun belirtilmesi durumunda bu ifade, başlı başına o kuruluşun mallarının İİK m.82/1 anlamında haczedilmeyeceği anlamına geldiği sonucunu doğurmaz".

²⁴ AyM, 30.5.1990-2/10.

özel hukuk sözleşmesi ile çalışmaktadır²⁵ ²⁶. Bu düzenlemeler de kamusal faaliyetin, en azından mali ve idari konularda, idare hukuku esasları dışına çıkılarak özel kişilere devredildiğini ortaya koymaktadır. Bu konularla ilgili işlemlerin arkasında, siyasi iradenin bulunmaması esası benimsenmiştir.

Mali ve idari konular söz konusu olduğunda, vakıf yükseköğretim kurumları personel ve yöneticilerinin, bir kamu kuruluşunun (YÖK'ün) yakın denetimi altında bir hizmet sunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Aksi bir kabul Ay m.130/son ve Yükseköğretim K. Ek m.2 hükmüne aykırı olur.

Vakıf yükseköğretim kurumları, bir yandan kâr amacı gütmemekte; kamusal güç ve yetki kullanmakta ve belirli şartları yerine getirmişlerse kamu bütçesinin kaynaklarından faydalanmakta; ancak diğer taraftan iktisadi bir işletme gibi yönetilmektedirler. Bu kapsamda kanun koyucu, personelin kalitesini ve verimliliğini denetlemek ve ödüllendirmekle yetinmemekte, üniversitelerin birbiriyle yarışmasını teşvik etmektedir. Esasen bağımsız tüzel kişilik ve özerklik de bu amaca hizmet eder. Bu nedenle vakıf yükseköğretim kurumları arasında rekabetten dahi söz edilebilir. Bu özel durum nedeniyle vakıf yükseköğretim kurumları, isim ve logolarını marka olarak tescil ettirmek yoluna gitmekte ve Türk Patent Enstitüsü de şartları sağlanmışsa bu başvuruları kabul etmektedir²⁷. Bu tespitler de mali ve idari konularda özel hukuk kurallarının uygulandığını göstermektedir.

Kamu görevinin özel kişilere devredildiği hallerde, özellikle yükseköğretim kurumunun bütçesini ve idaresini ilgilendiren konularda tüzel kişiliğin bünyesinde işlenen suçlar söz konusu olduğunda, sorumluluğun esasını belirleyen özel yasal düzenlemelere yer verilmediği sürece ilgilileri kamu

²⁵ Uygulamada taraflar iş koşullarını ve özlük haklarını sözleşmeyle düzenleyebilmektedir. Sözleşmenin taraflarının eşit iki iradeye sahip olmaları, idari sözleşmelerin tipik özelliği olan idarenin üstün yetkiler kullanması esasına da uymamaktadır. Sözleşmelerin içeriği incelendiğinde, özel hukuk sözleşmesi olarak ve İş Kanunu hükümleri çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. T.Yıldırım/F.Samuray, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü", Maltepe Üniversitesi HFD, 2010/I, 81-93.

²⁶ Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanun'da devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tâbidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük haklarının bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Yönetmelikte aylık ve diğer özlük hakların özel hukuk sözleşmesiyle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim görevlilerinin bilimsel özgürlüğünün sağlanması ve vakıf yükseköğretim kurumlarının mali özerkliği, bu personelin hukuki statüsünün ilişkiye ve uyumsuzluğa göre kamu görevlisi veya kamu görevi yerine getiren özel şahıs olmasını sonuçlamaktadır.

²⁷ Bkz. Prof.Dr. Almet Battal, Vakıf Üniversitelerinin İsmi Marka Niteliği, www.w3.gazi.edu.tr/~battal/images/makale/makale40/vakif_uni_marka_niteligi.pdf (Erişim tarihi: 2.10.2010)

görevlisi olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bu sonuç arzu edilmiyorsa, 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi bu kamu tüzel kişilerini kuran yasalara tüzel kişinin mallarına ve idaresine karşı işlenen suçlarda, ilgili kişilerin kamu görevlisi sayılacağına veya kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına dair açık hüküm koyulmalıdır. Böyle yasal bir düzenleme yapılmadığı sürece vakıf yükseköğretim kurumlarının personelinin ve özellikle idarecilerinin, mali ve idareye ilişkin konularda kamu görevlisi sayılmaması gerekir. Nitekim vakıf yükseköğretim kurumlarındaki öğretim görevli ve üyeleri ile yöneticilerine (dekana) isnat edilen suçlarla ilgili olarak Yükseköğretim K. m.53-c maddesine göre bir ceza soruşturması (ilk tahkikat) yapılamayacağı, çünkü YÖK Kanunu'nun bu konuya ilişkin bir açıklık taşımadığı; Yükseköğretim K. m.53/c'ye göre verilen men'i muhakeme kararının yerinde olmadığı ve genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği, Danıştay tarafından kabul edilmiştir²⁸. 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.49'da, "özel öğretim kurumlarının yönetici ve öğretmenleri suç işlemeleri halinde veya görevlerinden ötürü kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından memur sayılır" demek suretiyle özel öğretim kurumlarında verilen hizmetin kamu görevi ve dolayısıyla bu hizmeti verenlerin de memur yani kamu görevlisi olmadığı ortaya konulmuştur. Bu kişilerin kamu görevlisi (memur) olarak cezalandırılabilmesi yasalarında bu hususun açıkça gösterilmesine bağlanmıştır.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçta kanunilik ilkesi, suçun unsurlarının kanunla belirlenmiş olmasını ifade eder. Bu ilke Ay m.38'de ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.7'de güvence altına alınmıştır. Bu ilkenin doğal bir sonucu belirlilik ilkesidir. Suç tanımları açık, yani belirli, anlaşılır olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir hukukçu ve mahkeme içtihatları ile suç tanımlarının anlaşılır hale gelmesini, kanunilik ve belirlilik ilkesine uygun bulmaktadır²⁹. Kamu görevlisini suçun unsuru olarak gösteren suçlar bakımından, bu kavramın, özellikle vakıf yükseköğretim kurumlarının idarecisi ve personeli açısından belirli olduğunu söylemek mümkün değildir. Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları da bu konuda yeterli güvenceyi sağlayamamaktadır.

Bir hizmetin kamusal faaliyet, yerine getirenin ise kamu görevlisi sayılabilmesi için, hizmetin arkasında siyasi bir güç olmalı yani faaliyet devletin yakın gözetimi altında yerine getirilmelidir. Bir faaliyeti sadece niteliğine bakarak kamusal faaliyet ve bu hizmeti yerine getireni de kamu görevlisi saymak, kamu görevlilerince işlenebilen özgü (mahsus) suçların uygulama alanını alabildiğine genişletir. Böylesine geniş bir yorum, kanunilik ilkesine de aykırı olur. Bir hizmetin mevzuatla düzenleniş şekline bakarak, kanun koyucunun bir hizmeti hangi ölçüde kamusal faaliyet ve bu faaliyeti yerine

²⁸ Danıştay 2.D, 16.4.1999-1517/1062.

²⁹ D.Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 276-277; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 48.

getiren veya bu faaliyete katılanları ise kamu görevlisi olarak kabul ettiği ortaya koyulmaya çalışılmalıdır. Faaliyetin kamuya yönelik olması tek başına o hizmetin kamusal faaliyet, yerine getirenin ise kamu görevlisi sayılması için yeterli değildir.

IV. Değerlendirme

Eğitim-öğretim faaliyeti, kamusal bir faaliyettir. Bu kamusal faaliyet, Anayasa ve Yükseköğretim Kurumları Kanunu ile kamu tüzel kişiliğine sahip olan vakıf yükseköğretim kurumlarına devredilmiştir.

Vakıf yükseköğretim kurumları, kamu tüzel kişiliğine sahip olmakla beraber mali ve idari konularda özerktir. Bu konularda kararlarını kendisi almakta ve uygulamaktadır. İdarenin denetimi ve gözetimi, eğitim ve öğretim konularına ilişkindir. İdare, eğitim-öğretim esasları, öğrenci hakları, öğretim süresi, bilimsel özerklik konularında denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Bu konulara ilişkin yetkinin kötüye kullanılması halinde kamu görevinin suiistimalinden söz edilebilir.

Özel şahısların idarenin gözetim ve denetimi altında olmayan faaliyetlerini kamu görevi ve kişiyi de kamu görevlisi saymak mümkün değildir. Aksi takdirde devlet idaresine karşı işlenen suçlarla korunmak istenen menfaate de aykırı bir sonuca ulaşılmış olur. Devlet idaresine karşı işlenen suçlarla, idarenin işlerliği, güvenilirliği korunmaya çalışılır. İdarenin gözetim ve denetimi altında olmayan faaliyetler esnasında işlenen suçlarla, idarenin işlerliğine ve güvenilirliğine zarar verildiğini söylemek mümkün değildir.

Sonuç olarak belirtmek isteriz ki, kanun koyucu, kamu görevi ifa eden kamu görevlileri ve kamu görevi ifa eden özel kişiler ayırımını getirmiştir. Kamu görevinin devredildiği özel kişiler, idarenin gözetim ve denetimi altında olmadıkları alanlarda kamu görevlisi sıfatına sahip olmadıkları için kamu görevlisi olmayı ön şart olarak gösteren özgü (mahsus) suçların faili de sayılmamalıdır. 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanım, 765 sayılı TCK döneminde yaşanan kamu görevlisi (memur) ve kamu hizmetlisi ayırımının yarattığı tartışmayı sona erdirici nitelikte gözükmemektedir. Vakıf yükseköğretim kurumlarının mallarına ve idaresine karşı işlenen suçlarda failerin kamu görevlisi gibi ceza sorumluluklarına gidilebilmesi için bu hususun yasada açıkça ve ayrıca gösterilmesi gerekir.

Kaynakça

A.Önder; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1985.

D.Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara.

Durmuş Tezcan / M.R.Erdem / R.M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007.

G.Okuyucu Ergül, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008.

Hamide Zafer, "4483 sayılı ve 2.12.1999 tarihli "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Değerlendirilmesi", İBD, 4 Aralık 2000.

Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner. Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, Madde 1-36, Ankara 2009.

Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım II, İstanbul 1994.

Sulhi Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984.

www.w3.gazi.edu.tr/~battal/images/makale/makale40/vakif_uni_marka_niteligi.pdf (Erişim tarihi: 2.10.2010).

*Avrupa Edebiyat Mirası Olan Müstehcen
Edebiyata Ulaşma Hakkı*

*(The Right of Access to Obscene Literature Which
is the Heritage of European Literature)*

*Fikret İLKİZ**

Özet: Çağdaş ülkelerin hiçbirisinde örf ve adet, cinsellik anlayışı, ahlak ölçüleri değişmez olarak kabul edilmez. Değişimi engelleyen ceza uygulaması ise kabul edilmez. Örneğin Guillaume Apollinaire Türkiye’de tanınan bir yazar olmamasına karşın “erotik edebiyat” alanındaki eserleri ile tanınan önemli bir yazardır. Müstehcenlik en çok tartışılan kavramlardan birisi olarak karşımıza çıkar. Çağımızda değişen değer yargıları, ahlak ölçülerinde de değişiklik yaratmıştır. Örneğin; hem cinsler arasındaki cinsel ilişkiler doğal kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları bu yöndedir. Kişilerin cinsel tercihlerini toplumun bazı kesimlerinin onaylamaması, yadırgaması ve çoğunlukla rahatsız edici veya şoke edici bulmasına rağmen, cinsel ilişkinin bir cinsel tercih hakkına dayalı olarak özel alanlarda gerçekleştirilmesi ve şiddet içermeyip çocukları da kapsamadığı sürece engellenmeyeceği kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Müstehcenlik, ahlak, edebiyat, ceza hukuku, ifade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

Abstract: *Customs, sexuality and morality are changing notions in modern societies. Criminal practice that prevents change in these notions is unacceptable. For example, Guillaume Apollinaire is not a well-known author in Turkey, but he is a famous author notable for his works in ‘erotic literature’. Obscenity is a much-debated topic. The change in moral judgments of our times has also caused changes in moral values. For example, same-sex sexual relations are accepted as normal. Judgments of the European Court of Human Rights are also reflecting this change. Although the society may consider certain sexual preferences of individuals as unacceptable, disturbing, or even shocking, it is accepted that sexual intercourse cannot be precluded as long as it takes place in private, occurs without violence, and does not involve children*

* Avukat, İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği Başkanı, e-posta: ilkiz@mail.koc.net

Keywords: *Obscenity, moral, literature, criminal law, freedom of expression, European Convention of Human Rights.*

Giriş

Müstehcen kelimesi Arapçadaki “Hücnet” kelimesinden gelir ve “soysuzluk, karışıklık, bayağılık, aşağılık, kötü davranış” demektir.¹ Sözlüklerde “ayıp, terbiyesizce, iğrenç, açık saçık, edepsizcesine, edebe aykırı, yakışıksız” tanımlanır.

Tanım içindeki “edeb” kelimesi ise; “terbiye, güzel ahlak, iyi davranış, incelik, kibarlık, utanma, örtülmesi gerekli ayıp yerler” dir. Bu durumda müstehcenliğin ahlak kavramı ile yakından ilgili olduğu da söylenebilir. Ahlak ise, kişilere ve çağlara göre değişkenlik gösterir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında “genel ahlak” tarifi verirken; belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş, kolayca anlaşılabilir ahlak kurallarının bütünü olduğunu vurgulanmıştır. Müstehcen kelimesi açıklanırken “erotik” ve “pornografi” kelimelerinin anlamlarını da açıklamak gerekir. Çünkü çoğu defa bunlar birbirleri ile karıştırılmaktadır.

Erotik kelimesi köken olarak Fransızca “eros” kelimesinden gelir ve sözlük anlamı; “aşkla ilgili olan, aşkı anlatan, kösnül, erosal, şehvi, şehvani”dir. “Pornografi” kelimesi Fransızca’dan alınmadır ve “Açık saçık yayın veya resim, edebe aykırı kitap veya resim” olarak tarif edilebilir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 3.4.1995 günlü kararında edebe aykırılık, porno ve erotik kavramlarının karıştırılmaması gerektiğini vurgulamıştır. Daire kararına göre : “Müstehcenlik konusunu incelerken, ‘porno- (obsen-müstehcen) ve erotik’ kavramlarını birlikte değerlendirmek gerekir.

Eski Yunanca (porno-fahişe) sözcüğünden türeyen porno ve bu konuda yapılan yayınları belirleyen pornografi; aşırı, çok şiddetli, makul olmayan bir biçimde şehvet duygularının tahrik edilmesi anlamına gelirken, müstehcen; çok değişik tanımlar yapılmış olmakla beraber Kanunumuzdaki tanımı ile halkın ar ve hayâ duygularını incitecek (söz, yazı vs.) anlamına gelmektedir.

Bu tanıma göre müstehcen kavramı topluma, kişiye, çevreye göre normatif sayılmalıdır.

Bunun bir sınırı bulunduğu da kuşkusuzdur. Erotik sözcüğü ise, sevginin cinsel yönünü ve cinsel aşkı anlatması açısından edebiyat, resim, tiyatro, fotoğraf, film gibi her türlü sanat dalının bir türü olarak kabul edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda 226’ncı maddesinde “müstehcenlik” tanımı yoktur. Ancak maddenin son fıkrasında, üçüncü fıkra hariç yani müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kul-

¹ Özbek Veli, Müstehcenlik Suçu. Seçkin Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2009, s. 1.

lanan kişiler hakkındaki suç hariç; bu madde hükümleri bilimsel, sanatsal ve edebi eserler açısından uygulanmaz.

Çağdaş ülkelerin hiçbirisinde örf ve adet, cinsellik anlayışı, ahlak ölçüleri değişmez olarak kabul edilmez. Değişimi engelleyen ceza uygulaması ise kabul edilmez. Örneğin Guillaume Apollinaire Türkiye’de tanınan bir yazar olmamasına karşın “erotik edebiyat” alanındaki eserleri ile tanınan önemli bir yazardır.

Müstehcenlik en çok tartışılan kavramlardan birisidir.

Dönmezer’e göre, “eser bütün ile şehvet ve safahat eğilimlerini tahrik edecek ar ve hayâ adabı rencide edebilecek nitelikte ise müstehcen” sayılmaktadır.²

Gürelli ise, “bir eserin müstehcen olup olmadığının tayini hususunda, eserin yayılması ile hâsil olacak tesirlerin aile müessesesi için zararlı netice-ler tevhit edip etmeyeceği” ölçütünden yanadır.³

Erem-Toroslu’ya göre, müstehcenin belirlenmesinde müşterek hicap duygusu esas alınmalı ve genelin ar ve hayâ duygusu rencide edilmiş olmalıdır.⁴

Donay, ise müstehcenin cinsiyet ile ilgili olduğunu, umumun ar ve hayâ duygusunun rencide edilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir.⁵

Yarsuvat ise “halkın ar ve hayâ duygusu”, “aile disiplini bozucu”, “hicap duygusunu zedeleyici” gibi tanımların kesin kıstaslar olmadığını, müstehcenin tayininin belirli bir dönemde ve belirli bir yerde geçerli olan sosyal değerlere göre gerçekleşeceğini ifade etmiştir.⁶

Çağımızda değişen değer yargıları, ahlak ölçülerinde de değişiklik yaratmıştır. Örneğin; hem cinsler arasındaki cinsel ilişkiler doğal kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları bu yöndedir. Kişilerin cinsel tercihlerini toplumun bazı kesimlerinin onaylamaması, yadırgaması ve çoğunlukla rahatsız edici veya şoke edici bulmasına rağmen, cinsel ilişkinin bir cinsel tercih hakkına dayalı olarak özel alanlarda gerçekleştirilmesi

² Dönmezer Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. Bası, İstanbul 1975, s.205 (Adı geçen eser Özbek Veli, dipnotu 10).

³ Gürelli Nevzat, Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı, İHFM, C, XXXII, S.2-4, 1967, s. 582 (Adı geçen eser Özbek Veli, dipnotu 11).

⁴ Erem/Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara, 1975, s. 385 (Adı geçen eser Özbek Veli, dipnotu 12).

⁵ Donay Süheyl, Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı, İÜMHED, Yeni Seri, yıl 1, No 2 den ayrı bası, 19 (Adı geçen eser Özbek Veli, dipnotu 13).

⁶ Yarsuvat Duygun, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul 1977, s.669 (Adı geçen eser Özbek Veli, dipnotu 14) Erem/Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara, 1975, s. 385.

ve şiddet içermeyip çocukları da kapsamadığı sürece engellenemeyeceği kabul edilmektedir.

O halde çağımızda “müstehcenlik” ve ahlak gibi kavramlar değişmiş midir?

Sayın Yarsuvat'ın görüşüne göre; tanım vermek yerine belli bir dönemde, belirli bir yerde geçerli olan sosyal değerlere göre ifade özgürlüğünde “müstehcenlik” kavramının yeri nedir?

Guillaume Apollinaire'nin eserlerinin “erotik edebiyat” alanında sanat-sal ve edebi bir eser olup olmadığı konusunda mutlaka bir mahkeme kararı gerekmektedir. Acaba “erotik edebiyat” Avrupa edebiyatının mirası ise bir mahkemenin vereceği kararla bu mirasa ulaşma hakkı engellenebilir mi? Bu soruların yanıtlarını bu yazıda vermeye çalışacağım.

I- Apollinaire'nin Kitabı Hakkındaki Müstehcenlik Davası

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Bürosu Savcılığı, Hades Yayıncılık tarafından Haziran 1999'da yayınlanmış ve çevirisi Hürşit Gara tarafından yapılmış olan “On Bir Bin Kırbaç” adlı kitapta yayımlanan yazılarda halkın ar ve hayâ duygularını incitici cinsi arzuları tahrik ve istismar edici unsurlar bulunduğundan, yayıncı ve çevirmen hakkında soruşturma başlatılır. Basın Savcılığı Türk Ceza Kanununun 426'ncı maddesine göre⁷

⁷ 765 sayılı TÜRK CEZA KANUNU Madde 426- (Değişik: 6/3/1986 - 3266/10 md.) Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı; 1 - Her nevi kitap, gazete, risale, mecmua, varaka, makale, ilan, resim, tasvir, plak, afiş, pankart, televizyon ve teyp bantları, fotoğraf, sinema veya projeksiyon filmlerini veya diğer anlatım araç ve gereçleri ile eşyayı teşhir eden veya ettirenler, bilerek dağıtanlar, satanlar veya dağıttıran veya sattıranlar, veyahut ticaret veya dağıtım veya teşhir kastıyla tersim, tasvir, hak, imal veya tab veya teksir veya imla eden veya ettirenler yahut ithal veya ihraç veya Türkiye dahilinde bir mahalden diğer mahalle nakleden veya ettirenler ve bunlar üzerinde her ne suretle olursa olsun muamelede bulunanlar veya bunların ticaretini kolaylaştırmak maksadıyla bu fiilleri icra edenler veya bu kabil anlatım araç ve gereçlerini vasıtalı veya vasıtasız şekilde tedarik edenler veya tedarik ettirenler, tedarik edilebileceğini bildirenler veya tedarik edeceğini ilan edenler veya ilan ettirenler, 2- Eser ve mevzuları tiyatro veya sinema veya radyo yahut televizyonlarda veyahut umumi mahallerde temsil eden veya ettirenler, 3- Hitabeleri umuma açık yerlerde veya umumi mahallerde irad edenler, iki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. (Değişik: 11/5/1988- 344512. md.) Bu fiillerin 5680 sayılı Basın Kanununun 3 'üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde sahiplerine, mevkute bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiili satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının toplam satış bedeli tutarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak bu ceza otuzmilyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır. (Ek: 30/07/2003 - 496313 md.) Bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır.

soruşturma başlatıldığı için eski 5680 sayılı Basın Kanununun Ek Madde 1 / 2 hükümleri gereğince İstanbul Sulh Ceza Mahkemesinden kitabın toplatılmasını talep eder.

İstanbul 2. Sulh Ceza Mahkemesi 30 Haziran 1999 tarihli 1999/188 müteferrik kararı ile kitabın toplatılmasına karar verir.

İstanbul C.Başsavcılığı 05.10.1999 günlü ve 1999/347 esas sayılı iddia-
namesiyle Guillaume Apollinaire'nin "On bir Bin Kırbaç" adlı kitap nedeniyle halkın ar ve hayâ duygularını incitici, cinsi arzuları tahrik ve istismar edici nitelikte bulunduğu ve genel ahlaka aykırı yayın yapıldığı suçlamasıyla İstanbul 2.Asliye Ceza Mahkemesinde yayıncı Rahmi Akdaş hakkında ceza davası açılmıştır.

II- Guillaume Apollinaire Kimdir?

Davamnyargılaması sırasında yayıncı öncelikle Guillaume Apollinaire'nin kim olduğu konusunda bilgi vermeye çalışmıştır.

26 Ağustos 1880'de Roma'da dünyaya gelen ve asıl adı Wilhelm Apollinaris Kostrowitzky olan Guillaume Apollinaire, bir İtalyan subayıyla Baltıklı aristokrat bir kadının evlilik dışı doğan çocuğudur. İtalyan asıllı Fransız şair, yazar ve sanat eleştirmenidir. Resim ve edebiyatla ilgilenen edebiyatçı ve şair olan Apollinaire; Andre Derain, Raoul Dufy ve Pablo Picasso'nun yanı sıra Max Jacob ile Alfred Jarry gibi yazarlarla tanıştı. Yazarlığa başladıktan sonra Kostrovitzky adını Guillaume Apollinaire olarak değiştirdi.

Ekonomik koşulların yetersizliği nedeniyle para kazanmak amacıyla bir dönem pornografik romanlara yönelmiştir. "Onbin Kırbaç" ya da "On Bir Bin Kırbaç" yazarın en bilinen eseridir. 1909'da yayınlanan "Kokuşmuş Büyücü" adlı öyküsünde aşk acısını, gerçek ile gerçeküstünün birbirine karışmasını, yalan ve doğruyu konu etti. 1911'de Raoul Dufy'nin resimlerini çizdiği, çoğunlukla hayvanları konu alan "Hayvan Öyküleri ya da Orfe'nin Maiyeti" (Le Bestiaire ou le Cortege d'Orphee) , adlı eserini yayınladı.

1913'ten sonra kuramsal yazılarıyla ön plana çıktı ve "Estetik İncelemeler-Kubist Ressamlar" adlı yapıtı yayımlandığında kübizm henüz yeni bir sanat akımı olma aşamasındaydı. Bu yapıtıyla Kübist kuramlarını ve öncülüğünü kendisinin yaptığı Orfizmi kurdu.

Madde 427- (Değişik: 6/3/1986- 3266/11 md.) Neşir veya tevzi edilmek üzere, halkın ar veya haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı kitap, makale, varaka ve ilan yazanlar ile bu kabil makale, yazı ve resimleri ihtiva eden gazete ve mecmua gibi mevkutelerin sahipleri ve mevkute tanımına girmeyen basılmış eserler yayınlananları hakkında. 426'ncı maddede cezalara hükmolunur. Bu mevkutelerin sorumlu müdürleri hakkında ise bu cezanın yarısı uygulanır. 426'ncı madde ile bu maddede yazılı evrak ve eşya müsadere olunur.

Aynı yıl şiir derlemesi "Alcools" adıyla yayınladı. Ardından Vitam Impendere Amori (1917), Caligrammes (1918) adlı kitapları çıktı. Şiirlerinde noktalama işaretlerini kaldırdı, harflerle desenler oluşturarak biçimi öne çıkardı. Picasso'nun resimde kullandığı yapılandırma tekniğini şiirde kullandı. Aşk acısını hiç durmaksızın akan Seine nehriyle özdeşleştirip "Mirabeau Köprüsü"nü yazdı. 1917'de yayınlanan "Tiresias'ın Memeleri" (Les Mamelles des Tiresias) adlı oyunuyla dram yazarı olarak başarısını kanıtladı. Absürt tiyatronun çıkış noktası olarak kabul edilen bu oyun gerçeğe uymayan hareketler, sahne dekoru, dans, akrobasi ve gürültülü seslerle bezeliydi. "Tiresias'm Memeleri" tüm bu sayılanlar dışında bir ilke daha imza attı ve Apollinaire, bu tür oyunları tanımlamak amacıyla 'sürrealist' kavramını kullanan ilk yazar oldu. Ölümünden sonra "Dinsiz ve Ortakları" adlı eseri yayınlandı.

1911 yılında Mona Lisa tablosunu çaldığı kuşkusuyla bir hafta gözaltında tutulan ve suçsuz olduğu anlaşılınca salıverilen Apollinaire, Birinci Dünya Savaşı'nda başından ağır yaralandı. Yakalandığı İspanyol gribinden kurtulamayarak 9 Kasım 1918'de yaşamını yitirmiştir.⁸

III- Kitabın Önsözüne Göre Kitap Müstehcen Edebiyat Eseridir

Davadaki savunma sırasında yayıncı, bu kitapla ilgili olarak tanıtıcı bilginin kitapta "Önsöz"de yer aldığını ve bu eserin tarihsel nitelikli bir edebiyat eseri olduğunu ve "erotik edebiyat" klasiği sayıldığını anlatmaya çalıştı. Ama başarılı olamadı.

Kitabın çizimleri Michael Wyss tarafından yapılmış ve önsöz, tarihçi Pascal Pia tarafından yazılmıştır. Kitap "*Bir Erotik Grotesk*" denemesidir.

Tarihçi Pascal Pia'nın yazdığı önsöze göre; *On Bir Bin Kırbaç'ın* (Les Onze Mille Verges'in) ilk baskısı değerli paçavra kâğıdına basılarak 1907 yılında, ikincisi ise dört yıl sonra yayınlanmıştır. İki baskıda da yazar adı verilmemiştir. Sadece yazar adı "GA" olarak kısaltılmıştır. Bu açıdan bakıldığında "*11000 Kırbaç ya da Hospodar'ın Aşkları*" anonim bir yapıt olarak kabul edilebilir. Ancak bu kitabın Apollinaire' in kaleminden çıktığına dair birçok ipuçları vardır ve kitabın ona ait olduğu herkes tarafından kabul edilmiştir. Kitabın ilk ilanında; "Tanınmış bir eleştirmen, Marquis de Sade'dan daha güçlü" yazılıdır ve paha biçilmez incelemeyle ve inanılmaz yürekliliğiyle büyük bir yankı uyandırmıştır. M. Sade'm en müstehcen yapıtlarını bile geride bırakır. Eşi görülmemiş vampirlerle ilgili sahneleri vardır. Doyumsuz bir ölü sevicisi olan, yaralılara işkence yapan melek gibi güzel bir Kızılhaç hemşiresi kitapta başroledir. Port-Arthur kerhaneleri müstehcen kırmızı fenerlerini yakmış olarak bu kitapta yer almıştır. Sadistler ya da mazoşistler, *On Bir Bin Kırbaç'ın* kahramanlarıdır ve edebiyata ait figürlerdir.

On Bir Bin Kırbaç'ın en büyük özelliği bu abartılardır. Erotik edebiyatın Yunanlılardan ve Romalılarından bu yana ortaya koyduğu hiçbir şey bu romanda es geçilmemiştir. Kitabın son sayfalarında, Japon ordusuna esir

⁸ www.mailce.com/guillaume-apollinaire.html, tr.wikipedia.org/wiki/Guillaume_Apollinaire

düşen, savaş öncesi heykeltıraşlık yapan ve bütün tutkusu kadın kırbaçlamak olan bir Fransız gazeteci anlatılmıştır.

Tarihçi Pia, kitabın önsözünde Florent Fels'in 1924'te *On Bir Bin Kırbaç* hakkında yazdığı yoruma göre; bu kitap her günahın, ceza çekilerek kefareti ödendiğinden "Katolik bir kitap" olarak değerlendirdiğini yazar.

Hatta Fels "Ne güzel bir film yapılabilir bu kitaptan" diye yazıyor ve Fels; "Düşünün ki, yetenekli bir yönetmen müptela maceraperestimizin rolünü Douglas Fairbanks' a, pasif rolleri Catelain ve de Gravonne'a veriyor; kadın oyuncu olarak da May Murray ve Huguette Duflos şehvetin Siyamli ikizleri olan güzel Culculirie ve Alexine'in rollerini üstleniyor; ortaya ne çıkardı? Bu sahneleri izlemeyi sadece umut mu etmeliyiz?" Hemen ardından Pascal Pia'nın önsüzü "Galiba şimdilik böyle bir şey mümkün değil." cümlesiyle biter.

IV- Edebiyat Eseri Müstencenlikten Mahkûm Olur

Ancak yapılan yargılama sonucunda İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 1999/1186 Esas, 2000/719 Karar ve 26.09.2000 tarihli kararıyla TCK'nun 426/1, maddesi gereğince yayınevi sahibine 2.000.000.-TL ağır para cezası verilmiş, 4/8 oranında 293 misli artırılma sonucunda sanık yayıncı 786.000.000.000.-TL ağır para cezasına mahkûm edilmiştir. Verilen bu ceza TCK'nun 119. maddesi gereğince yapılan ön ödemeye rağmen yayıncı tarafından süresinde ödemede bulunulmadığı için yarı oranında yeniden artırılmış ve 1.179.000.000.-TL ağır para cezasına hükmedilmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2001/5251 Esas, 2001/7437 Karar ve 6.12.2001 tarihli ilamıyla hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay yerel mahkemece verilen kararın onanmasına ancak Haziran 1999'da işlendiği anlaşılan müstehcen kitap yayınlamak eyleminin TCK'nun 426/1. maddesi gereğince asgari 456.000.000.-TL ağır para cezası gerektirdiği halde 1.179.000.000.-TL ağır para cezasına hükmedilmesini doğru bulmamış ve kararı bu yönden bozmuştur.

Yargıtay bozma kararına göre yeniden hüküm kurmuştur. Bu kez İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi 2002/26 Esas, 2002/245 Karar ve 10.04.2002 günlü kararlar, yayıncı sanık hakkında 2.000.000.-TL ağır para cezası verilmesine, suç tarihi dikkate alınarak 456 milyon lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına ve TCK'nun 119'uncu maddesine göre ön ödemeyi süresinde yerine getirmediğinden dolayı yarı oranında para cezasının artırılmasıyla 684.000.000.-TL ağır para cezasına hükmedilmiştir. Ayrıca kitapların müsadere ve imhasına karar verilmiştir. Bu hüküm de temyiz edilmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2003/3752 Esas, 2004/1718 Karar ve 11.03.2004 günlü ilamı ile temyiz isteğinin reddine karar vermiştir. Sadece, bu kararda 30.07.2003 tarih ve 4963 Sayılı Yasanın 4. maddesi ile değişik TCK'nun 427. maddesinin 2. fıkrasında geçen "ve imha" ibaresinin İstanbul 2. Asliye

Ceza Mahkemesinin hüküm metninden çıkarılmasına ve kararın böylece “düzeltilecek” onanmasına hükmetmiştir.

Böylece İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinin kararı kesinleşmiştir.

Hakkında hüküm kesinleşen ve para cezasını ödeyen yayıncı Rahmi Akdaş 02.09.2004 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilmiş olan bu mahkûmiyet kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6'ncı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün düzenlendiği 9'uncu ve ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10'uncu maddelerine ve Ek 1 No.lu Protokol hükümlerine aykırı olduğunu ileri sürerek bireysel başvuru hakkını kullanmıştır.

V- Müstehcen Olsa Bile, “Avrupa Edebiyat Mirasına” Erişim Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2.Dairesi 16 Şubat 2010 tarihinde başvuruyu sonuca bağlamıştır. 401056/04 sayılı Akdaş - Türkiye kararı ile AIHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AIHM Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne müdahale edildiğinin açık olduğunu, aslında bu müdahalenin kanun tarafından yani o tarihte yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanununda düzenlenen “ahlakın korunması” amacına uygun olarak yapıldığını belirtmektedir.

“24. AIHM'nin gözlemlerine göre, iki taraf arasında bir müdahalenin varlığı, bu müdahalenin yasayla öngörülmüş olduğu ve söz konusu vakada izlenen amacın meşruluğu ki burada ahlakın korunmasıdır, konularında bir tartışma bulunmamaktadır. AIHM'nde bu gözlemlere katılmaktadır. Ancak, başvuranın ceza mahkemesinde mahkûm olmasının ve kitabın tüm nüshalarına el konmasının, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, demokratik bir toplumda gerekli önlemler olarak kabul edilip edilemeyeceğini tespit etmek gerekir.”

Sanatsal çalışma yapanların sorumluluklarının ve görevlerinin bulunduğunu kabul eden AIHM, ifade özgürlüğüne müdahalenin, aslında kanuna dayalı olarak yapıldığını ama bu gibi durumlarda ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespitinde müdahalede hangi yolların seçildiğine ve nasıl kullanıldıklarına bağlı olduğunu aşağıdaki gerekçesiyle belirlemiştir.

“25. AIHM öncelikle, ifade özgürlüğü özel olarak da sanat eserlerinin dağıtım özgürlüğü alanları ile bu özgürlüklere ahlaki korumak için konabilecek sınırlamalar konusundaki içtihadını hatırlatmak istemektedir (Bkz. başka birçok kararın yanı sıra, Vereinigung Bildender Künstler Avusturya'ya Karşı no: 68354/01, 26. paragraf, AIHS 2007-II ile Müller ve diğerleri İsviçre'ye Karşı, 24 Mayıs 1988, 32 ve 33. paragraflar, seri A no. 133).

26. AİHM, sanatçı ve onun eserini tanıtanların, 10. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen sınırlamalardan muaf tutulamayacağını bir kez daha belirtir. İfade özgürlüğünü öne süren her kim olursa olsun, aslında, bu fıkranın ifadeleriyle belirtmek gerekirse, “görev ve sorumlulukları” da üstlenmek durumundadır ki bu görev ve sorumlulukların kapsamı duruma ve kullanılan yöntemeye göre değişebilir; AİHM, demokratik bir toplumda gerçekleştirilen bir yaptırımı denetlerken, bu gerçeği göz önünde bulundurmaktadır.”

AİHM’ye göre ahlaki gereklilikler zamandan zamana ve mekândan mekâna hatta aynı ülke içinde değişmektedir. Bu sebeple ahlaki gereklilikler ve bunların korunması adına yapılacak kısıtlamaların gerekliliği konularında ulusal makamlar ve mahkemeler, uluslararası otoritelerden ve mahkemelerden daha iyi bir karar verecek konumdadır. Kararın (27.) madde başlığı altında bu görüş aşağıdaki gibi gerekçelendirilmiştir:

“27. Bu durumda, başvuranın, olayın cereyan ettiği dönemde yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu’nun 426/1 maddesi uyarınca ahlaki korumak gerekçesiyle mahkûm olmasını müşahede ederken, AİHM, bugün de, Müller kararı (Daha önce adı geçen kararın 35. paragrafında) döneminde de, ahlakın korunması konusunda Sözleşmeyi imzalamış olan farklı devletlerin hukuki ya da toplumsal düzenlerinde tek tip bir kavrama rastlamamıştır. Devletlerin ahlaka ilişkin gereklilikleri, zamana ve mekâna göre değişebiliyor ve hatta çoğu zaman aynı devletin sınırları içinde, farklı kültürel, dini, sivil ya da felsefi toplulukların varlığını hesaba katmak gerekebiliyor. Ülkelerinin taze güçleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olan Devlet makamları, söz konusu gerekliliklerin kesin muhtevası, aynı şekilde bir ‘kısıtlamanın’ ya da ‘yaptırımın gerekliliği’ konusunda, ilke olarak, ulusal hâkimden daha iyi bir konumdadır.

Apollinaire’in romanını ilk olarak 1907 yılında Fransa’da yayımlanmıştı. Roman, cinsel ilişkiyi sado-mazoşizm, vampirizm ve benzeri konuları uygulamalarıyla abartılı ve metaforik biçimde anlattığı için ilk yayımlandığı tarihlerde ‘skandal’ olarak nitelenmişti.

Fakat AİHM kitabın ilk olarak Fransa’da 1907 yılında yayımlanmasının üstünden yüzyıldan fazla bir süre geçtiğini, birçok farklı dile çevrildiğini ve birçok ülkede yayımlandığını, ayrıca kitabın prestijli ‘La Pléiade’ ödülünü kazandığını göz önünde bulundurmıştır. Roman, o tarihten bu yana onlarca dile çevrilmiştir.

AİHM’nin bu görüşü kararında şöyle yer almıştır:

28. AİHM, söz konusu davaya yeniden döndüğünde, dünyaca ünlü bir yazarın, Guillaume Apollinaire’in, bir eserinin söz konusu olduğunu müşahade eder. Bu eser, On Bir Bin Kırbaç adlı erotik roman, Fransa’da ilk kez 1907’de yayımlandığı zaman, çok açık-saçık olarak telakki edilen erotik muhtevası nedeniyle skandala sebep olmuştu. O zamandan bu yana, bu metin,

hem internette hem de kitap olarak birçok dilde yayınlandı ve 1993 yılında 'La Pleiade' koleksiyonuna girdi.

29. AİHM, Avrupa hukuk alanında ahlaka ilişkin görüşlerin izafi niteliğini göz önünde bulundursa da, bu konuda Devletlere belirli bir değerlendirme marjı tamsa da, bu somut durumda, eserin, Fransa'da ilk yayınlanma tarihinden bu yana bir asırdan fazla zaman geçtiğini, birçok ülkede çok farklı dillerde yayınlanmış olduğunu ve Türkiye'de toplatılmasından yaklaşık 10 yıl kadar önce "La Pleiade" koleksiyonuna girerek onaylanmış olduğunu da görmezden gelemeyiz."

Sonuç olarak AİHM, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasındaki kültürel, tarihi ve dini farklılıklara, kamunun farklı bir dilde verilmiş bir kararla, yani bu davada Türkçe olarak verilmiş kararlar, bir başka deyişle İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi kararı ile "Avrupa Edebiyat Mirasına" okuyucuların erişmesinin engellenmemesi gerektiği görüşündedir.

Mahkeme "ahlaki konularda" ulusal mahkemelerin veya devletin geniş takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir. Ancak AİHM kararına göre; ahlaki konularda devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduklarını kabul edilse bile bu yetkinin Avrupa edebiyat mirasının parçası olan bir romanın Türk okurlara erişmesini engellemeye kadar gidemeyeceği sonucuna varmıştır. Yani ifade özgürlüğünün son adresi olan kişilerin esere ulaşma hakkının engellenemeyeceğini aşağıdaki gerekçe ile temellendirilmiştir:

"30. AİHM, bu değerlendirme marjı düzeyinin, bir başka deyişle, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin kültürel, tarihi ve dini özgünlüklerinin kabul edilmesinin, halkın belirli bir dilde, ki bu vakada Türkçe, Avrupa edebiyat mirasına girmiş bir esere ulaşımını engelleme raddesine varacak düzeyde olmadığını düşünmektedir.

31. Bu unsurlar, AİHM'nin, olayların cereyan ettiği dönemde yürürlükte olan mevzuatın uygulanmasının, zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık vermeyi amaçlamadığı sonucuna varması için yeterlidir. Öte yandan, başvurunun mağdur kaldığı müdahalenin, yani ağır bir para cezasına çarptırılmasının ve kitabın tüm nüshalarının toplatılmasının, hedeflenen meşru amaçla orantılı olduğunun kabul edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu müdahale, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası gereğince, demokratik bir toplumda gerekli değildi.

32. Bu nedenlerle, Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir."

Sonuç Yerine;

AİHM kararından çıkan ilk sonuca göre; ulusal otorite, ulusal yargı organı sosyal bir ihtiyacı giderme amaçlı hareket etmemiştir. Verilen ağır ceza sonucu kitabın diğer baskılarının yasaklanması da yasal amaca uygun değildir.

İkinci sonuç ise; başvurucuyu haklı gören AIHM Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırlandırılması yönünde verilmiş olan kararı demokratik toplum düzenine aykırı bulmuştur.

Üçüncüsü, AIHM, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verirken, başvurucu yayıncı hakkında Türk mahkemeleri tarafından hükmedilen cezanın, **sosyal bir ihtiyaçtan kaynaklanmadığını, hedeflenen amaçla orantılı olmadığını** ve demokratik bir toplumda gereksiz bir uygulama olduğunu vurgulamıştır.

AIHM verilen mahkûmiyet kararının kamuoyunun bilgilenme hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ve ahlakın korunması konusundaki kararın sosyal bir ihtiyaçtan kaynaklanmadığını, birçok farklı dillerde çevirisi yapılan böyle bir esere erişimin engellenmesinin aslında “Avrupa edebiyat mirasının” parçası olan bir romanın Türk okurlara erişmesini engellemeye kadar gidemeyeceği sonucuna vararak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi ve Yaşam Hakkı

(Authority of Police About the Usage of Weapons and the Right to Life)

Handan YOKUŞ SEVÜK*

Özet: Yaşam hakkı tüm hak ve özgürlüklerin varlık koşulu olarak temel insan haklarından ve demokratik bir hukuk devletinde devlet, yetki alanındaki kişilerin yaşam hakkını korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda, kolluk görevlilerinin hangi şartlarda zor ve ateşli silah kullanabileceklerine ilişkin koşulların kanunla düzenlenmesi, sınırlandırılması ve denetlenmesi gereklidir. Kolluk görevlilerinin bazı durumlarda silah kullanma yetkisi kapsamında ölümcül güç kullanması da söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle gücün kötüye ve keyfi olarak kullanılmasına, hatta önlenemez kazalara karşı uygun ve etkin bir güvence sistemi geliştirilmelidir. Yaşam hakkından yoksun bırakılmayı haklı gösteren koşullar katı şekilde yorumlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kolluk görevlisi, Silah kullanma yetkisi, Yaşam hakkı, Orantılılık, Ceza hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, PVSK, Keyfi güç kullanımı.

Abstract: *The right to life is a basic human right and is considered to be the condition for existence of all liberties and rights. In a democratic state, governed by rule of law, the state has an obligation to protect the people living under its jurisdiction. In this regard, the circumstances in which the police can use force and weapons should be defined, limited, and controlled by law. There are times when the police use fatal force. This is why an effective and proper system must be developed to avoid the misuse and arbitrary use of force, as well as preventable accidents. The conditions legitimizing the breach of right to life should not be interpreted broadly.*

Keywords: *Law-enforcement officer, authority to use firearms, right to life, proportionality, criminal law, ECHR, Law on the Duties and Authorities of the Police, arbitrary use of force.*

I. Genel Olarak

Demokratik bir hukuk devletinde, devlet öncelikle yetki alanındaki kişilerin yaşam hakkını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük kapsamında, yaşam hakkının korunması için gerekli önlemlerin alınması gerekir. Devletin yükümlülüğü, kişinin yaşamına yönelik eylemleri vazgeçirecek gerekli idari ve hukuki düzeni kurmak ve yaşam hakkına yönelik müdahaleleri önleyen, ortadan kaldıran ve cezalandıran bir sistem oluşturarak, yaşam hakkını güvence altına almaktır¹.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde güvence altına alınan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile teyit edilen yaşam hakkının, kişi özgürlüğünün ve güvenliğinin korunmasında kolluk görevlilerinin önemi yadsınamaz. Kişinin yaşam hakkını korumakla, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini dolayısıyla aynı zamanda kamu düzeni ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olan devlet, kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak için elinde bulundurduğu kamusal gücü kolluk eliyle kullanırken, bir yandan kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale eder. Bu kamusal gücün kullanılması, demokratik hukuk devletlerinde keyfiliği önlemek için kanunla açık ve belirli olarak yapılır.

Yaşam hakkının kanun ile korunması gereğinin ve bir kimsenin yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılamayacağı kuralının anlamı, bir kişinin yaşamından devlet yetkilileri tarafından yoksun bırakılabilmesinin koşullarını, hukukun kesin biçimde denetlemesi ve sınırlamasıdır². Kolluğun silah kullanma yetkisini keyfi olarak kullanması sonucu insan hakları literatüründe "yargısız infaz" olarak adlandırılan tümüyle hukuk dışı ve insan haklarına aykırı olan insan yaşamına yargı kararı olmadan güvenlik güçlerince denetimsiz, hatta keyfi biçimde son vermenin söz konusu olduğu birçok olay sık sık gündeme gelmektedir³. Yargısız infaz, dur ihtarına uymama ve rast-

¹ Bkz. AİHM, Evrim Öktem/Türkiye, 4 Kasım 2008, Başvuru no: 9207/03; AİHM, Mansuroğlu/Türkiye, 26 Şubat 2008, Başvuru No: 43443/98; AİHM, Kılıç/Türkiye, 28 Mart 2000, Başvuru no: 22492/93, para. 62.

² Suarez de Guerrero-Kolombiya, no. 45/1979, 31 Mart 1982 tarihli karar için bkz. Gemalmaz Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. Baskı, İstanbul 1994, 73.

³ Örneğin; 27 Ekim 2008 de Antalya'da polis memuru, M.E. dur ihtarına uymadığı gerekçesiyle motosikletle gezen Çağdaş Gemik'e (18) ateş etti. Gemik boynuna isabet eden kurşunla yaşamını yitirdi. M.E görevden uzaklaştırıldı, hakkında adli ve idari soruşturma başlatılarak, tutuklandı; bkz. Türközü S.Erdem-Özer Evren-Maggio Nadia Di, Türkiye İnsan Hakları Raporu 2008, Düzelti: Nart Bozkurt, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Ankara 2009, 36; Türmen, bu olayda Çağdaş Gemik'in silahsız olduğuna dikkat çekerek, polis bakımından bir tehdit oluşturmayan bir kişinin ateş edilerek öldürülmesinin, orantılılık ya da ölçülük ilkesiyle bağdaşmayacağını, Çağdaş Gemik'in öldürülmesinin hem Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin silah kullanma kriterlerine aykırı olduğunu belirtmektedir; bkz. Türmen Rıza, "Memleketimden İnsan Manzaraları", 2 Kasım 2008 tarihli Milliyet Gazetesi; Ayrıca yargısız infaz, dur ihtarına uymama ve rast gele ateş etme olayları için bkz. Türközü-Özer- Maggio, Türkiye İnsan Hakları Raporu 2008, 34 vd.

gele ateş etme sonucunda 2007 yılında 24 kişi, 2008 yılında ise 37 kişi yaşamını yitirmiş olup, 53 yaralı söz konusudur⁴. Oysa devletler hukuk dışı, keyfi ve kısayoldan infazları kanunla yasaklamayı; bu tür infazların ceza kanununa göre suç olarak düzenlenmesini ve bu suçun ağırlığını dikkate alan gerekli cezalar ile cezalandırılmasını sağlamanın yanında, hukuk dışı, keyfi ve kısayoldan infazları önlemek için zor ve silah kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlileri üzerinde bir dizi açık talimatlar vermek de dahil sıkı bir denetim uygulamalıdır (BM Hukuk dışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Prensipler m.1, m.2)⁵. Bu bakımdan kolluk görevlilerinin yetkilerinin sınırları içinde, hukuka uygun hareket etmesinin gerek hukuki gerekse idari denetimle sağlanması, yaşam hakkının korunması bakımından önem arz eder.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde belirtildiği üzere, kolluk görevlileri bazı koşullarda ölümcül güç kullanabilir. Bir başka deyişle bazı hallerde kolluk görevlilerince öldürme gücüne başvurulması meşru sayılabilir. Ancak kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen operasyonların ulusal hukuk tarafından öngörülmüş olması gerektiği gibi, keyfi davranış ve gücün kötüye kullanılmasına karşı ve hatta önlenemez kazalara karşı uygun ve etkili bir güvence sistemi de geliştirilmeli, bu bakımdan yetkinin sınırları ulusal hukuk tarafından iyice çizilmelidir. Kolluk görevlilerinin, gerek önceden hazırlanmış planlı bir operasyonu yürütürken, gerekse tehlikeli görülen bir kişinin aniden yakalanması durumunda görevlerini yerine getirirken belirsizlik içinde olmamaları gerekir. Kanunların uygulanmasından sorumlu olan kişilerin hangi şartlarda zor ve ateşli silah kullanabilecekleri, konuya ilişkin uluslararası normlar da dikkate alınarak, idari ve hukuki bir çerçeveye belirlenmelidir⁶. Devlet görevlilerinin fiillerinin sınırlarının kurallarla çizilmemiş olması ve bu konuda keyfiliğe izin verilmesi, insan haklarına saygı ilkesi ile bağdaşmaz.

Bir hukuk devletinde temel haklarla ilgili sınırlamaların kanunla yapılması gerekli olduğundan kolluğun silah kullanma yetkisi de uluslararası sözleşmelerden, Anayasa ve kanundan doğar⁷. Silah kullanma, ancak kamu düzenini ve güvenliğini bozacak nitelikteki gerçek bir tehlikenin varlığı halinde, kesin zorunluluk söz konusuysa meşru ve mazur görülebilir. Böyle

⁴ Türközü-Özer- Maggio, Türkiye İnsan Hakları Raporu 2008, 7.

⁵ **Hukuk dışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Prensipler**, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin 1989 tarihli ve 1989/65 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.; bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/287-291.pdf>

⁶ AİHM, Halis Akın/Türkiye, 13 Ocak 2009, Başvuru no: 30304/02; AİHM, Sultan Karabulut/Türkiye, 19 Eylül 2006, Başvuru no: 45784/99; AİHM, Mansuroğlu/Türkiye, 26 Şubat 2008, Başvuru no: 43443/98.

⁷ Polisin silah kullanma yetkisi konusunda kesin ve değişmez ilke sınırlamalar konulmasının mümkün ve gerekli olmadığı hususundaki görüş için bkz. Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan- Sancakdar Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Baskı, Ankara 2004,175.

bir tehlike yokken ve kesin zorunluluk mevcut değilken yapılacak müdahale hak ve özgürlük kısıtlaması anlamına gelir⁸.

Kolluğun silah kullanması, kişinin hem vücut bütünlüğüne bir başka deyişle kişinin yaralanmama hakkına hem de yaşam hakkına yönelik bir müdahale olarak ortaya çıkmaktadır. Kolluk görevlilerince ateş edilmesi sonucu yaralanma olayının da yaşam hakkını ihlale yönelik olup olmadığı her somut olayda değerlendirilmelidir. AİHM de kolluk görevlilerinin silah kullanmak suretiyle birini yaralamasına ilişkin olayları, kolluk görevlisinin gerçek niyeti ne olursa olsun, nihayetinde kişinin onun silahından çıkan bir mermiyle yaralanmasını ve doğası gereği hayatını tehlikeye sokan bir eylemin kurbanı olmasını dikkate almaktadır. Yaralanmaya neden olan bu eylemlerin, Sözleşmenin 2. maddesinin ikinci fıkrasında sıralanan ve potansiyel olarak ölümcül nitelik taşıyan bir güç kullanımını meşru kılan durumlardan birinin veya diğerinin kapsamına girip girmediğini incelemektedir⁹. AİHM, kullanılan gücün ölümcül olmadığına kanaat getirirse bile, kolluk görevlisinin kişiyi öldürmek isteyip istemediği konusundan ziyade, kullanılan gücün derece ve tipini göz önüne almakta ve sonuç itibarıyla kişi yaralı olarak kurtulmuş olsa bile yine de hayatını tehlikeye sokacak bir eyleme maruz kaldığı sonucuna varmaktadır¹⁰.

“Yaralanmama hakkı, vücut bütünlüğünün eksiltilmemesi, insanın maddi ve/veya manevi varlığının bir saldırıya maruz bırakılmaması demektir.”¹¹.

Yaşam hakkı ise öldürülmeme hakkı olup, öldürülmezlik ilkesinin sonuçları şunlardır¹²:

(1) Kişinin kendisine karşı korunması: Yaşam hakkı, kişi tarafından bizzat kullanılır; bunların kullanılması onaya veya karar alınmasına bağlı olmadığından, kişinin yaşama hakkı bakımından kendisine karşı korunması söz konusu olamaz. Bu nedenle de TCK’da yaşam hakkını kişinin kendisine karşı koruyan hükümlere yer verilmemiştir.

(2) Kişinin 3. kişilere karşı korunması (TCK m.81,82, 84, 87),

(3) Kişinin topluma ve devlete karşı korunması (Ay m.17 vd).

⁸ Karşılaştığımız Tezcan-Erdem-Sancakdar, 176.

⁹ Bkz. AİHM, Evrim Öktem/Türkiye , 4 Kasım 2008, Başvuru no: 9207/03.

¹⁰ Bkz. AİHM, Halis Akın/Türkiye, 13 Ocak 2009, Başvuru no: 30304/02.

¹¹ Öztürk Bahri-Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan- Sırma Özge, Saygılar Yasemin-Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, 95.

¹² Öztürk-Tezcan-Erdem ve diğerleri, 95.

II. Yaşam Hakkı

1. Kavram

İnsan hakları, onurlu bir yaşam sürdürmek için insanların sahip olması gerektiği düşünülen tüm hakları ifade eder. İnsan haklarının bir bütün olduğu bölünemeyeceği, aralarında bir önem ve öncelik sıralaması yapılamayacağı kabul edilmekle birlikte, bazı hakların farklı bir önemi vardır. Bu hakların başında insanın diğer hak ve özgürlüklerinin de kullanabilmesinin bir önşartı olan yaşam hakkı gelir¹³. Bir başka deyişle yaşam hakkı, insan haklarının en başında yer alan bir haktır. Gerçekten yaşamayan bir kişinin diğer hakları da söz konusu olamaz. İnsan hakları şahsa sıkı surette bağlı haklardan olup, kişi bu hakları bizzat kullanır; bunların kullanılması onaya veya karar alınmasına bağlı değildir¹⁴.

Tüm hakların ve özgürlüklerin varlık koşulu olan yaşam hakkı, birçok uluslararası belgede düzenlenmiştir¹⁵. Yaşam hakkı, insanın fizik-biyolojik varlığını aralıksız olarak sürdürülebilmesi için gerekli olan bir sağlık ve bütünlük içinde doğması, sonra insanın varlığını moral-entelektüel gelişim olanaklarına sahip olarak sürdürülebilmesi ve nihayet bu suretle fizik, biyolojik, psikolojik, moral, entellektüel bütünlüğünü kazanmış insan varlığının, aynı zamanda bir süje yani bir hukuki kişi olarak, toplum yararına dahi olsa doğal sınırlamalar hariç yok edilmemesi demektir¹⁶.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı¹⁷ bakımından yaptığı genel yorumda yaşam hakkının üstün bir hak olup, bu haktan ulusun yaşamını tehdit eden bir kamusal tehlike halinde bile bir sapmaya izin verilmeyeceğini vurgulamıştır. Yaşam hakkı, dar yorumu tabi tutulamaz bir haktır¹⁸.

Yaşam hakkını garanti altına alan ve yaşam hakkından mahrum bırakılmayı haklı gösteren koşulları bir başka deyişle bu hakkın sınırlandırılabilirliği belirten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi ise,

¹³ Keskin Onur Can; "Alexisler Neden Ölüyor? Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi ve Kişisel Güvenlik", <http://www.umut.org.tr/HukukunGencleri/TamMetinlerSunular/OnurCanKeskin.pdf>, 2.

¹⁴ Öztürk-Tezcan-Erdem ve diğerleri, 95.

¹⁵ 10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, m.3; BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.6, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.2; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, m.4; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, m.4.

¹⁶ Savcı Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980, 155 vd; Öztürk-Tezcan-Erdem ve diğerleri, 95.

¹⁷ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.6/1'e göre; "Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkı vardır. Bu hak yasalarla korunacaktır. Hiç kimsenin yaşamı keyfi olarak elinden alınmaz."

¹⁸ Gemalmaz, 70.

AIHS'nin temel maddeleri arasında yer almakta ve Avrupa Konseyini oluşturan toplumların temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. AIHS'nin 2. maddesinde "*Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır.*" hükmü ile ayrımsız "herkes" için geçerli genel bir kural konulmuştur. "*Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.*"¹⁹ şeklindeki birinci fıkranın ikinci cümlesi ve 2. fıkrayla bu kuralın hangi hallerde sınırlandırılabilirliği tahdidi olarak belirtilmiştir²⁰. Bu madde bireyin keyfi olarak öldürülmesini önlemekte, başka bir deyişle keyfi öldürme yasağını öngörmektedir²¹.

Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı bakımından istisnaya müsaade edilmemektedir. Sözleşmenin 2. maddesi, işkence yasağını öngören 3. maddesi ile birlikte demokratik toplumların en temel değerlerinden birini oluşturduğu için, yaşam hakkından yoksun bırakılmayı haklı gösteren koşullar, katı şekilde yorumlanmalıdır. Bireylerin korunmasında bir vasıta teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacı ve hedefi, 2. maddenin, etkili ve etkin koruma sağlayacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirmektedir²².

1982 Anayasası'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı kenar başlığı ile 17. maddesinin 1. fıkrasında herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilirken, 4. fıkrasında ise yaşama hakkına müdahale edilebilecek haller belirtilmiştir.

¹⁹ Ölüm cezası 1985'te yürürlüğe giren seçimlik 6 no.lu Ek Protokol ile barış zamanlarında sınırlı olarak ve 2002 yılında imzaya açılan 13 no. lu Ek Protokol ile de tüm durumlarda ölüm cezası kaldırılmıştır. Türkiye bu protokolü 2004'te imzalamıştır. 14.07.2004 kabul tarihli 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile ölüm cezası kaldırılmıştır. 5218 sayılı Kanun 21.07.2004 tarihli 25529 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁰ AIHS'nin yaşama hakkını düzenleyen 2. maddesine göre; "(1) Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. (2) Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvuru kesin zorunluluk haline gelmesi durumunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz: a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için; b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için."

²¹ Gölcüklü Feyyaz-Gözübüyük Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1996, 186.

²² AIHM, Gülen/Türkiye, 14 Ekim 2008, Başvuru no. 28226/0214; McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995, para. 146-147; bu karar için bkz. Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, İstanbul 1997, 271-318.

2. Yaşam Hakkına Müdahale

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre yaşam hakkına belli hallerde müdahale söz konusu olduğunda yaşam hakkının ihlalden söz edilemez. AIHS'nin 2. maddesinin 2. fıkrası, yaşamdan yoksun bırakılmaya – öldürmelere- değinmektedir. Kişilerin ölümü ile sonuçlanan bazı belirli eylemlerin belirli kriterlere uyması halinde - maddenin ifadesiyle “*bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz*”- yaşam hakkı ihlal edilmiş olmaz. Her şeyden önce ölüme neden olan eylemler, maddede belirtilen kesin sınırlayıcı olarak sayılmış amaçlardan birini hedeflemelidir²³. Bunlar: a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için (m.2/2-a) b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için (m.2/2-b) c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için (m.2/2-c). Bütün bu hallerde öldürülme, kuvvete başvurulmasının kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. fıkrası, bir bütün olarak ele alındığında, bilerek ölüme sebebiyet vermeye izin verilen durumları tanımlamamakta, buna karşın istemeden ölüme sebebiyet verebilecek “zor kullanımına” başvurulabilecek durumları tanımlamaktadır²⁴. Ancak yukarıda belirtilen amaçlar ile devlet veya devlet görevlileri tarafından kasıtlı öldürmeler de 2. maddesinin 2. fıkrası kapsamına da girebilmektedir²⁵.

Mülkü korumak amaçlı güç kullanımına ise, Sözleşmenin 2/2 maddesinde yer verilmemiştir. Mülk ile birlikte yaşam da tehlike altında olmadıkça mülkü korumak amacıyla ölümcül güç kullanımı meşru görülemez²⁶.

Devlet, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde dahi, yaşam hakkını korumakla yükümlüdür. Dolayısıyla savaş ve olağanüstü durumlarda dahi, devletler AIHS m.2'ye aykırı önlemler alamaz (AIHS. m.15/2)²⁷. Sözleşme, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde hükmünün ihlaline izin vermemektedir²⁸. Bir

²³ Korff Douwe, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Çev. Özgür Heval Çınar- Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Kitapları No.8, 1. Baskı, Belçika 2006, 25.

²⁴ Bkz. McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995, para.148; AIHM, Halis Akın/Türkiye, 13 Ocak 2009, Başvuru no: 30304/02; AIHM, Sultan Karabulut/Türkiye, 19 Eylül 2006, Başvuru no: 45784/99; AIHM, Yüksel Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye, 15 Şubat 2007, Başvuru no: 57049/00.

²⁵ Korff, 23.

²⁶ Korff, 23.

²⁷ Tezcan-Erdem-Sancakdar, 169.

²⁸ AIHS'nin olağanüstü hallerde askıya alma başlıklı 15. maddesine göre; “(1) Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan

başka deyişle 2. madde hükmü 15. madde hükmünden yararlanarak askıya alınamaz²⁹.

Anayasanın 17. maddesinde de yaşam hakkına müdahalede bulunulabilecek haller Sözleşme'ye paralel düzenlenmiştir. Anayasanın 17. maddesiyle bir temel hak olarak yaşam hakkına anayasal güvence getirilmiş olmakla birlikte; 17. maddenin 4.fikrasındaki “*Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.*” hükmüyle de yaşam hakkına belli hallerde belli koşullarla müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Yaşam hakkı bir temel hak olarak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (AY m.13). Anayasanın 17. maddesiyle güvence altına alınan yaşam hakkını korumak için devlet, her türlü önlemi alma yükümlülüğündedir. Bu bağlamda kanun ile kolluk görevlilerine silah kullanma yetkisi ancak zorunlu durumlarda verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için AY m.17/4'de belirtilen durumlarda yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir³⁰. Anayasa'nın 15. maddesinde de savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşam hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı öngörülmüştür³¹. Bu nedenle, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi yaşam hakkına AY m.17/4'de öngörülen belli amaçlarla, ancak zorunlu durumlarda ve koşulları kanunla belirlenmesi şartıyla müdahale edilebilir.

doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. (2) Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.”

²⁹ Gölcüklü-Gözübüyük, 190.

³⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 1996/68 E, 1999/71 K., 6.1.1999 tarihli kararı için 19.01.2001 tarihli 24292 sayılı Resmi Gazete.

³¹ Anayasanın “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddesine göre; “(1) Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.(2) (Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

III. Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi

Kişinin yaşam hakkına müdahale oluşturacak nitelikte olan, kolluk kuvvetlerinin silah kullanma yetkisinin sınırları kanunla belirlenmiştir.

1. İlgili Kanuni Düzenlemeler

Kolluk görevlilerinin silah kullanma yetkisi, görev ve yetkilerini düzenleyen ilgili kanunlardan kaynaklanmaktadır. Görev ve yetki kavramları farklı hukuki kavramlar olup, görev pozitif normlardan doğan bir yükümlülüğü, yetki ise bundan farklı olarak bir konuda yine pozitif normlara uygun olarak kamusal bir gücü kullanmayı içermektedir. Dolayısıyla bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılan her görevli kişi aynı zamanda ve mutlaka o hizmet için kamusal bir takım yetkileri de kullanabilen kişi anlamına gelmez. Görev ve yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olup, tarafların iradele-riyle değiştirilemez³².

Kolluk görevlileri, ancak silahların kullanımı konusunda özel eğitimi tamamlamalarından sonra silah taşıma yetkisi kazanabilirler³³. Bir başka deyişle ateşli silah kullanma yetkisi, ancak bu konuda yeterince eğitim sağlandıktan sonra verilmelidir³⁴. Silah kullanma yetkisinin meşruluğunun zaman bakımından başlangıcı ise, polisin atama işlemi ile göreve başlaması gibi her şeyden önce kolluk görevlilerinin usulüne uygun olarak göreve başlaması ile olur³⁵.

Kolluk görevlerinin ateşli silah kullanmasına dair kurallar ve yönetmelikler ayrıntılı olmalı ve ateşli silahların hangi hallerde taşınabileceği ve kullanılabilmesi açık bir şekilde belirtilmelidir. Hangi tip ateşli silahların ve cephanenin kullanılabilmesi belirtilmeli; aşırı risk arz edenler yasaklanmalı; denetim, depolanma ve yetkilendirme konusunda kurallar konmalı ve yetkililerin zimmetine verilen ekipmanı kullanmaları halinde hesap vermeleri güvence altına alınmalıdır. Bu tür ayrıntılı kuralların olması, görevlilerin öldürücü olabilecek silahları kullanma konusunda takdir yetkisi kullanmak zorunda kaldıkları durumun, en aza indirilmesi açısından önemlidir. Kuşkusuz kolluk görevlileri her halükarda koşulları değerlendirmek zorunda olacaklardır. Ancak iyi bir kurallar dizgesi, bir kolluk görevlisinin bir durumu bir kategori kapsamında gördüğünde, -ateşli silahlar da dahil olmak üzere- uygun bir şekilde güç kullanmasının gerekip gerekmediğine hemen karar vermesine olanak verecektir³⁶.

³² Tezcan-Erdem-Sancakdar,175.

³³ BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler, m.19.

³⁴ Thompson Kate-Giffard Camile, İnsan Hakları İhlali Olarak Öldürmenin Rapor Edilmesi Yaşam Hakkının İhlali Olabilecek Olgular -Uluslararası İnsan Haklarını Koruma Sisteminde Nasıl Belgelenmeli ve Bu Olgulardan Yola Çıkılarak Nasıl Harekete Geçilmeli?-, Çev.Yahya Berman-Erdem Akter, Ankara 2006, 50.

³⁵ Tezcan-Erdem-Sancakdar,177.

³⁶ Thompson- Giffard, 50.

Polisin silah kullanma yetkisi, 02.06.2007 tarihli 5681 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle PVSK m.16'da³⁷ düzenlenmiştir³⁸. Silah kullanma yetkisi; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Ek madde 2'de³⁹, 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 1 ve 2. maddelerinde⁴⁰,

³⁷ PVSK'nın 02.06.2007 tarihli 5681 sayılı Kanun m.4 ile değişik "Zor ve Silah Kullanma" başlıklı m.16/6'a göre; "Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur."; PVSK m.16/7'e göre; "Polis; a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında, b) Bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde, c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir."; PVSK m.16/8'e göre; "Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir."; PVSK m.16/9'a göre; "Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılabilecek ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir."

³⁸ PVSK m.16'nın yeniden düzenlenmesiyle, genel anlamda kolluğun zor ve silah kullanma yetkisiyle ilgili uygulama sorunlarının dikkate alındığı ve bu maddeye ilişkin değerlendirmelerin diğer normatif düzenlemeler bakımından da göz önünde tutulması gerektiği hususunda bkz. Özbek Veli Özer- Kanbur M. Nihat- Bacaksız Pınar-Doğan Koray-Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, 270.

³⁹ TMK'nın 29/06/2006 tarihli 5532 Sayılı Kanunun 16. maddesiyle düzenlenen Ek m.2'e göre; "Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler."

⁴⁰ 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 1.maddesine göre; "Polis ve jandarma, diğer kanun ve tüzüklerde yazılı yetkileri saklı kalmak üzere, aşağıda yazılı hallerde de silah kullanmaya yetkilidirler: A) 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 16 ncı maddesinde yazılı hallerde, B) (A) bendindeki (A) 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 16 ncı maddesinde yazılı hallerde,) yetkiler saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya ağır hapis cezasını gerektiren suçlardan bir veya birkaçını işlemekten sanık veya hükümlü olup da haklarında tevkif veya yakalama müzakeresi çıkarılan ve silahlı dolaşarak emniyet ve asayişe tek başına veya toplu olarak fiilen tehdit ve ihlal ettikleri anlaşılanlardan, teslim olmaları için İçişleri Bakanlığınca tesbit edilen tarihte başlamak üzere 10 günden az ve 30 günden çok olmamak şartıyla verilecek mühlet ile ad, san ve eylemleri de belirtilerek sanık veya hükümlünün dolaştığı bölgelerde mutad vasıtalarla ve uygun görülen yayın organlarıyla radyo ve televizyonla da ilan edilenlerin belirtilen süre sonuna kadar adli makamlara, zabıtaya veya herhangi bir resmi mercie teslim olmaları hallerinde. 2. maddesine göre; "Birinci maddenin (B) bendinde sayılan hallerde: a.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 22. maddesinde⁴¹, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 23. maddesinde⁴², 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 4. maddesinde⁴³, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve

Sanık veya hükümlünün teslim olması için yapılan (Teslim ol) ihtarından sonra, b. Polis veya jandarmaya karşı silah kullanmaya filhal teşebbüs etmeleri halinde ise ihtara lüzum olmaksızın, Silah kullanılır. (2) Müsademe sırasında; sanık veya hükümlüye müsademe veya kaçmada yardımcı olanlar haklarında da birinci fıkra hükmü uygulanır.”

41 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun silah kullanma yetkisi başlıklı 22. maddesine göre; “(1) Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek isteyen kişiye “dur” uyarısında bulunulmasına rağmen bu uyarıya uymaması halinde, havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Ancak silâhla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde, yetkili memurlar saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir. Memurların silâh kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, bağlı bulunduğu kurum tarafından avukat sağlanır ve avukatlık ücreti kurumlarınca karşılanır. (2) Kaçakçılığı önleme, izleme ve araştırmakla yükümlü olanlar, gümrük bölgesindeki her nevi deniz araçlarına yanaşp yük ve belgelerini incelemeye yetkilidir. Görevlilerin yanaşmasına izin vermeyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz araçlarına uluslararası deniz işaretlerine göre telsiz, flama, mors ve benzeri işaretlerle durması ihtar olunur. Bu ihtara uymayan deniz araçlarına uyarı mahiyetinde ateş edilir. Buna da uymayıp kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya zorlayacak şekilde üzerine ateş edilir.”

42 2935 sayılı OHAL Kanunu silah kullanma yetkisi başlıklı 22. maddesine göre; “(1) Olağanüstü hal ilanından sonra kolluk kuvvetleri ile kendilerine görev verilen özel kolluk kuvvetleri ve silahlı kuvvetler mensupları, görevlerini yerine getirirken kanunlarda silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde, silah kullanma yetkisini haizdirler. (2) Olağanüstü halin, bu Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi gereğince ilan edilmesi halinde, silah kullanma yetkisine sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler. (3) Silah kullanan bütün personel hakkında 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 87 nci maddesinin V ve VI ncı fıkraları hükümleri ile 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkındaki Kanunun 3 üncü maddesi hükümleri uygulanır. Ayrıca haklarındaki soruşturma işlemi tutuksuz yapılır. (4) Yukarıda belirtilen görevlilerin Devlet otoritesini, can ve mal güvenliğini korumak için silah kullanmalarına ilişkin olarak bölge valisi ve il valisinin bu maddeye göre verdiği emirler, uygun araçlarla ilan edilir.”

43 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 4. maddesine göre; “(1) Sıkıyönetim Komutanlığı emrinde görevli Silahlı Kuvvetler mensupları emniyet ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetleri ile diğer güvenlik görevlileri kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında tabi oldukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat ve Vazife Nizamnamesinde silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde silah kullanma yetkisini haizdirler. (2) Silah kullanma yetkisine sahip güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya

Yetkileri Kanunu'nun 11. maddesinde⁴⁴, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun m.47/3, 82, 87, 90 ve 96.maddelerinde de düzenlenmiştir⁴⁵.

Silah kullanma yetkisine birçok yasal düzenlenmede yer verilmesi, bu yetkinin kullanılması halinde kişinin yaşam hakkının ihlaline neden olacağı göz önüne alındığında, Anayasa ve bağlayıcılığı olan uluslararası sözleşmelerin bir gereği olarak, kolluğun görevini yerine getirirken yetkisini keyfi ve kötüye kullanmaya karşı koruma ve bu yetkiyi sınırlandırma, bu bakımdan etkili bir sistem oluşturma çabası olarak değerlendirilebilir⁴⁶. Bu düzenlemeler, aynı zamanda AİHM içtihatlarında da belirtildiği üzere kolluk görevlilerinin görevlerini yerine getirirken belirsizlik içinde kalmalarını önlemek isteğinin de bir sonucudur⁴⁷. Ancak kanımca, kolluğun görevlerini yerine getirirken etkin davranmasının sağlanması için yetkili kılınması gerekli ise de, söz konusu olan bir kimsenin yaşam hakkı olduğunda silah kullanma yetkisinin sınırlarını belirlemeye çalışmanın yetmeyeceği de açıktır. Kolluk görevlilerinin, toplumsal barışı, kamu güvenliğini ve herkesin can güvenliğini korumak için taşıdıkları sorumluluk dikkate alındığında nitelikleri, eğitimleri ve davranışları yetkinin kullanımında önem arz edecektir⁴⁸. Kolluk

silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler. (3) Silah kullanan bütün personel hakkında 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 87 nci maddesinin V ve VI ncı fıkraları hükümleri ile 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkındaki Kanunun 3 üncü maddesi hükümleri uygulanır. Ayrıca haklarındaki soruşturma işlemi tutuksuz yapılır. (4) Yukarıda belirtilen görevlilerin; Devlet otoritesini, can ve mal güvenliğini korumak için silah kullanmalarına ilişkin, Sıkıyönetim Komutanlarının önceden düzenledikleri emirler uygun araçlarla ilan edilir.”.

44 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun silah kullanma yetkisi başlıklı 11. maddesine göre; “Jandarma, kendisine verilen görevlerin ifası sırasında hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisine sahiptir.”.

45 Ayrıca silah kullanma yetkisi için bkz. Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m.39 ila m.41; Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği, m.25.

46 Eryılmaz-Bozlak tarafından silah kullanma yetkisinin değişik mevzuatlarda düzenlenmesinin nedeninin, kolluğun önleyici ve koruyucu hizmetlerini yerine getirirken etkin davranmasının, bu bağlamda kuşkulu ve duraksamalı tavrının önünün alınmak istenmesi olduğu görüşü ileri sürülmektedir.; Eryılmaz Bedri M.-Bozlak Ayhan, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, TBB Dergisi, S.83, Temmuz-Ağustos 2009, 239.

47 Bkz. AİHM, Halis Akın/Türkiye, 13 Ocak 2009, Başvuru no: 30304/02.

48 Nitekim BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler m.18'de kolluk görevlilerinde bulunması gerekli nitelikler belirtilmiştir. Buna göre; “Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar, bütün kanun adamlarının uygun bir eleme usulüne göre göreve seçilmelerini, görevlerini etkili bir biçimde yerine getirmeleri için gerekli olan ahlaki, psikolojik ve fiziksel niteliklere sahip

görevine atanan personelin seçilmesine dair usuller, bu görevlilerin işlevlerini⁴⁹ yerine getirmeye uygun olmalarını temin edecek şekilde belirlenmiş olmalı ve bu açıdan düzenli olarak gözden geçirilmelidir⁵⁰. Özellikle olayın şartlarını değerlendirme ve bunun sonucunda silah kullanma bakımından kolluğa takdir yetkisinin verilmesi bir başka deyişle geniş hareket serbestisinin kanunla verilmesi karşısında uygun bir eğitim görmüş olmasının davranışları üzerinde etkili olacağı umulur⁵¹. Kolluk görevlileri, zor durumlarda ateşli silahlara sınırlı düzeyde başvuracak şekilde gerekeni yapmaları için örneğin kalabalık grupları nasıl denetim altında tutacakları ve ateşli silah kullanmanın alternatifleri konusunda yoğun eğitim görmelidir⁵². Devlet, kolluk görevlilerinin eğitiminde, özellikle soruşturma sürecinde polis ahlakı ve insan hakları konularına, zor ve silah kullanmaktansa çatışmaları barışçıl bir biçimde çözüme kavuşturma, kalabalıkların davranışlarını anlama, ikna, müzakere ve arabulma gibi yöntemler de dahil çeşitli alternatif yöntemlerin kullanılmasına, ayrıca zor ve silah kullanılmasını kısıtlama amacıyla teknik araçların kullanılmasına özel bir önem vermelidir. Kanunen yetkili kuruluşlar, eğitim programlarını ve işleyiş usullerini somut olaylar ışığında değerlendirmelidir (BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler m.20).

2. Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanabileceği Haller

Kolluğun silah kullanma yetkisi, zor kullanma yetkisinin bir çeşidi olmakla birlikte⁵³, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16.maddesinde bu yetki, zor kullanma yetkisinin en ağır derecesi olduğu ve kişinin vücut dokunulmazlığına ve yaşam hakkına yöneldiği dikkate alınarak ayrıca düzenlenmiştir.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.16 da yer alan zor ve silah kullanma

olmalarını ve sürekli ve tam bir mesleki eğitim almalarını sağlar. Bu kişilerin bu görevlere sürekli uygunluk içinde olup olmadıkları periyodik olarak denetlenir.". BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/293-298.pdf>

⁴⁹ Polisin fonksiyonları ve insan hakları konusunda bkz. Sokullu-Akıncı Füsün, Polis Toplumsal bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, 95 vd.

⁵⁰ Thompson –Giffard, 50.

⁵¹ Kolluk görevlilerinin eğitiminin önemi için bkz. AIHM, Evrim Öktem/Türkiye, 4 Kasım 2008, Başvuru no: 9207/03; ayrıca bkz., Alderson J., İnsan Hakları ve Polis, Çev. İhsan Kuntbay, Strasbourg 1984, 24.

⁵² Thompson –Giffard, 50.

⁵³ Centel-Zafer; PVSİK'nın 16. maddesinin başlığının "zor ve silah kullanma" olduğuna dikkat çekerek, zor kullanmanın bir çeşidi olan silah kullanmanın, zor kullanmadan farklı olduğu çağrışımını yapan bu başlığın maddenin içeriği ile çeliştiğini belirtmektedir., Centel Nur-Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Basi, İstanbul 2008, 120; ayrıca bkz. Özbek ve diğerleri, 270-271.

yetkisine ilişkin düzenleme, 02.06.2007 tarihli 5681 sayılı Kanun m.4 ile yeniden düzenlenmiştir. Değişiklikten önce, kolluk kuvvetlerinin hangi koşullar altında güç ve ateşli silah kullanabileceklerini tanımlayan PVSK m.16'daki yasal çerçeve⁵⁴ ile ilgili olarak AIHM tarafından, 1934 yılında kabul edilmiş 2559 sayılı Kanunun günümüzde Avrupa'daki demokratik toplumlarda zorunlu olan, yaşam hakkının "kanun ile" koruma düzeyini sağlamakta yeterli olmadığına, tehlikeli şüpheli veya sanıkların yakalanması sırasında güvenlik güçlerinin güç kullanmasına ilişkin açık ölçütler öngörmediğine dikkat çekilmekte, bu konuda oluşturulan uluslararası normlar göz önüne alınarak kanunun yeniden güncelleştirilmesinin gerekliliği belirtilmekteydi⁵⁵. Buna rağmen yeni düzenleme bakımından aynı eleştiriler geçerliliğini korumaktadır⁵⁶.

BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler m.9'da, kolluk görevlilerinin, kendilerinin ve başkalarının öldürülmelerine veya ağır bir biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlikeye karşı müdafaa halleri ile yaşama karşı ağır bir tehdit içeren ağır nitelikteki özel suçların işlenmesini önlemek, bu tür bir tehlike gösteren veya

⁵⁴ 02.06.2007 tarihli 5681 sayılı Kanun m.4 ile yapılan değişiklikten önce PVSK'nın 16. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; "Polis, aşağıda yazılı hallerde silah kullanmağa salâhiyetlidir: A) Nefsini müdafaa etmek; B) Başkasının ırz ve canına vuku bulan ve başka suretle men'i mümkün olmayan bir taarruzu savmak için; C) Ağır cezayı gerektiren bir suçtan maznun olarak yakalanıp nezaret altında bulunan veya her hangi bir suçtan mahkum ve mevkuf olupta tutulması veya nakil ve sevki polise emir ve tevdi olunan şahısların kaçmaları veya bu maksatla polise taarruzları halinde yapılacak ihtarlara itaat edilmemiş ve kaçmağa ve taarruza mani olmak için başka çare bulunmamışsa; D) Muhafazasına memur olduğu mevki veya elindeki silaha yahut kendisine verilmiş veya teslim edilmiş olan karakolhane ile şahıslara karşı vuku bulacak taarruzu başka suretle defa imkan olmamışsa; E) Ağır cezayı müstelzim ve meşhut cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun saklı olduğu yerin arandığı sırada o yerden şüpheli bir şahıs çıkarak kaçtığı ve dur emrine kulak asmadığı görülerek başka suretle ele geçirilmesine imkan bulunmamışsa; F) Ağır hapsi müstelzim bir suçtan dolayı maznun veya mahkum olup da zabıtaca aranmakta olan bir şahsın yakalanmasına teşebbüs edildiği sırada kaçar ve dur emrine de kulak asmayarak başka türlü ele geçirilmesi kabil olmazsa; G) Vazife esnasında polise tecavüze veya karşı koymağa elverişli aletlerin ve silahların teslimi emredildiği halde emrin derhal yerine getirilmeyecek karşı gelinmesi veya teslim edilmiş silah ve aletlerin zorla tekrar alınmasına kalkışılmışsa; H) Polisin vazifesini yapmasına yalnız veya toplu olarak fiili mukavemetle bulunulmuş veya taarruzla mümanaat edilmişse; I) Devlet nüfuz ve icraatına silahlı olarak karşı gelinmişse."

⁵⁵ AIHM, Perk ve diğerleri/Türkiye, 28 Mart 2006, Başvuru no: 50739/99; AIHM, Erdoğan ve diğerleri, 25 Nisan 2006, Başvuru no: 19807/92; AIHM, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 15 Şubat 2007, Başvuru no. 57049/00.

⁵⁶ Mevcut düzenlemenin önceki düzenleme ile karşılaştırıldığında kolluğun silah kullanma yetkisinin genişletildiği ve uygulanma koşullarının daha da belirsiz hale getirildiği konusunda bkz. Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Sancakdar Oğuz-Önok Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2009, 92 vd.

emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacı dışında ve bu amaçları gerçekleştirmek için daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça başkalarına karşı silah kullanamayacakları öngörülmüştür.

Kolluk görevlilerince çocuklara karşı silah kullanılmaması ilke olarak kabul edilmelidir⁵⁷. Kanımca, hiçbir durum ve hiçbir haklı sebep çocuğa karşı silah kullanılmasını mazur gösteremez⁵⁸. Ancak yaşama yönelik bir saldırı karşısında meşru savunma halinde çocuğun da ateşli silah kullanması durumunda, öldürücü olmamak kaydıyla ve kesin zorunluluk varsa silah kullanılması kabul edilebilir. Çocukların söz konusu olduğu olaylarda silah kullanılmaması için her türlü başka çareye başvurulmalıdır. Nitekim Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, taraf devletlere çocuğun hayatta kalması için mümkün olan azami çabayı gösterme yükümlülüğü getirmektedir⁵⁹.

Kolluk görevlilerinin silah kullanmak suretiyle öldürücü güce başvurmaları belli hallerde meşru sayılabilir. Başka bir deyişle kolluk görevlilerince ölümcül güç kullanımı için meşru bir amacın varlığı şarttır⁶⁰. Bu nedenle aşağıda AIHS, Anayasa ve PYSK'daki hükümler dikkate alınarak kolluğun silah kullanma yetkisi ve bu yetkinin kullanılmasının sonucu olarak kişinin yaşam hakkından yoksun bırakılmasını haklı gösteren durumlar, bir başka deyişle şartları gerçekleştiğinde polisin silah kullanmasının hukuka uygunluğu ve bunun sınırları incelenmektedir.

a. Meşru Savunma

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.16/7-a'da polisin meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında silah kullanmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla polis, kendisinin veya başkasının yaşamına yönelik bir saldırıyı defetmek zorunluluğu karşısında saldırı ile orantılı biçimde saldırıya yönelik olarak silah kullanabilir. Örneğin, yaşamı tehdit altında olan rehineyi kurtarmak için polis tarafından, rehineyi kurtarmak amacıyla ve kurtarmaya yetecek ölçüde rehin alan kişiye ateş edilebilir. Bunun için rehi-

⁵⁷ Kolluğun çocuk ve gençler hakkında silah kullanması hakkında bkz. Yenisey Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, 229; ayrıca bkz. Keskin, 7.

⁵⁸ Mardin'in Kızıltepe ilçesinde 12 yaşındaki Uğur Kaymaz babasıyla birlikte 21 Kasım 2004'te polis kurşunuyla terörist olduğu gerekçesiyle öldürülmüş olup, Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesi, 18 Nisan 2007'de sanık 4 polisin öldürme eylemini meşru savunma kapsamında değerlendiren beraat kararı vermiştir. Karar Y.1.CD tarafından 19 Haziran 2009'da onanmıştır. bkz. [http:// bianet.org/bianet](http://bianet.org/bianet) (23.3.2010).

⁵⁹ Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre; "(1) Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler. (2) Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler."

⁶⁰ Bkz. Thompson-Giffard, 32.

nenin başka türlü kurtarılma imkanının olmaması gerekir. AİHS m.2/2-a, buna olanak tanımaktadır. TCK'nın meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde bu fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir⁶¹.

Meşru savunma halini düzenleyen TCK m.25'e göre; "*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*". Meşru savunma halinde, saldırı kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne veya sahip bulunduğu herhangi bir hukuki değere yönelik olabilir. Türk Ceza Kanunu'nda meşru savunmanın kabulü için saldırının herhangi bir hakka yönelik olması yeterli görülmüştür. Gerçekleştirilen savunma hareketinin, maruz kalınan tecavüzü defedecek ölçüde olması gerekir. Aksi takdirde sınırın aşılması söz konusu olur⁶². Bu bağlamda polis, gerek kendisinin gerekse başkasının bir hakkına yönelik gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı karşısında, savunmada zorunluluk varsa, saldırı ile orantılı biçimde saldırgana yönelik olarak savunma yapabilir. Ancak meşru savunma kapsamında kolluk görevlisinin silah kullanma yetkisini yaşam hakkı bağlamında AİHS m.2 ve AY m.17 ile birlikte değerlendirmek gerekir⁶³. AİHS m.2/2, sadece yaşama yönelik saldırılar karşısında meşru savunmayı kabul etmektedir. BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensiplerin 9. maddesinde, kolluğun her halükarda sadece yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman öldürmeye yönelik silah kullanılabileceği öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2/2'de yaşam hakkına yönelik saldırı karşısında meşru savunma halinin zorunlu olması ve bu kapsamda silah kullanılması sonucu meydana gelen öldürme fiilinin, yaşam hakkının ihlaline neden olmayacağı öngörüldüğünden; PVSK m.16/7-a gereğince silah kullanımı sonucu ölüme neden olan eylemleri, her hakka yönelik bir saldırı karşısında değil, polisin kendisinin veya başkasının yaşam hakkına yönelik bir saldırı karşısında yapılacak meşru savunma haline ilişkin olarak dar yorumlamak gerekir⁶⁴. Sadece yaşam hakkına yönelik olan saldırılarda ölüm meydana getirecek şekilde uygulanan meşru savunma AİHS'nin ve Anayasa'nın 17. maddelerine aykırı olmayacaktır⁶⁵. Bu bağlamda silahla malı gasp edilen kişiyi kurtarmak amacıyla, polisin ateş etmek suretiyle gasp edenin ölümüne neden olması durumunda, bir başkasının yaşam hakkına yönelik bir saldırı söz konusu

⁶¹ Bkz. Tezcan-Erdem-Sancakdar,173; Özgenç İzzet, "Kolluk Görevlilerinin Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği-II, 23-28 Ekim 2007, Antalya, Ankara 2008, 209-210.

⁶² Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005, 373-374.

⁶³ Eryılmaz-Bozlak, 245.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Eryılmaz-Bozlak, 245; Keskin, 8-9.

⁶⁵ Eryılmaz-Bozlak, 245.

olduğu için, meşru savunmanın varlığını kabul gerekir⁶⁶. Sadece kişinin malını kurtarmak amacıyla, polisin silah kullanımının sonucu ölüme neden olma halinde ise yaşam hakkına müdahale bakımından meşru bir amaçtan söz edilemez⁶⁷. Başka bir ifadeyle malı korumak amaçlı güç kullanımına, Sözleşmenin 2/2 maddesinde yer verilmediğinden⁶⁸, malı gasp edilen kişinin ancak yaşamına yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda, polisin gasp edene karşı ölümcül güç kullanımı meşru görülebilir. Kişinin malı ile birlikte yaşamı da tehlike altında olmadıkça, malı korumak amacıyla kolluk tarafından silah kullanmak suretiyle ölüme sebebiyet vermek yaşam hakkının ihlaline neden olur.

Türk Ceza Kanunu m.25'de öngörülen meşru savunmaya ilişkin koşulların gerçekleşmesi halinde yapılacak savunma sonucu saldırgan ölürse, yaşam hakkının ihlalden söz edilemez. Bu durumda fiil hukuka uygun olduğu için, adam öldürmeden dolayı yargılanan sanık hakkında beraat kararı verilir (CMK m.223/2). Meşru savunmada mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaş nedeniyle sınıрын aşılması söz konusu olduğunda ise sanık hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m.223/3). Ancak unutulmamalıdır ki meşru savunmada bulunan diğer kişilere nazaran, silah kullanmaya yetkili bir kişi olarak polisin profesyonelliği de dikkate alındığında, heyecan, korku ve telaş nedeniyle meşru savunmada sınıрын aşılması çok beklenen bir durum olmasa gerekir.

Yargıtay'da Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Gasp Büro Amirliğinde görevli polis memurları olan sanıkların, çeşitli suçlardan aranan iki kişinin Ankara Ulucanlar Caddesi'nde olduğuna ilişkin telefon ihbarı üzerine, olay yerine gelerek, yaya olarak ilerledikleri sırada karşılığın çalıntı araba ile çıkan arananları yakalamak amacıyla önce havaya 2 el uyarı ateşi ettikten sonra araca doğru arka tarafından ateş etmeleri sonucunda arananlardan birinin ölümü diğerinin de yaralanması olayını meşru savunma bakımından değerlendirmiştir. Bu olayda Yargıtay, sanıkların PVSK m.16 gereğince nefisini müdafaa etmek ve görevlerini yapmalarına saldırı ile engel olmalarını bertaraf etmek için silah kullanmaya yetkili olduklarını, maktul ve mağdurdan gelen önce araç ile çarpma şeklinde, daha sonra da silahlı saldırı boyutuna ulaşan ve devam etmekte olan hayat bütünlüklerine yönelik saldırı sırasında rastgele ateş etme eylemlerinin tümüyle meşru savunma koşulla-

⁶⁶ Burada polisin ayrıca "suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla" silah kullanma yetkisi de (PVSK m.16/-c) doğar.

⁶⁷ Özgenç'e göre; meşru savunmada önemli olan, savunma doğrultusunda gerçekleştirilen fiilin tecavüzü defedecek ölçüde olması olup, bu ölçüye riayet edildikten sonra tecavüze uğrayan hukuki değerle, bu tecavüzü defetmek için kendisine zarar verilen değer arasında bir oranın bulunması gerekmez, bu nedenle de malı gasp edilmekte olan kişinin malını kurtarmak için gasbın yaralanmasına ve hatta ölümüne sebebiyet vermesi durumunda da meşru savunmanın varlığını kabul gerekir., Özgenç, TCK Gazi Şerhi, 374, dn.64.

⁶⁸ Korff, 23.

rmada gerçekleştirildiği ve aşırıya kaçılmadığı anlaşıldığından bahisle 5237 sayılı TCK'nın 25. maddesi uyarınca sanıkların beraatlerine karar verilmesine hükmetmiştir⁶⁹.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.16/9'da, polisin, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebileceği öngörülmüştür. Aslında bu durum da meşru savunma hali kapsamında değerlendirilebilir⁷⁰. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.16/6'da ise polisin, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunabileceği öngörülmüştür. Bu hükme PVSK'da yer verilmiş olsaydı dahi, herkes gibi polis de TCK uyarınca meşru savunmada bulunabilir ve meşru savunmanın şartları oluştuğunda (TCK m.25) bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı söz konusu olurdu.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 14 Ekim 2008 tarihli Gülen-Türkiye kararında, somut olayda kolluk görevlilerince güç kullanımının, ölen şüphelilerin arz ettiği yasadışı şiddetin bir sonucu olduğunu, kolluk görevlilerinin meşru savunmada bulunduğunu gözlemlemektedir. Bu hususta Mahkeme, polis memurlarının olay mahalline geldiklerini, daireyi çevreleyen alanı güvenlik altına aldıklarını ve şüphelilerden kapıyı açmalarını istediklerini belirtmektedir. Ancak, şüpheliler kapıyı açmayınca polis memurları kapıyı kırmak durumunda kalmış, bunun üzerine şüpheliler polis memurlarına ateş açmıştır. Sonuç olarak, Mahkeme söz konusu operasyonun AIHS'nin 2/2 maddesinin a ve b alt paragrafları bağlamında "*yasadışı şiddetten kaynaklanan ... savunma*" sonucunda "*yasal bir yakalama gerçekleştirmek için*" yapıldığına ve 2. maddesinin esas açısından ihlal edilmediğine karar vermiştir⁷¹. AIHM 20 Mayıs 2008 tarihli Kasa-Türkiye kararında da benzer yönde karar vermiştir. Bu olayda polis memurlarınca, bazı silahlı kişilerin şüpheli davrandıklarını 13 Ağustos 1993'de ihbar eden bir telefon üzerine, AIHM'nin güvenlik güçlerinin ivedilikle hareket etmesini gerektiren acil bir durum olarak nitelediği bir operasyon düzenlenmiştir. Bir alışveriş merkezinin 11.katında bulunan kafeye düzenlenen 5 kişinin öldüğü bu operasyonda, özel polis timi 332 el ateş etmiş, maktullerin yanında bulunan beş tabancadan ise 35 el ateş edilmiştir. Olayda Mahkeme, polisin kuvvete başvurmasının, maktullerden kaynaklanan yasadışı şiddetin doğrudan bir sonucu olduğunu bir başka deyişle meşru savunmada bulunulduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, söz konusu

⁶⁹ Y.1.CD, 12.06.2008, 8050/4953; Karar için bkz. Eryılmaz-Bozlak, 249-250.

⁷⁰ Bu hükmün gereksiz olduğu, kolluğun suçla ve suçlularla yaptığı mücadelede tereddüt yaşamaması için bu şekilde açık bir düzenleme yapıldığı görüşü için bkz. Eryılmaz-Bozlak, 247.

⁷¹ AIHM, Gülen/Türkiye, 14 Ekim 2008, Başvuru no: 28226/0214.

operasyonun AİHS'nin 2/2 maddesi kapsamında "bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması" ve "usulüne uygun olarak yakalamak" amacıyla yürütülmüş olduğunu tespit ederek, ilk silah atışının maktuller tarafından yapıldığını, tanıkların Cumhuriyet Savcısı ve İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önündeki ifadelerinin ortaya koyduğu üzere ateş açmadan önce gerekli uyarılarda bulunulduğunu, polislerin ancak kendilerine ateş açılmasından sonra ateş etmeye başladığını dikkate alarak, bu koşullarda ölümcül güç kullanımının, her ne kadar üzücü olsa da meşru savunma ve yasal yakalama uygulaması açısından "kesin zorunluluğu" aşmadığı görüşüne varmıştır. Mahkeme, AİHS'nin 2. maddesinin esas yönünden ihlal edilmediğine karar vermiştir⁷². Kanımca dava dosyasından anlaşıldığı üzere bu olayda, meşru savunma halinin varlığı, maktuller tarafından 35 el ateş edildiği, polis memurlarınca ise toplam 322 el ateş edildiği, her bir maktulün vücuduna ortalama 7-8 merminin isabet ettiği dikkate alındığında, saldırı ile savunma arasındaki orantı hususu tartışılmalıdır. Meşru savunmada sınırın korku, heyecan ve telaş nedeniyle aşıldığı düşünülse bile, planlanan bu operasyonda profesyonel kolluk görevlilerinin korku, heyecan ve panik duyması da beklenemez. Bu olayda saldırı ile savunma arasında bir orantıdan söz edilemez. Amaç usulüne uygun yakalamaksa, kullanılan zorun amaçla orantılı olmadığı da açıktır. Polislerin hayatlarının gerçekten tehlikede olduğu endişesiyle hareket ettiğinin kabulü halinde dahi, yine de amaç ve araç arasındaki dengeyi bozmamaları gerekirdi. Kaldı ki polisler alışveriş merkezinin çevresini kontrol altına almış, bu yüzden maktullerin 11.katta bulunan kafeden kaçma imkanı da kalmamıştır. Bütün bunların yanında polislerin kurşun geçirmez yelek giyerek hazırlandıkları olayda, kafe ve çevre işyerlerinin kırılan camlarının operasyondan hemen sonra polis tarafından değiştirilmesi sonucu hangi yönden ateş edildiği ve hangi tür silahların kullanıldığının tespitinin imkânsız hale geldiği, cesetlerde parmak izi incelemesi yapılmadığı gibi hususlar dikkate alındığında, delillerin ortaya konulmaması da meşru savunmanın varlığını kuşku kılmaktadır. Nitekim polis memurlarını yargılayan ilk derece mahkemesi bu hususları dikkate alarak ilk kararında olayı kasten adam öldürme olarak nitelendirmiştir⁷³.

⁷² AİHM, Kasa/Türkiye, 20 Mayıs 2008, Başvuru no: 45902/99.

⁷³ Bu olayda İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi 21 Aralık 1999 tarihinde sanık dokuz polis memurundan beşini kasten adam öldürmekten suçlu bulmuştur. Diğer dört sanık silahlı operasyonda yer almayı alışveriş merkezinin içi ve dışında çevre emniyetini sağlamakla görevli olmaları nedeniyle beraat etmiştir. Mahkeme, beş polis memurunu ölüm cezasına çarptırmış, ancak ceza 765 sayılı TCK'nın 50. maddesi uyarınca 8 yıl hapse çevrilmiştir. Ceza, başka bazı kanun hükümlerinin uygulanmasıyla 3 yıl 20 gün hapse çevrilmiştir. Birinci derece mahkemesi, cesetler yanında bulunan beş tabancadan 35 el ateş edildiğini, polis memurlarının ise toplamda 322 el ateş ettiklerini, bazıları terörle mücadele operasyonlarında iyi eğitim almış polis memurlarının sayılarının maktullerden oldukça fazla olduğunu, polislerin alışveriş merkezinin çevresini kontrol altına aldığını, bu yüzden maktullerin binadan kaçmasına imkan kalmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle söz konusu beş şahsı sağ olarak ele geçirmenin mümkün olabileceği, nefsi müdafaa bulunmalarına karşın, sanık beş polis memurunun yürürlükteki kanun hüküm-

b. Yakalamayı Sağlama

Polis, hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir (PVSK m. 16/7-b). Polis, bu durumda silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi, dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir (PVSK m. 16/7-c).

Hakkında yakalama veya tutuklama kararı verilmiş veya hapis cezasına mahkum edilmiş olan bir kişinin yakalanmamak için kaçması söz konusu olduğunda, yakalanmak istenen kişinin hedef ittihaz edilerek silahla ateş edilmesi yerine başka suretle yakalanması yoluna gidilmelidir. Örneğin, kaçmakta olan bir kişinin teslim olmasını sağlamak için silahla havaya ateş edilmesi gibi. Başka suretle ele geçirilmesi mümkün ise, kaçan kişi hedef alınarak silahla ateş edilemez. Silah kişinin ancak yaralanması suretiyle ve her halde canlı olarak yakalanması amacıyla kullanılabilir. Kişinin yakalanmasını sağlayacak ölçünün ötesinde yaralanması sonucunu doğuracak şekilde silah kullanılması halinde, hukuka uygunluk sebebinin sınırının aşıldığı kabul etmek gerekir⁷⁴.

Anayasa m.17/4, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi için silah kullanılması-na kanunun izin verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiillerinin yaşam hakkının ihlali kapsamı dışında olduğunu öngörmektedir. Bu hüküm tutuklu ve hükümlünün kaçmasını önlemek için silah kullanılması-na izin veren bir kanuni düzenlemeye imkan tanımaktadır. Verilen izin sadece soyut silah kullanmaya ilişkin olmayıp, kaçan tutuklu veya hükümlünün silah kullanılmak suretiyle öldürülmesini de kapsamına almaktadır. Bu nedenle bu düzenleme insan haklarıyla bağdaşmamaktadır⁷⁵. Benzer düzenleme AIHS m.2/2-b’de de söz konusudur. Buna göre, usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için kuvvete başvurulmasının kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda istemeden ölüme sebebiyet verilmesi halinde, bu durumun yaşam hakkına müdahale oluşturmayacağı belirtilmektedir.

lerine göre orantısız güç kullandığı kanaatiyle mahkumiyetlerine karar vermiştir. 23 Mayıs 2001 tarihinde Yargıtay, polis memurlarının yetkililerin emirleri ve acil zorunluluk ile nefsi müdafaa kapsamında hareket ettiklerini belirterek söz konusu kararı bozmuştur. Yeniden görülen davada mahkeme, 22 Ekim 2001 tarihinde Yargıtay kararına uygun olarak sanıkların suçu meşru zorunluluk içinde işledikleri, bu nedenle cezalandırılmalarının mümkün olmadığına karar vermiştir. ; bkz. AIHM, Kasa/Türkiye, 20 Mayıs 2008, Başvuru no: 45902/99.

⁷⁴ Özgenç, Zor Kullanma, 210.

⁷⁵ Özgenç İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Ankara 2006, 108-109

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2/2-b, tehlikeli kişilerin yakalanması veya kaçmasının önlenmesi amacıyla silah kullanılması konusunda bir dayanak oluşturmaktadır. Yaşamın tehlikeye atılması, eğer silahın kullanılması mutlaka gerekli ise ancak bu takdirde hukuka uygun sayılır. Bu nedendir ki öldürme kastıyla hareket edilmemiş olmalıdır. Yakalama ve kaçmanın önlenmesi amacıyla silah kullanılması ile öldürme kastı arasında bir bağlantı kurmak esas itibariyle mümkün değildir⁷⁶. Yaşam hakkına AİHS m.2/2-b ile getirilen istisna; yakalamak amacıyla adam öldürmek anlaşılır değildir. Ölüm cezası kaldırıldığına göre, yakaladığınız bir sanığı yargıladıktan sonra verilebilecek en ağır ceza müebbet hapis cezasıdır. Öldürülen bir kişinin ne yargılanması ne de bu kişiye ceza verilmesi mümkündür. Yakalama yapabilmek için öldürmeyi kabul etmek değil, böyle bir tartışma yapılması dahi insan hakları anlayışı ile bağdaşmaz⁷⁷. Yakalama, öldürücü olmayan yöntemler tercih edilerek gerçekleştirilmelidir. Ancak AİHM bir kişinin usulüne uygun olarak yakalanması amacıyla güvenlik güçleri tarafından öldürücü olmayan yöntemlerin kullanılması hususunda yorum yapılmasının gereksiz olduğu, olay hakkındaki değerlendirmenin olayın sıcağıyla karşılık vermeye zorunlu olan memurların yerine olaydan kopuk bir bakış ile kendisinin değerlendiremeyeceği kanaatindedir. Mahkeme ayrıca başka türlü bir hükme varmanın Devletlere ve görevini ifa etmekte olan kolluk kuvvetlerine gerçekçi olmayan bir yük getirmek, belki de kendilerinin ve diğerlerinin hayatını tehlikeye atmak anlamına geleceğini vurgulamaktadır⁷⁸. Oysa yakalama yapabilmek için silah kullanmak suretiyle kişinin öldürülmesi kabul edilemez. Bu durumda Sözleşmenin 2. maddesinde öngörülen “*kuvvete başvuranın kesin zorunluluk haline gelmesi*” ölçütü dahi yaşam hakkını sonlandırmayı haklı kılamaz. Bu nedenle her halükarda kendisinin veya başkasının yaşamını korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman silah kullanılabilceği, bu bakımdan da kişinin yakalanması amacıyla kolluk görevlileri tarafından öldürücü olmayan yöntemlerin kullanılması bir ilke olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde yakalama ile elde edilmek istenen yarar ile verilen zarar arasında açık bir orantısızlık söz konusu olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 12 Haziran 2007 tarihli Bakan-Türkiye Kararında, güvenlik güçlerinin patlayıcı madde bulmak için Diyarbakır’da bulunan bir evde yapılan arama sonunda yakaladıkları, ancak kelepçelerinin çıkarılması sebebiyle Jandarma görevlilerinden birine dirsek atmak suretiyle ellerinden kaçan terörist olan şüpheliyi yakalamak ve duruşmasından sonra kovalamacayı sona erdirmek için jandarma görevlisinin uyarı atışında bulunması, bu esnada uyarı atışlarından birinin sekerek kaza ile başvuranların yakınıının ölümüne neden olması olayında, jandarma

⁷⁶ Tezcan-Erdem-Sancakdar,173.

⁷⁷ Öztürk-Tezcan-Erdem ve diğerleri, 96.

⁷⁸ AİHM, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 15 Şubat 2007, Başvuru no. 57049/00; AİHM, Kasa/Türkiye, 20 Mayıs 2008, Başvuru no: 45902/99; AİHM, Gülen/Türkiye, 14 Ekim 2008, Başvuru no: 28226/0214.

görevlisinin dört el ateş ettiğini ve silahını otomatik ayarda kullanmadığını tespit ederek, başvuranların yakınının ölümünü, kendisine isabet eden bir kurşunun ölümcül yaraya neden olmasından dolayı bir şanssızlığın sonucu olarak kabul edip, AİHS'nin 2. maddesinin *ihlal edilmediğine* karar vermiştir⁷⁹. Bu olayda jandarma görevlisi kaçan kişiyi hedef alarak ateş etmemekte, kaçan kişiyi yakalamak amacıyla uyarı atışında bulunulması sonucunda bir başkası ölmektedir. Bu nedenle olay Mahkeme tarafından kaza olarak nitelendirilmiştir. Daha önce de belirttiğim gibi yakalama amacıyla silah kullanmak suretiyle ölüme neden olmanın insan hakları bakımından kabul edilmez olduğu kanaatinde olmakla birlikte, PVSK m.16/7-b'de yer alan mevcut düzenleme dikkate alındığında kanımca, yakalamak amacıyla ateşle silah etme halinde, kolluğun olayı tüm şartları göz önüne alarak değerlendirmesi gerekir. Örneğin, yakalama kalabalık bir yerde gerçekleştirilecekse, başka kimselerin zarar görme olasılığı karşısında ateş etmekten kaçınılmalı, kişinin yakalanması amacıyla öldürücü olmayan yöntemlerin kullanılması tercih edilmelidir. Bu yöntemlerin kullanılması halinde de olaylarla ilgisi olmayan kişilere gelebilecek zarar tehlikesini en aza indirebilmek için dikkatli bir değerlendirme gerekir. Polis, yakalamak amacıyla silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırı söz konusuysa, ancak silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırıyı defedecek şekilde ateş edebilmelidir⁸⁰.

c. Ayaklanma veya İsyanın Yasaya Uygun Olarak Bastırılması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2/2-c'de ve AY m.17/4'de öngörülen ve öldürmeyi haklı kılan bir durum da, ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılmasıdır. Ayaklanma, fazla sayıda kişinin büyük çapta şiddet kullandığı ekstrem durumları ifade eder. Ancak böyle bir durumda dahi, kamu düzenini yeniden tesis etmek için silah kullanmanın zorunlu olması gerekir⁸¹. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, ayaklanmanın bastırılması için askerler tarafından kullanılan plastik kurşun sonucu öldürülme olayına ilişkin verdiği bir kararda, olayı bir ayaklanmayı bastırmak amacıyla hukuka uygun biçimde yapılan kesin biçimde gerekli olan bir tasarruf olarak kabul etmiş ve 2. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir: Başvurucu Kuzey İrlanda'da Birleşik Krallık ordusu tarafından başkaldırıyı bastırmak amacıyla plastik kurşun kullanılması sonucu 4.10.1976'da 13 yaşındaki oğlunun İngiliz askeri X tarafından öldürülmesini şikayet konusu yapmıştır. Olayda 150 kişilik bir grubun askerlerin üzerlerine bir şeyler fırlatmaya çalışan göstericilere amirin emriyle ateş edilmiş, genç göstericinin yanında bulunan başvurusunun oğlu isabet almıştır. Komisyona göre, meşrulaştırılabilecek yaşamdan yoksun bırakmaya ilişkin durumlar ve koşullar, kasıtlı olmayan öldürmeler de haklı kılınma irdelenmesini gerektirir.

⁷⁹ AİHM, Bakan/Türkiye, 12 Haziran 2007, Başvuru no:50939/99.

⁸⁰ Karşılaştırmamız PVSK m.16/9.

⁸¹ Tezcan-Erdem-Sancakdar,179.

Komisyon ayaklanmanın tanımını yapmamakla birlikte özerk bir kavram olduğuna işaretle, bu olayda bir araya gelmiş 150 kişilik bir kalabalığın varlığı ve askeri timin bu kalabalığın attığı şeylerle ciddi biçimde yaralanması riskinin, herhangi bir standart açısından bir ayaklanma olarak kavranacağını belirtmiştir. Komisyon Kuzey İrlanda'da süregelen bir kamusal huzursuzluğun birçok ölümlere yol açtığını, ayaklanmaların sıkça meydana geldiğini tespit ederek, her ne kadar plastik kurşun kullanılması tartışmaya açık bir konu olmakla birlikte, somut olayda tarafların sunduğu bilgiler çerçevesinde meydana gelen yaralanmalar ile kullanılan plastik kurşun sayısı karşılaştırıldığında, bu silahın şikâyetçinin iddia ettiğinden daha az tehlikeli olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenlerle de Komisyon, şikâyetçinin oğlunun ölümüne yol açan zor kullanımının, Sözleşme 2/2-c de düzenlenen "bir ayaklanmayı bastırmak amacıyla hukuka uygun biçimde yapılan tasarrufların... kesin biçimde gerekli olması" ölçüsünü aşmadığına karar vermiştir⁸².

BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler m.14'e göre; kanun adamları şiddet içeren toplantıların dağıtılmasında, daha az tehlikeli araçların kullanılmasının elverişli olmaması halinde ve sadece gerekli olan asgari ölçüde silah kullanabilirler. Ancak burada da dikkat edilmesi gereken husus, yaşama veya yaralamaya yönelik bir saldırı karşısında meşru müdafaa ve yaşama karşı ağır bir tehdit içeren ağır nitelikteki özel suçların işlenmesini önlemek, bu tür bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacıyla ve en son çare olarak silahın kullanılabileceğidir. (BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler m.14). Bu halde dahi öldürmeye yönelik silah kullanımı yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman söz konusu olabilir. Toplu halde bulunan kişilere karşı silah kullanılması, olaya katılmayan üçüncü kişiler bakımından tehlikeye doğuracağı için, topluluk içinde bulunan bir kişinin etkisiz hale getirilmesi amacıyla silah kullanılması ilke olarak kabul edilmemelidir⁸³.

Yasadışı bir gösteriyi dağıtmak amacıyla güç kullanmak Sözleşme m.2/2-c kapsamında haklı olmakla birlikte bu konuda amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir oran olmalıdır. Nitekim AİHM, 27.7.1998 tarihli Güleç-Türkiye Kararında 4.3.1991 tarihinde İdil'de meydana gelen yasadışı bir gösteriyi bastırmak amacıyla güvenlik güçlerince ateş açılması sonucu iki göstericinin ölmesi olayında, amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir orantının olmadığı, davaya neden olan olaylar sırasında Ahmet Güleç'in ölümüne sebebiyet veren ve göstericileri dağıtmak amacıyla kullanılan gücün 2. madde kapsamında gereksiz olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme, ciddi şiddet eylemleriyle karşı karşıya kalan güvenlik güçlerinin yardım çağırması üzerine olay yerine gelen iki zırhlı araçtan birinin kalabalığa doğru ateş ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme, mevcut davada güç kulla-

⁸² Gemalmaz, 84-87.

⁸³ Yenisey, 229-230; Tezcan-Erdem-Sancakdar,177.

nımının, 2. maddenin 2. fıkrasının (c) bendi kapsamında haklı gösterilebileceğini kabul etmekte; ancak bu hususta amaçlanan hedefe ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir denge kurulması gerektiğine dikkat çekmektedir. Mahkeme, jandarmaların copları, koruyucu kalkanları, su topları, plastik mermileri veya göz yaşartıcı gazlarının olmadığını tespit ederek, çok güçlü bir silah kullanmasını eleştirmekte; Şırnak ilinin olağanüstü halin ilan edildiği bir bölge olduğu ve söz konusu tarihte her türlü kargaşanın çıkması olasılığı karşısında bu malzemelerin olmamasının tamamen anlaşılabilir ve kabul edilemez olduğunu belirtmektedir⁸⁴. Kolluk görevlilerine böyle bir durumda uygun bir şekilde aşamalı olarak önlemler alabilmeleri ve tepki gösterebilmeleri için donanım sağlanmalıdır. Özellikle, sadece ateşli silah donanımı sağlanmamalıdır; zira sadece ateşli silah donanımının olması daha hafif bir tepkinin yeterli olabileceği bir durumda kolluğun ateşli silah kullanmaktan başka seçeneklerinin olmamasına yol açar. Bu bakımdan uygun donanım farklı türden silahın yanı sıra kalkan, kask ve kurşun geçirmez yelek gibi savunma araçlarını içermelidir. Böylece kolluk görevlilerinin kendilerini korumak için silah kullanmasının gerekmesi daha az söz konusu olacaktır⁸⁵.

4 Kasım 2008 tarihli Evrim Öktem/Türkiye kararında AİHM, davanın koşullarını dikkate alarak, ihtilafli gösterinin Hükümet tarafından ayaklanmayı tetikleyecek nitelikte olarak değerlendirilmesini haklı bulmamıştır. Karara konu olan olayda 7 Kasım 1995 günü lise çevresinde devriye gezen üç sivil polis, yedi sekiz gencin okul bahçesinin parmaklıklarına Devrimci Öğrenci Birliği adına bir pankart astıklarını fark ederek bu eyleme son vermelerini istemişlerdir. Ancak eyleme katılan bazı gençler tarafından demir çubuk ve sopalarla tehdit edilmeleri üzerine, polisler önce uyarı mahiyetinde havaya ateş etmişlerdir. Polislerin havaya ateş açarak takip ettiği eylemciler sokak aralarına dağılmışlar, R.Ç. havaya, boş bir araziye veya yere doğru onlarca defa ateş etmiş ve hatta son mermilerini evlerin bulunduğu dar bir sokakta koşarken atmıştır. Bu sırada polis memuru R.Ç., başvurunu, dizinin altına isabet eden serseri bir kurşunla yaralamıştır. Mahkeme üç polisin müdahalesini, R.Ç.'nin kontrolsüz ve tehlikeli bir şekilde silah kullanmasına kadar varan hazırlıksız bir operasyon girişimi olarak nitelendirmektedir. Mahkeme, dava dosyasında R.Ç.'nin de aralarında bulunduğu üç polis memurunun olaya müdahale ettiği sırada, yedi sekiz göstericinin - yasalara aykırı bir şekilde - suç niteliği taşıyan hangi eylemleriyle olay yerinde bulunan masum insanların hayatını tehlikeye attıklarını kanıtlayan herhangi bir

⁸⁴ AİHM, Güleç/Türkiye, 27 Temmuz 1998, Başvuru no: 54/1997/838/1044, para.69-73; Komisyon, çok hızlı bir ateşleme sistemine sahip bir savaş silahı olan makineli tüfeğin bilerek göstericileri öldürmek amacıyla kullanılmış olabileceğine inanmaktadır. Sözleşme'nin 2. Maddesi kapsamında, düzenlenen gösterinin bir ayaklanma olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiş, ancak düzeni korumak için bir gösteri sırasında savaş silahı kullanılmasının uygun olamayacağı görüşünü ifade etmiştir.(bkz. para.78).

⁸⁵ Thompson- Giffard, 51.

unsur bulunmadığını tespit ederek, bu üç polisin, olaya resmi plaka taşımayan bir araçla ve sivil kıyafetlerle müdahale ettikleri halde, eylemi en uygun şartlarda bastırmak amacıyla sadece yetkilerini kullandıkları yönündeki iddialarını kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, üç polis memurunun hayatlarının gerçekten tehlikede olduğu endişesiyle hareket ettikleri varsayılsa bile, yine de amaç ve yöntemler arasındaki dengeyi bozmamaları gerektiğine; kendileri üzerinde kanıtlanmış ciddi bir hasar ve tehdit söz konusu olmadığından, polislerin bu zor durumdan kurtulmak için takviye gücün gelmesini beklemeleri ve böylece tabancalarından başka hiçbir caydırıcı imkânlarının bulunmadığını dikkate alarak, o anda kalabalığın tahrik olmasını önlemelelerinin daha doğru olacağına dikkat çekmektedir. AİHM, mevcut davada kullanılan gücün bu birkaç eylemci ve bilhassa 14 yaşındaki başvuranın oluşturduğu tehlikeye dayanarak kişisel bir refleksten ibaret olduğunu kabul etmeyecek, polis memuru R.Ç.'nin büyük bir serbestiyle hareket ettiği ve düşüncesizce davrandığını, kendisinin eğer uygun bir eğitim görmüş ve ona göre talimat almış olsaydı veya en azından takviye güc istediği zaman amiri ona kesin ve açık talimatlar vermiş olsaydı, büyük olasılıkla böyle davranmayacağına belirtmektedir. AİHM, olayın bu denli çığırından çıkmasına neden olan en önemli unsurun, büyük bir olasılıkla olayın vuku bulduğu tarihte, barış ortamında polislerin bireysel olarak veya takip operasyonları sırasında güç kullanmasına ilişkin açık tavsiye ve kıstaslar öngören bir sistemin bulunmaması olduğu görüşündedir. Buna göre, polis memuru R.Ç.'nin başvurana karşı makul sınırları aşan ve mutlak gerekli olduğu tartışılır bir güç kullanması ve iç hukukun bu tür davranışlara karşı aldığı önlemlerin yetersiz kalması dolayısıyla, AİHS'nin 2. maddesinin esas açısından ihlâl edildiğine karar vermiştir⁸⁶.

d. Görevini Yaparken Direnişle Karşılaşma

Polisin zor kullanma yetkisi kapsamında silah kullanması mümkündür. Ancak burada söz konusu olan silahın ateşli silah olması şart olmamakla birlikte⁸⁷, ateşli silah da olabilir⁸⁸. Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir (PVSK m.16/1). Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanunî şartları gerçekleştğinde silah kullanabilir (PVSK m.16/2). PVSK m.16/2'de polisin görevini yerine getirilmesinin direniş göstermek suretiyle engellenmesi halinde silah kullanması, kanuni şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar, polise silah kullanma yetkisi veren PVSK m.16/7-b'de

⁸⁶ AİHM, Evrim Öktem/Türkiye, 4 Kasım 2008, Başvuru no: 9207/03.

⁸⁷ Özgenç, zor kullanma yetkisi kapsamında kullanılan silahın, ateşli silah olmasının şart olmadığını belirtmektedir., Özgenç, Zor Kullanma, 210.

⁸⁸ Silah kullanma yetkisi çerçevesinde sözü edilen silahın ateşli silah olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Özbek ve diğerleri, 273-274.

“bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direniş kırım amacıyla ve kıracak ölçüde” şeklinde belirtilmiştir. Bu nedenledir ki, polisin görevini yerine getirmesini engellemeye yönelik bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direniş kırım amacıyla ve kıracak ölçüde silah kullanması söz konusu olabilir. Polisin PVSK m.16/2 uyarınca zor kullanma yetkisi kapsamında silah kullanması halinde TCK m.24/1’de yer alan “kanun hükmünü yerine getirme” hukuka uygunluk nedeni söz konusu olur⁸⁹. Bu hukuka uygunluk nedeninin sınırının kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur (TCK m.27/1). Ancak unutulmamalıdır ki bu durumda da öldürmek amacıyla silah kullanılması söz konusu olamaz.

Polisin yetkili makam veya merciin yasalara uygun olarak verdiği emri yerine getirirken silah kullanması halinde ise TCK m.24/2’de yer alan “ yetkili merciin emrini ifa” hukuka uygunluk nedeni söz konusu olacaktır⁹⁰. TCK m.24/2’de yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri yerine getiren kişinin sorumlu olmayacağı öngörülmüştür. Ancak konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur (TCK m.24/3)⁹¹. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hal-

⁸⁹ Yargıtay, önleyici yaya kolluk devriyesi görevini yapan sanık jandarmanın, İl Jandarma Komutanlığının çalıntı oto ihbarı ve aracın görüldüğünde yakalanarak gerekli yasal işlemlerinin yapılması hususundaki telsizle anonsu üzerine, görev yerinde söz konusu arabayı hareket halinde görerek durdurmak ve maktulü yakalamak için önce düdük çalarak ve el işareti ile dur ihtarı, daha sonra bir el uyarı ateşinden sonra, uyarıya rağmen kaçan araca durmasını sağlamak için tekerleğini hedef alarak arkasından bir el ateş etmesi sonucu aracın bagajından giren merminin maktule isabet ederek ölümüne yol açan olayda, 2803 sayılı JTGYK’nın 11,25/a, 2559 sayılı PVSK’nın 16,211 sayılı Kanunun 80-a, 87/1-c ve ilgili Yönetmeliğin 39. maddelerinin verdiği yetkiye istinaden kullandığını, sanığın 5237 sayılı TCK’nın 24.maddesine göre kanunun hükmünün yerine getirildiğini bu nedenle hakkında ceza verilmesine yer olmadığı karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde 5237 sayılı TCK’nın 27/1,85, 62. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesini bozma nedeni saymıştır.;Y.1.CD,30.10.2007, 4717/7842 sayılı karar için bkz. Eryılmaz-Bozlak, 250-251.

⁹⁰ Yetkili merciin emrini yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, bir emrin varlığı ve bu emrin bağlayıcı nitelik taşıması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2009, 261-266.

⁹¹ BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler m.26’ya göre; “Kanun adamları, bir kimsenin ölümüne veya ciddi şekilde yaralanmasına yol açan zor ve silah kullanma emrinin açıkça yasaya aykırı olduğunu biliyorsa ve bu tür bir emri yerine getirmemek için makul bir imkana sahip idiyse, amirin emrini icra savunması yapılamaz. Her halükarda, yasadışı emirleri verenler de sorumlu olurlar.”.

lerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur (TCK m.24/4)⁹². PVSK m.2/2'de "Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyebilir ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz." şeklinde genel düzenleme yer alırken; PVSK m.2/3'te "Aşağıda yazılı hallerde" şeklinde I-XIII arasında sayılan durumlarda⁹³ polisin sözlü emirleri yerine getirmeye zorunlu olduğu belirtilirken⁹⁴, PVSK m.2/son "Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğa-

⁹² Kanunsuz emir başlıklı Anayasa m.137'e göre; " (1)Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyebilir ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. (2) Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. (3)Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

⁹³ PVSK m.2/2'ye göre şu hallerde yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir: I-Can, ırz veya mal emniyetini korumak için, II-Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için, III- Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için, IV - Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için, V-Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskûn veya gayrimeskûn yerlere vakı olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için, VI-Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için, VII-İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için, VIII-Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için, IX-Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için, X-Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için, XI-Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için, XII-Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için, XIII-Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için.

⁹⁴ Hafizoğulları, PVSK'nın hangi hallerde sözlü emrin yazılı emir istenmeden yerine getirileceğini saymak suretiyle, sözlü emirde kanunilik esasını kabul ettiğini, böylece bir yandan emrin yerine getirilmesi teminat altına alınırken diğer yandan hem memurun hem de üzerinde emrin icra edileceği kişiyi teminat altına aldığını belirtmektedir. Hafizoğulları Zeki, "İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi", AÜHFĐ, C.44, S.1-4 ,Yıl.1995, 573.

bilecek sorumluluk emri verene aittir.” hükmüyle de mutlak itaat belirtilmiştir. Ancak bu halde dahi, konusu suç teşkil eden emir kesinlikle yerine getirilmez⁹⁵. Dolayısıyla kanuna aykırı olarak toplanan kişilerin dağıtılması amacıyla kuvvetin amirince verilecek toplulukta bulunanların doğrudan hedef alınarak ateş edilmesi şeklindeki emri yerine getiren polis, emri veren kuvvet amiriyle birlikte sorumlu olur.

3. Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanmasının Koşulları

Silah kullanma yetkisi, sadece yukarıda belirtilen hallerde başka bir deyişle meşru bir amacın varlığı halinde söz konusu olup, bu hallerde silah kullanılmasının hukuka uygunluğu; en son çare olarak silah kullanılması, öncelikle diğer yöntemlere başvurmak suretiyle amaca ulaşmanın tercih edilmesi, mutlak zorunluluğun olması ve orantılı olarak silah kullanılması gibi belli koşulların varlığına bağlıdır. Silah kullanma zorunlu olmalı ve alınan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında “tam bir orantı” bulunmalıdır. Nitekim BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipleri m.5’de, kolluk görevlilerinin silah kullanmaları kaçınılmaz hale geldiği zaman, suçun ciddiliğiyle ve gerçekleştirilmek istenen meşru amaçla orantılı bir ölçüde zor kullanılması ilke olarak kabul edilmiştir. Bu durumda meydana gelecek zararın ve hasarın en aza indirileceği ve insan yaşamına saygı duyulup korunacağı da vurgulanmaktadır.

Zor kullanımının, bu bağlamda silah kullanılmasının mutlak olarak gerekli ve kesin olarak fiille orantılı olup olmadığı belirlenirken, hedeflenen amacın niteliği, somut durumun insan hayatı ve beden bütünlüğü için oluşturduğu tehlike ve zor kullanımından doğan ölüm riskinin derecesi göz önünde tutulur; diğer bir deyişle başvuru önlemin somut durumun gerektirdiği yoğunluğu aşmamasına dikkat edilir⁹⁶. AİHM de ölümcül güç kullanılan durumları bir başka deyişle silah kullanılması sonucu ölüm olaylarını Sözleşmenin 2. maddesinin 2.fikrasında belirtilen amaçların gerçekleştirilmesiyle orantılı olarak uygulanıp uygulanmadığını, silah kullanılmasında kesin zorunluluk olup olmadığını büyük bir özenle incelemektedir. Bu incelemede sadece güç kullanan devlet yetkililerinin eylemlerini değil, aynı zamanda olayın meydana geliş şartlarını ve özellikle söz konusu eylemlerin nasıl hazırlandığı ve icra edildiğini de göz önünde bulundurmaktadır⁹⁷.

⁹⁵ Demirbaş, 265-266.

⁹⁶ Steward/İngiltere, 10.7.1984, no.10044/82, bkz. Gölcüklü-Gözübüyük, 190; ayrıca bu karar için bkz. Gemalmaz, 84-87, Tezcan-Erdem-Sancakdar, 174.

⁹⁷ Bkz. AİHM, Halis Akın/Türkiye, 13 Ocak 2009, Başvuru no: 30304/02; McCann ve diğerleri//Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995, para. 148-150.

a. Orantılılık

Silah kullanılması, önlenmek istenen tehlikenin ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Silah kullanılmasını gerektiren durumlarda dahi kişiye en az zarar verecek şekilde kişi hak ve özgürlüklerine ve özellikle yaşam hakkının korunmasına özen gösterilmelidir. Silah kullanma ile güdülen amaç sağlandığında silah kullanmaya son verilmelidir⁹⁸. Silah kullanma yetkisinin kullanılmasında “ölçülü” olunması ve mukavemet ve tehdidin gerektirdiği ölçüde silah kullanılması gerektiği için, ayağa ya da ele ateş açılarak hafif bir yaralamayla etkisiz bırakılabilecek fail ya da şüphelinin yaşamsal organlarına ateş edilmemelidir⁹⁹. Bu anlamda da “kademelik” demokratik hukuk devletinin bir gereğidir. Kesine yakın bir ihtimalle ölüme neden olunması sonucunu doğuracak biçimde silah kullanılabilmesi için, o sırada mevcut bir yaşamsal tehlikenin veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlikenin ortadan kaldırılmasının tek aracı olması şarttır¹⁰⁰.

Silah kullanma fiil ile orantılı olmalıdır¹⁰¹. Bu bakımdan taksirle mala zarar veren ve alkollü araç kullanan bir kişinin yakalanmamak için kaçmaya çalışarak edilgen bir direniş göstermesine rağmen, kolluk görevlisinin tek amacı takipten kurtulmak ve yakalanmamak olan kişiye hedef alacak şekilde silah kullanması ve kişiyi öldürmesi halinde orantıdan söz edilemez¹⁰².

⁹⁸ Tezcan-Erdem-Sancakdar, 176-177.

⁹⁹ Nitekim Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi'nin 17. maddesinde, PVSK'nın 16.maddesi gereğince silah kullanmak yetkisinin kabul edildiği hallerde, silah kullanılmasının silah kullanmaktan başka bir çare bulunmadığı hallerde münhasır olduğu, bu takdirde mümkün olduğu kadar suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi ve kalabalık yerlerde silah kullanmaktan imkan nispetinde sakınılmasının gerektiği öngörülmüştür. Bu yönetmelik 25.04.1938 tarihli 3890 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁰ Bkz. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 1996/68 E, 1999/71 K., 6.1.1999 tarihli kararı için 19.01.2001 tarihli 24292 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰¹ Tezcan-Erdem-Sancakdar,176.

¹⁰² Nitekim taksirle mala zarar veren ve alkollü araç kullanan bir kişinin kolluk görevlilerince takip edilerek silahla öldürülmesine ilişkin olayda yerel mahkemenin, kolluk görevlisinin taksirle insan öldürme suçundan- TCK'nın 87/4, 27/1 maddeleri yollamasıyla 85/1 27/1,62,53 maddeleri gereğince 1 yıl 1 ay 10 ün hapis cezasıyla - cezalandırılması yönündeki kararını onayan Y.1.CD'nin 21.03.2008 tarih 1000/2218 sayılı kararındaki karşı düşünce yazısında orantılılık hususu isabetli olarak ortaya konulmaktadır. Karşı düşünce yazısında belirtildiği üzere; olayda alkollü araç kullanma şeklinde Karayolları Trafik Kanunu kapsamında kabahat türünde bir eylem ve taksirle mala zarar vermek şeklinde oluşan, özel hukuku ilgilendiren haksız bir eylem söz konusu olup, kamu düzeninin ağır bir şekilde bozulduğundan söz edilemez. Öldürülenin kaçmak şeklinde edilgen bir davranışı var olup, her hangi bir saldırı da olmadığından, sanığın yasal savunma içinde olduğu söylenemez. Olayda silah kullanmadan başka şekilde yakalama koşulları da gerçekleşmiştir. Bu nedenle “sanığın ölüm sonucunu doğuran eyleminin yasal zeminde ve kuvvet kullanma gerekleriyle orantılı olmadığı, yaşama hakkını keyfi

Yine, adam öldüren bir kişinin kaçmasını önlemek için ateşli silah kullanımının orantılı olduğu durumlar söz konusu olabilir, ancak duvarlara yazı yazarken yakalanan bir gencin kaçmasını önlemek için silah kullanmak hiçbir zaman orantılı olamaz¹⁰³.

Silah kullanılması sonucu ölüm olaylarını orantılılık bakımından inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Şubat 2008 tarihli Mansuroğlu-Türkiye Kararında, planlı operasyonlarda ölümcül güç kullanmak yerine, ölümcül güce başvurmayı asgari düzeye indirecek şekilde hareket edilmesinin gerekliliğine, bir kişiyi yakalamak amacıyla kullanılan gücün yakalama amacıyla orantılı olmasına dikkat çekmektedir. Operasyonun planlama ve kontrol safhasını AİHS'nin 2. maddesinden hareketle değerlendirirken Mahkeme, hem olayın meydana geldiği koşulları, hem de olayın gelişme şeklini özenle incelemektedir. Bu olayda başvuranlar 15 Ağustos 1996 tarihinde, Mazlum Mansuroğlu'nun - Tunceli/Çerme operasyonundan sorumlu polis memurlarının ellerinden kaçan PKK örgütü mensubu üçüncü PKK'lı yerine - güvenlik güçlerince kaçırıldığını ve öldürüldüğünü bir başka deyişle yargısız infaza maruz kaldığını ileri sürmekte iken, hükümet ise terörle mücadeleye karşı yürütülen 37 kişiden oluşan özel polis hareket ekibince yürütülen bir operasyon sırasında güvenlik güçlerinin meşru müdafaa yapmak durumunda kaldıkları çatışma sırasında polis tarafından kullanılan güç sonucu öldüğünü iddia etmektedir. Mahkeme, terör eylemlerinin Türkiye'nin güneydoğusunda çok şiddetli olduğu bir dönemde, AİHS'nin 2/2 maddesi ile uyuşan nedenlere dayanarak, PKK militanı olduğu belirtilen üç kişiye karşı, ihtilaflı operasyona başvurmanın "*uygun ve geçerli bir kanı*"dan kaynaklanmış olabileceğini kabul etmekle birlikte, operasyonun amacı üç şüphelinin yakalanması idiyse, mevcut hiçbir delilin yetkili polis memurlarının olaylardan önceki aşamada, ölümcül veya ölümcül olmayan yöntemler arasında bir ayırım yaptıklarını veya barışçı yollarla şüphelilerin teslim olmasını amaçladıklarını göstermediğini dikkate alarak, ihtilaflı operasyonun ölümcül güce başvurmayı asgari düzeye indirecek şekilde yürütülmediği kanaatine varmıştır. Olayda hükümetin ihtilaflı ölümün silahlı çatışma sırasında olduğu iddiasına rağmen, polis memurlarının "sıcak temasta" bulduklarını öne sürmediğini dikkate alan AİHM, görünüşte hiçbir polis memuru vücut bütünlüğüne zarar verecek muamelelere maruz kalmadığı için meydana gelen çatışmanın iddia edildiği kadar şiddetli olmadığını da belirtmektedir. Mahkeme, yetkililerin ellerinde Mazlum'un cesedinden çıkarılan ve balistik incelemelere uygun mermilerden biri varken, bu hususun tespitinin ölümcül atışların kaynağı olan silahların tespitinde önemli bir delil iken, polislerin silahlarının incelenmemesinde ciddi bir ihmalkârlığın bulunduğunu, atış

bir biçimde saldırı oluşturduğu, dolayısıyla ortada 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinde tanımlanan hukuka uygunluk, 25 ile 27. maddelerinde açıklanan yasal savunma nedenleri bulunmadığı açıktır."; Y.1.CD'nin 21.03.2008 tarih 1000/2218 sayılı kararı için bkz. Eryılmaz-Bozlak, 259-263.

¹⁰³ Thompson-Giffard, 33.

mesafelerinin hiçbir zaman tatmin edici bir şekilde belirtilmediğini tespit etmiştir. AİHM, maktulün giysileri üzerinden balistik inceleme yapılması gerekirken, atış mesafelerini anlamak için cesede iki kere Tunceli’de, üçüncü kez de Malatya’da otopsi yapılmasının gerekli olmasını şaşkınlıkla karşılamaktadır. Sonuç olarak Mahkemeye göre; ne söz konusu polis memurlarının, nasıl bu kadar ciddi yaralanmalara neden olacak şekilde mermi ve patlayıcılarla mutlak vurucu güç kullanma zorunluluğu içinde olduklarını, ne de silahlı çatışma sırasında öldürücü tüm mermilerin Mazlum Mansuroğlu’nun sırtına isabet etmesini anlamak mümkündür. Bu olayda Mazlum Mansuroğlu’na karşı kullanılan ölümcül gücün “mutlaka gerekli” olandan fazla olduğu ve AİHS’nin 2. maddesi ile öngörülen amaçlardan biri veya tümüyle “kesinlikle orantılı” olmadığı tespit edilerek bu olayda devletin sorumluluğu bulunduğu kabulüyle, isabetli olarak AİHS’nin 2. maddesinin esas bakımından ihlal edildiğine karar verilmiştir¹⁰⁴.

Silah kullanmada orantılılık, PVSK m. 16/8’de “kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde”, PVSK m.16/2’de “direnenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde”, TMK ek m.2’de ise kolluk görevlilerinin doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silahla ateş etmesi “tehlikeyi etkisiz kılabilecek ölçü ve orantıda” ifadeleriyle belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi orantılılık hususunu 4178 sayılı Kanun ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’na eklenmek istenen madde bakımından değerlendirmiştir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası’na eklenen Ek 2. madde hükmü “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler” şeklinde düzenlenmişti. Maddede “teslim ol emrine itaat edilmemesi” ve “silah kullanmaya teşebbüs edilmesi” durumunda, kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri belirtilmeden, kolluk kuvvetlerine son çare olarak başvurulması gereken ateşli silah kullanma yetkisi verilmişti. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Kuralda faillerin sadece “silah” kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı “ateşli silah” kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir. Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı “ateşli silâh” kullanılması yaşa-

¹⁰⁴ AİHM, Mansuroğlu/Türkiye, 26 Şubat 2008, Başvuru no: 43443/98.

ma hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.” demek suretiyle bu kuralın, Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğunu tespit ederek, iptaline karar vermiştir¹⁰⁵. Anayasa Mahkemesi bu kararında kademelilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerinin önemini vurgulamıştır.

5532 sayılı Kanununun 16.maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Ek Madde 2'de yapılan düzenleme “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.*”şeklindedir¹⁰⁶. Bu hükümle terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyon kapsamında, kolluk görevlilerine “*teslim ol*” emrine itaat edilmemesi halinde silah kullanma yetkisi verilmektedir. Oysa eski düzenlemede “*teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs*” edilmesi halinde silah kullanma yetkisinin söz edilmekteydi. Mevcut düzenlemeye göre ise kolluk görevlilerinin, silah kullanmaya teşebbüs etmesi dahi, teslim ol emrine itaat etmeyen terör şüphelisi, sanığı veya hükümlüsünü hedef alarak doğrudan ve duraksamadan ateş etmesi mümkündür. Hatta söz konusu kişilerin silahlı olmaları bile aranmamıştır. Her ne kadar “*tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda*” silahla ateş edilmekten söz edilmekteyse de, kişinin henüz bir şüpheli/sanık olduğunu yargılayarak cezasını çekmesini, hükümlüyse cezasının infazını, yakalamak suretiyle sağlayabileceğimizi dikkate aldığımızda, sadece teslim ol emrine uymamak her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmayı zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kişinin teslim ol emrine uymadan kaçtığını varsaysak bile, bu durum da doğrudan ve duraksamadan ateş etmek suretiyle öldürmeyi meşru kılmaz. Bu olasılıkta sadece bu kişilerin yakalanmasını sağlayacak ölçü ve orantıda silah kullanılması söz konusu olabilir¹⁰⁷. Terör örgütü mensuplarının silah kullanmaya teşebbüs etmesi dolayısıyla kolluk görevlilerince silah kullanılması ihtimalinde ise, sorunu meşru savunma hükümleri

¹⁰⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 1996/68 E, 1999/71 K., 6.1.1999 tarihli kararı için 19.01.2001 tarihli 24292 sayılı Resmi Gazete. Anayasa Mahkemesince kanunun yürürlüğe girişinden (04.09.1996) 3 yıl sonra iptal kararı verilmiş (06.01.1999) , 2 yıl sonra gerekçeli karar Resmi Gazete'de (19.01.2001) yayınlanmıştır. İptal hükmünün de Resmi Gazete'de yayınlandıktan 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmesi karşısında, söz konusu kanun 6 yıl sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durum hakkındaki eleştiri için bkz. Keskin, 5.

¹⁰⁶ 29/08/1996 ve 4178 sayılı Kanunla m.3 ile Teröre Mücadele Kanununa eklenen ek.2 madde Anayasa Mahkemesininin 06/01/1999 tarih ve E. 1999/68, K. 1999/1 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup 29/06/2006 tarihli 5532 sayılı Kanununun 16.maddesiyle yeniden düzenlenmiştir. Öğretide Şafak bu düzenlemede her şeyin en ince ayrıntısına kadar belirlenmesi olanağının bulunmadığını belirterek, düzenlemeyi yerinde bulmaktadır., bkz. Şafak Ali, “Polisin Kuvvete Başvurma Yetkisi, Zora Başvurma Türleri ve Sınırı Aşma Sorunu”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği-II, 23-28 Ekim 2007, Antalya, Ankara 2008, 223-224.

¹⁰⁷ Aynı doğrultuda bkz. Özgenç, Terörle Mücadele Kanunu, 111-112.

çerçevesinde değerlendirmek ve dolayısıyla savunma amacıyla gerçekleştirilen fiilin saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde ve orantıda olması gerekmektedir¹⁰⁸. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında da vurgulandığı gibi terör örgütü mensuplarının can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilecek iken, doğrudan ve duraksamadan hedef alınarak ateş edilmesi, en az Anayasa Mahkemesinin iptaline konu olan düzenleme kadar AY m.17'ye ve insan haklarına aykırılık teşkil etmektedir¹⁰⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 13 Ocak 2009 tarihli Halis Akın/Türkiye kararında mülga 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine dair Kanun'daki düzenlemeyi orantılılık bakımından değerlendirmiştir. AİHM'e göre; Kaçakçılığın Men ve Takibine dair Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrası, sözlü dur emrine veya havaya açılan ihtar ateşine uymayan ilgili şahsa doğrudan nişan alınarak ateş edilmesine izin veriyordu; dolayısıyla, bu kanunda orantılı silah kullanımı öngörülmemiştir. Söz konusu kanun, 19 Temmuz 2003 tarih ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4926 sayılı Kanunun emniyet güçlerinin ateşli silah kullanımını düzenleyen 18. maddesinde « görevli memurlar, ancak dur emri ve havaya açılan ihtar ateşine uymayan ilgili şahsı durmaya zorlayacak şekilde silah kullanabilir » şeklinde düzenlemeye yer verilmişti. 4926 sayılı Kanun da 31 Mart 2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile 2007 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Halen yürürlükte olan 5607 sayılı kanunun silah kullanma yetkisini düzenleyen 22. maddesinde, sınır bölgelerinde, önce sözlü dur emrine, sonrada havaya açılan ihtar ateşine uyulmaması halinde ve ateşli silahla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde yetkili memurlar "saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir" hükmüne yer verilmiştir. Kanımca mevcut düzenlemede, silah kullanma yetkisinin, sözlü ve havaya ateş ederek uyarıda bulunulması ile ateşli silah kullanmaya teşebbüs edilmesi, meşru müdafaa gibi sıkı koşullara bağlanmasının yanında, doğrudan hedefe ateş etmenin saldırıyı etkisiz kılacak oranda olmasının öngörülmesi suretiyle orantılılık koşulu da gözetilmiştir. AİHM de 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndaki bu düzenlemede silahla karşılık vermeye yeltenme ve meşru müdafaa durumunda dahi, sadece orantılı ateş etme yetkisi verilmesini dikkate alarak, gerçekten yasal bir iyileştirme yapıldığı kanaatinde¹¹⁰.

¹⁰⁸ Özgenç, Terörle Mücadele Kanunu, 112, ayrıca maddenin eleştirisi için bkz. Özgenç, Terörle Mücadele Kanunu, 105-112.

¹⁰⁹ Özgenç, AY m.17/4'deki düzenlemenin sadece soyut silah kullanmaya ilişkin olmayıp, kaçan tutuklu ve hükümlünün silah kullanmak suretiyle öldürülmesini de kapsadığını dikkate alarak, kolluk görevlilerinin silah kullanma yetkisi ile ilgili mevzuatımız hükümlerinin ve özellikle TMK'daki düzenlemenin ve Anayasa'daki düzenlemenin, insan haklarıyla bağdaşmaması sorunu olarak algılanması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir., bkz. Özgenç, Terörle Mücadele Kanunu, 108-109.

¹¹⁰ AİHM, Halis Akın/Türkiye, 13 Ocak 2009, Başvuru no: 30304/02

b. Kademelik ve Zorunluluk

Kolluk görevlileri, silah kullanma yetkisini keyfi olarak kullanamaz. Bu yetki de diğer zor kullanma yöntemleri olan bedeni güç, maddi güç gibi sadece kolluğun görevini yapmasını sağlama amacıyla en son çare olarak kullanılmalıdır. Kolluğun kendisine verilen görevleri yerine getirmesinde diğer zor kullanma yöntemlerinin yetersiz kalması ve son çare olarak silah kullanılmasının zorunlu olduğunun açıkça anlaşılması durumunda, kademeli olarak silah kullanılabilir. Anayasa Mahkemesi, 26.11.1986 tarih ve 1985/8 Esas numaralı kararında, "*kamu düzenini sağlamakla yükümlü polisin olayı başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son çare olarak zora başvurusu Anayasa madde 17'ye aykırı değildir*" diyerek kademelik ve zorunluluk ölçütlerini kabul etmiştir¹¹¹. Kolluğun silah kullanmasında kademelik ve zorunluluk ölçütleri dikkate alınmalı, yaşama yönelik bir saldırı olmadıkça öldürücü şekilde silah kullanılmamalıdır.

BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler m.9'da da kolluğun meşru müdafaa halleri ile yaşama karşı ağır bir tehdit içeren ağır nitelikteki özel suçların işlenmesini önlemek, bu tür bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek için "*daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça başkalarına karşı silah kullanamayacağı*" öngörülmüştür. Böylece istenilen amaca ulaşmak için öncelikle hafif yöntemlerin uygulanması bir başka deyişle kademelik ve silahın en son çare olarak kullanılması bir başka deyişle zorunluluk bir ilke olarak kabul edilmiştir.

aa) Kademelik

Meşru bir amaca ulaşmak için güç kullanımının söz konusu olduğu durumlarda bile güç kullanımının hukuka uygun olması için, mevcut koşullarda katı bir biçimde gerekli olması gerekir. Başka bir deyişle aynı amaç için daha az zararlı bir yöntemin yeterli olması mümkünse¹¹², meşru amaç için de olsa güç kullanımı hukuka uygun değildir. Güç kullanımı ya da ateşli silahlara başvurulmadan önce mümkün olduğunca şiddet içermeyen yöntemler uygulanmalıdır. Ateşli silahlar, sadece diğer araçlar etkisiz kalıyorsa ya da istenen meşru amacın gerçekleştirilmesi mümkün değilse kullanılmalıdır¹¹³. Bu bakımdan silah kullanmaya yetkili olduğu hallerde kolluk, elde edilmek istenen amaca ulaşmak için öncelikle başka araçları ve zor türünü tercih etmeli ancak başka çare kalmadığında silah kullanılmalıdır¹¹⁴. Kural

¹¹¹ Tezcan-Erdem-Sancakdar, 178.

¹¹² Hafizoğulları'na göre, insan hayatı kutsal olduğu için, kolluk görevlilerinin silah kullanması "extrame ratio" oluşturmakta olup, amaca elverişli eldeki araçlardan her zaman en az zararlı olanı tercih edilmelidir, Hafizoğulları, 575, dn.26.

¹¹³ Thompson- Giffard, 33.

¹¹⁴ Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin Silah Kullanmanın Kapsamı ve Uyulması Gereken Esasların düzenlendiği 40. maddesinde silah

olarak polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir (PVSK m.16/5)¹¹⁵. Kişinin yaşam hakkından yoksun bırakılabileceği halleri AİHS m.2/2'de öngörülen koşullar bakımından değerlendiren AİHM'de kolluk görevlilerinin kendi yaşamlarına ve üçüncü kişilerin yaşamlarına yönelik her türlü riski bertaraf etmek için, iyi niyetle, makul olarak gerekli gördükleri her türlü önlemi almaya yetkili olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda AİHM'nin görevinin, duruma ilişkin kendi değerlendirmesini kolluk kuvvetlerinin değerlendirmesinin yerine koymaktan ve böylece ateşli silahları kullanmadan önce göz yaşartıcı bombalar, plastik mermiler veya uyuşturucu el bombaları gibi etkisiz hale getirici metotların kullanılmasını zorunlu kılmak olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte ölüme sebebiyet verici metotlara başvurmamanın yavaş yavaş sınırlandırılması amaçlanıyorsa, bu türden metotların yaygınlaştırılmasının gerekliliğini de vurgulamaktadır. Mahkeme bir davanın koşulları göz önünde bulundurulmadan böyle bir ilke zorunluluğu ortaya koymamanın, özellikle insan doğasının öngörülemez karakteri göz önünde bulundurulduğunda, Devlete ve Devletin kanunları uygulamaktan sorumlu görevlilerine kendilerinin ve başkalarının yaşamlarını riske sokacak gerçek dışı bir görev dayatmasından öteye gitmeyeceği görüşündedir¹¹⁶.

Yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği saptanırken sadece araç-amaç orantısını -başkasının hayatını korumak için zor kullanmanın mutlak suret-

kullanmak deyiminden, mutlaka ateş etmenin anlaşılacağı ve ateş etmenin silah kullanmada en son çare olduğu belirtilmektedir. 40. maddede "Silah kullanmada, olayın ve durumun özellikleri göz önünde bulundurularak; savunmaya ilişkin aletlerle, önleyici ve etkisiz duruma getirici aletleri kullanılmasına öncelik verilir. Daha sonra, kesici ve dürtücü silahlarla, ateşli silahların hedefe yöneltimesi safhasına geçilir. Etkili olunmadığında, dipçik ve kabzalar kullanılır. Buna rağmen amaç sağlanamamışsa, kesici ve dürtücü silahlarla, ateşli silahlar kullanılır. Ateşli silahların kullanılmasında sırasıyla; önce havaya ihtar atışı yapılır, sonra ayağa doğru ateş edilir. Buna rağmen silah kullanmaya yol açan olay ve durum bastırılmamışsa hedef gözetilmeden ateş edilir. Bu sıranın her olayda aynen izlenmesi zorunlu değildir. Olayın özelliğine göre, sıra atlanabileceği gibi, şartları varsa doğrudan doğruya hedefe de ateş edilebilir. Bu gibi durumlarda, neden bu şekilde hareket edildiği olay tutanağında açıkça ve özellikle belirtilir." hükmü yer almaktadır.

¹¹⁵ Öğretide, özellikle organize hareket edilmesi gereken bir durumda her polise kendi başına değerlendirme yapma hakkı verildiği takdirde, engellenmek ve kırılmak istenen direnişle orantılı bir girişimde bulunma imkanı ortadan kalkacağı için, toplu kuvvet olarak müdahalenin gerektiği durumlarda zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçlerin tayin ve tespiti bakımından kuvvet amirine yetki verildiği belirtilmektedir. Özbek ve diğerleri, 278-279.

¹¹⁶ Bkz. AİHM, Perk ve diğerleri/Türkiye, 28 Mart 2006, Başvuru no: 50739/99; AİHM, Sultan Karabulut/Türkiye, 19 Eylül 2006, Başvuru no: 45784/99.

te gerekliliğini- araştırmak yetersizdir; aynı zamanda gerçekleştirilecek operasyonun zora ve silah kullanılmasına başvurma gereğini imkan ölçüsünde asgariye indirecek surette hazırlanıp hazırlanmadığını da araştırmak gerekir.

Devlet, her bir operasyonun uygulanmasında insan yaşamına yönelik riskleri en aza indirgeme yönünde daimi bir yükümlülük taşır. Bu yükümlülüğün çoğu, ateşli silah kullanılmasına dair yasal düzenlemelerin açık ve ayrıntılı olması, silah kullanımı sonucunda meydana gelen ölümlerin soruşturulması gibi genel önlemlerinin etkin bir şekilde uygulanmasıyla yerine getirilir. Bir operasyonun kısa ve uzun süreli planlanmasındaki veya komuta ve denetimindeki kusurlar nedeniyle ölümler söz konusu olabilir. Bu tür durumlarda öldürücü olabilecek güç kullanımı, kolluk operasyonu planının uygulanmasındaki kusurlardan kaynaklanabilir; bu ise operasyonun özellikle ölümle sonuçlanması halinde, yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi anlamındadır¹¹⁷. AİHM de, yakalama operasyonunun idaresinde ve düzenlenmesinde gerekli dikkatin gösterilmesinin gerekliliğine dikkat çekmektedir. AİHM'ye göre, kolluk görevlilerince operasyon planlanırken, öldürücü yöntemler ve öldürücü olmayan yöntemler arasında bir ayırım yapılarak öldürücü olmayan yöntemlere başvurulacağı, şüphelileri canlı olarak yakalamanın yolları ve teslim olma konusunda nasıl anlaşma yapılacağı gibi hususlar belirlenmelidir. Aksi durumda teslim olmaya gönüllü olabilecek kişilerin yaşamları tehlikeye atılmış olur ki bu durumda da müdahalenin orantılı olduğundan söz edilemez¹¹⁸. AİHM, suikast hazırladıklarından şüphelenilen üç IRA teröristinin güvenlik güçlerince öldürülmesinin söz konusu olduğu McCann/İngiltere davasında operasyonun zora başvurma gereğini imkan ölçüsünde asgariye indirecek surette hazırlanıp hazırlanmadığı hususunu incelemiştir. Mahkeme, olayda terörist olarak tanınan kişileri zararsız hale getirmekle görevli asker kişilerin, kendilerine verilmiş bulunan bilgiler ışığında, teröristlerin uzaktan kumandalı bombayı patlatarak çok sayıda insanın ölümüne neden olmalarını önlemek için bu kişilere ateş açmanın mutlak surette gerekliliğine inanarak, üstlerinden aldıkları emirlere uyarak, başkalarının hayatını korumak için bunun mutlak zorunluluk teşkil ettiği inancıyla görevlerini yerine getirdiği düşüncesindedir. Ancak Mahkeme, somut olayda görevlilerin olay anında karşı karşıya kaldıkları ikilemin göz önünde tutularak, kolluk görevlilerinin sadece o andaki fillerini değerlendirmek suretiyle madde hükmünün ihlali konusunda bir sonuca varmanın yeterli olmadığını, aynı zamanda bütünü içinde antiterörist operasyonun 2.madde gereklerine uygun şekilde hazırlanıp hazırlanmadığının da incelenmesinin önemini vurgulamaktadır. Bu husus askerlere verilip uygulandıklarında ölümle neticelenebilecek kuvvet kullanımını kaçınılmaz kılan talimat ve bilgilerin, olayda yer alan üç teröristin yaşam hakkını gereğince göz önünde tutup tutmadığı sorununu ortaya çıkar-

¹¹⁷ Thompson- Giffard, 51.

¹¹⁸ Bkz. AİHM, Erdoğan ve diğerleri, 25 Nisan 2006, Başvuru no: 19807/92.

maktadır. Bu olayda Divan, başkalarının hayatını korumak amacıyla üç teröristin öldürülmesinin mutlak gereklilikle kuvvete başvurma teşkil etmediği böylece 2. madde hükmünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹¹⁹. 25 Nisan 2006 tarihli Erdoğan ve diğerleri kararında da AİHM, operasyonların planlanması ve yürütülmesinde, ulusal yetkililerin başvuruların yakınlarının yaşam hakkını koruyamadığına ve gereğinden fazla güç kullanıldığına karar vermiştir¹²⁰.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de kolluk kuvvetlerince silah kullanımı sonucu ölüm olaylarını Kişisel ve Medeni Haklar Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı bakımından değerlendirmektedir. Bu husustaki incelemeyi maddede öngörülen amaçlara ulaşmak bakımından müdahalenin gerekliliğini kademelik ölçütünü de dikkate alarak yapmaktadır. Örneğin, 31 Mart 1982 tarihli Suarez de Guerrero-Kolombiya kararında, Komite, mağdurların da aralarında bulunduğu yedi kişinin, polisin kasıtlı tasarrufu ile yaşamlarını yitirmesine ilişkin olayda, mağdurların birkaç gün önce gerçekleştirdiği ıleri sürülen adam kaçırma olayının sadece şüphelisi olmaktan başka bir durumlarının olmadığı ve polis tarafından öldürülmelelerinin Sözleşmenin 6. maddesine ilişkin tüm korumalardan yoksun bırakılma sonucunu doğurduğunu tespit etmiştir. Bu olayda polis eylemini, mağdurları uyarmaksızın ve polise teslim olma niyetlerini ya da orada bulunuş nedenlerini polise açıklama fırsatını tanımaksızın gerçekleştirmiş olup, polisin bu tasarrufunun kendisini veya başkasını savunmak ya da bir tutuklamayı gerçekleştirmek ya da ilgillerin kaçmasını önlemek için gerekli olduğuna ilişkin bir delilin olmadığı da tespit edilmiştir. Komite bu olayda, Guerrero'nun Sözleşme m. 6/1'de düzenlenen hakka aykırı biçimde yaşamından keyfi olarak yoksun bırakıldığına ve ölümüne polisin hukukun uygulanması gerekleri ile orantısız tasarrufunun neden olduğuna karar vermiştir¹²¹.

bb) Silah Kullanılacağına İlişkin Uyarı Yapılması

Kolluk görevlilerinin silah kullanmaya yetkili oldukları hallerde, silah kullanılacağına ilişkin uyarı yapması kademeliliğin bir sonucudur. Kolluk görevlileri kendilerini gereği gibi tanıtarak silah kullanma niyetleri konusunda açık bir uyarıda bulunurlar ve uyarıya uyulabilmesi için yeterli zaman verirler. Eğer uyarıda bulunmak kolluk görevlilerini gereksiz yere tehlikeye sokacak ise veya başkaları için ölüm veya ciddi bir biçimde yaralanma riski yaratacak ise veya olayın şartları içinde açıkça gereksiz veya anlamsız ise, uyarı yapılmaz. (BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler m.10).

¹¹⁹ Gölcüklü-Gözübüyük, 190-191.

¹²⁰ Bkz.AİHM, Erdoğan ve diğerleri, 25 Nisan 2006, Başvuru no: 19807/92; Bir operasyonun planlanmasında söz konusu olabilecek kusurlar için bkz. Thompson-Giffard, 52.

¹²¹ Gemalmaz, 73 ayrıca bkz. 258-261.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 16/4'e göre; zor kullanılmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılması kuraldır. Ancak direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir. Direnmenin mahiyeti ve derecesini, dolayısıyla ihtar yapılmanın gerekli olup olmadığını kolluk takdir eder. PVSK 16/4'deki düzenleme karşısında, kolluk, zor kullanma kapsamında da silah kullanılabileceğinden, bu durumda direnmenin mahiyeti ve derecesine göre ihtar yapmadan da silah kullanabileceklerdir. Nitekim silah kullanmadan önce uyarı sadece PVSK'nın 16. maddesinin 7.fıkrasının c bendine münhasır olarak düzenlenmiştir. Yaşama yönelik bir saldırı karşısında meşru savunma halinde uyarı yapılması gereksiz veya anlamsız olacaktır. Ancak PVSK m.16/7-b'de öngörülen "*bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında*" da silah kullanılabileceğine göre, PVSK m.16/4'deki düzenleme karşısında, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önüne alınarak direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde uyarı yapılmadan da silah kullanılması olasılığı dikkate alındığında, kişi özgürlüğü ve güvenliği ve yaşam hakkı bakımından etkin bir korumanın varlığından söz edilemez. Bu nedenle kural olarak silah kullanılacağına ilişkin açıkça uyarıda bulunulacağı, sadece uyarıda bulunmanın kolluk görevlileri veya başkaları için ölüm veya ciddi bir biçimde yaralanma riski yaratması veya olayın şartları içinde kaçan kişinin rast gele ateş etmesi örneğinde olduğu gibi uyarı yapmanın açıkça gereksiz /anlamsız olması halinde uyarı yapılmayacağı ve uyarıya uyulabilmesi için yeterli zaman verilmesi gerektiği hüküm altına alınmalıdır. Nitekim AİHM de uyarıdan önce kolluk görevlilerinin kendilerini tanıtmalarının, ateşli silah kullanılacağına dair açık bir uyarıda bulunulmasının ve bu uyarılara uyulması için yeterli zaman tanınmasının önemini vurgulamaktadır¹²².

Polis, hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir (PVSK m.16/8). AİHM, uyarı atışıyla kastedilenin şüphelinin yaralanmaması için, silah ile hemen hemen dikey olarak havaya yapılan atışlar olduğunu belirtmiştir¹²³. Silah kullanılacağına ilişkin sözlü uyarıdan sonra uyarı amacıyla ateş ederken, olay yerinin karanlık ve sisli olması, engebeli arazi, görüş mesafesi gibi olay anındaki şartlar hem sözlü uyarıyı hem de silahla uyarının tekrarlanmasıyla özellikle gerektirir¹²⁴. Ancak burada önemle vurgulanması gereken bir başka husus da, gerek sözlü gerekse havaya yapılan uyarı atışının uyarıda bulunulan kişi tarafından duyulduğunun ve kavrandığının kolluk tarafından anlaşıldıktan ve uyarıya uyulabilmesi için

¹²² Bkz. AİHM, Erdoğan ve diğerleri, 25 Nisan 2006, Başvuru no: 19807/92.

¹²³ Bkz. AİHM, Oğur/Türkiye, 20 Mayıs 1999, Başvuru no: 21594/93, para.82.

¹²⁴ AİHM, Oğur/Türkiye, 20 Mayıs 1999, Başvuru no: 21594/93, para.82-83.

gerekli zaman verildikten sonra silah kullanılabilmesidir. Duymasına veya uyarının anlamını kavramasına rağmen kişinin kaçması gibi uyarıyı dikkate almadığını gösterir şekilde hareketi halinde, başka türlü yakalama olanağı söz konusu değilse, öldürücü olmayacak şekilde bu kişilerin yakalanmasını sağlayacak ölçü ve orantıda silah kullanılması söz konusu olabilir. Bu bağlamda sağır-dilsiz birine sözlü veya silahlı uyarıda bulunmanın sonrasında veya akıl hastasının uyarıyı kavrayamaması karşısında doğrudan silah kullanma yetkisinin doğduğundan söz edilemez. Kuşkusuz kolluk görevlisi uyarıda bulunduğu kişinin uyarıyı algılayabilecek durumda olup olmadığını önceden bilemez. Ancak uyarıdan sonra, olayın şartlarını dikkate alarak uyarılan kişinin uyarıyı algılamasına rağmen bu uyarıyı dikkate almayacak şekilde hareket edip etmediğini değerlendirebilir. Nitekim mevcut düzenlemeyle polise silah kullanma konusunda verilen geniş takdir yetkisi göz önüne alındığında¹²⁵, polisin, uyarılan kişinin silah kullanılacağına ilişkin açık uyarıyı kavrayıp kavramadığını öncelikle değerlendirmesi beklenir. Silah kullanma yetkisi, kolluk görevlisine öldürme hakkı vermediği gibi, sadece uyarıda bulunmak da silahla ateş edebilme hak ve yetkisini doğurmaz¹²⁶.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 16/9'da polisin, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye uyarıda bulunulmadan ateş edebileceği öngörülmüştür

cc) Zorunluluk

Kolluk görevlileri silah kullanma yetkisine sahip olduğu hallerde dahi zorunlu kalmadıkça silah kullanmamalıdır. Kolluk görevlileri görevlerini yaparlarken, zora ve silaha başvurmada önce mümkün olduğu kadar şiddet içermeyen araçları kullanmalı, sadece başka araçların etkisiz kalması veya hedeflenen sonucun gerçekleşme ümidinin bulunmaması halinde zor veya silah kullanmalıdır¹²⁷.

Silah kullanma yetkisinin verilmesi, kolluk görevlisine öldürme yetkisi verildiği anlamına gelmez. Kolluk tarafından öldürücü güç kullanma, Sözleşmenin m.2/2 de belirtilen amaçlara ulaşmak için "kesin zorunluluğu" aşmamalıdır. Bir başka deyişle Sözleşmenin 2. fıkrasında yer alan anlamda hukuka uygunluk hallerinden devletlerin yararlanabilmesi için şiddet ve fiili kuvvete başvurunun "mutlak zorunlu" olması gerekir. AIHS madde 2/2'deki "kesin zorunluluk" ifadesinin kullanımı, AIHS'nin 8 ila 11. maddeler-

¹²⁵ Bkz. PVSK m.4, m.5.

¹²⁶ İzmir'de 25 Kasım 2007'de "dur" ihtarına uymadığı için açılan uyarı ateşi sonucunda yaşamını yitiren Baran Tursun hakkında bkz. <http://bianet.org/bianet> ve Türkiye İnsan Hakları Raporu 2008, 44-45.

¹²⁷ Bkz. BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel Prensipler m.4.

rin 2. fıkralarında öngörülen devlet müdahalesinin “*demokratik bir toplum-da gerekli bir tedbir*” olup olmadığını belirlerken uygulananandan daha katı ve zorunlu bir gereklilik testi uygulanması gerekliliği anlamındadır. Özellikle kullanılan güç, m.2/2’de belirtilen amaçların yerine getirilmesi ile orantılı olmalıdır¹²⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kolluk görevlilerinin silah kullanması sonucu ortaya çıkan ölüm olaylarını Sözleşmenin 2. maddesine aykırılık bakımından değerlendirirken silah kullanmanın olayın şartları bakımından kesin bir zorunluluk oluşturup oluşturmadığını incelemektedir. Bu değerlendirmede 2. maddenin 2. fıkrasında öngörülen amaçlardan birine ulaşmak için kolluk görevlisinin olay anında silah kullanmanın zorunluluğu inancıyla hareket edip etmediğini dikkate almaktadır. Örneğin, AIHM 15 Şubat 2007 tarihli Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye kararında, gelen bir ihbar üzerine yapılan operasyonda üç kişinin ölümüyle sonuçlanan olayı AIHS’nin 2/2. maddesi bağlamında “*her insanın yasadışı şiddetten korunması*” ve “*yasal bir tutuklama gerçekleştirmek amacıyla*” yapıldığı şeklinde değerlendirerek, yerel mahkeme gibi, dava koşullarında güvenlik güçleri tarafından güç kullanımının maktul şüphelilerden kaynaklanan kanunsuz saldırının direkt sonucu olduğunu kabul ederek, somut olayda güç kullanımının “kesin zorunluluğu” aşmış olmadığını ve sözü geçen amaçlara ulaşmakla orantılı olup olmadığını incelemiştir. İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi’nin ulaştığı deliller temelinde ilk ateşin maktullerden gelmiş olduğuna ilişkin tespiti, kafeye giren polis memurlarının maktullere teslim olmaları için çağrıda bulunmuş ve ancak kendilerine ateş edildiğinde ateşe başlamış olduklarına ilişkin İstanbul Cumhuriyet Savcısı ve İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi huzurundaki tanık ifadelerini dikkate alan Mahkeme, somut dava koşullarında, polis memurlarının kafeye girdiğinde ve şüpheliler tarafından kendilerine ateş açıldığında, şüphelilerin ateşi kesmesine kadar, kendilerinin ateş etmeye devam etmesinin zorunluluğuna inanmış olduklarını kabul etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, balistik inceleme raporlarına göre olay yerinde bulunan mermilerden beşinin şüphelilerin yakınında bulunan silahlardan çıkmış olduğunu ve polis memurlarının vuruşlarının tamamının uzak mesafeden gerçekleşmiş olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, polis memurlarının kamuya açık bir alanda silahlı şüphelilerle karşı karşıya kalıp hızlı hareket etmeleri gerektiği somut davada, bu koşullarda ölümcül güç kullanımının, meşru savunma ve yasal yakalama uygulaması açısından “kesin zorunluluğu” aşmadığına ve AIHS’nin m. 2/2’de belirtilen yükümlülükler bağlamında ihlal olmadığını karar vermiştir¹²⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 28 Mart 2006 tarihli Perk ve diğerleri/Türkiye davasında da İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele

¹²⁸ AIHM, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 15 Şubat 2007, Başvuru no: 57049/00; AIHM, Gülen/Türkiye, 14 Ekim 2008, Başvuru no: 28226/0214; McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, para. 148.

¹²⁹ AIHM, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 15 Şubat 2007, Başvuru no: 57049/00.

Şubesi'ne bağlı on beş polisten oluşan bir ekip tarafından yürütülen terörle mücadele operasyonu sırasında üç kişinin öldürülmesine ilişkin olayda da kesin zorunluluk halini incelemiştir. Olayda; Ağır Ceza Mahkemesi'nin belirttiği üzere, İstanbul Polisi, Koçbank Bankası'nın güvenliğinden sorumlu polis ekibine karşı üç şüphelinin düzenlemeyi planladığı silahlı saldırıyı önlemek ve yasalara uygun bir şekilde yakalama gerçekleştirmek amacıyla terörle mücadele operasyonu düzenlemiştir. Polisler, şüphelileri sözlü olarak uyardıktan sonra buldukları apartmana girmişler ve yaklaşık beş ya da yedi dakika süren çatışma sonucunda üç kişi ölmüştür. AİHM, bu koşullarda kuvvet kullanımının, buldukları apartmanın kapısı kırıldığı sırada şüphelilerin gösterdiği şiddet reaksiyonunun doğrudan sonucu olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, AİHM dava konusu operasyonun “şiddete karşı herkesi korumak” ve özellikle AİHS'nin 2/2 (a) ve (b) maddesi uyarınca “yasalara uygun şekilde yakalamayı gerçekleştirmek” amacını güttüğünü tespit etmiştir. Dolayısıyla AİHM, sözü edilen hedeflere ulaşmak amacıyla kullanılan kuvvetin kesinlikle gerekli olup olmadığını ve özellikle polislerin karşı karşıya oldukları durum göz önüne alındığında kullanılan kuvvetin tamamen orantılı olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, slogan atan ve kapıyı açma emrine itaat etmemiş olan şüphelilerin uzlaşmaz tutumu nedeniyle, polislerin bu kişilerin başkalarının ve kendilerinin hayatını tehlikeye atacak şekilde ateş açma niyetlerinin bulunduğu kanısıyla hareket ettiğini kabul etmektedir. Şüphelilerin silahlı olduğunu bilen ve terör saldırısı düzenlemeyi planladıklarına inanan polislerin, apartmanın içine girerek bu kişilerin silahlarını alıp yakalamaya çalışmalarının, ayrıca polislerin söz konusu apartmana girerken, silahlı şüphelilerin ateş ederek karşılık vermelerini fiziksel olarak engelleyene kadar ateş etmeleri gerektiğine kanaat getirmelerinin makul olduğunu tespit etmiştir. AİHM, üzücü de olsa bu koşullarda kuvvet kullanımının, “herkesin şiddete karşı korunmasını sağlamak” ve “yasalara uygun şekilde yakalamayı gerçekleştirmek” için “kesinlikle zorunlu” olma koşulunu aşmadığına kanaat getirerek, AİHS'nin 2. maddesi ihlal edilmediğine karar vermiştir¹³⁰. AİHM, silah kullanmanın “kesinlikle zorunluluk” oluşturup oluşturmadığını incelediği Perk ve diğerleri/Türkiye ile Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye davalarında olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan, 2.6.2007 ve 5681 sayılı Kanunla değişiklikten önceki PVSK m.16'daki norm ile AİHS'nin 2/2 maddesinde öngörülen “kesinlikle zorunlu” terimleri arasındaki fark olduğunu, ancak bu farkın Sözleşmenin 2/1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmak için yeteri kadar önemli olmadığını belirtmekle birlikte, düzenlemenin yaşam hakkının “yasa ile” koruma düzeyini sağlamakta yeterli olmadığını da vurgulamaktadır.

¹³⁰ AİHM, Perk ve diğerleri/Türkiye , 28 Mart 2006, Başvuru no: 50739/99.

IV. Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanmak Suretiyle Kişiyi Yaşam Hakkından Yoksun Bıraktığı Olaylarda Ceza Muhakemesinin Etkinliği

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletler, "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri tanınması" yükümlülüğü altında olup, Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkını da güvence altına almakla görevlidir. Bu bağlamda bireylerin silah kullanımı sonucu ölmeleri halinde, yaşam hakkını koruyan ulusal yasaların etkili uygulanmasını sağlamak amacıyla, etkili bir resmi soruşturmanın yapılması ve bu vakalarda devlet görevlileri ve kurumlarının, sorumlulukları altında vuku bulan ölümler hakkında hesap vermelerinin sağlanması devletin sorumluluğunu gerektirir.

Devlet görevlilerinin kişileri keyfi olarak yaşamlarından yoksun bırakması riskinin en yüksek olduğu alan kolluk görevleridir. Devletin insan yaşamını koruma görevinin önem kazandığı kolluk görevlerine ilişkin bu alanda, görevlilerin öldürmeye neden olan eylemlerinin ardından, ölüm nedeninin belirlenmesine ilişkin tıbbi muayeneler, olaya ilişkin soruşturma, şüphelinin adil ve bağımsız bir yargı mercii tarafından yargılanması gibi, alınacak önlemler yaşam hakkının etkin korunmasına katkıda bulunur¹³¹.

Devlet görevlileri tarafından yapılan ve kanunsuz olduğu iddia edilen öldürmeler hakkında yapılan bir soruşturmanın etkili olabilmesi için, genel olarak soruşturmadan sorumlu olan ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışanlardan bağımsız olması zorunludur. Bu, sadece hiyerarşiye dayalı veya kurumsal bir bağın bulunmaması değil, pratikte bağımsızlığın gerektiği anlamındadır. Soruşturma, böyle durumlarda uygulanan zorun o şartlarda meşru olup olmadığının tespitini ve sorumluların belirlenip cezalandırılmasını sağlamak anlamında etkili olmalıdır. Bu sonuca değil, yönetime dair bir yükümlülüktür. Soruşturmayı yürütmekle görevli makamlarca, görgü tanıklarının ifadelerine başvurulmalı, adli tıp kanıtları, yaralanmaların tam ve doğru tespitini içeren bir rapor ve ölüm nedenini de içeren klinik bulguların objektif analizi de dahil olmak üzere otopsi raporu olmalı, olayla ilgili delillerin korunması için mümkün olan her tedbir alınmalı ve bu deliller incelenmelidir. Soruşturmanın ölüm nedenini veya sorumlu olan kişi ya da kişilerin tespitini tehlikeye düşürecek herhangi bir eksiklik, soruşturmanın etkinliğine zarar verecektir. İvedilik ve makul süre şartı da bu kapsamda ele alınmalıdır. Belli durumlarda soruşturmanın ilerlemesini önleyen engeller ve güçlükler olabilirse de, ölümcül güç kullanım olaylarını soruştururken yetkililerin ivedilikle harekete geçmesi, kanunsuz fiillerde delillerin karartılmasını veya müsamahanın önlenmesi, hukukun üstünlüğüne halkın güveninin sağlanması için zorunludur¹³².

¹³¹ Thompson-Giffard, 49.

¹³² AİHM, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 15 Şubat 2007, Başvuru no: 57049/00; AİHM, Gülen/Türkiye, 14 Ekim 2008, Başvuru no: 28226/0214; AİHM, Kanlıbaş/Türkiye, 8 Aralık 2005, Başvuru no: 32444/96.

Kolluk görevlilerinin silah kullanmak suretiyle kişinin ölümüne neden olduğu olaylarda Yargıtay genellikle meşru savunma (TCK m.25), kanun hükmünü yerine getirme (TCK m.24) veya sınırın aşılması (TCK m.27) hükümlerini uygulamak suretiyle sanıkların ceza sorumluluğunun kaldırılması veya azaltılması yönünde karar vermektedir¹³³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 2. maddesi bakımından incelediği kolluk görevlilerinin silah kullanması sonucu ölüm olaylarına ilişkin birçok davada, Türkiye'nin, kolluk görevlileri hakkında yürütülen ceza muhakemesinde etkin davranmadığını tespit etmiştir. Genellikle, cezai soruşturma ve takibatın süresinin uzunluğu, ivedilikle hareket edilmediği¹³⁴, gerekli delillerin toplanmadığı ve yeterince incelenmediği¹³⁵, yargılananların aften yararlandırmak suretiyle hakkında açılan ceza davasının sonuçlandırılmaması ve bu suretle bir nevi cezasız bırakılması¹³⁶, öldürülenin yakınlarının soruşturmaların dışında tutulması ve güvenlik güçlerinin inkarlarının tamamını kabul etme isteği ve dolayısıyla idari organlar tarafından yürütülen soruşturmaların yürütme karşısında bağımsız olmamalarından dolayı duyulan şüpheden ötürü¹³⁷ etkin bir soruşturma yapılmadığı kanaatine varmıştır. Böylece Türkiye hakkındaki birçok davada AIHS'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. Buna karşın yetkili makamların AIHS'nin 2. maddesinin gerekleri bakımından tatmin edici bir soruşturma yürütüldüğünü tespit ettiği kararları da vardır¹³⁸.

V. Sonuç ve Değerlendirme

- Yaşam hakkı, tüm hakların ve özgürlüklerin varlık koşulu olarak temel insan haklarından. Demokratik bir hukuk devletinde, devlet yetki alanındaki kişilerin yaşam hakkını korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda kolluk görevlilerince bir kişinin yaşamından yoksun bırakılabilmesinin koşullarının kanunla düzenlenmesi, sınırlandırılması ve denetlenmesi gerekir.

- Kolluk görevlilerinin hangi şartlarda zor ve ateşli silah kullanabilecekleri, uluslararası normlar göz önüne alınarak düzenlenmelidir. Kolluk görevlilerinin yetki sınırlarının kanunla belirlenmemiş olması ve bu konuda keyfiliğe izin verilmesi, insan haklarına saygı ilkesi ile bağdaşmaz.

¹³³ Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Eryılmaz-Bozlak, 248-263.

¹³⁴ AIHM, Kanlıbaş/Türkiye, 8 Aralık 2005, Başvuru no: 32444/96; AIHM, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 15 Şubat 2007, Başvuru no: 57049/00; AIHM, Gülen/Türkiye, 14 Ekim 2008, Başvuru no: 28226/0214; AIHM, Kasa/Türkiye, 20 Mayıs 2008, Başvuru no. 45902/99.

¹³⁵ AIHM, Sultan Karabulut/Türkiye, 19 Eylül 2006, Başvuru no: 45784/99; AIHM, Perk ve diğerleri/Türkiye, 28 Mart 2006, Başvuru no: 50739/99; AIHM, Oğur/Türkiye, 20 Mayıs 1999, Başvuru no: 21594/93, para.85-93.

¹³⁶ AIHM, Evrim Öktem/Türkiye, 4 Kasım 2008, Başvuru no: 9207/03.

¹³⁷ AIHM, Mansuroğlu/Türkiye, 26 Şubat 2008, Başvuru no: 43443/98.

¹³⁸ AIHM, Bakan/Türkiye, 12 Haziran 2007, Başvuru no: 50939/99.

- Kolluğun silah kullanma yetkisi zor kullanma kapsamında olmakla birlikte, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda bu yetki, zor kullanma yetkisinin en ağır derecesi olması ve kişinin vücut dokunulmazlığına ve yaşam hakkına yönelik bir müdahale olması sebebiyle ayrıca düzenlenmiştir.

- Kolluk görevlileri bazı durumlarda silah kullanma yetkisi kapsamında ölümcül güç kullanabilir. Bu nedenle gücün kötüye ve keyfi olarak kullanılmasına karşı, hatta önlenemez kazalara karşı uygun ve etkin bir güvence sistemi geliştirilmelidir. Yaşam hakkından yoksun bırakılmayı haklı gösteren koşullar (AY m.17/4, AİHS m.2/2) katı şekilde yorumlanmalıdır.

- Anayasa m.17/4, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi için silah kullanılmasına kanunun izin verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiillerinin yaşam hakkının ihlali kapsamı dışında olduğunu öngörmektedir. Bu hüküm, tutuklu ve hükümlünün kaçmasını önlemek için silah kullanılmasına izin veren bir kanuni düzenlemeye olanak tanımaktadır. Verilen izin sadece soyut silah kullanmaya ilişkin olmayıp, kaçan tutuklu veya hükümlünün silah kullanılmak suretiyle öldürülmesini de kapsamına aldığı için, bu düzenleme insan haklarıyla bağdaşmamaktadır. Benzer düzenleme AİHS m.2/2-b'de de söz konusudur. Yaşam hakkına müdahaleyi haklı gösteren AY m.17/4 ve AİHS m.2/2-b'deki düzenlemeler sonucu yakalamak maksadıyla adam öldürme halinde yaşam hakkının ihlalden söz edilmeyecektir. Oysa yakalama yapabilmek için silah kullanma sonucu kişinin yaşamına son verme halinde, Sözleşmenin 2. maddesinde öngörülen "*kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi*" ölçütü dahi yaşam hakkını sonlandırmayı haklı kılamaz. Bu nedenle her halükarda kendisinin veya başkasının yaşamını korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman öldürmeye yönelik silah kullanılabilmesi, bu bakımdan da kişinin yakalanması amacıyla kolluk görevlileri tarafından öldürücü olmayan yöntemlerin kullanılması bir ilke olarak kabul edilmelidir.

- Çocuğa karşı silah kullanılması, hiçbir durumda ve hiçbir haklı sebebin varlığı halinde meşru sayılamaz. Bununla birlikte, yaşama yönelik bir saldırı karşısında meşru savunma halinde, çocuğun da ateşli silah kullanması durumunda, öldürücü olmamak kaydıyla ve kesin zorunluluk söz konusuysa silah kullanılması kabul edilebilir. Türkiye'nin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraf bir devlet olarak çocuğun hayatta kalması için mümkün olan azami çabayı gösterme yükümlülüğü altında olduğu dikkate alındığında, kolluk görevlilerinin çocuklara karşı silah kullanmaması ilke olarak kabul edilmelidir. Çocukların söz konusu olduğu olaylarda, silah kullanılmaması için her türlü başka çareye başvurulması hususunda gerekli hukuki ve idari tedbirler alınmalıdır.

- Silah kullanılması, önlenmek istenen tehlikenin ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Silah kullanılması gereken hallerde dahi kişiye en az zarar verecek şekilde hareket edilmeli, yaşam hakkının korunmasına özen gösterilme-

lidir. Kolluk görevlilerinin silah kullanmaları kaçınılmaz hale geldiği zaman, suçun ciddiliğiyle ve gerçekleştirilmek istenen meşru amaçla orantılı bir ölçüde zor kullanılması temel prensibi sıkı şekilde uygulanmalıdır.

- Kolluk görevlileri Terörle Mücadele Kanunu Ek Madde 2 uyarınca, terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyon kapsamında, "teslim ol" emrine itaat edilmemesi halinde terör şüphelisi, sanığı veya hükümlüsünü hedef alarak doğrudan ve duraksamadan ateş etme yetkisine sahiptir. Her ne kadar *tehlikeyi etkisiz kılabilecek ölçü ve orantıda* silahla ateş edilebileceği öngörülmekteyse de, teslim ol ihtarına uymayan kişilerin oluşturduğu tehlike, silah kullanmaya teşebbüs de etmediklerine göre somut bir tehlike değildir. Bu durum, başlı başına kişiyi hedef alarak doğrudan ve duraksamadan ateş etme yetkisini vermez. Bir başka deyişle teslim ol emrine uymamak her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmayı zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Bu kişilerin can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle, etkisiz hale getirilmeleri ve hedeflenen amaca ulaşmak olanaklı olabilecek iken, doğrudan ve duraksamadan hedef alınarak ateş edilmesi, AY m.17'ye ve insan haklarına aykırılık teşkil eder.

- Kolluk görevlileri, silah kullanma yerine elde edilmek istenen amaca ulaşmak için öncelikle başka araçları ve zor türünü tercih etmeli, ancak başka çare kalmadığında silah kullanılmalıdır.

- Kolluk görevlileri, silah kullanma yetkisine sahip olduğu hallerde dahi zorunlu kalmadıkça silah kullanmamalıdır. Silah kullanma yetkisinin verilmesi, kolluk görevlisine öldürme yetkisi verildiği anlamına gelmez.

- Silah kullanmadan önce kural olarak silah kullanılacağına ilişkin açıkça uyarıda bulunulacağı, sadece uyarıda bulunmanın kolluk görevlileri veya başkaları için ölüm veya ciddi bir biçimde yaralanma riski yaratması veya olayın şartları içinde kaçan kişinin rast gele ateş etmesi örneğinde olduğu gibi, uyarı yapmanın açıkça gereksiz / anlamsız olması halinde uyarı yapılmayacağı hüküm altına alınmalıdır.

- Polisin silah kullanmaya yetkili olduğu haller PVSK m.16/7'de öngörülmüştür. Silah kullanmadan önce uyarı yapılması hususu ise sadece PVSK'nın 16. maddesinin 7. fıkrasının c bendine münhasır olarak düzenlenmiştir. Yaşama yönelik bir saldırı karşısında yapılacak meşru savunma halinde uyarı yapılması gereksiz veya anlamsız olacaktır. Her ne kadar PVSK m. 16/4'de kural olarak zor kullanmadan önce zor kullanılacağına ilişkin ihtar yapılacağı öngörülmüşse de, PVSK m.16/7-b'de öngörülen "*bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında*" da silah kullanılabilmesine göre, direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde silah kullanılmadan önce, kolluk görevlilerince silah kullanılacağına ilişkin açıkça uyarı yapılacağı hususu ayrıca hüküm altına alınmalıdır. Bu hususun açıkça düzenlenmesi kişi özgürlüğü ve güvenliği ve yaşam hakkı bakımından etkin bir korumanın sağlanması bakımından gereklidir.

- Silah kullanmaya yetkili oldukları hallerde, kolluk görevlileri kendilerini tanıttıktan sonra silah kullanacakları hususunda açıkça uyarıda bulunarak, kişiye uyarıya uyabilmesi için yeterli zaman vermeli, bu hususta yasal düzenleme yapılmalıdır. Silah kullanmadan önce kolluk, gerek sözlü gerekse havaya yapılan uyarı atışının uyarıda bulunulan kişi tarafından duyulduğuna ve kavranıldığına ilişkin somut olguların varlığı halinde silahla ateş edebilmelidir. Bu bağlamda sağır-dilsiz birine sözlü veya silahlı uyarıda bulunmanın sonrasında veya akıl hastasının uyarıyı kavrayamaması karşısında doğrudan silahla ateş edebilme yetkisinin doğduğundan söz edilemez. Silah kullanma yetkisi, kolluk görevlisine öldürme hakkı vermediği gibi, sadece uyarıda bulunmak da silahla ateş edebilme hak ve yetkisini doğurmaz.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 2. maddesi bakımından incelediği kolluk görevlilerinin silah kullanması sonucu meydana gelen ölüm olaylarında, çoğunlukla Türkiye tarafından kolluk görevlileri hakkında etkin bir ceza soruşturulmasının yürütülmediği sonucuna varmıştır. Bu bağlamda etkin bir ceza soruşturmasının varlığının yaşam hakkını korumakla yükümlü olan devletin bir görevi olduğu dikkate alınarak, bu tür olaylarda soruşturmanın etkinliği sağlanmalıdır.

Kaynakça

- Alderson J., İnsan Hakları ve Polis, Çev. İhsan Kuntbay, Strasbourg 1984.
- Centel Nur-Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2008.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2009.
- Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, İstanbul 1997.
- Eryılmaz Bedri M.-Bozlak Ayhan, “*Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi*”, TBB Dergisi, S.83, Temmuz-Ağustos 2009.
- Gemalmaz Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasası, 2.Baskı, İstanbul 1994.
- Gölcüklü Feyyaz-Gözübüyük Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1996.
- Hafizoğulları Zeki, “İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi”, AÜHFD, C.44, S.1-4 ,Yıl.1995.
- Keskin Onur Can; “*Alexisler Neden Ölüyor? Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi ve Kişisel Güvenlik*”, <http://www.umut.org.tr/HukukunGencleri/TamMetinlerSunular/OnurCanKeskin.pdf>
- Korff Douwe, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Çev. Özgür Heval Çınar- Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Kitapları No.8, 1. Baskı, Belçika 2006.
- Özbek Veli Özer - Kanbur M. Nihat - Bacaksız Pınar - Doğan Koray - Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005.
- Özgenç İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Ankara 2006.
- Özgenç İzzet, “*Kolluk Görevlilerinin Zor ve Silah Kullanma Yetkisi*”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği-II, 23-28 Ekim 2007, Antalya, Ankara 2008.
- Öztürk Bahri - Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Sırma Özge, Saygılar Yasemin-Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009.
- Savcı Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980.
- Sokullu-Akıncı Füsün, Polis Toplumsal bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990.
- Şafak Ali, “*Polisin Kuvvete Başvurma Yetkisi, Zora Başvurma Türleri ve Sınırı Aşma Sorunu*”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat

Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II, 23-28 Ekim 2007, Antalya, Ankara 2008

Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Sancakdar Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004.

Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Sancakdar Oğuz - Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2009.

Thompson Kate - Giffard Camile, İnsan Hakları İhlali olarak Öldürmenin Rapor Edilmesi - Yaşam Hakkının İhlali Olabilecek Olgular Uluslararası İnsan Haklarını Koruma Sisteminde Nasıl Belgelemeli ve Bu Olgulardan Yola Çıkılarak Nasıl Harekete Geçilmeli?-, Çev. Yahya Berman-Erdem Akter, Ankara 2006.

Türközü S.Erdem - Özer Evren- Maggio Nadia Di, Türkiye İnsan Hakları Raporu 2008, Düzelti: Nart Bozkurt, Ankara 2009.

Türmen Rıza, "Memleketimden İnsan Manzaraları", 2 Kasım 2008 tarihli Milliyet Gazetesi.

Yenisey Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987.

İncelenen AİHM kararları için bkz. <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr> (11.03.2010)

AİHM, Bakan/Türkiye, 12 Haziran 2007, Başvuru no:50939/99.

AİHM, Erdoğan ve diğerleri, 25 Nisan 2006, Başvuru no: 19807/92.

AİHM, Evrim Öktem/Türkiye, 4 Kasım 2008, Başvuru no: 9207/03.

AİHM, Güleç/Türkiye, 27 Temmuz 1998, Başvuru no.54/1997/838/1044

AİHM, Gülen/Türkiye, 14 Ekim 2008, Başvuru no. 28226/0214.

AİHM, Halis Akın/Türkiye Davası, 13 Ocak 2009, Başvuru no: 30304/02;

AİHM, Kanlıbaş/Türkiye, 8 Aralık 2005, Başvuru no: 32444/96

AİHM, Kasa/Türkiye, 20 Mayıs 2008, Başvuru no. 45902/99.

AİHM, Kılıç/Türkiye, 28 Mart 2000, Başvuru no: 22492/93.

AİHM, Mansuroğlu/Türkiye, 26 Şubat 2008, Başvuru no: 43443/98.

AİHM, Oğur/Türkiye, 20 Mayıs 1999, Başvuru no.21594/93.

AİHM, Perk ve diğerleri/Türkiye, 28 Mart 2006, Başvuru no: 50739/99.

AİHM, Sultan Karabulut/Türkiye, 19 Eylül 2006, Başvuru no: 45784/99.

AİHM, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, 15 Şubat 2007, Başvuru no. 57049/00.

Suçta İştirakte Suçta Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu

**(The Problem of Expansion of Causes that Affect
the Crime, under the Notion of Participation)**

Vesile SONAY EVİK*

Özet: 5237 sayılı TCK'da suçta etki eden nedenlerin iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortakları açısından ne şekilde uygulanacağı konusu açık bir hükümlerle düzenlenmediği için incelenmesi gereken bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçta iştirakte suçta etki eden sebeplerin sirayeti konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte, Yargıtay'ın da konuya ilişkin olarak verdiği çelişkili kararları bulunmaktadır. Konunun kanun koyucu tarafından açık bir hükümlerle düzenlenmesi bu konudaki görüş ayrılıklarını ve çelişkili kararların verilmesini önleyeceği için en doğru çözüm yolu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Suçta etki eden nedenler, İştirak, Sirayet, Alman Ceza Kanunu, 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK, Şahsi Sebepler, Fiili Sebepler

Abstract: In the absence of an explicit provision concerning the application of the causes affecting the crimes, which are committed by accomplices, there is a judicial problem that needs to be solved. There are different opinions about this problem in doctrine, as well as contradictory decisions of the Supreme Court. The enactment of a clear provision would be the best solution to avoid contradictory opinions and decisions on this matter.

Keywords: Aggravating and extenuating circumstances, complicity, extension, German Criminal Code, Turkish Criminal Code Nr. 5237, Turkish Criminal Code Nr. 765, personal circumstances, actual circumstances.

Suçta etki eden nedenler, suçun varlığı için bulunmaları zorunlu unsurlara eklenen, suçun daha ağır veya hafif sayılmasına neden olan ve bunun sonucunda sadece suçun temel (basit) şekline ait cezanın miktarında veya niteliğinde değişiklik yapan ikincil nitelikte unsurlardır¹.

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: vsevik@gsu.edu.tr

5237 sayılı kanunda suça etki eden nedenlerin iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortakları açısından ne şekilde uygulanacağı konusu açık bir hükümle düzenlenmediği için, incelenmesi gereken bir hukuki bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

765 sayılı TCK'nun 66. ve 67. maddelerinde suça iştirakte suça etki eden nedenlerin fail veya şeriklere sirayeti konusu açıkça düzenlenmişti. Buna göre şahsi ağırlatıcı nedenler, iştirak iradesinin gerçekleşmiş olduğu (suça katıldıkları) zamanda bilme şartıyla tüm suç ortaklarına sirayet etmekteydi. Bu nedenlerin fail veya şeriklerde bulunması önemli olmayıp, bulunduğu ve bilindiği takdirde tüm suç ortaklarına sirayet mümkündü. Ancak, kendisinde şahsi ağırlatıcı neden bulunmadığı halde başka bir suç ortağının bu niteliğinden etkilenerek cezası arttırılmış olan suç ortağının cezası daha sonra indirilmekteydi². Şahsi hafifletici nedenler ise, kanunda bunların sirayetine ilişkin bir hüküm olmaması nedeniyle sadece ilgili suç ortağı açısından uygulanabiliyordu³.

Fiili ağırlatıcı nedenlerin suç ortaklarına sirayet etmesi için ise (şahsi ağırlatıcı nedenlerden farklı olarak iştirak iradesinin gerçekleşmiş olduğu zamanda değil) fiilin işlendiği zamanda bilinmesi gerekmektedir. Fiili hafifletici nedenler ise bilinsin veya bilinmesin tüm suç ortaklarına sirayet etmekteydi.⁴

5237 sayılı TCK'da suça etki eden nedenlerin fail veya şeriklere sirayetine ilişkin açık bir düzenleme olmaması nedeniyle bu konu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, kanunun bağlılık kuralı başlıklı 40.maddesindeki "*suçun işlenişine iştirak eden her kişi diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*" hükmünden yola çıkarak sorunu çözmeye çalışmaktadırlar. Yazarların suça etki nedenlerin sirayetini bağlılık kuralına ilişkin hükme dayanarak belirlemesinin nedeni aslında madde gerekçesindeki açık-

¹ Evik Vesile Sonay, "Suça Etki Eden Nedenler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul, 2007/2, 119.

² Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, Beta, 2. Bası, İstanbul, yayın yılı yok, 471. Doktrinde şahsi ağırlatıcı nedenlerin suçun işlenmesini kolaylaştırmadıkça (suçun icrası açısından nedensel değer taşımadıkça) diğer suç ortaklarına sirayet etmemesi gerektiği; aksi kabulün adalet esasları ve iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesi ile çizileceği kuralı ile bağdaşmayacağı gibi, objektif sorumluluğa yol açacağı da belirtilmekteydi. Dönmezer Sulhi - Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, II, 12. bası, Beta, İstanbul, 1999, 515-516; Manzini Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, II, Utet, Torino, 1985, 553.

³ Dönmezer-Erman, II, 514; Sancar Türkan, Çok Failli Suçlar, Seçkin, Ankara, 1998, 257. Şahsi hafifletici nedenlerin sirayetine ilişkin açık hüküm bulunmamakla birlikte, 66. madde hükmünün zıt anlamından bu sonuca ulaşmak mümkündür.

⁴ Dönmezer-Erman, II, 517.

lamalardır. Gerekçeye göre “Hükümet tasarısında 765 sayılı TCK’da olduğu gibi kişisel ağırlatıcı nedenlerin ve fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağluluk kuralının henüz bilinmediği 19. Yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağluluk kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, ağırlatıcı nedenlerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabii tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43, ve 44. maddeleri hükümleri metinden çıkarılmıştır.”⁵

Bu gerekçeden hareket ederek ileri sürülen görüşe göre yeni ceza kanununda bağluluk kuralıyla bir suçun işlenişine iştirak edenlerin hangi şartlarla sorumlu olduğu belirlendiği için suça etki eden nitelikli hallerin şeriklere uygulanmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Diğer bir deyişle, şeriklerin sorumluluğu, bağluluk kuralı esas alınarak, asıl faillerin fiiline göre belirlenecektir. Dolayısıyla asıl failer açısından bulunan nitelikli haller, şeriklere bilmeleri şartıyla uygulanacaktır. Buna karşılık şerikler açısından bulunan nitelikli haller faillere ve diğer şeriklere sirayet edemeyecektir. Örneğin (A), (B)’ye, (B)’nin kardeşi (C)’ye karşı işlemeyi düşündüğü kasten yaralama suçunda kullanması için silah verdiği durumda, bu suça yardım eden olarak iştirak eden (A)’nın sorumluluğu, (B)’nin fiiline göre belirleneceğinden, (B) açısından gerçekleşen şahsi ağırlatıcı neden (TCK m. 86/3), bilmesi şartıyla A’ya da uygulanacaktır. Buna karşılık (A), eşi (B)’yi öldürmeyi düşünen (C)’ye yardım edecek olur ya da (A), eşi (B)’yi öldürmesi için (C)’yi azmettirirse (A ile B karı koca), bağluluk kuralı gereğince şerikin sorumluluğu asıl failin esas fiiline (bağlı olduğundan) göre belirlendiğinden (A), (C) açısından şahsi ağırlatıcı neden gerçekleşmediğinden (C)’nin işlediği kasten öldürmenin temel şekline göre sorumlu olur. Failler (doğrudan veya müstakil fail, müşterek fail, dolayısıyla fail) açısından bağluluk kuralı söz konusu olmadığı için (haksızlık muhtevasını, başkasının fiiline bağlı olarak değil, bizzat kendi fiilinden aldığı için) diğer failler veya şerikler açısından gerçekleşen şahsi ağırlatıcı nedenler uygulanmaz. Diğer bir deyişle müşterek faillikte bağluluk prensibinin herhangi bir etkisi yoktur. Müşterek failde bulunan şahsi ağırlatıcı neden diğer müşterek faille sirayet etmez. Sadece şahsi ağırlatıcı neden kendisinde bulunan müşterek faille uygulanır. Bu husus dolaylı fail açısından da geçerlidir. Bu nedenle araç olarak kullanılan kişide bulunan şahsi ağırlatıcı sebep dolaylı faille sirayet etmez⁶.

⁵ Özgenç İzzet, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Seçkin, Ankara, 2004,126.

⁶ Koca-Üzülmez’e göre “TCK’daki düzenleme mevcut haliyle teorik açıdan herhangi bir hata içermese de, bir başkasını kendi babasını öldürmeye azmettiren kişinin kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu tutulmasını gerektirdiğinden adalet duygusunu incitmektedir.” Koca Mahmut-Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2011, 383. Hakeri, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğunu faille göre, faillerin sorumluluğunu ise iştirak ilişkisinde bizzat kendi hareketlerine göre belirlendiğini kabul etmekle beraber; bağluluk prensibi ve kusur prensibi gereğince bilmeleri şartıyla gerek failde bulunan şahsi nite-

Ancak, TCK'nun 40. maddesindeki bağlılık kuralı, sadece şerikler açısından geçerli bir prensip değildir; suça iştirak eden her şahıs için geçerlidir. Bağlılık kuralı, suçun tipik hareketlerini yapmayan suç ortaklarının sorumlu tutulmasını sağlayan suça iştirak hükümlerinin esasını oluşturmaktadır. Bu kural sayesinde atipik hareketlerle bir suçun icrasına katılan kişiler sorumlu tutulabilmektedir. Suçun tipik hareketlerini yapmayan kişiler, şerik olabileceği gibi, müşterek faillerden biri dahi olabilir. Suça ilişkin kanun hükmünde öngörülme-yen atipik hareketle bir fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulması halinde müşterek faillığın olabileceğini kabul edebiliyorsak, tipik, kasten ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştiren diğer bir müşterek failin de bulunması şartıyla müşterek failleri işlenen suçtan sorumlu tutmak mümkündür. Diğer bir deyişle, bağlılık kuralı, atipik hareketle bir suçun icrasına katılan müşterek failler açısından da geçerlidir. Nitekim bağlılık kuralını düzenleyen TCK'nun 40. maddesinde “suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, (müşterek failler, azmettirenler ve yardım edenler) diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. Suça iştirakten sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” şeklindeki hükümden de anlaşılacağı üzere bağlılık kuralı sadece şeriklerin (azmettiren ve yardım edenin) sorumluluğuna ilişkin değil, suça iştirake ilişkin genel bir prensiptir. Bu maddenin gerekçesinde de bağlılık kuralının suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması halinde bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağladığı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu maddedeki gerek kusurlulukla gerek cezalandırılmayı önleyen kişisel nedenler, gerek suça iştirak nedeniyle sorumluluk için aranan şartlarla (kasten ve hukuka aykırı olarak en azından teşebbüs aşamasına varmış tipik bir fiil)

likli hal azmettiren ve yardım edene; gerekse azmettiren ve yardım eden de bulunan nitelikli halin faile de uygulanacağını ileri sürmektedir. Yazarın görüşüne göre sevgilisinin teşviki ile sevgilisinin babasını öldüren bir kimseye bu nitelikli hal uygulanacaktır. Buna karşılık yazar fiile ilişkin nitelikli haller açısından ayırım yapmak gerektiğini, bütün müşterek faillere fiile ilişkin ağırlatıcı nedenlerin uygulanacağını, fiili hafifletici nedenlerin bağlılık kuralı gereğince bütün şeriklere uygulanacağını belirtmektedir. Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2011, 484. Özgenç nitelikli hallerin şahsi ve fiili olarak ayrılmasının zor olduğunu, günümüz iştirak hükümlerine uymadığını belirterek nitelikli hallerin bilmesi şartıyla şeriklere sirayet edeceğini ileri sürmüştür. Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2010, 480-481; Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2006, 543-544; Yıldız Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, 123; Akbulut Berrin, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV, 2010/1, 209 vd. Donay, ağırlatıcı nedenlerin sirayeti sorununun bağlılık kuralının bir uzantısı, sonucu olarak çözülebileceği, ancak yasanın uygulanacağı kişilerin söz konusu doktriner bilgilerden yoksun olabileceği, bu nedenle bağlılık kuralının öğretisel sonuçlarının maddeye dahil edilmesinin daha doğru olacağını belirtmektedir. Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul, 2007, 67.

İlgili belirlenmeler yalnızca şerikler açısından geçerli değildir. Müşterek failler de dahil suçta katılan herkes için geçerlidir.

Diğer bir görüşe göre, şahsi ağırlatıcı nedenlerin sirayeti için sadece nedenin diğer ortaklar tarafından bilinmesi yetmez, ayrıca o nedenin suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekmektedir. Diğer bir deyişle şahsi ağırlatıcı nedenler suçun icrasını kolaylaştırmışsa veya suçun işlenmesinde etkili olmuşsa (suçu icrası açısından nedensel değer taşıyorsa) bilinmesi şartıyla diğer suç ortaklarına da sirayet eder⁷. Örneğin hırsızlık yapan kimseler, hizmetçinin işi kolaylaştırmak için açık bıraktığı kapıdan girmeyerek muhkem bir biçimde kapatılmış bir pencereden girerek soygun yaptıklarında, istihdam ilişkisi bilinmiş olsa bile, hırsızlık suçunda faille mağdur arasındaki istihdam ilişkisinin suçun işlenmesinde etkili olmaması nedeniyle kimse bu ağırlatıcı nedenden sorumlu olmaz⁸. Bu görüşe göre kast kuralı gereği fiili ağırlatıcı nedenler, sadece bilenler açısından uygulanabilir⁹.

Bir başka görüşe göre, ağırlatıcı veya hafifletici nedenler bilinmeleri şartıyla tüm suç ortaklarına, hem failden şerike, hem de şerikten faile sirayet eder¹⁰. İştirakin iştirak iradesi koşulu, failde veya şeriklerde bulunan

⁷ Hafizoğulları Zeki - Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A, Ankara, 2011, 362-363; Ünver, suçta iştirakte suçta etki eden nedenlerin sirayeti konusunda 765 sayılı TCK'nun 66. ve 67. Maddeleri gibi bir hükme yer verilmeyişinin hatalı olduğunu, bu hükümlere kolaylaştırma şartını da eklemek gerektiğini ileri sürmüştür. Ünver Yener, "YTCK'da Kusurluluk", Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin, Ekim, sayı 1, 2006, 70; Aydın Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin, Ankara, 2009, 234.

⁸ Hafizoğulları-Özen, 362.

⁹ Hafizoğulları-Özen, 363. Yazarlar özellikle çocukların cinsel istismarı suçu söz konusu olduğunda failin ikinci veya üçüncü derecede kan hışmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici v.s. tarafından işlenmesi halinde bu ağırlatıcı nedeninin şahsa mı yoksa file mi ilişkin olduğu konusunda tartışmaya yer olmadığını kast kuralı geçerli olduğuna göre bilinmediklerinde sirayetlerinin söz konusu olmayacağını belirtmektedirler. Oysa bu konunun önemi yazarların görüşleri açısından da önem taşımaktadır. Şahsi ağırlatıcı neden olarak kabul edersek sirayet için bilme yanında fiili kolaylaştırmış olması da aranmak gerekecektir. Halbuki fiile ilişkin kabul edilirse sirayet için sadece bilme yeterli olacaktır.

¹⁰ Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2009, 482-483. Örneğin A, kiralık katil B'ye karısını öldürmesi için azmettirdiğinde, B, A'nın karısını öldürttüğünü biliyorsa TCK'nun 82/1 c'deki eş öldürmek ağırlatıcı nedeninden sorumlu olur. Mahmutoğlu'na göre de şahsi ağırlatıcı nedenlerin suç ortaklarına sirayet edebilmesi için diğer fail veya şeriklerin bu bilgiye sahip olması gerekir. Örneğin A, B'yi çocuğunu öldürtmek için azmettiriyorsa ve B, bu kişinin A'nın babası olduğunu bilmiyorsa bu nitelikli hal sadece azmettiren A açısından uygulanabilir. Cezayı etkileyen kişisel nedenler ise (cezayı hafifleten veya cezayı ortadan kaldıran nedenler) sadece kendisinde bu neden bulunan suç ortağı açısından uygulanabilir. Mahmutoğlu Fatih Selami, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İHFM, cilt LXIII, sayı 1-2,107; İçel Kayıhan-Evik Ali Hakan, İçel Ceza Hukuku, Beta, İstanbul, 2007, 284.

suça etki eden fiili ve şahsi nedenlerin, bu nedenler kendisinde bulunmayan suç ortaklarına, ancak bilme halinde uygulanmasının kabulünü gerektirmektedir. Bu nedenler, kendisinde bulunmayan suç ortağına sirayet edebilmesi için bilmenin, en geç suç ortağının bu nedeni öğrendiğinde suça iştirakten vazgeçmesine imkan verecek bir ana kadar gerçekleşmiş olması gerekir¹¹.

Benzer bir diğer görüşe göre, fiile ilişkin (kişisel nitelikli olmayan) cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren nedenlerden bilinsin ya da bilinmesin tüm suç ortakları yararlanabilecektir. Örneğin hırsızlık suçuna konu olan malın değeri az ise, TCK'nun 145. maddesi hükmü tüm suç ortakları açısından uygulama alanı bulur. Buna karşılık şahsi hafifletici nedenlerden sadece ilgili suç ortağı yararlanabilir. Yine bu görüşe göre suç ortakları kusurları ölçüsünde cezalandırılacağı için şahsi ağırlatıcı nedenler, ancak bilen suç ortaklarına uygulanabilir¹².

Diğer görüşe göre, TCK'nun 40. maddesindeki hükmün karşıt anlamından, diğer şeriklere sirayet konusunda "göz önünde bulundurulmayacak olan sadece kişisel cezasızlık nedenleridir, suça etki eden nedenler ise diğer şeriklere sirayet edecektir" sonucuna ulaşılabilir¹³. Buna göre, bağlılık kuralı tüm şerikler için aynı olan suçun işlenmesi olduğuna göre hafifletici nedenler bilinse de, bilinmese de tüm şeriklere uygulanır; ağırlatıcı nedenler ise ancak bilen şeriklere uygulanabilir. Zira iştirakin varlığı için tüm suç ortakları için aynı olan suçun icrasına başlanmış olması yetmez; aynı zamanda bu yönde

¹¹ Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2011, 401 Yazar, kanundaki cezalandırılmayı önleyen kişisel nedenleri, cezalandırmayı etkileyen kişisel nedenleri de kapsayacak şekilde yorumlamaktadır. Bunun sonucu olarak cezalandırmayı etkileyen kişisel nedenler (şahsi hafifletici nedenler) ancak ilgili kişi açısından uygulanacağı belirtilmektedir. Zafer, a.g.e. 401.

¹² Soyaslan'a göre yardım edenin şahsına ilişkin suça etki eden nedenler diğer faille uygulanmamalıdır. Soyaslan Doğan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2005, 489- 491. Erdem, örnek olarak A ve C'nin, B'yi (C'nin babası)öldürmek üzere anlaşmaları sonucu, A'nın suçta kullanılacak silahı temin etmesi ve C'nin B'yi öldürmesi durumunda A, B'nin, C'nin babası olduğunu bilmesi şartıyla TCK'nun 82 d maddesindeki nitelikli halden sorumlu olacağını belirtmiştir. Erdem Mustafa Ruhan, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", Hukuki Perspektifler Dergisi, s.5, 2005, 214. Aynı görüş için bkz. Öztürk Bahri-Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara, 2011, 347.

¹³ Ancak TCK'nun 40. maddesindeki "suça iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" hükmünün sadece şeriklere sirayet açısından yorumlanmasını doğru bulmuyorum. Maddedeki tüm belirlemeler müşterek fail de dahil suça iştirak eden her kişi açısından geçerlidir, dolayısıyla suça iştirak eden tüm şahıslar açısından uygulanabilme imkanı vardır. Evik Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul, 2011, 96, 290.

bir iştirak iradesinin de varlığı aranmaktadır. Şerik ağırlatıcı nedeni bilmiyorsa (bu konuda iradesi bulunmuyorsa) bu ağırlatıcı nedenin ona uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla şerikin icra hareketlerine başlanmadan, en geç icra hareketlerinin yapıldığı anda ağırlatıcı nedenin varlığını bilmesi durumunda kendisine uygulanması mümkündür. Ancak, söz konusu sonuçlara ulaşmak açısından yasanın ifadesinin son derece yetersiz olduğu da itiraf edilmektedir¹⁴.

Kanaatime göre, suça iştirakte suça etki nedenlerin sirayeti konusunu TCK'nun 40. maddesindeki bağıllık kuralına göre çözmek mümkün değildir¹⁵. Zira bu maddede sadece kişisel cezasızlık nedenlerinin ilgili kişi açısından uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükmün zıt anlamından suça etki eden nedenlerin sirayet edeceği sonucu da çıkarılamaz. O halde suça etki eden nedenler olarak ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin sirayeti konusunda genel kuralları uygulamak gerekir. Bu konuda genel kuralları uygulayacak olursak aşağıdaki sonuçlara ulaşmaktayım:

1- Şahsi hafifletici nedenler, (kişinin şahsi durumu veya sıfatı, kusuru ya da kişiliği ile ilgili diğer haller), sübjektif nitelikte olduklarından, sadece ilgili kişi açısından uygulanabilir¹⁶. Örneğin TCK'nun 38/3 maddesindeki azmettirenin belli olmadığı hallerde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında cezanın hafifletilebileceği şeklindeki hüküm, şahsi hafifletici neden olarak sadece bunu sağlayan suç ortağı hakkında uygulanabilir, bunu sağlamayan diğer suç ortaklarına sirayet etmez¹⁷.

2- Fiili hafifletici nedenler (hareketin niteliği, özelliği, araçlar, konu, zaman, yer gibi harekete ilişkin diğer özellikler, zararın veya tehlikenin hafifliği, zarar görenin kişisel durumu veya sıfatı) objektif nitelikte olduklarından bilinse de, bilinmese de tüm suç ortaklarına uygulanırlar. Örneğin, TCK'nun 145. maddesindeki hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı durumunda cezanın indirilebileceği şeklindeki hüküm, bu durumu bilen veya bilmeyen tüm suç ortaklarına uygulanır¹⁸.

¹⁴ Özbek Veli Özer-Kanbur Nihat M., Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Ankara, 2011, 502; Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Seçkin, Ankara, 2006, 499.

¹⁵ Ünver, YTCK'da Kusurluluk, 70.

¹⁶ Marinucci Giorgio-Dolcini Emilio, Manuale di diritto penale, 335; Antolisei, Manuale di diritto penale parte generale, 442, 529; Garofoli Roberto, Manuale di diritto penale parte generale, Giuffrè, Milano, 2006, 670; Mantovani Fernando, Diritto penale parte generale, Cedam, Padova, 2007, 420; Dönmezer-Erman, II, 343; Hafızoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 362; Cadoppi Alberto-Veneziani Paolo, Manuale di diritto penale, Cedam, Padova, 2006, 402; Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, 232. Akbulut da şahsi hafifletici nedenlerin ancak kendisinde bu neden olan suç ortağına uygulanabileceği görüşünü ileri sürmüştür. Akbulut, 213.

¹⁷ Aydın, a.g.e., 233.

¹⁸ Hakeri Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", Ceza Hukuku Dergisi, yıl

3- Şahsi ağırlatıcı nedenler de sübjektif nitelikte olduklarından sadece ilgili kişi açısından uygulanabilir. Çünkü kanunumuzda ne şahsi ağırlatıcı nedenlerin, ne de şahsi hafifletici nedenlerin sirayetine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaktadır. Şahsi ağırlatıcı nedenin kendisinde bu neden bulunmayan diğer suç ortağına uygulanabilmesi için kanunda buna ilişkin özel bir düzenlemenin yapılmış olması gerekir. Kanunumuzda şahsi nitelikli hallerin diğer suç ortaklarına da uygulanabileceğine ilişkin açık bir hüküm olmadığı için, bilinse de bilinmese de bu hallerin diğer suç ortaklarına uygulanabilmeleri imkanı yoktur¹⁹. Kanaatime göre olması gereken hukuk açısından, şahsi ağırlatıcı nedenin diğer suç ortağına uygulanabilmesi için kanunda buna ilişkin açık bir hüküm olmalı ve bu hükümde şahsi ağırlatıcı nedenin bilinmesi yanında suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması şartı da ayrıca aranmalıdır. Ancak şu anki durumda kanunda olmayan bir şartı arayarak da olsa, şahsi ağırlatıcı nedenlerin kendisi açısından bu neden gerçekleşmeyen diğer suç ortağına uygulanması imkanı yoktur.

4- Fiili ağırlatıcı nedenler ise kusur prensibinin sonucu olarak, ancak bunu bilen fail veya şeriklere uygulanırlar. Zira iştirakin varlığı için sadece tüm suç ortakları açısından aynı olan suçun icrasına başlanmış olması yeterli değildir. Aynı zamanda bu yönde bir iştirak iradesinin varlığı da gerekir. TCK'nun 40/1 maddesi suç ortaklarının kusurları ölçüsünde sorumlu olacaklarını belirttiği için fiili ağırlatıcı nedenler, ancak bunun varlığına ilişkin iradeye sahip olan (bilen) suç ortaklarına uygulanır²⁰.

Unutulmamalıdır ki, şeriklere sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesiyle çizileceği kuralı ile bağdaşır olmalıdır. Fail veya şerikin fiili ağırlatıcı neden konusunda iradesi bulunmuyorsa (ağırlatıcı nedenin varlığı-

1, sayı 1, Seçkin, 2006, 102-103; Özbek, TCK İzmir Şerhi, 499; Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", 107; Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I, Vedat, İstanbul, 2006, 127; Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, 233; Evik Sonay, Vesile, "Suça Etki Eden Nedenler", 132; Akbulut, 213.

¹⁹ Akbulut, TCK'nun 40.maddesindeki hükmün katı bağluluk kuralı şeklinde uygulanmasının doğru olmadığını, nitelikli hallerin şahsi ve fiili diye ayrılarak her birine farklı esasların uygulanmasının kanunumuzla uyumlu olmadığını belirtmektedir. Ancak yazar daha sonraki açıklamalarında "her ne kadar 40. madde gerekçesinde kişisel fiili ayırımı doğru olmadığı belirtiliyorsa da kişisel kavramının özelliğinden dolayı, bu neden kimse varsa onun hakkında geçerli olması gerekir. Bu neden kendisinde bulunmayan kişinin cezasının sırf biliyor olmasından dolayı arttırmak doğru değildir. Kişisel nitelikteki nedenleri kendisinde bulunmayan kişiye uygulamamız gerekir" diyerek bu şekildeki bir ayırımı yaparak, şahsi ağırlatıcı nedenlerin sadece ilgili kişi açısından uygulanabileceği şeklindeki (benim de katıldığım) görüşü ileri sürmüştür. Akbulut, 209-213. Kanaatime göre de şahsi ağırlatıcı nedenleri sırf biliyor diye kendisinde bu neden bulunmayan diğer suç ortaklarına uygulamak doğru da değildir.

²⁰ Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", 107; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 484.

nı bilmiyorsa) kusurundan da bahsedilemeyeceği için fiili ağırlatıcı nedenin kendisine uygulanması mümkün değildir. Bu yöndeki irade ise icra hareketlerine başlamadan ya da en geç icra hareketleri yapıldığı anda bulunmalıdır. Ağırlatıcı nedenin varlığının fail veya şerik tarafından bilindiğinin kabulü için, onların bu nedenin varlığını kesin olarak bilmeleri gerekir; yoksa bunun gerçekleştirilebileceğini öngörmeleri yeterli değildir²¹.

TCK'nun 40. madde gerekçesinde "765 sayılı TCK'daki sirayete ilişkin hükümlerin bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. Yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olduğu (...); bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmadığı ve ağırlatıcı nedenlerin kişisel veya fiili olarak ayrıma tabi tutulmasının bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olduğu" şeklindeki açıklamalara katılmak mümkün değildir.

5237 sayılı TCK'nun iştirak ile hükümlerinin esinlendiği Alman Ceza Kanunu bağlılık kuralını benimsemekle birlikte, sirayet konusunu açık bir hükümle düzenleme gereği duymuştur. Ayrıca bilimsel camiada ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin kişisel veya fiili olarak ayrıma tabi tutulması öteden beri yapılagelmektedir²². Kaldı ki, Alman Ceza Kanunu'nun (ACK) 28. paragrafının ikinci fıkrasında da şahsi ağırlatıcı ve hafifletici nedenler şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Katı bağlılık kuralını yumuşatmaya yönelik bir istisna olarak kabul edilen bu hükme göre; "şahsa bağlı özel nedenlerin cezayı ağırlaştırdığı veya hafiflettiği veya cezayı ortadan kaldırdığına ilişkin kanunda bir hüküm bulunan hallerde, bu düzenleme sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleştirmiş bulunan suç ortağı (fail veya şerik) hakkında uygulanır."²³

Ayrıca kanunumuzda sirayet konusunun açık bir hükümle düzenlenmiş olmasının, doktrinde görüş ayrılıklarına neden olduğu gibi uygulamada da çelişkili kararların verilmesine yol açtığını da belirtmek gerekir²⁴.

²¹ CGK'nun 27.10.1986 tarihli kararı için bkz. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 484.

²² Marinucci-Dolcini, Manuale di diritto penale, 335; Antolisei, Manuale di diritto penale parte generale, 442, 529; Garofoli, Manuale di diritto penale, 670; Mantovani, Dirittopenale, 420; Dönmezer-Erman, II, 343; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 482-483; Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş, Ankara, 2011, 262-263; Özgenç; Türk Ceza Hukuku, 478; Alman doktrini ve uygulaması da şahsi ve fiili ağırlatıcı nedenler ile hafifletici nedenler ayırımını yapmaktadır. Bu konuda ölçütler için Roxin Claus, Strafrecht, AT/II, Beck, München, 2003, § 27, Kn. 28 vd.'dan Erman Barış, "1. Ceza Dairesi Kararlarına İlişkin Değerlendirme" Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu 2011, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları N. 17, İstanbul, 2011, 54.

²³ Fischer Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57, Aufl. Beck, München, 2010, § 28, K.n. 2'den Erman Barış, a.g.e., 54.

²⁴ Y. 1. C.D.'nin 23.07.2008 tarihli kararında azmettirenenden kaynaklanan şahsi ağırlatıcı nedenin faile sirayet edeceği kabul edilmiştir (E. 2007/9263,

Bağlılık kuralını benimsemiş olan Kanunumuzun, ACK'nun 28/2 paragrafında olduğu gibi sirayet açısından istisna²⁵ niteliğinde bir hükme yer vermemiş olması nedeniyle, şahsi ağırlatıcı nedenlerin sadece failden (bunun varlığını bilen) şeriklere sirayet edebileceğini kabul etmek, buna karşılık şeriklerde bulunan şahsi ağırlatıcı nedenlerin faille sirayet edemeyeceğini (özellikle azmettirenin yalnızca kendisi açısından geçerli olan şahsi ağırlatıcı nedenden kendisinin dahi sorumlu tutulamaması)²⁶ ve müşterek failer açısından bağlılık kuralı olmadığı için şahsi ağırlatıcı nedenlerin hiçbir şekilde sirayet edemeyeceğini kabul etmek ne ceza hukuku ilkeleriyle, ne de adalet anlayışı ile bağdaşmaktadır²⁷. Ayrıca söz konusu görüş çerçevesinde şahsi hafifletici nedenlerin bulunması durumunda ne şekilde hareket edileceği de cevapsız kalmaktadır.

Yargıtayımız bazen 765 sayılı TCK zamanındaki sistemde olduğu gibi, şahsi ağırlatıcı nedenlerin hem failden şerike, hem de şerikten faile sirayet ettiği, bazen ise şahsi ağırlatıcı nedenlerin hiçbir şekilde sirayet etmediği sonucuna ulaşarak çelişkili kararlar vermiştir.

Sonuç olarak, kanaatime göre, kanun koyucunun suça iştirakte suça etki eden nedenlerin sirayet konusunu açık bir hükümle düzenlemesi, bu konudaki görüş ayrılıklarını ve çelişkili kararların verilmesini önleyeceği için en

K. 2008/6219). Y.1. C.D.'nin 16.12. 2009 tarihli kararında ise azmettiren kaynaklanan şahsi ağırlatıcı nedenin faile sirayet etmeyeceği kabul edilmiştir (E. 2009/2628, K. 2009/7796).. Benzer bir kararda (Y. 1. CD. 28.09.2009 tarihli, E. 2008/ 10045, K. 2008/5418) eşini öldürtmek isteyen bunun için bir aracı vasıtasıyla üçüncü bir kişiyi azmettiren kişiye, eşin öldürülmesinden kaynaklanan ağırlatıcı neden uygulanırken, aracı azmettiren ve suçun asıl failine böyle bir şahsi ağırlatıcı neden bulunmaması nedeniyle uygulanmamıştır. Aynı yönde diğer kararlar (Y. 1.C. D. 23.02.2010, E. 2010/629, K. 2010/1053; Y. 1. C. D. T. 07.04.2009, E. 2008/9190, K. 2008/1928; Y. 1. CD. T. 25.10.2007, E. 2006/4960, K.2007/7805; Y. 1. C.D. T. 10.02.2010, E. 2009/2844, K. 2010/758.

²⁵ Bu istisna hükmü, katı bağlılık kuralını yumuşatmaya yönelik olarak düzenlenmiştir. Fischer Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57, Aufl. Beck, München, 2010, § 28, K.n. 2'den Erman Barış, a.g.e., 54.

²⁶ Şeriklerin sorumluluğunun bağlılık kuralı gereğince suçun asıl failinin failine göre belirleneceği anlayışı kabul edildiğinde, azmettirenin sadece kendisi açısından geçerli olan şahsi ağırlatıcı nedenden dolayı, bu neden faile sirayet edemeyeceği için azmettiren de (azmettiren failin failine bağlı olarak sorumlu olduğundan) sorumlu tutulamamaktadır. Koca-Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 436. Buna karşılık Hakeri, bağlılık kuralı ve kusur prensibi gereğince, bilmesi şartıyla, gerek failde bulunan nitelikli hal azmettiren ve yardım edene, gerekse azmettiren ve yardım edende bulunan nitelikli hallerin faile sirayet edeceğini kabul etmektedir. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 484.

²⁷ Nitekim bu görüşü ileri süren yazarlar dahi, bu şekilde kabulün adalet duygusunu incittiğini belirtmişlerdir. Koca-Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 383.

doğru çözüm yolu olacaktır²⁸. Kanun koyucu bu konuda iki seçenektan birini tercih edebilir: Alman Ceza Kanunu'nun 28/2. maddesinde olduğu gibi cezayı arttıran, hafifleten ya da ortadan kaldıran şahsi nitelikli nedenlerin ancak kendisinde bu neden bulunan kişilere uygulanabileceğine ilişkin düzenleme ile şahsi nitelikte olan nedenlerin hiçbir şekilde diğer suç ortaklarına uygulanmayacağını ya da şahsi ağırlatıcı nedenlerin bilme ve suçun işlenmesinde etkili olması, fiili kolaylaştırması şartıyla uygulanabileceğine ilişkin bir diğer düzenleme şekliyle şahsi nitelikte olan ağırlatıcı nedenlerin diğer suç ortaklarına uygulanabileceğini, buna karşılık cezayı hafifleten veya kaldıran nedenlerin kendisinde bu neden bulunmayan diğer suç ortaklarına uygulanmayacağını benimseyebilir.

²⁸ Akbulut da en doğrusunun tüm tereddütleri ve eleştirileri kaldıracak şekilde kanunda değişiklik yapmak olduğunu belirtmiştir. Yazar ACK'nun 28/2. Maddesindeki kişisel nitelikteki nedenlerin (arttıran, kaldıran veya azaltan) ancak kendisinde bulunan kişiye uygulanacağına ilişkin hükmün benzeri şekilde bir düzenlemeye gidilebileceğini önermiştir. Akbulut, 213.

Kaynakça

- Akbulut Berrin, "Bağlılık Kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV, 2010/1.
- Aydın Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin, Ankara, 2009.
- Cadoppi Alberto-Veneziani Paolo, Manuale di diritto penale, Cedam, Padova, 2006.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2009.
- Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul, 2007.
- Dönmezer Sulhi - Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, II, 12. Bası, Beta, İstanbul, 1999.
- Erdem Mustafa Ruhan, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 5, 2005.
- Erman Barış, "1. Ceza Dairesi Kararlarına İlişkin Değerlendirme" Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu 2011, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları N. 17, İstanbul, 2011.
- Evik Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul, 2011.
- Evik Vesile Sonay, "Suça Etki Eden Nedenler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul, 2007/2.
- Garofoli Roberto, Manuale di diritto penale parte generale, Giuffrè, Milano, 2006.
- Hafizoğulları Zeki – Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A, Ankara, 2011.
- Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2011.
- Hakeri Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", Ceza Hukuku Dergisi, yıl 1, sayı 1, Seçkin, 2006.
- İçel Kayıhan-Evik Ali Hakan, İçel Ceza Hukuku, Beta, İstanbul, 2007.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", IHFM, cilt LXIII, sayı 1-2.
- Mantovani Fernando, Diritto penale parte generale, Cedam, Padova, 2007.
- Özbek Veli Özer - Kanbur Nihat M. -Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Ankara, 2011.

Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Seçkin, Ankara, 2006.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, Beta, 2. Bası, İstanbul, yayın yılı yok.

Özgenç İzzet, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Seçkin, Ankara, 2004.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2010.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2006.

Öztürk Bahri - Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara, 2011.

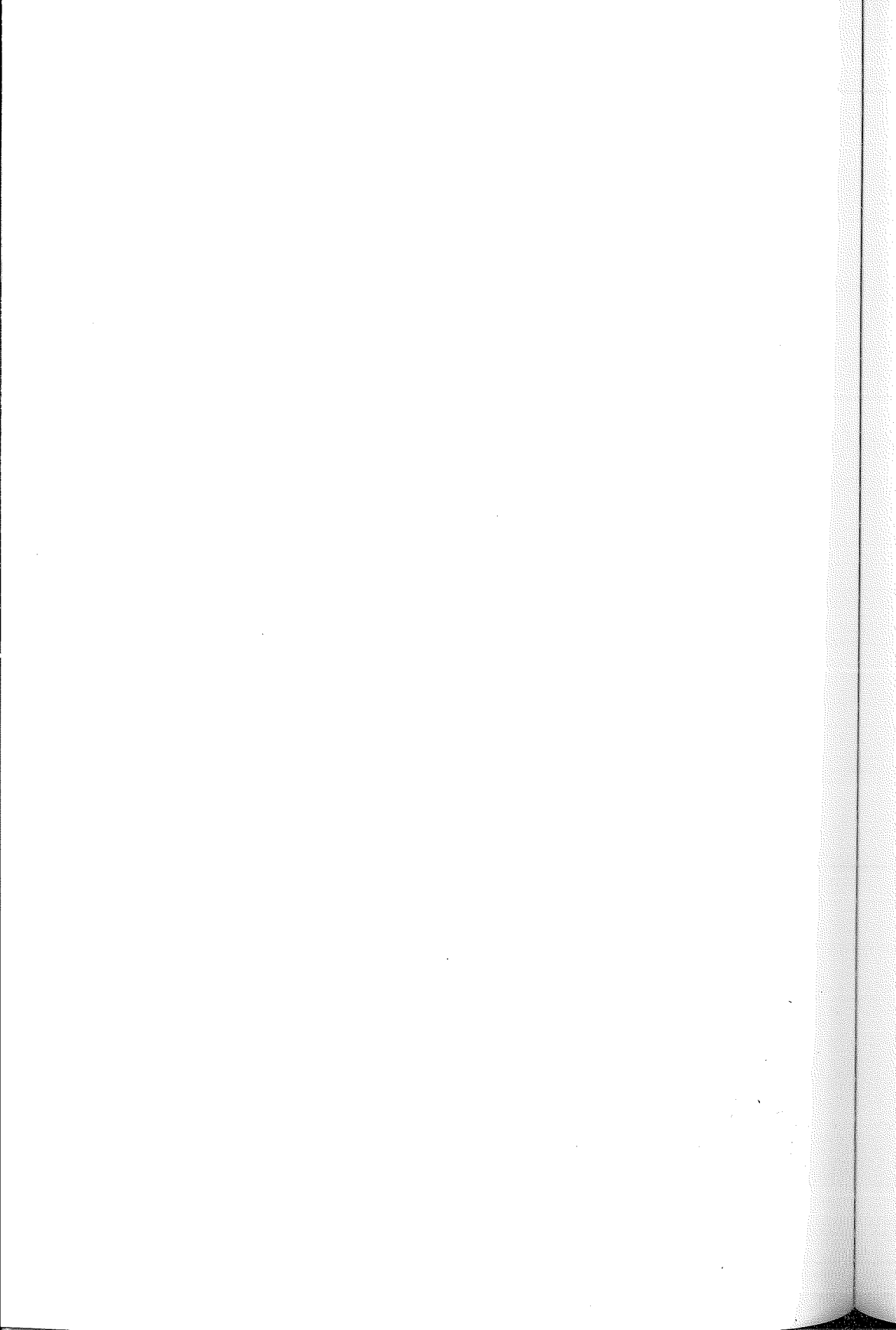
Soyaslan Doğan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2005.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş, Ankara, 2011.

Ünver Yener, "YTCK'da Kusurluluk", Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin, Ekim, sayı 1, 2006.

Yıldız Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.

Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2011.



Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları *

(Illegal Evidence in Criminal Procedure Law)

Muharrem ÖZEN **
Mustafa ÖZEN ***

Özet: Bu çalışmada Ceza Muhakemesi Hukuku'nda önem taşıyan delil yasakları konusu ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle hukuka aykırılık kavramı incelenmiş, ardından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmasında yasağına değinilmiştir. Hukuka aykırılığın kapsamı hangi durumda elde edilen delillerin delil yasakları kapsamına gireceği, hangilerinin girmeyeceğini incelemek suretiyle ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Çalışmada son olarak delillerin uzak etkisi konusu ele alınarak "zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir." kuramına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi Hukuku, Delil Yasakları, İspat, Hukuka Aykırılık, Tesadüfen elde edilen delil, Delillerin uzak etkisi (Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir.)

Abstract: *This study examines in detail the notion of illegal evidence, a very important subject matter of criminal procedure law. In this regard, primarily the notion of illegality shall be considered and then the prohibition of the use of illegal evidence shall be discussed. The conditions of the illegality of evidence shall be explained in detail. Finally, the distant effect of evidence shall be considered and the concept of "fruit of a poisonous tree is also poisonous" expression shall be explained.*

Keywords: *Criminal procedure law, illegal evidence, proof, illegality, accidentally obtained evidence, distant effects of the evidence (fruit of the poisonous tree).*

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibarıyla güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** Ar. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: mustafaozen_33@yahoo.com

I. Giriş

Delil, yargılama makamlarının yargılama görevlerini yerine getirirken kullandıkları araçtır.¹ Bir başka ifadeyle, yargıcın yapmış olduğu yargılama sonucunda olayın çözümüne katkı sağlayan ve böylece şüphelinin suçu işleyip işlemediği yönünde yargıçta kanaat uyandıran araçlara delil denir.² Bir ceza uyumsuzluğunun bir maddi bir de hukuki yönü vardır. Maddi yönü, hukuki uyumsuzluğun konusu olan olayın gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise suç teşkil edip etmediği, suç teşkil ediyorsa bunun sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin araştırılmasını kapsar.³ Hukuki yönü ise, sanığın işlemiş olduğu fiilin tipiklik açısından değerlendirilmesidir. Öyle ise hukuki yönde, fiilin suç teşkil edip etmediğinin, eğer suç teşkil ediyorsa hangi suçu teşkil ettiğinin belirlenmesi gerekir.

Muhakeme hukuku açısından çok önemli olan delil, muhakeme hukuku süjeleri açısından 'ispat' olarak nitelendirilir. Aynı şekilde, yargıç açısından olayı 'sabit görme ya da görmeme' aracı ve nihayet, olay açısından da 'sübut bulma ya da bulmama' aracı olarak nitelendirilir.⁴

Delillerin bu önemli özelliği yanında, 'ceza muhakemesinde kullanılabilir' olması da önem taşımaktadır. Eğer, delil elde edilirken hukuka uygun bir şekilde elde edilmezse, bir başka ifadeyle hukuka aykırı şekilde elde edilirse bu delilin hükme esas alınmaması gerekir. Aksi takdirde, ceza muhakemesi sonucunda verilecek karar, ne adaleti ne de toplumun vicdanını tatmin eder. Bu husus, 4709 sayılı Kanunla 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrasında, '**Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez**' şeklinde düzenlenerek, Anayasal güvence altına alınmıştır. Aynı şekilde, 5271 sayılı CMK'nun 217. maddesinin ikinci fıkrasında, '**Yüklenen suç, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat olunabilir**' hükmüne yer verilmiştir. Yine, hukuka aykırı delil elde etme yasağına ilişkin olarak, 5271 sayılı CMK'nun 148. maddesinde, ifade almada ve sorguda yasak yöntemler düzenlenmiştir. Gerçekten, delil niteliği taşıyabilecek her türlü beyan, belge, belirti gibi delil araçlarının hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilmesi, 217. maddenin kapsamına girer ve bu nitelikte bir delil hükme esas alınamaz. Hükme esas alınacak delillerin hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilmemiş olması ilkesini incelemeye geçmeden önce, hukuka aykırı delil kavramı üzerinde durulacaktır.

¹ Nurullah KUNTER; Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 1998, s. 538., Rauf VERSAN; Evidence before International Court and Tribunals, Annals de la Fakulte de Droit d'Istanbul, XXXII/ No: 48, 1988, s. 137.

² Nevzat TOROSLU / Metin FEYZİOĞLU; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 167 - 168.

³ TOROSLU / FEYZİOĞLU; a.g.e, s. 168.

⁴ KUNTER; (1998), s. 538.

II. Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuk 'haklar' anlamına gelmektedir. Yapılan fiil ve işlemler hukuka aykırı olursa hukuken korunamazlar. Burada üzerinde durulması gereken önemli nokta, fiil ve işlemin Anayasaya veya kanuna değil, hukuka aykırı olmamasıdır. Çünkü hukuk, sadece kanunlarda güvence altına alınmış haklardan ibaret değildir. Hukuk devletin tam olarak uygulanması bağlamında, kanun hükümleri, Anayasa yanında evrensel hukuk ilkelerine de uygun olduğu takdirde hukuk kuralı özelliğine sahip olacağı söylenebilir.⁵ O halde, kanuna aykırılıkla hukuka aykırılık aynı anlama gelmemektedir. Hitler döneminde Almanya'da, Stalin döneminde Rusya'da, Mussolini döneminde İtalya'da, Franko döneminde İspanya'da ve Saddam döneminde Irak'ta kanun olmasına rağmen hukukun varlığından söz etmek zordu.

Bu itibarla, hukuk devleti, kanun devleti demek değildir. Hukuk devleti, sadece insanın insan olması hasebiyle doğuştan sahip olduğu hakları güvence altına alan, onlara işlerlik kazandıran ve bu hakların ihlal edilmesi halinde yaptırım uygulayan siyasal örgütlenmedir. İlerde ele alınacak olmakla birlikte kısaca belirtmek gerekirse, 4709 sayılı Kanunun 15. maddesiyle değişik Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrasına eklenen hüküm, delillerin kanuna aykırı elde edilmesinden söz etmektedir. Bu düzenleme, şekli gerçekliğe önem verdiğinden, hukuka aykırı / hakkı ihlal edici ve fakat kanuna aykırı olmayan bir hareket ile elde edilen delili yasadik delil olarak görmemektedir. Ancak Anayasanın ilgili hükmünü, lafzi anlamda değil pozitif hukuk anlamında anlamak gerekir.⁶

III. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Kullanılması Yasası

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hükme esas alınıp alınmayacağı konusu üzerinde geçmişteki tartışmalar günümüzde de şiddetini artırarak devam ettirmektedir. Bu konuda Kara Avrupası ile Anglo - Sakson hukukunun farklı ölçütlerden yola çıktıklarını ve bunun doğal sonucu olarak da farklı sonuçlara ulaştıklarını söylemek mümkündür.

Kara Avrupası hukuk sisteminde hukuka aykırı delilin hükme esas alınmayacağına temelinde insan hakları ile temel hak ve özgürlükleri koruma yatmaktadır. Anglo - Sakson sistemindeki temel dayanak noktası ise kolluk kuvvetlerini disiplin altına almaktır.⁷ Kısaca belirtmek gerekirse,

⁵ Hukuk devletin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2006, s. 55 vd.

⁶ Süha TANRIVER; Türk Medeni usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, Türkiye Barolar Birliği dergisi, Yıl 19, Sayı 65, Temmuz - Ağustos, 2006, s. 123.

⁷ Bahri ÖZTÜRK - Mustafa Ruhan ERDEM; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2005 s. 301.; Bahri ÖZTÜRK; Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 132.

amaç kolluk kuvvetlerini denetim altında tutmak olduğu zaman, polis disiplin altına alınmış yani bazılarının deyimiyile terbiye edilmiş ise, delil hukuka aykırı elde edilmiş olsa bile kullanılabilir, kolluk kuvvetleri terbiye edilmemişse, yani hukuk içinde tutulamamış ise, elde edilen delil, herhangi bir temel hak ve özgürlüğü zedeleyip zedelediğine bakılmaksızın kullanılmayacaktır. Bu konunun ne kadar belirsiz ve suiistimale açık olduğu ortadadır. Çünkü kolluk kuvvetinin hukuk içinde kalmasının ve tutulmasının ne zaman olmuş ve ne zaman olmamış sayılacağı kesinlik ve açıklıktan çok uzaktır.

Bireyin haklarıyla toplumun çıkarı karşı karşıya geldiğinde, ölçülülük ilkesi gereği denge kurulamazsa çok büyük tehlikelerin ortaya çıkabileceği açıktır. Sanığın korunduğu, mağdurun yeterince korunmadığı sistemde, mağdur, hakkını kendisi koruma yoluna gidebilecektir. Bu durum da suç ve ceza politikasına hizmet etmeyecektir.

Hukuka aykırı yöntemlerle ulaşılan delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda üç farklı görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşlerin birincisi, 'kesin kabul yaklaşımı'dır. Bu görüşe göre, eğer delil, yargılanan uyuşmazlık ile ilgili ise ve olayı açıklamakta faydalı ise bu delilin nasıl elde edildiğine bakılmaksızın hükme esas alınmalıdır. İkinci görüş, 'kesin ret yaklaşımı'dır. Bu görüşe göre, hukuka aykırı elde edilen delil, hiçbir şekilde hükme esas alınmamalıdır. Üçüncü ve son görüş, 'esnek yaklaşım'dır. Bu görüşe göre ise, hukuka aykırı elde edilen deliller, bazı durumlarda kullanılabilir bazı durumlarda kullanılmayacaktır.

Öğretide, her üç yaklaşımı savunan yazarlar bulunmaktadır. Yargıtay 1412 sayılı CMUK döneminde, esnek yaklaşım görüşünü benimsemekteydi.⁸

Kesin ret yaklaşımını savunan Yurtcan'a göre, kovuşturma ve soruşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller, sonucu etkileyebilecek nitelikte olsun olmasın, hiçbir surette, hükme esas alınmamalıdır. 5271 CMK'nun 217. maddesinin 2. fıkrası bunu açıkça düzenlemektedir.⁹ Esnek yaklaşımı savunan Öztürk'e göre ise, nisbi delil yasağı ihlal edilerek yani sonucu etkilemeyecek, önemsiz hukuka aykırılıklar sonucu elde edilen deliller, hükme esas alınmalıdır.¹⁰

⁸ Yargıtay, 4. C.D., 3. 10. 1994 / 7351, K. 1994 / 7693, Y.K.D., Eylül, 1995, s. 1476- 1478., www.Kaltons.co.uk Illegal Ev htm, The house of Lords in Rv Sargent, Judges Reserve Their Right To Allow Illegally Obtained Evidence.

⁹ Erdener YURTCAN; Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı. İstanbul, 2005, a.g.e. s. 428. John SPRACK, Emins On Criminal Porcedure, 5 th Edition, 1992, London, www.Kaltons.Co.Uk. Illegal Ev htm, Reserve Their Right To Allow Illegally Obtained Evidence, Judges right to allow illegal evidence.; Uğur ALACAKAPTAN; Delil Yasakları, Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan, s. 523.

¹⁰ Bahri ÖZTÜRK - Mustafa Ruhan ERDEM; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1999, s. 549., aynı yönde görüş için yukarıda belirtilen Y.K.D, Eylül, 1995, s. 1476- 1478'de yer alan karara bakınız.

IV. Hukuka Aykırılığın Kapsamı

Bir hukuk devletinde kural, bütün eylem ve işlemlerin hukuka uygun yapılması, hukuka aykırı eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olmasıdır. Ancak bütün eylem ve işlemlerin hukuka uygun olması her zaman mümkün olmamaktadır. Hukuka aykırı eylem ve işlemlerin bazılarının hukuka aykırılıkları ağır olabilmekte, bazıları hafif ve hatta sonuca bile etki etmeyecek kadar önemsiz olabilmektedirler.

Bu konuda hak ihlalinin niteliği önem taşımaktadır. Haklar, mutlak ve nisbi olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Delil yasakları bu hakların niteliği üzerine inşa edilmekte; mutlak ve nisbi delil yasakları şeklinde ayrıma gidilmektedir.¹¹

Hangi hukuka aykırılıkların mutlak ve hangilerinin nisbi oldukları konusunda kanunumuzda bir açıklık yoktur. Öğretide, delil yasakları konusunda birden çok görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, delil yasakları; mutlak delil yasakları ve nisbi delil yasakları olarak ikiye ayrılarak incelenmelidir.¹² Nisbi haklar, kamu yararı kavramına göre değerlendirilmektedir.¹³ Kamu yararı kavramı, iki temel ölçüt esas alınarak birlikte değerlendirilmektedir. Bu iki temel ölçüt, hakkın niteliksel üstünlüğü ve sayısal üstünlük ölçütleridir. Bu iki ölçütün birlikte bulunması halinde, elde edilen delil herhangi bir hak ihlal edilerek elde edilmiş olsa bile kullanılabilir. Suçun topluma verdiği zarar ile, delillerin toplanması için uygulanan yöntemlerin topluma verdiği zarar, karşılaştırılarak değerlendirilmesi gerekir.¹⁴

Bir başka görüşe göre, delil yasakları; Alman Federal Mahkemesi tarafından ortaya atılan haklar çevresi görüşüne göre değerlendirilmelidir. Bu görüşe göre, hukuka aykırı elde edilen deliller, hakkı ihlale uğrayan kişinin haklar çevresine önemli ölçüde zarar vermiş ise kullanılamayacak; ihlal, kişi için en az önemsiz ya da önemsiz ise kullanılabilir.¹⁵ Bize göre, bu ölçüt yeterli değildir. Her şeyden önce, kişinin haklar çevresinin nerede başlayıp nerede bittiğini belirlemek oldukça zordur. İkinci olarak, haklar çevresinin önem derecelendirmesi yapılırken, tutarlı ve hakkaniyet ölçüsünü zedelemeyecek bir ölçü koymak neredeyse imkânsızdır.

Bu konudaki görüşlere yer verdikten sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemelerden yola çıkarak, hangi durumlarda elde edilen delillerin delil yasakları kapsamına gireceği hangilerinin girmeyeceğini ele almak isabetli olacaktır.

¹¹ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 551.

¹² ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 553.

¹³ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 551.

¹⁴ Feridun YENİSEY; İnsan Hakları Açısından, Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade alma, A.Ü.H.F.D, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Mart - Haziran, 1995, s. 131.

¹⁵ YURTCAN; (2005), s. 254.

1. Tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmaması üzerine elde edilen deliller

Tanıklıktan çekinme hakkı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45. maddesinde düzenlenmiştir. Yine bu maddeyle bağlantılı olarak 48. maddede, kendisi veya yakınları aleyhine tanıklık yapmaktan çekinme hakkı düzenlenmiştir. 45. maddede, tanığın tanıklık yapmaktan çekinebileceği kişiler tek tek sayılmıştır. Gerçekten insan, biyolojik yapısı gereği duygusal bir yaratılışa sahiptir. Kendisi için çok yakın hisler beslediği kişiler hakkında, ceza soruşturması veya kovuşturmasına tabi tutabilecek bilgileri, maddi veya manevi baskı altında olmadan ya da hislerinin tesiri altında kalmadan yargılama makamlarına vermesi çok zordur. Bu açıdan yasa koyucu, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin, hiçbir şüpheye veya tereddüde imkân vermeden (haklar ihlal edilmeden) ortaya çıkabilmesi için, tanıklıktan çekinme imkânı getirmiştir. Aynı şekilde Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında, "*hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" kuralı da bunu doğrulamaktadır.

Bu durum aynı zamanda, delil yasakları kapsamında da ele alınmalıdır. Çünkü, tanıklıktan çekinme hakkının temelinde gerçeğe uygun delil elde etme yatmaktadır. Ancak böyle bir delil, delil olma değerine sahiptir. Bu imkân ve hak, sanığın lehine konulmuştur. Bu hakka uyulmadan delil elde edilirse, hukuka aykırı elde edilmiş kabul edilmeli ve dolayısıyla kullanılmamalıdır.¹⁶ Yemin verilmesi gerekirken yemin verdirilmeden tanık dinlenmesi halinde, yeminin sadece hâkimde delile güveni arttırıcı bir özellik taşımasından dolayı, yasak delil kapsamında olmaması gerekir.¹⁷

2. Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık

CMK'nun 47. maddesinde, tanık tarafından verilen devlet sırrı niteliğindeki bilgilerden, ancak, yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan kısımlarının tutanağa geçirileceği düzenlenmiştir. CMK'nun 47. maddesi kapsamına giren bir kamu görevlisinin, izinsiz tanıklık yapması halinde yaptığı beyan geçerlidir.¹⁸ Çünkü bu madde, memurların sır saklama yükümlülüğünü ve dolayısıyla sırları, ancak yetkili memurun izniyle açıklayabileceğini belirtmektedir. İzinsiz açıklama yapmakla sır, sır olmaktan çıkmıştır. Artık kullanılmasında sakınca kalmamıştır.¹⁹ Aslında, 47. madde emredici bir hükümdür. Emredici bir hükmün ihlali, CMK'nun 288. maddesinde belir-

¹⁶ Nur CENTEL - Hamide ZAFER; Ceza Muhakemesi Hukuku, 2005; İstanbul, s. 213.; Seydi KAYMAZ; Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, 1997, Ankara, s. 218

¹⁷ CENTEL - ZAFER; (2005), s. 213.

¹⁸ YURTCAN; (2005), s. 254.

¹⁹ YURTCAN, (2005), s. 254.

tildiği gibi, temyiz nedeni olan bir hukuka aykırılık niteliği taşır. Ayrıca, sırrın açıklanmış olması, o sırrın açıklanmaması durumunda korunmak istenen hukuki yararı korunmaz hale getirmiş olmaktadır.

3. Bilirkişilik

Bilirkişilik, ceza muhakemesinde önemli bir delil elde etme aracıdır. CMK'nun 66. maddesinin 6. fıkrasında, bilirkişilerin; mağdur, şüpheli ve sanığa doğrudan doğruya soru sorabilme imkânı getirilmiştir. Bilirkişiler, bu hakkını kullanırken, kişinin özgür iradesini sakatlayıcı her türlü hareketten uzak durmaları gerekir. Gerek maddi ve gerekse manevi zorlama veya aldatma niteliği taşıyabilecek her türlü özgür iradeyi sakatlayıcı hareket, delili hukuka aykırı hale getirecektir.²⁰

4. Şüpheli veya sanığın beden muayenesinin yapılması ve vücudundan örnek alınması

CMK'nun 75. ve devamı maddelerinde, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla şüpheli veya sanığın beden muayenesinin yapılması ve vücudundan örnek alınması düzenlenmiştir. Bu madde, delil elde etme açısından oldukça tartışmaya açık bir hükümdür. Şüpheli veya sanığın kendi vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde ne olacaktır? Bu konuda, yasada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunun düzenlemesine göre, şüpheli veya sanığın sağlığı açısından hiçbir sakınca doğurmayacağı konusunda yetkili sağlık kuruluşundan alınan rapor üzerine, hâkim tarafından karar verilmesi halinde, ilgili kişinin rızası olmadan örnek alınabilecek ve bu, delil olarak kullanılabilir. Böyle bir durumda elde edilen delil, CMK'nun 217. madde karşısında nasıl değerlendirilecektir? Bize göre, kanun koyucu bu maddeyi koyarken, yukarıda bahsetmiş olduğumuz iki ölçütü temel alıp kamu yararını kişi yararına üstün tutmuştur. Ancak bize göre, CMK 75. maddedeki düzenleme mutlak haklar kapsamına girmektedir. Çünkü savunma hakkı mutlak bir haktır ve bu nedenle bu maddenin uygulanması dolayısıyla elde edilen deliller kullanılmamalıdır.

5. Yer gösterme

5271 sayılı CMK'nun 85. maddesinde düzenlenen yer gösterme işlemi, aslında bir nevi ifade alma şeklidir. Bu nedenle, ileride CMK'nun konuyu düzenleyen 147. maddesinde değinileceği üzere, ifade alma ve sorgu esnasında uyulması gereken kurallara yer göstermede de uyulması gerekmektedir. Yer gösterme işlemi yapılırken, şüpheli veya sanığa 147. maddedeki haklarının hatırlatılmaması ve bunun üzerine delil elde edilmesi halinde, elde edi-

²⁰ Bahri ÖZTÜRK – Mustafa Ruhan ERDEM; Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Bilgiler), 2006, Ankara, s. 321.

len söz konusu deliller, yasak delil konumunda olmalıdır.²¹ Son olarak belirtmek gerekir ki, 85. maddenin 2. fıkrası ‘Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafii de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir’ şeklinde düzenlenmiştir. Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ifadesi, göreceli bir durum olup, amacı aşan bir uygulamaya yol açabilecek niteliktedir. Bu fıkra-dan anlaşılması gereken, bu fıkranın istisna teşkil ettiği, dolayısıyla, soruşturmaya geciktirecek hallerin somut ve ikna edici bir delil ile kanıtlanmaması halinde, müdafii yer gösterme işleminde hazır bulunmaması sonucu elde edilen delil hukuka aykırı kabul edilmelidir.

6. Ölünün Muayenesi ve Otopsis

CMK’nun 87. maddesinde ‘ölünün muayenesi ve otopsi, hâkim huzurunda ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı huzurunda, biri adli tabip veya patolog olmak şartıyla iki hekim tarafından yapılır’ denmektedir. Bu muayenede adli tabip yerine hemşire bulunmuş olması halinde, ne olacaktır? Bu durumlarda elde edilen delillerin kullanılması gerekir. Zira, yapılan hatalar çok önemli olmayıp, usule ilişkin bazı önemsiz hatalardır. Ancak, sonucu etkiler nitelikte olursa, örneğin, hekim yerine hemşirenin muayene veya otopsiye katılması ölüm nedeninin tespiti açısından sonucu ciddi anlamda değiştirebilecek nitelikte olursa, bu raporlar kullanılmamalıdır. Örneğin, eğer, uzman bir doktor otopsiye katılmış olsaydı, verilecek raporun, cezai sorumluluk açısından farklı bir sonuç doğurabileceği yüksek bir ihtimal dâhilinde olduğu kanaati oluşursa, uzman olmayan bir doktor veya hemşirenin raporu yasak delil kapsamında değerlendirilmelidir.

7. Yakalanan Kişiyi Haklarının Hatırlatılmaması

5271 sayılı CMK’nun 97. maddesine göre, yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kol-luk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır. Bu düzenlemeye göre, yakalanan kişilere, bazı hakların hatırlatılması gerekmektedir. Bu haklar hatırlatılmadan alınan ifadeler, hukuka aykırı alındığı için, yasak delil niteliğinde değerlendirilmelidir.

8. Yakalama Emri Düzenleme Yetkisi Olmayan Kişilerin Yakalama Emri Düzenlemesi

CMK’nun 98. maddesinin birinci fıkrasında yakalama emri, ‘Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halin-

²¹ CENTEL – ZAFER; (2005), s. 188.

de, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir' şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kolluk amirlerinin, 'çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında', yakalama emri düzenleme yetkisi yoktur. Düzenlemeleri üzerine şüphelinin gelmesi veya zorla getirilmesi üzerine alınan bilgiler, yasadik delil kabul edilmelidir. Ancak hemen belirtelim ki, Jandarmanın (JTGY m. 36) davet üzerine gelmeyen kişiyi gereği zorla getirme hakkı bulunduğundan, bu durumda yasadik delil söz konusu olmayacaktır.

9. Arama ve Elkoyma

CMK'nun 116. ve 117. maddelerinde şüpheli, sanık veya diğerk üçüncü kişiler hakkında yapılacak aramalara ilişkin temel esaslar düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanık ile üçüncü kişilere ilişkin yapılacak aramalar, ancak, suç delillerinin elde edilebileceği veya sanığın ya da şüphelinin yakalanabileceği hususunda makul şüphenin bulunması amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yapılabilir. Bu düzenlemeye göre, eğer, suç delillerinin elde edilebileceği veya sanığın ya da şüphelinin yakalanabileceği hususunda makul şüpheden bulunmadan yapılan aramalar sonucunda elde edilen delillerin varlığı halinde bu deliller, hukuka aykırı olacaktır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, 'makul şüpheden' ifadesi, muğlak ve dolayısıyla yoruma açık olup, denetiminin zoracağı açıktır. Makul şüphenin somut delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, hâkim kararı olmadan veya gecikmesinde sakınca bulunan haller bulunmadan Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yapılan aramalardan elde edilen deliller hukuka aykırıdır olacaktır.²² Nitekim Yargıtay yakın tarihli bir kararında, hakim kararı olmadan yapılan arama neticesinde elde edilen delilin kullanılamayacağına hükmetmiştir.²³ Yetkili hakim veya yetkili Cumhuriyet savcısı tarafından verilse bile, usulüne uygun verilmeyen karar üzerine elde edilen delil hukuka aykırı olur.²⁴ Son olarak, CMK'nun 126. maddesine işaret etmek gerekmektedir. Bu hükme göre, **'şüpheli veya sanık ile 45 ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kişilerin nezdinde bulunan elkonulamaz'**. Bu düzenlemeye göre, arama sonucunda ulaşılan deliller (mektup, belge vb) şüpheli veya sanıkla tanıklıktan çekinme hakkına sahip olunan kişiler arasındaki bir ilişkiye ait ise, bu belgelere el konulamayacaktır. El konulduğu zaman, bu belgelerin nasıl geri verileceği veya verilmez ise, delil olarak kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin açık bir hüküm konulmamıştır. Bize göre, bu belgeler, savunma hakkının bir parçası olmasından dolayı, hiçbir surette delil olarak kullanılamamalıdır.

²² www.cbsnews.com/stories/2003/09/30/national/main_575782.shtml

²³ www.Polisiye.com, 22.02.2006., 'somut olayda zanlının, evinin damında hint ken-eviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine eşinin rızası ile hakim kararı olmaksızın arama yapılması sonucunda elde edilen delilin kullanılamayacağı...2.

²⁴ KAYMAZ; (1997), s. 143.

10. İletişimin Dinlenmesi, Tespiti ve Kayda Alınması

CMK'nun 135. maddesinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin koşulları düzenlenmiştir.²⁵ Özellikle suç örgütleriyle mücadele edebilmek için getirilmiş olan bu maddenin 2. fıkrası, yasak delil bakımından önemlidir. 5353 sayılı Kanunla değişik bu hükme göre, *'şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişim kayda alınmaz. Kayda alınma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir'*. Bu düzenleme karşısında, şüpheli veya sanığın CMK'nun 45 ve 46. maddelerinde düzenlenmiş olan tanıklıktan çekinme halleri kapsamına giren kişilerle yaptıkları konuşmaların dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması suretiyle elde edilen bilgiler, delil olarak kullanılamayacaktır.

11. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

5271 sayılı CMK'nun 138. maddesinde arama, elkoyma ile iletişimin denetlenmesi koruma tedbirlerinin uygulanması esnasında hakkında koruma tedbiri uygulanan kişi dışında üçüncü kişilere veya hakkında tedbir uygulanan soruşturma konusu suç dışında başka bir suça ilişkin delilin elde edilmesi durumunda, ceza yargılamasında tesadüfen elde edilen bu delilin geçerli olup olmayacağı ilk defa hükme bağlanmıştır.

Gerçekten CMK'nun 138. maddesine göre,

"(1) Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

(2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci Maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir".

1. fıkra kapsamına giren bir delilin akıbetinin ne olacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bize göre, delilin muhafaza altına alınması ve durumun savcılığa bildirilmesi dikkate alındığında, aramaya konu olmayan ve fakat başka bir suçun işlendiği izlenimi veren bir delil elde edilirse, kullanılabilir. Çünkü, bu delil, ilk olarak, aleyhine delil oluşturacak kişinin özgür iradesini sakatlamadan elde edilmiştir. İkinci olarak, geçerli bir arama üzerine elde edilmiştir.

²⁵ Bu konuda bkz. Muharrem ÖZEN, İletişimin Denetlenmesi, s. vd

2. fıkra kapsamına giren bir durum söz konusu olduğunda, ulaşılan delil, 135. maddenin 6. fıkrasında sayılan katalog suçlara ilişkin ise, delil olarak kullanılabilir. Ancak, 6. fıkrada sayılmayan suçlara ilişkin ise kullanılması mümkün değildir.²⁶ Başka bir suçta başlangıç delili olarak da kullanılmamalıdır. Çünkü, CMK açıkça anılan maddenin 6. fıkrasında sayılan katalog suçlar için, iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınmasını hukuka uygun saymıştır.

12. İfade veya Sorgu Yöntemi

CMK'nın 147. maddesinde şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesinde uyulması gereken hususlar düzenlenmiştir. 147. maddedeki belirtilen usuller çerçevesinde, sanığa bu maddede yer alan haklarının hatırlatılmamasının sonucu elde edilen delillerin, delil elde etme yasağı kapsamına girip girmeyeceği tartışmalı bir konudur. Bu konuyu incelerken, 1412 sayılı Kanun döneminde öğretilen ileri sürülen görüşler ve uygulamada verilen kararlara yer verilecektir.

Bu konuda bir görüşe göre, sanığa bu hakların daha önce hatırlatılmış olmasına rağmen, sanık daha önceki ifadelerini değiştirmiyorsa, bu delil hukuka uygundur.²⁷ Örneğin, daha önceden müdafii tarafından ya da hâkimin daha önceki sorgularında hatırlatılmış olması durumunda olduğu gibi. Diğer bir görüşe göre ise, 48. maddede, tanığın, 47. maddede belirtilen tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğu kişiler hakkında, ceza soruşturması veya kovuşturmasına neden olabilecek sorulara cevap vermeme hakkı olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, tanık lehine getirilmiştir. Sanık lehine getirilmiş bu düzenlemeye uyulmadan elde edilen delil, hukuka aykırıdır. 147. madde de sanık lehine getirilmiş bir düzenlemedir. Bu maddedeki hakların sanığa hatırlatılmaması üzerine elde edilen deliller yasak delil kapsamına girmelidir.²⁸

765 sayılı mülga TCK döneminde Yargıtay bu konuya ilişkin farklı kararlar vermiştir. Yargıtay'ın bir kararına göre, 135. (5271 sayılı CMK. m.147) deki düzenlenen haklar şüpheliye bildirilmeden 'sorgusu yapılmış' olur ve şüpheli de **'ikrar etmiş ve mahkûm olmuşa'** elde edilen delil hukuka aykırıdır ve hükme esas alınmaz'. Çünkü, 'hukuka aykırı delil ile hüküm arasında **nedensellik bağı** gerçekleşmiştir²⁹. **Bir başka Yargıtay kararına göre, '135. maddedeki hakları bildirilmemiş, sanık ikrar etmemiş** ve fakat buna rağmen mahkûm edilmiş ise, ikrar ve kabulü iç-

²⁶ Mustafa Ruhan ERDEM; Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 107.

²⁷ YURTCAN; (2005), s. 256.

²⁸ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 536., Yargıtay 4.C.D, 4.1. 1994, E. 94/ 70006, E. 94/ 10403, - Yargıtay 4. CD, 7.12. 1994, E. 94/ 8661, - K. 94/ 10682, YURTCAN; (2005), s. 256.

²⁹ Y.4.C.D., E.1995/6017, K. 1995/6940, T. 30.10.1995, YKD, Şubat 1996, Cilt 22, Sayı 2, s. 295 vd.

meyen delile dayanmaksızın, diğer delillere dayanılarak hüküm kurulmuştur. Her ne kadar sorgu hukuka aykırı ise de (haklar bildirilmediği için), bu sorgunun kurulan hüküm açısından **nedensel değeri ve gücü yoktur**³⁰. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, **sorgu ile hüküm arasında nedensellik bağı kurulduğu zaman** hükmün bozulabileceğini ifade etmiştir. Dikkat edilme- lidir ki, burada **sorgudan bahsedilmekte, ifade almadan** bahsedilme- mektedir. 4. Ceza Dairesi, 135. maddenin kamu düzenine ilişkin **emredici bir hukuk kuralı olmadığı**, aynı şekilde, CMK madde 254/2'nin de (5271 sayılı CMK m. 217/2), mutlak ve sınırsız bir biçimde değil, 320. maddenin (5271 sayılı CMK m. 301. Temyizde incelenecek hususlar) göz önüne alınarak, sınırlandırılarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Bu kararı eleştiren Yurtcan'a göre, mahkeme; 135. maddedeki hakların bildirilmemesi üzerine delil elde edilirse bu delili hukuka aykırı kabul etmekte, ancak, hükümde, bu delile dayanmadığı zaman, bu aykırılığı **sonuca etkili** saymayarak hükme esas almaktadır. Bu şekilde bir kabul, hukuka aykırı şekilde delil elde ederek yargılama yapmaya zemin hazırlamak anlamına gelir³¹.

Bir başka Yargıtay kararına göre, **'135. maddedeki hakları bildirilmemiş, sanık ikrar etmemiş ve beraat hükmü verilmiştir. Bu durumda, ne ikrar ne de beraat kararı söz konusudur. Hukuka aykırılığın nedensel gücü yoktur. 135. madde sanık yararına getirilmiş bir hüküm olduğundan, sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde, bozma kararı verilemez**³².

YCGK'na göre, **her şeyden önce, sorgu, sadece sanık lehine getirilmiş bir usul kurumu değil, maddi gerçeği bulmak için konulmuş kamusal niteliği de bulunan emredici bir usul kuralıdır.** Bu nedenle, beraat kararı halinde dahi, temyiz aşamasında, öncelikle, emredici usul kurallarının uygulanıp uygulanmadığı incelenmeli, uygulanmışsa, dosyanın içeriğine girilmelidir. **135. maddedeki emredici usul kuralına uyulmaması halinde, başka hususlar incelenmeksizin kararın bozulması gerekmektedir.**

YCGK'na göre, sanık poliste, savcılıkta ve sulh ceza mahkemesinde sorulanmış olsa ve duruşmada da müdafî hazır bulunsa bile, hakların yeniden hatırlatılması gerekir. YCGK'na göre, 135. maddedeki hakların hatırlatılmadan **ikrar elde edilmiş ise ve bu ikrara dayanılarak başka delillere**

³⁰ Y.4.C.D., E.1994/7351, K. 19954/7693, T. 4.10.1994, YKD, Eylül 1995, Cilt 21, Sayı 9, s. 1476.

³¹ Erdener YURTCAN; Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasası, Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 521.

³² Y.4.C.D., E.1995/7351, K. 19954/7693, T. 4.10.1994, YKD, Eylül 1995, Cilt 21, Sayı 9, s. 1478.

ulaşılması ise, bu başka deliller de (**uzak etkisi**) kullanılamaz³³. YCGK'na göre, 135. maddedeki hakların hatırlatılmadan duruşmanın açılmış sayılması (1412 sayılı CMUK. m. 236; 5271 sayılı CMK. m. 191)) mümkün değildir³⁴.

1412 sayılı CMUK döneminde, 135. maddenin **kamu düzenine ilişkin emredici bir hüküm olup olmadığı** konusu önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmanın özü; eğer, 135. madde, **kamu düzenine ilişkin emredici bir hüküm** olarak kabul edilecek ise, beraat kararı verilmiş olsun, sanık ikrar etmemiş olup buna rağmen hüküm kurulmuş ya da ikrar etmiş olup buna dayanarak hüküm kurulmuş olsun, ayırım yapmaksızın, beyan hukuka aykırı kabul edilecektir. Başka bir ifadeyle, **hukuka aykırı şekilde elde edilen delil ile hüküm arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığına** bakılmayacaktır. Eğer **kamu düzenine ilişkin emredici bir hüküm** olarak kabul edilmeyecek ise, hukuka aykırı şekilde elde edilen delil ile hüküm arasında **nedensellik bağının** bulunup bulunmadığına bakılacaktır.

Öğretide Öztürk'e göre, yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK'nun 135. ve 236. maddeleri emredici hüküm niteliğindedir. Bu açık hükme rağmen, aksi yönde karar verilmesi mümkün değildir. 236. madde (5271 sayılı CMK m. 191), hem sanığa yönelik hem de kamusal anlamda güvence sağlayan bir hükümdür. Sanığa güvence sağlamaktaydı. Çünkü, sanık bu maddedeki haklarını bilecek ve kendisi için en uygun seçimi yapabilecekti. Kamusal yönü ise, sanık belki de susma hakkından vicdanı rahatsız olacağı için vazgeçecek, suçunu ikrar edecekti. Böylece toplum için bir zararın kesilip atılmasını sağlayacaktı. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1966 yılında verdiği ve daha sonra geliştirdiği ünlü 'Miranda kararı' ile sanığa susma ve müdafî yardımından yararlanma hakkının hatırlatılmaması dolayısıyla elde edilen delillerin muhakemede kullanılamayacağını belirtmiştir.³⁵ Alman Yüksek Mahkemesi ve bazı Alman yazarlara göre, 135. maddeye karşılık olan Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 136. maddesi, **kamu düzenine ilişkin değil, düzenleyici bir hükümdür**. Bu nedenle, 135. maddeye aykırı yapılan işlemler, **mutlak surette geçersiz** sayılmamalıdır. Ayrıca temyize de konu olmamalıdır³⁶. Bazı yazarlara göre, 135. maddedeki **susma hakkının** önemine vurgu yapılmakta ve bu (**susma**) **hakkın mutlak değerlendirme** yasağı kapsamında olması gerektiği ileri sürülmektedir³⁷. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bazı kararlarında, ilk defa sorgulamada bu hakların hatırlatılmamasının çok ağır bir ihlal olarak görmekte, bu durumda alınan

³³ YCGK, 13.3.1995, 6-631/57, SAVAŞ, Vural – Sadık, MOLLAMAHMUTOĞLU; Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara, 1994. s. 749 vd.

³⁴ YCGK, 11.4.1994, 6-69/93, SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 762.

³⁵ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 553.; ÖZTÜRK – ERDEM (2006), s. 305. Amerikan Casebook Series, Hornbook Series and, Basic Legal Texts Nutshell Series of West Publishing Company, Minnesota 1986, s. 542 vd. (Aktaran: ÖZTÜRK, s. 533).

³⁶ Cumhuriyet ŞAHİN; Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirmeleri Sorunu, Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 348.

³⁷ ŞAHİN; a.g.m., s. 348.

ifadelerin kesinlikle kabul edilemeyeceğini, duruşma başlangıcında hatırlatılmaması halinde, nisbi temyiz nedeni kabul edilmesi ve bu hakların hatırlatılmaması ile hüküm arasında nedensellik bağlantısı yok ise, hükmün bozulmaması gerektiği belirtilmiştir³⁸. Öğretide Şahin'e göre, sorunun çözümü için, söz konusu maddenin muhakeme hukuku açısından önemine bakılmalıdır. Bu maddenin amacı, sanığın haklarından haberdar edilmesidir. Bu durumda, hazırlık soruşturmasında, 5271 sayılı CMK'na göre soruşturma evresinde, 135. maddedeki hakların hatırlatılmaması ve bunun neticesinde bir ikrar elde edilmesi durumunda, bu ikrar, insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesine aykırı olup hiçbir surette kullanılamaz³⁹.

Son soruşturma aşamasında, yani 5271 sayılı CMK anlamında kovuşturma evresinde, bu aşamaya gelinceye kadar defalarca sorgulanan sanık, haklarını öğrendiği varsayılacağına göre, duruşmada haklarının bildirilmemesi, insan haysiyeti ihlaline yol açmaz. Bu duruşmada sanığın 135. maddesindeki haklarının hatırlatılmaması, hükmün bozulmasını gerektirmez⁴⁰. Öğretide Yurtcan'a göre, bir kural, yargılamaya delil toplama kuralı ise (CMUK m. 135 gibi), bu kurala aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bu kural, sonuca etkili olmak ya da etkili olmamak şartına bağlanamaz. CMUK'nun 254/2. maddesi, 308. maddesini gerek bırakmayacak bir kuraldır. Bu nedenle, sonuca etkili olmak ya da etkili olmamak şartına bağlanmaksızın 254/2 uygulanmalıdır⁴¹.

CMUK'nun 254/2 değerlendirme yasağı, CMUK'nun 135/a maddesinde hem delil elde etme hem de değerlendirme yasağı getirmişken, CMUK'nun 135. maddesinde herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. 135. maddenin müeyyidesi, 254/2'dir⁴². Gerçekten, bu maddelerin 5271 sayılı Kanun'daki karşılığı olan 147. maddesinde, herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Oysa, CMK'nun 148. maddesinde, (1412 sayılı CMUK m.135/a) ayrıca yaptırım öngörülmüştür. Şahin'e göre, CMUK madde 254/2 ancak, sorgu dışındaki haller için uygulanabilecek, sorgu söz konusu ise, bu bakımdan özel bir düzenleme olan, 135/a. maddesi uygulanacaktır⁴³. Başka bir ifadeyle, CMUK'nun 135. maddesindeki haklar hatırlatılmadan sorgusu yapılmışsa, CMUK madde 254/2 uygulanacak, CMUK madde 135. maddedeki haklar hatırlatılmamış, ancak 135/a. maddesine aykırı davranılmışsa, 135/a maddesindeki yaptırım uygulanacaktır. Şahin'e göre, haklarını bilmeyen sanığa haklarının hatırlatılmaması aldatma kabul edilecek olursa (CMUK m. 135/a), mutlak delil yasağı ve mutlak temyiz sebebi olacaktır. Haklarını bilen sanık için ise, hukuka aykırı delil olmayacaktır⁴⁴.

³⁸ ŞAHİN; a.g.m., s. 349.

³⁹ ŞAHİN; a.g.m., s. 350.

⁴⁰ ŞAHİN; a.g.m., s. 350.

⁴¹ YURTCAN; a.g.m., s. 520.

⁴² ŞAHİN; a.g.m., s. 350.

⁴³ ŞAHİN; a.g.m., s. 353.

⁴⁴ ŞAHİN; a.g.m., s. 352.

Bize göre, sanığa 147. maddedeki hakların hatırlatılmaması halinde, doğabilecek sorun artık, 148. maddenin 4. fıkrasındaki, 'Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz' şeklindeki düzenleme ile ortadan kalkmıştır. Çünkü, 147. maddedeki hakları hatırlatılmasa ve bir avukat yardımında bulunmasa bile, kişi, ifade veya sorgusu yapılırken söylediği sözleri kovuşturma aşamasında reddetmeyip kabul etmesi, ifadesi alınırken veya sorgusu yapılırken, özgür iradesiyle hareket ettiğini göstermektedir.

CMK'nun 147. maddesi, sadece soruşturma evresine ilişkin getirilmiş bir kural değildir. Muhakemenin her aşamasına ilişkindir, yani hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde geçerli olan bir düzenlemedir. Çünkü CMK'nun 191. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde, sanığın 147. maddeye göre sorguya çekileceği belirtilmektedir. Ancak Yargıtay, bir Ceza Genel Kurulu kararında, son soruşturma safhasında, 5271 sayılı CMK anlamında kovuşturma evresinde, sanığa yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK şu anda yürürlükte bulunan 147. maddesine karşılık gelen 135. maddesindeki haklarının hatırlatılmamış olmasını, teknik anlamda sorgu saymayıp, sadece savunma olarak değerlendirmiş ve yine şu andaki kanunun 191. maddesine karşılık gelen 236. maddeyi göz ardı etmiştir.⁴⁵

5271 sayılı CMK döneminde de, 1412 sayılı CMUK dönemindeki tartışmalar önemini korumaktadır. Çünkü, 1412 sayılı CMUK'daki madde 135, 5271 sayılı CMK'daki madde 147, 1412 sayılı CMUK'daki madde 254/2, 5271 sayılı CMK'daki madde 217/2, 1412 sayılı CMUK'daki madde 236, 5271 sayılı CMK'daki madde 191 ile esas itibarıyla aynı olan içeriğe sahiptir.

13. İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller

CMK'nun 148. maddesi, şüpheli veya sanıktan alınan beyanın, bu kişilerin özgür iradelerine dayanması gerektiğini, özgür iradeyi sakatlayıcı işlemlerle elde edilen beyanların hukuka aykırı olacağını düzenlemektedir. CMK'nun 148. maddesi, beyan delili ile ilgilidir. Beyanın delil olabilmesi için beyanın beyanda bulunanın özgür iradesine dayanması gerekir.⁴⁶ Kişinin ifadesi alınırken, serbest iradesine olumsuz yönde etki edilmemelidir. Kişi sanık da olsa, iradesi zorlanarak delil elde edilirse, elde edilen delil, hukuka aykırı olur.⁴⁷ CMK'nun 148. maddesinde, *'İfade verenin ve sanığın ifadesi özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma,*

⁴⁵ Yargıtay C.G.K., 2.3.1992, 2.35/58

⁴⁶ Osman DOĞRU; International Human Rights Instruments – İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, İstanbul, 1998, s. 119.

⁴⁷ YENİSEY; (1995), s. 133.

bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahaleler yapılmaz. Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez' denilmektedir.

Bu madde ile muhatap alınan kişiler, kamu görevlileridir. Çünkü, ifade alma veya sorguya çekme işlemi yapacak kişiler, kamu görevlisidir. Bu durumda, kamu görevlisi olmayan kişilerin söz konusu yasak yöntemlere başvurarak delil elde etmesi halinde, bu delillerin kullanılıp kullanılmayacağı tartışması gündeme gelebilir. Bize göre, her ne kadar, bu madde doğrudan kamu görevlilerini muhatap olsa da, maddenin özü, iradeyi sakatlayan eylemlerin yasaklanmasıdır. Bir başka ifadeyle, şüpheli veya sanığın beyanlarının özgür iradeye dayanmasını sağlamaktır. Bu nedenle, özgür iradeyi sakatlayan fiillerin kim tarafından gerçekleştirildiğinin, hukuka aykırılığa bir etkisi olmamalıdır.⁴⁸ Bu maddede esas vurgulanmak istenen özgür irade olduğundan, şüpheli veya sanığın ikrarı, özgür iradesi ile elde edilmemişse delil olarak kullanılamayacaktır. Nitekim Yargıtay çok yakın sayılabilecek tarihli bir kararıyla, ikrarın özgür iradeyle alınıp alınmadığının araştırılmasını istemiştir.⁴⁹

Bu maddede gösterilen ve iradenin oluşumuna olumsuz yönde etki eden haller örnek olarak sayılmışlardır. Bu kelimelerin anlamlarının özellikle uygulayıcılar açısından, kendi öz anlamlarına uygun olarak anlaşılıp uygulanması oldukça zordur.⁵⁰ Ama yine de somut olarak, iradeyi zorlayan bazı durumları belirten kelimelerin anlamlarının açıklanması, özellikle uygulama açısından çok önemlidir. Son olarak belirtmek gerekir ki, 148. madde, 217. maddenin istisnası değildir. Bir başka ifadeyle, 148. madde, kural ve yaptırımını kendi ile sınırlandırmış bir hüküm değildir. 217. madde, 148. maddeyi de kapsayan genel emredici hükümdür.⁵¹

A. Kötü Davranma

Kötü davranma öğretide, sanığa bedensel veya ruhsal yönden acı çektirilmesi şeklinde tanımlanmıştır.⁵² Başka bir ifadeyle ifade alan ya da sorguya çeken kişinin müessir fiil şeklinde yaptığı davranışlardır. Bu davranışların mutlaka maddi nitelikte olması gerekmez. Sanığın ruh sağlığının bozulmasına yol açabilecek her türlü davranış bu kapsamdadır.⁵³ Hemen belirtmek gerekir ki, kötü davranma ile işkence fiili arasında sıkı bir benzerlik olduğu açıktır. Bu iki fiili birbirinden ayırmak kolay değildir. Maddi ceza hukuku

⁴⁸ CENTEL – ZAFER; (2005), s. 196.

⁴⁹ www.Polisiye.com, 22.02.2006.

⁵⁰ ÖZTÜRK –ERDEM; (1999), s. 541., ÖZTÜRK – ERDEM (2006), s. 306.

⁵¹ ÖZTÜRK – ERDEM; (2006) s. 305.

⁵² KAYMAZ; (1997), s. 95.

⁵³ YURTCAN; (2005), s. 156.

bakımından bu iki fiili birbirinden ayırmak zorunlu olsa da, hukuka aykırı delil açısından böyle bir zorunluluğa gerek duyulmayabilir. Çünkü, 148. maddede, işkence sonucu elde edilen deliller de hukuka aykırı kabul edilmektedir. Ancak bu iki fiil arasındaki farkı belirtmek gerekirse, kötü davranma ile işkence fiili arasında nitelik değil, zarar verici yöntemlerin derece / ağırlık farkı olduğu söylenebilir. Bu nedenle, örneğin, susuz bırakma uykuya engel olma, yüze tükürme, saçların yolunması kötü muamele olacaktır.⁵⁴

B. İşkence

Şüpheli veya sanıktan beyan elde etmek amacıyla sistematik bir şekilde yapılan ve sadece bedene yönelik olmayıp, ruhsal bütünlüğe de zarar veren her türlü acı ve ızdırap veren muamelelerdir.⁵⁵ İşkenceye karşı Birleşmiş Milletler sözleşmesine göre işkence, 'fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ızdırap veren fiildir'.

İnsanlık dışı muamele ile işkence arasındaki fark, bir ağırlık ve yoğunluk farkıdır.⁵⁶ Örneğin her insanlık dışı muamele veya onur kırıcı hareket işkence olabilir, fakat her işkence, insanlık dışı muamele veya onur kırıcı hareket olmayabilir. Bu ayırımdaki farklılığın tespiti, her olayın özelliklerine, yapılan muamelenin niteliğine, süresine, kişinin cinsiyetine, sağlık durumuna, eğitim düzeyine bakılarak değerlendirilmelidir.⁵⁷ İşkenceyi önlemek için uluslararası alanda yapılan antlaşmalardan biri de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesidir. Bu sözleşmenin 3.maddesine göre, '*Hiç kimse işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*'. Söz konusu maddeye aykırı bir muameleden söz edebilmek için, kişiye karşı yapılan insanlık dışı fiilin, belli bir ağırlıkta ve belli bir düzeyde olması gerekir.⁵⁸ Sanığa suçunu itiraf ettirmek için dövülmesi, şerefini rencide edebilecek davranışlarda bulunulması, işkence sayılmalıdır.⁵⁹ İşkencenin sadece sanığa değil, üçüncü kişilere yapılması durumunda da elde edilen bilgi, belge veya belirtiler kullanılamaz.⁶⁰ İşkence ve kötü muamelelerin önlenmesi için yasal

⁵⁴ KAYMAZ; (1997), s. 96.

⁵⁵ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 541; İzzet ÖZGENÇ – Cumhur ŞAHİN, İşkence Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran – Aralık 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2; Füsun SOKULLU – AKINCI, Recent Attempts to Guarantee Human Rights in the Turkish Penal Procedure Law, Annals de la Fakulte de Droit d'Istanbul, XXXII / No: 48, 1988, s. 259.

⁵⁶ YENİSEY; (1995), s. 135.

⁵⁷ Feyyaz GÖLCÜKLÜ- Şeref GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 1998, s. 193.

⁵⁸ GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK; (1998), s. 192, Guzzardi / İtalya 6.11.1980, Compel of cosaus, İngiltere 25.2.1982.

⁵⁹ Eralp ÖZGEN; İşkence ve İnsanlık Dışı Muamelelere Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988, s. 218 – 219; KAYMAZ; (1997), s. 91.

⁶⁰ KAYMAZ; (1997), s. 92.

düzenlemelerin önemi kadar, kişilerin eğitilmesi de önemlidir. En iyi kanun kötü uygulayıcıların elinde kötü sonuçlar, en kötü kanun ise iyi uygulayıcıların elinde iyi sonuçlar verir. Bugün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında, işkenceden dolayı ülkemiz büyük miktarlarda tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Türkiye, işkence konusunda verilen kararlarda ilk sıralarda yer almaktadır. Bu kararlardan bir kısmının politik nedenlerle verildiği iddia edilse bile, gerçeklik payının büyük olduğu bir gerçekliktir. Oysa ülkemizde Kara Avrupası Hukuk sistemine dayalı hükümler uygulanmasına rağmen, Türkiye diğer Avrupa ülkelerine nazaran yakın bir zamana kadar işkence yönünden daha çok mahkûm olmuştur. Bunun sebebi, sadece kanunlardaki boşluklar ve eksiklikler olamaz. Her şeyden önce adli kolluğun yaygınlaştırılması ve batı standardında kurulması gerekir. Hazırlık soruşturmasında savcıya yardımcı olacak adli kolluk görevlilerinin iyi bir eğitimden geçirilip, (hukuki , psikolojik, kriminalistik, insan hakları vb..) her türlü araç ve gereçlerin temin edilerek, dallarında uzmanlaştırılmaları gerekir. Aynı şekilde, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi için avukatların da uzmanlaştırılmaları gerekir.⁶¹ İşkence konusuna son vermeden önce, işkence yöntemiyle delil elde edilmesini adeta meşrulaştıran ve bizim asla kabul edemeyeceğimiz bir kararı nakletmek yerinde olacaktır. Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesinin 1984 yılında verdiği bir kararda '..... İşkenceye maruz kalan, doğru cevap vermek zorundadır. Çünkü yanlış bir cevap verdiği takdirde, işkencenin daha da arttırılacağını bilir. İfadenin işkence altında alınmış olduğu sabit olsa bile bu, ifadenin gerçek dışı olduğu ve bu nedenle itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. İşkence ayrı işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeydir'⁶² denilmektedir.

C. Zorla İlaç Verme

Zorla ilaç verme, katı, sıvı veya gaz şeklindeki maddelerin yiyecek ve içeceklerle katılması, solunum, ovma ya da zerk yoluyla vücuda dâhil edilmeleri veya sürülerek vücuda bulaştırılmaları suretiyle kişinin özgür iradesine etkide bulunulmasıdır.⁶³

İlaç vermenin yasaklanmasının sebebi, kişinin özgür iradesinin ortadan kaldırılmasıdır. Kanun zorla ilaç vermeden bahsetmektedir. Bu düzenlemeye bakıldığında, rıza ile alınan ilaç sonrasında elde edilen bilgi, belge veya belirlenimler kullanılabilir mi sorusu akla gelebilir. Anglo Sakson Hukukunda (İngiltere'de) irade ile alınan ilaç durumunda da kişinin ifadelerinin kullanılmayacağı kabul edilmektedir.⁶⁴ Bize göre, kanun lafzına değil, özüne / düzenleme ile korunmak istenen amaca bakmak gerekir. Kanun koyucu söz konusu düzenleme ile, şüpheli veya sanığın özgür iradesinin önemini vurgu-

⁶¹ Semih GEMALMAZ, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasası, 2. Baskı, 1994, s. 142.

⁶² Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi, E. 1984/107, K, 1984/375, 4.9.1984.

⁶³ YURTCAN; (2005), s. 157.

⁶⁴ KAYMAZ; (1997), s. 99.

lamak istemektedir. Bu nedenle, ilaç rıza ile alınsa bile, eğer şüpheli veya sanığın daha sonradan kesinlikle onaylamayacağı ifade, yazı veya herhangi bir delil aracı hukuka aykırı kabul edilip kullanılmamalıdır.

Tıbbi tedavi amacıyla yapılan ilaç verme veya ilaç alma durumlarında, ilaçların yan etkileri dolayısıyla kişilerin geçici veya sürekli bilinç zayıflaması ya da kaybetmesi söz konusu olabilir. Tıbbi zorunluluklar dolayısıyla meydana gelen bu gibi durumlarda, alınan ilaç kişinin özgür iradesini etkilemiş ise bu durumda elde edilen ifade, belge veya belirtiler kullanılmamalıdır.⁶⁵ Geçici olarak kişilerin bilincini zayıflatan veya ortadan kaldıran, alkol, uyuşturucu ya da sara nöbeti, yüksek ateş gibi hallerde elde edilen ifade, belge veya belirtiler kullanılmamalıdır.

Kanunun ifadesine bakılırsa yalnızca zorla ilaç verme yasaklanmış ise de, kanaatimizce eğer kişi kendi özgür iradesiyle ilaç almış ve tamamen veya kısmen iradi hareket kabiliyetini yitirmişse, kişiden bu halde iken alınan ifade veya beyan da özgür iradenin yokluğu nedeniyle kullanılmamalıdır.. Çünkü, TCK'nun 34. maddesinin 2. fıkrasında irade ile alınan alkol veya uyuşturucu sonucunda suç işleyen kişinin ceza sorumluluğunun varlığının kabul edilmesi bu sonuca etkili değildir.

Kişi, alkol veya uyuşturucu müptelası ise, iradi davranabilme olanağına kavuşana kadar sorgusu yapılmamalıdır. Suç izlerinin araştırılması konusunda modern psikoloji ve teknik çok yararlı olmuş, ancak, bu yeni gelişmeler, kişinin irade özgürlüğü açısından önemli sakıncaları da beraberinde getirmiştir. Bu konuda değinilmesi gereken bir başka konu da, narkoanaliz ya da hakikat serumu denen durumdur. Amerikalıların edindiği tecrübeye göre bu yol yasaklanmalıdır.⁶⁶

D. Yorma

Yorma, kişinin fiziki ya da ruhsal durumunu kendi özgür iradesiyle karar veremeyecek kadar yıpratmak, güçsüz duruma düşürmektir.⁶⁷ Aslında, ifade alma ve sorgunun özünde yorma vardır. Fakat burada yasaklanan durum, normal usullerin dışına çıkılarak yapılan yorucu hareketlerdir. Örneğin sanığı 24 saat uyutmadan ifade alma veya sorguya çekme gibi. Böyle durumlarda sanık öyle hale gelmektedir ki, artık istenilen şeyi söyleyip kendisini rahat bırakmalarını isteyecektir.⁶⁸ Yorgunluğa kimin sebep olduğunun önemi yoktur. Sanık kendisinden kaynaklanan sebeplerle yorulmuş da olsa sonuç aynıdır.⁶⁹

⁶⁵ KAYMAZ; (1997), s. 100.

⁶⁶ YENİSEY; (1995), s. 134.

⁶⁷ Ayhan ÖNDER – Erol CİHAN; Özet Ceza Muhakemesi Hukukunda 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, 1993, İstanbul, s. 27.

⁶⁸ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 541.

⁶⁹ Erol CİHAN; Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, MHAD, Yeni Seri, Yıl 5 Sayı 7,

E. Aldatma

Aldatma, soruşturmayı yürüten kişinin hukuka aykırı yöntemler kullanarak gerçekleri saklayarak, eksik göstererek veya değiştirerek sanığa özgür iradesine göre düşünüp karar verdirtmesidir.⁷⁰ Örneğin suçun ortaklarının suçu ikrar etmemiş olmalarına rağmen ikrar etmişler gibi göstererek, sanığın suçu ikrar etmesinin sağlanması gibi. Buna karşılık, bazı olayların abartılarak sanıktan beyan elde edilmesi aldatma sayılmaz⁷¹. Şüphelinin veya sanığın kendi yanlıgısı, aldatma değildir. Bu nedenle, kendi yanlıgısı ile verdiği bilgiler, hukuka uygundur.⁷²

F. Cebir veya Tehditte Bulunma

Cebir, TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin kaleme almış şekli, kanunilik ilkesi açısından yaralama suçundan farkının ortaya konulması neredeyse imkânsız olduğunu belirterek, yaralama boyutuna varmayan her türlü iradeyi etkileyici, maddi zorla şeklinde tanımlanabilir. Kişinin iradesini olumsuz yönde etkileyen, kişiye dışardan müdahale niteliği taşıyabilecek eylemler veya davranışlar bu kapsamdadır. Tehdit, niteliği taşıyan ifadelerle alınan beyanlar da bu kapsamda ele alınmalıdır.⁷³ Öztürk'e göre, 'yalan makinesi' yasanın bazı araçlar tabiri içine girdiği için yasak yöntem kapsamındadır.⁷⁴ Ancak yalan makinesinin delil elde etmede kullanılması konusunda Türk öğretisinde görüş ayrılıkları hala mevcudiyetini korumaktadır. Yalan makinesinin delil elde etmede kullanılmamasını savunan görüşlerin ortak noktası; yalan makinesinin kendisine yönelik olmayıp uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara yönelik olmasıdır. Örneğin bu makinelerin yeteneksiz kişiler tarafından kullanılması, kötü amaçlar için kullanılması, pahalı olması gibi. Bize göre, yalan makinesi, kişinin özgür iradesini sakatlayabileceği için, delili hukuka aykırı hale getirebilecektir.

G. Kanuna Aykırı Yarar Vaadi

Yarar vaadi, kişisel ya da olaya ilişkin, sanığın lehine iyileştirmenin yapılacağı sözünün verilmesidir.⁷⁵ Yarar vadinin kanuna aykırı olması

1971, s. 85 – 86; Cumhuriyet ŞAHİN; Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, 1994, Ankara, s. 199; KAYMAZ; s. 103.

⁷⁰ YURTCAN; (2005), s. 157.

⁷¹ www. No lo com / law center / ency / index, Lie Detector Tests, Truth and Consequences, Criminal Law.

⁷² CENTEL – ZAFER; (2005), s. 198.

⁷³ SOKULLU - AKINCI; a.g.m., s. 265, Henry John WIGMORE; A Treatise on the Anglo – American System of Evidence in Trials of Common Law, Boston, 1953, s. 832.

⁷⁴ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 542.

⁷⁵ YURTCAN; (2005), s. 158.

demek, vaadin konusunun hiçbir şekilde ya da somut olayda yerine getirilmesinin kanunen mümkün olmaması demektir. Örneğin, verilecek cezanın yarısının indirileceğinin, hiç ceza verilmeyeceğinin veya şartlarının oluşmasına rağmen tecil edileceğinin söylenmesi gibi. Ancak, bir uyuşturucu suçundan dolayı sorgulanan veya ifadesi alınan kişinin doğruyu söylemesi halinde, cezasının indirileceğinin söylenmesi menfaat vaadi teşkil etmez.

H. Rızanın Bulunması

Yasa koyucu, bu terimi kullanmakla kişinin özgür iradesini kişiden daha önce korumak istemiştir. Bir başka ifadeyle kişi, yukarıda saydığımız yasadışı yöntemleri kendisi istemiş olsa bile, yasa koyucu bu rızayı geçerli saymamaktadır. Yasa koyucunun, bu konuda herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde aynı maddenin son fıkrasında bunu açıkça belirtmiş olması, insan hakları açısından önemli bir gelişmedir.

Yasada belirtilen yasadışı sorgu yöntemleri örnekleme yoluyla sayılmışlardır. Sadece bunlarla sınırlı değildirler. Önemli olan, kişinin özgür iradesini ortadan kaldırarak hukuka aykırı delil elde edilmesinin yasaklanmasıdır. Bu sonucu doğuran, fakat yasada açıkça sayılmayan her türlü fiil bu kapsama girer.

14. Doğrudan Soru Sorma Sisteminde Hukuka Aykırı Delil Elde Edilmesi

CMK'nun 201. maddesinde doğrudan doğruya soru sorma istemi düzenlenmiştir. Bu sistem, Anglo Sakson Hukuk Sistemi'ndeki doğrudan doğruya soru sorma ile aynı değildir. Bu sistemin temeli Anglo - sakson hukukuna dayanmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 201. maddede düzenlenen durum, Anglo Sakson Hukuku'yla aynı değildir. Doğrudan doğruya soru sorma sisteminin amacı, sanığın savunma hakkının tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesidir. Çünkü, sanık, ceza yargılaması süreci içinde daha fazla konuşabilme imkanını elde etmektedir. CMK'nun 201. maddesinde düzenlenen doğrudan doğruya soru sorma sisteminde, şüpheli veya sanığa kanun gereği sorulamayacak soruların sorulması üzerine alınan bilgiler kullanılabilir mi? Gerçekten, kendisini çok iyi yetiştirmiş bir avukat veya Cumhuriyet savcısı, sanığı, sorduğu sorularla bir anda hataya düşürüp, hataya düşmeseydi kesinlikle söylemeyeceği beyanlar elde edebilir. Mesela, yakınlarının aleyhine ceza kovuşturmasının yapılabilmesine olanak sağlayacak bilgiler elde edebilir ya da sanığın daha önce işlediği fakat bilinmeyen bir başka suçun ortaya çıkmasını sağlayabilir. Bize göre, böyle bir durumda elde edilen deliller hukuka aykırı sayılıp kullanılmamalıdır. Çünkü, her hak, kendi sınırları içinde meşrudur. Doğrudan doğruya soru sormanın amacı, duruşmada tarafların ve yargılama makamının her şeyi bilmesi doğrudan doğruya öğrenilmesinin sağlanmasına yöneliktir. 5271 sayılı CMK'daki 148. maddesindeki kurallar kovuşturma aşamasında da geçerlidir. Bu nedenle, hileye düşürerek elde edilen beyan, özgür iradeyi sakatlamış sayılmalıdır.

15. Taraflar Arasındaki Uzlaşma Görüşmelerinde Elde Edilen Delillerin Kullanılması

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesi ve 5271 sayılı CMK'nun 253.maddesi bazı suçlar için taraflar arasında uzlaşma imkânı getirmiştir. Eğer, taraflar suçtan doğan zarar veya mağduriyetlerin giderilmesi konusunda anlaşılırsa, artık üzerinde uzlaşılan ve suç teşkil eden fiil, soruşturma aşamasında ise kovuşturmayaya geçilmeyecek, kovuşturma aşamasında ise, düşme kararı verilecektir. Taraflar, uzlaşma için elindeki delilleri veya bilgileri karşı tarafla, Cumhuriyet savcısıyla paylaşmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin 20. fıkrasına göre, uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde, uzlaştırma sırasında failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılamaz.

16. Özel Kişilerce Hukuka Aykırı Delil Elde Edilmesi

Delillerin elde edilme şekilleri değişik şekilde olabilmektedir. Çünkü, ceza yargılamasında her şey delil olabildiği için, maddi olayın bir parçası olma olasılığı taşıyan, olayı aydınlatıcı nitelik taşıyan, her türlü ses, görüntü, beyan, belirti vb. araçlar delil olabilmektedir. Her şeyin delil olabilme imkânının ve delillerin elde edilmesinin belirli kişilerin tekeline bırakılmamış olmasının doğal sonucu olarak, özel kişilerinde delil elde edebilme imkânları bulunmaktadır.

Özel kişilerin, hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin, kullanılabiliplip kullanılamayacağı konusu üzerinde durulmuştur. Özel kişilerin hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller, örneğin, bir belgenin çalınması suretiyle yetkili makamlara verilmesi halinde, bu belge kullanılabilir. ⁷⁶ 5237 sayılı TCK'nun 132. ve devamı maddelerinde haberleşme özgürlüğü ve bunun ihlal edilmesinin suç olduğu hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda örneğin, TCK'nun 133. maddesine göre, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları tarafların rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya sese alma cihazı ile kaydeden kişi, bu bilgileri daha sonra büyük bir basın kuruluşu aracılığıyla yayınlarsa ve bu bilgiler bir davada delil olarak kullanılırsa ya da bu bilgiler doğrudan Cumhuriyet savcılığına verilebilir mi? Ayrıca mahkemece kullanılması mümkün müdür? Yine aynı şekilde TCK'nun 135. maddesinde, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde elde edilen bilgiler mahkemeye sunulursa mahkeme bu bilgileri kullanabilecek midir?, TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu işleyerek bir kimseye ait bilgilerin ele geçirilip mahkemeye delil olarak sunulması durumunda bu bilgiler kullanılabilir midir? Öztürk'e göre, özel kişilerin hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller, örneğin, bir belgenin çalınması suretiyle yetkili

⁷⁶ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 558., ÖZTÜRK – ERDEM; (2006) s. 320.

makamlara verilmesi halinde, bu belge kullanılabilir. ⁷⁷ Çünkü, özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin kullanılabilirliğinin temel gerekçesi, yasadışı yöntemlerle delil elde etmenin özel kişiler için değil, kovuşturma makamları için öngörülmüş olmasıdır. Ceza hukukunda kanunilik ilkesi gereğince, eğer bir eylem yasadışı ise, bunun açıkça belirtilmesi gerekir. Kamu hukukunun temel ilkesi gereği, idare için yetki istisnadır, yetkisizlik asıldır. Halk için asıl olan özgürlüktür. Eğer bir yasadışı öngörülmüyorsa, bunun açıkça yasadışı belirtilmesi gerekir. ⁷⁸ Ancak bunun istisnası, insan haklarına yapılan açık ve ağır ihlallerdir. Örneğin, sanığa işkence yapılarak delil elde edilmesinde durum böyledir. ⁷⁹ Bize göre, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillerin kullanılması sorunu, bir taraftan kamu yararı ve bir taraftan da özel yararın korunmasında hangisine ağırlık verileceği ile ilgilidir.

Biz bu hassas dengede, hukuk çerçevesi dışına çıkılıp çıkmadığına bakmayı uygun görüyoruz. Suç teşkil eden veya özgür iradeyi sakatlayan fiili gerçekleştiren kişinin sıfatı, sonucu değiştirmemelidir. Aksi takdirde Anayasa'daki haberleşme özgürlüğünün hukuksal korunması ortadan kaldırılmış olacaktır.

Bu konudaki yaklaşımımızı özetlemek gerekirse, yasadışı yöntemlerle elde edilen delillerin, kullanılıp kullanılmayacağı tartışmasının iki ana görüşü etrafında toplandığını ve her görüşün kendi içinde tutarlı olduğunu söyleyebiliriz. Birinci görüşe göre, yasadışı yöntemlerle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir. Eğer, yasadışı yöntemlerle delil elde edilmesi bir suç teşkil ediyorsa, o kişi o suçtan cezalandırılır. Ancak bu, o kişinin elde ettiği delilin kullanılmasını engellemez. Örneğin, TCK'nun 135. maddesinde düzenlendiği gibi, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi suçtur. Bu veriler, bu görüşe göre kullanılabilir. İkinci görüşe göre ise, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılamaz. Hukuka aykırı şekilde elde edilen delil, ceza yargılamasında kullanılırsa, birçok hakkın ve değerlerin kaybına ve yok olmasına yol açabilecektir. Ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olması, bu amaca ulaşırken çekirdek hakların ihlal edilmemesini gerekli kılmaz. Sonuçta bu yöntemlerle elde edilen delillerin de ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması ve hükme esas alınması mümkün değildir.

17. Hayatın Giz Alanına Müdahale Edilmesi

Alman Anayasa Mahkemesi, özel hayata girme ya da özel hayata saldırı niteliği taşıyan durumlarda elde edilen bilgilerin delil olamayacağını, Alman

⁷⁷ ÖZTÜRK – ERDEM; (1999), s. 558.

⁷⁸ Bahri ÖZTÜRK, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 1998, s. 5 vd.

⁷⁹ O. Kadri KESKİN, İşkence, AD, 1985, Sayı 3, s. 731 vd.; Zeki HAFIZOĞULLARI, Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yapılan Değişiklikler Üzerine, A.Ü.H.F.D., 1993, Cilt 43, Sayı 1-4, s. 44 vd.; YURTCAN; (2005), s. 257.

Federal Yüksek Mahkemesi ise, bu konuda bilgi sahibi olan tanıkların ifadelerinin bile alınamayacağını belirtmiştir. Öğretide ise 'özel alan' ayırımına gidilmiştir.⁸⁰ Ancak, burada özel alan ile giz alanının ayırt edilmesi gerekmektedir. Fakat, bunu önceden tespit etmek mümkün değildir. Yargıç, bunu her olayın özelliğine, eldeki delillere bakarak değerlendirecektir. Eğer, kişi eşinin bile görmesini, duymasını istemediği herhangi bir bilgiye sahipse, bu giz alanına girer. Ancak, çok yakın çevresinin bilmesine müsaade ettiği bilgiler, özel hayata aittirler. TCK'nun 134. maddesi, özel hayatın gizliliğinin ihlalini suç olarak düzenlemiştir. Özel hayat, hayatın giz alanından daha geniş bir durumu ifade eder. Kanun koyucunun özel hayatı korumayı istemiş olması, giz alanını daha öncelikle koruduğu söylenebilir. Dolayısıyla, hem özel hayatın hem de giz alanının ihlali üzerine elde edilen deliller hukuka aykırı olmalıdır.

V. Delillerin Uzak (Dolaylı) Etkisi Bakımından Delillerin İncelenmesi: (Zehirli Ağacın Meyvelerinin Zehirli Olması)

Anglo - Sakson hukukunda 'zehirli ağacın meyveleri' olarak adlandırılan 'delil yasaklarının dolaylı etkisi' tartışmalı bir konudur. Örneğin, işkence ile sanığın ikrarı üzerine ulaşılan diğer deliller kullanılabilir midir? Yoksa kullanılmayacak mıdır? Anglo Sakson hukukunda kullanılmamaktadır.⁸¹

1982 Anayasasının 38. maddesine 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen fıkraya göre, '**kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez**' şeklindeki düzenleme ile 5271 sayılı CMK'nun 217. maddesinin 2. fıkrasındaki, '**yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir**' şeklinde düzenlenmeler, artık 'zehirli ağacın meyveleri' olarak adlandırılan 'delil yasaklarının dolaylı etkisi'ni bizim hukukumuz açısından tartışma konusu olmaktan çıkarmıştır.⁸² Gerçekten anılan maddeyi tersinden okursak, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller, delillerin dolaylı ya da doğrudan etkisine bakılmaksızın kesinlikle hükme esas alınmayacaktır. Yani, işkence ile sanığa ikrarda bulundurulmuşsa hem bu ikrar hem de bu ikrar ile ulaşılan diğer dolaylı deliller, kullanılmayacaklardır. Daha önce yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı.

Gerek Anayasanın 38. maddesine eklenen fıkra ve gerekse CMK'nun 217. maddesi, yargılamanın her safhasını kapsamaktadır. Bu nedenle, 1412 sayılı mülga CMUK'nun 254. maddesinde, yer alan 'hükme esas alınmaz' ifadesinin doğurduğu, tartışma sona ermiştir. Çünkü, hükme esas alınmaz

⁸⁰ YURTCAN; (2005), s. 257.

⁸¹ ÖZTÜRK - ERDEM; (1999), s. 547, Timur DEMİRBAŞ, Hazırlık Soruşturması, İzmir, 1996, s. 298.

⁸² ÖZTÜRK - ERDEM; (2006) s. 313, Bahri ÖZTÜRK; Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 136.

ifadesi, hükümden önceki bütün safhalarda esas alınabileceği yorumuna neden olabilmekteydi.⁸³

'Zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olduğu' kuralının ihlali, insan hakları ihlallerine kapı aralamak anlamına gelir.⁸⁴

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka konu da zehirli meyvenin, başlangıç şüphesinde kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bize göre, gerek Anayasanın 38. maddesi ve gerekse CMK'nun 217. maddesi, sadece, söz konusu soruşturulmakta veya kovuşturulmakta olan suçla ilgili yargılamanın her aşaması değil, başka bir suç ile ilgili her türlü yargılama işleminde kullanılmayacağını da kapsamaktadır.

5271 sayılı Kanun döneminde Yargıtay Ceza Genel Kurulu, zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olacağı (Hukuka aykırı elde edilen delilden yola çıkılarak elde edilen delilin de kullanılmayacağına) yönünde verdiği karar⁸⁵, çok önemli, önemli olduğu kadar hayati bir karardır.

⁸³ ÖZTÜRK – ERDEM; (2006) s. 311.

⁸⁴ [www.kalton.co.uk/illegal.Ev.htm/Judges right to allow illegal evidence/ The U.S Position](http://www.kalton.co.uk/illegal.Ev.htm/Judges%20right%20to%20allow%20illegal%20evidence/The%20US%20Position)

⁸⁵ Ceza Genel Kurul kararında, sanığın ikrarının ceza yargılamasında delil olarak kabul edilip edilemeyeceği de tartışıldı. Yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) ve yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK), hakim önündeki ikrarın delil niteliği bulunduğunu kabul ettiği belirtilen kararda, "Vicdani delil sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da dosyada varlığını koruyan tüm deliller gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekecektir" denildi. Bir kimşenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesinin mümkün olmadığı belirtilen kararda, "İkrarın hangi aşamada gerçekleştiği, özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanının ciddiyeti, bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği ve ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği konularının" da önemli olduğu vurgulandı. "İSTIKRARLI BİÇİMDE İKRARI VAR" Somut olayda sanığın, gerek sulh ceza hakimince, gerekse mahkemece tüm yasal hakları hatırlatıldıktan sonra sorgulandığı belirtilen kararda, "sanığın 25 yıldır uyuşturucu kullandığını, esrar elde etmek için evinin damında hintkeneviri yetiştirdiğini ikrar ettiği kaydedildi. Kararda, sanığın temyiz dilekçesine dahi hintkeneviri bitkisi yetiştirdiğini, ancak bunların cüzi miktarda olduğunu belirttiği" anlatıldı. Sanığın bu anlatımlarının adli sicil kaydıyla da doğrulandığı, başkası adına suç üstlendiği iddia edilmediği, böyle davranmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığı ifade edilen kararda, sanığın başlangıçtaki ikrarının tüm aşamalarda istikrarlı biçimde sürdürdüğü kaydedildi. Genel Kurul, sanığın durumunun tüm bu nedenler ve yeni TCK'ya göre değerlendirilmesini isteyerek, 7. Ceza Dairesi'nin bozma kararını kaldırdı ve yerel mahkemenin kararını bu gerekçelerle bozdu. "ZEHİRLİ AĞACIN MEYVESİ DE ZEHİRLİDİR" Karara katılmayan 2 üye, karşı oy yazılarında "hukuka aykırı şekilde elde edilen delil dolayısıyla ulaşılan delillerin, ister hukuka aykırı, isterse uygun yolla elde edilsin, hukuka aykırı deliller olacağını" savundular. Öğretideki baskın görüşün de bu yönde olduğunu belirten 2 üye, "Bu duruma

VI. Sonuç

Delil kavramı, ceza muhakemesi hukuku kadar, Ceza Hukuku'nu da yakından ilgilendiren önemli bir konudur. Zira, toplum düzenini bozan, kişilerin hayat, vücut, cinsel yaşam, mal varlıkları gibi en temel haklarına zarar veren suçların cezalandırılabilmesi için, ispata gerek duyulmaktadır. İspat ancak ve ancak hukuka uygun delil ile yapılabilir. İspata konu olacak deliller, ceza muhakemesinde, hukuk yargılamasında olduğu gibi, belli bir kanıt gücü derecelendirmesine tabi değildir ve her şey delil olabilme imkânına sahiptir. Ceza yargılamasında, toplumun çıkarlarıyla kişinin çıkarları karşı karşıya gelmekte, kanun koyucu bu çıkar dengesinin hangi boyutta dengelenmesi gerektiğini kabul ettiği yasal düzenlemelerle belirlenmektedir. Ülkemizde 01.06.2005 tarihi itibarıyla ceza hukuku ve ceza usul hukuku alanında yeni bir dönem başlamıştır. Bu çerçevede 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 217. maddesinin 2. fıkrasında, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin kullanılmayacağını hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde düzenlemiştir.

5271 sayılı Kanun, 217. maddesinin 2. fıkrasıyla, hukuka aykırı elde edilen delillerin ceza yargılamasının hiçbir aşamasında kullanılmayacağını açıkça belirtmiştir. Bu düzenleme, 1412 sayılı Kanun'un, 254. maddesindeki, düzenlemenin sadece, hükme esas alınamayacağı hükmü karşısında daha yerindedir.

2001 yılında 4709 sayılı kanun'un 15. maddesiyle 1982 Anayasanın 38. maddesine eklenen, 'kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kullanılmaz' hükmü, konunun sadece kanunla sınırlandırılmış olması bakımından olumsuz bir düzenleme olmuştur.

CMK'nun 75. maddesinde düzenlenen şüpheli veya sanığın beden muayenesi hakkındaki düzenlemede, şüpheli veya sanığın rızasına aykırı da olsa, suç delili elde etmek için, beden muayenesinin yapılabileceğine ilişkin düzenleme, savunma hakkının ortadan kaldırılması anlamına gelecektir. 147. maddede tanınan susma hakkı burada da geçerli olmalıdır. Yani şüpheli veya sanık, beden muayenesi istememe hakkına sahip olmalıdır.

'hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi, uzak etkisi' ya da 'zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir' denilmektedir" tespitinde bulundular. Bu üyeler, aramanın rızayla bile olsa yine de hukuka aykırı olduğunu savundular. Sanığın ikrarının geçerli olmadığını ifade eden iki üye, sanığın ifade, sorgu ve savunmasının alındığını, her üç aşamada da hukuk kurallarına uyulmadan yapılan arama sonucu hintken-evirlerinin bulunduğu dair arama zabıtlarının önüne konulduğunu ve "köşeye sıkıştırıldığını hissedilen sanığın bu baskı altında itirafta bulunmak zorunda kaldığını" ileri sürdüler.

<http://www.memurlar.net/haber/40058>. 22.02.2006.

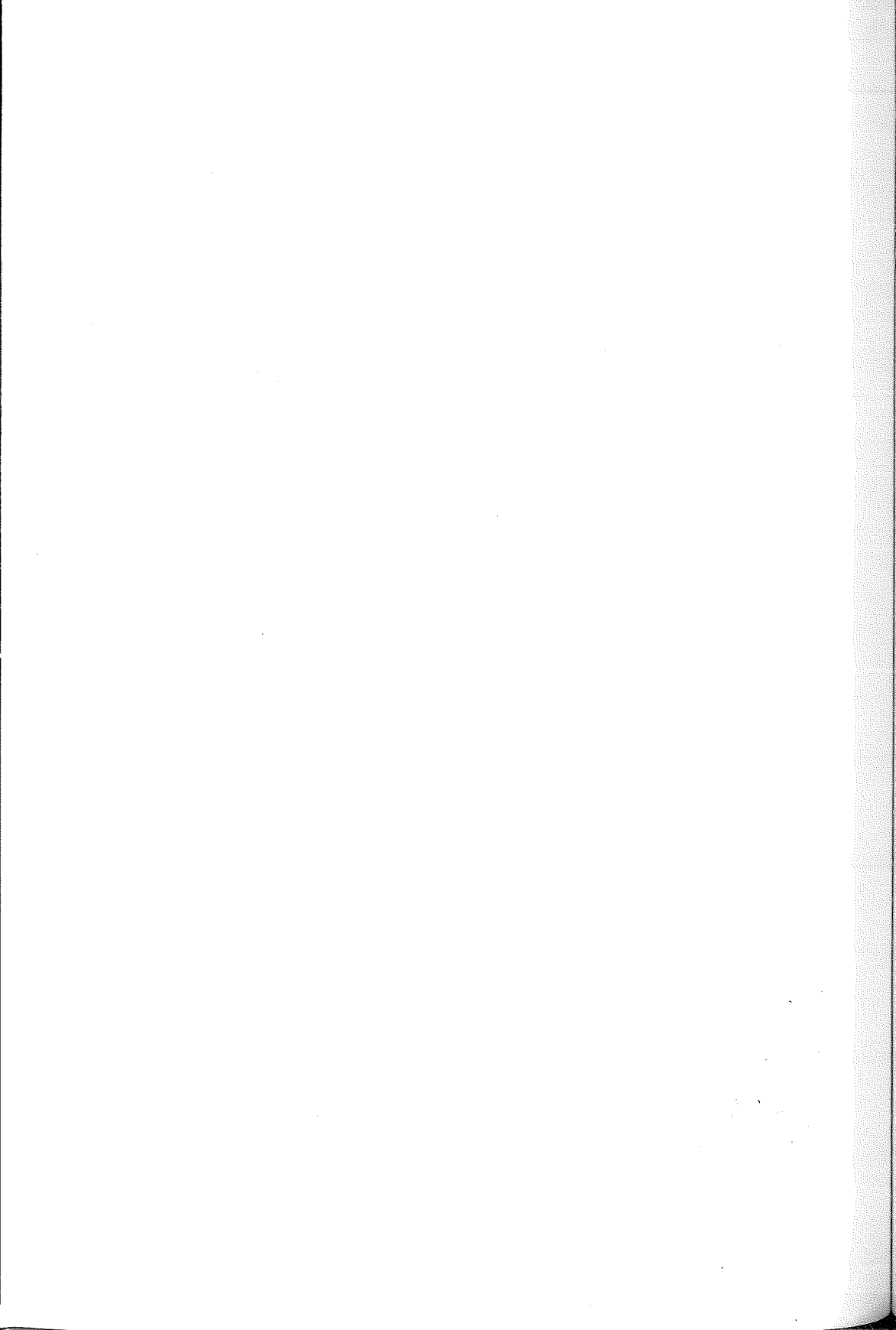
Kaynakça

- AKINCI – SOKULLU, Füsün; *Annals de la Fakulte de Droit d'Istanbul*, XXXII/ No: 48, 1998
- ALACAKAPTAN, Uğur; *Delil Yasakları, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan, 2000.*
- CENTEL, Nur –ZAFER, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2005.*
- DEMİRBAŞ, Timur; *Hazırlık Soruşturması, İzmir, 1996.*
- DOĞRU, Osman; *International Human Rights Instruments - İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, İstanbul, 1998.*
- ERDEM, Mustafa Ruhan; *Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.*
- GEMALMAZ, Semih; *Yaşam Hakkı ve İşkence, 2.Baskı, 1994.*
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz - GÖZÜBÜYÜK Şeref; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2.Baskı, Ankara, 1998.*
- HAFIZOĞULLARI, Zeki; *Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine, A.Ü.H.F.D, Cilt - 43, Sayı - 1-4, 1993.*
- KAYMAZ, Seydi; *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, 1997, Ankara, s. 218*
- KUNTER, Nurullah; *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, İstanbul, 1998.*
- Ayhan ÖNDER, Ayhan –CİHAN, Erol; *Özet Ceza Muhakemesi Hukukuna 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, 1993, İstanbul, s. 27.*
- ÖZGEN, Eralp; *İşkence ve İnsanlık Dışı Muamelelere Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988.*
- ÖZGENÇ, İzzet - ŞAHİN Cumhur; *İşkence Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran - Aralık 2003, Cilt. IV, Sayı. 1-2.*
- ÖZTÜRK, Bahri; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 1998.*
- ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1999.*
- ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2005.*
- ÖZTÜRK Bahri; *CMUK Reformu, Manisa Barosu Dergisi, Ekim, 1992.*

- ÖZTÜRK Bahri; Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 132.
- ÖZTÜRK Bahri - Mustafa R. ERDEM; Ceza Muhakemesi Hukuku, (Temel Kavramlar) Ankara, 2006.
- SAVAŞ, Vural – Sadık, MOLLAMAHMUTOĞLU; Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara, 1994.
- SPRACK John; Emmins On Criminal Procedure, 5th, London, 1992.
- ŞAFAK Ali - BIÇAK Vahit; Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, 3.Baskı, Ankara, 1999.
- ŞAHİN, Cumhur; Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirmeleri Sorunu, Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul, 1998.
- SAVAŞ, Vural – Sadık, MOLLAMAHMUTOĞLU; Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara, 1994.
- TOROSLU, Nevzat - FEYZİOĞLU, Metin; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- VERSAN Rauf; Annals de la Fakulte de Droit d'Istanbul, XXXII/ No: 48 - 1998
- YENİSEY, Feridun; İnsan Hakları Açısından, Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade alma, A.Ü.H.F.D, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Mart - Haziran, 1995.
- YURTCAN, Erdener Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı. İstanbul, 2005.
- YURTCAN, Erdener; Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasası, Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul, 1998,
- KESKİN, O. Kadri; İşkence, A.D, 1985.
- WIGMORE Henry John; A Treatise on the Anglo - American System of Evidence in Trials of Common Law, Boston. 1953.
- [www. Kaltons. co. uk./ Illegal Ev. htm](http://www.kaltons.co.uk/IllegalEv.htm), Judges right to allow illegal evidence
- [www. Kaltons. co. uk./ Illegal Ev. htm](http://www.kaltons.co.uk/IllegalEv.htm), Judgres right to allow illegal evidence, The house of lord in Rv Sarget
- [www. cbs news. com / stories / 2003 / 09 / 30 / national / main / 575782 -shtml](http://www.cbsnews.com/stories/2003/09/30/national/main/575782-shtml)
- [www. no lo com / law center / ency / index / Lie Detector, Drug Test and Other Scientific Evidence](http://www.no10.com/lawcenter/ency/index/LieDetector,DrugTestandOtherScientificEvidence)

KISALTMALAR

AD	Adalet Dergisi
age	Adı geçen Eser
agm	Adı Geçen Makale
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Y	Anayasa
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
E	Esas
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beynanesi
K	Karar
Md	Madde
TCK	Türk Ceza Kanunu
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi



Hukuk Tarihimizde Tartışma Metodları*
(Discussion Methods in our Legal History)

Abdullah DEMİR**

Özet: Tartışma, tarihin ilk dönemlerinden günümüze devam edegelen bir olgudur. Zaman içerisinde körü körüne tartışmanın yerini Metodlu bir şekilde tartışma almıştır. Bu bağlamda münazara, cedel ve hilaf gibi tartışma tarzları ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada söz konusu tartışma tarzları kendilerine özgü özellikleri belirtilerek ve birbirlerinden farkları ortaya konularak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk tarihi, Tartışma Metodları, Münazara Cedel, Hilaf

Abstract: *The notion of "discussion" has been ever present since the earliest centuries of history. In time, methodical discussions took over blind discussions. In this context, debates, disputes and contraries have evolved. This study will discuss these discussion types in detail by expressing their unique traits and their differences from each other.*

Keywords: *Legal history, discussion methods, debate, dispute, contrary*

Giriş

Osmanlı ilim geleneğinde sözlü ve yazılı tartışmalarda üç metod kullanılmıştır: Münazara, cedel ve hilaf. Münazara, ilkelerini klasik mantıktan alan ve diğer tartışma tekniklerini de içine alan genel bir tartışma metodu iken cedel ve hilaf dini ilimlerde kullanılan daha özel tartışma metodlarıdır.¹

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Doç. Dr., Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilimdalı, e-posta: abdullah.demir@zirve.edu.tr

¹ Mesud b. Musa Felusi, el-Cedel indel'l-Usuliyin beyne'n-Nazariyyeti ve't-Tatbik, Riyad h. 1424-m. 2003, s. 158; Mustafa b. Abdullah Hacı Halife, Keşfü'z-Zünun An Esami'l-Kütübi ve'l-Fünun, Ankara 1360-1941, c. 1, s. 579.

Cedel, mezhepler arasında gerçekleştirilen tartışmanın usulünü ve metodunu belirleyen bir ilimdir. Cedel ilmi madde, hilaf ilmi onun sureti olarak kabul edilmiş ve bu iki ilim birbiriyle son derece irtibatlı olduğu için, haklarında yazılan eserlerde ikisi birlikte ele alınmıştır.²

Münazaranın amacı tartışılan meselede doğruya ulaşmak, cedelde amaç rakibi ilzam etmek, hilaf ise karşı mezhebin görüşlerini reddetmektir. Amaç yönüyle birbirine yakın olan cedel ve hilaf, amacı doğruyu bulmak olan münazaradan ayrılmaktadır.³

Cedelde hasma karşı sert ve alaycı bir tavır takınmak mümkün iken, münazarada soğukkanlı ve olgun bir eda ile tartışmak mecburidir.⁴ Cedelde hasmı ilzam etmek için kullanılan delillerin meşhurât ve müsellemtân olması gerekmektedir. Münazarada ve ilm-i hilafta böyle bir sınırlama söz konusu olmayıp, iddiayı ispatlamaya yarayan çok çeşitli deliller kullanılabilir.

A. Münazara

1. Genel Olarak Münazara

Münazara; bakmak, düşünmek, tefekkürde bulunmak, istidlalde bulunmak anlamına gelen “nazar” kelimesinden türetilmiştir. Nazar teemmül, tefekkür, tedebbür, itibar ve istidlal anlamlarına gelir. Kelime olarak münazara ise karşılıklı olarak bakmak, düşünmek, tefekkür ve istidlalde bulunmak anlamına gelmektedir.⁵

Terim olarak münazara, alimler tarafından farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Gelenbevi'nin münazara tanımı mantık kavramlarının kullanılarak yapılmıştır: Münazara “*makbul ve müvecceh olan ya da makbul ve müvecceh olmayan külli meselelerden (önergelerden) bahseden ilimdir*”.⁶ Keşfü'z-Zünun'daki tanım ise daha kısa ve öz lüdü: Münazara “*tartışan rakiplerin sözlerinin hangi kurallara göre söyleneceğinden bahseden bir ilimdir*”.⁷

² Ebu Hamid el-Amidî ve es-Semerkindî (ö. 615), İrşadu Keşfi'z-Zünun; Esad b. Muhammed el-Mihenî, Tarikatun fi'l-Hilaf ve'l-Cedel; Ebu Bekir b. Velid et-Tartuşî el-Malikî (ö. 560), Tarikatun fi'l-Hilaf ve'l-Cedel; Ebu Mansur Muhammed b. Muhammed b. Ahmed'in (ö. 567), Talika fi'l-Hilaf ve'l-Cedel.

³ Felusî, s. 158.

⁴ İbrahim Emiroğlu, Klasik Mantığa Giriş, Ankara 2004, s. 216; İlker Kömbe, “Osmanlı-Türk Düşüncesinde Münazara İlmi ve Abdünnafi İffet'in Tercüme-i Adab-ı Gelenbevi Adlı Eseri”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2004, s. 20.

⁵ Mehmet Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2005, s. 448.

⁶ Abdünnafi İzzet Efendi, Tercüme-i Âdab-ı Gelenbevi, İstanbul 1302, s. 6.

⁷ Hacı Halife, s. 38-39.

Âdab ilmi ve bahs ilmi de denilen münazarayı yukarıdaki tanımlardan faydalanarak, iki veya daha fazla kişinin belirli kurallar ve kaideler çerçevesinde, herhangi bir konuda, gerçeğe ulaşmak için karşılıklı tartışması ve fikir alışverişinde bulunması, şeklinde tanımlayabiliriz.

Münazaranın konusu, ileri sürülen iddiayı ispat eden delillerdir. Mantık kavramları ve kuralları kullanılarak gerçekleştirilen genel bir tartışma metodu olan münazara, yine mantık gibi bir alet ilmidir. Bütün ilim dallarında, tartışılan konuda doğruyu ortaya çıkarmak ve rakibi ilzam etmek için münazara metodu kullanılabilir.⁸

2. Münazara İlminin Doğuşu

Dinî ilimlerdeki geleneğe uyarak münazara ilminin temellerini ayet ve hadislerle dayandırabilmekteyiz. Kur'an'da peygamberler ile muhalif tarafta olan insanlar arasında yapılan çok sayıda tartışma yer almaktadır. Bu tartışmalarda karşı düşüncenin yanlışlığını göstermek için iddiaya karşılık delil istemek, iddianın veya gereğinin gerçeğe çeliştiğini göstermek, ihtimalleri göz önünde bulundurup tartışmaya açmak, rakibi şüpheye düşürmek, soru-cevap yoluyla ileri sürülen görüşü çürütmek, kararlı bir tavır takınıp kesin bir ifade kullanmak, muhatabın samimiyetsizliğini ve haksızlığını ortaya koymak için hatalı olan tarafa müsterek beddua etmek (mübahale), darb-ı mesel ve kıssalar zikretmek gibi metodlar kullanılmıştır.⁹

Münazaranın Metodlu bir tartışma yolu olarak ortaya çıkması ise Müslümanların diğer din mensuplarıyla etkileşime geçmeleriyle başlamıştır. Bu etkileşimde İslamiyet'in diğer dinlerden üstünlüğünü ortaya koyabilmek için sistemli bir münazara bilgisine ihtiyaç duyulmuş, daha sonraları Müslümanların kendi aralarındaki tartışmalarda da münazara usulleri kullanılmaya başlanmıştır.

X. yüzyılda cedelin fıkıh usulüne uygulanmasından sonra cedel, hilaf ve münazara kavramları birlikte kullanılmaya başlanmıştır. Bu dönemde söz konusu üç ilim dalı birlikte kullanıldığından dolayı henüz müstakil olarak münazara ilmi oluşmamıştır.¹⁰

XIV. yüzyılın başlarından itibaren Adabü'l-Bahs ve Münazara adı altında eserler kaleme alınmaya başlanmıştır. Daha sonra Osmanlı döneminde münazara ilmi ile ilgili eserler kaleme alınmaya devam edilmiştir. Molla Lütü'nin Risale fi'l-Ulumi's-Şer'iyyeti ve'l-Arabiyye isimli eseri bunlardan birisi olup, yazmaların bulunduğu kütüphanelerde binin üzerinde münazara ile ilgili kitaplar yer almaktadır.¹¹

⁸ Taşköprülüzade Ahmed Efendi, Mevzu'atü'l-Ulum, Terc. Kemaleddin Muhammed Efendi, İstanbul 1313, Dersaadette İkdam Matbaası, c. 2, s. 250; Hacı Halife, c. 1, s. 38-39.

⁹ Yusuf Şevki Yavuz, "Münazara", DİA, c. 31, s. 576-577.

¹⁰ Kömbe, s. 6.

¹¹ Kömbe, s. 7.

3. Münazarada İki Temel Usul

Münazarada ve diğer tartışma adaplarında yazılan eserlerde genel olarak iki Metod takip edilmiştir: Pezdevî ve Âmidî Metodları. Pezdevî metodu-na göre, münazarada sadece nass, icma ve kıyasa dayanan deliller kullanılabilir. Âmidî metoduna göre ise münazarada hangi ilme ve konuya ait olursa olsun delil niteliği taşıyan bütün bilgiler kullanılabilir. Bu metod delillerin çeşitliliği ve tartışma alanının genişliği sebebiyle güzel olmakla birlikte demagojiye de (mugalata) açıktır. Âmidî bu metoda ilişkin olarak İrşad isimli kısa bir eser yazmış, Nesefî gibi alimler de bu metodu devam ettirmişlerdir.¹²

4. Münazarada Kullanılan Kavramlar

Münazaranın doğruyu bulma niyetiyle yapılması kadar kurallarına uygun olarak icra edilmesi de önemlidir. Münazarada bir görüş ileri süren kimse ya bir kaynaktan **nakil** yapar ya da kendine ait bir **iddia** ortaya atar. Bir kaynaktan nakil yapan kimsenin kaynağını göstermesi gerekir. Ancak nakil yapılan kaynağın da konuya uygun olması gerekir. Mesela bir kimse tarih kitabından evlilikte kocanın sorumluluğu ile ilgili bir nakil yaparsa, geçersiz olur. Çünkü evlilik hukukuyla ilgili bir mesele olduğundan tarih kitabından evliliğin hukuki yönüyle ilgili nakil yapılamaz. Evliliğin hukuki yönüyle ilgili nakillerin hukuk kitaplarından yapılması gerekir. Bu sebeple yapılan nakil geçersizdir.¹³

Münazarada her görüş sahibi görüşünü delil ile ispatlamak zorundadır. Delilsiz bir iddiaya **tahakküm** adı verilir. Tahakküm ise dikkate alınmaz. Ancak iddia apaçıklıktan (bedihiyat) olursa delil istenmez. Çünkü apaçıklığın doğruluğu için bir delil gerekmez¹⁴. Doğruluğu apaçık olan önermelere bedihiyat denilmektedir. Bedihiyattan olan önermelerin doğruluğunun kabulü için hiçbir delile ihtiyaç yoktur. Mesela, "bütün parçadan büyüktür"; "Bir ikinin yarısıdır" önermeleri gibi. Bedihiyattan olan önermeler evveliyat, fitriyat, müşahadat, mücerrebat, hadsiyat ve mütevatirat olarak altıya ayrılmaktadır.¹⁵

Münazarada hiçbir delil göstermeden bir iddiayı reddetmek ya da çürütmek de mümkün değildir. Buna **mükabere** denilir ve tahakküm gibi mükabere de dikkate alınmaz.¹⁶ Bununla birlikte tahakkümle ilgili yukarıdaki

¹² İbn Haldun, Mukaddime, çev. Zakir Kadiri Ugan, İstanbul 1989, c. 2, s. 514.

¹³ Abdünnafi İffet Efendi, s. 23; A. Cevdet Paşa, Adab-ı Sedad, Mantık Metinleri, haz. Kudret Büyükoçkun, İstanbul 1998, c. 2, S. 109 vd; Elhac Cemaleddin, Şerhu'l-Manzumetu'z-Zahire fi Kavanini'l-Bahsi ve'l-Münazara, İstanbul 1322, s. 39.

¹⁴ Abdünnafi İffet Efendi, s. 25.

¹⁵ Emiroğlu, s. 209.

¹⁶ Abdünnafi İffet Efendi, s. 41.

paragrafta ifade edildiği gibi bedihiyattan olan görüşlerin geçerliliği için delile ihtiyacı bulunmamaktadır.¹⁷

Münazarada bir iddia ile ortaya çıkan kimse (**muallil**) iddiasını mantık kurallarına göre bir delille ispat eder. Delile karşı cevap veren kimse (**sail**) ise üç şey yapabilir:¹⁸

Önleme (men): O delili kabul etmez ise “kabul etmem” der ve başka bir delil ister.

Çürütme (nakz): Delilin geçersiz olduğunun başka bir delil ile ispat eder.

Çekişme (muaraza) : Delili değil de ileri sürülen görüşü başka bir delil ile çürütebilir.

Karşı çıkanın itirazı ile delil getirenin bu itiraza cevabı uyumlu (**müvecceh**) olmalıdır. Soru ve cevaplar uyumlu olmaz, birbiri ile ilgisiz olursa kabul edilmez.

Delil getirenin karşı tarafı susturmasına **ilzam** ve cevap verenin delil getireni susturmasına ise **ifham** denir. İlzamin kuvveti ifhamdan fazladır. Çünkü bir delil getirenin işi, cevap verene göre çok daha zordur. Bir iddiaya cevap veren kimse “kabul etmiyorum, ispatla” der kenara çekilir. Delil getiren ise iddiasını ispatlamak zorundadır.¹⁹

Kimi zaman münazarada ispat yükü kendi üzerinde olmamasına rağmen, cevap veren kimse de karşı delil gösterebilir. Cevap veren kimse karşı delil göstererek, delil getirenin delilini çürütmektedir. Buna kapma (gasb) denilir ve münazarada makbul değildir. Çünkü kapan kimse, delil getirenin işini kendi üzerine almış olmaktadır

Cevap veren kimse, delil getirenin delilini bir şahitle çürüttükten sonra yeni bir delil ile iddiasını ispata kalkışırsa, artık kendisi delil getiren, karşı taraf karşı çıkan olur. Bu durumda eskiden delil getiren olan kimse de karşı çıkan olur ve önleme, reddetme ve çekişmeden birisiyle karşıındakine cevap verir.

Muarazada cevap veren kimse, çekişme (muaraza) yolunu seçerek başka bir delille iddiasını ispat edebilir. Hz. İbrahim’in Nemrud ile olan meşhur tartışması böyledir. Hz. İbrahim Allah’ın rububiyetini ispat etmek için şu delili ileri sürmüştür:

“Allah can verir ve öldürür”. Nemrud da

“Ben de can verir ve öldürürüm” demiş ve iki suçludan birini afvetmiş,

¹⁷ A. Cevdet Paşa, Adab-ı Sedad, s. 113,116.

¹⁸ A. Cevdet Paşa, Adab-ı Sedad, s. 113; Abdunnafi İffet Efendi, s. 27.

¹⁹ A. Cevdet Paşa, Adab-ı Sedad, s. 117.

diğerini ise idam ettirmiştir. Böylece Nemrud, Hz. İbrahim'in delilini reddetmiştir (nakz).

Bunun üzerine İbrahim aleyhisselam, Nemrud'un delilini çürütmek yerine başka bir delil ileri sürmüştür:

“Allah güneşi doğudan doğduruyor; haydi sen de batıdan doğdur bakalım”²⁰ deyince Nemrud şaşırıp kalmıştır. Hazreti İbrahim'in can vermeden kastı cansız cisimlere can vermek demek olup, bunun da Allah Tealaya mahsus olduğunda şüphe yoktur. Bu husus Nemrud'un meclisindeki kimsele tarafından da bilinmektedir. Nemrud ise onu başka manaya çekerek demogoji (mugalata) yoluna sapmış ve

“Ben de can verir ve öldürürüm. O halde benim rububiyetimi teslim etmelisin”

diye oradakileri şüpheye düşürecek bir yol tutmuştur. Hz. İbrahim ise böyle bir öldürme ve can vermeyi kastetmediğini açıklayarak delilini tamamlayabilecekken, hemen diğer bir misale geçerek, şüpheye düşebileceklerin şüphesini ortadan kaldırmış ve Nemrud'u susturmuştur. Münazara sırasında kavramlarla ilgili sözlere, tanım ve bölme kurallarına uygun olmaması sebebiyle itiraz edilebilir. Aristo'ya göre tanım, en genel ifadesiyle bir şeyin ne olduğunu açıklayan sözdür. Tanım, objeyi aynı cins olan şeylerle bir araya getiren ve onu farklı olduğu şeylerden de ayıran ifadedir. Yapılan tanımın “efradını cami ve ağyarını mani” olmaması yani bütün unsurlarını içine almaması ve yabancı unsurları ise dışarıda bırakmaması sebebiyle itiraz edilebilir. Benzer şekilde, bir bütünü dışarıda hiçbir parçası kalmayacak şekilde parçalara ayırmak anlamına gelen bölmenin de tam olması gerekir. Yani bütünün hiçbir parçasının bölmenin dışında kalmaması ve dışarıdan da hiçbir unsurun bölümlere girmemiş olması gerekir.²¹

5. Münazaranın Kuralları

Yukarıda da ifade edildiği gibi münazarada ortak referans alanı klasik mantıktır. Tarafların mantık ilminin kurallarına uymayan delilleri ve iddiaları geçersiz sayılmaktadır.²²

Ashında cedel ve hilaftan farklı olarak münazara bir müşaveredir. Münazaranın gayesi işin doğrusunu öğrenmek olup, övünmek ve böbürlenmek değildir. Üstün gelmek, karşısındakini utandırmak gibi amaçlarla münazara yapılmaz.²³

²⁰ 2 Bakara 254.

²¹ Ahmet Cevdet Paşa, Mi'yar-ı Sedat, sadeleştiren ve notlar: Hasan Tahsin Feyizli, Ankara 1998, s. 55 vd.

²² A. Cevdet Paşa, Adab-ı Sedat, s. 109.

²³ A. Hadi Adanalı, “Osmanlı Medreseleri'nde Tartışma Metodolojisi”, <http://www.osmanli.org.tr>, 15.04.2008.

Münazaranın kurallarından bir tanesi tartışılan konunun dışına çıkılmamasıdır. Çünkü konu dışı konuşmalar münazaraya bir katkıda bulunmaz, boş tartışmalarla vakit heba olur gider.²⁴

Münazara sırasında sözü fazla uzatarak (ıtnab) dinleyenleri usandırmak gereklidir. Bununla birlikte anlamayı zorlaştıracak derecede kısa ve öz de konuşulmamalıdır. Özellikle tereddüt doğuracak kısa sözlerden ve anlamayı zorlaştıracak garip ifadelerden sakınmak gerekir.

Münazara eden kimse, karşı tarafın sözünü anlamazsa, tekrar etmesini isteyebilir. Fakat karşı tarafın sözünü anlamadan cevap vermemelidir.

Münazara sırasında gülmek, çırpınmak, kızmak, bağırarak doğru değildir. Bu gibi hareketleri cahiller kendi bilgisizliklerini örtmek için yapar. Halbuki bu şekilde cehaletlerini ortaya koymuş olurlar.²⁵

Münazara sırasında kişi karşısındakini küçük görmemelidir. Aksi halde karşısındakini küçük görmesi sebebiyle zayıf deliller ileri sürerek yenilebilir. Kısaca sözü dikkatli şekilde söylemeli, karşısındakinin sözünü dikkatle dinlemeli ve daha sonra ona göre karşılık vermelidir.²⁶

Karşısındakinin sözünü yarı yerde kesmek yanlışdır. Hele iki kişi tartışırken bir üçüncü kişinin onların sözünü kesip söze girmesi çok uygunsuz bir harekettir. İnsan yaratılış icabı aceleci ve hırslı olduğundan çok defa hırsını yenemeyip böyle hatalar yapabilir. Bu sebeple münazarayı yönetene çok önemli görevler düşmektedir. Yöneticiler güzelce idare edemezlerse münazara ortamında kargaşa doğar ve bir sonuç çıkmaz.²⁷

6. Münazaranın Faydaları

İlk çağlardan günümüze kadar insanlar, bütün ilim dallarında fikir ve düşüncelerini yarıştırmış ve fikirlerin çarpışmasından yeni yeni hakikatlere ulaşmışlardır. Münazaranın en önemli faydası tartışılan konuda yeni ufuklara ve gerçeklere ulaşılmasıdır.

Münazara, tarafların ve özellikle öğrencilerin tartışılan konuyu derinlemesine öğrenmelerini sağlar. *"Bir saat münazara bir ay kitap okumadan daha faydalıdır. Ancak iyi niyet sahibi, işin doğrusunu öğrenmek isteyen kimse ile yapılmalıdır"* sözünü aktaran Taşköprülüzade, münazaranın öğrenme ve öğretme metodu olarak değerini vurgulamaktadır.²⁸

²⁴ A. Cevdet Paşa, Adab-ı Sedad, s. 109 vd.

²⁵ İmamü'l-Haremeyn el-Cüveynî, el-Kafiye fi'l-Cedel, Kahire h. 1399-m.1979, s. 531.

²⁶ Elhac Cemaleddin, s. 103.

²⁷ Elhac Cemaleddin, s. 102.

²⁸ Taşköprülüzade, Mevzu'atu'l-Ulum, c. 1, s. 63.

Kurallarına uyularak yapılan bir münazara, tarafları hataya düşmekten korur. Klasik mantığın kriterlerini kullanan münazara, tarafların iddia ve savunmalarını bu kriterlere uygunluk açısından değerlendiren bir ilim dalıdır. Taraflar münazarada bu kriterlere uygun hareket ettikleri sürece hata yapmaktan korunmuş olmaktadır.²⁹

Osmanlı medreselerinde bir öğretim metodu olarak kullanılan münazara, öğrencilerin derslerini daha iyi anlamalarına ve ezbercilikten kurtulmalarına yardım etmiştir. Ezber üzerine bir eğitim vermekle itham edilen medreselerin, münazara metodunu kullanmış olmaları sebebiyle haksız yere suçlandıkları anlaşılmaktadır. Çünkü münazarada enine boyuna düşünülmemiş, ayakları yere basmayan bilgiler kullanılamaz, kullanılsa da karşı taraftakilerce hemen çürütülür. Kaldı ki bilgi olmadan yorum yapılamayacağından, temel metinlerin ezber seviyesinde bilinmesi bir eksiklik değil, bilakis bir meziyettir. Temel metinleri kafasına yerleştirmiş bir insan, ayağının birisini sağlam bir yere basmış olup diğer ayağıyla bilgi okyanusunda enginlere güvenle açılabilir.

Münazarada pekiştirilmeyen bilgiler testten geçirilmemiş bir ürün gibi eksik ve kusurludur. Bu bilginin münazarada pekiştirilmesi ve doğruluğunun gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ya da münazara bir doktorun teorik bilgilerini hastalar üzerinde uygulamaya geçirmesi gibidir. Bilgi toprağa dikilen bir fidandır. Bu fidanın büyüebilmesi için derste münazara suyu ile sulanması gerekmektedir.³⁰

Osmanlı medreselerinde, öğrenciler bir gün önce 8-9 saat hazırlanarak öğrendikleri dersleri, ertesi gün hocalarının huzurunda 4-5 saat tartışmakta ve bu tartışmalarda hocaları hakem olmaktadır.³¹ Bu münazaraların başlayabilmesi için öğrencilerin ilk olarak Kazvini'nin Şemsiyye'si gibi temel mantık kitaplarını iyice öğrenmiş olmaları gerekmektedir. Bundan sonra münazara ile ilgili kitapların okunmasına ve münazara uygulamalarına geçilmekteydi. Bununla birlikte münazara kitapları okunmadan önce de münazara benzeri karşılıklı konuşma ve fikir alışverişleri yapılmaktaydı.³²

7. Münazara Hakkında Yazılan Bazı Temel Eserler

Münazara hakkında yazılan ve Osmanlı medreselerinde okutulan temel eserler şunlardır:³³

1. Şemseddin es-Semerkindî'ye (ö. 702/1303) ait Risaletü's-Semerkindî:

²⁹ Muhammed Salih b. Ahmed el-Garsî, el-Habiyye fi İlmi Âdabi'l-Münazara, bty, h. 1414-m. 1994, s. 9.

³⁰ Taşköprülüzade, c. 1, s. 63.

³¹ Cevat İzgi, Osmanlı Medreselerinde İlim, İstanbul 1997, c 1, s. 763.

³² Adanah, agm.

³³ Kömbe, s. 32 vd.

Semerkindî fıkıh, kelim, mantık, matematik ve astronomi alanlarında çalışmalar yapmış bir alimdir. Ondan önceki alimler sadece kelim ve fıkıh konularında tartışma eserleri yazarken, Semerkandî ilk kez bütün ilimlere uygulanabilecek genel bir münazara kitabı kaleme almıştır. Eserin ilk bölümünde münazara ile ilgili kavramlar tanımlanmakta, ikinci bölümde münazaranın gerçekleştirilmesi anlatılmakta, son bölümde ise felsefe, kelim ve fıkıh konularında tartışma örnekleri verilmektedir.³⁴

2. Kemaleddin Mesud eş-Şirvanî'ye (ö. 905/1499-1500) ait Şerhu Kemalüddin eş-Şirvanî: Şirvanî mantık ve kelim sahalarında yetkin bir alimdir. Bu eser Risaletü's-Semerkindî üzerine yazılmış en meşhur şerh olup Osmanlı medreselerinde orta seviyede okutulmuştur.

3. Yahya b. Ahmed el-Kaşî'nin (ö. 745/1344) Haşiyetü'l-Esved'i: Meraga matematik ve astronomi okulun yetiştirdiği alimlerden olan el-Kaşî mantık, matematik, belagat ve hadis sahalarında eserler vermiştir.

4. Adudiddin el-İcî'ye (ö. 756/1355) ait Adabu'l-Adudiyye: 1281 yılında Şiraz yakınlarındaki İcî'de doğan müellif, kelim, usul, adab ve dil sahalarında eserler vermiştir. Muhtasar ve faydalı bir eser olan Adabu'l-Adudiyye, Osmanlı medreselerinde başlangıç seviyesinde okutulmuştur. İstidlal yolu ve metodu ile münazara ilminin kurallarını ve metodunu konu alan on satırdan oluşan bu risalenin çok sayıda şerh ve haşiyesi vardır.

5. Muhammed et-Tebrizî'ye (ö. 900/1494) ait Şerhu'l-Hanefiyye: Mantık, kelim ve tefsir alimi olan Tebrizî Buhara'da vefat etmiştir.

6. Muhammed Erdebilî'ye (ö. 875/1470) ait Haşiyetü'l-Mir: Bu eser, İcî'nin Adabu'l-Adudiyye'sine yazılan bir haşiyedir.

7. Taşköprüzade'nin Şerhu Taşköprüzade'si: 1495 yılında Bursa'da doğan Taşköprüzade (ö. 963/1561) dil, mantık, tarih, ilimler tarihi, tıp, matematik ve kelim sahasında kırk kadar eser kaleme almıştır. Bu eser Taşköprüzade'nin yazdığı münazara risalesine yine kendisi tarafından yapılan bir şerhtir.

8. Muhammed b. Ebi Bekir el-Maraşî'nin Takrirü Kavanin'i: Saçaklızade olarak tanınan müellif Maraş'ta doğmuş ve 1145/1732'de yine aynı şehirde vefat etmiştir. Çeşitli alanlarda otuzdan fazla eseri bulunmaktadır.

B. Cedel

1. Cedelin Tanımı

Kelime olarak "ipi sağlam bükme, birini sert bir yere düşürmek, düşmanlık, cephe almak, mücadele etmek, sert bir şekilde tartışmak, münakaşa etmek" gibi anlamlara gelen cedel, Latincedeki dialectica kelimesinin Arapça karşılığıdır. Terim olarak felsefe ve mantıkta farklı şekilde tanımlanır.

³⁴ Taşköprüzade, c. 1, s. 331.

Mantıkta cedel, meşhur olan (meşhurât) ve doğru kabul edilen (müsellemmât) öncüllerden oluşan kıyastır.³⁵ Felsefe ve kelamda ise bir düşüncedeki çelişkileri tartışarak gösterme sanatı şeklinde tanımlanmaktadır.³⁶

Cedelin Latince karşılığı olan diyalektik filozoflar tarafından farklı şekillerde tanımlanmıştır. Zenon'a göre diyalektik, "karşıt görüşlü kimselerin düşüncelerindeki çelişkinin tartışma yoluyla ortaya koyulması"; Sokrates'e göre "gerçeğe ulaşmak, kavramları açığa kavuşturmak ve tarif etmek için tez ve antitez halinde yürütülen karşılıklı konuşma yöntemi"; Eflatun'a göre "varlıkları cinslere ve türlere ayırarak duyular aleminden ideler alemine (mahsusâtтан makulâta) ulaşma vasıtası ve mutlak gerçeği keşfetme mantığı"; Aristo'ya göre "muhataba belli bir düşünceyi kabul ettirmeye yarayan ve sonucu itibarıyla ihtimal ifade eden akıl yürütmelerde kullanılacak zannın mantığı" şeklinde tanımlanmıştır.³⁷ Aristo diyalektiği "ihtimali öncüllerden sonuç çıkararak kıyas" şeklinde tanımlamakla, kesin öncüllere dayanan burhandan farkını ortaya koymaktadır. Buna göre burhanın öncüllerinin bizatihi ilk ve kesin doğrular olmasına karşılık, cedelin (diyalektik) öncülleri bütün insanların veya çoğunun ya da filozoflardan bir bölümünün veya çoğunun yahut en ünlü ve yetişkinlerin zanlarından oluşan bilgilerdir.³⁸

İbn Sina'ya göre cedel "bir fikri meşhur veya genellikle kabul görmüş mukaddimelerle ispat etme ve savunulan fikre zıt bir görüş benimsememe sanatı"dır. Ona göre aklî ve tabii ilimlerde aklî zaruretlerden doğan burhanın kullanılmasına karşılık dinî, ahlakî, siyasî ve sosyal problemlerin çözümünde insanların ortaklaşa kabul ettikleri hükümlere dayanan cedel metoduna da başvurulmalıdır. Gazali'ye göre cedel "doğru olanın ortaya çıkması, yanlış olanın yanlışlığının anlaşılması veya zannî bilginin kuvvetlenmesi için taraflar arasında yapılan tartışmadır."³⁹ İbn Haldun'a göre cedel, farklı itikadî ve fikhî mezhep mensupları arasında meydana gelen münazara adabını öğreten ilimdir. Tehanevî'nin cedel tanımı ise daha kapsamlıdır: Cedel, dinî konularla ilgili delilleri kullanma usullerini öğreten ilimdir.⁴⁰ Cürcanî'ye göre cedel, hakkı ortaya koymak veya bir şeyin batıl olduğunu göstermek amacıyla karşıt görüşlü iki kişi arasında gerçekleşen tartışmadır.⁴¹ Cüveynî ise cedeli "tartışan tarafların görüşlerinin gereklerini savunma ve muhalefet yoluyla ortaya çıkarmaktır" şeklinde tanımlamaktadır.⁴² Hacı Halife'ye göre cedel, (delilleri) kuvvetlendirme ve nakzetme yollarını gösteren bir ilimdir. Ona

³⁵ Emiroğlu, s. 216.

³⁶ Yusuf Şevki Yavuz, "Cedel", DİA, c. 7, s. 208-210.

³⁷ Emiroğlu, s. 215.

³⁸ Yavuz, "Cedel", s. 208-210.

³⁹ İmam Gazali, el-Müntehel fi'l-Cedel, Beyrut h. 1424- m. 2004, s. 305.

⁴⁰ Yavuz, "Cedel", s. 208-210.

⁴¹ Şükrü Özen, "Hilaf", DİA, c. 17, s. 527-538.

⁴² Cüveynî, s. 20.

göre cedel, münazaranın bir alt dalıdır ve hilafa dayalı bir ilimdir. Münazara gibi mantığın bir parçası olan cedel, dinî konulara has olması yönüyle ondan ayrılır. Cedelde kullanılan prensiplerin bir kısmı münazaradan, bir kısmı da hitabetten alınmıştır. Bununla birlikte cedelde herhangi bir alana ait olan prensiplerin kullanılması da mümkündür.⁴³

2. Cedel Hakkında Yazılan İlk Eserler

Cedel ilminde ilk eser veren Mutezile mezhebinden Eş'ariliğe geçen Ebu Bekir Muhammed b. Ali el-Kaffal el-Kebir eş-Şaşı'dır (ö. 365/976). Daha sonra yazılan Ebherî'nin Kitab-ı Muğni'si, Füsul-ü Neseфі, Hülasatü'l-Meragi, Mukaddime-i Neseфі, Nefais-i Amidi, Resail-i Urmevi, Tezhibü'n-Nüket gibi eserler cedel ilmi konusunda en meşhur olanlardır.⁴⁴

3. Cedelin Meşruluğu

Konuyla ilgili eserlerde cedel, tarafların amaçlarına ve metodlarına göre iyi ve kötü olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek bilgiye ve kesin delile dayanmayan, yanlış doğru, doğruyu yanlış gösteren, hakikatı reddeden ve batılı savunmayı amaçlayan tartışmalar kötü cedel sayılmıştır. Buna karşılık kesin delil ve gerçek bilgiden hareket eden, yanlış fikirleri çürütmeyi ve gerçeği ispat etmeyi amaçlayan tartışmalar, iyi cedel sayılmış ve caiz görülmüştür.⁴⁵

4. Cedelin Faydaları

Diğer tartışma Metodlarında olduğu gibi cedelin de çok önemli faydaları söz konusudur⁴⁶:

Kurallarına uygun olarak yapılan bir cedel ile doğru bilgi yanlış bilgiden ayrılır, gerçekler ortaya çıkarılır.⁴⁷

Cedelde tartışan tarafların zekaları açılır, zihinleri berraklaşır ve düşünce kabiliyetleri gelişir.

Münazara konusunda anlatıldığı gibi cedelde tartışan taraflar öğrendikleri bilgileri müzakere ederek pekiştirmiş olurlar.

Cedel taraflardan yanlış görüşte olanları hatalarından ve düşmanlıklarından vazgeçirir.

⁴³ Hacı Halife, s. 579.

⁴⁴ Taşköprülüzade, c. 1, s. 332.

⁴⁵ Yavuz, "Cedel", s. 208-210; Cüveynî, s. 23.

⁴⁶ Hamd b. İbrahim el-Osman, Usulü'l-Cedel ve Münazara, Kuveyt h. 1422-m. 2001, s. 172 vd; Hacı Halife, s. 579; Emiroğlu, s. 215 vd.

⁴⁷ Yusuf b. Abdurrahman b. El-Cevzi el-Hanbelî, Kitabü'-'İzah li Kavanini'l-Istilah fi'l-Cedel ve'l-Münazara, Kahire h. 1415-m. 1990, s. 99.

Cedel sayesinde taraflar görüşlerinin kaynaklarını ispat etme ve gösterme mecburiyetinde kalır.

Cedel insanları taklitçilikten ve ezbercilikten, tahkikçiliğe ve tefekküre sevk eder.

Cedelde tartışılan konunun kapalı yönleri açığa çıkarılır. Kapalı bir söz söyleyen kimse karşı tarafın itirazı üzerine bu konuyu açıklamak zorunda kalır.

5. Kötü Cedelin Zararları

Kurallarına uygun yapılan cedelin (iyi cedel) yukarıdaki gibi faydaları söz konusu olmasının yanında kötü cedelin de çeşitli zararları söz vardır⁴⁸:

Rakibini hezimete uğratmak, kendi üstünlüğünü kabul ettirmek ve meşhur olmak gibi amaçlarla yapılan cedelden kin, düşmanlık ve kızgınlık doğar.

Kötü cedelin diğer bir zararı da zaman israfına yol açmasıdır. Bu zararı sebebiyle alimler kötü cedelin caiz olmadığına hükmetmişlerdir.

6. Cedelin Adabı

Münazaranın olduğu gibi cedelin de belirli kuralları, usul ve adabı vardır:

Tartışan tarafların temel meselelerde ortak doğrulara sahip olmaları şarttır. Aksi takdirde tartışmadan olumlu bir sonuç çıkması mümkün olmaz.⁴⁹

Cedelde tarafların amacı doğruyu bulmak, yanlıştan uzaklaşmak olmalıdır. Övünmek, şöhret kazanmak ve gösteriş yapmak amacıyla cedel yapılmaz.⁵⁰

Cedelde kişinin amacı hasmı yenerek sevinmek olmamalıdır. Bu amaçla yapılan cedel hayvanların birbiriyle kavga etmesine benzetilmekte ve doğru görülmemektedir.

Cedel sırasında normalin üstünde yüksek sesle konuşmak doğru değildir. Taraflar ağırbaşlı ve alçakgönüllü bir şekilde tartışmayı sürdürmelidir.⁵¹

Kin ve düşmanlık hisleriyle dolu kimselerle cedel yapılmamalıdır.⁵²

⁴⁸ İbrahim el-Osman, s. 195 vd.

⁴⁹ İbrahim el-Osman, s. 538.

⁵⁰ İbrahim el-Osman, s. 520.

⁵¹ Cüveynî, s. 529; İbrahim el-Osman, s. 530.

⁵² İbrahim el-Osman, s. 262.

Cedel sırasında kişi, kalbinden korkuyu çıkarmaya çalışmalıdır.⁵³

Kişi kendi seviyesinde olmayan kimselerle cedel yapmamalıdır. Aksi halde hakaret, zillet, üzüntü ve kızgınlığa maruz kalır.⁵⁴

Cedel sırasında sinirlenmekten ve muhaliflere kızmaktan sakınmak gerekir. Çünkü kızgınlık insanın hatırlama ve sağlıklı düşünme yeteneklerini zayıflatır.⁵⁵

Ciddiyetsiz, laubali kimselerle cedel yapılmamalıdır.⁵⁶

Cedel sırasında kişi kendisinin ve hasmının itibarını korumalıdır.⁵⁷

Cedel sırasında hasma güler yüzlü ve iyi niyetli olarak yaklaşılmalıdır.⁵⁸

Hasım çok bilgili ise derin konulara girmeden kolay meselelerden bahsetmek daha güvenli bir yoldur.⁵⁹

Rakip zayıf da olsa, ileri sürülen deliller sağlam ve güvenilir olmalıdır. Çünkü dinleyiciler arasında konuyu iyi bilenler bulunabilir ve tartışmaya müdahale ederek tarafları zor durumda bırakabilir.⁶⁰

Rakibin sözünü dikkatle dinleyip, iyice anlamak ve ona göre cevap vermek gerekir.⁶¹

Tartışma sırasında ilzam olana kadar rakibe karşı gevşeklik gösterilmemelidir. Çünkü tartışmada gevşeklik göstermek uğursuzluk sayılmaktadır.⁶² Bu sebeple saldırganlık ve gevşeklik arası, dengeli bir tarzda cedel yapılmalıdır.⁶³

Rakibin sözünde bir çelişki görülürse hemen ifade etmekten geri durmalıdır.⁶⁴

⁵³ Cüveynî, s. 530; İbrahim el-Osman, s. 536.

⁵⁴ İbrahim el-Osman, s. 235.

⁵⁵ İbrahim el-Osman, s. 532.

⁵⁶ İbrahim el-Osman, s. 259.

⁵⁷ Cüveynî, s. 531.

⁵⁸ Cüveynî, s. 532; İbrahim el-Osman, s. 527.

⁵⁹ Cüveynî, s. 533.

⁶⁰ Cüveynî, s. 534; İbrahim el-Osman, s. 560.

⁶¹ Cüveynî, s. 535; İbrahim el-Osman, s. 541.

⁶² Cüveynî, s. 535.

⁶³ İbrahim el-Osman, s. 556.

⁶⁴ Cüveynî, s. 536.

Tartışılan konuda ihtiyaçtan fazla söz söylememek gerekir.⁶⁵

Tartışma sırasında rakibi küçük görmek ve hatasından dolayı onu aşağılamak doğru değildir.⁶⁶

Taraflar cedel sırasında açık, seçik ve net ifadeler kullanmalıdır.⁶⁷

7. Cedelde Hile

Cedelde hile, ahlak zaafı olan kimselerin yapacağı yanlış ve mahzurlu bir davranıştır. Bu kimseler, muhatabın anlamayacağı derin, kapalı ve garip sözler kullanarak kafaları karıştırmaya çalışırlar. Bu sözler karşısında rakip bir cevap vermeye çalışıldığında, “ben onu kastetmemiştim, bunu söylememiştim” denilerek tartışma çözümsüzlüğe mahkum edilir. Bu hileden kurtulmanın yolu, kapalı sözler söyleyen tarafa her kelimesinin ne anlama geldiğini, bu sözlerle neyi kastettiğini harf harf açıklamaktır.⁶⁸

Cedelde yapılan diğer bir hile de rakibe müdahale ederek sağlıklı bir şekilde soru sormasına ya da cevap vermesine imkan tanımamaktır. Böylece sorunun veya cevabın ne olduğu anlaşılmaz ve muhatabın o sözden beklediği netice hasıl olmaz.⁶⁹

C. Hilaf

1. Hilafın Tanımı

Sözlükte “karşı gelmek, aykırı davranmak, muhalefet etmek, zıtlaşmak” gibi anlamlara gelen hilaf, uygulamada fıkıh ve fıkıh usulüyle teoride ise cedel ve münazara ile ilgili bir ilim dalıdır. Hilaf, cedelin İslam hukukçuları tarafından fıkha uygulanmasıyla ortaya çıkmıştır.⁷⁰ Hilaf, cedel ve münazarayla fıkıh usulünün bir alt dalı olarak gören Taşköprülüzade’ye göre hilaf “birini desteklemek diğerini geçersiz kılmak üzere icmalî ve tafsilî delillerden yapılan çeşitli istinbat vecihlerinden bahseden ilimdir.”⁷¹

Hacı Halife’nin hilaf tanımını şöyledir: “Hilaf, şerî delillerin ileri sürülmesi, şüphelerin uzaklaştırılması ve katî burhanlarla karşı delillerin men edilmesi metodunu bildiren ilimdir.” Ona göre hilaf, mantığın bir alt dalı olup sadece dinî maksatlarla kullanılabilir.⁷²

⁶⁵ Cüveynî, s. 536.

⁶⁶ Cüveynî, s. 536; İbrahim el-Osman, s. 534.

⁶⁷ İbrahim el-Osman, s. 539.

⁶⁸ Cüveynî, s. 544.

⁶⁹ Cüveynî, s. 544.

⁷⁰ Taşköprülüzade, c. 1, s. 334; Özen, “Hilaf”, s. 527-538.

⁷¹ Taşköprülüzade, c. 1, s. 334.

⁷² Hacı Halife, s. 721.

İzmirli İsmail Hakkı ise hilafı “*istinbat edilmiş bir şer’î hükmü muhaliflerin yıkmasından korumak için şer’î delillerin durumlarından bahseden ilim*” olarak tanımlamaktadır. İlkelerini cedelden aldığı için hilaf ilmi şekil, cedel ilmi ise öz kabul edilmektedir. Hilaf ilmi benimsenen görüşten şüpheleri savuşturmaya yarar. Hilaf ilmi fıkıh usulünün bir alt dalı olduğu için bu ilimle uğraşanlar fıkıh usulünü usulcüler kadar iyi bilmelidirler. Usulcülerin fıkıh usulü kaidelerine göre çıkardıkları hükümler, hilaf ilmi ile uğraşanlar tarafından korunur.⁷³

2. Kurucusu

Hilaf ilminin kurucusu olarak genellikle Tesisü’n-Nazar sahibi Ebu Zeyd ed-Debusî (ö. 430/1039) gösterilmektedir.⁷⁴ Tesisü’n-Nazar’dan önce yazılmış ve konuların fıkıh bablarına göre tasnif edildiği mukayeseli hukuk eserleri olmakla birlikte, Debusî eserinde müçtehitleri ikili guruplar halinde sınıflandırarak görüşlerini incelemekle farklı bir tarz ortaya koymuştur.⁷⁵

3. Hilafın Meşruluğu

Günümüzdeki mukayeseli hukuk ilmine benzeyen hilaf, mezhepler arası ve mezhep içi farklı görüşlerin tartışıldığı bir hukuk alanıdır. Her konuda olduğu gibi hilaf konusunda da aşırıya gidenler olmuş, kendi mezhebine ya da görüşüne taassupla bağlı olan bir kısım kimseler arasında ağır suçlamalar ve düşmanca tartışmalar yaşanmıştır. Bu gibi mahzurlu sonuçları sebebiyle Cüveynî, Gazalî, Serahsî gibi alimler hilaf ilminin kötüye kullanılmasına karşı çıkmışlardır.⁷⁶

Buna karşılık aşırılıklardan kaçınarak doğru bir şekilde kullanıldığı takdirde hilaf, gerçeğe ulaşmak ve bir mezhebin sistematik ve metodolojik bütünlüğünü test etmek gibi çok faydalı sonuçlar doğurabilmektedir. İbn Haldun hilafın, müçtehid hukukçuların fikirlerinin kaynaklarını ve delillerini öğrenmek için pek faydalı olduğunu yeminle ifade etmektedir.⁷⁷

Hilaf ile müçtehitlerin kaynakları ve delil çıkarma Metodları tespit edildiğinden, müçtehitlerin kendi Metodlarına uygun hareket edip etmedikleri denenmiş olmaktadır.⁷⁸

⁷³ İsmail Hakkı İzmirli, *İlm-i Hilaf*, İstanbul 1330, s. 3.

⁷⁴ Taşköprülüzade, c. 1, s. 334.

⁷⁵ İzmirli, s. 4; Özen, “Hilaf”, s. 527-538.

⁷⁶ Özen, “Hilaf”, s. 527-538.

⁷⁷ İbn Haldun, c. 2, s. 512.

⁷⁸ Özen, “Hilaf”, s. 527-538.

4. Hilaf Hakkında Yazılan Eserler

Debusî'den önce hilafıla ilgili olarak yazılmış kitaplar arasında İbn Cerir et-Taberî'nin (ö. 428) İhtilafü'l-Fukahası, Ebu Cafer et-Tahavî'nin (ö. 321) İhtilafü'l-Fukahası, Ebu'l-Hasen el-Kudurî'nin (ö. 428) Tecrid'i, İbn Münzir eş-Şafii'nin el-İşraf ala Mezhebi Ehli'l-İlm'i ve İmam Şafii'nin el-Ümm'ü sayılabilir.

Debusî'nin Tesisü'n-Nazar'mdan sonra yazılan hilaf eserlerinden bazıları ise şunlardır: Ebu'l-Hafs Ömer Neseî'nin (ö. 537) Manzume'si, İbn Saati'nin (ö. 682) Muhtasar'ı, Alaüddin es-Semerkindî'nin Muhtelifü'r-Rivaye'si, Ferahi'l-Hanefî'nin Manzume'si, Radiyyüddin es-Serahsî'nin (ö. 566) Tarikatü'r-Rivaye'si, Muhammed Gazalî'nin (ö. 505) el-Mehaz'ı, Ebu'l-Muzaffer es-Semanî'nin (ö. 489) Burhan'ı, Ebu Said Abdullah'ın (ö. 585) Teysir'i, Fahrüddin Razi'nin (ö. 606) Mealim'i, Ebu Bekir el-Beyhakî'nin (ö. 458) Hilafiyat'ı, İbn Kasar'ın Uyunu'l-Edille'si, Ebu Bekir b. El-Arabî'nin (ö. 543) Telhis'i, Ebu Bekir et-Tartuşî'nin (ö. 560) Tarika'sı, İbn Hübeyre'nin (ö. 555-560) el-İşraf ala Mezahibi'l-Eşraf'ı ve Talik'i, İbn Rüşd'ün (ö. 595) Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid'i.⁷⁹

Hilaf ilmi V-VIII. (XI-XIV) yüzyıllar arasında altın çağını yaşamış ve gitgide yerini üç, dört ya da daha fazla mezhebin görüşlerinin derlendiği eserlere bırakmıştır. Mesela, Muhammed b. Abdurrahman el-Kureşî el-Osmanî'nin (ö. 780-1379'dan sonra) Rahmetü'l-Ümme fi İhtilafî'l-Eimme ve Abdülvehhab eş-Şarani'nin (ö. 973-1565) el-Mizanü'l-Kübra adlı eserleri dört sünni fıkıh mezhebinin görüşlerini ana hatlarıyla vermeye çalışmıştır.⁸⁰

Osmanlı'nın son döneminde İzmirli İsmail Hakkî'nın gayretleriyle hilaf, Ulum-u Şer'iyye Fakültesi programına koyulmuş ve onun tarafından derslerde okutulmak üzere İlm-i Hilaf isimli eser kaleme alınmıştır. İzmirli'nin eserinde hüküm çıkarmanın şekli, hükümlerin delillerindeki ihtilaf, hüküm çıkarmanın şartları, fıkıh meselelerinde ihtilaf, fıkıh meseleleri ve fıkıh kitaplarının dereceleri, ihtilafın sebepleri ve uygulanması, hakkında icma olan meseleler ve hilafiyat başlıkları altında konular ele alınmaktadır.

5. Hilaf ve Mukayeseli Hukuk

Hilaf ilmi çağdaş müelliflerce mukayeseli hukuk ilmi olarak takdim edilmektedir. Mukayeseli hukukta diğer hukuk sistemlerinin de incelenmesine karşılık hilaf ilminde sadece İslam hukukundaki mezheplerin görüşlerinin karşılaştırılması, bu iki ilmi dalının en önemli farklılığıdır. Bununla birlikte aynı hukuk sistemi içerisindeki farklı ekollerin karşılaştırılması yönüyle hilaf ilmi, mukayeseli hukukun İslam hukukundaki bir türü kabul edilebilir.

⁷⁹ İzmirli, s. 8-9.

⁸⁰ Özen, "Hilaf", s. 527-538; İzmirli, s. 9.

Kaldı ki diğer dinlerin ve hukuk kurallarının incelenmesi, İslami literatürde Şehristani'nin el-Milel ve'n-Nihal'i gibi kitaplarla yapılmıştır.

İslam dünyasında modernizmle birlikte mukayeseli hukuk ilminin önemi artmış, İslam hukuku ile batı hukukunun karşılaştırıldığı yeni eserler kaleme alınmaya başlanmıştır. Selahaddin en-Nahî'nin en-Nazariyetü'l-Amme fi'l-Kanuni'l-Muvazen ve Kanuni'l-Hilaf (Bağdat 1968) isimli eseri bunlardandır.⁸¹

Sonuç

Tartışma, tarihin ilk dönemlerinden günümüze devam edegelen bir olgudur. Bu açıdan insanoğlu gerek iyi niyetle gerekse kötü niyetle rakipleriyle tartışmaktan hiçbir zaman geri kalmamıştır. Zaman içerisinde körü körüne tartışmanın yerini Metodlu bir şekilde tartışma almış ve konumuz olan münazara, cedel ve hilaf gibi tarzlar ortaya çıkmıştır.

Tartışma Metodlarının faydalarının anlatıldığı bölümde de görüldüğü gibi münazara, cedel ve hilaf sayesinde taraflar bilgilerinin doğruluğunu test etmekte ve kendi sınırlarını zorlayarak daha ileri seviyelere çıkmaktadır. Bu yönüyle münazara, cedel ve hilafa hukukta tahkik Metodları da denilebilir. Ezbere dayalı, doğruluğu sınanmamış bilgiler söz konusu tahkik Metodlarıyla elemeyen geçirilmiştir.

Tartışma Metodlarından hilaf ise bir tür mukayeseli hukuk ilmi olarak dikkat çekmektedir. Her ne kadar İslam hukuku içerisinde de gerçekleştirilse hilaf ile ilgili eserlerin mukayeseli hukuk çalışmaları olduğu görülmektedir.

⁸¹ Özen, "Hilaf", s. 527-538.

Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçları
(TCK. m. 233)

(The Crime of the Breach of Obligation in Family Law)
(TPC Art. 233)

*Asuman Aytekin İNCEOĞLU **
*M. Murat İNCEOĞLU ***

Özet: Bu makalede, Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinde yer alan üç ayrı suç; bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün ihlali suçu, hamile kadını terk suçu ile çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığını tehlikeye sokma suçu ele alınmıştır. Çalışmada bir yandan bu suçların unsurları ayrı ayrı incelenmiş, öte yandan bu hükümlerin ortak noktaları ile içerdikleri farklılıklar da vurgulanmıştır. Maddenin esas olarak aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalini suç olarak düzenliyor olması karşısında, konunun aile hukuku ile bağlantısı da özellikle maddi unsur başlığı altında ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Aile düzeni, Yükümlülüklerin ihali, Suç, Terk, Nafaka

Abstract: *This study discusses three different crimes defined under Article 233 of the Turkish Penal Code: breaching the duty of care, education or the obligation to support; abandoning a pregnant woman; and, jeopardizing a child's morality, security and health. On the one hand, elements of the crimes are examined individually, while on the other hand similarities and differences of these provisions are noted. As the Article mainly concerns obligations that are related to family law, these obligations are analyzed as an aspect of the material element.*

Keywords: *Order in family, breach of obligations, crime, abandonment, alimony.*

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: asuman.inceoglu@bilgi.edu.tr

** Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. e-posta: murat.inceoglu@bilgi.edu.tr

I. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, sekizinci bölümde aile düzenine karşı suçları düzenlenmiş ve 233. maddesinde ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bulunmayan yeni bir hüküm getirerek aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçuna yer vermiştir¹. Söz konusu hükme göre;

"Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Görüldüğü üzere söz konusu hükümde, üç farklı suç düzenlenmiş durumdadır. Ancak ikinci ve üçüncü fıkralarda düzenlenmiş olan suçların, birinci fıkrada yer alan aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunun özel olarak düzenlenmiş halleri olduğunu ifade etmek mümkündür². Diğer bir ifade ile, ikinci ve üçüncü fıkraların ihlali, çoğu zaman birinci fıkranın da ihlali anlamına gelecektir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Türk Hukukunda bu konuya ilişkin tek hüküm İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesiydi. Söz konusu hükmün 1965 yılında değiştirilmiş halinde, nafaka vermeye mahkum olup da, ilamda gösterilen ödeme şartlarına uymayan borçlunun, şikayet üzerine 10 günden üç aya kadar hafif hapis cezasına mahkum edileceği öngörülmüş idi. Ancak anılan hüküm, 2005 yılında değiştirilmiş ve hapis cezası kaldırılmıştır. Hükmün yeni düzenlemesi uyarınca,

¹ Özen, Muharrem, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüklerin İhlali Suçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1364.

² Ashında hükmün ikinci fıkrasında yer alan "sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk" etme, hükmün başlığı ile uyumlu değildir. Hatta bu hareketi, birinci fıkranın özel bir görünümü olarak nitelendirmek de pek mümkün değildir. Bununla birlikte bu fıkrada kanun koyucu, birlikte yaşama ve hamile bırakma olguları nedeniyle aile hukukundan kaynaklanana benzer bir yükümlülük ihdas etmekte ve bu yükümlülüğe aykırılığı da aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali ile birlikte suç olarak düzenlemektedir.

“Nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklı-
nın şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbi-
kine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edi-
lir”. Böylece yeni hükme göre, artık sadece tazyik hapsi söz konusudur.

2. Korunan Hukuksal Değer

Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinde düzenlenmiş olan suçlar ile korunmak istenen hukuksal değer, kişilerin yaşamsal ihtiyaçlarının karşı-
lanmasıdır³. Sağlam temellere dayalı ailelerin varlığı, toplumsal gelişmenin
sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi, toplumsal huzur ve barışın sağlanması
açısından son derece önemlidir⁴. Aile bireyleri, diğer aile bireylerinin yaşam-
larını sağlıklı ve güvenli olmayan koşullarda sürdürmesine izin vermemeli
ve yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamalıdır. Yaşamsal ihtiyaçların karşılanması
ile anlaşılması gereken, kişilerin ruh ve beden sağlığının, güvenliğinin,
çocukların ruhsal ve fiziksel gelişiminin ve eğitim haklarının sağlanmasıdır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir konu, yaşamsal ihtiyaçların
giderilmesi dışında da korunun bir hukuksal değer bulunup bulunmadığı-
dır. Hükmün ilk fıkrasında “bakım, eğitim veya destek” konusundaki aile
hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalinden söz edilmektedir. Söz
konusu üç yükümlülük de esasen kişilerin ruh ve beden sağlığının, güvenli-
ğinin, çocukların ruhsal ve fiziksel gelişiminin ve eğitimlerinin sağlanmasına
yöneliktir. Bu nedenle de Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinde öngörülen
suçlarda korunan yegane hukuksal değer, yaşamsal ihtiyaçların sağlanma-
sı olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen
ve hamile kadının çaresiz durumda terk edilmesini ya da çocukların ahlak,
güvenlik ve sağlığının ağır şekilde tehlikeye sokulmasını engellemeyi hedef-
leyen suçlarda, korunan yegane hukuksal değer, bu kimselerin yaşamsal
ihtiyaçlarının sağlanması olduğu daha açık bir şekilde görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 171. maddesi, bakım ve eğitim yükümlülüğü-
nün ihlalini suç olarak düzenlenmektedir. Bu madde metninde suçun oluşu-
mu için ihlalin ağır olması ve bunun sonucunda hak sahibi kişinin beden ve
psikolojik gelişiminin önemli ölçüde zedelenmesi, suça yönelik bir yaşam
tarzı sürdürme veya fuhşa sürüklenme tehlikesinin doğması aranmaktadır.
Keza 170. maddede de, nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeme suç olarak
düzenlenmiştir. Bu hükme göre, ancak nafaka alma hakkına sahip olan kişi-
nin geçimi tehlikeye düşerse veya başkalarından yardım almaksızın geçimini
sağlayamama tehlikesi ortaya çıkarsa suç oluşacaktır. Bu düzenlemelerden
de anlaşılacağı üzere, benzer fiilleri suç olarak düzenleyen Alman kanun
koyucusu da, korunan hukuksal değeri, açıkça yaşamsal ihtiyaçların temini

³ Nuhoğlu, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009, s.144.

⁴ Könezoglu, Bilge, Aile ve Ailenin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek
Lisans Tezi, Ankara 2006, s.9-10.

olarak belirlemektedir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 219. maddesinde ise, ergin olmamış bir kimseye karşı bakım ve eğitim yükümlülüğünün ihlal edilmesi, çocuğun fiziki veya zihni gelişiminin olumsuz etkilenmesi koşuluyla bir suç olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere bu hükümde de yaşamsal ihtiyaçların korunması korunan hukuksal değer olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte doktrinde, 233. maddede düzenlenen suçlar ile aile düzeninin de korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir⁵. Nitekim Türk Ceza Kanunu da bu suçu sekizinci bölümde, "Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlemiştir. Ancak unutulmamalıdır ki, aile ilişkisi kalmamış olan boşanmış eşlerin de bakım, eğitim ve destek olma yükümlülükleri bulunmaktadır. Hatta hükmün ikinci fıkrası uyarınca hiçbir zaman aile ilişkisi kurmamış olan kişiler dahi bu suçun faili olabilirler⁶. Bu nedenle, korunan hukuksal değerler arasında, aile düzeninin yer almadığını düşünmekteyiz. Eğer kanun koyucunun amaçları arasında aile düzenini korumak yer alsa idi, öncelikle eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün veya birlikte yaşama yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin suç olarak düzenlenmesi gerekirdi. Tüm bu nedenlerle korunan hukuksal değer aile düzeni olduğu yönündeki görüşe katılmadığımız gibi, bu suçun sekizinci bölüm altında yer almasının da isabetli olmadığı kanaatindeyiz⁷.

Son olarak Alman Hukuku'nda bir görüş, bu suç ile sosyal hizmet makamlarının menfaatlerinin de ikinci derecede korunduğunu ileri sürmüştür⁸. Türk Hukuku bakımından bu görüş sadece nafaka yükümlülüğü açısından savunulabilir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 365. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "*Dava, nafaka alacaklısına bakmakta olan resmî veya*

⁵ Nuhoglu, s.144; Şener, Emine Gülnihal, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu, Adalet Dergisi, Mayıs 2010, Sayı 37, s.228; Parlar, Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, 3. baskı, Ankara 2010, s.3665. Sadece birinci fıkrada düzenlenen suç bakımından bu görüşte, Bayraktar, Köksal/ Eroğlu, Fulya, Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Kanunu Çerçevesinde Genel Bir İnceleme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, VIII/2-IX/1, İstanbul 2012, s.99.

⁶ Nuhoglu, s.158; Bayraktar/ Eroğlu, s.103.

⁷ Nuhoglu'nun da ifade ettiği gibi, anılan norm, aile düzenine karşı suçlar başlığı altında yer almasına rağmen, evli olan bir kişinin birlikte yaşadığı kadının hamile kalması gibi bazı hallerde, aile düzenini korumak bir yana, tam tersine mevcut aile düzeni açısından problem teşkil edebilecek sonuçlara yol açabilir. Nuhoglu; s.158. Bu nedenle, Bayraktar/ Eroğlu, TCK. m.233/2'de düzenlenen suçun, fail ve mağdur arasında medeni hukuk bakımından geçerli bir aile ilişkisini her koşulda aramıyor olmasını yerinde bulmamaktadır. Bayraktar/ Eroğlu, s.103-104. Kanaatimizce, evlilik ilişkisinin bulunmadığı hallerde de anılan suçun oluşacağını kabul etmek yerindedir. Zira evli kadınlar kadar, evli olmayan, çaresiz durumdaki hamile kadınların da yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanması gerekir. Bu nedenle suçun bu şekilde düzenlenmesi değil, aile düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olması hatalıdır.

⁸ Tartışma için bkz. Nuhoglu, s.144.

kamuya yararlı kurumlar tarafından da açılabilir". Esasen nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmesinin sağlanmasından söz konusu kurumların da yararlanacağı açıktır⁹. Ancak kanaatimizce yine de Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin birinci fıkrasının aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesini bir suç olarak düzenlemesinin altında, resmi ve kamuya yararlı kurumların da menfaatlerinin korunmasının bulunduğu söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle de Türk Hukuku açısından 233. maddenin koruduğu hukuksal değerlerden birinin de sosyal hizmet makamlarının menfaatleri olduğu kabul edilmemelidir.

3. Suçun Faili

a. Bakım, Eğitim veya Destek Olma Yükümlülüğünü İhlal Suçu (f.1)

Hükmün birinci fıkrasında düzenlenen suçun faili, aile hukuku bakımından bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğü bulunan kişilerdir. Suç, ancak bu yükümlülüğe sahip kişiler tarafından işlenebileceğinden, özgü bir suç niteliğini taşımaktadır¹⁰. Bu yükümlülüğe haiz kişiler, Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca belirlenecektir. Üst ve alt soyun, kardeşlerin, evlat edinenin, eşlerin, boşanmış eşlerin, ev başkannın¹¹ ve vasinin, birinci fıkra anlamında yükümlülüklerinin varlığından bahsedilebilir.

Doktrinde ev başkanının tüzel kişi de olabileceği ifade edilmektedir¹². Öztan, bu duruma örnek olarak bir anonim şirketin bir oteli işletmesini örnek olarak göstermektedir. Zira aile başkanı, "ev düzeni"nin başkanıdır. Ev düzeni ise birlikte aile halinde yaşayan ve aynı otoriteye sahip kişilerin meydana getirdiği birliği ifade etmektedir. Yazara göre bu durumda otel de bir ev düzeni sayılmalıdır. Kanaatimizce otelde çalışanların "aile halinde" birlikte yaşadıkları çok şüpheli olup, bu husus kabul edilse dahi, ev başkanının da

⁹ Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 366. maddesine göre, "Korunmaya muhtaç kişilerin bakımı, bununla yükümlü kurumlar tarafından sağlanır. Bu kurumlar, yaptıkları masrafları nafaka yükümlüsü hısımlardan isteyebilirler".

¹⁰ Nuhoğlu, s.147; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Türk Ceza Özel Hukuku, 7. bası, Ankara 2010, s.751; Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, cilt V, Ankara 2010, s.6557; Bayraktar/ Eroğlu, s.100.

¹¹ Ev başkanının kim olduğu Türk Medeni Kanunu'nun 367. maddesinin birinci fıkrasında gösterilmiştir. Söz konusu hükme göre, "Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfü göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur". Özellikle bir arada yaşayan geniş ailelerde örfü göre ailenin en yaşlısı ev başkanı olarak kabul edilmektedir. Anne, baba ve çocuklardan oluşan dar ailelerde ise anne ve babanın birlikte ev başkanı olduğu ifade edilmektedir. Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s.549, 550.

¹² Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s.720; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6558.

anonim şirket değil, anonim şirketi temsilen oteli yöneten sorumlu müdür olduğu söylenebilir. Bu nedenlerle bir tüzel kişinin ev başkanı olması mümkün gözükmemektedir.

b. Hamile Kadını Terk Suçu (f.2)

Suçun faili, hamile olduğunu bildiği eşini ya da birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile kaldığını bildiği evli olmayan kadını çaresiz durumda terk eden kişidir. Bu nedenle, bu suçun faili sadece erkekler olabilir¹³. Hükümde öngörülmüş ilk ihtimal açısından fail, sadece mağdurun kocası olabilirken, ikinci ihtimal açısından fail, mağdur ile birlikte yaşayan kimsedir. Bu nedenle burada bir özgü suç mevcuttur¹⁴. Zira evli olmayan ya da biriyle birlikte yaşamayan bir erkek bu suçun faili olamayacaktır.

c. Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığını Tehlikeye Sokma Suçu (f.3)

Suçun faili anne veya babadır. Bu nedenle özgü bir suç mevcuttur¹⁵. Hükümde açıkça ifade edildiği üzere anne ve babadan velayet hakkının kaldırılmış olması bu kimselerin fail sıfatını kazanmalarına engel değildir. Hükümün lafzından sadece velayet hakkının mevcut olduğu ya da kaldırılmış olduğu hallerde suçun oluşabileceğine ilişkin bir anlam çıkartılabilir. Oysaki anne veya babanın velayet hakkının hiçbir zaman doğmamış olması da mümkündür. Örneğin çocuğun doğumu sırasında anne ve babanın evli olması halinde, babanın hiç bir zaman velayet hakkı doğmamış olabilir. Kanun'un, bu ihtimali suçun kapsamı dışında bırakmak istemediği ortadadır. Maddede ifade edilmek istenen husus, velayet hakkı bulunsun ya da bulunmasın her anne ve babanın bu suçun faili olabileceğidir.

Suçun oluşabilmesi için, babayla çocuk arasında bir soybağı ilişkisinin kurulmuş olması zorunludur. Aksi takdirde, hukuken bir soybağı ilişkisi bulunmadığı sürece, bu kişi gerçek baba dahi olsa bu suçun faili olamayacaktır. Zira kimsenin arasında soybağı ilişkisi bulunmayan bir kimseye karşı özel bir özen yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumun tek istisnasını, Türk Medeni Kanunu'nun 338. maddenin 1. fıkrası teşkil etmektedir. Bu hüküm uyarınca, eşler de ergin olmayan üvey çocuklarına özen ve ilgi göstermekle yükümlü kılınmışlardır. Ancak bu kimseler, anne veya baba olarak kabul edilemeyecekleri için, bu hükümün kapsamına girmeyeceklerdir. Aynı şekilde, maddede özel olarak anne ve baba ifadesinin kullanılmış olması karşısında, vasilerin de bu suçun faili olmayacakları açıktır.

¹³ Tezcan/ Erdem/ Önok, s.754.

¹⁴ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6558; Bayraktar/ Eroğlu, s.104.

¹⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, s.756; Bayraktar/ Eroğlu, s.107; Nuhoglu, s.166; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6558.

4. Hareket ve Netice

a. Bakım, Eğitim veya Destek Olma Yükümlülüğünü İhlal Suçu (f.1)

aa. Hareket

aaa. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin birinci fıkrası ile aile hukukundan kaynaklanan her türlü yükümlülüğün ihlali değil, sadece "bakım, eğitim veya destek olma" yükümlülüklerinden birinin ihlali bir suç olarak düzenlenmiştir¹⁶. Bu bağlamda örneğin sadakat ya da birlikte yaşama gibi diğer aile hukuku yükümlülüklerinin ihlali suç teşkil etmeyecektir. Bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüklerinin ne anlama geldiğinin ise Medeni Hukuka göre belirlenmesi gerekir¹⁷. Burada seçimlik hareketli bir suç söz konusudur¹⁸. Zira söz konusu yükümlülüklerden sadece bir tanesinin bile yerine getirilmemiş olması suçun oluşumu için yeterlidir¹⁹.

Bu suç aynı zamanda ihmali bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰. Suç teşkil eden hareketin oluşabilmesi için, failin yükümlülüklerini yerine getirebilme imkan ve iktidarına sahip olması gerekir²¹. Engelli olması veya has-

¹⁶ Özen, s.1365; Tezcan / Erdem / Önok, s.751, 752; Şener, s.229; Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. cilt, Madde 179-345, 3. baskı, Ankara 2008, s.1997.

¹⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s.752; Özen, s.1366; Parlar/ Hatipoğlu, s.3665; Gündel, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. cilt: Madde 207-345, Ankara 2009, s.4563; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6559; Şener, s.227. Bu husus hükmün gerekçesinde de ifade edilmiş durumdadır.

Nuhoğlu'na göre, 'aile hukukundan doğan' ifadesinden sonra Kanun'un bakım, gözetim ve destek yükümlülüğünden söz etmesi karmaşaya sebep olacak niteliktedir. Nuhoğlu, s.149. Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu'nun bu yaklaşımı isabetlidir. Zira aksi takdirde aile hukukundan doğan tüm yükümlülüklerin ve bu arada sadakat yükümlülüğünün de bir suç haline gelmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu husus da suç olmaktan çıkarılan zinanın tekrar suç haline gelmesi anlamını taşıyacaktır. Kaldı ki kanaatimizce Türk Ceza Kanunu'nun destek yükümlülüğünden söz etmesi dahi bu suçu belirsiz bir hale getirmiştir. İsbetli olan destek yükümlülüğünün yerine getirilmemesi yerine, Almanya, İsviçre veya Avusturya'da olduğu gibi somut olarak nafaka yükümlülüğüne aykırılıktan söz etmektir. Bu konuda ayrıca bkz. Sonuç ve Değerlendirme bölümü.

¹⁸ Tezcan / Erdem / Önok, s.751; Özen, s.1365, 1366, Nuhoğlu, s.148; Şener, s.229; Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 6561; Malkoç, s.1997.

¹⁹ Birden fazla yükümlülüğün ihlal edilmiş olmasının alt ve üst sınırlar arasında cezanın tayin edilmesinde göz önünde bulundurulabileceği yönünde bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s.752; Malkoç, s.1997.

²⁰ Özen, s.1366; Nuhoğlu, s.148; Tezcan / Erdem / Önok, s.752; Şener, s.229; Bayraktar / Eroğlu, s.100.

²¹ Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s.209.

tanede olması nedeniyle bu yükümlülüklerini geçici ya da sürekli olarak yerine getiremeyen bir kimsenin suçta öngörülmüş hareketi gerçekleştirdiğinden söz etmek mümkün değildir. Bu konuda özellikle üzerinde durulması gereken bir konu failin parasızlık nedeniyle yükümlülüklerini, özellikle de nafaka yükümlülüğünü yerine getirememesi halidir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 217. maddesinde nafaka ve destek olma yükümlülüğünün bir suç teşkil edebilmesi, failin bu yükümlülüğünü yerine getirebilecek durumda olmasına bağlanmıştır. Aynı esasın Türk Hukuku açısından da geçerli olduğu kabul edilebilir. Ancak doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, para kazanma imkanı varken kazanmamayı tercih eden kişi açısından suçun maddi unsuru gerçekleşmiş kabul edilmelidir²². Avusturya Ceza Kanunu'nun 198. maddesinde bu husus açıkça ifade edilmiş ve kişinin nafaka yükümlülüğünü yerine getirmesine imkan sağlayacak miktardaki mirası almayı reddetmesi, suçun maddi unsurunun oluşumu için yeterli sayılmıştır²³.

bbb. Destek Olma Yükümlülüğü

Aile hukukundan kaynaklanan genel bir destek olma yükümlülüğü, Türk Medeni Kanunu'nda üç yerde düzenlenmiş durumdadır²⁴. Bunlardan ilki anne-baba ile çocuğun birbirlerine karşılıklı yardım yükümlülüğü (TMK.m.322), ikincisi ise eşlerin birbirlerine destek olma yükümlülüğüdür (TMK.m.185/f.3). Türk Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemelerinden birini teşkil eden 338. maddenin 1. fıkrası uyarınca ise, "*eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler*". Ancak bu üçüncü yükümlülük hiç şüphesiz Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesinde öngörülmüş olan yükümlülüğe oranla daha dar kapsamlıdır. Üvey anne ya da babalar, çocuk üzerinde velâyet hakkına sahip değildirler, ancak bakım ve eğitimle yükümlü olan eşine bu konuda uygun bir şekilde yardımcı olmalıdır (TMK. m.338/ f.2)²⁵.

Bu konuda Türk Medeni Kanunu'nun 314. maddesi de gözden uzak tutulmamalıdır. Söz konusu hükme göre, "*Ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlât edinene geçer*". Diğer bir ifade ile anne ve babanın çocuklarına karşı olan tüm yükümlülükleri evlat edinilen kimseye karşı da mevcuttur²⁶.

²² Nuhoglu, s.148 dipnot 34.

²³ Türk Hukuku bakımından da aynı sonucun kabul edilebileceği yönünde bkz. Nuhoglu, s.153.

²⁴ Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinde kullanılan destek olma yükümlülüğü ifadesi Türk Medeni Kanunu'nda yer alan yardım yükümlülüğüne denk gelmektedir. Yaşar / Gökcan / Artuç, s.6561.

²⁵ İlgi, tehlikelerden koruma ve bakım şeklinde karşımıza çıkacak olan "kişisel özenin" üvey çocukları da kapsadığı yönünde bkz. Dural/ Öğüz/ Gümü, s.161.

²⁶ Şener, s.228, 29.

Tezcan/ Erdem/ Önok tarafından, destek olma yükümlülüğünden esasen parasal nitelikteki yardım yükümlülüklerinin, özellikle de nafakanın anlaşılması gerektiği ifade edilmişse de²⁷, hükümde böyle bir sınırlama mevcut olmadığına göre, parasal nitelikte olmayan yardım yükümlülüklerinin de bu maddenin kapsamına dahil olduğunun kabul edilmesi gerekir. Örneğin eşlerin birbirlerine ev işlerinde yardımcı olmaları ya da eşlerden birinin diğerine işi ile ilgili bir hususta emeği ile destek olması, hep parasal nitelikte olmayan destek niteliğindedir. Nitekim doktrinde de dayanışmanın hem maddi, hem de manevi açıdan söz konusu olduğu, gerektiğinde eşlerin birbirlerine para yardımı dışında, emek yardımı da yapmaları, üzüntülerini ve sevinçlerini paylaşmaları, üçüncü kişilere karşı birbirlerini desteklemeleri gerektiği kabul edilmektedir²⁸. Bu husus özellikle ihtiyarlık, yaşlılık veya işsizlik gibi durumlarda önem kazanmaktadır²⁹.

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir konu, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmeyen bir kimsenin, çocukla olan soybağının sonradan ortadan kalkmasıdır. Soybağının kalkması, hukukumuzda üç şekilde gerçekleşebilir. Bu durum ilk olarak Türk Medeni Kanunu'nun 286. maddesi uyarınca açılacak olan bir soybağının reddi davası sonucunda hakim kararı ile gerçekleşir. Bu davayı koca açacak ve davada babalık karinesini çürütecektir. Babalık karinesi bilindiği üzere Türk Medeni Kanunu'nun 285. maddesine düzenlenmiş durumdadır. Söz konusu hükme göre, "*evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır*". İşte bu tarihler arasında doğan bir çocuğun babası karine olarak koca kabul edilmekte, babanın bu karineyi soybağının reddi davası ile çürütmesi halinde ise soybağı kesilmektedir. Bunun yanı sıra Türk Medeni Kanunu'nun 294. maddesi uyarınca, "*ana ve babanın yasal mirasçuları, çocuk ve Cumhuriyet savcısı sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edebilirler*". Bu hüküm de 292. madde ile birlikte okunmalıdır. Söz konusu hükme göre, "*evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur*". Diğer bir ifade ile evlilik dışı doğan çocuk ile anne ile evlenen baba arasında sonradan kendiliğinden bir soybağı kurulmakta, ancak bu soybağı da itiraz davası ile kaldırılabilir. Son ihtimal ise tanımanın iptalidir. Bilindiği üzere evlilik dışı doğan bir çocuğun babası tarafından sonradan tanınması, bu tanıyan ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasına yol açmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 296. maddesi uyarınca "*ana, çocuk ve çocuğun ölümü*

²⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s.752.

²⁸ Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 1989, s. 113; Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Aile Hukuku, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, 12. bası, İstanbul 2010, s.114; Dural / Gümüş / Ögüz, s. 162; Ayan, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s.51; Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 6561; Könezoğlu, s. 46, 47.

²⁹ Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 6561.

hâlinde altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanınmanın iptalini dava edebilirler". Ayrıca 297. maddeye göre, "*tanıyan, yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle tanınmanın iptalini dava edebilir*".

Soybağının reddi halinde, bu yükümlülüğün de hiçbir zaman mevcut olmadığı kabul etmek gerekir. Zira soybağının reddine ilişkin hükmün sonuçlarının geriye etkili olduğu, diğer bir anlatım ile çocuğun doğduğu andan itibaren hüküm ifade edeceği benimsenmektedir³⁰. Tanınmanın iptali ve 294. maddede öngörülmüş olan itiraz davaları sonucunda alınacak olan kararların da geriye etkili olduğu kabul edilmelidir³¹. Bu nedenle de tüm bu ihtimallerde suçun maddi unsurunun hiçbir zaman gerçekleşmemiş olduğu ifade edilebilecektir.

Buna karşılık evliliğin butlanı açısından farklı bir sonuca ulaşmak gerekir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 156. maddesinin 2. cümlesi uyarınca "*mutlak butlan halinde bile evlenme, hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur*". Diğer bir ifade ile butlan kararı verilse dahi, bu karar geriye etkili olmayacağından, eşlerin daha önce doğmuş olan yükümlülüklerine hâle gelmeyecektir. Bu yükümlülükleri zamanında yerine getirmemiş olan kimse açısından suçun maddi unsurunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir.

Genel destek yükümlülüğüne ilişkin yukarıda ele aldığımız söz konusu hükümler dışında Türk Medeni Kanunumuzun çeşitli maddelerinde bazı nafaka yükümlülüklerine de yer verilmiştir. Bu yükümlülüklerin, destek olma yükümlülüğünün özel görünümleri olduğunu ifade etmek mümkündür. Bunlar, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin, diğer eşten süresiz olarak ve mali gücü oranında talep edebileceği "yoksulluk nafakası" (TMK.m.175), küçüğe fiilen bakmakta olmayan ana veya babanın, çocuğun bakım masrafları için ödemekle yükümlü olduğu "iştirak nafakası" (TMK. m.329), yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoy ve altsoy ile kardeşlere³² ödenmesi gereken "yardım nafakası" (TMK.m.364) ve boşanma davası süresince veya birlikte yaşama ara verilmesi halinde, kendi maddi imkanları ile

³⁰ Akıntürk/ Ateş Karaman, s.344; Tekinay, Salahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. baskı, İstanbul 1990, s.444; Köprülü/ Kaneti, s.218; Oğuzman, Kemal/ Durral, Mustafa, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s.225. Yargıtay da nesebin reddi davasının geriye etkili olduğu görüşündedir. Bkz. Yarg. 2. HD. 16.07.2007, 9268/11260 (Gençcan, Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara 2011, s.1117).

³¹ Tanınmanın iptali açısından bkz. Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, 2. bası, İstanbul 2005, s.208; Öztan, s.555; Tekinay, s.444. İtiraz davasının tanınmanın iptali davası hükümlerine tabi olduğu Türk Medeni Kanunu'nun 294. maddesinin üçüncü fıkrasında ifade edilmiş durumdadır.

³² Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 364. maddesinin 2. fıkrasında kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlanmıştır.

geçimini sağlayamayan eşe, imkanı elveren diğer eşin maddi olarak destek olmasına ilişkin tedbir nafakasıdır³³.

Bu nafaka yükümlülüklerinin doğması ilgilinin talebine ve bir mahkeme kararına ihtiyaç göstermektedir. Buandan itibaren, ilgilinin aile hukukundan doğan bir destek olma yükümlülüğünün varlığı açıktır. Mahkeme kararının mevcudiyeti nedeniyle 233. maddenin birinci fıkrasında öngörülmüş olan suçun maddi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği kolaylıkla belirlenebilmektedir³⁴.

ccc. Bakım ve Eğitim Yükümlülükleri

Şüphesiz ki anne ve babanın, çocuklarına karşı yükümlülükleri destek olmakla sınırlı değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 339 vd. maddelerinde çocuğun velayet hakkına sahip olan anne ve babanın, bakım ve eğitim yükümlülükleri de düzenlenmiş durumdadır³⁵. Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları almalı ve uygulamalıdır. Bunun yanı sıra ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitmeli ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlamalı ve korumalıdır (TMK.m.340/f.1). Özellikle ülkemizin bazı bölgelerinde görülen kız çocuklarımızın ilköğretim kurumlarına gönderilmemesinin bu maddede öngörülmüş olan suçun maddi unsurunu gerçekleştireceği açıktır³⁶. Aynı hükmün ikinci fıkrası ise bedensel ve zihinsel özürlü çocukla-

³³ Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca, "boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır". Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ise, "birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır". Alınacak olan bu önlemlerden biri de uygulamada tedbir nafakası olarak bilinen nafakanın eşlerden biri tarafından diğerine ödenmesidir.

³⁴ Nafaka ödememenin bu suçun maddi unsurunu oluşturmayacağı, bu durumda sadece İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesinde öngörülen suçun oluşacağı yönünde, Yaşar / Gökcan / Artuç, s.6560. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesinin yeni düzenlemesi karşısında bu görüşün savunulması artık mümkün gözükmemektedir. Zira söz konusu hüküm artık yazarların ifade ettiği gibi bir suçu düzenlememekte, sadece idari bir yaptırım öngörmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesine göre, fiilin hem suç, hem de kabahat oluşturması halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Bu nedenle bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesi uygulama alanı bulmalıdır. Ayrıca bkz. bölüm 7 / c / bb.

³⁵ Yine Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinin 2. fıkrasına göre, "eşler... çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler".

³⁶ Malkoç, s. 1997; Parlar/ Hatipoğlu, s. 3665; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 6560; Şener, s. 229.

rın durumunu özel olarak düzenlemiş ve anne babaya bu gibi çocukların yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlama yükümlülüğü getirmiştir (TMK. m.340/ f.2).

Bunun yanı sıra 324. maddenin 1. fıkrası da dikkat çekicidir. Söz konusu hükme göre, “*ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınılmazla yükümlüdür*”. Her ne kadar burada anne ve babanın bir bakım ve eğitim yükümlülüğü doğrudan düzenlenmiş değil ise de, diğer eşin çocuğu eğitmesini ve yetiştirmesini engellemek de, kişinin kendi üzerine düşen bakım ve eğitim yükümlülüğünü dolaylı olarak ihlal ettiği anlamına gelecektir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu’nun 324. maddesinin ihlali halinde de Türk Ceza Kanunu’nun 233. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen suçun maddi unsurunun gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

Bakım yükümlülüğünün konusu ise, kişilerin yaşamlarının ve beden bütünlüklerinin korunması, beslenmeleri ve kişiliklerinin gelişmesi için gerekli olanakların sağlanması oluşturmaktadır³⁷. Yiyecek, giyecek, tedavi, eğitim araçlarının sağlanması bunlara örnek olarak sayılmaktadır³⁸. Gerek bakım, gerekse de eğitim yükümlülüğünün anne ve babanın maddi olanakları ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir³⁹.

Ancak Türk Medeni Kanunu’nun 339. vd. maddelerinde öngörülmüş olan bakım ve eğitim yükümlülüğünün, destek olma yükümlülüğünden farklı olarak, sadece velayet hakkına sahip olan anne ve babaya ait olduğuna dikkat edilmelidir⁴⁰. Çocuğun vesayet altında olması durumunda, bu yükümlülükler vasiye geçecektir. Bu durumda velayet hakkına sahip olmayan anne ve babanın yükümlülüğü sadece bakım ve eğitim giderlerine katılmaktan ibarettir (TMK.m.327)⁴¹.

Bakım yükümlülüğü çocuk ergin oluncaya, hatta çocuğun eğitimi sürüyorsa, ergin olduktan sonra dahi, kendilerinden beklenebilecek ölçüde eğitimin sonuna kadar devam edecektir (TMK.m.328). Fakat yukarıda ele almış olduğumuz yoksulluk nafakası ve yardım nafakası yükümlülüklerinden farklı olarak, eğitim ve bakım giderlerine katılma, bir mahkeme kararı olmaksızın dahi mevcut olan bir yükümlülüktür. Bu nedenle, iştirak nafakası şeklinde hüküm altına alınmış olsun ya da olmasın, bu yükümlülüğün

³⁷ Tezcan/ Erdem/ Önok, s.752.

³⁸ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin / Özakman, Cumhuriyet / Sarial, Enis, Aile Hukuku, 3. baskı, İstanbul 1986, s.186, 187; Akıntürk/ Ateş Karaman, s.114; Malkoç, s. 1997; Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 6559.

³⁹ Köprülü / Kaneti, s.113; Könezoğlu, s.47; Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 6560.

⁴⁰ Destek olma yükümlülüğü Türk Medeni Kanunu’nun 322. maddesi uyarınca velayet hakkından bağımsız olarak mevcuttur.

⁴¹ Türk Medeni Kanunu’nun 327. maddesine göre, “Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır”.

ihlalinin de bu fıkra anlamında bir suç teşkil edebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde bazı yazarlar, anne veya babanın eğitim yükümlülüğünün dini eğitimin sağlanmasını da kapsadığı görüşündedir⁴². Bu görüşün kabul edilmesi halinde, dini eğitim verilmesi “yükümlülüğünün” ihlal edilmesi halinde suçun maddi unsurunun oluşacağını kabul etmek gerekir. Ancak Türk Medeni Kanunu genel eğitimden farklı olarak dini eğitimin verilmesini bir yükümlülük değil, sadece bir hak olarak öngörmüş olup⁴³, bu nedenle dini eğitimin verilmemesi halinde Türk Ceza Kanunu’nun 233. maddesinde öngörül-müş olan suçun oluşmayacağı açıktır.

Vasi ise, Türk Medeni Kanunu’nun 445. maddesine göre vesayet altındaki küçüğün bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Ayrıca vasi, kısıtlıyı korumak ve bütün kişisel işlerinde ona yardım etmekle yükümlüdür (TMK.m.447). Vasiler, bu görevlerini yerine getirirlerken iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlüdürler (TMK.m.466). Bu özenin gösterilmemesi, vasinin aile hukukundan doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediği anlamına gelecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk Ceza Kanunu’nun 233. maddesinin birinci fıkrasında öngörül-müş olan suçun maddi unsurunun oluşabilmesi için, yükümlülüğün hiç yerine getirilmemiş olması gerekli değildir; gereği gibi yerine getirilmemiş olması da yeterlidir. Bu durumda “iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni” göstermeyen vasiler açısından suçun maddi unsuru gerçekleşecektir.

Bu konuda son olarak “ev başkammın” yükümlülükleri üzerinde durulmalıdır⁴⁴. Türk Medeni Kanunu’nun 369. maddesinin 2. fıkrasına göre, “ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”. Burada da aile hukukundan kaynaklanan bir bakım yükümlülüğünün öngörüldüğü konusunda tereddüt etmemek gerekir.

bb. Netice

Türk Ceza Kanunu’nun 233. maddenin birinci fıkrasında bir soyut tehli-ke suçu düzenlenmiş durumdadır⁴⁵. Zira suçun oluşumu için bir zararın ya da somut bir tehlikenin ortaya çıkmasına gerek yoktur. Hareketin korunan hukuki değeri ihlal etmeye elverişli olması yeterlidir.

⁴² Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 6560; Nuhoglu, s.152.

⁴³ Türk Medeni Kanunu’nun 341. maddesine göre, “çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir”. Bu belirlemenin hiç dini eğitim vermemek yönünde de olabileceği açıktır.

⁴⁴ Ev başkammın kim olduğu konusunda bkz. dipnot 11.

⁴⁵ Tezcan / Erdem / Önok, s. 751; Nuhoglu, s. 148.

Her ne kadar hükümde yükümlülüğün önemli derecede ihlal edilmiş olması gerektiği konusunda bir ifade yer almamakta ise de, kanaatimizce ancak önemli ihlaller korunan hukuksal değeri ihlal etmeye elverişlidir ve bu bağlamda suç teşkil eder⁴⁶. Örneğin bir annenin çocuğunu birkaç saat emzirmeyi ihmal etmesi ya da babanın birkaç günlüğüne başını alıp gitmesi suçun maddi unsuru açısından yeterli olmayacaktır.

Hiç şüphesiz yükümlülüğün ihlalinin hangi andan itibaren korunan hukuksal değeri ihlal etmeye elverişli olduğunu belirlemek oldukça güç bir yorum sorunudur. Annenin çocuğunu emzirmemesi ya da babanın çocukları ile ilgilenmemesi örneklerinde olduğu gibi ihlalin süresi bu konuda önem kazanabilecek ise de, başlı başına yeterli bir kriter değildir. Yapılan hareketin tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olup olmaması, somut olayın meydana geliş özelliklerine, yani yükümlülük ihlalinin nerede ve nasıl gerçekleştiğine göre değişkenlik gösterebilir. İhlal, somut olayda kişinin yaşamsal ihtiyaçlarına, özellikle güvenliğine veya sağlığına ilişkin bir tehlike yaratmaya elverişli ise, yükümlülük bir kez yerine getirilmemiş olsa dahi, suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin çocuğunun otobanda karşıdan karşıya geçmesine izin veren bir anne ya da babanın bu hareketi ile birlikte suçun maddi unsurunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Benzer bir şekilde annenin bebeğini cami avlusuna bırakıp gitmesi olgusu ile birlikte de ihlal gerçekleşmiş demektir. Bu örneklerde ihlalin belli bir süre devam etmesine ihtiyaç bulunmamaktadır⁴⁷.

Ancak 233. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçun maddi unsurunun gerçekleşmesi için, yükümlülüklerin hiç yerine getirilmemiş olması şart değildir. Yükümlülüğün geç veya beklenen şekilde yapılmaması da yeterli olabilecektir⁴⁸. Babanın ayda bir eve uğraması veya nafaka yükümlülüğünü kısmen yerine getirmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmediği hallerde maddi unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi daha da güçlük arz edecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere önemli olan ihlalin kişinin yaşamsal ihtiyaçları açısından bir tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığıdır⁴⁹. Bu bakımdan örneğin

⁴⁶ Soyut tehlike suçlarında da normun amacının belirli bir hukuksal değeri korumak olduğu ve normun bu kapsamda yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Dargenli, Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Prof. Dr. Sair Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.188.

⁴⁷ Bu nedenle doktrinde ileri sürülen, bu suçun kesintisiz bir suç olduğu, belirli bir süre devam etmesi gerektiği, yükümlülüklerin sadece bir kez yerine getirilmemesinin olsa olsa kötü muamele suçunu oluşturabileceği yönündeki görüşe (Yaşar/Gökcan/ Artuç, s.6561; Nuhoglu, s.148) de katılmamaktayız.

⁴⁸ İhmalin, beklenen hareketin hiç yapılmaması, geç yapılması ya da tayin edilen yer dışında yapılması şeklinde karşımıza çıkabileceği yönündeki görüş için bkz. Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2011, s. 213.

⁴⁹ Korunan hukuksal değerinin yorum amacı olarak fonksiyonu ve özellikle amaçsal yorum metodu konusunda bkz. Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.846 vd.

nafakanın yüzde doksanının ödenmesi halinde kalan kısmın ödenmemesinin – istisnai bazı uç örnekler hariç - böyle bir tehlike yaratmaya kural olarak elverişli olmadığı söylenebilir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir konu, failin yükümlülüklerini ihlal etmesine rağmen, bu durumun kendisi dışında kalan nedenlerle tehlike yaratmamasıdır. Nuhoglu'na göre, “suçun tamamlanması için ihtiyacı olan kişinin gerçekten bir tehlikeye maruz kalması ya da yükümlülük yerine getirilmediği takdirde tehlikeye maruz kalacak olması gerekir”⁵⁰. Bu durum genellikle mali yükümlülükler, özellikle de nafaka yükümlülüğü açısından karşımıza çıkar. Yukarıda belirttiğimiz üzere, annenin maddi durumunun iyi olması nedeniyle, nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmediği bir ihtimalde dahi, çocuğun yaşamsal ihtiyaçları karşılanabiliyorsa, hatta çocuk yine de refah içinde bir yaşam sürdürüyorsa, yükümlülüğün yerine getirilmemesinin korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olmadığı açıktır. Bununla birlikte, mali olmayan yükümlülükler açısından, anne ya da babadan birinin çocukla “yeterince” ilgileniyor olması, suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Zira çocuğun psikolojik gelişimini sağlıklı olarak sürdürebilmesi için çocukla hem anne hem de babanın ilgilenmesinin önemli olduğu bilinen bir gerçektir.

Korunan hukuksal değeri ihlale elverişlilik açısından bir diğer sorun nafakada karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada nafakaya genellikle irat şeklinde hükmedilmektedir. Tek bir iradın ödenmemesinin suç teşkil edip etmeyeceği, aylık ödenecek nafakanın miktarına ve nafaka alacaklısının ihtiyacına göre farklılık gösterecektir. Bu nedenle her somut olayda, ödenmeyen nafakanın kişinin yaşamsal ihtiyaçlarını tehlikeye düşürmeye elverişli olup olmadığının incelenmesi gerekir⁵¹.

Tüm bu tartışmalar göstermektedir ki, suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olması pek çok sorunu ve tartışmayı beraberinde getirmektedir. Oysa Alman Ceza Kanunu'nun 171. maddesi, bakım ve eğitim yükümlülüğünün önemli derecede ihlal edilmesini, kanunda öngörülmüş olan tehlikelerin doğmasına bağlanmıştır. Korunan kişinin fiziksel veya zihinsel gelişiminin önemli derecede zarara uğraması veya söz konusu kimsenin suça yönelik bir hayat sürmesi ya da fuhuşa eğilim göstermesi, kanunda öngörülmüş olan somut tehlike halleridir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 219. maddesinde ise, ergin olmamış bir kimseye karşı bakım ve eğitim yükümlülüğünün ihlal edilmesi, ancak çocuğun fiziki veya zihni gelişiminin olumsuz etkilenmesi koşuluyla bir suç olarak kabul edilmiştir. Avusturya Ceza Kanunu'nun 198. maddesinin

⁵⁰ Nuhoglu, s. 148, 149.

⁵¹ Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 170. paragrafı uyarınca, nafaka alacaklısının yaşamsal ihtiyaçları tehlikeye düşmüş veya başkalarının yardımı olmasaydı tehlikeye düşecek ise, nafaka yükümlülüğünün ihlali bir suç teşkil eder. Diğer bir ifade ile önemli olan, nafakanın ödenmemesinin kişinin yaşamsal ihtiyaçlarını tehlikeye sokmaya elverişli olmasıdır.

de ise, nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin hak sahibinin iâşe ve yetişmesini tehlikeye sokması aranmıştır. Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin birinci fıkrasının da, soyut bir tehlike suçu yerine, somut bir tehlike suçu olarak düzenlenmiş olması daha isabetli olurdu⁵².

b. Hamile Kadını Terk Suçu (f.2)

aa. Önşart⁵³

aaa. Eşinin Hamile Olduğunu Bilme

Suçun oluşumu için Kanun'da iki ön şarttan birinin gerçekleşmesi aranmıştır. Bunlardan ilki, kişinin eşinin⁵⁴ hamile olduğunu bilmesidir. Buna göre suçun oluşumu için, öncelikle kişinin terk ettiği kişiyle evli olması gerekir. Aralarındaki evlilik ilişkisi mutlak butlan ile sakat olsa dahi, evlilik mahkeme kararı ile son buluncaya kadar söz konusu kimselerin evli olduğu kabul edilir.

Kanunda ayrıca failin, eşinin hamile olduğunu bilmesi şartı da aranmıştır. Bu durumda hamilelik durumunun fiilen biliniyor olması gerekmektedir. Failin bu durumu bilmesi gerekse dahi, eğer fiilen bilmiyorsa bu fıkra anlamında bir suç oluşmayacaktır. Ancak bu durumda, unsurlarının gerçekleşmesi halinde, birinci fıkra hükmünün uygulama alanı bulması mümkündür.

Bununla birlikte eşin failden hamile kalmış olması aranmamıştır. Hatta hamileliğin evlilik öncesi veya sonrasında vuku bulmuş olmasının da bir önemi yoktur⁵⁵. Bu durumda bir kimsenin, eşinin başkasından hamile kaldığını öğrenmesi ve buna kızarak eşini çaresiz durumda terk etmesi halinde dahi suçun oluştuğunun kabul edilmesi gerekecektir⁵⁶. Doktrinde ise, başka-

⁵² Nitekim doktrinde bazı yazarlar, soyut tehlike suçlarının ceza kanunlarında yer almaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Daragenli, s.172 vd.

⁵³ Her ne kadar önşartın, maddi unsur başlığı altında incelenmesi yerinde değil ise de, çalışmanın sistematığı ve bütünlüğün kaybolmaması açısından bu bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Zira bu makalede, korunan hukuki değer gibi ortak özellikleri nedeniyle 233. maddede düzenlenmiş olan üç suç, tekrarlardan kaçınmak adına bir arada ele alınmıştır. Önşartın maddi unsurdan önce incelenmesi durumunda, ikinci fıkroda düzenlenen bu suçun önşartı ile hareket unsuru arasında bir kopukluğun yaşanacağı açıktır.

⁵⁴ Gerekeçede, "evli olsun veya olmasın gebe olan eşini" şeklinde bir ifade yer almaktadır. Bir kimsenin eşinin, nasıl evli olmayabileceğini anlamak mümkün değildir.

⁵⁵ Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 6562.

⁵⁶ Aynı doğrultuda bkz. Bayraktar/Eroğlu, s.104. Buna karşılık evli kadının boşanmaksızın kocasını terk ederek bir başkası ile yaşamaya başlaması ve bu ilişkiden hamile kalması halinde, esasen kendisi terk edilmiş durumda olan

sından hamile kaldığı için eşini terk eden bir erkeğin fiilinin, hamile kadını terk suçunu oluşturmayacağı ifade edilmektedir⁵⁷.

bbb. Sürekli Birlikte Yaşadığı Kadının Kendisinden Hamile Olduğunu Bilme

Kanun'un bu suçun oluşumu açısından öngördüğü ikinci ön şart, failin sürekli birlikte yaşadığı ve evli olmayan kadının kendisinden hamile kalmış bulunduğunu bilmesidir. Bu ön şartın gerçekleşmesi için;

- failin ve mağdurun sürekli birlikte yaşaması,
 - mağdurun failden hamile kalmış olması,
 - failin mağdurun kendisinden hamile kalmış olduğunu bilmesi ve
 - mağdurun evli olmaması
- gerekmektedir.

Failin, mağdurla birlikte yaşaması, kişilerin aralarında bir evlilik bağı olmaksızın aynı konutta bir arada yaşamaları halinde söz konusu olur. Ülkemizde kişilerin, aralarında evlilik bağı bulunmaksızın, sadece imam nikahı olarak adlandırılan dini töreni yaptırmak suretiyle birlikte yaşamaları hali ne yazık ki halen daha çok yaygındır. Ancak bunun dışında da özellikle büyük şehirlerde kişilerin evlenmeyi istemeksizin birlikte yaşamayı tercih etmeye başladıkları da bilinen bir gerçektir. Birlikte yaşama olgusundan söz edebilmek için tarafların aynı konutu paylaşmaları gerekir⁵⁸. Ayrıca aynı konutu paylaşma olgusundan söz edebilmek için, bu durumun az çok devam etmesi ve süreklilik arz etmesi aranmalıdır⁵⁹. Doktrinde bazı yazarlar, evli bir erkeğin, evlilik dışı birliktelik sürdürdüğü ve ayrı bir ev kiralarak belirli aralıklarla da olsa birlikte yaşadığı kadını hamile bırakıp, ardından terk etmesi halinde de söz konusu suçun oluşacağını kabul etmekte iseler de⁶⁰, bu gibi hallerde süreklilik unsurunun bulunduğunu kabul etmek güç-

kocanın, hamile eşini "terk" ettiğinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Eşinin zor durumda olmasına rağmen, kocanın eşi ile ilgilenmemesi de bu durumu değiştirmeyecektir.

⁵⁷ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 755; Özen, s.1367; Şener, s. 232; Nuhoglu, s. 159. Nuhoglu'na göre, hamile kadının kocası tarafından terk edilmesi halinde, kocası tarafından hamile bırakılmış olması Kanun'da özel olarak belirtilmemiştir. Zira Kanun, bu durumda doğacak çocuğun kocadan olduğunu varsaymaktadır. Bu nedenle evli kadın kocasından hamile kalmamışsa, bu varsayım gerçekleşmediği için, kocanın hamile eşini terk etmesi suç oluşturmamalıdır. Nuhoglu, s.159.

⁵⁸ Tezcan / Erdem / Önok, s. 755; Özen, s.1367; Nuhoglu, s.159; Parlar/ Hatipoğlu, s. 3666.

⁵⁹ Şener, s.232; Parlar / Hatipoğlu, s. 3666.

⁶⁰ Parlar / Hatipoğlu, s. 3666; Şener, s. 232.

tür. Zira süreklilik unsuru, hiç aralıksız olma anlamına gelmemekte ise de, bir kimsenin zamanının çoğunu eğiyle birlikte başka bir evde geçirmesi halinde, sevgilisi açısından süreklilik unsurunun gerçekleştiğinden söz etmek güçtür.

Bu düzenlemede, failin, terk ettiği kimsenin hamile olduğunu bilmesi yeterli olmayıp, bu hamileliğin kendisinden gerçekleştiğini de bilmesi gerekmektedir. Bu açıdan üzerinde durulması gereken bir husus, bilme unsurunun gerçekleşmesi için, bu durumun kadın tarafından faile ifade edilmiş olmasının yeterli sayılıp sayılmayacağıdır. Kanaatimizce failin şüphelenmesini haklı kılacak nedenler olmadığı sürece, böyle bir beyan yeterli sayılmalıdır. Ancak kadının başkaları ile de cinsel iliğkiye girmiş olması ya da failin kısır olduğunu zannetmesi gibi haklı nedenler varsa, bu nevi bir bildirim tek başına yeterli sayılmamalıdır. Zira hükümde “bilmesi gerekme” yeterli sayılmamış, açıkça bilme unsuruna yer verilmiştir.

Bu ön şart açısından aranan diğer bir koşul ise, kadının evli olmamasıdır. Kanaatimizce, birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile kalmış kadını çaresizlik içinde terk etme olgusunun yanı sıra, suçun oluşumu açısından ayrıca bir de kadının evli olmaması şartının aranması isabetli olmamıştır. Korunma ihtiyacı açısından kadının evli olması ile olmaması arasında bir fark bulunmamaktadır. Kanun koyucu muhtemelen, bu durumda eşine bakma yükümlülüğünün esasen kadının kocasında olduğu düşüncesinden yola çıkmış ve bu nedenle kadının evli olması halinde bu fıkra anlamında bir suçun oluşmayacağını kabul etmiştir. Ancak başkası ile birlikte yaşayan bir evli kadın, kocasını terk etmiş sayılacağından, kocasının artık destek olma- yacağı açıktır. Bu nedenle, kadının evli olmaması koşulunun hükümde aranması isabetli olmamıştır.

bb. Hareket

İkinci fıkrada düzenlenmiş olan bu suçun maddi unsuru hamile kadını çaresiz durumda terk etmektir. Doktrinde bu suçun, hem ihmali hem de icrai hareketle işlenebileceği savunulmuşsa⁶¹ da kanaatimizce bu suç ancak ihmali davranışlarla işlenebilir⁶². Bu görüşümüzü açıklayabilmek için, öncelikle terk ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Gerekçede bu terim, “her türlü yardımı yapmaksızın ortada bırakmak” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise kendi halinde bırakmak, bakmamak, ihmal etmek olarak tanımlanmaktadır⁶³. Terkin mali, maddi ve manevi olarak üç şekilde

⁶¹ Bayraktar / Eroğlu, s.105.

⁶² Aynı doğrultuda, Nuhoğlu, s.159.

⁶³ Parlar / Hatipoğlu, s. 3666; Yaşar / Gökcan/ Artuç, s. 6562.

gerçekleşebileceği ifade edilmektedir⁶⁴. Mali terk, nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir⁶⁵. Maddi terk ise, yardım ve gözetim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Manevi terk ise ihtimam gösterilmemesidir⁶⁷. Maddi ve mali terk açısından bir tartışma bulunmamasında ise de, manevi terkin hükmün kapsamına girmesinin kanunilik prensibi açısından sorun teşkil edebileceği ileri sürülmüştür⁶⁸.

Kanaatimizce, bu hükümde düzenlenmiş olan “terk”, Türk Medeni Kanunu anlamında terkten farklıdır. Bu nedenle ortak yaşanan yerden, dönmek niyetiyle ayrılma veya hamile eşini ya da hayat ortağını evden kovma fiilleri, her zaman tek başına bu suçun maddi unsurunu gerçekleştirilmeye yetmeyebilir. Nadiren de olsa, bir kişi sürekli birlikte yaşadıkları evden ayrılabilir, bu kişiye maddi ve manevi destek olmayı sürdürebilir. Bu nedenle sadece evi terk ile bu suçun oluşacağı kabul edilemez. Ayrıca yine Türk Medeni Kanunu’ndan farklı olarak, terk için mutlaka fiziki bir ayrılık olması da gerekli değildir. Aynı konutta yaşamaya devam etmekle birlikte, o kişiyle maddi ve manevi olarak hiç ilgilenmemek de bu kavram kapsamında değerlendirilmelidir⁶⁹. Gereğince yer alan, “ona her türlü yardımı yapmaksızın ortada bırakan kişi cezalandırılacaktır” ifadesi bu yönde bir yorumu destekler niteliktedir. Önemli olan bu kimsenin yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamasına ekonomik, fiziksel ve duygusal olarak yardımcı olmamaktır. Eve yemek getirmemek ve yemek alacak parayı kendisine vermemek ya da hamileliğin ilerleyen safhalarında doktora gitmek konusunda kendisine yardımcı olmamak bu hükmün kapsamında olduğu gibi, hamilelik sebebiyle psikolojik olarak zor durumda olan kadına manevi olarak destek olmamak da bu hükmün kapsamında değerlendirilmelidir⁷⁰. Diğer bir ifade ile gerek, maddi gerekse manevi terk, bu hükmün korumak istediği hukuksal değeri zedeleyebilecek niteliktedir. Suçun oluşumu için eşin yardım istemesi gerekli değildir⁷¹.

64 Dönmezer, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. bası, İstanbul 1975, s. 398-401; Nuhoglu, s. 160; Tezcan / Erdem / Önok, s. 755.

65 Dönmezer, s.398; Nuhoglu, s.160.

66 Dönmezer, s.398, 399; Nuhoglu, s.160. Nuhoglu, cinsel terkin de bu suç kapsamında maddi terk sayılabileceği görüşündedir. Kanaatimizce hamile kadının çaresiz bir halde terk edilmesini yaptırma bağlayan bu suçun korumak istediği menfaatler, hamile kişinin temel yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanabilmesine yöneliktir. Bu nedenle de özellikle hamileliğin ilerleyen dönemlerinde cinsel terkin 233. maddenin 2. fıkrası anlamında terk olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

67 Nuhoglu, s. 160.

68 Nuhoglu, s. 160.

69 Aynı doğrultuda Tezcan / Erdem / Önok, s. 755.

70 Parlar / Hatipoğlu, s.3666; Nuhoglu, s.160; Özen, s. 1368; Şener, s. 232; Tezcan / Erdem / Önok, s. 755; Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 6562.

71 Yaşar / Gökcan / Artuç, s.6562.

Bu konuda ele alınması gereken diğer bir ihtimal hakimin ayrılık kararı vermesi⁷² ya da tarafların ayrı yaşamaya hakları olmasıdır⁷³. Ayrılık durumunda tarafların esasen ayrı yaşamaya hakkı olduğu için, Türk Medeni Kanunu anlamında terk olgusundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu madde anlamında terk, Türk Medeni Kanunu anlamında terkten farklıdır. Bu nedenle ayrı yaşamaya hakkı olsa dahi, eşinin hamile olduğunu bildiği halde ona destek olmayı kesen kişinin de suçun maddi unsurunu gerçekleştirmiş olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira ayrılık sadece ortak yaşama ara vermelerine imkan tanımakta ise de, maddi ve manevi destek olma yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmektedir⁷⁴. Diğer bir ifade ile bu kimse eşinden ayrı yaşama imkanını elde etse dahi, hamile olduğunu bildiği eşine özellikle maddi anlamda destek vermeye devam etmelidir. Sonuç olarak her ne kadar “evli” olan ya da “sürekli birlikte yaşayan” kimselerin suçun faili olabileceğini öngörülmüş ise de, kanaatimizce hükümde tarafların birlikte yaşamaları zorunluluğu evli olan kişiler açısından öngörülmüş değildir. Bu nedenle özellikle eşinin hamile olduğunu bilmesine rağmen tedbir nafakasını ödemeyen bir kimse açısından, hamile kadının çaresiz duruma düşmesi ile birlikte, suçun maddi unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Zira tedbir nafakasına hükmedilen hallerde taraflar arasında evlilik birliği devam etmektedir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, mali terkin sadece nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklinde dar olarak anlaşılması doğru değildir. Örneğin yurtdışında eşinden ayrı olarak yaşamakta olan birinin nafaka yükümlülüğü olmasa bile, hamile olduğunu bildiği eşine para göndermeyi kesmesi de mali terk olarak kabul edilmelidir.

cc. Netice

Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suç, bir somut tehlike suçudur. Kanaatimizce hükümde, terk sonucu hamile kadının çaresizlik içine düşerek, yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanmasının tehlikeye girmesi suç olarak düzenlenmektedir. Eşini ya da birlikte yaşadığı

⁷² Türk Medeni Kanunu'nun 167. maddesine göre, “boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir”. Aynı Kanun'un 170. maddesinin birinci fıkrasına göre ise, “boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir”. Hakimin ayrılığa hükmedebilmesi için, eşlerin barışmaları yani ortak hayatı yeniden kurmaları olasılığının kuvvetli olması gerekir. Akıntürk/ Ateş Karaman, s.275; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.132; Öztan, s.430.

⁷³ Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesine göre, “eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir”. Ayrıca boşanma ve ayrılık davası süresince de eşlerin ayrı yaşama hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir. Akıntürk/ Ateş Karaman, s.283; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.130; Öztan, s.447.

⁷⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.132.

kadını hamileyken terk eden kişi, onu çaresiz durumda ortada bırakarak, kadının yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanmasını tehlikeye düşürecektir. Hamile kadının yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanması, doğacak bebeğin sağlıklı dünyaya gelmesi açısından da önem arz etmektedir. Bununla birlikte suçun oluşumu için bu tehlikenin oluşumu yeterlidir, zararın meydana gelmesi aranmamaktadır. Örneğin çaresiz durumda terk edilen kadın, sonradan bir şekilde başkalarının desteği ile yaşamsal ihtiyaçlarını karşılayabilse bile, yine de kadını çaresiz durumda terk eden kişi açısından suç oluşacaktır.

Doktrinde Eroğlu, çaresiz duruma düşmeyi netice kapsamında kabul ederken, Bayraktar ise kadının çaresiz duruma düşmesini bir ön şart olarak değerlendirmektedir⁷⁵. Kanaatimizce, hükümde çaresiz durumdaki kadını terk değil, kadının terk edildikten sonra çaresiz duruma düşmesi aranmaktadır. Evli ya da sürekli biriyle birlikte yaşayan hamile kadın, terk öncesi zaten çaresiz olarak nitelendirilemez. Ancak maddi veya manevi anlamdaki terk sonrası, çaresiz duruma düşebilir. Bu nedenle çaresiz duruma düşme, kanaatimizce suçun neticesine dahildir.

Çaresiz duruma düşme ifadesi, doktrinde, terk edilen eşin zor duruma, sefalet düşmesi olarak anlaşılmaktadır⁷⁶. Kanaatimizce çaresizlik, o kişinin maddi veya manevi olarak, diğer bir ifade ile ekonomik, sosyal ve sağlık bakımlarından yardıma muhtaç hale gelmesi⁷⁷, zor duruma düşmesidir. Ancak zor durumun sefalet düzeyine erişmesini aramamak gerekir. Ayrıca, Alman Ceza Kanunu'nun 170. maddesinin 2. fıkrasından farklı olarak, çocuğun düşmesine ya da hamile kadının hastalanmasına gerek bulunmamaktadır⁷⁸.

c. Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığını Tehlikeye Sokma Suçu (f.3)

aa. Önşart

aaa. Genel Olarak

Hükme göre maddi ve manevi özen noksanlığının itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu ortaya çıkması gerekir. Bu konuda öncelikle üzerinde durulması gereken husus, bu sayılan üç halin bir ön şart olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde genel eğilim, bu hususları hareket başlığı altında ele almak yönündedir⁷⁹. Oysa aşağıda da ortaya koyacağımız üzere, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu maddelerin kullanımı veya onur kırıcı hayat tarzı sürme, failin gerçekleştirdiği bir hareketten ziyade, failin bir niteliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira kanun koyucu bir kerelik sar-

⁷⁵ Bayraktar/Eroğlu, s.105.

⁷⁶ Nuhoglu, s.161; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.755.

⁷⁷ Tezcan/ Erdem/ Önok, s.755; Malkoç, s.1998; Bayraktar/Eroğlu, s.105.

⁷⁸ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6562.

⁷⁹ Nuhoglu, s.166, 167; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.756; Parlar/ Hatipoğlu, s.3666; Bayraktar/ Eroğlu, s.108.

hoş olmaya ya da onur kırıcı davranışta bulunmaya değil, failin bu özelliklere sahip olmasına sonuç bağlamıştır. Bu nedenle de bu hususların ön şart olarak nitelendirilmesi daha isabetlidir.

bbb. İtiyadi Sarhoşluk

Maddenin ifade tarzından, sarhoşluk halinin itiyadi olması, yani bu durumun bir alışkanlık halini almış olması gerektiği anlaşılmaktadır⁸⁰. Doktrinde bir görüş ise, Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesindeki itiyadi suçlu teriminden hareketle, itiyadi sarhoşluktan failin bir yıl içinde ikiden fazla kez sarhoş olmasını anlamaktadır⁸¹. Oysa pek çok insanın bir yıl içinde ikiden fazla kez sarhoş olduğu söylenebilir. Kaldı ki Türk Ceza Kanunu "itiyadi suçlu"yu tanımlamıştır, oysa sarhoşluğun suç teşkil etmediği açıktır. Bu nedenle de itiyadi sarhoşluk ifadesinin itiyadi suçlu tanımından yola çıkarak yorumlanması mümkün değildir.

ccc. Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanımı

Hükümde uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımının⁸² alışkanlık haline gelmiş olması gerektiği açıkça aranmış değildir⁸³. Ancak hükümde, uyuşturucu ve uyarıcı "maddeler" ifadesine çoğul olarak yer verilmiş olmasından, bu maddelerin kullanımının bir kereye özgü olmaması gerektiği düşünülebilir. Kanaatimizce daha da önemlisi, hükmün amacı gereği sadece bir kerelik bir uyuşturucu madde kullanımı yeterli sayılmamalıdır. Zira aşığıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, özen noksanlığından manevi terkin anlaşılması gerekir. Bir defalık bir uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının Kanun'un anladığı anlamda bir özen noksanlığına neden olması mümkün değildir. Kaldı ki benzer bir nitelik taşıyan sarhoşluk halinde, bu durumun itiyadi bir nitelik taşıması gerektiğinin açıkça aranması da bu görüşü destekler niteliktedir⁸⁴.

⁸⁰ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563; Gündel, s.4566.

⁸¹ Özen, s.1368.

⁸² Özen, uyuşturucu ve uyuşturucu madde kullanımından ne anlaşılması gerektiği konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 190. maddesinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Özen, s.1368. Oysa 190. madde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunu düzenlemekte olup, "uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için;

a) Özel yer, donanım veya malzeme sağlayan,

b) Kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alan,

c) Kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi veren,

Kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" ifadesinde 233. maddenin yorumlanmasına etki edecek bir nitelik görmemekteyiz.

⁸³ Nuhoglu, s.167; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.757; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563.

⁸⁴ Sarhoşluk ve uyuşturucu madde kullanımı arasında yapılmış gibi gözükten bu ayrımın eleştirisi için bkz. Nuhoglu, s.167; Bayraktar/ Eroğlu, s.108.

ddd. Onur Kırıcı Hayat Tarzı Sürdürme

Bu konuda öngörülmüş olan üçüncü ön şart, failin onur kırıcı tavır ve hareketlerde bulunması olarak ifade edilmiştir⁸⁵. Maddenin gerekçesinden, kastedilmek istenen hususun, onur kırıcı bir hayat tarzı sürmek olduğu anlaşılmaktadır⁸⁶. Nitekim öğretilerde de bu hususa örnek olarak fuhuşla iştiğal etmek⁸⁷ veya hırsızlığı meslek edinmek⁸⁸ gösterilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 406. maddesinde de "*Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanı*" ifadesine yer verilmiştir. Esasen bu hüküm ile 233. maddenin 3. fıkrasının düzenlenme amacı paraleldir. Tüm bu nedenlerle "onur kırıcı tavır ve hareketler" ifadesinin, onur kırıcı hayat tarzı sürdürme olarak anlaşılması gerekir⁸⁹. Kaldı ki manevi terk olgusunun da tek bir onur kırıcı hareketin gerçekleştirilmesi neticesinde ortaya çıkması mümkün değildir.

bb. Hareket

Burada ihmali bir suç söz konusudur. Tezcan/ Erdem/ Önok, bu suçun icrai hareketlerle de işlenebileceğini, aksi halde maddede yer alan "onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu" ifadesinin açıklanamayacağını savunmaktadır⁹⁰. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, bu ibareden anlaşılması gereken söz konusu kişinin onur kırıcı bir hayat tarzı sürdürmesidir. Yoksa hükümden onur kırıcı bazı hareketlerin yapılması aranmış değildir. Kaldı ki neticeye yol açan da bu hayat tarzı değil, "özen noksanlığı"dır. Özen noksanlığının ise ancak ihmali bir hareketle ortaya çıkabileceği açıktır⁹¹. Bu nedenle suçun Alman Hukukundan farklı olarak icrai hareketlerle işlenemeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır⁹².

Doktrinde burada seçimlik hareketli bir suçun olduğu ileri sürülmüştür⁹³. Zira Özen'e göre, "*itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu ya da uyarıcı madde kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerde bulunulması halinde*

⁸⁵ Bu konuda tüm toplumda geçerli bir kriter bulmanın zor olduğu, hükmün bu nedenle kanunilik ilkesi açısından sorunlu olduğu yönünde bkz. Nuhoglu, s.163.

⁸⁶ Onur kırıcı hareketlerin alışanlık halini kazanmış olması gerektiği ileri sürülmüştür. Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563. Esasen bu husus onur kırıcı bir hayat tarzı sürdürmekten başka bir şey değildir.

⁸⁷ Parlar/ Hatipoğlu, s.3666; Gündel, s.4566; Şener, s.234.

⁸⁸ Gündel, s.4566; Şener, s.234.

⁸⁹ Aksi görüşte Tezcan/ Erdem/ Önok, s.757.

⁹⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, s.756 ve özellikle dipnot 229.

⁹¹ Nuhoglu, s.167.

⁹² Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563; Nuhoglu, s.167.

⁹³ Nuhoglu, s.166; Özen, s.1369.

hareket unsuru gerçekleşmiş olacaktır".⁹⁴ Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere burada ihmali bir suç vardır ve hareket unsurunu "özen noksanlığı" teşkil etmektedir. Kanaatimizce itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu ya da uyarıcı madde kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerde bulunulması ön şart niteliğindedir. Bu nedenle de bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu görüşüne katılamamaktayız.

Anne ve baba, çocuğun erdemli, onurlu ve namuslu bir insan olarak yetişmesi, onun kötü alışkanlıklar edinmemesi için gerekli her türlü çabayı göstermelidir.⁹⁵ Ayrıca çocuğu tehlikelerden korumaya yönelik bir özenin de göstermesi gerekir. Ancak hükümde, Alman Ceza Kanunu'nun 171. maddesinden farklı olarak özen noksanlığının ağır olması gerektiği ifade edilmiş, tehlikenin ağır olması aranmıştır. Hükmün ifadesinden özen noksanının hem maddi, hem de manevi olması gerektiği şeklinde bir yoruma ulaşmak mümkün ise de, kanaatimizce kanun koyucunun amacı bu değildir. Gerekece de belirtildiği üzere burada "manevi terkin", yani sürekli bir ilgisizliğin varlığı aranmalıdır.⁹⁶

cc. Netice

Burada somut tehlike suçu mevcuttur.⁹⁷ Zira çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığının ağır şekilde tehlikeye girmesi, somut bir tehlikedir. Hükümde "ve" ifadesi kullanıldığı için her üç hususun bir arada tehlikeye girmesi zorunludur.⁹⁸

Bazı yazarlar, çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığının ağır şekilde tehlikeye girmesini bir cezalandırılabilme şartı olarak görmektir.⁹⁹ Oysa doktrinde diğer bir görüş haklı olarak bu hususun maddi unsurun netice kısmını oluşturduğunu savunmaktadır.¹⁰⁰ Esasen çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığının ağır şekilde tehlikeye girmesini bir cezalandırılabilme şartı olarak gören yazarlar dahi, burada somut tehlike suçunun varlığını kabul etmektedirler.¹⁰¹ İleride detaylı olarak açıklayacağımız üzere, somut tehlike netice kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁰²

⁹⁴ Özen, s.1369.

⁹⁵ Akıntürk/ Ateş Karaman, s.412.

⁹⁶ Nuhuğlu, s.166.

⁹⁷ Nuhuğlu, s.167; Parlar/ Hatipoğlu, s.3666; Şener, s.234; Özen, s.1368; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563.

⁹⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, s.757.

⁹⁹ Nuhuğlu, s.166; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563.

¹⁰⁰ Parlar/ Hatipoğlu, s.3666, 3667; Bayraktar/ Eroğlu, s.109.

¹⁰¹ Nuhuğlu, s.167; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563.

¹⁰² Bkz. bölüm 7 / a / bb.

Doktrinde çocuğun normal gelişimini gösterememesi veya çocukta ruhsal bozuklukların ortaya çıkması da çocuğun sağlığının tehlikeye girmesi olarak kabul edilmektedir¹⁰³. Çocuğun uyuşturucu bağımlısı olması halinde sağlığının ağır tehlike altında olacağı tartışmasızdır¹⁰⁴. Buna karşılık çocuğun ahlakının ağır tehlike altında olması ile neyin kastedildiği açık değildir. Çocuğun suça yöneldiği ya da fuhşa sürüklendiği hallerde, çocuğun ahlakının ağır bir şekilde tehlikeye girdiğini kabul etmek kolaylıkla mümkündür. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, ahlak kavramının kişiden kişiye değişebilecek olmasıdır. Bu nedenle, çocuğun yaşam biçiminin, ancak toplumun çok büyük bir kısmının ahlak anlayışına aykırı olması halinde bu suçun oluştuğu kabul edilmelidir¹⁰⁵.

Doktrinde haklı olarak tehlikeyi bizzat anne ve babamın yaratmasının gerekmediği, ortaya çıkan tehlikeyi özen noksanlığı sebebiyle bertaraf etmemenin de bu suçun oluşumuna sebebiyet vereceği ifade edilmiştir¹⁰⁶. Önemli olan özen noksanı ile çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığının ağır şekilde tehlikeye girmesi arasında illiyet bağının bulunmasıdır.

Kanunumuz, çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığının tehlikeye düşmesini yeterli görmemiş, bu tehlikenin ağır olması şartını da aramıştır. Ancak birinci fıkrada soyut bir tehlike suçunun düzenlenmiş olmasına rağmen burada ağır bir somut tehlikenin aranması, bu iki hüküm arasında bir çelişki ortaya çıkarmaktadır. Kanunda, hem ağır bir tehlikenin ortaya çıkması, hem bu ağır tehlikenin anne babanın özen noksanlığından kaynaklanması, hem de özen noksanlığının itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin gerçekleştirilmesi neticesinde ortaya çıkması aranmaktadır. Kuşkusuz böyle suç nadiren karşımıza çıkacaktır. İlk fıkrada yer alan suç son derece geniş bir şekilde düzenlenmişken, bu hükümde bu kadar ağır şartların aranması dikkat çekicidir¹⁰⁷.

5. Hukuka Aykırılık

Doktrinde mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebileceği ileri sürülmüştür¹⁰⁸. Kanaatimizce bu hükümde düzenlenmiş olan suçlar açısından bu hususa şüphe ile yaklaşmak gerekir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesine göre, kişilik haklarına aykırı olarak verilmiş olan

¹⁰³ Nuhoğlu, s.168; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563.

¹⁰⁴ Gündel, s.4566.

¹⁰⁵ Bu düzenlemenin kanunilik ilkesi açısından eleştiriye açık, yorum ve uygulamada duraksamaya yol açacak nitelikte olduğu yönünde bkz.Nuhoğlu, s.163.

¹⁰⁶ Nuhoğlu, s.167.

¹⁰⁷ Hükümün ceza hukukunun temel ilkelerine ve Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s.757, 758.

¹⁰⁸ Nuhoğlu, s.154; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.753; Bayraktar/ Eroğlu, s.101.

bir rıza geçerli değildir ve bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemektedir¹⁰⁹. Bu suç ile korunan hukuki değer kişinin yaşamsal ihtiyaçlarının tehlikeye düşmesini önlemektir. Bu nedenle bu hususta verilmiş bir rıza çoğu zaman geçersiz olacaktır¹¹⁰.

Doktrinde bir görüş, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 5. maddesi uyarınca, hâkim tarafından bir önleyici tedbire karar verilmesinin de bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebileceğini savunmaktadır¹¹¹. Söz konusu önleyici tedbirler arasında b ile d bentleri arasında düzenlenmiş olanlar konumuz açısından önemlidir:

b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.

c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması.

ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması."

Kanaatimizce söz konusu önleyici tedbirlerden birine hükmedilmiş olması kanunda öngörülmüş olan hukuka uygunluk sebeplerinden hiçbirine girmemektedir. Burada kusurluluğu kaldıran hallerden biri olan amirin emri de bulunmamaktadır. Zira ortada "görev gereği" yerine getirilmesi zorunlu olan bir emir mevcut değildir. Ancak hakim tarafından böyle bir önleyici tedbire karar verilmiş olması halinde, kişinin üzerine düşen bazı yükümlülükleri yerine getiremeyeceği de açıktır. Daha önce de açıkladığımız üzere, suç teşkil eden hareketin oluşabilmesi için, failin yükümlülüklerini yerine getirebilme imkan ve iktidarına sahip olması gerekir¹¹². Burada hakim verdiği önleyici bir tedbirin varlığı karşısında, kişinin yükümlülüklerini yerine getirme iktidarına sahip olmadığı, diğer bir ifade ile suçun maddi unsurunun oluşmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Hukuka uygunluk sebepleri bahsinde üzerinde durulması gereken son

¹⁰⁹ Yükümlülüğün ihlali durumunda hayatı ya da sağlığı tehlikeye girecek kişilerin rızasının geçerli olmadığı yönünde Tezcan/ Erdem/ Önok, s.753.

¹¹⁰ Kaldı ki rızanın geçerli olabilmesi için mağdurun ayırtım gücüne de sahip olması gerekir. Bu nedenle küçük bir çocuğun okula gitmek istemediğini ifade etmesi, anne baba açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir. Aynı doğrultuda Bayraktar/ Eroğlu, s.101.

¹¹¹ Nuhoglu, s.154; Bayraktar/ Eroğlu, s.101.

¹¹² Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.209.

bir husus, zorda kalma halidir. Doktrinde, iflas etme tehlikesi olan bir nafaka yükümlüsünün iflas etmemek için nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi zaruret hali kapsamında değerlendirilmiştir¹¹³. Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının, zorunluluk halinde "tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu" araması karşısında bu görüşün kabul edilmesi güçtür. Zira burada mağdurun yaşamsal ihtiyaçları söz konusudur ve bu her zaman bir kişinin iflas etmeme şeklindeki maddi menfaatlerine üstün tutulmalıdır.

6. Suçun Manevi Unsuru

a. Bakım, Eğitim veya Destek Olma Yükümlülüğünü İhlal Suçu (f.1)

Bu suç ancak kasten işlenebilir¹¹⁴. Failin aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinin bulunduğunu bilmesi ve bunları yerine getirmemeyi istemesi gerekir¹¹⁵. Bu nedenle eşinin ya da çocuğunun desteğe ihtiyacı olduğundan haberdar olmayan bir kocanın ya da anne veya babanın, bu fıkra düzenlenmiş olan suçu işlemiş olduğunu kabul etmeye olanak bulunmamaktadır. Suçun işlenmesi için özel kast aranmamıştır¹¹⁶. Suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür¹¹⁷.

b. Hamile Kadını Terk Suçu (f.2)

Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü ihlal suçunda olduğu gibi bu suçun da ancak kasten işlenmesi mümkündür¹¹⁸, ancak özel kast aranmamıştır¹¹⁹. Hükümde açıkça "hamile olduğunu bildiği" ifadesine yer verilmiş olması karşısında, suçun olası kast ile işlenmesinin mümkün olup olmadığının ele alınması gerekir. Katılmakta olduğumuz görüş uyarınca, "hamile olduğunu bilme" ibaresi, suçun manevi unsuruna ilişkin olmayıp, ön şartlara ilişkindir. Bu nedenle de söz konusu suçun olası kastla işlenebilmesi mümkündür¹²⁰. Diğer bir ifade ile fail, kadının çaresiz durumda kalabileceğini öngörmüş ancak bu neticeyi doğrudan istememekle

¹¹³ Nuhoglu, s.154; Bayraktar/ Eroglu, s.101.

¹¹⁴ Nuhoglu, s.154; Parlar/ Hatipoğlu, s.3667; Tezcan/Erdem/Önok, s.753; Bayraktar/ Eroglu, s.102; Yaşar/ Gökçen/Artuç, s.6564.

¹¹⁵ Yaşar/ Gökçen/Artuç, s.6564; Nuhoglu, s.154.

¹¹⁶ Nuhoglu, s.154.

¹¹⁷ Bayraktar/ Eroglu, s.102; Nuhoglu, s.154; Yaşar/ Gökçen/Artuç, s.6564.

¹¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.755; Nuhoglu, s.161; Parlar/ Hatipoğlu, s.3667; Yaşar/ Gökçen/Artuç, s.6565; Bayraktar/ Eroglu, s.106.

¹¹⁹ Yaşar/ Gökçen/Artuç, s.6565; Nuhoglu, s.161; Parlar/ Hatipoğlu, s.3667; Bayraktar/ Eroglu, s.106.

¹²⁰ Nuhoglu, s.161; Yaşar/ Gökçen/Artuç, s.6565; Tezcan/Erdem/Önok, s.755; Bayraktar/Eroglu, s.106.

birlikte kabullenmiş, göze almış ise suçun manevi unsuru gerçekleşmiş olmaktadır¹²¹.

c. *Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığını Tehlikeye Sokma Suçu* (f.3)

Kanunumuzun özen noksanlığından bahsetmiş olması karşısında, doktrinde bu suçun taksirle işlenmesinin de mümkün olup olmadığı tartışılmıştır¹²². “Özen noksanı veya kusur”dan bahseden gerekçenin de bu görüşü destekler nitelikte olduğu ileri sürülebilir. Ancak ifade etmek gerekir ki, hükümde yer alan “özen noksanı”, manevi unsura değil, maddi unsura ilişkindir¹²³. Hükümde özen noksanı ile çocuklara gösterilmesi gereken ilginin gösterilmemiş olması kast edilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasında, “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır*” ifadesine yer verilmiş durumdadır. Hükümde ise suçun taksirle de işlenebileceğine dair hiçbir ibare yoktur. Suç politikası açısından bu suçun taksirle de işlenebilen bir suç olarak düzenlenmesinin daha isabetli olduğuna katılmakla birlikte¹²⁴, 22. maddenin 1. fıkrasının açık hükmü karşısında bu suçun ancak kasten işlenebilen bir suç olduğunu düşünmekteyiz¹²⁵.

7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. *Teşebbüs*

aa. *Bakım, Eğitim veya Destek Olma Yükümlülüğünü İhlal Suçu* (f.1)

Birinci fıkra düzenlenen suç, ihmali hareketle işlenebilen bir suçtur. Bir emir normuna aykırılık söz konusudur. Hükümde yer alan ihmali hareketin yapılması ile suç tamamlandığından, neticesi hareketine bitişik bir suç söz konusudur. Bununla birlikte, yükümlülük ihlali kısımlara bölünebilen bir hareket değildir. Ayrıca, birinci fıkra düzenlenen suç soyut tehlike

¹²¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.755.

¹²² Nuhoğlu, s.169, 170; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.757.

¹²³ Aynı doğrultuda, Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6563.

¹²⁴ İfade etmek gerekir ki, suçun ancak kasten işlenebilmesi, 3. fıkra anlamında bir suçun ortaya çıkmasını oldukça güçleştirmektedir. Suçun ancak kasten işlenebilen bir suç olduğu kabul edildiğinde, itiyadi sarhoşluğun, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasının ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin özen noksanlığına yol açan hareketler olarak kanunda özel olarak belirtilmesinin sebebini anlayabilmek güçtür. Bu nedenle kanun koyucunun amacının taksirli hareketleri de cezalandırmak olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kanun koyucunun bu amacı hükme yansımamıştır.

¹²⁵ Özen, s.1368, 1369; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.757; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6564; Bayraktar/ Eroğlu, s.110.

suçudur, bir zarar suçu değildir. Yükümlülüğün ihlal edilmesi nedeniyle mağdurun herhangi bir zarara uğraması, suçun oluşumu bakımından aranmaz. Örneğin annesi tarafından cami avlusuna bırakılan bebeğe bir kimse sahip çıkarsa ve bu bebeğin bakım, eğitim ve gözetimini üstlense dahi, çocuğu bırakan annenin eylemi suç teşkil edecektir. Zira suç, soyut tehlike suçudur ve yapılan hareket korunan hukuksal değeri ihlale elverişlidir¹²⁶. Tüm bu sebeplerle, Tür Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç teşebbüse elverişli değildir.

bb. Hamile Kadını Terk Suçu (f.2)

İkinci fıkrada düzenlenen suç, ihmali bir suçtur ve yapılan ihmali hareketin sonucunda somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır. Bu suç teşebbüsün mümkün olup olmadığı incelenirken, ilk olarak somut tehlikenin, suçun maddi unsuru olarak mı, yoksa cezalandırılabilme şartı olarak mı ele alınacağı hususunda doktrinde yer alan tartışmaya değinilmesi gerekir.

Doktrinde bir görüş¹²⁷, somut ya da soyut tehlike suçlarını suçun neticesi çerçevesinde ele alırken, diğer bir görüş ise¹²⁸, somut tehlike suçlarında, kanuni tarife uygun fiilin somut bir tehlike meydana getirmesini, suçun unsuru olarak değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce kanuni tarife uygun fiilin sonucu kanunda belirtilen somut tehlikenin oluşması netice kapsamında değerlendirilmelidir. Zira, meydana gelen somut tehlike ile failin gerçekleştirdiği fiil arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır¹²⁹. Oysa objektif cezalandırılabilme şartlarında, fiil ile objektif cezalandırılabilme şartı arasında nedensellik bağının varlığı aranmamaktadır¹³⁰.

Bu tartışmadan sonra, somut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu incelenmelidir. Kanun koyucu somut tehlike suçlarının

¹²⁶ Korunan hukuksal değeri ihlal etmeyen hareket suç olamaz. Daragenli, s.170.

¹²⁷ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.210; Demirbaş, s.226; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, Ankara 2011, s.147; Daragenli, s.170; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2010, s.147.

¹²⁸ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, Ankara 2011, s.558; Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. baskı, Ankara 2011, s.298; Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2009, s.306.

¹²⁹ Özgenç, s.203.

¹³⁰ Özgenç, "failin gerçekleştirdiği fiillerle objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilen netice arasında illiyet bağı çoğu zaman mevcuttur" görüşünü ifade etmektedir. Özgenç, s.560. Kanaatimizce, fiil ile objektif cezalandırılabilme şartı arasında bazen nedensellik bağı mevcut olabilir. Ancak nedensellik bağının mevcudiyeti, bir koşul olarak aranmamaktadır. Oysa somut tehlike suçlarında, fiil ile somut tehlike arasında bu bağın mevcudiyeti şarttır. Bu nedenle somut tehlikenin suçun maddi unsur çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

da, korunan hukuki değeri ihlale elverişli hareketin, somut bir tehlikeye yol açması halini cezalandırmaktadır¹³¹. Ancak korunan hukuki menfaati ihlale elverişli bir hareket yapılmasına rağmen, netice oluşmaz yani kanunda belirtilen somut tehlike, bir diğer ifadeyle zarar tehlikesi ortaya çıkmaz ise, 2. fıkrada düzenlenen suç teşebbüs aşamasında kalır¹³². Örneğin, hamile eşini parasız bir şekilde evden kovan ve kendisi ile ilgilenmeyen koca, kadının çaresiz durumda kalmasına yol açacak ve yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamasını tehlikeye düşürecek hareketi yapmıştır. Ancak kadının parası ve gidecek yeri olmadığını bilen komşu, kadına evini açar ve kadın bu nedenle çaresiz duruma hiç düşmezse, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

Buna mukabil, yapılan hareket daha en baştan, korunan hukuki değeri ihlale elverişli değilse, bu durumda suça teşebbüsten bahsedebilmek de mümkün olmayacaktır. Örneğin kişinin, kendisinden hamile kalmış, varlıklı ve başka bir erkeğe aşık olduğu için duygusal anlamda son derece mutlu bir eşi olabilir. Bu halde kadının, kocası tarafından terk edilse bile maddi olarak da manevi olarak da bir çaresizliğe düşmesi mümkün değildir. Söz konusu terk fiili daha en baştan yaşamsal ihtiyaçların karşılanmasını tehlikeye düşürmeye elverişli bir fiil olmadığından suça teşebbüs oluşmayacaktır.

cc. Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığını Tehlikeye Sokma Suçu (f.3)

Hamile kadını terk suçu gibi bu suç da somut tehlike suçudur. Bu nedenle yukarıdaki hamile kadını terk suçu bahsinde yapılan tartışmalar bu suç açısından da geçerlidir. Buna göre çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığını tehlikeye düşürmeye elverişli bir özen noksanlığı mevcut olmasına rağmen, çocuklara üçüncü kişilerin destek olması nedeniyle somut tehlike ortaya çıkmamış ise, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi yerinde olacaktır¹³³. Buna karşılık çocuklara büyük anne ve babaları baktığı için özen noksanlığında en baştan somut tehlike yaratmaya elverişli olmadığı hallerde artık suça teşebbüsten bahsedebilmek de mümkün olmayacaktır.

Bayraktar/ Eroğlu, bu suçun birden fazla hareketli bir suç olduğunu kabul etmektedir. Yazarlara göre, ilk hareket olan itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketler gerçekleşmiş olsa bile, ikinci hareket niteliğindeki özen noksanlığının mevcut olmaması halinde, failin teşebbüsten cezalandırılmaması gerekir¹³⁴. Bu görüşe gerekçesi açısından olmasa da sonucu itibarıyla katılmaktayız. Esasen özen noksanlığını suçun tek hareketi olarak nitelendirdiğimiz için,

¹³¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.212-213.

¹³² Tehlike neticesinin gerçekleşmemesi halinde teşebbüs hükmünün uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. Daragenli, s.166.

¹³³ Bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı yönünde bkz. Nuhoglu, s.170.

¹³⁴ Bayraktar/ Eroğlu, s.109.

kanaatimizce de özen noksanlığı mevcut olmadığı sürece teşebbüs söz konusu olmayacaktır.

b. Suça İştirak

Bu maddede düzenlenmiş olan suçların her üçü de özgü suç niteliğindedir. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrası devreye girecektir. Söz konusu hükme göre, "*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*".

Doktrinde birinci fıkrada düzenlenen suçun müşterek faillik şeklinde işlenemeyeceği ileri sürülmüştür¹³⁵. Zira bu görüşe göre, anılan suçun faili sadece nafaka ödemekle yükümlü olan kişidir. Kanaatimizce birinci ve üçüncü fıkradaki suçlar, özel faillik niteliği taşıyan kişiler, örneğin anne baba tarafından birlikte işlenebilecektir. Maddi unsur bahsinde detaylı olarak açıkladığımız üzere, hüküm sadece nafaka ödeme yükümlülüğünü düzenlememektedir. Her türlü bakım, eğitim ve özen yükümlülüğü bu hükmün kapsamına girebilir. Bu nedenle de bu suçun özellikle anne baba tarafından birlikte işlenmesi mümkündür. Üçüncü fıkra açısından hükümde bu husus "anne veya baba" denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Buna karşılık ikinci fıkradaki suçun faili sadece hamile kadının eşi ya da sürekli birlikte yaşadığı kadını hamile bırakan kimse olabilir. Bunun dışındaki kimseler ise ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olabilecektir.

c. Suçların Birleşmesi

aa. Zincirleme Suç

aaa. Bakım, Eğitim veya Destek Olma Yükümlülüğünü İhlal Suçu (f.1)

Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrası uyarınca aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olabilecektir. Bu durumda anne babanın birden fazla çocuğuna karşı aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirmemeleri halinde, birden fazla fiilin mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Ancak ihmali bir suç söz konusu olduğundan ve bu ihmali hareketin çoğu zaman belli bir süre devam etmesi gerektiğinden, bu tespitin yapılabilmesi pek çok halde çok güçtür.

Kanaatimizce bu gibi durumlarda her bir çocuk açısından ayrı bir ihmali hareketin mevcut olduğu kabul edilemez. Nafakanın ödenmemesi halinde

¹³⁵ Nuhoglu, s.155; Parlar/Hatipoğlu, s.3667.

bu durum açıktır. Zira her bir çocuk açısından ayrı bir nafakaya hükmedilmiş olsa bile, bu nafakalar esasen tek bir havale işlemi ile çoğu zaman çocukların velayet hakkına sahip diğer eşe ödenmektedir. Bu nedenle de birden fazla çocuk mevcut olsa dahi, nafakaların ödenmemesi aslında tek bir ihmali davranış ile gerçekleşmektedir. Aynı esasın her türlü bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğü açısından kabul edilmesi yerinde olacaktır¹³⁶. Bir kimse çocukları ile ilgilenmiyor ve onlara karşı bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa, ortada tek bir fiilin ve Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrası anlamında zincirleme suçun mevcut olduğu kabul edilmeli ve ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılmadır¹³⁷.

bbb. Hamile Kadını Terk Suçu (f.2)

Her ne kadar bir kimsenin hem hamile eşini, hem de sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile kalmış olan kadını aynı anda terk etmesi teorik olarak mümkün olsa bile, fiilen bu ihtimal çok nadir gerçekleşebilir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde ise tek bir fiilin varlığından söz edilemez, iki ayrı suçun oluştuğunda tereddüt etmemek gerekir¹³⁸.

ccc. Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığını Tehlikeye Sokma Suçu (f.3)

Anne veya babanın özen noksanlığı göstermesi ve birden fazla çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokması halinde, durum birinci fıkraya benzemektedir. Bu nedenle doktrinde burada zincirleme suçun mevcut olduğu ileri sürülmüştür¹³⁹. Ancak bu hükümde birinci fıkradan farklı olarak açıkça "çocuklarının" ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya babanın cezalandırılacağı belirtilmiştir. Hükümde çoğul olarak "çocuklarının" ifadesinin kullanılmış olması karşısında kanunilik ilkesi gereğince genişletici yorum yapılmamalı ve birden fazla çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığı ağır şekilde tehlikeye girse bile ortada tek bir suçun mevcut olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁰.

¹³⁶ Nuhoğlu'nun bu gibi durumlarda fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği yönündeki görüşüne (Nuhoğlu, s.156), ortada birden fazla farklı suç mevcut olmadığı için katılmamaktayız.

¹³⁷ Bayraktar/ Eroğlu, s.102. Nafaka açısından bu görüşte Tezcan/ Erdem/ Önok, s.754.

¹³⁸ Nuhoğlu, s.162; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.6566.

¹³⁹ Bayraktar/Eroğlu, s.110.

¹⁴⁰ Aksi görüşte Nuhoğlu, s.171. Yazar tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı bu hükümde öngörülmüş olan yükümlülüğün ihlalinin söz konusu olduğu hallerde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir.

bb. Fikri İçtima

Maddenin birinci fıkrasında, genel olarak aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bir suç olarak düzenlenmiştir. İkinci ve üçüncü fıkralarda ise bu yükümlülüğün ihlal edilmesinin özel şekilleri yer almaktadır. Bu nedenle ikinci ve üçüncü fıkraların ihlali, çoğu zaman birinci fıkranın da ihlaline yol açacaktır¹⁴¹. Bu gibi hallerde ikinci ve üçüncü fıkralar özel hüküm niteliğinde olduklarından, failin aynı zamanda birinci fıkraya göre cezalandırılmaması gerekir¹⁴².

Türk Ceza Kanunu'nun 97. maddesine göre, "yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi hâline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır". Böyle bir fiilin anne veya baba tarafından çocuklarına veya çocuklar tarafından yaşlı ve muhtaç anne babaya karşı işlenmesi halinde, bu durum aynı zamanda 233. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiş olan aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali suçunun da oluşması anlamına gelecektir. Bu gibi hallerde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁴³. Aynı husus hem 97. maddenin, hem de 233. maddenin 2. veya 3. fıkrasının tek bir fiille ihlal edilmesi halinde de geçerlidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin birinci fıkrasında yer alan aile hukukundan doğan yükümlülük ihlalinin aç bırakma gibi davranışlarla işlenmesi halinde, bu fiil hem 96. maddede yer alan eziyet, hem de 232. maddede düzenlenmiş olan kötü muamele suçlarının da oluşmasına neden olmaktadır. Bu durumda da fikri içtima kuralları uygulanmalıdır¹⁴⁴. Ayrıca böyle

¹⁴¹ Şüphesiz bu husus sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile kalmış olduğunu bildiği kadını çaresiz durumda terk eden kişi açısından geçerli değildir. Zira bu durumda bu kişi açısından aile hukukundan kaynaklanan bir bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğü mevcut değildir.

¹⁴² İkinci fıkra bakımından aynı görüşte, Nuhoglu, s.162; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6566; Bayraktar/ Eroğlu, s.106.

¹⁴³ Gerekçede, "maddenin birinci fıkrasında, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşması için terk olgusunun gerçekleşmemesi gerekir. Aksi takdirde, terk suçu oluşur", ifadesine yer verilmiştir. Doktrinde de aynı görüş savunulmaktadır. Nuhoglu, s.156; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6565; Bayraktar/ Eroğlu, s.102. Bayraktar/ Eroğlu, bunun gerekçesi olarak 97. maddenin özel hüküm niteliğinde olmasını göstermektedirler. Oysa 97. madde sadece aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerle ilişkin değildir. Diğer bir ifade ile Türk Ceza Kanunu'nun 97. maddesi bir açıdan 233. maddeden daha geniş, bir açıdan daha dardır. Bu durumda da bu iki hüküm arasında bir özel norm - genel norm ilişkisi kurmak yerine fikri içtima kurallarını uygulamak daha isabetli gözükmektedir.

¹⁴⁴ Türk Ceza Kanunu'nun 96. maddesi bakımından aynı görüşte, Nuhoglu, s.162; Bayraktar/ Eroğlu, s.102; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6565; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.753, 754. Ancak Tezcan/ Erdem/ Önok tarafından verilen örnekteki, eve her gece geç ve içkili gelip, ailesiyle ilgilenmeme durumunun, eziyet suçunun unsurlarını gerçekleştirmediğini düşünmekteyiz.

bir fiilin aynı zamanda 233. maddenin 3. fıkrasını da ihlal edebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Böyle bir durumda fail tüm bu hükümler arasında en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Ancak kötü muamele niteliğindeki fiil, aynı zamanda aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali olarak nitelendirilemiyorsa, örneğin koca hem şiddet uyguluyor, hem de ailesi ile ilgilenmiyorsa, bu durumda fail tarafından birden fazla fiil gerçekleştirildiğinden, iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir¹⁴⁵.

İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesine göre, "nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir". Böylece nafaka ödememek, hem söz konusu hükmü, hem de Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin birinci fıkrasını ihlal edebilir. Doktrinde bazı yazarlar, icra takibinin başlamasına rağmen nafakanın ödenmemesi halinde hem 233. madde, hem de İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesi uyarınca ceza verilmesi gerektiğini savunmuşlardır.¹⁴⁶ Ancak 344. madde idari bir yaptırım öngörmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesine göre, fiilin hem suç hem de kabahat oluşturması halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacaktır¹⁴⁷. Bu nedenle fail, sadece Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinde düzenlenen suç uyarınca cezalandırılmalıdır¹⁴⁸. Aynı husus 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 56. maddesi açısından da geçerlidir¹⁴⁹.

8. Yaptırım

Bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün ihlali suçunun faili bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kanunda cezanın alt sınırı belirtilmediğinden Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca alt sınırın bir ay olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁵⁰. Ayrıca bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete tabi tutulmuştur. Ancak bu düzenlemenin özellikle belirli bir yaşın altındaki çocuklar açısından sorun yarata-

¹⁴⁵ Aynı görüşte Nuhoglu, s.155; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6565; Bayraktar/ Eroğlu, s.102. Yargıtay'ın 10.10.2007 tarihli bir kararında da bu husus kabul edilmiştir. Söz konusu karara göre, "iddianamede sanığın eşi ve çocuklarına şiddet uyguladığı ve geçimleri ve bakımlarıyla ilgilenmediğinden bahisle kamu davasının açılması karşısında şiddet ögesinin de kanıtlanması durumunda eylemlerin 5237 sayılı TCY'nin 232/1, 233/1 maddelerine uyan iki ayrı suç oluşturduğu gözetilmeyerek eylemlerin tümüyle 233/1. madde kapsamına girdiğinin kabul edilmesi" bozmayı gerektirir. Yarg. 4. CD., 10.10.2007, 4314/8117 (www.kazanci.com.tr)

¹⁴⁶ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.6565, 6566.

¹⁴⁷ Bu durumda fikri içtimaya benzer bir durum ortaya çıktığı yönünde bkz. Kangal, Zeynel, T., Kabahatler Hukuku, İstanbul 2011, s.175.

¹⁴⁸ Aynı doğrultuda Nuhoglu, s.156.

¹⁴⁹ Gündel, s.4565.

¹⁵⁰ Nuhoglu, s.156; Bayraktar/ Eroğlu, s.158.

çağı açıktır. Küçük çocukların kendilerinin şikayette bulunmaları mümkün olamayacağı için, bunların yerine kanuni temsilcilerinin şikayette bulunması gerektiği düşünülebilir¹⁵¹. Bununla beraber suçun faili çoğu zaman kanuni temsilcinin kendisi olacağı için, böyle bir çözümün anlamsız kalacağı ortadadır.

İkinci ve üçüncü fıkralarda ise suçun failine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği ifade edilmiştir. Bu hükümlerde yer alan suçlar birinci fıkrada düzenlenmiş olan suçtan farklı olarak şikayete bağlı değildir¹⁵².

9. Sonuç ve Değerlendirme

Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin 1. Fıkrasında yer alan "destek olma" yükümlülüğünün kapsamı oldukça geniş ve belirsizdir. Gerekçede bakım, eğitim veya destek yükümlülüğünün kapsamının Türk Medeni Kanun hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmiş ise de, Türk Medeni Kanunu, sadece bu yükümlülükleri öngörmüş, ancak içeriğini düzenlememiştir. Özellikle destek olma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi konusunda büyük bir belirsizlik mevcuttur; kapsamın belirlenmesi büyük ölçüde hakim takdirine bırakılmıştır¹⁵³. Suç teşkil eden hareketin kapsamının belirsizliği ise kanunilik ilkesi açısından sorun teşkil etmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 171. paragrafında bakım ve eğitim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, 170. paragrafında ise nafaka ödeme yükümlülüğünün ihlali bir suç olarak düzenlenmektedir. Görülmektedir ki Alman kanun koyucusu, her türlü destek olma yükümlülüğünün ihlalini değil, sadece nafaka ödeme yükümlülüğünün ihlalini suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle Alman Ceza Kanunu'nun düzenlemesi kanunilik prensibi açısından çok daha yerindedir.

Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin 1. fıkrasının taşıdığı diğer bir sıkıntı, ihlalin ağır olmasının aranmamasıdır. Zira hemen hemen herkesin eşine, çocuğuna ya da anne babasına kızıp, aile hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü hayatının bir döneminde ihlal etmesi mümkündür. Oysa Alman Ceza Kanunu'nun bakım ve eğitim yükümlülüğünün ihlalini düzenleyen 171. paragrafında, isabetli olarak ihlalin ağır olması şartı aranmaktadır. Aynı şekilde Avusturya Ceza Kanunu'nun 198. maddesinde de suçun oluşumu açısından nafaka yükümlülüğünün önemli derecede ihlal edilmesi aranmıştır. Kaldı ki Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin birinci fıkrası, Alman, İsviçre ve Avusturya Ceza Kanunlarından farklı olarak suç, soyut tehlike suçu olarak düzenle-

¹⁵¹ Bu doğrultuda, Nuhoglu, s.156.

¹⁵² Malkoç suçun şikayete tabi olduğunu ifade etmiş ise de (Malkoç, s.1998), hükümde buna yönelik bir ibare yer almamaktadır.

¹⁵³ Serozan, s.242.

mektedir¹⁵⁴. Netice olarak; Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin birinci fıkrası, hem ihlalin ağırlığı şartına yer vermediği, hem de soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği için isabetli değildir.

Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere üçüncü fıkra düzenlemesinin oldukça sorunlu olduğunu ifade etmek gerekir. Nitekim doktrinde de üçüncü fıkra düzenlenmiş olan suçun maddi ve manevi unsurlarının belirsiz olduğu, bu nedenle de Ceza hukukunun temel ilkelerine ve Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁵. Özellikle özen noksanlığının, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketler sonucu oluşması gerekliliğine hükümde özel olarak yer verilmesinin nedenini anlamak güçtür. Korunan hukuksal değer düşünüldüğü zaman, çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan özen noksanlığının neyin sonucunda ortaya çıktığının bir önemi olmasa gerekir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 171. paragrafında da böyle bir sınırlamaya gidilmemiştir. Ayrıca, 233. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemenin tam aksine olarak, üçüncü fıkra aranılan unsurların çok nadiren bir arada gerçekleşebileceğini de ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Son olarak hükmün aile düzenine karşı suçları düzenleyen sekizinci bölümde yer alması da kanaatimizce isabetli olmamıştır. Korunan hukuksal değer başlığı altında detaylı olarak açıklandığı üzere, bu suçlar ile aile düzeni değil, kişilerin yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanması korunmak istenmektedir. Her ne kadar bu yükümlülükler çoğu zaman aile hukukundan kaynaklanmakta ise de, bu husus başlı başına bu suçlarda korunan hukuksal değer aile düzeni olduğu anlamına gelmemektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin aile düzenine karşı suçları düzenleyen sekizinci bölümde yer alması bu anlamda aldatıcı olmuş ve korunan hukuksal değer doktrinde aile düzeni olarak anlaşılmasına yol açmıştır¹⁵⁶. Üstelik boşanmış olan eşler arasında veya evli olmaksızın birlikte yaşayan kimseler arasında bir aile düzeninin mevcut olmadığı da düşünüldüğünde, bu hükmün aile düzenine karşı suçları düzenleyen sekizinci bölümde yer almasının aksaklığı daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

¹⁵⁴ Bu konuda bkz. bölüm 4 / a / bb.

¹⁵⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, s.757, 758; Nuhoglu, s.163, 164. Hükmün taşıdığı belirsizlik nedeniyle uygulamada sorun yaratacağı yönünde bkz. Malkoç, s.1999.

¹⁵⁶ Bkz. dipnot 5.

Kaynakça

- Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, *Aile Hukuku, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, 12. bası, İstanbul 2010.*
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2009.*
- Ayan, Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.*
- Bayraktar, Köksal / Eroğlu, Fulya, *Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Kanunu Çerçevesinde Genel Bir İnceleme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, VIII/2-IX/1, İstanbul 2012, s.63-112.*
- Daragenli, Vesile Sonay, *Tehlike Suçları, Prof. Dr. Sair Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s163-188.*
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2011.*
- Dönmezer, Sulhi, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. bası, İstanbul 1975.*
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper, *Türk Özel Hukuku, cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.*
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin / Özakman, Cumhur / Sarıal, Enis, *Aile Hukuku, 3. baskı, İstanbul 1986.*
- Gençcan, Ömer Uğur, *Aile Hukuku, Ankara 2011.*
- Gündel, Ahmet, *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. cilt: Madde 207-345, Ankara 2009.*
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, Ankara 2011.*
- Kangal, Zeynel, T., *Kabahatler Hukuku, İstanbul 2011.*
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. baskı, Ankara 2011.*
- Könezoğlu, Bilge, *Aile ve Ailenin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.*
- Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim, *Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 1989.*
- Malkoç, İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. cilt, Madde 179-345, 3. baskı, Ankara 2008.*
- Nuhoğlu, Ayşe, *Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009.*

- Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998.
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Özen, Muharrem, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüklerin İhlali Suçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1363-1371.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, Ankara 2011.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- Parlar, Ali/ Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, 3. bası, Ankara 2010.
- Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, 2. bası, İstanbul 2005.
- Şener, Emine Gülnihal, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu, Adalet Dergisi, Mayıs 2010, Sayı 37, s.226-236.
- Tekinay, Salahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. bası, İstanbul 1990.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Türk Ceza Özel Hukuku, 7. bası, Ankara 2010 .
- Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, cilt V, Ankara 2010.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2010.

Tarihsel Süreç İçinde Üniversitelerimizin Yapısal ve Hukuki Anlamda Geçirdiği Değişimler ve Bazı Çözüm Önerileri

(The Historical Process of Structural and Legal Changes of our Universities and Some Suggestions for A Solution)

Neşe KIZIL *

Özet: Makale, Türk ve Dünya Üniversitelerinin kısa tarihçesiyle başlamakta ve Cumhuriyet Dönemi Üniversitesinin hukukî kimliğini ve değişik anayasa dönemlerindeki hukuki statüsünü açıklamaktadır. Üniversitenin sahip olması gerekli özellikler sıralandıktan sonra Üniversitenin özerk ve bağımsız olması gerekliliği incelenmekte, bilimin ancak özgür ortamlarda yapılabileceği gerçeği dile getirilmektedir.

Osmanlı'da bilim ve kültür hayatı, matbaanın bir türlü benimsenmemesinin nedenleri nin açıklandığı makalede, Darülfünun'da yaşanan tarihi olaylar dile getirilmekte, ilk öğrenci grevinden ve bunun nedenlerinden bahsedilmektedir. Cumhuriyetin bilim hayatına getirdiği yenilikler, yeni bilim dallarının fakülte adı altında örgütlenmesi ve ülkeye yayılması, Eski Darülfünun'un yeni İstanbul Üniversitesi'ne dönüşümü sürecinde Avrupa'daki Nazist rejimlerden kaçarak ülkemize sığınan çoğunluğu Alman asıllı Musevi hocaların eğitim tarihimizdeki yeri dile getirilmektedir.

YÖK'ün kuruluşu ve hukukî yapısı, Devlet ve Vakıf Üniversitelerinin hukukî kimliklerinin açıklandığı makalede, bilimin ancak demokratik ve özgür ortamlarda yapılabildiği gerçeği üzerinde durulmakta, Devletin Üniversitelere müdahale yöntemlerinden bahsedilmektedir.

Kâr amaçlı Üniversite kavramının eleştirildiği makalede, gerçek bir Üniversitenin hangi bilimsel, fiziksel, yapısal, hukuksal koşullar içinde çalışması gerektiği üzerinde durularak, öneriler getirilmekte ve makale bu şekilde sonuçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk Üniversitesinin Tarihi, Üniversitelerin Hukuki Statüsü, Üniversite Özgürlüğü ve Özerkliği, İstanbul Üniversitesinde Yabancı Profesörler, Dünyanın Çeşitli Yerlerinde Üniversitelerin Türlerine

* Yard. Doç. Dr., Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: nese.kizil@kemerburgaz.edu.tr

Göre Tasnifi, Devlet Üniversitesi ve Özel Üniversitelerin Hukuki Açından Karşılaştırılması, YÖK(Yüksek Öğretim Kurumu), Gerçek Anlamda İyi bir Üniversite İçin Gerekli Koşullar

Abstract: *The article begins with a short history of Turkish and European Universities and the changing legal status of Turkish universities during different constitutional eras. Subsequently, it shall be emphasized that science cannot be performed without freedom and autonomy. Then, the cultural and scholarly aspects of the Ottoman Empire shall be explained. Later, the history of Darülfünun (The old name given to the University of Istanbul before Republican era) shall be revealed, and the first boycott of students (then called a 'strike') shall be examined. The achievements and innovations of modernity after the transformation period of Darülfünun to University of Istanbul shall be explained in detail. The role of foreign, particularly Jewish professors, who were trying to find a convenient environment to teach after they were driven away from their countries by Nazis, shall be emphasized. The establishment and current legal status of YÖK (High Academic Council) and of both state and private universities shall be analysed. The interference of State to the freedom of higher education shall also be mentioned. The establishment of Universities with aims of profit shall be criticised. As a conclusion, physical, structural, scientific and legal conditions for a better university shall be proposed.*

Keywords: *History of Turkish universities, legal status of universities, freedom and autonomy of universities, foreign professors at the University of Istanbul, state and private universities, YÖK (High Academic Council).*

Giriş

İnsanlığın gelişimi, bilimin gelişimi ile paralel hareket eder. Tarihte Üniversitelerin ortaya çıkışı insanların kendini, doğayı, yaşamı, evreni, toplumları, evrimleri, anlama, öğrenme savaşımını disipline etme ve şekillendirmesi olarak nitelendirilebilir. Üniversiteler, bilimin özüne ulaşmaya çalışırken, kendilerini siyasetten, askeri baskılardan ve dini otoritelerden bağımsızlaştırma gereksinimi duymuşlardır. Gerici güçler her zaman bilimin ve Üniversitenin hedefinde olmuşlardır. Orta Çağ karanlığında Üniversiteler, baskı ve şiddetle işlevsizleştirilmeye çalışılmış ama bilimin aydınlığı her zaman toplumların yüzünü güldürmüştür¹.

Kökene orta çağ sonlarına, Avrupa'ya dayanan Üniversiteler, ilk zamanlarında "Studium Genarale" olarak anılırdı. Her türlü bilginin öğretildiği kurum anlamına gelen bu terimin yerini Üniversite sözcüğüne bırakması 14. Yüzyıla rastlar. Kilisenin en önemli güç olduğu bu yıllarda, din, sadece siyasete değil eğitime de egemendir. Kilisenin yanı sıra loncalar yani meslek

¹ Demokratik Üniversite Mücadelesi ve Özerklik Sorunu, Ağustos 20,2011, www.demokratikuniversite.net/2011/08/demokratik-universite-mucadelesi-ve.html.

örgütleri toplum yaşamında çok önemli bir role sahiptiler. Orta çağ sonlarında kentleşmenin başlaması, burjuvazi ve kapitalist değerlerin yükselmesi, eğitimi de etkilemiş, bu dönemde bir yanda din ağırlıklı “Manastır veya Katedral okulları” öte yanda Salerno ve Bologna Üniversiteleri gibi tıp veya dindışı hukuk öğreten okullar doğarak gelişmiştir. Korparasyon yani bir çeşit tüzelkişi biçiminde oluşan bu Üniversitelerden bir bölümü Öğrenciler Korparasyonu (Universitas Scholarium) diğer bir bölümü de Hocalar Korparasyonu (Universitas Magistrorum) olarak kurulmuşlardır. 1. Tıp Üniversitelere Bologna Üniversitesini, 2.Tipe Oxford Üniversitesini örnek olarak gösterebiliriz².

Orta çağı kapatıp yeni çağı açan Rönesans ve Reformun temelinde eğitilmiş insan vardır. Aydınlanma döneminin en önemli hareketi olan Fransız İhtilali’ni hazırlayan hareket de gerçekte bir Üniversite hareketidir³.

Yüzyıllar öncesinde Avrupa’da sıradan bir Katedral okulu tarzında oluşan Üniversiteler, dokuzyüz yıllık tarih süreci içinde, büyük bir değişim ve gelişim göstermişlerdir. Üniversite yapısındaki bu değişimi aşamalı olarak sınıflandırmak gerekirse:

- a-) Orta Çağın Kilise Merkezli Üniversitesi
- b-) Ulus Devletler Dünyası’nın Üniversitesi (Humboldt Üniversitesi)
- c-) Bilgi Toplumu Üniversitesi (Multivarsite, Girişimci Üniversite) olarak bir sıralama yapabiliriz⁴.

Modern anlamda ilk Üniversite olarak kabul gören Berlin Üniversitesi’nin kimliğini ve bilimsel karakterini, Wilhelm Von Humboldt dört madde halinde özetlemiştir :

Modern anlamda ilk Üniversite olarak kabul gören Berlin Üniversitesi’nin kimliğini ve bilimsel karakterini, Wilhelm Von Humboldt dört madde halinde özetlemiştir :

- a-) Öğretinin Felsefe yoluyla sağlanması,
- b-) Temel Bilimlerin derinlemesine işlenmesi,
- c-) Araştırma ve Öğretim birliğinin sağlanması,
- d-) Devletin dominant kimliğine ve Kiliseye karşı olmak

Buradan yola çıkılarak söylenebilecek olan, bilimin ancak özgür ortam-

² Emre Dölen, Türkiye Üniversite Tarihi 1, Osmanlı döneminde Darülfünun, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, Aralık 2009, s. 3-4.

³ Eren Omay, Yüksek Öğretimde Sorunlar ve Çözümler, Üniversite Öğretim Üyeleri Derneği Yayınları-1, Cem Yayınevi, İstanbul 1990, s. 22-25.

⁴ Sultan Kavili Arap, Türkiye Yeni Üniversitelerine Kavuşurken: Türkiye’de Yeni Üniversiteler ve Kuruluş Gereççeleri, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 65-1, s. 4 “dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/1346/15599.pdf”.

larda yapılabilecek olduğu ve devletin Üniversite eğitimine müdahale etmesi gerektiği yani bilimsel özerkliğin önemidir⁵.

Von Humboldt'a göre Berlin Üniversitesinde Profesörler ve Öğrenciler, ister dinî ister siyasî olsun herhangi bir otorite tarafından yönlendirilmeden, etki altında bırakılmadan özgürce araştırma, eğitim ve bilim yapabilmeliydi. Berlin Üniversitesi, insan aklına tam anlamıyla bir özgürlük alanı sağlamalıydı. Bu Üniversitede, profesörlere emekli oluncaya kadar sağlanan iş garantisi, akademik özgürlük ilkesinin çarpıcı bir göstergesiydi⁶.

Humboldt modeli ile birlikte, araştırma alt yapısının oluşturulması için profesörlerin yönetiminde uzmanlaşmış kürsüler ya da enstitüler gündeme gelmiştir. Bu dönemde Üniversite'ye kimlik katan 2 olgudan biri "Bilim Devrimi, diğeri ise "Ulus Devletlerin doğmuş olması" dır. Öngörülen Üniversite modelinde dikkat çeken hususlar, Üniversitenin bilimsel ve örgütsel otonomiye sahip olması ve yalnızca malî denetime tabi tutulması, kurullar eli ile yönetilmesi ve eşitler arasında birinci görülen rektörün bir yıllık bir süre için Üniversite profesörleri tarafından seçilmesidir. Toplumun her kesimine eğitim hizmeti verecek olan Üniversite, bu bağlamda fırsat eşitliğinin savunulduğu bir kurum olacak ve bu kamu hizmeti devlet tarafından finanse edilecektir⁷.

2. Dünya Savaşı'ndan sonra Alman Üniversiteleri bilim alanındaki öncülüklerini Amerikan Üniversiteleri'ne kaptırmışlar, fildişi kulelerde yürütülen akademik yaşamın yerini bilgiden çok aksiyona dönük canlı ve etkileyici, hizmetin gereklerine göre bir Üniversite eğitim yöntemi almıştır. İki özelliği ile ön plana çıkan ve ABD'de yaygınlaşan bu tarz Üniversiteleri şöyle izah edebiliriz:

a-) Temel bilimsel ve uygulamalı araştırmalar ile toplum hizmetlerinin Üniversitenin temel işlevleri arasına girmesi,

b-) Meslekî öğretimin önem kazanması ve Üniversitenin işlevlerinin yürütülmesi için kamu ve özel kaynaklardan giderek artan miktarlarda harcama yapılmasına başlanması.

Yüksek Öğretimin kitleleşerek her bireye öğretim hakkı verilmesi ve kürsülerin yerini daha esnek olan bölümlere bırakması da bu döneme rastlar. Üniversite, geleneksel kimliğinden, modern kimliğine geçerken yeni teknolojilerin transfer edilmesi, ekonomik ve toplumsal katkılar, yeniliklerin araştırılması Üniversitenin görevleri arasına girmiştir. Bilimi bilim için yap-

⁵ Demokratik Üniversite Mücadelesi ve Özerklik Sorunu, Ağustos 20 ,2011, www.demokratikuniversite.net/2011/08/demokratik-universite-mucadelesi-ve.html

⁶ Tosun Terzioğlu, Eğitimin Geleceği "Üniversitelerin ve Eğitimin Değişen Paradigması", Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 3.

⁷ Tosun Terzioğlu, Eğitimin Geleceği "Üniversitelerin ve Eğitimin Değişen Paradigması", Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 130-131.

mak tarzında ifade edilen söylem değişmiş, pratik sorunların çözümü için öğretim ve araştırmalar yapılmaya başlanmıştır. Üniversite otonomisinin güçlendirilmesi için hükümet bütçesine olan bağımlılığın azaltılması gerektiğini savunanlar, yeni kaynaklara yönelmişlerdir. Bunlar arasında öğrenci harçları ve Üniversitenin kendi faaliyetleri ile ürettiği parasal kaynaklar sayılabilir⁸.

Ulusal Eğitim Tarihimiz

Eğitim tarihimiz incelendiğinde, Medreselerde pozitif bilimlerin 17. yüzyılda etkisini kaybetmeye başladığını görürüz. Medreseler bu dönemde ruhanî ya da başka bir deyişle dinî eğitime ağırlık vermişlerdir. Osmanlılara göre kitap, halı gibi elle üretilmesi gereken, ancak varlıklı insanların sahip olabileceği lüks bir eşya sayılıyordu. Matbaa'da basılıp herkesin ulaşabileceği sıradan bir şey olması istenmiyordu. Eğitim, genelde kitapsız yürütülüyordu. 1450 lerde Gutenberg tarafından icat edilen matbaadan sonra Yahudiler 1493'de İstanbul'da, 1495'te Selanik'te, Ermeniler 1567'de, Rumlar 1627'de İstanbul'da birer matbaa kurdular. Osmanlıların matbaası İbrahim Müteferrika tarafından 1729'da kuruldu. 17 kitap bastıktan sonra 1742'de kapandı. Duyulan lüzum üzerine 1784'de yeniden çalışmaya başladı. Osmanlı Devlet adamlarının, matbaa fikrine ve girişimine göstermiş oldukları tepkiyi değerlendirirken o günlere özgü tarihi ve siyasi olayları da değerlendirmek gerekir. Müteferrika'nın "Vesilet-Üt Tıba" adlı matbaanın faydalarını sıralayan risalesinde dini eserlerin basılmayacağı kaydının eklenmesinin nedenleri şunlardır: Şeyh-ül İslam'ın fetvası sonrası devrin padişahı 3. Ahmed tarafından, Said Mehmed Efendi ve İbrahim Müteferrika'ya ithafen çıkarılan fermada, tevsir, hadis, fıkıh ve kelim basmamak şartı ile matbaa kurmalarına dair gerekli iznin verilmesi öngörülmüştür. Büyük bir ihtimalle Müslümanlar arasında bir takım olaylar çıkmasından çekinildiği için dinî eserler konusunda çekinceler yer almıştır⁹. Matbaası bu denli geç faaliyete geçen bir toplumda, bilim ve kültürde ileri adımlar atmanın ne kadar zor olduğunu açıklamak zor olmasa gerek.

Üzerinde düşünülmesi gereken bir eser de, bugün Münih Devlet kütüphanesinde nadir eser olarak saklanan ve İstanbul'un fethini müteakip yazılmış olan Türklere karşı Hıristiyan alemini birlikte harekete çağıran "Ein Mahnung der Christen beitzwider die Türken"(Türkler aleyhine Hıristiyan alemine bir müracaat) adlı eserin Gutenberg matbaasında basılmış olması ve bu eserin Avrupa da basılmış ilk eserler arasında yer almasıdır. İleriki yıllarda Osmanlıda matbaa fikrine karşı çıkanlar ve özellikle de ulema sınıfının üzerinde bu eserin çok olumsuz etkileri olduğunu söylemek gerekir¹⁰.

⁸ S. Kavili Arap, a.g.m., s. 6.

⁹ İsmet Binark, Matbaanın Türkiye'ye Geç Girişinin Sebepleri, Yeni Türkiye Medya Özel Sayısı 2, Kasım-Aralık 1996, yıl 2, sayı 12, s. 1606.

¹⁰ İ. Binark, a.g.e., s. 1607.

1787 yılında İsveç'in Osmanlı İmparatorluğu sefiri olan Mouradgea d'Ohsson, Osmanlıda el yazması kitapların alım satımının sayısız denecek kadar çok hattat ortaya çıkardığını, bunların sürekli olarak kitap istinsahı ile uğraştıklarını, bunun sahhâf denilen pek çok kitapçı dükkanı açılmasına neden olduğunu, sahhâflar dışında gezici esnafın hanlarda, konaklarda, şehrin çeşitli mahallerinde devamlı gezerek kitap sattıklarını ifade etmektedir. Gezici satıcılar bohçacı olarak nitelendirilirdi. Yazma eserlerin çokluğu ve matbaa karşısında müstensihlerin (Kitap kopya etme işiyle uğraşanlar) işlerini kaybetme korkusu Osmanlılarda matbaacılığın gecikmesinin önemli sebeplerinden biri olarak düşünülebilir¹¹.

Matbaacılık girişimine karşı çıkan hattatların direnişlerinin bir diğer gerekçesi de vardır. O dönemde matbaacılığı memleket sınırları içinde özellikle İstanbul da çok kazançlı bir iş olarak gören Rum ve Yahudiler, bu işin imtiyazını ellerine geçirmek istiyorlardı. Müteferrika matbaasına karşı tavır alan hattatların direnişlerinin bir nedeni, Müteferrika'nın 1719 da matbaacılık denemeleri yaparken gayrimüslimler ile özellikle Musevi mürettip, hakkak ve matbaacılarla iş birliği yapmış olmasıdır. Bu dönemde İstanbul'a gelen Graff Marsigli, hattatların direnişinden bahsederken şunları söylemiştir: "Hakikaten Türkler kendi kitaplarını bastırmazlar. Bunun da zannedildiği gibi tab'ın onlar için memnu bir iş olduğundan ileri geldiği de kesinlikle doğru değildir. Bu keyfiyet Türklerin mübeyyiz ve müstensihlerin ekmeğine mani olmayı asla istemediklerinden ileri gelmektedir. Benim İstanbul'da bulunduğum dönemde mübeyyiz ve yazıcıların adedinin 90 bin kadar olduğunu anladım. Memlekete yalnız kendi kazançları için matbaacılığı geniş çapta sokmayı arzu eden Rum ve Yahudilere Türkler daima bunu ihtar edip durmakta idiler."¹²

Kağıt üretimi konusu da bu konuda henüz yeni yeni üretime giren fabrikaların dışa bağımlı olmaları problem yarattığı için matbaacılık anlamında iktisadi bir engel olarak düşünülebilir. Osmanlı halkının okur yazar oranının düşüklüğü ve okumaya olan ilginin azlığı da matbaacılığın ve buna paralel olarak Yükseköğretimin Osmanlıda yeterli düzeyde ileri gitmediğini gösterir.

Osmanlı kültür hayatında dikkat çeken diğer bir aksaklık, mahalle(cami) mektebi-medrese sisteminde görülür. Genelde Müslüman Türk çocuklarının gittiği bu okullarda Arapça bilmeyen çocuklara, Arapça bilmeyen bir hoca Kur-an okumasını, duaları ve biraz da aritmetik öğretir, din konusunda bilgiler verirdi. Bu okullarda Türkçe okuma-yazma öğretilmezdi. Öğretilecek ise evde, Devlet Dairelerinde usta-çırak ilişkisi içinde öğretilirdi. Mahalle Mektepleri ile Medrese arasında bir ortaöğretim basamağı yoktu. İlk dönemlerde bazı medreselerde matematik, tıp, astronomi gibi fen bilimleri okutulurken sonradan medreseler sadece din eğitimiyle ilgilenen kurumlar haline geldiler. Medreselerin eğitim dili Arapçaydı. Buradaki öğrenci ve müderrisle-

¹¹ İ. Binark, a.g.e., s. 1609.

¹² İ. Binark, a.g.e., s. 1610.

rin Arapça bilgisinin iyi olmaması nedeniyle, her şey ezber ağırlıklıydı. Medreselerin bilimsel alandaki bu zafiyetine karşılık Topkapı Sarayı'ndaki Enderun Mektebi'nde ve diğer bazı saraylarda verilen eğitim bilim ağırlıklıydı. Buralarda, Din Bilimlerinin yanı sıra, Arapça, Farsça, Edebiyat, Tarih, Coğrafya, Müzik, Resim, Askerlik gibi çeşitli konular öğretiliyor, öğretim Türkçe olarak yapılıyordu. 19.yüzyıl öncesinde yetişen Katip Çelebi ve Evliya Çelebi'nin Enderun'da öğretim görmüş olmaları, Enderun'un bilimsel kimliğini açıklar niteliktedir¹³.

Tanzimat Fermanı'nın ilânıyla, Batı tarzı eğitim sistemi önem kazanmış, 18. yüzyıl başlarında Yüksek Okullar açılmaya başlamıştır. 19. Yüzyılda bunların sayıları artmış, 1846'da Darülfünun (Fenler Evi) kurulmuştur¹⁴. Osmanlı İmparatorluğu'nun yükseliş döneminde İlmîye sınıfı el üstünde tutulmuştu. Bu sınıftan kişiler güvencelerle donatılmış, bilim adamlarının, siyasal güçlerin etkisi altında olmaması istenmiştir. Araştırmacılara göre Osmanlı İmparatorluğu'nda ulema sınıfından olmak, halktan insanların yöneticiliğe geçiş imkanı bulduğu bir aşamadır. Şeyhülislamlık, Anadolu-Rumeli kazaskerliği, İstanbul kadılığı, Sultan hocalığı, Süleymaniye Müderrisliği ve Mevleviyyet payeli kadılıklar çok eski dönemlerden beri tanınmış ulema ailelerinin tekeline girmiş ve üst sınıf İlmîye mensuplarının adeta kapalı bir kast haline dönüştüğü her zaman dikkat çekici olmuştur. Bu ulema aileler, belirli bir servet sahibi olmuşlardır. Taşrada da İlmîye sınıfı hep ayrıcalıklı olmuştur. 17.ve 18. Yüzyıllarda İlmîye sınıfının üst tabaka üyeliklerinin tamamen soya bağlı bir yapıya göre oluştuğu dikkat çeker. Şeyhülislam biyografilerini içeren bir kaynak eser olan Devhatü'l – Meşayib adlı kitaptan ki bu eser Müstakimzade Süleyman Saadeddin Efendi tarafından yazılmıştır, İlmîye sınıfının karakteristik özellikleri hakkında karşılaştırmalı bilgiler verilmiştir¹⁵. Taşradaki İlmîye sınıfı üyelerinin ve bunların çocuklarının 18.yüzyılda daha güçlü ve kapalı bir sınıf haline geldikleri gözlemlenmektedir. Ulema ailelerine ait kimselerin terekelerine göz atıldığında geriye bıraktıkları değerlerin, oldukça yüksek olduğu dikkat çeker. Böyle ailelerin mensupları genelde "çelebi" diye anılmaktadır. Osmanlı modernleşmesinde üst sınıf İlmîye üyelerinin, Merkezî Devletten yana hareket etmeleri dikkat çeker¹⁶. Herşeye rağmen, bilimsel faaliyetlerin, o zamanlarda dahi, en iyi şekilde, özgürlük ortamı içinde yapılabileceği düşünülmüştü. Bugünkü adıyla "özerk", o günkü adıyla muhtar Darülfünun, Osmanlı İmparatorluğunun gerilediği son dönemlerde, devletin öteki kurumları gibi yozlaşmış, işlevinden uzaklaşmıştır. Aşağıdaki satırlarda bunun nedenleri irdelenecektir.

¹³ Sina Akşin, Kısa Türkiye Tarihi, Türkiye İş Bankası Kültür yayınları, 13. Baskı, Şubat 2011, s. 19-20.

¹⁴ Yücel Namal/ Tunay Karakök, Atatürk ve Üniversite Reformu, 1933, Yüksek Öğretim ve Bilim Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Nisan 2011, s. 27.

¹⁵ İlber Ortaylı, Osmanlıda Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu, Seçme Eserleri 2, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Baskı, Temmuz 2008, s. 20.

¹⁶ İ. Ortaylı, a.g.e., s. 22-23.

İlk Türk Medresesi, 1067 yılında Bağdat'da kurulan Nizamiye Medresesi'dir. Bir dönemin Yüksek Öğretim Kurumları olan medreselerde dinî bilgilerin yanında; Mantık, Dil Bilgisi, Aritmetik, Geometri, Metafizik, Astronomi ve Tıpla ilgili dersler okutulmuştur. İbn-i Sina, Gazâli, Farabi, Kâtip Çelebi ve Evliya Çelebi gibi dünyaca tanınmış Türk bilginleri Medrese eğitimi almışlar ve bilim dünyasına büyük katkılarda bulunmuşlardır. İlk Osmanlı Medresesi, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan kısa bir süre sonra İznik' te Orhan Gazi tarafından kurulan ve "İznik Orhaniyesi" olarak adlandırılan medresedir. Bursa ve Edirne'nin Osmanlı devletinin merkezi olduğu yıllarda buralarda da birçok medrese kurulmuştur. İstanbul'da ilk medresenin açıldığı tarihin 1470'li yıllar olabileceği ileri sürülmektedir. Medreselerin yanında yönetici ve devlet adamı yetiştirmek amacıyla Fatih Sultan Mehmet döneminde 1455 yılında Enderun Mektebi kurulmuştur. Enderun Mektebi, diğer eğitim kurumlarından farklı, lâik bir yapıya sahipti. Burada eğitim gören kişiler; dilleri, dinleri ve ırkları dikkate alınmaksızın bilgi ve yeteneklerine göre Osmanlı Siyasal yaşamı içinde belirli mevkilere gelmişlerdir. Enderun, 18.yüzyıldan sonra bu özelliklerini yitirmiş, 2.Meşrutiyet döneminde kapatılmıştır. Avrupa'da bilimin hızla yayılmasını sağlayan matbaa, Osmanlı devletine 289 yıl sonra gelebilmiş ve bu durum Osmanlı'nın çağdaşlaşmada geri kalmasının nedenlerinden biri olmuştur. Medreselerde verilen eğitim ve öğretim, İmparatorluğun duraklama ve düşüş dönemlerine paralel olarak gerileme göstermiş, bilgi üretmesi ve yayması gereken medreseler; tekrarcı, ezberci, softa bir anlayışın geliştiği kurumlar olmuştur. Tanzimat'ın ilanından sonra kurulan Darülfünun, 31 Mayıs 1933'de kapatılıncaya kadar beş defa yeniden oluşturulmuş, Batıdaki benzeri bir Üniversiteye Osmanlı'nın ulaşabilmesi 1863 yılı sonralarına uzanmıştır. İlk Darülfünun, tutucu çevrelerin baskısı ve nitelikli öğrenci bulamama gibi gerekçelerle birkaç yıl içinde kapatılmış, sonrasında "Darülfünun-u Osmani", "Darülfünun-u Sultani", "Darülfünun-u Şahane", "Darülfünun-u Osmani" adları altında bu kurumları yaşatma çabaları görülmüştür¹⁷.

Cumhuriyet kurulduktan sonra, Atatürk, 26 Ekim 1922'de İstanbul Darülfünun'u Edebiyat Fakültesi'ne gönderdiği telgrafta şöyle diyordu: "Eminim ki Milli istiklâlimizi ilim sahasında fakülteniz ikmal edecektir". Bunun anlamı şuydu; Atatürk, fakültelerin ulusal bağımsızlığımızdaki bilimsel rolünü çok önemsiyor ve bu konudaki inancını bu şekilde dile getiriyordu. Yine Atatürk 28 Haziran 1923'te İstanbul Darülfünununu Profesörlerine gönderdiği telgrafta şöyle diyordu. "Milli İstiklal, Milli irfan ile eş olduğu cihetle, işgal bulunmakta olduğunuz öğretim kürsülerinde memleketin siz bilim adamları dahi hiç şüphesiz aynı savaşın kahramanlarıdır."¹⁸ Kurtuluş Savaşı sırasında ve sonrasında Atatürk her daim bilim, bilim adamı ve Üniversite'nin önemini vurgulamış, bunu, toplumun ileri gelenleri kanalıyla halka benimsetmek için elinden geleni yapmıştır.

¹⁷ www.turkhukukusitesi.com/makale-854.htm.

¹⁸ Metin Özata, Mustafa Kemal Atatürk, Bilim ve Üniversite, Umay Yayınları, İzmir 2005, s. 109-110.

Cumhuriyet'in ilk yıllarında Milli Eğitim Bakanlığı yapmış olan Mustafa Necati, konuşmalarında, Üniversite muhtariyetinin önemini vurgulamıştır. Cumhuriyet hükümeti 1932 yılına kadar Üniversitenin eğitim ve öğretimine karışmamış, devrimler paralelinde gelişmeyi Üniversiteden beklemiştir. Darülfünun'un bilimsel yönden otoritesini yitirmesi, Darülfünun'da çalışan öğretim üyelerinin zamanlarının çoğunu dışarıdaki işlerine ayırmaları, Üniversite'de revizyona gidilmesi sonucunu doğurmuştur. 1930 yılında yapılan Emin (Rektör) seçimine katılan müderris Muammer Reşit Bey, avukatlık, Müderris Yusuf Ziya bey ise kömür tüccarlığı yapmaktaydı¹⁹.

1924 yılında bir grup öğrenci, Darülfünun bahçesinde fotoğraf çektirmek istemiş, dönemin Öğretim üyelerinden bazıları bunun günah olduğunu söyleyerek öğrencileri cezalandırmışlardır. Atatürk'ün asıl cezalandırılması gerekenlerin hocalar olduğunu söylemesi üzerine İstanbul Savcılığı harekete geçmiş, hocaları mahkemeye vereceğini bildirmiş, bunun üzerine Milli Eğitim Bakanlığı devreye girmiş, fakat Üniversite içinden bir grup hocanın olayı Üniversite içinde çözeceklerini bildirmesiyle bu dosya kapanmıştır²⁰.

Kurtuluş Savaşı sırasında, Darülfünun Edebiyat Bölümünde görevli Ali Kemal, Rıza Tevfik, Cenap Şahabettin, Hüseyin Daniş isimlerindeki 4 müderrisle Marujan Barsamyan isimli muallim konuşma ve yazılarında Türklük aleyhinde ve Milli Mücadeleye karşı sözler söylemişlerdir. 1924'te, Lâtin alfabesi kabul edilirse, protesto anlamında bir tek satır yazmayacaklarını, kalemlerini kıracaklarını açıklamışlardır. 1921-22 yıllarında "Mahut Beşler" diye bilinen bu öğretim üyeleri Türk milletini küçük düşürmeye çalışan, İtilâf devletlerini ve işgalcileri öven çirkin bir tutum içine girmişlerdir. Bunlardan Doktor Rıza Tevfik, bir konferansında Türk'ün bileğinde saldırdığı kılıcından başka bir şey olmadığını, hilâfet merkezi olan İstanbul'un elimizde bulunabilmesini de, "Düvel-i Muazzama'nın" İslam dünyasına duyduğu saygıya borçlu olduğumuzu öne sürünce Darülfünun öğrencileri, buna derhal yoğun tepki vermişlerdir. Edebiyat Fakültesi'nde İran Edebiyatı Tarihi okutan Hüseyin Daniş, Osmanlıları "çapulcu", Türk milletini de gelip geçici bir "müstevli" ve bilim açısından bir "hiç" olarak göstermeye çalışmıştır. Bu hocalardan biri de, Yunanlıların Kuvay-ı Milliye eşkiya(!)sını Anadolu'dan temizleme gibi Hayırlı(!) bir niyetle Batı Anadolu'yu işgal ettiklerini savunacak kadar işi ileri götürmüştür. Muallim Barsamyan Torlakyan'ın zehirli fikirleri, İstanbul'u işgal altında tutan İngilizler basına sansür uyguladıkları için etrafa yayılmamıştır. Milli mücadele yıllarında hocalarının bu görüşleri nedeniyle sıkıntı yaşayan Edebiyat Fakültesi öğrencileri, bu beşlinin görevden alınması gerektiğini aksi takdirde dersleri boykot edeceklerini duyurmuşlardır. Duyurmakla kalmamışlar, tepki kısa sürede diğer fakültelelere sıçrayınca "Grev" adını verdikleri boykota başlamışlardır. 12 Nisan 1920'de "Darülfünun ve Mekatib-i Aliye Cemiyeti" (Üniversite ve Yüksek

¹⁹ M. Özata, a.g.e., s. 110-111.

²⁰ M. Özata, a.g.e., s. 111.

Okullar Derneği) kurulur. Bu dernek büyük çabalar harcayarak, mücadelelerinde başarı kazanır. Profesörleri görevden alma yetkisi Profesörler Kurulundan alınıp Darülfünun Divanına verilir. Divan Temmuz 1922 de, adı geçen "mahut beşler'i" görevden alınca öğrenci boykotu da sona ermiştir. Üniversite tarihimizdeki ilk boykot, dönemin basın yayın organlarına da manşet olmuştur. Darülfünun'daki bu olayların nasıl başladığı ve geliştiği hakkında Hakimiyet-i Milliye gazetesinde çeşitli yazılar yayımlanmıştır. Bu yazılardan bazılarının başlıkları şöyledir: "Darülfünun Kararları", "Darülfünun Talebesinin Kuvvetli İthamları", "İstanbul Gençliğinin Feveranı", "Hayasızlar ve Gençliğin Temiz Kalbi", "İstanbul Darülfünun'undaki Vicdan İsyanı"²¹.

Türk düşünce ve bilim yaşamının önemli şahsiyetlerinden olan ve Halide Edip Adıvar'ın da eşi olan Dr. Adnan Adıvar, Üniversite konusunda çok sayıda eleştiri yazısı yazmıştır. Okuyucuyu eleştiriye sevk eden yazılarında Avrupa'dan örnekler vermiş, bu örneklerle Avrupa ve Türkiye'deki Üniversite yönetimi arasındaki benzerlikleri değerlendirmeyi okuyucuya bırakmıştır. 1930'lu yıllar, Türk siyasetinin İtalya ve Almanya' da etkin olan totaliter ve faşist rejimlerden etkilendiği dönemdir. "Faşizm karşısında Üniversite" başlığını taşıyan makalesinde Dr. Adnan Adıvar, Mussolini İtalya'sında Faşist rejimin Üniversitelere ve Profesörlere karşı tutumunu anlatmış, bu rejimin etkilerini sürdürdüğü bir zaman diliminde kurulan İstanbul Üniversitesi konusundaki yargıyı okuyucuya bırakmıştır²².

Mussolini İtalya'sında Üniversitelerde Almanya'daki kadar geniş kapsamlı bir tasfiye yapılmamış olmakla birlikte, pek çok Profesör İtalya'yı terk etmeyi yeğlemiştir. O dönemin Profesörlerinden, Duçe'ye çok sıkı itaat edeceklerine dair bir yemini tekrarlamaları istenmiş, sadece 12 Profesör, böyle bir yemini edemeyeceklerini belirtmişlerdir. Faşizme sadakat ve Faşizm karşıtlarına ihbar, Profesörler dahil herkesten istenmiştir. Mussolini çeşitli konuşmalarında ve tenkitlerinde öyle bir takım açıklamalar yapmıştır ki, bunlar ne akla ne mantığa ne de Üniversite eğitim anlayışına hakim olması gereken varsıl dünya görüşüyle uzaktan yakından ilgili değildir²³.

Ülkemizde, 31 Mayıs 1933 tarihinde 2252 sayılı kanunla, Cumhuriyet döneminin koşullarına uygun, eğitim ve öğretim açısından daha batılı anlamda Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı bir Üniversite kuruldu. Özerklikten yoksun olan bu Üniversite'de rektör Milli Eğitim Bakam tarafından atanıyordu. Rektör, belli bir ölçüde Üniversite işlerinde yetki genişliğinden yararlı olsa da sonuç itibari ile merkeze bağlıydı. Dekanların atanması ise, Rektörün öngörüsü üzerine ki o zamanlar buna inha deniyordu Milli Eğitim Bakanı tarafından gerçekleştiriliyordu. Bu tarihlerde Almanya'dan Nazi

²¹ Abdurrahman Siler, Darülfünun'un Kurtuluş Savaşı ve İnkılaplara Bakışı, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Sayı 31, Cilt 11, Mart 1995.

²² E. Dölen, Türkiye'de Üniversite Tarihi, Cilt 5, s. 265.

²³ E. Dölen, Türkiye'de Üniversite Tarihi, Cilt 5, s. 265-266.

Rejiminden kaçarak Türkiye'ye gelen çoğunluğu Yahudi asıllı bilim adamlarının ülkemize Bilimsel ve Çağdaş anlamda, Demokratik kriterlere uygun bir Üniversite oluşumunda büyük katkıları olmuştur. Dönemin Milli Eğitim Bakanı Reşit Galip'in 1933 tarihinde Göçmen Bilim Adamlarıyla imzalanan anlaşma esnasında kullandığı ifadeler, 1933 Reformunun, Üniversitelerimizdeki bilimsellik, çağdaşlaşma ve bunların göstergesi olan demokratikleşmeye katkılarını çok açık biçimde ortaya koymaktadır. Galip şunları söylemektedir: "500 yıl önce İstanbul'u aldığımızda, Bizans'ın önde gelen Bilim Adamları ve Sanatçıları ülkeyi terk ettiler. Bunlardan birçoğu İtalya'ya gitti ve orada Rönesans'ı başlattı. Şimdi Avrupa'nın aldıklarını bize geri vermesinin zamanı gelmiştir. Vatanımıza yenilikleri getirmenizi, böylelikle Çağdaş düzene ayak uydurmanızı sağlamanızı ve yeni nesle çağdaş bilimle ilerleme yolunu göstermenizi umuyor, Milletçe teşekkür ve saygılarımızı sunuyoruz."²⁴

Darülfünun'daki Alman hocaları bir başka perspektiften incelediğimizde, Türk Eğitim sitemini Almanlaştırma çabalarını görebiliriz. 1 Mart 1915'de Maarif nezareti müşaviri olarak Türkiye'ye gelen Prof. Dr. Franz Schmidt, bir Alman eğitim enstitüsü kurmak istiyordu. Hızlı bir biçimde Türkçe öğrenmeye başladı. Türk eğitim sistemine yerleşmiş olan Fransız öğretim yöntemleri yerine Alman kalıplarını koymak istiyordu. Türk eğitiminin, her kademesinde etkili olmak için çaba harcadı. Bu çabaları 5 grupta açıklayabiliriz.

1- Türkiye'de ki Fransız kültür egemenliğini kırmak, Orta öğretime Almanca dersler koyarak Alman kültürünü geliştirmek.

2. Türk aydınlarında Almanya sevgisi ve ilgisi yaratmak. Türk-Alman Dostluk Cemiyeti işlenen bu fikirler sonucu oluşmuştur.

3- Türk Eğitiminde Alman modeline özgü düzenlemeler yapmak için danışmanlık yapmak ve program geliştirmek.

4- Teknik alanda Türk-Alman işbirliğini en üst düzeye çıkarmak için gençlerin seçilerek Almanya'ya gönderilmesini sağlamak.

5- Darülfünun'u geliştirmek ve Alman egemenliği altına sokmak. Bu dönemlerde çok sayıda gencin lisans ve lisansüstü eğitim için Almanya'ya gönderilmiş olmaları dikkat çekicidir²⁵.

O günlerin Milli Eğitim Bakanı (Maarif Vekili) Dr. Reşit Galip, kendinden emin ve aktif bir insandı. 1929 da bu göreve gelmiş, dikkat ve hassasi-

²⁴ Mehmet Arslan, Cumhuriyet Döneminde Üniversite Reformları Bağlamında Üniversitelerimizde Demokratiklik Tartışmaları, Erciyes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 18, Yıl 2005/1 s.30-31 naklen Jan Cremer ve Horst Przytulla, Exil Türki, Deutschsprachige Emigranten in der Türki 1933-1945, Verlag Karl M. Lipp, München 1991, s. 32.

²⁵ E.Dölen, Türkiye Üniversite Tarihi 1, Osmanlı Döneminde Darülfünun, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 1. Baskı, İstanbul Aralık 2009, s. 467-469.

yetle reformları yönetmiştir. İstanbul Üniversitesinin yeniden düzenlenmesi büyük çapta onun eseri idi. Ellili yaşlarında olan İsviçreli Cenevre Üniversitesi Pedagoji Profesörü Albert Malche'yi deneyimlerinden yararlanmak için Türkiye'ye çağırılmıştı. Türklere yakınlık duyan Malche'ye 1931'de Türk hükümeti tarafından bir ricada bulunuldu. Bu, İstanbul Üniversitesinin yeniden düzenlenmesi konusunda bir rapor yazılmasına ilişkin bir ricaydı. 1932 yılı başlarında Türkiye'ye gelen Malche, gayet nesnel (objektif) bir anlayışla hareket ederek, fakülteleri, klinikleri, laboratuvarları, kütüphaneleri gezdi. Üniversite konusuyla ilgili olarak politikacılarla, profesörlerle, idarî memurlarla ve öğrencilerle konuştu. 18.02.1932'de rektöre, yetkili makamlara iletilmesi ricasıyla ayrıntılı bir sorular listesi sundu. Bu isteği yerine getirildi. Elde ettiği sonuçları 29.05.1932'de bir rapor halinde Türk hükümetine sundu ve kısa bir süre sonra da memleketine geri döndü. Mayıs 1933'de yeniden ülkemize gelen Malche, eski Darülfünun'un yeni İstanbul Üniversitesi haline dönüştürülmesi çalışmalarını Türk Reform Komisyonu ile birlikte yönetti. Alman mülteci profesörlerin çağrılması ve görevlendirilmesi işinde de rol aldı. Ve yeni kuruluşun ilk geçici yarıyılım bizzat gözlemledi. Yeni Üniversitenin profesörü ve kurucu rektörü olmamasına rağmen Türk hükümetinin bir danışmanı olarak geniş yetkilere sahipti. 1934 yılında tekrar İsviçre'ye geri döndü²⁶.

Malche'nin Reform raporu daha önce Türkiye'ye gelen Avrupalı uzmanların raporlarından farklı ve etkili bulunduğu için, birçok önerisine uyulma kararı alındı. Örneğin ders yöntemi temelden değiştirilirken, yabancı dil eğitimi için "Yabancı Diller Okulu kuruldu". Yabancı dil dersi zorunlu kılındı. Türkçe bilimsel yayın yapılması için çaba sarf edildi. Pek çok edebiyat, bilim, sanat ve klasik eserin çevirisi için önayak olundu. Yeni kütüphaneler kuruldu, eskileri iyileştirildi. Üniversite öğretim üyelerinin görevlendirilme yöntemiyle ilgili olarak Malche'nin önerileri dikkate alındı. Tıp Fakültesi yine Malche'nin teklifi ile Haydarpaşa'dan İstanbul'a taşındı. Vezneciler ile Lâleli arasındaki Zeynep Hanım Konağında halka açık Üniversite serbest konferansları verilmeye başlandı. "Üniversite haftası" denilen tatil kurslarıyla Anadolu'ya gidildi. Fakülte ve Üniversite dergileri yayımlandı. Malche, birçok zorluk nedeniyle ylgın ve raporunun başarılı sonuçlara ulaşmasından kuşkulu bir biçimde memleketine dönse de onun, o zamanın koşullarında Türkiye'de Üniversite adına yaptıklarını başarı olarak kabul etmek zorundayız²⁷.

Yeni Üniversite'nin açılışından kısa süre sonra ölen Dr. Reşit Galip'in yeni Üniversite'nin kuruluşunda çok büyük katkıları olmuştu. O dönemin diğer iki önemli Milli Eğitim Bakanından birisi 1924 yılında "Tevhid-i Tedrisat" kanununu çıkaran Vasıf Çınar ve diğeri modern Türk okullarının temelini atan Mustafa Necati'dir.

²⁶ Horst Widmann "Çevirenler: Aykut Kazancıgil-Serpil Bozkurt", Atatürk ve Üniversite Reformu, Kabalıcı Yayınevi, 1. Basım, Mayıs 2000, s.76-77.

²⁷ Horst Widmann, a.g.e., s. 80-81.

Profesör Malche'nin önerilerini dikkate alan Reşit Galip, İstanbul Üniversitesi reformunu yönetmek üzere bir reform komisyonu kurdu. Komisyonda Fen Fakültesi'nin ilk dekanı olacak olan Matematik Profesörü Kerim Erim, Bakanlıkta çok hizmetleri olmuş olan Avni Başman, Türkiye'de teknik okulların ayrıca İTÜ'nün kurucusu olarak bilinen Rüştü Uzel ve Müsteşar Salih Zeki ve Müfettiş Osman Pazarlı beyler yer aldı. Üniversite Darülfünun'dan tamamen farklı kimlikte batılı bir anlayışla 1 Ağustos 1933'de kuruldu. Üniversite'ye özgü birçok Arapça kökenli terim değiştirildi. Örneğin "Darülfünun" Üniversite, "Reis" ya da "Emin" Rektör, "Müderris" Profesör, "Muallim" Doçent, "Muallim Muavini" Asistan oldu. Eskiden Harbiye Vekaleti olan Üniversite Merkez Binası'nın giriş kapısına Kur'an'dan alınmış ve eski yazıyla yazılmış âyet yerine "İstanbul Üniversitesi" yazıldı.

Değişim süreci Darülfünun dönemi hocalarının çoğunun görevden alınmasını sonuçladı. 240 hocadan 157'si görevden alındı. Görevden alınanlar arasında eğitimci İsmail Hakkı Baltacıoğlu gibi güçlü ve hizmeti geçmiş bilginler de vardı. Cemil Bilsel, eserinde bu gibi kişilerin en verimli çağlarında çalışma şanslarının ellerinden alınmış olduğunu, çoğunun ülkemizin değerli ve çalışkan çocukları olduğunu belirtir. Yeni Üniversite'nin öğretim üyeleri Reşit Galip'e göre 3 gruptan oluşuyordu. Bunlar:

1. Darülfünun'dan kadroya alınan hocalar,
2. Avrupa Üniversiteleri'nde öğrenimlerini veya İhtisaslarını başarıyla tamamladıktan sonra geriye dönen Türkler,
3. Yabancı Profesörler.

Yeni kurulan Üniversite'de hazır bilgilerin verilmesi yerine, öncelikli olarak bilimsel araştırmaların yapılması ve yabancı eserlerin çevrilmesi konusunda çaba sarf edilmiş, Reşit Galip, Türk akademisyenlerin bilimsel çalışmalar yapabilecek statüye gelebilmeleri için uğraş vermiştir²⁸.

Türkiye'de Üniversitelerin, idari ve bilimsel özerkliğe sahip kamu kurumu haline gelmeleri 1946 yılına rastlar. 13 Haziran 1946 tarih ve 4936 sayılı Üniversiteler Kanunu, üniversitelerin çağdaşlaşmasını, merkezden bağımsız hale gelmesini, yani kendi organlarını seçmesini ve bilimsel faaliyetlerini serbestçe yürütebilmesini sağlamıştır. 13 Haziran'da kabul edilen kanun, 18 Haziran 1946 günü Resmi Gazete' de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla ilgili görüşmeler Mecliste çok uzun sürmüş, çetin tartışmalara sebep olmuştur. Dönemin Milli Eğitim Bakanı Hasan Ali Yücel, tasarının Meclisten geçmesi için büyük çaba sarf etmiştir. Bu kanun farklı bir Üniversite anlayışı getirmiş, hem fakülteler hem de bunların birlikteliği anlamı taşıyan Üniversite ayrı ayrı özerk ve tüzelkişiliğe sahip kuruluşlar kimliğine kavuşmuştur. Tüzel kişiliğe sahip olma bir kuruma işlevsel anlamda işleyiş kolaylıkları sağlar. Tüzel kişiliğiniz varsa herhangi bir kurumla ya

²⁸ Horst Widmann, a.g.e., s. 82-86.

da kuruluşla doğrudan yazışma yapa bilirsiniz. O dönemde Üniversiteler; Fakülte, Enstütü, Okul ve Bilimsel kurumlardan oluşmuş, özerkliği ve tüzelkişiliği olan bilim, araştırma, eğitim ve öğretim birlikteliği idi. Üniversiteler ve Fakülteler, kendilerine bağlı olarak yeni enstütü, bilim, araştırma, öğretim ve yayın kurumları açabilirler ve bunları içinde gerekli gördüklerine Senato kararı ile tüzelkişilik verilmesini sağlayabilirlerdi²⁹. Bu kanunda Bakanlığın onayına tabi tutulan yani, Milli Eğitim Bakanına vesayet yetkisi tanınan işlemler de vardı. Ancak Bakan, bir işlemi onamadığı zaman, bunu Üniversiteler arası Kurula sunmak zorundaydı. Üniversitelerarası Kurul'un Başkanlığını Milli Eğitim Bakanı yapmaktaydı ve bir oya sahipti. Bu Kurul, Bakan ile Üniversite arasında adeta bir hakem durumundaydı.

27 Nisan 1946 tarihli Başbakanlık tezkeresinde ve Milli Eğitim Bakanı'nın TBMM'deki konuşmasında ortaya konduğu üzere, Milli Eğitim Bakanı, Üniversitelerin ve Üniversiteler arası Kurul'un aldığı ve onaya bağlı tutulmuş olan kararlarının içeriğine ve de en önemlisi takdir yetkisine dayanılarak alınan kararlara müdahale edemeyecek sadece maddi ve şekli açıdan koşulların eksik olup olmadığını inceleyebilecekti. Bu süre içinde onanmayan ya da tekrar incelenmek üzere Üniversitelerarası Kurula gönderilmemiş olan kararlar kendiliğinden kesinlik kazanacaktı. Bütün bunlar göstermektedir ki, Milli Eğitim Bakanının Üniversite üzerindeki idarî vesayet yetkisi gayet sınırlı ve kısıtlıydı. Bununla beraber, Bakanlık bazı durumlarda yetkisini aşmış ve Üniversite kararlarına müdahale etmiştir. Özellikle, Profesörlüğe atama işlemlerinin, Fakülte Profesörleri Kurulunun seçimi, Senatonun uygun bulması üzerine müşterek(üçlü) kararname ile yapılmasını öngören hükmün uygulanmasında, sonraki dönemlerde Üniversitenin takdir yetkisine müdahale edilerek red kararları alındığı ve bu kararların idari uyumsuzluk konusu yapılarak idarî yargı önüne götürüldüğü ve de Danıştay tarafından iptal edildiği görülmüştür³⁰.

4936 sayılı kanunda 1954 yılında yapılan değişiklik, Milli Eğitim Bakanına, öğretim üyelerini Bakanlık emrine alma yetkisi tanıdı. Ve siyasal iktidarın üniversiteye müdahale etme süreci bu şekilde başlamış oldu. Öğretim Üyeleri siyasal iktidarın icraatını eleştiremez hale geldiler. Profesörlüğe atanma sürecini de zorlaştıran aynı kanundur. Profesörlüğe atanmada, Üniversitenin takdir yetkisine müdahale edildiği ve atanma işlemlerinin bir türlü gerçekleştirilemediği görülmüştür. Atamalar için ön görülen süreç yukarıda da zikrettiğimiz gibi Fakülte Profesörler Kurulunun seçimi ve Üniversite Senatosunun uygun bulması üzerine müşterek kararname ile tamamlanıyordu. Yani atamalar için ilgili Bakanın, Başbakanın ve Cumhurbaşkanın imzası gerekiyordu. (Metin Günday, İdari Hukuku, İmaj Yayinevi, Ankara, 2011, s. 553-554).

²⁹ Emre Dölen, Türkiye Üniversite Tarihi Cilt 5, Özerk Üniversite Dönemi 1946-1981, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1.Baskı İstanbul 2010, s. 60-61.

³⁰ A.Ülkü Azrak, Devlet ve Üniversite, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1988, Sayı 1-3, s. 32-33- dipnot 10.

27 Mayıs 1960 askeri darbesinden sonra 27 Ekim 1960 tarih ve 115 sayılı kanunla Milli Eğitim Bakanının Üniversiteler üzerindeki vesayet yetkisi kaldırıldı. 1961 Anayasası 120. maddesiyle Üniversitelerin idari ve bilimsel özerkliğini kabul etti. Ayrıca Üniversite organları ile öğretim üye ve yardımcılarının Üniversite dışındaki makamlarca, hiçbir şekilde görevden uzaklaştırılmayacakları hükme bağlandı. Bu şekilde, idari ve bilimsel özerklik pekiştirilmiş oldu³¹.

27 Ekim 1960 tarihli ve 115 sayılı yasa, Milli Eğitim Bakanının söz konusu onama yetkisini tamamıyla kaldırmış ve 4936 sayılı yasanın 14. maddesi şu şekli almıştır: "Üniversitelerin hükümetle teması, Senatolarca ve Üniversitelerarası Kurul'ca verilecek olan kararların Milli Eğitim Bakanına bildirilmesiyle sağlanır. Bakanın bu kararları onama ve red hususunda bir yetkisi yoktur. Ancak, uygun bulmadığı kararları yeniden incelenmek üzere geri gönderir. Senato ve Üniversiteler arası kurul bir ay içinde aynı konu üzerinde alacağı kararı Milli Eğitim Bakanına bildirir. Bu karar kesindir. Öğretim üyelerinin tayinleri ve maaşlarıyla ilgili hükümler saklıdır." Görülüyor ki bu dönemde Üniversiteler serbestçe karar almak ve bu kararları Bakan'ın onayına sunmadan uygulayabilmek olanağına yani özgür ve özerk bir kimliğe kavuşmuş oluyorlardı.

1971 yılında 12 Mart askeri müdahalesi sonrası 1961 Anayasası'nın 120. Maddesi değiştirildi. Üniversitelerin devletin denetim ve gözetimi altına alınması olgusu gerçekleşti. 20 Haziran 1973 tarih ve 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu, Üniversitelerin özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olduklarını kabul ediyor, ancak Üniversitelerarası Kurul'un yanı sıra Milli Eğitim Bakanının başkanlığında bir Yüksek Öğretim Kurulu'nun kurulmasını da ön görüyordu. Devlet, Üniversiteler üzerindeki denetim ve gözetimini bu kurul aracılığıyla yapacaktı. Bu Kurulun üyelerinin yarısını Bakanlar Kurulu'nca atanacak bürokratlar oluşturacaktı. Akademik kadrolarla ilgili çok sayıda özlük işleminde etkili duruma getirilen Kurulun sayısız yetkileri, Kanunun Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi ile iptal edildi. Özerklikle bağdaşmayan bu yetkilerden bazıları, üniversite kadrolarını düzenlemek, doçentlerin atanacakları kadroların hangi Üniversitelerde açılacağını belirlemek ve doçentlerin bu kadrolara atanmasını sağlamak, tam gün çalışma esaslarını tespit etmek gibi konulardı. Kurul, Üniversitelerin iç yönetimine müdahale edebilen yetkilerle donatılmıştı³².

1750 sayılı yasa ile darbe alan özgür ve özerk ortam, Üniversitelerin özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri oldukları vurgulansa da, Milli Eğitim Bakanı başkanlığındaki Yüksek Öğretim Kurulu çok geniş yetkilerle donatıldığı için yara almıştı. YÖK'ün idari yapısı, üyelerinin atanma yöntemi ve kararları itibari ile Üniversite öğretim üyelerinin atanma ve akademik kari-

³¹ M. Günday, a.g.e., s. 554.

³² M. Günday, a.g.e., s. 554-555 (AYM'nin 11-14 ve 25 Şubat 1975 gün ve E.1973 \ 32, K. 1975 \ 22 sayılı kararı, AMKD. Sayı 13, sayfa 58 vd.).

yerinde baskın olma durumu akademik özerklikle tam anlamıyla bir çelişki ortaya koyuyordu³³.

12 Eylül 1980 darbesinden sonra 4 Kasım 1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, Üniversiteleri yeniden düzenledi. Daha sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasasının 130. Maddesi de Üniversitelere ilişkindi. 4 Kasım 1981 tarihli kanun, değişik tarihlerde değişimlere uğramış fakat özü hep aynı kalmıştır. Bu Kanuna egemen olan ilkeleri şöyle sıralayabiliriz:

a- Tüm Yüksek Öğretim Kurumları tek bir bünye içinde toplanmıştır.

b- Merkeziyetçi bir yapı tercih edilmiştir.

c- Atama yöntemi seçilme yöntemine tercih edilmiştir.

a- 2547 sayılı kanun Üniversite, Yüksek Okul ve Akademileri Yüksek Öğretim Kurumu kavramı içinde bir araya getirmiştir. Bütün bu Kurumları aynı statü ve kurallara tâbi tutan kanunla, birbiriyle çok farklı özellikler taşıyan bilim ve sanat kurumları tek bir çerçevede değerlendirilmiş, hepsi aynı çatı altında toplanmıştır. Akademi olarak anılan Güzel Sanatlara ilişkin Yüksek Öğrenim Kurumları dahi Fakülte olmuş ve çeşitli Üniversitelerin bünyesinde yer almıştır.

b- 2547 sayılı Kanun, Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) adıyla kamu tüzel kişiliğine sahip ve merkezî nitelikli bir üst kuruluş oluşturmuştur. 1982 Anayasasının 131. Maddesi ile Anayasal güvenceye kavuşturulan YÖK, bir dönem Milli Eğitim Bakanının kullandığı vesayet denetimini kullanır hale gelmiştir. Anayasanın 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile değişik 131. Maddesinin 2. Fıkrasına göre YÖK, Üniversiteler ve Bakanlar Kurulu'na seçilen ve sayıları, nitelikleri ve seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmetler yapmış profesörlere öncelik vermek suretiyle Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan seçilen üyelerden oluşur. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 6. maddesine göre, Yükseköğretim Kurulu 21 üyeden oluşmaktadır. Üyelerin yedisi Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan seçilmektedir. Üyelerin yedisi Bakanlar Kurulu tarafından, temayüz etmiş üst düzeydeki Devlet görevlileri ve emeklileri arasından; yedisi ise Üniversitelerarası Kurul tarafından, Kurul üyesi olmayan profesör öğretim üyeleri arasından seçilmekte ve Bakanlar Kurulu ve Üniversitelerarası Kurul tarafından seçilenlerin üyelikleri Cumhurbaşkanının onayı ile kesinleşmektedir. Görüldüğü üzere, Yükseköğretim Kurulu üyelerinin üçte iki çoğunluğu Yürütme Organınca seçilmiş olmaktadır³⁴.

³³ A.Ülkü Azrak, Devlet ve Üniversite, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1988, Sayı 1-3, s. 32-33.

³⁴ M.Günday, a.g.e., s.556.

Üniversitelerin Hukuki Yapısı

Üniversiteler, kamu kurumlarıdır. Türkiye İdaresinde, çeşitli dallarda eğitim, öğretim, sanat, kültür, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini sağlayan kamu kurumlarından. Kamu hizmetleri, Merkezî İdare dışında kamu tüzel kişileri tarafından yürütülür. Yürütülen hizmetlerin tür, çeşit ve sayısına göre bu kurumlar “Mahalli İdareler (yerel yönetimler)” ya da “Hizmet Yerinden Yönetim İdareleri” adını alır. Mahalli İdareler ki bunların neler oldukları Anayasamızda tek tek sayılmıştır, sınırlı sayıda. Bunlar, belediyeler, il özel idareleri, köyler ve bunların birlikteliklerinden ibarettir³⁵. (A.Y. madde 127)

Türk İdare Teşkilatında, hizmet yerinden yönetim İdareleri arasında yer alan Üniversiteler, yani ortaöğretim sonrası eğitim vermek üzere kanunla kurulan kamu kurumları, Yüksek Öğretim kamu hizmetini yurt çapında hatta yabancı öğrenciler düşünüldüğünde uluslararası platformda yerine getirirler.

1982 Anayasamızın 130. maddesinin 1.paragrafı Üniversitelerin kuruluş ilke ve esaslarını şu şekilde dile getirmiştir. “Çağdaş eğitim - öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim - öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip Üniversiteler, Devlet tarafından kanunla kurulur”. 1982 A.Y.’sına göre, Üniversiteler, aynen Yüksek Öğretim Kurulu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, TRT gibi kamu kurumudur ve Anayasayla düzenlenmişlerdir. Anayasayla düzenlenmiş olmaları bunların güvenceleridir. Anayasanın 124. maddesinde belirtildiği üzere, Kamu Tüzelkişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşulu ile yönetmelikler çıkarabilirler. O halde Üniversiteler de kendi hizmet alanlarını, kendi hazırladıkları yönetmeliklerle düzenlerler. Bu da göstermektedir ki farklı üniversitelerin farklı yönetmelikleri vardır ve çeşitli konulara özgü uygulama esasları farklılıklar gösterir.

1982 Anayasası’nın 133. maddesi’nin 2. fıkrası, kazanç amacı taşımamak koşulu ile, vakıflar tarafından devletin gözetim ve denetimine tâbi olarak Yüksek Öğretim Kurumlarının kurulabilmesini mümkün kılmıştır. Demek oluyor ki “Özel Üniversite” olarak nitelendirilen yani kamusal olmayan bu kuruluşlar, gerçek kişiler ya da vakıf dışı özel hukuk tüzel kişileri tarafından değil, sadece vakıflar tarafından kurulabilmektedir. Anayasamızın 130. maddesinin son fıkrası, vakıflar tarafından kurulacak Yüksek Öğretim Kurumları’nın mali ve idari konular dışındaki akademik çalışmalarının, öğretim elamanlarının sağlanması olgusunun ve güvenliğinin devlet Üniversitelerine özgü hükümlere tâbi olacağını belirtmiştir.

³⁵ TC Anayasası, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 72.

Vakıf Üniversitelerinin kuruluş yöntemi, organları ve tâbi olacağı hukukî esaslar, 2547 sayılı kanuna 7.8.1983 tarih ve 2880 sayılı kanun ile eklenen maddelerle düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Vakıf Üniversiteleri, vakıf ya da birden fazla vakfın yetkili yönetim organlarının Yüksek Öğretim Kurum Kurma ile ilgili karar veya kararlarının Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün olumlu görüşü ile birlikte Yükseköğretim Kuruluna sunulması ve Yükseköğretim Kurulu'nun kararı üzerine kanunla oluşacaktır. Vakıf Üniversiteleri, vakıf tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olup, bu tüzel kişilik Anayasa'nın 130. maddesinin 1. fıkrasına göre bir "Kamu Tüzel kişiliği"dir³⁶. Vakıf Üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olması, aldıkları kararlar aleyhine açılacak davaların, aynen devlet üniversitelerinde olduğu gibi idarî yargıda açılacağı anlamına gelir.

"Anayasanın 130 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, Üniversitelerin Devlet eliyle kurulacağına bir ayrıklık getirilmekle birlikte yasayla kurulma ilkesine böyle bir ayrıklık getirilmemiştir. Kurucusu Devlet ya da vakıf olsun, tüm üniversiteler birlikte ya da ayrı ayrı yasayla kurulacaktır..." A.Y. Mahkemesinin 30.05.1990 gün ve E.1990/2, K.1990/10 sayılı kararı, AMKD. Sayı 26, s.189 vd (201). Yüksek Mahkeme, aynı kararında, vakıflarca üniversite adı altında kurulacak yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliği niteliği taşımalarının Anayasanın 130 uncu maddesi'nin bir gereği olduğunu vurgulamıştır (s.206), (M.Günday, a.g.e., s.560, Dipnot 404).

Vakıflarca kurulan üniversitelerin vakıf yönetim organı ile birlikte en az 7 kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. Bu heyet, üniversite tüzel kişiliğini temsil eder ve üniversite yöneticilerini Yüksek Öğretim Kurulunun olumlu görüşünü alarak atar. Vakıf Üniversitelerinde, Rektörler de Mütevelli heyeti tarafından atanmaktadırlar. Vakıf Üniversitelerinin akademik organlarının oluşumu açısından Devlet Üniversitelerinden bir farkı yoktur. Öğretim elemanları, Devlet üniversitelerindeki öğretim elemanlarıyla aynı nitelik ve özelliklere sahiptir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu çeşitli hükümleriyle bu üniversitelerdeki eğitim ve öğretim esaslarını, öğretim süresini ve öğrenci haklarını devlet üniversiteleriyle bir ayırım gözetmeden düzenlemiştir³⁷.

İdari özerklik, kamu kurumlarının önemli bir özelliğidir. Özerklik, görevli oldukları hizmet alanında mevzuatla tanınan yetkileri serbestçe kullanmayı ifade eder. Ama yine de Merkezî İdare bazı hallerde yasaların verdiği yetkiye dayanarak kamu kurumlarının işleyişine müdahale eder. Anayasal olarak korunan iki özerklikten biri, Üniversitelerin bilimsel özerkliği diğeri de Devletçe kamu tüzel kişiliği olarak kurulan tek Radyo ve Televizyon kurumu (TRT) ile kamu tüzel kişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliğidir.

³⁶ M. Günday, a.g.e., s. 559-560.

³⁷ M. Günday, a.g.e., s.560.

Bilimsel özerklik, bilimin her alanında araştırma ve inceleme yaparken; tebliğ ve bildiri sunarken ve her türlü bilimsel eseri yazıp yayınlarken her türlü baskıdan uzak, bağımsız ve özgür olmaktır. Bilim insanı, gücünü bilimsel özerklikten alır. Bilim adına inandığı, savunduğu her şeyi kanunlar çerçevesinde rahatlıkla ifade edebilir. Üniversiteler güçlerini, bilimi özgürce ifade edebilen, özgürce deney ve anket yapabilen, özgürce arşiv araştırması yürüten, çağdaş bilim adamlarından alır. Özgürlüklerin sınırlandırılması ve bağnazlık tekdüzellik getirir ki bu da bilimle asla bağdaşmayan bir şeydir.

Kamu tüzelkişilikleri ya mal topluluğu ya da kişi topluluğu biçiminde oluşur. Üniversiteler, Öğretim Üyeleri ve Öğrencilerin oluşturduğu kişi topluluğu şeklindeki kamu tüzelkişileridir. Diğer kamu tüzelkişileri gibi üniversiteler de kanun ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak devlet tarafından kurulurlar. Kamu gücü ile donatılmış olma üniversiteler açısından geçerlidir. Üniversiteler ve İleri Teknoloji Enstitüleri, genel bütçeye dahil kamu kurum ve kuruluşlarına tanınan mali muafiyet ve istisnalar ve diğer mali kolaylıklardan yararlanırlar.

YÖK'ün Üniversiteler üzerindeki yetkisi bir idari vesayet yetkisinden başka bir şey değildir. Doğası icabı bu yetki, devletin kamu tüzelkişileri üzerindeki denetim yetkisi olmakla birlikte, kanunla oluşturulan YÖK-Üniversite ilişkisini farklı düşünmek olanak dışıdır.

Çağdaş Üniversitenin olmazsa olmaz iki koşulu, iki temel yapı taşı vardır. Bunlar, Bilim ve Demokrasidir. Bu ikisi birbirinden ayrı düşünülemezceği gibi her ikisi de bir diğerinin var oluşu nedenidir. Bilimsellik ancak aklın hür olduğu demokrasilerde yeşerir, Cumhuriyetimiz Üniversitelerimizle, Üniversitelerimiz Cumhuriyetimizle birlikte yaşayacak, köklenecek ve gelişecektir³⁸.

Bilim ve demokrasi birbirinden ayrı düşünülemezcek iki kavramdır. Bilimsel Yöntemin geçerlilik ilkeleri ile Demokratik düzenin meşruluk ölçüleri birebir örtüşmektedir³⁹.

Demokratik ve Özgür Üniversite deyince anladığımız şey gerçek anlamda bir özerkliktir. Yani akademik, yönetsel ve mali özerkliğin bileşkesidir. Uluslararası Üniversiteler Birliği'nin 31 Ağustos-6 Eylül 1965 tarihleri arasında Tokyo'da yaptığı toplantıda özerklik ölçütleri şu şekilde dile getirilmiştir:

- Üniversitenin kendisini ilgilendiren bütün seçim ve atamaları bizzat kendisinin yapması,

³⁸ Ali Doğramacı, Cumhuriyet ve Üniversitelerimiz, Bilkent Üniversitesi'nin Görüşü, T.C. Cumhurbaşkanlığı Özel Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1999, s. 21.

³⁹ Özer Ozankaya, Yüksek Öğretimde Sorunlar ve Çözümler, Üniversite Öğretim Üyeleri Derneği Yayınları-1, Cem Yayınevi İstanbul 1990, s. 37.

- Okutacağı öğrencilerin seçiminin bizzat kendisine ait olması

- Eğitim programlarını bizzat kendisinin hazırlaması, vereceği diploma ve belgelerin hangi düzeydeki bilgi ve maharetin karşılığı olarak verilmesi gerektiğini kendisinin tayin etmesi, bunlar kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenmiş olsa da, hazırlanmalarında temel sorumluluğun ilgili Üniversiteye verilmiş olması,

- Araştırma programlarını istediği gibi düzenleyebilmesi,

- Bütçesini geniş yetki sınırları içerisinde istediği gibi kullanabilmesi⁴⁰.

Üniversitelere Devletin müdahalesi, bazen doğrudan, bazen dolaylı, bazen de nüfuz kullanma biçiminde olabilmektedir. Devletin Yüksek Öğretim Politikalarının belirlenmesindeki rolü de bunda önem taşımaktadır. Devlet, sadece bu politikaların belirleyicisi midir yoksa aynı zamanda yüksek öğretime finansman sağlamak da zorunda mıdır? Kıta Avrupası ülkeleri açısından finansman sağlanması bir sorumluluk olarak düşünülürken, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere, bu zihniyeti aşmış görünmekte, parasal desteğin, doğrudan veya dolaylı özgürlüğe müdahale yaratacağı fikri hakim bulunmaktadır. Asya, Avrupa ve Amerika kıtalarındaki ülkeler kıyaslandığında ise devlet müdahalesi yukarıdan aşağı doğru, doğru orantılı bir çizgi izlemektedir.

Devletin yönetim anlayışı, ülkedeki rejimin yapısı, o rejimin Üniversiteye bakış açısı, o rejimin üniversiteden beklentilerine göre de Üniversitenin özerkliği değişim göstermektedir. Ülkedeki demokrasi anlayışının da bu değişikende rolü büyüktür. Katı devletçi zihniyet, her zaman Üniversiteyi dilediğince yönlendirmek isteyen zihniyettir⁴¹.

Üniversiteler, özerklik uğruna Devlet dahil tüm dış güçlerin etkisinden kurtulabilmek için savaşım vermişlerdir. 1960 sonrası bilgi birikiminin arttığı ve bilgi üretme maliyetlerinin yükseldiği yıllarda Devlet bütçesinden fazlaca pay alma gereksinimi duyan Üniversiteler, devletin kendilerine sağlayacağı maddî kaynak karşılığında, temel işlevlerine ters düşmesine rağmen, kendi insiyatifleriyle bazı tavizler vermişlerdir. Bazen de Devletin Üniversiteyi kontrol altında tutma kaygısı, özerkliği yok etmiştir. Kurumsal yapılarını ve kültürlerini güçlü bir biçimde oluşturan, saygın, köklü Üniversiteler, gelişmiş ülkelerin çoğunda Devletle olan ilişkilerinde gayet kişilikli bir konumdadırlar. Devlet, bu Üniversitelerle işbirliğini, onların yönetim ve denetim ilkelerini etkilemeden, onların iç işlerine karışmadan, faydacı bir işbirliği çerçevesinde yürütür. Avrupa Ülkelerinin Üniversitelerinin birçoğunda bu gelişmeyi izlemek mümkündür. Kararlarını kendisi alan,

⁴⁰ Sevim Öztürk, Üniversite Özerkliği Göstergeleri Üzerine Bir Değerlendirme, <http://ekutuphane.egitimsen.org.tr/pdf/673.pdf>, s. 99.

⁴¹ S. Öztürk, a.g.m., s. 101-102.

artan yetkilerle donatılan Avrupa Üniversitelerinin çoğu Pazar ekonomisi içinde de yer alıp, malî kaynaklarını güçlendirmektedirler⁴².

Amerika Birleşik Devletleri'nde Üniversite kurullarında, o Üniversitenin öğretim üyelerinin temsilcileri bulunmadığı gibi, toplumun herhangi bir kesiminin temsilcileri de bulunmaz. Sadece Üniversite mezunlarının temsilcileri yer alır. Yine bu Üniversitelerde, tüm kurullar, bölüm başkanı, dekan ve rektör, görüş bildiren ve önerilerde bulunan istişare organlarıdır. Nihai anlamda karar alma yetkisi Mütevelli Heyeti'ne verilmiştir. Akademisyenler ve öğrenciler kurullarda temsil edilmemektedir. Oysa Avrupa Üniversitelerinde durum tam tersidir. Bunların hemen hemen tamamının karar organlarında, akademik personelin yanında, idarî ve teknik personelle birlikte öğrenci temsilcilerinin de yer aldığı görülmektedir. Geniş bir kitleye oy hakkı veren kalabalık kurullardır. Bir işletme gibi görülen ve yönetilen Amerikan Üniversiteleri'nde karar süreçleri hızlı işlediği için işler hızla yürümektedir. Avrupa Üniversiteleri, bilimin olduğu kadar demokrasinin de kaynağı olarak görüldükleri için bunlarda, demokratik yapı ve karar alma sürecine çok önem verilmektedir. Amaç hızlı ve seri karar almak değil, herkesin katılımıyla, herkesin benimseyeceği, Üniversitenin misyonuna yakışır kararlar almaktır. İşte bu nedenle ABD ve Avrupa Üniversiteleri arasında özerklik karşılaştırması yaparken, bu hususların düşünülmesi ve buna göre karar verilmesi gerekir⁴³.

21.Yüzyıl, Dünya'da ve ülkemizde Üniversitelerin sayısı itibari ile çok arttığı bir dönem. Ülkemizde kâr amacı gütmeyen kamusal Üniversitelerin sayısındaki artışı aşan bir biçimde vakıf Üniversitelerindeki artışı gözlemliyoruz. Kâr amaçlı Üniversiteler özellikle ABD'de küreselleşmeye paralel olarak sayıca çok artmış, bunu diğer Avrupa ve Dünya ülkeleri izlemiştir. Üniversite eğitiminin ticari bir yapılaşmaya dönüştüğü yeni tip üniversitelerle geleneksel Üniversiteler arasındaki farkın giderek arttığı görülmektedir. Bu Üniversiteleri tanımlayan değerler, bunların topluma ve insana bakış açıları önemli farklılıklar taşımaktadır. Geleneksel Üniversite anlayışı, insanın insan olmaktan kaynaklanan değerlerini, siyasal haklarını, yurttaşlık kimliğini, kolektif varoluş kavramlarını öne çıkarırken; kâr amaçlı Üniversite, piyasa toplumunu, bireysel iktisadî başarıyı ve yaşamın paraya ilişkin yanlarını ön plâna çıkarır. Çalışma yaşamı ile siyasal yaşam birbirinden farklı seçenekler olarak sunulur. Müşteriye dönüşen öğrenci pedagojik anlamda tüketici merkezli bir yaklaşım içine girer. Kariyer, bilimsel anlamda önemli değerlere ulaşma dürtüsünü kaybeder, metalaşmaya yönelir. Özel eğitim süreci, iktisadi getirisi yüksek alanlara eğilimli insan gücünü ortaya çıkarır. 1990'ların başına kadar kâr amaçlı Üniversite şirketleri sınırlı sayıdaydı. En tanınmış örnekler 1931 yılında kurulmuş olan De Vry ve 1976'da

⁴² S. Öztürk, a.g.m., s. 102-103.

⁴³ S. Öztürk, a.g.m., s.106.

kurulmuş olan Phoenix'di. Bu kuruluşlara kökeni 1979 yıllarına uzanan 2003 tarihli Leareate Education İnc.'de katıldı. Bu kuruluş, Türk Üniversite tarihi açısından da önemlidir. Çünkü kısa sürede 24 ülke ve 100 den fazla yerleşkede etkinlik göstermeyi becerebilmiş ve kâr amacıyla kurulmuş bir oluşumdur. Bu kuruluş, 2006 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi yönetimine kaynak sağlamak amacıyla Üniversite'ye uluslararası ortak olmuştur. Üniversitenin kurucu heyeti ile şirket arasında süren davayı Leareate kazanmış ve Bilgi Üniversitesi 2009 Şubatında Leareate'nin Uluslararası Üniversiteler ağına bağlandığını resmen duyurmuştur⁴⁴. Bu tarihten sonra, Vakfın Mütevelli Heyeti, Rektörlük ve Üniversite'nin İdari Yönetimi bu yeni yapılanma doğrultusunda hızla değişmiştir. Türkiye'de yakın zamanda 103 devlet ve 62 tane de Vakıf Üniversitesi bulunduğu göz önüne alınırsa bunların birbirine oram yüzde kırka yaklaşmış durumdadır. Şu andaki Üniversite yapılanması Anayasamızın 130.maddesine dayanarak kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla Üniversite kurulabileceğini söylese de zaman içinde kanunlarda ve Anayasa'da yapılacak değişikliklerle durumun farklılaşacağı kuşkusuz zihinlerde oluşmaktadır. TC Anayasası'nın 130.maddesi aynen şöyledir: "Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilir." 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun ek 2. Maddesi de şöyle demektedir: "Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile ve Mali ve İdari hususlar dışında, Akademik çalışmalar, öğretim elamanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yüksek Öğretim Kurumları (...) kurabilir." Anayasa ve Kanundaki bu düzenlemeler bize Türkiye'de kar amaçlı Üniversite kurulmasına Kanunların izin vermediğini gösterir. Ancak fiiliyattan ve basında çıkan yazılardan ve son dönemde Bilgi Üniversitesi örneğinden anlaşılan odur ki, Türkiye'de kâr amaçlı Üniversiteler açılması konusunda talepkâr olan sermaye grupları vardır ve bunlar yasal düzenlemelerin de bu yönde değiştirilmesini istemektedirler⁴⁵.

Sonuç olarak, kısaca ifade etmek gerekirse Üniversiteler, sadece ülkede bilimsel bilgilerle donatılmış, mesleki alanda yetkin, donanımlı gençler yetiştirmek amacıyla değil aynı zamanda her konuda belirli bir dünya görüşüne sahip, kendi insiyatifi ile karar verebilen, tartışmaya açık, önyargısız gençler yetiştirmeyi amaçlar. Toleransın, sağduyunun, demokrasinin, hukuk devletinin önemi ve nimetleri Üniversitelerde öğretilir. Yaşama değişik boyutlardan bakabilen, estetik anlayışı gelişmiş, sıradan ve kopyacı olmayan, yaratıcı vasıflara sahip kişiler yaratmaktadır Üniversitenin amacı. Bütün bu söyleni-

⁴⁴ Hakan Mihçı, Vakıf Üniversitesi'nden Kar Amaçlı Üniversite Şirketine: İstanbul Bilgi Üniversitesi Örneği, Haziran 2011, http://www.birgun.net/forum_index.php?news_code=1309183644&year=2011&month=06&cday=27 .

⁴⁵ H. Mihçı, a.g.m., http://www.birgun.net/forum_index.php?news_code=1309183644&year=2011&month=06&cday=27 .

lenlerin gerçekleşebilmesi için geniş bir hayat felsefesine sahip, düşüncesi hukuka uygun olduğu müddetçe, hiçbir idari kararlarla denetlenmeyen öğretim üyelerine ihtiyaç vardır. Bilimi öğrenmek ve öğretmek, öğrenci ve öğretim üyesi arasında iyi bir empati kurulmasını gerektirir. Varoluşun ve yaşamın önemi, insan olmaya özgü değerler, temel hak ve özgürlükler ancak özgür ortamlarda tartışılabilen, konuşulabilen, anlaşılabilen kavramlardır. İşte bu nedenle Üniversite ve ona bağlı fakülteler, özgür, özerk, kendi başına karar verme yetisine sahip kurumlar olmalıdır. Demokrasi, bilimin ışığıdır. Karşıt görüşler, görüş üretmemizin yardımcısıdır. İdari, mali ve bilimsel özerklik ise Üniversite kimliğinin olmazsa olmazıdır. Tarih içinde orta çağdan bu yana çok çeşitli olay ve olgular yukarıda da anlattığımız gibi bu gerçeği kanıtlamıştır.

Üniversitelerde eğitim ve öğretim faaliyeti, kitlesel bir faaliyet gibi görünse de öğrencilerle birebir ilgilenmek öğretim üyelerinin hedefi olmalıdır. Üniversite öğrencisi, aldığı eğitimin yararlarını, okutulmakta olan programa yerleştirilmiş derslerin somut faydalarının ne olduğunu anlayabilmelidir. Öğrenciyi, küçük yanlışlarından dolayı kınamak, onun öğrenme heyecanını kaybetmesine neden olur. Ayrıca yanlış yapma korku ve çekincesi ile sorgulayamayan bir kişilik kazanır. Üniversite eğitiminin amacı, sorgulamacı, araştırmacı, sebep-sonuç ilişkileri ile her konuyu değerlendirebilen gençler yetiştirmektir. Üniversite eğitimi, hangi bilim dalında olursa olsun, öğrencinin öğrenme heyecanını, bilimsel düşünme keyfini, yaratıcılık umutlarını teşvik eder nitelikte olmalıdır.

Üniversiteyi ortaöğretimden ayıran çok fazla özellik yanında bir tanesi de verilen eğitimin orta öğretimde olduğu gibi bakanlığın koyduğu müfredatla sınırlı olmayışıdır. Üniversite eğitimi, evrensel bir eğitimidir. Konuyla ilgili olsun olmasın, ulusal olsun olmasın, bilimsel nitelik taşıyan taşımaların, her türlü eser, başvuru kitabı olarak kullanılabilir.

Öğretim Üyeleri, Üniversitenin yapıtaşlarıdır. Onların iyi yetişmesi ile ilgili her türlü kolaylığın sağlanması, akademik kariyerde ilerlemelerinin teşvik edilmesi, yurt dışına gitmek isteyen Öğretim Üyelerinin dünyanın tanınmış, saygın Üniversitelerine gidip kendilerini geliştirebilmeleri için imkânlar yaratılması gerekir. Bilimsel kariyer, sadece bir bilim dalıyla ilgili olarak yoğun bilgiye sahip olmak anlamını taşımaz. Kariyer, kişinin belirli tutum ve davranışlarıyla öğrenciye örnek olacak bir takım içsel ve görsel özelliklere de sahip olması anlamına gelir. Kariyer edinmek isteyen kişi, yaşam boyu sürecek okumalara dayanabilecek sabra, iyi bir dinleyici olma vasıflarına, tartışmalarda karşıt görüşlere hoşgörüyle bakabilme özelliklerine, tezlerini savunma yeteneklerine sahip olmalıdır. Öğretim üyelerinin, ders verme konusuna adapte olmaları, daha ilk dönemlerinde derin suya atlamalarını gerektirir. Bu da sadece derslere girip hocaları dinlemekle değil, kısa sürede ders vermeye başlamakla mümkündür. Kariyere ısınmak için öğrenciyle birebir karşı karşıya gelmek, hızlı bir biçimde dinleyici kimliğinden çıkıp öğretici kimliğini üstlenmek gerekir. Bir zamanlar asistanlık, şim-

dilerde araştırma görevliliği olarak nitelendirilen bu ara dönemin, bir geçiş dönemi olması nedeniyle epey zorlukları vardır. Hocaların araştırma görevlileriyle çok yakından ilgilenmeleri gerekir. Bilim adamlığının yeşerme dönemindeki bu kişilerin, derste, sınavda, vizede ve öğrencilerle çeşitli münasebetlerinde izleyecekleri tutum ve davranışlar konusunda hocalarının yol gösterici olması, belli bir biçim ve modelin aktarımı işinin lâyıkıyla yapılması gerekir. Kitap ve makale yazma konusunda hocalar asistanlarına yol gösterirken onların bu işi yaparken heyecan duymalarını sağlayıcı, teşvik edici, ödüllendirici bir yol izlemelidirler. Kısa makalelerle başlayan bilim hayatı, yazma hevesini arttırır, hevesli başlangıçlar, kariyer yapmakta olanı bazen çok önemli değerlerin tartışıldığı kapsamlı bilim eserleri yazmaya götürür. Bir Üniversite hocasının, yetiştirdiği çok iyi nitelikte bir akademisyen, belki de toplumsal katkı anlamında yazdığı kitaplardan daha önemlidir.

Öğretim üyesi, bilimsel bilgi kadar, evrensel değerleri, insan hak ve özgürlüklerini, adalet idesini, hukukun üstünlüğünü, demokrasinin faziletlerini, etik davranmanın erdemlerini, liyakatin (payenin layık olana verilmesi olgusu) önemini vurgulamak; hangi branşta olursa olsun nicelikli, düşünen, tartışmaya ve radikal görüşlere açık, araştırmacı yönü gelişmiş insan yetiştirmeye özen göstermelidir. Çağdaş Üniversitenin öğretim üye ve elemanlarıyla, bu özelliklere sahip olabilmesi için her şeyden önce tam anlamıyla özgür ve özerk olması gerekmektedir. Bunun için de en önemlisi, Üniversitede yöneticilerin atanma yoluyla değil, seçilme yoluyla iş başına gelmeleri gereğidir.

Topluma kurumsal anlamda ve yetiştirdiği insanlar anlamında örnek olması gereken Üniversite, hiçbir konuda çifte standart uygulamamalıdır. Üniversite bir akademik oluşumdur. Bu nedenle, akademik oluşumların gereği olan tüm esnekliklere ve değişimlere açık olmalıdır. Öğretim üye ve yardımcıları, ilgili birimlere haber vermek kaydıyla araştırmalarını kütüphane ve farklı Üniversitelerde yürütebilecekleri gibi, gerektiğinde evlerinde de çalışabilirler. Bilimin ve sanatın yolu özgürlükten geçer. Bağnaz düşünce, fesat ve kıskançlıklarla bu yol hiçbir biçimde tıkanmamalıdır. Bilim paylaşarak çoğalır, değer kazanır.

Öğretim Üyelerinin, belli bir yaşa gelince emekli edilmeleri ki bu yaş şimdi altmışyedi'dir, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Çağımızın koşullarında, bu yaşta bazen en verimli dönemlerinde emekli olma durumunda bırakılan öğretim üyelerinden gençleri mahrum etmek doğru değildir. Deneyimli hocalardan, Akademisyenlerin, lisans ve lisansüstü yapan gençlerin öğreneceği çok şey vardır. Üniversite hocalığı, pek çok yönüyle diğer mesleklere benzemediği için ve bir öğretici niteliğindeki öğretim üyesi, yaşamının hemen hemen tümünü öğrenme ile geçirdiğinden, ona bu konuda kesinlikle bir ayrıcalık tanınması gerekir. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasası'na göre Üniversite Rektörleri ve YÖK Üyelerinin 67 yaşını geçseler bile görevlerine devam ettikler düşünülürse, bu mantık çelişkinin izahını yapmak güçtür. Aslında bunu izah etmek yerine, bu konuda yasa değişikliği

yapmak, kanun koyucuya düşmektedir⁴⁶. Bu konuda değişiklik yapmak için çok fazla beklemeye gerek yoktur, yaş sınırı bir an önce yükseltilmelidir. Bilgili ve birikimli insan eğer o görevi yürütebildiğine kâni ise o görevin başında kalır, değilse zaten kendiliğinden ayrılır. O işi gereği gibi yürütememek gibi başka sorunlar varsa zaten kendisine gerekli idari yaptırımlar uygulanır.

Yaptığı işi seven ve bu işi yapmaktan heyecan duyan, işine ciddiyetle bağlı, öğrencileriyle mükemmel bir armoni oluşturmuş, ideal öğretim üyelerinin duydukları en büyük haz kendilerini Üniversitenin bir parçası olarak görmeleridir. Bu değerli bir duygudur. Yöneticilerle ilişkiler, hiyerarşik bir kimlik kazandığında, emir komuta ilişkisine benzer bir yapı gündeme geldiğinde, kurumuna sınımsız sahip çıkma duygusunun yerini bir ürkeklik, bir çekinme, bir sıkıntı alır. T. Ateş,"YÖK'ün getirdiği en büyük zararlardan biri, Öğretim üyelerinde, kurumun bir parçası olma duygusunu ortadan kaldırması oldu" demiştir⁴⁷.

Üniversite yaşamında, daha önce de söylediğimiz gibi esneklik ve toplumsal fayda işin temelini oluşturur. Bazı hocaların, hiç ders vermeseler bile Kürsüdeki etkili varlıkları önem taşır. Uzun yıllar ders anlatmış, birikimlerini öğrenciyle paylaşmış, belli bir yaşın üstündeki hocalar hiç ders vermese-ler bile kurumda, hem yeni yetişen akademisyenlere, hem meslektaşlarına, hem de lisans ve lisansüstü öğrencilere bilgi ve birikimleriyle danışmanlık yapabilir, onları her konuda yetiştirebilirler. Kütüphanelerde bilimsel çalışma yapabilme yetisine sahip olmak belli başlı bir birikim ve alışkanlık gerektirir. Genç nesillere bu alışkanlığın kazandırılması konusunda da hocalara büyük görevler düşmektedir.

Yurtdışı burs programlarına başvurmak, yurt dışında yeni bir dil öğrenip kendini geliştirmek gibi genç akademisyenlerin girişeceği tüm deneyimlerde tecrübeli hocaların yol yöntem gösterme ve öneride bulunma anlamında yapacağı çok şey vardır. Sosyal ilişkilerin yoğun olduğu, hayata dair deneyimlerin çokça yaşanacağı, isim yapmış, köklü Üniversiteler gençlere önerilmelidir.

Rektör seçimleri, Devlet ve Vakıf Üniversitelerinde yasayla farklı esaslara tâbi tutulmuştur. Rektör seçim ve atamalarına ilişkin esasların hukuka uygunluğu ve farklı tip Üniversitelerde bu usulün farklı olmasının getirebileceği sakıncalar dikkate alınmalıdır. Belli işleri bitirmeye yetmeyecek Rektörlük süreleri yeniden tartışılmalıdır. İstanbul Üniversitesi gibi Tıp Fakültesi kadrosunun sayıca çok yüksek olduğu ve Rektör seçimlerinde sürekli Tıp Fakültesi mensubu hocaların birbiri ardına Rektörlük yapıyor olmaları göz önüne alınarak, diğer Fakültelerden Profesörlerin de Rektörlük

⁴⁶ Toktamış Ateş, *Üniversitelerimiz ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 162, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2007, s. 109.

⁴⁷ T. Ateş, a.g.e., s. 135.

yapabilmeleri için eski dönemlerde olduğu gibi yine seçimle olmak koşuluyla, Fakültelerin sırayla bu görevi üstlenmesi sistemine dönülmelidir.

Yabancı dillerin, kolay kolay unutulmadığı, hatta iyi öğrenildiğinde hiç unutulmadığı dikkate alınırsa akademisyenleri akademik kariyerin çeşitli evrelerinde sürekli dil sınavlarına sokarak onlarda bir endişe ve kaygı yaratmanın hiçbir anlamı yoktur. KPDS ve ÜDS de bir kere başarılı olmuş akademik personel, akademik sürecin yukarıya doğru giden aşamalarına çıkabilmek için sadece bilimsel sınavları başarmak zorunda olmalı, akademik kariyer için gereken makale, kitap ve tezlerini yazmalıdır. Sürekli dil sınavına girme zorunluluğu getiren bu sistem, akıllara, “dil sınavı giriş harçları için mi böyle bir uygulama yapıyor?” sorusunu getirmektedir.

Üniversitelerdeki görsel kaynaklar arttırılmalı, Dünya Üniversiteleri tüm akademisyenlere film ve videolarla tanıtılmalıdır. Köklü Üniversitelerin, eğitim ve öğretimdeki başarılarını nasıl sağladıklarına ilişkin kitaplar temin edilmeli ve incelenmelidir.

Üniversite kütüphaneleri modernize edilmeli, her yönüyle çekici kılınmalı, bu kütüphanelerden gece gündüz faydalanabilme olanakları yaratılmalı, kütüphanelerde iki hatta üç vardiya halinde çalışma sistemi geliştirilmelidir. Çalışma masaları iyi ışıklandırılmalı, kartoteks sistemleri yenilenmeli, aranan kitaplar kolay bulunur hale getirilmelidir. Kütüphane çalışanları sayıca arttırılmalı, yardımsever nitelikli olanlar seçilmeli, kütüphaneler çay kahve içilebilen, aydınlık, küf kokmayan, pırıl pırıl bir görünüme kavuşturulmalıdır. Kütüphanelere dinlenme ve gazete okuma salonları eklenmeli, kütüphaneler mutlaka estetik anlayışı gelişmiş sanatçılar ve iç mimarlar tarafından dekore ve restore edilmelidir.

Sosyo-kültürel açıdan bakıldığında, modern ve evrensel değerleri yaygınlaştırmak Üniversitenin öncelikleri arasındadır. Yerel değerler, yakın zamanlara kadar Üniversitelerin üzerinde durduğu konular arasında yer almamıştır. Küresel ve evrensel değerler kadar, Üniversitelerin önemli bir görevi de yerel dinamikleri harekete geçirmek, buldukları bölge ve kentin gereksinimlerine özel bir hassasiyet göstermektir. Üniversiteler, uluslararası dinamiklerden edindiklerini, buldukları bölgenin gelişmesinde kullanabilirler. Ulusal ve uluslararası öğrenci ve öğretim elamanı değiştirme programları, buldukları kentin kültürel yaşamına hareketlilik kazandırır. Başarılı Üniversiteler, başarılı ve nitelikli öğrencileri bölgelerine çeker. Bu çekim gücü bazen öyle güçlüdür ki insanlar mezuniyet sonrası bu kente yerleşmeyi tercih edebilirler. Çevre halkı, kültürel yaratıcılık konusunda Üniversiteden etkilenir. Eskişehir Anadolu Üniversitesi, bulunduğu kentin sosyokültürel yapısını değiştirme anlamında önemli işlevler üstlenmiş bir kurumdur. Benzer şekilde çevreye yoğun katkıları olan başka Üniversiteleri saymak da mümkündür¹.

¹ Deniz Taşçı/ Emre Gökalp/ Evrim Genç Kumtepe/ Alper Tolga Kumtepe/ Elif Top-

Üniversiteler, eğitim-öğretim, yenileşme (inovasyon) araştırma-yayın gibi temel işlevleri olan bilgi yaratma ve yaymanın yanı sıra, bölgesel liderlik ve patent(know-how) transferi yoluyla çevresine katkılar sağlar. Üniversite-sanayi işbirliği çerçevesinde gerçekleşen ortak projeler ve topluma hizmet uygulamaları, Üniversitenin kent kültürünü motive etme yöntemleridir. Anadolu Üniversitesi; müzeleri, sergi salonları, kütüphanesi ve iletişim araçlarıyla (TVA, Radyo A, Anadolu Haber) kentin kültür hayatı için bulunmaz bir nimettir².

Anadolu'nun çeşitli illerinde, Üniversiteler kurulmaya başlandığında, özellikle bilim adamları ve aydınlar konuyu yoğun biçimde eleştirmişlerdir. Eleştirilerin mihenk noktası, bu Üniversitelerde iyi yetişmiş ve deneyimli hocalar yer almayacağı noktasında toplanıyordu. Eleştirenlerde, eğitim-öğretim düzeyinin düşük, verim ve başarının yetersiz olacağı endişesi vardı. Özellikle de tıp, hukuk ve mühendislikler gibi insan yaşamını ve çevresini yoğun biçimde etkileyen bilim dallarının eğitiminin, yeni kurulan ve az sayıda genç ve deneyimsiz öğretim üyesi bulunan bu Üniversitelerde yapılmaması gereği üzerinde duruluyordu. Bugün, ülkemizde en uç köşe olan Hakkârî'de dahi Üniversitemiz vardır. Bu kıvanç duyulacak bir durumdur. Bütçeleri yetersiz aileler, artık kendi kentlerinde çocuklarını Üniversite mezunu olarak da görebileceklerdir. Bir zamanlar yoğun biçimde ve şimdilerde halen Batı'dan Doğu'ya ve çeşitli illere derslere gidip gelerek işi yürüten deneyimli hocaların yerini, zaman içinde her bir Üniversitenin kendi bünyesinde yetişmiş, deneyimli hocalar alacaktır. Öğrencinin, yaşadığı kentte okumasının nimetleri saymakla bitmez. Taşra Üniversitesi adı verilen ve Anadolu'nun zenginliği olarak nitelendirebileceğimiz bu Üniversitelerdeki eğitim ve öğretim kadrosunun ulusal ve uluslararası anlamda isim yapmış köklü Üniversitelerde deneyim alması için özel burslar öngörülmeli ve bu kişilerin çalışmalarını kolay yürütebilmeleri için yasal değişiklikler yapılmalıdır.

Abbas Güçlü, 11.12.2011 tarihli Milliyet'te, YÖK ve Üniversitelerarası Kurul'un, 18-20 Üniversiteye göre düzenlendiğini, oysa şimdilerde Üniversite sayısının çok arttığını, şu anda ülkemizde 165 Üniversite olduğunu, yakında bu sayının 200 e çıkacağını ve bunlar için yasal ve anayasal anlamda yeni düzenlemeler yapılması gerektiğini söylemektedir. Güçlü, ayrıca YÖK ve ÜAK'a yürütme kurulu getirilmesi gerektiğini ve görev alanlarının yeniden belirlenmesi gerektiğini söylemektedir. Araştırmaya yönelik Üniversitelerle, bilim adamı yetiştirmek amacıyla kurulanların birbirinden ayrılması gerektiğini savunan Güçlü, Meslek Yüksek Okullarının da özerk bir yapılandırılmaya kavuşturulması gerekliliği üzerinde durmaktadır³.

rak, Kentin Üniversite Algısı: Anadolu Üniversitesi ve Eskişehir Örneği, Amma İdaresi Dergisi, Cilt: 44, Sayı:2, Haziran 2011, s.134.

² Deniz Taşçı ve diğerleri, a.g.e., s.135-136.

³ Abbas Güçlü, Yeni YÖK Başkanı'ndan Beklentiler, Milliyet Gazetesi, 11 Aralık 2011 Pazar, s.25.

Devlet Yönetiminde olduğu kadar İdare'de de istikrar çok önemlidir. Bunu sağlamanın çeşitli yolları vardır ancak bunların en önemlilerinden biri kanun ve düzenleyici işlemlerle değişiklikler yaparken konuların üzerinde çok titizlikle durulmasıdır. Üniversite eğitimi çok sayıda gencin hayatını etkileyen çok ciddi bir iştir ve çalakalem yapılan düzenleme değişikliklerini asla kaldıramaz. Özellikle Üniversiteye Giriş Sınavına özgü düzenlemelerin, fikir olgunlaştırılmadan gerçeğe dönüştürülmesi, katsayı, lise başarı puanı, sınav yöntemi gibi temel esasların birçok ayrıntı göz ardı edilerek ve işin uzmanlarına iyice danışılmadan gündeme getirilmesi çok sakıncalıdır. Geçmiş senelerde bu nedenlerle ruh sağlığı bozulan pek çok öğrenci olmuştur.

Kontenjanlar konusu da üzerinde ciddiyetle durulması gereken bir konudur. Bunun için ülkenin istihdam politikası ciddi biçimde incelenmeli, YÖK, geleceğe yönelik istihdam plânları yapmalıdır. Bazı bilim dallarındaki yığılmalar yüzünden, Üniversite mezunu işsiz kadroları hızla çoğalmaktadır⁴. İşsiz öğretmenlerin acı durumu ortadadır. İşsiz öğretmenlere, yetişkin öğretmenliği gibi farklı iş sahaları yaratılmalıdır.

Akademisyen kimliğini sevgi ve sorumlulukla üstlenmiş biri olarak söyleyeceklerim tabii ki bunlarla sınırlı değil. Ülkenin gelişmesini bilime ve eğitime, bilim ve eğitimi de evrensel değerlerin benimsenmesine bağlayan biri olarak, Türkiye'de Üniversitelerin çok daha ileri düzeylere gelmesini diliyorum. Özerkliğin ve Üniversitelere özgü hukuki düzenlemeler yapılırken gösterilecek itina ve dikkatin artırılmasını, sürekli ve hızlı değişimler yapılması yerine, etraflıca düşünülerek, konunun uzmanlarından görüşler alınarak, titiz bir biçimde özenli düzenlemeler yapılmasını istiyorum. Türkiye'nin yakın gelecekte, alanında yıldız olmuş, uluslararası listelerde üst plânlarda yer alan Üniversitelere sahip olacağına inanıyorum.

⁴ A. Güçlü, a.g.m., s. 25.

Kaynakça

- Akşin Sina, Kısa Türkiye Tarihi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 13. Baskı, Şubat 2011.
- Arap Sultan Kavili, Türkiye Yeni Üniversitelerine kavuşurken: Türkiye de Yeni Üniversiteler ve Kuruluş Gerekçeleri, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 65-1, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/1346/15599.pdf.
- Arslan Mehmet, Cumhuriyet Döneminde Üniversite Reformları Bağlamında Üniversitelerimizde Demokratiklik Tartışmaları, Erciyes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 18, Yıl 2005/1 s.30-31 naklen Jan Cremer ve Horst Przytulla, Exil Türki, Deutschsprachige Emigriertes in der Türkei 1933-1945, Verlag Karl M. Lipp, München 1991.
- Ateş Toktamış, Üniversitelerimiz ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 162, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2007.
- Azrak, A.Ülkü, Devlet ve Üniversite, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1988, sayı 1-3.
- Binark İsmet, Matbaanın Türkiye'ye Geç Girişinin Sebepleri, Yeni Türkiye Medya Özel Sayısı 2, Kasım-Aralık 1996, Yıl 2 , Sayı 12.
- Demokratik Üniversite Mücadelesi ve Özerklik Sorunu, Ağustos 20, 2011, www.demokratikuniversite.net/2011/08/demokratik-universite-mucadelesi-ve.html.
- Doğramacı, Ali, Cumhuriyet ve Üniversitelerimiz, Bilkent Üniversitesinin Görüşü, T.C Cumhurbaşkanlığı Özel Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1999.
- Dölen Emre, Türkiye Üniversite Tarihi 1, Osmanlı Döneminde Darülfünun, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 1. Baskı, İstanbul Aralık 2009.
- Dölen Emre, Türkiye Üniversite Tarihi Cilt 5, Özerk Üniversite Dönemi 1946-1981, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı İstanbul 2010.
- Güçlü Abbas, Yeni YÖK Başkanı'ndan Beklentiler, Milliyet Gazetesi, 11 Aralık 2011 Pazar.
- Günday Metin, İdari Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Mıhçı Hakan, Vakıf Üniverstesinden Kâr Amaçlı Üniversite Şirketine: İstanbul Bilgi Üniversitesi Örneği, Haziran 2011, http://www.birgun.net/forum_index.php?news_code=1309183644&year=2011&month=06&cday=27.

Namal Yücel, Karakök Tunay, Atatürk ve Üniversite Reformu, 1933, Yüksek Öğretim ve Bilim Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Nisan 2011.

Omay Eren, Yüksek Öğretimde Sorunlar ve Çözümler, Üniversite Öğretim Üyeleri Derneği Yayınları-1, Cem Yayınevi, İstanbul 1990.

Ortaylı İlber, Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu, Seçme Eserleri 2, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Baskı, Temmuz 2008.

Ozankaya Özer, Yüksek Öğretimde Sorunlar ve Çözümler, Üniversite Öğretim Üyeleri Derneği Yayınları-1, Cem Yayınevi İstanbul 1990.

Özata Metin, Mustafa Kemal Atatürk, Bilim ve Üniversite, Umay Yayınları, İzmir 2005.

Öztürk Sevim, Üniversite Özerkliği Göstergeleri Üzerine Bir Değerlendirme, <http://ekutuphane.egitimsen.org.tr//pdf/673.pdf>.

Siler Abdurrahman, Darulfünun'un Kurtuluş Savaşı ve İnkılaplara Bakışı, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi , Sayı 31, Cilt 11, Mart 1995.

Taşçı Deniz / Emre Gökcalp / Evrim Genç Kumtepe / Alper Tolga Kumtepe / Elif Toprak, Kentin Üniversite algısı: Anadolu Üniversitesi ve Eskişehir Örneği, Amma İdaresi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 2, Haziran 2011.

Terzioğlu Tosun, Eğitimin Geleceği "Üniversitelerin ve Eğitimin Değişen Paradigması", Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Widmann Horst "Çevirenler: Aykut Kazancıgil-Serpil Bozkurt", Atatürk ve Üniversite Reformu, Kabalıcı Yayınevi, 1. Basım, Mayıs 2000.

www.turkhukukusitesi.com/makak-854.htm

*Halkla İlişkilerin Bugünü ve Yeni Eğilimler**
(*Public Relations Today and New Tendencies*)

*Elgiz YILMAZ***

Özet: 1990'lı yıllar dünyada yeni ekonomi çağının başlangıç yıllarıydı. İnternetin gelişimiyle tüm ekonomik ilişkiler yeniden gözden geçirilmeye, toplumsal iletişimin sınırları yeniden çizilmeye başlandı. Değişen hedef kitle ihtiyaçları ve iktisadi ortamların karmaşıklığı karşısında, her sektör gibi halkla ilişkiler de değişime ayak uydurarak kendini yeniden biçimlendirmektedir. Günümüzde ülkemizde ve dünyada yeterli donanımına sahip halkla ilişkiler şirketlerinden sadece basınla ilişkileri ve çeşitli iş organizasyonları düzenlemeleri değil, stratejik iletişim yönetimi çerçevesinde hizmet vermeleri beklenmektedir.

Halkla ilişkiler ve iletişim yönetimi, bir örgütün iç ve dış hedef kitlelerle, yani örgütün hedeflerine ulaşma yeteneğini etkileyen gruplarla kurduğu iletişime ait planlama, yürütme ve değerlendirme etkinliklerinin toplamını ifade eder¹.

Bu çalışmanın amacı, halkla ilişkiler uygulamalarını ortaya çıktığı günden bu yana yapılan ve gün geçtikçe değişen uygulamalarıyla ele almak, teknolojiyle olan ilişkilerini ortaya koymak ve halkla ilişkiler yönetiminin stratejik bir mesele olduğu gerçeğinden yola çıkarak sosyal ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak yeni planlama ve uygulama süreçlerini içeren bir çerçeveye sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Halkla ilişkiler, Stratejik yönetim, Kurumsal iletişim, Stratejik iletişim yönetimi, Medya, İletişim teknolojileri

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Yrd. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi İletişim Fakültesi Öğretim Üyesi, e-posta: elyilmaz@gsu.edu.tr

¹ James E. Grunig, "İletişim, Halkla İlişkiler ve Etkin Örgütler: Kitaba Genel Bir Bakış", Halkla İlişkiler ve İletişim Yönetiminde Mükemmellik, Rota Yayın, İstanbul, 2005, s.15.

Abstract: *The 1990s were the beginning of the new economy era in the world. With the development of the Internet, all economical relations were reviewed, and the frontiers of social communication were redefined. Like all other sectors, public relations reformed itself by keeping up with the changes of the target group's needs, and complications occurred in the financial world. Today, in Turkey and in the world, qualified public relations companies are expected not only to arrange the relations with the media and organize various events, but they are also expected to offer a strategic communication management service. Public relations and communication management is the whole process of planning, running and evaluating an organization's communications with inner and outer target groups that affect the organization's abilities to achieve its goals.*

This study aims to examine the public relation applications with all its developments up until today, to define its relation with technology, and, in view of public relations management's strategic status, to explain the new application and planning procedures in connection with social and technological developments.

Keywords: *Public relations, strategic management, corporate communications, strategic communications management, media, communications technologies.*

Giriş

Kuruluşların büyümesi, ortaklıkların artması, sanayi ve ticaret kuruluşlarının halka açılması, rekabete dayanan demokratik ortamda iletişimin artması ve yöneticilerin farklı hedef kitlelerin önemini anlamalarıyla, bir yönetim fonksiyonu halini alan halkla ilişkileri daha derinlemesine inceleme gereği doğmaktadır. Çünkü eğer işletmeler ya da kuruluşlar tarafından halkla ilişkiler kullanılırsa;

- Hedef kitleye işletmenin ya da kuruluşun politikası, vizyonu ve amaçları tam olarak anlatılabilir.
- Hedef kitlenin düşünce ve istekleri dikkate alınarak başarıya ulaşılabilir.
- Tanıtımda diğer yöntemlere oranla daha ekonomik ve bilimsel bir yöntem kullanılmış olur.
- Sadece bir ürünün satış oranına olumlu katkı sağlanmış olunmaz; kuruluşun imajı yükseltilir ve her fırsatta bunları pekiştirme imkanı elde edilir.
- Kuruluşun hedef kitlenin yararını düşünen ve sosyal sorumluluğun bilincinde bir örgüt olduğu vurgulanır.

- Haber değeri olan tanıtım yapılmış olur.

- Kuruluş çalışanları ile ilişkiler düzenlenerek daha istekli bir işgücü ve buna bağlı olarak daha fazla verim elde edilir.

- İyi bir imajın oluşturulması zaman alır; fakat yanlış atılmış bir adımın bu imajı yıkması kısa zamanda gerçekleşir. Halkla ilişkiler, kriz dönemlerinde yaratıcı çözümler geliştirerek kuruluşun imajını korumayı da amaçlar.

Halkla ilişkiler, toplumun değişen ihtiyaçları ve yapısını anlamak için toplumsal değişimleri inceleyerek değişen kurum ihtiyaçlarına da uygun çözümler geliştirmeye başladı. Buna göre halkla ilişkiler çalışmalarında önde gelen değerlerin küreselleşen iş dünyasında da değiştiğini ve toplum yapısına göre şekillendiğini söyleyebiliriz.

1) Halkla İlişkilerde Gelişen Fırsatlar

Geçmişte halkla ilişkiler çalışmalarının; bilginin yavaş hareket etmesi, iletişim planlarının revize edilememesi, iletişimin süreç olarak görülmemesi, basit ölçümlene sistemlerinin kullanılması, medyanın yazı ağırlıklı olması, gazetelerin bilgi kaynağı olması, basın bültenlerinin posta yoluyla ulaştırılması ile yüksek müşteri ve çalışan sadakati² nedeniyle genellikle “etkinlik” ve “medya” temelli yapılmaktaydı.

Günümüzde ise; sürekli (7 X 24) iletişim ortamı, artan beklentiler ve azalan bütçeler, teknoloji boyutu, sosyal paydaşlar, hissedarlar, gazeteciler ve çalışanlar tarafından giderek daha çok talep edilen “şeffaflık”, entegre iletişim, tam hizmet ajanslığı gibi yeni kavramlar ve söylemler ön plana çıkmıştır. Dolayısıyla geçmişten farklı olarak iletişim uzmanları kurumdaki diğer departmanlarla işbirliği yaparak paydaşlarının gözünde kuruma “güven”, “sorumluluk sahibi” ve “yenilikçi” niteliklerini kazandırmak için çalışmaya başlamışlardır.

Halkla ilişkiler uygulamalarındaki bu yenilikler kuramla etkileşerek hem halkla ilişkiler literatürünü zenginleştirmekte hem de yeni kavramları tartışmaya açarak uygulamaları yeni tanımlarla buluşturmaktadır. Örneğin Michael Levine’in Gerilla Halkla İlişkiler kavramı ile Jay Conrad Levinson’un gerilla tanıtım ve gerilla yaratıcılık kavramları halkla ilişkiler alanına hızın ve yaratıcı yaklaşımın yeni adı olarak yerleşmektedir³. Öne çıkan diğer yeni yaklaşımlar şunlardır:

İtibar yönetimi (Reputation Management): Charles Fombrun’e göre; uzun süredir sözü edilen soyut kavramlar günümüzün yükselen değerleri

² Ceyda Aydede, Yükselen Trend Kurumsal Sosyal Sorumluluk, MediaCat Kitapları, İstanbul, 2007, s. 38.

³ Filiz Balta Peltekoğlu, Halkla İlişkiler Nedir?, Beta Yayınları, İstanbul, Genişletilmiş 5. Baskı 2007, s.10.

haline gelmektedir. Son yıllarda kurumsal stratejiler üzerinde çalışanlar kurumlara rekabet avantajı sağlayan en önemli kavramlardan itibarın ekonomik geri dönüşünün farkına vardılar. Yine Charles Fombrun ve Cees B.M. Van Riel'in ifade ettiği "itibarın mıknaatıs işlevi"⁴ne göre itibarlı kurumlar, hedef kitlelerin olumlu algı ve bunun yansımalarıyla nitelikli işgücünü, yatırımcıların ve medyanın desteğini mıknaatıs gibi çekerek kurumun nihai olarak ekonomik değerini de arttıracaktır.

Kurum kimliği: Kurumun kim olduğu ve ne yaptığını anlatan görsel öğeler ile somutlaşan, kurumun kendisini nasıl gördüğü ve dış dünyanın onu nasıl tanımlamasını istediğine yönelik yansımalarıyla günümüz rekabet dünyasında fark edilmeyi ve hatırlanmayı sağlayan bileşenlerdir⁵.

Pazarlama halkla ilişkileri: Bilinçlenen tüketici, yoğun rekabet, marka saygınlığı ve doğru yerde, doğru zamanda, doğru kişiye pazarlama gibi nedenler halkla ilişkilerin pazarlama amaçlı stratejilere katkısını belirginleştirmiştir. Pazarlamaya halkla ilişkiler desteği şunları sağlar:

Sahiplik duygusu yaratır.

Ürünü tüketiciye yakınlaştırır.

Ürünü konumlandırır.

Ürünle ilgili bilgi verir.

Kamuoyu yönlendiricileri harekete geçirir.

Katma değerli tüketici hizmeti sağlar.

Ürün yararları yanı sıra kişisel yararları açığa çıkarır.

Hedef kitleye güvenilir mesajlar ulaştırır.

Tüketicilerle diyalog yaratır.

Müşteri odaklı kampanyalar: Kurumların nihai müşterilerine ait kayıtları yanı sıra veri tabanlı pazarlama teknikleriyle ürüne veya hizmete ihtiyaç ve alma isteği duyan, satın alma gücüne sahip potansiyel müşteriler belirlenebilmesi oldukça kolaylaşmıştır. Doğru segmentasyon çalışmaları ile bilinçli ve bilgiye açık hedef kitlenin ile ihtiyaçları belirlendikten sonra başlatılan iletişim süreci, satış ve/veya tanıtım gerçekleştikten sonra da devam etmekte, böylece hem müşterilerle ilişkilerde değer temelli bir süreklilik hem de onların ürün ya da hizmetten tatmini sağlanmaktadır.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Charles Fombrun ve Cees B.M. Van Riel, *Fame & Fortune*, N.J.: Prentice Hall, 2003, s. 5.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. James R. Gregory-Jack G. Wiechmann, *Marketing Corporate Image*, USA:NTC Business Book, 1999, s. 61.

Yeni iletişim kanallarının artması: Kurumların iş ve iletişim hedeflerine katkı sağlayabilmeleri, öncelikle değişimi algılayarak kurumsal kapasitelerini geliştirmelerine, yeni rekabet güçlerini kavramaya çalışmalarına, çevresel ihtiyaçlara duyarlı olmalarına ve bilgi ve iletişim teknolojileri kullanımına gösterdikleri istekliliğe bağlıdır. İnternet ve cep telefonundan erişim sağlanabilen radyo, güneş enerjisi, çip, telefon, dijital televizyon ve tematik kanallar, cep bilgisayarları, gelişmiş video sistemleri, uydu iletişimli mobil telefon, dizüstü bilgisayar, internet ve gelişmiş web siteleri, CD-Rom/ DVD, fiber optik kablolar, GPRS, VoIP, bluetooth...vb. yeni araç ve kanallar kurum yapısında köklü değişikliklere neden olmakta ve işletmelere yeni pazarlara girmede, ürünlerini ve hizmetlerini sunmada, süreçlerinin verimliliğini artırmada, müşteri kazanımında ve müşteri sadakatinin sağlanmasında yeni yollar sunmaktadır⁶.

2) Yeni İletişim Teknolojilerinin Halkla İlişkilere Yansımaları

Özellikle 20.yüzyılın son çeyreğinde bilgi sistemleri ve teknolojilerinde yaşanan ve dijital devrim adıyla da anılan hızlı değişimler, başta organizasyon ve yönetim olmak üzere kendini ekonomik ve sosyal yapıda da hissettirmiştir. Bilgi teknolojileri alanında yaşanan bu gelişmeler bir taraftan önemli kolaylıklar sağlarken, diğer taraftan her alanda hızla yeni düzenlemeleri ve değişimleri beraberinde getirmektedir.

Bilgi teknolojilerinin organizasyonlarda kullanımı örgüt kültürü ve işletme stratejilerine göre şekillenmektedir. Bilgi teknolojileri organizasyonların bilinçli kullanımı stratejik tercihlerini önemli derecede etkilemekte ve organizasyonlar için fırsatlar ve değerler yaratmaktadır. Bilgisayar ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler maliyet, zaman, kalite ve hizmet konularında işletme faaliyetlerini sürekli olarak etkilemekte ve değiştirmektedir.

Sürekli yenilenen ve gelişen teknolojinin yakından izlenmesi ve halkla ilişkiler uzmanlarının da kendi çalışma alanlarına yansıyan bu değişimleri yakalayabilmesi için yeterli donanım ve eğitime sahip olması gerekliliği, bu alanda çalışan akademisyenler tarafından vurgulanan oldukça önemli bir noktadır⁷.

Öte yandan, değişen teknolojiler sayesinde medya hızla değişiyor ve halkla ilişkileri de değiştiriyor. Carole M. Howard'ın⁸ belirttiğine göre, radyo-

⁶ Papazoglou M. ve Tsalgatidou A., "Business-to-Business Electronic Commerce Issues and Solutions", Decision Support Systems, Vol. 29, 2000, p. 301.

⁷ G.M. Pohl & D. Vandevanter, The Workplace, Undergraduate Education and Career Preparation, The Public Relations Academic and Practitioner Views, (eds) Roberth Heath, Gabriel Vasquez, Handbook of Public Relations, Sage Publications, 2001, USA, s. 357-368.

⁸ Carole M.Howard, "Working with Reporters: Mastering the Fundamentals to Build Long-Term Relationships" Public Relations Quarterly, Vol. 49, 2004.

nun 40 yılda ulaştığı kişiye, televizyon 13 yıl, internet ise sadece dört yılda ulaştı. Web iletişimi, internet etkileşimini hızla artırmaktadır. Bu nedenle artık bilgiye erişmek değil, onu kullanabilmek önem kazanmaya başlamıştır. Ross ve Middleberg, gazete ve dergi editörlerinin %93'ünün onlara bağlı olarak çalışanların on-line hizmetten yararlandığını ifade etmekte⁹, bu da medya ile ilişkiler açısından konunun önemini ortaya koymaktadır.

Elektronik medya ile interaktif iletişimin oluşturulması, yatırımcılar, çalışanlar ve diğer hedef kitlelere katılım, paylaşım ve tartışma zemini yaratır. Sanal forumlar, sohbet odaları, elektronik ticaret, kişisel bloglar, sosyal ağlar halkla ilişkiler dünyasına sadece hedef kitleye kolay ve maliyet etkin bir biçimde ulaşma imkanı değil, aynı zamanda hedef kitleyle diyalog imkanı da sağlamaktadır.

İnternetin halkla ilişkiler bakış açısından en önemli özelliklerinden biri doğrudan, aracasız iletişim sağlamasıdır ki hiç şüphesiz çağdaş halkla ilişkiler uygulamalarını bu konudan fayda sağlayacak şekilde gelişmektedir. İnternet sadece mesajları iletmek için değil geri bildirimlere ulaşmak ve iki yönlü iletişimi artırmak için de maliyeti çok düşük bir iletişim kanalıdır. Öte yandan günümüzde geleneksel medya tarafından yapıldığı öne sürülen propagandanın halkla ilişkilerin değer ve itibarını azaltabileceği sıkça gündeme getirildiğinden, yeni eğilimlerden biri de yeni medya ve doğrudan iletişim araçlarının kullanımını arttırmaktır. Durumu şöyle özetleyebiliriz: İnternetin sağladığı uygulamalarla bilginin katılımcılık esasına dayanarak üretilip paylaşımı, yani çoğulcu yayıncılık modeline dayanan yeni bir mecranın gelişimi söz konusu. Bu yeni mecra, insanların içerik okuyuculuğundan içerik yayıncılığına geçtiği, "yayıncı" ve "okuyucu" arasındaki ayrımın kalktığı, kontrolün kurumlardan kullanıcıya geçmeye başladığı yepyeni bir çalışma alanıdır. Günümüz insanı gibi, içinde buldukları sektör gereği halkla ilişkiler uzmanlarının da bu hızlı değişime ve yeniliklere ayak uydurmak için internetin sağladığı yeni iletişim uygulamalarına hakim olmaları gerekmektedir.

Halkla ilişkiler biriminin örgüt adına üstlendiği yükümlülükleri arasında örgüt için olumlu bir imaj oluşturma, medyayla iyi ilişkiler kurma, kendi programlarının bütçesini tasarlama gibi işlevleri de sıralanabilmektedir. Halkla ilişkiler uzmanlarının medyayla olumlu yönde ilişkiler kurmaları, örgütün halkla ilişkiler fonksiyonunda ve iletişim rolünde oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Medyaya ilk ulaşan olmak, mesajın içeriğini ve yer alacağı yoğunluğu kontrol etmek 'olumlu imajın' sürdürülmesinde gereklidir. Bu çabalar şimdi; web siteleri oluşturmayı, home page'ler tasarlamayı, örgüt içi iletişimi sağlamaya dönük olarak intranet'ten yararlanmayı, başta medya kuruluşları olmak üzere, örgütün yoğun iletişim içinde bulunduğu kamularla extranet aracılığıyla iletişime geçmeyi, örgütün mal ve hizmetlerini tüketen kesimlerin görüşlerinden ve önerilerinden yararlanılabilecek chat odaları ve

⁹ Michael L. Kent "Does Your Web Site Attract or Repel Customers" Public Relations Review, Vol: 43, No: 4 Winter, 1998-99, s. 31.

bloglar oluşturmayı, kamulardan feedback (geri-besleme) almak için kullanıcı grupları biçimlendirmeyi, örgütün kamularıyla daha hızlı iletişim kurması için e-mail ve e-bülten kullanmayı da içermektedir¹⁰. Amerika Birleşik Devletleri'nde bu alternatif mecranın tümüne "sosyal medya" denilmiştir. Sosyal medya Web 2.0 süreciyle; yani internet kullanıcılarının kolayca kullanabilecekleri online paylaşım araçları ve web sitelerinin ortaya çıktığı süreç ile oluşmuştur. Web 2.0 süreciyle internette pasif durumda bulunan çok sayıda kullanıcı aktif duruma geçmiştir. Dolayısıyla PR 2.0, yani internette yürütülecek halkla ilişkiler faaliyetleri için kurumlar kendi içeriklerini sosyal medyada paylaşmaya başlamadan önce, sosyal medyayı takip etmeye başlamalı ve kullanıcıların, tüketicilerinin ve müşterilerinin internette nasıl diyaloglar oluşturduğunu, nasıl hareket ettiğini, nelere ilgi duyduğunu doğru analiz etmeye çalışmalıdır. Kurum ve markaların bu doğrultuda ürettikleri içerikler, pazarlama süreçlerinde, sosyal medya platformlarında daha fazla ilgi çekecektir.

3) Avrupa İletişim Araştırması 2007'ye Göre Yeni Eğilimler

Alternatif iletişim kanalları her gün farklı bir marka, farklı bir yaklaşım ile karşımıza çıkmakta ve hayat biçimimizi etkilemektedir. İnternet uygulamalarının kitlesel iletişim araçları üzerindeki etkilerinin giderek arttığı ortamda 'geleneksel medya' da bu konuda çalışmalar yapmaktadır. Bu amaçla ombudsmanlık ve web portallardaki interaktif platformlar oluşmaktadır. Tüketiciler artık gazete ve TV gibi geleneksel kanallardan gelen bilgi ve haberleri sadece okumak yerine, daha interaktif kanallardan ulaştıkları bilgilere kendi yorumlarını eklemek, tartışmak ve sonucunda yeni bir şeyler yaratmak arayışı içindedirler.

Aynı şekilde, halkla ilişkilerde teknoloji kullanımı internetin yanında özellikle mobil iletişimde etkin olmaktadır. Artık tüketiciye yönelik yapılan kampanyaların çoğu, daha odaklı olabildikleri için mobil kanallar, mobil araçlar ve interaktivite daha da önem kazanmaktadır. Ayrıca mobil iletişim etkinlikleri ROI (yatırım dönüş oranı) ölçülebildiğinden, daha çok tercih edilen bir mecra olmaktadır. İnternet ve mobil teknolojilerin dışında da, yeni teknoloji kullanımı halkla ilişkilerin en temel özelliği olmuştur. Artık halkla ilişkiler uzmanlarının yeni teknolojilerle barışık, kolay uyum sağlayan kişiler olması gerekmektedir.

1999 yılında gerçekleştirilen Impulse Research Public relations Client Survey'e katılan 3.700 halkla ilişkiler müşterisine, kuruluşların interneti hangi amaçlarla kullandıkları sorulmuş ve alınan cevaplar şöyle olmuştur¹¹:

¹⁰ R. Cozier, F. Zoraida, Diane Witmer (2001), The Development of a Structuration Analysis of New Publics in an Electronic Environment, (eds) Roberth Heath, Gabriel Vasquez, Handbook of Public Relations, Sage Publications, 2001, USA, s: 615-623.

¹¹ <http://www.prfirms.org/infocenter/research/1999clientsurveyreport.doc>

%80'i online haberleri izlemek, %71'i rakipleri izlemek, %69'u medyayla iletişim kurmak, %63'ü müşterilerle interaktif iletişim kurmak, %53'ü hissedarlar ve finansal toplulukla iletişim kurmak, %53'ü ürünlerin reklamını yapmak, %37'si kanaat liderleriyle iletişim kurmak, %34'ü doğrudan ürün satışı yapmak ve %20'si araştırmalar yapmak amaçlarını sıralamışlardır.

2007 yılında, Leipzig Üniversitesi ve Stockholm School of Economics tarafından yürütülen ve Avrupa Halkla İlişkiler Eğitimi ve Araştırma Derneği'nin (EUPRERA) yıllık konferansında paylaşılan, 22 ülkeden yaklaşık 1100 sektör profesyonelinin katıldığı "Avrupa İletişim Araştırması 2007"nin sonuçlarına göre; iletişim yönetiminin çerçevesi giderek değişmekte; online iletişim, sosyal medya ve mobil iletişim kanalları etkinliklerini arttırmaya devam etmektedir.

Avrupa çapında günümüzde geçerli olan ve gelecek 10 yıl içinde iletişim yönetimi ve halkla ilişkiler alanında yaşanacak geniş çaplı değişimlerin neler olabileceği sorulan araştırmaya, mesleki deneyimi en az 10 yıl ve yaş ortalaması 41.3 olan 1087 sektör profesyoneli katılmıştır.

Kamu ve özel kurumların iletişim departmanlarında, halkla ilişkiler ajanslarında çalışan katılımcılara göre, günümüzde Avrupa'da öne çıkan iletişim yönetimi disiplinleri ve uygulamaları sırasıyla şunlardır¹²:

- 1) pazarlama / marka ve müşteri iletişimi,
- 2) kurumsal iletişim,
- 3) kriz / konu yönetimi,
- 4) iç iletişim ve değişim yönetimi,
- 5) kamusal işler / lobicilik.

Aynı katılımcı grubuna göre gelecek 10 yıl içinde Avrupa'da öne çıkacak iletişim yönetimi disiplinleri ve uygulamaları sırasıyla şunlardır:

- 1) kurumsal iletişim,
- 2) pazarlama / marka ve müşteri iletişimi,
- 3) iç iletişim ve değişim yönetimi,
- 4) kriz / konu yönetimi,
- 5) topluluk ilişkileri.

Buna göre, halkla ilişkilerin önemli bir alt bileşeni olan kurumsal iletişimin öneminin giderek artacağı öngörülmektedir. Çünkü, dünyanın içinde bulunduğu değişim sürecinde ekonomik değerlerin yanı sıra; bilgi, bilgiyi yaratma ve kullanma gücü önemli sermaye kaynaklarından biri haline gelmiştir. Gündeme gelen yeni yönetim yaklaşımları da en önemli güç insan ve bilgi sermayesi kaynaklı, bilginin ve entellektüel sermayenin kazanımı,

¹² <http://www.communicationmonitor.eu/Zerfass> et al. 2007/n=1087 PR Professionals from 22 countries.

insan sermayesinin daha iyi yönetilmesi ve organizasyon amaçları yönünde yönetilmesi temeline oturmuştur. Kurumlar, iletişim kurmadan faaliyetlerini yerine getiremezler. Çalışanların koordinasyonu iletişimle olur. Kurum çalışanları birbirlerinin ihtiyaçlarından haberdar olmadıkları zaman, işbirliği mümkün olmaz. İletişim ile ilgili her eylem, kurum çalışanlarına etkide bulunur. İletişim; planlama, örgütlenme ve kontrol gibi temel yönetim fonksiyonlarının başarılmasına yardımcı olur. Bu sayede çalışanlar görevlerini gerçekleştirebilirler. Çalışan açısından bakıldığında, etkin iletişimin performans geliştirmeye ve iş doyumuna katkı sağladığı görülür. Etkin iletişim sayesinde çalışanın işine bağlılığı artar.

Avrupa İletişim Araştırması 2007'nin diğer sonuçlarına göre; katılımcılar iletişim yönetimi ve halkla ilişkiler stratejilerinde gelecek 10 yılda öne çıkacak konu başlıklarını şöyle sıralamışlardır:

- 1) Sosyal medya ve dijital gelişmelere ayak uydurabilmek (%48.9),
- 2) İş stratejisi ve iletişim yönetimini bir arada etkin yönetebilmek (%45.6),
- 3) Otantik iletişim stratejileri sayesinde güven oluşturmak ve bu güveni sürdürebilmek (%43.4),
- 4) Aktif hedef kitlelerin "iletişimde şeffaflık" talebine cevap verebilmek (%36.3),
- 5) İletişim yönetiminin kazandığı değeri değerlendirebilmek ve gösterebilmek için yeni yöntemler yaratabilmek (%31.4).

Bu sonuçlara göre, yukarıda detaylı olarak bahsettiğimiz sürekli değişen ve gelişen bilgi ve iletişim teknolojilerine ayak uydurmanın yanı sıra; halkla ilişkilerin hedef kitleler nezdinde yarattığı/yaratmaya çalıştığı "güven" unsuru da öne çıkmaktadır. Çünkü literatürdeki halkla ilişkiler tanımlarının ortak öğelerinden biri de "*halkla ilişkilerin bir şekilde iyi niyeti ve karşılıklı anlayışı canlandırmak amacı taşıyan sürekli bir etkinlik*" olduğudur. İşte bu yönüyle halkla ilişkiler reklamdandan ayrılır ve günümüzde hedef kitleler nezdinde reklamdandan daha "güvenilir" bulunduğu için kurumlar tarafından daha çok tercih edilmektedir.

Araştırma sonuçlarından çıkan "iş stratejisi ve iletişim yönetimini bir arada etkin yönetebilmek" başlığı altında ise; kurum yöneticilerinin, halkla ilişkiler uygulamalarının kurumlarına katkısını artık sadece medyada çıkan haber sayısı ile ölçmekle yetinmediklerini belirtilmektedir. Katılımcıların %33'ü, halkla ilişkiler kurumlarının pazar payına ve itibarına katkısını ve %20'si stok performanslarına etkisini de ölçümlediklerini belirtmişlerdir.

Sosyal medya ve diğer yeni medya araçları halkla ilişkiler uygulamaları üzerindeki etkisini analiz eden 2009 yılına ait çalışmalarında Wright ve

Hinson¹³, yukarıdaki sonuçlarla tutarlılık gösterecek biçimde sosyal medya kullanımının ve öneminin giderek arttığına bir kez daha altını çizmektedir. Yeni uygulamalar arasında blog kullanımı, blog oluşturma ve takip etme gibi alışkanlıkların öne çıktığını, kurumların kendileri ve ürünleri kadar, içinde satış yaptıkları pazarla ilgili olarak insanların neler söylediklerini takip ettiklerini, önemli blogcuların bloglarına yorumlar yazarak kendi marka ve/veya ürünleri ile rakip marka ve/veya ürünler hakkında yapılan konuşmalara katıldıklarını belirtmektedirler.

Sonuç:

Stratejik yönetim; pazar payı ya da karlılık oranı olarak tanımlanan şirket hedeflerine ulaşmak üzere planlar yapıp sonra onları uygulamak değil, sürekli mükemmeli aramak üzere heyecanı hiç azalmadan devam eden bir yolculuktur¹⁴.

Dünyadaki değişim dinamiklerinden etkilenecek işlevleri gelişen halkla ilişkiler de, yöneticilerin işlerini zorlaştıran yeni moda bir iletişim yönetim aracı olarak değil, rekabet avantajı yaratacak stratejileri bulmaya ve onları uygulamada değişimi esas almaya yönelik bir yönetim felsefesi olarak benimsenmelidir.

Artık halkla ilişkiler ürün ve hizmetlerle ilgili başta medya olmak üzere, doğrudan tüketici odaklı faaliyetlere ağırlık vermiş durumdadır. Kurumsal iletişimin alanında ise; halkla ilişkiler stratejileri, ürün ve hizmetlerin teknik özelliklerinden bağımsız kurumsal performansı doğrudan etkileyen alanlarda uygulanmaktadır. Bu hizmeti verirken de “stakeholder” (sosyal paydaş) yaklaşımı denilen ölçümlenebilir ilişki yönetimi anlayışı şirket performansına yansıtılmaktadır.

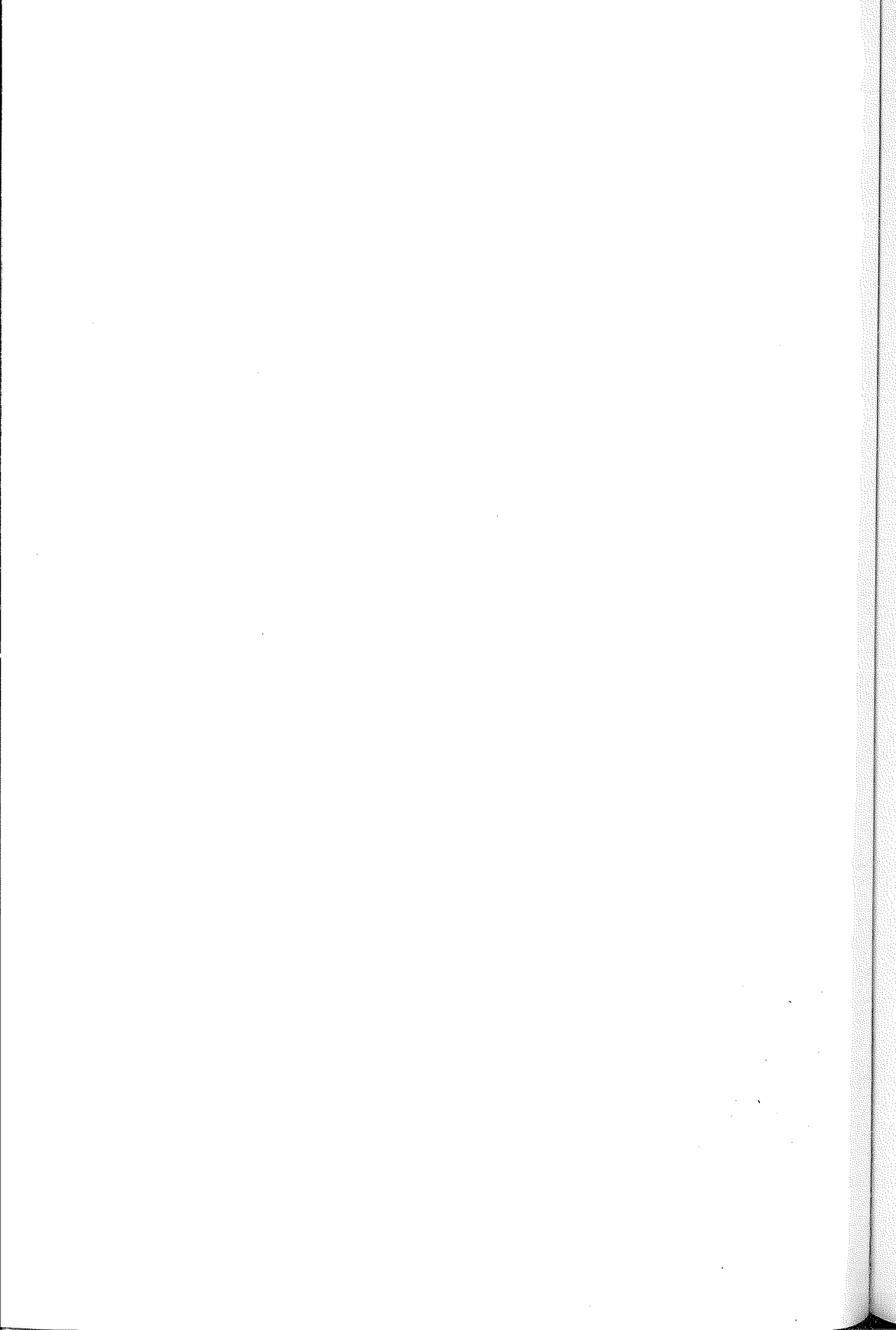
Öte yandan, sürdürülebilir insani gelişim ve kalkınma kavramlarının yeşermesi ile şirketlerin bu alanlardaki performansını, başta çalışanları olmak üzere toplumun farklı kesimlerine yansıtma ihtiyacı halkla ilişkilerin görev alanının kendiliğinden çeşitlenmesine neden olmuştur. Örneğin, CEO'lar için, özellikle yatırımcılar, çalışanlar ve toplumda karar vericiler olarak adlandırılan kesimlerde “itibarın” yönetilmesi ile ilgili öne çıkan “stratejik kişi” tanımlaması yapılmaktadır. Günümüzde kurumsal iletişim, pazarlama ve satışa yönelik iletişim kanallarının ihtiyacı olan iletişim alanlarının dışındaki tüm alanlar da dahil olmak üzere, halkla ilişkiler stratejik iletişim disiplini haline dönüşmüştür. Buna göre, halkla ilişkilerin bu yeni düzenlenişinde aşağıdaki öğeler kilit önem kazanması öngörülmektedir: medya değerlendirilmesi, hız, hedef kitle çeşitliliği, iş ve işletmeyle ilgili beklentiler, uzmanlık ve kalite, teknolojik güçlenme.

¹³ Wright, D.K. & Hinson, M.D., “An Analysis of the Increasing Impact of Social and Other New Media on Public Relations Practice”, 12th International Public Relations Research Conference, Mart 2009, Florida, USA.

¹⁴ Haluk Ünalı, “Stratejik Yönetim Nedir, Ne Değildir?” KOBİ Efor Dergisi, Aralık 2002.

Kaynakça

- AYDEDE, Ceyda, *Yükselen Trend Kurumsal Sosyal Sorumluluk*, MediaCat Kitapları, İstanbul, 2007.
- COZIER, Z., Diane, R., Witmer, F. (2001), The Development of a Structuration Analysis of New Publics in an Electronic Environment, (eds) Roberth Heath, Gabriel Vasquez, *Handbook of Public Relations*, Sage Publications, 2001, USA.
- FOMBRUN, Charles & Cees B.M. Van Riel, *Fame & Fortune*, N.J.: Prentice Hall, 2003.
- GREGORY, James R. & Jack G. Wiechmann, *Marketing Corporate Image*, USA:NTC Business Book, 1999.
- GRUNIG, James E., "İletişim, Halkla İlişkiler ve Etkin Örgütler: Kitaba Genel Bir Bakış", *Halkla İlişkiler ve İletişim Yönetiminde Mükemmellik*, Rota Yayın, İstanbul, 2005.
- HOWARD, Carole M., "Working with Reporters: Mastering the Fundamentals to Build Long-Term Relationships" *Public Relations Quarterly*, Vol. 49, 2004.
- KENT, Michael L. "Does Your Web Site Attract or Repel Customers" *Public Relations Review*, Vol:43, No:4 Winter, 1998-99.
- PAPAZOĞLU, M. ve Tsalgatidou A., "Business-to-Business Electronic Commerce Issues and Solutions", *Decision Support Systems*, Vol. 29, 2000.
- PELTEKOĞLU, F. B., *Halkla İlişkiler Nedir?*, Beta Yayınları, İstanbul, Genişletilmiş 5. Baskı 2007.
- POHL, G.M. & D. Vandeventer, *The Workplace, Undergraduate Education and Career Preparation*, The Public Relations Academic and Practitioner Views, (eds) Roberth Heath, Gabriel Vasquez, *Handbook of Public Relations*, Sage Publications, 2001, USA.
- ÜNALDI, Haluk, "Stratejik Yönetim Nedir, Ne Değildir?" *KOBİ Efor Dergisi*, Aralık 2002.
- WRIGHT, D.K. & HINSON, M.D., "An Analysis of the Increasing Impact of Social and Other New Media on Public Relations Practice", 12th International Public Relations Research Conference, Mart 2009, Florida, USA.
- [http://www.communicationmonitor.eu/Zerfass et al. 2007/n=1087](http://www.communicationmonitor.eu/Zerfass_et_al_2007/n=1087) PR Professionals from 22 countries.
- <http://www.prirms.org/infocenter/research/1999clientsurveyreport.doc>



**Ceza Normlarının Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin
Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi ***

**(Consideration of a Decision of The Supreme Court on The
Application of Criminal Laws Ratione Temporis)**

Ali Hakan EVİK **

Özet: Karar incelemesi niteliğindeki bu çalışmada, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma, Çıkar Amaçlı Örgüte Yardım Etme, Tehdit Amaçlı Menfaat Sağlama” suçlarının işlendiği iddiasıyla 11.01.2000 tarihinde açılan kamu davasının ardından 4422 sayılı “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu”nun yürürlükten kalkmasıyla ortaya çıkan zaman bakımından uygulama problemi ele alınmaktadır. Bu bağlamda konuya ilişkin olarak Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin 17.05.2007 tarih 2006/2934 Esas, 2007/3877 Karar Sayılı kararı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ceza normu, Zaman bakımından uygulama, Dava zamanaşımı

Abstract: This study handles the problem of the application of criminal laws ratione temporis, which arose after the abolition of the code nr. 4422 on “Combating Interest – Oriented Criminal Organisations”. This law was abolished after a criminal case initiated on January 11, 2000, where the accusation was “organizing an interest – oriented criminal organisation and, helping an interest – oriented criminal organisation”. In this context, a decision dated May 17, 2007, No. 2006/2934 2007/3877 of the Supreme Court’s 8th Crime Division is examined.

Keywords: Criminal rule, application ratione temporis, statute of limitations

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Yard. Doç. Dr., Gazikent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ahevik@yahoo.com

I. Karar

Çalışmada incelenip değerlendirilecek olan karar, Yargıtay (8.) Ceza Dairesi'nin 17.05.2007 tarih ve 2006/2934 Esas, 2007/3877 Karar sayılı karardır.

II. Olay

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından sanıklar hakkında; suç tarihi olarak "12.11.1999 yılı ve öncesi", ilgili kanun maddeleri olarak "4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313 ve 192/1. maddeleri" gösterilmek suretiyle "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma, Çıkar Amaçlı Örgüte Yardım Etme, Tehdit Amaçlı Menfaat Sağlama" suçlarının işlendiği iddiası ile 11.01.2000 tarihinde kamu davası açılır. Muhakeme devam ederken Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18/1 (d) maddesi ile 30.07.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu bütün ek ve sonuçlarıyla yürürlükten kaldırılır. Bunun üzerine, davaya bakmakta olan İstanbul (3) Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi, sanıkların eylemlerinin 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun kapsamında olmadığı ve suçun unsurlarının bulunmadığı düşüncesinden hareketle görevsizlik kararı vererek, dosyayı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 313. maddesi bakımından ele alınması için İstanbul Ağır Ceza Mahkemesine gönderir. Söz konusu karar Yargıtay (5.) Ceza Dairesi tarafından onanır.

Görevsizlik kararı verilmesinden sonra dosya önüne gelen İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesini dikkate almak suretiyle tüm sanıklar bakımından dava zamanaşımının dolduğuna karar verir. Kararı değerlendiren Yargıtay (8.) Ceza Dairesi ise, 4422 sayılı Kanun'un yürürlükten kalkmış olmasına rağmen bu Kanunun, Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi olduğu ve dava zamanaşımı bakımından buna göre bir değerlendirmenin yapılması gerektiği şeklinde içtihadta bulunmak suretiyle yerel mahkemenin kararını bozar.

III. Hukuki Sorunlar

Çözümlemesi gereken hukuki sorunlar "ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasına" ilişkin olup; a) Fiil tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan özel bir Kanunun (dolayısıyla ilgili normun) muhakeme esnasında yürürlükten kaldırılmış olması durumunda sanıklar hakkında uygulanacak Kanunun ve normun (fiil tarihindeki veya sonradan yürürlüğe girmiş olanlardan) hangisinin olduğunun tespiti ve b) Dava zamanaşımının bu Kanunlardan (normlardan) hangisinin dikkate alınmak suretiyle saptanması gerektiridir.

IV. Sorunun Çözümüne İlişkin Görüşler

A) Birinci Hukuki Sorunun Çözümüne İlişkin Görüşler

1. Sanıklar Hakkında Uygulanması Gereken Norm 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. Maddesidir

İnceleme konumuza ilişkin Yargıtay (8.) Ceza Dairesi'nin kararına konu İstanbul (2.) Ağır Ceza Mahkemesi'nin ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın görüşünün bu doğrultuda olduğu anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkemenin sanıklar hakkında uygulanacak normun hangisinin olduğu konusunda doğrudan bir açıklamada bulunmadığı ve herhangi bir gerekçe zikretmediği görülmektedir. Buna karşılık Mahkeme'nin önlerine gelen dava ile ilgili olarak;

"...sanıklar hakkında 765 sayılı TCK'nun 313/1, 192/1, 40 ve 36. maddeleri gereğince cezalandırılmaları için dosya mahkememize intikal etmişse de, ...bu sanıklara atılı suçlarla ilgili dava zamanaşımına uğramış olduğundan 765 sayılı TCK'nun 102/4. maddesi gereğince haklarında davanın ortadan kaldırılması gerektiği sonucuna varılmıştır..."

yönündeki değerlendirmesinden ve sanıklar hakkında uygulanması istenen normlarla (özellikle 765 sayılı TCK'nun 313. maddesi) ilgili hiçbir olumsuz değerlendirmede bulunmamış olmasından, örtülü bir şekilde olsa da, sanıklar hakkında 765 sayılı TCK'nun 313. maddesinin uygulanmasının gerektiği sonucuna ulaştığı tespit edilmektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da aynen yerel Mahkeme gibi tebliğnamesinde; bu hukuki probleme ilişkin olarak doğrudan bir gerekçe ortaya koymak suretiyle görüş bildirmemiştir. Buna karşılık;

"Sanıklara yüklenen suçların gerektirdiği cezaların türü ve üst sınırına göre, dava TCK'nun 102/4, 104/2. maddelerinde yazılı (5) yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunup, iddianame ve sorgu tarihinden itibaren hüküm tarihine kadar bu sürenin geçmiş olduğu yönündeki yerel mahkemenin kararı yerinde olup, onanması gerekmektedir."

şeklindeki görüşünden, sanıklar hakkında uygulanması gereken normun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinin olduğu yönünde düşündüğü, diğer bir deyişle dolaylı da olsa yerel mahkeme ile aynı görüşü paylaştığı anlaşılmaktadır.

2) Fiil Tarihinde Yürürlükte Bulunan 4422 Sayılı Kanun'daki Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. Maddesinde Yeniden Düzenlendiğinden Sanıklar Hakkında Uygulanması Gereken Norm 220. Maddedir

Yerel Mahkeme ile aksi görüşte olan Yargıtay (8.) Ceza Dairesi'nin gerekçelerinin aşağıdaki gibi olduğunu görmekteyiz.

"4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanunun 18. maddesiyle yürürlükten kaldırılarak, suç işlemek amacıyla örgüt kurma eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde yeniden düzenlenmiş olması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde 'zaman bakımından uygulama' kurallarının, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkındaki Kanunun 9. maddesinde ise 'lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul' ile ilgili kuralların düzenlenmiş bulunması nedeniyle sanıkların hukuki durumlarının 5237, 5252 ve 5320 sayılı Kanunlar çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir."

B) İkinci Hukuki Sorunun Çözümüne İlişkin Görüşler

1) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. Maddesi Uyarınca Dava Zamanaşımı Süresi Dolduğundan Davanın Ortadan Kaldırılması Gerekmektedir

Bu görüşteki yerel Mahkemenin ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın konuya ilişkin gerekçeleri şunlardır:

Yerel Mahkemeye göre; *"sanıkların TCK'nun 313/1-4. maddesi gereğince cezalandırılmaları için dosya mahkemeye intikal etmişse de, savunmaları İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nde (1 numaralı DGM) 07.04.2000 tarihinde alınmış, bu tarihten sonra zamanaşımını kesen herhangi bir işlem yapılmamış olduğundan 5 yıllık dava zamanaşımı süresi dolduğundan, sanıklara atılı suçlarla ilgili dava 08.04.2005 tarihinde zamanaşımına uğradığından 765 sayılı TCK'nun 102/4. maddesi gereğince haklarındaki davanın ortadan kaldırılması" gerekmektedir.*

Yerel Mahkeme ile aynı görüşü paylaşan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göre de; *"Sanıklara yüklenen suçların gerektirdiği cezaların türü ve üst sınırına göre, dava TCK'nun 102/4, 104/2. maddelerinde yazılı (5) yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunup, iddianame ve sorgu tarihinden itibaren hüküm tarihine kadar bu sürenin geçmiş olduğu yönündeki yerel mahkemenin kararı yerinde olup, onanması gerekmektedir."*

2) Dava Zamaşıımı Süresinin Dolup Dolmadığı Meselesinin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. Maddesi Uyarınca Değil, Fiil Tarihinde Yürürlükte Bulunan 4422 Sayılı Kanun'un 1. Maddesi Doğrultusunda Belirlenmesi Gerektiğinden Davanın Ortadan Kaldırılması Kararı Verilmesi Doğru Değildir

Bu görüşte olan Yargıtay (8.) Ceza Dairesinin gerekçesi de: “Sanığın örgüt kurma ve yönetme, diğer sanıkların ise örgüt adına faaliyette bulunma olarak kanıtlanan eylemleri 4422 sayılı Yasanın 1/1. maddesinin 1. cümlesi kapsamında olup, zamaşıımı süresinin TCK'nun 102/3 madde ve fıkrası uyarınca 10 yıl olduğu gözetilmeden, eylemlerinin 765 sayılı TCK'nun 313. maddesi kapsamında kaldığı gerekçesiyle yazılı biçimde zamaşıımı nede-niyle ortadan kaldırma kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” şeklindedir

V. Konuya İlişkin Genel Açıklamalar

A) Genel Olarak

Bir önceki bölümde anlatılanlardan da anlaşıldığı üzere; incelemekte olduğum olayda sanıklar hakkında 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na muhalefetten kamu davası açılmış, muhakeme sürerken 4422 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişikliklerden hareketle davanın görüldüğü gerek yerel Mahkemeler, gerek Yargıtay'ın ilgili Ceza Daireleri sanıklar hakkında yürürlükten kaldırılmış bulunan 4422 sayılı Kanunun yerine hangi Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesinin uygulanacağı konusunda tereddütte kalmışlardır.

Söz konusu tereddütlü durum ortaya koymaktadır ki; somut olayda öncelikle “Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanmasına” ilişkin bir problem bulunmaktadır. Bu nedenle, sorunun çözümüne yönelik değerlendirmede bulunmadan önce probleme ilişkin temel prensipler hakkında kısa bir açıklamada bulunmanın doğru olacağını düşünmekteyim.

B) Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Temel İlkeler

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması, suç teşkil eden bir eylemin hangi kanuna göre cezalandırılacağı veya suç oluşturup oluşturmadığının hangi kanuna göre belirleneceği konularını kapsamaktadır¹. Muhakeme başladığı esnada yürürlükte olan kanunlar değişmiş, hatta

¹ Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 97. Konunun, sosyal gelişmelerin yanı sıra kanuniliği yakından ilgilendirdiğini düşünen yazarların “Kanunilik İlkesi” başlığı altında inceledikleri görülmektedir. Bakınız: İçel-Donay, 2006: 96. benzer bir değerlendirme için bakınız: Özbek, 2006: 99, 205. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Katoğlu, 2008.

yürürlükten kalkmış olabilirler. Bu durumda incelemekte olduğum somut olayda olduğu gibi özellikle “yargılamaya hangi normla devam edileceği” sorunu baş gösterir.

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında temel ilkeler fiil (suçun işlendiği) tarihindeki kanunun esas alınması ve geçmişe uygulanmazlıktır. Bunlar gerek Anayasamızın 38., gerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 7/1. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın 38. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır ceza verilemez.*”

Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre; “*Dava ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da birinci fıkrafta öngörülen güvence uygulanacaktır.*” Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere amaç; sadece sonradan suç yaratma ihtimali değil, fiil tarihindeki ceza sisteminin her yönüyle ağırlaştırılarak geçmişteki olaylara uygulanmasının önüne geçilmek istenmesidir².

1) Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girmesi ve Yürürlükten Kalkması

Failin, fiili gerçekleştirdiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre cezalandırılması temel prensip olup, somut olayda muhakeme devam ederken sanıklar hakkında uygulanma ihtimali olan 4422 sayılı Kanun yürürlükten kalkmış bulunduğundan, kanımca öncelikle kanunların yürürlükten kalkmasına ilişkin özelliklerin nelerden ibaret olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

a) Olayımızda olduğu gibi, eski kanun (4422 sayılı Kanun), yeni bir kanun (Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 18/1-d maddesi uyarınca) ile açık bir şekilde yürürlükten kalkabilir³.

b) Eski kanun hükümleri ile yeni kanun hükümleri birbiriyle uyum sağlanmadığından örtülü bir kalkma söz konusu olabilir. Bu tür yürürlükten kalkmalar da⁴;

aa) Ardı ardına çıkarılan iki genel kanunlardan sonrakinin, öncekini örtülü olarak yürürlükten kaldırması,

bb) Sonradan yürürlüğe girmiş olan genel kanunun, özel nitelikteki önceki kanunun aynı hükümlerine aykırı hükümler getirmesi durumunda önceki özel kanunun örtülü bir biçimde yürürlükten kalkmış olması,

² İçel-Donay, 2006: 88; Katoğlu, 2008: 94–95.

³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2007: 179–180; Demirbaş, 2007: 107; Katoğlu, 2008: 37.

⁴ Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 98–99; Katoğlu, 2008: 38–39; Özbek, 2006: 211–212.

cc) Özel nitelikteki önceki ve sonraki kanun hükümlerinin birbiriyle bağdaşmaması durumunda, önceki kanunda yer alan çelişkili hükümlerin sonraki kanun hükümleri ile örtülü bir biçimde yürürlükten kalkmış olması şeklinde üçe ayrılmaktadır.

c) Kanunun tümü veya bazı hüküm veya hükümleri Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda yürürlükten kalkabilir⁵.

Genelde kanunlar, başka bir kanunla açık veya yukarıdaki şekilde örtülü bir biçimde yürürlükten kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalırlar. Bazı kanunların ne kadar yürürlükte kalacakları ilgili metinde gösterilir. Örneğin; her yıl çıkarılması gereken Bütçe Kanunu'nda olduğu gibi. İlkine "süreklili kanun", ikincisine ise "süreli kanun" denilmektedir. Bir de, belirli ve olağanüstü dönem veya durumlar için yürürlüğe giren, olağanüstü durum devam ettiği sürece yürürlükte kalan kanunlar vardır. Bunlara da; "geçici (istisnai) kanun" denilmektedir⁶.

2) Ceza Kanunlarının Geçmişe Uygulanmaması (Yürümemesi)

Hatırlanacağı üzere mülga ceza kanunumuzun 2. maddesinde; "İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" ifadesi yer almaktaydı. Bu maddenin karşılığı olarak 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesindeki düzenlemenin ise; "İşlendiği 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 bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar" şeklinde olduğu görülmektedir.

Bu hüküm gereği; a) Sonradan suç olmaktan çıkarılan bir fiilin failinin cezalandırılması veya hakkında güvenlik tedbiri uygulanması, b) Bir fiilin sonradan suç sayılarak failinin cezalandırılması veya hakkında güvenlik tedbiri uygulanması yasak olduğu gibi, c) Fiil tarihinde suç olarak kabul edilen eylemden dolayı hükmedilen ceza veya güvenlik tedbirinin infazına, eylemin suç olmaktan çıkarılması ile derhal son vermek gerekmektedir⁷.

Aynı zamanda kanunilik ilkesi çerçevesinde "geçmişe uygulama yasağı", sadece maddi ceza hukuku normları bakımından değil, aleyhe sonuç doğura-

⁵ "Önceki ve sonraki kanunların örtülü bir şekilde yürürlükten kalkması meselesini özel-genel norm ilişkisi çerçevesinde de çözümlenmek mümkün olup, esas mesele suç politikası ilkelerinden hareketle kanun koyucunun iradesinin tam olarak ortaya çıkarılmasıdır" bakınız: İçel-Donay, 2006: 132.

⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2007: 181; Demirbaş, 2007: 108; Katoğlu, 2008: 40.

⁷ Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 100; Demirbaş, 2007: 126; Katoğlu, 2008: 94-95; Özbek, 2006: 208.

bilecek her tür uygulamaya engeldir. Suçun unsurları (hukuka uygunluk nedenleri veya manevi unsur), cezanın sonuçlarındaki veya suça etki eden nedenlerdeki değişiklikler de bu kapsamdadır. Tüm bunlara ek olarak kanunlardaki değişikliklerin yanı sıra, failin aleyhine olan yürütme organının çıkardığı Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük veya Yönetmelik gibi yazılı hukuk kaynakları da geçmişe uygulama yasağı kapsamındadır⁸.

Geçmişe uygulanabilme yasağının aksine hareket edilmesi ancak, sonraki ceza kanunlarının fail tarafından gerçekleştirilen eylemi suç olmaktan çıkarması veya lehte düzenlemeler öngörmesi halinde yani failin lehine olması durumunda mümkündür⁹. Bunun en temel nedeni; suç politikasının bir sonucu olarak kanun koyucunun artık o eylemi cezalandırmak veya daha ağır bir şekilde cezalandırmada sosyal yarar görmemesinden kaynaklanmaktadır¹⁰. Bu ilkeye ilişkin düzenleme, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında; *"Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur"* şeklinde ifade edilmiştir.

C) Yürürlük Sonrası Uygulama Yasağı

Konu ile ilgili bir diğer ilke de *"yürürlük sonrası uygulama=ileriye yürüme yasağı ilkesi"* olup; yürürlükten kaldırılan bir kanunun özellikle fiili suç olmaktan çıkararak normun da yürürlükten kalkmış olduğu yani artık suçun failine uygulanamayacak olmasıdır¹¹. Böyle bir durumda yürürlükten kalkmış normun uygulanması ancak, bu konu hakkında açık hükmün bulunması durumunda mümkündür.

D) Lehe Olan Kanunun ve Normun Tespiti

Fiil tarihinden sonra yürürlüğe girmiş bir kanunun hükümleri fail hakkında ancak, lehe olması durumunda uygulanabileceğinden *"lehe olan kanunun"* tespiti önem arz etmektedir. Bu bağlamda¹²; a) Eylemi suç olmaktan çıkararak bir kanunun, b) Suçun gerçekleşmesini zorlaştıran (örneğin, unsurlarda değişiklik yapan) kanunun, c) Suçun yaptırımını olarak para cezası öngören kanunun, hürriyeti bağlayıcı ceza öngören kanuna nazaran, d) Kovuşturma koşullarında değişiklik yapan, örneğin, takibi şikâyete bağlı

⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2007: 187; İçel-Donay, 2006: 100-101; Katoğlu, 2008: 68; Özgenç, 2006: 111.

⁹ Demirbaş, 2007: 128; Katoğlu, 2008: 89; Özbek, 2006: 208; Özgenç, 2006: 111.

¹⁰ Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 102; İçel-Donay, 2006: 88.

¹¹ Katoğlu, 2008: 102; Özbek, 2006: 211.

¹² Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2007: 189 vd; Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 101-102; Demirbaş, 2007: 128; İçel-Donay, 2006: 88, 98, 107-114; Katoğlu, 2008: 186 vd; Özbek, 2006: 208-209; Özgenç, 2006: 112, 126.

olmayan bir suçun takibini şikâyete tabi kılan kanunun, e) Gerek dava, gerek ceza zamanasını sürelerini kısaltan kanunun, f) Tür ve miktar bakımından daha az ceza öngören kanunun failin lehine olduğu açıktır.

Fiil tarihinden önce yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümleri arasında hangisinin lehe olduğunu belirlerken, iki kanunun lehte olan hükümlerinin bir araya getirilmek suretiyle adeta yeni kanun yaratılması doğru değildir. Böyle durumda lehte kanunun tespiti için somut olaya her bir kanunun ayrı ayrı uygulanması ve çıkan sonuca göre hangisinin lehe, hangisinin aleyhe olduğunun belirlenmesi gerekmektedir¹³.

Hatırlanacağı gibi, konuyla ilgili olarak mülga ceza kanununda herhangi bir somut düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında; *"lehte kanun belirlenirken somut bir karşılaştırmanın yapılması ve iki kanunun karma biçimde uygulanmamasının gerektiği"*¹⁴ ifade edilmekteydi. Yeni ceza kanunumuzun yürürlük ve uygulanma şeklini gösteren kanunun 9/3. maddesinde ise, bu yönde yerinde bir hareketle; *"Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir"* şeklinde açık bir hükme yer verildiği görülmektedir.

E) Zaman Bakımından Uygulamanın Sonuçları

Geriye yürüme yasağı; suçun tüm unsurları ve cezai neticeleri bakımından geçerlidir. Yani fiil tarihinde suç sayılmayan bir eylemden dolayı daha sonra yürürlüğe giren ve eylemi suç kapsamına dâhil edilen fail cezalandırılmayacağı gibi, Yargıtay'ın da önemle vurguladığı üzere¹⁵, cezayı ağırlaştıran veya hatta sanığın hukuki veya fiili durumunu kötüleştiren, ceza almasını kolaylaştıran hükümlerin de geriye etkili olarak uygulanması mümkün değildir. Diğer bir deyişle fail hakkında; a) Muhakeme aşamasında eylemi suç olmaktan çıkararak veya cezayı hafifleten kanun uygulanmalı, b) İnfaz aşamasında da eylemi suç olmaktan çıkararak veya cezayı hafifleten kanun infaz edilmelidir¹⁶.

Kimi yazarlara göre; lehe kanunun geçmişe uygulanması, hükmün kesinleşmesine kadarki süre içinde yürürlüğe giren kanunlarla sınırlı olmalıdır. Zira aksine düzenleme kesin hükmün niteliği ile bağdaşmayacağı gibi, genel ceza ve infaz kurallarına açık aykırılık oluşturan, cezasının infazına başlanmış hükümlüye uygulanan tretmann sonucunun beklenmeksizin salı-

¹³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2007: 191; Donay, 2007: 16.

¹⁴ Konuyla ilgili Yargıtay kararları ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları için bakınız: Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 104, dipnot: 23-24.

¹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.02.1997 tarih ve E: 1997/2-294, K: 1997/15 sayılı kararı için bakınız: Yargıtay Kararları Dergisi, sayı: 23, Mayıs 1997, s. 789.

¹⁶ Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 101, 102; Katoğlu, 2008: 173 vd.

verilmesi veya ceza süresinden indirilmesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınmış olur¹⁷.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun; "...Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar"¹⁸ şeklindeki 7/1. maddesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un; "...sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir" şeklindeki 98/1. maddesindeki düzenlemeler karşısında artık yukarıdaki düşüncenin en azından pozitif hukuk bakımından geçerliliğinin kalmadığı ortadadır¹⁹.

Kaldı ki; 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulmuş olan, "zaman bakımından uygulamaya ilişkin ilkelerin ceza mahkûmiyetinin kanuni neticeleri açısından da uygulama kabiliyetine sahip olduğu" şeklindeki düzenleme ile bu somut durum perçinlenmiştir²⁰.

VI. Değerlendirme

İnceleme konumuzu oluşturan hukuki problemler; fiil tarihinde yürürlükte olan ve sonradan yürürlüğe girmiş bulunan normları dikkate almak suretiyle, fiil tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan özel bir normun muhakeme esnasında yürürlükten kaldırılmış olması durumunda sanıklar hakkında uygulanacak normun hangisinin olduğunun tespiti ve dava zamanlaşımının bu normlardan hangisinin dikkate alınmak suretiyle saptanması gerektirir.

Çözümlemesi gereken hukuki sorunlar yukarıdakilerden ibaret olmakla beraber, aşağıda sorunların çözümüne yönelik açıklamalarda bulunurken ayrıca zaman bakımından uygulamaya ilişkin diğer sorunlar hakkında da bir takım değerlendirmelerde bulunulacaktır. Bunları sırasıyla ele alıp inceleyecek olursam:

A) Sanıklar Hakkında Uygulanacak Normun Tespiti

Zaman bakımından uygulamaya ilişkin ilkelerden hareketle öncelikle; Yargıtay (8.) Ceza Dairesi'nin; "...sanıkların kanıtlanan eylemlerinin 4422 sayılı Yasanın 1/1. maddesinin 1. cümlesi kapsamında olup zamanlaşımı süresinin 765 sayılı TCK'nun 102/3. madde ve fıkrası uyarınca 10 yıl olduğu

¹⁷ İçel-Donay, 2006: 105-106.

¹⁸ Özgenç'e göre; "lehe olan kanunun geçmişe uygulanması konusu çoğu zaman yargısal bir değerlendirmeyi gerektirmektedir", bu nedenle maddede yer alan "kendiliğinden" ifadesinin madde metninden çıkarılması daha doğru olacaktır. Bakınız: Özgenç, 2006: 128.

¹⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2007: 195; Katoğlu, 2008: 177, 184; Özbek, 2006: 99.

²⁰ Donay, 2007: 13-14.

gözetilmeden, eylemlerinin 765 sayılı TCK'nun 313. maddesi kapsamında kaldığı gerekçesiyle yazılı biçimde zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılma kararı verilmesi... bozmayı gerektirmiştir..." şeklindeki içtihadına katılmadığımı ifade etmek isterim.

Söz konusu ilamda da ortaya konduğu üzere; fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, muhakeme esnasında yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bağlamda, **"yürürlük sonrası uygulama yasağı"** uyarınca yürürlükten kaldırılmış bir ceza kanununun, suçun faili hakkında artık uygulanması mümkün değildir. Bunun tek istisnası konuya ilişkin yasal bir düzenlemenin varlığıdır. Mevzuatımıza baktığımızda ise, ne 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nu yürürlükten kaldıran Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da, ne de diğer herhangi bir kanunda yürürlükten kalkmış bu kanunun yürürlük sonrasında uygulanabileceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır.

Bu nedenle, bütün ek ve sonuçlarıyla yürürlükten kaldırılmış bulunan 4422 sayılı Kanun hükümlerinin dikkate alınmak suretiyle zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğu şeklindeki gerekçenin de doğru olmadığını, sanıklar hakkında hüküm tarihi itibarıyla yürürlükte olmayan bir kanunun uygulanamayacağını düşünmekteyim.

Yine Yargıtay (8.) Ceza Dairesi'nin; *"...4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yürürlükten kaldırılarak, suç işlemek amacıyla örgüt kurma eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde yeniden düzenlenmiş olması bozmayı gerektirmiştir..."* şeklindeki içtihadına da katılmamaktayım. Bu gerekçeyi daha iyi değerlendirebilmek için öncelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış bulunan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun kısa bir karşılaştırmasını yapmak gerektiğini düşünmekteyim²¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi her ne suretle olursa olsun suç işlemek için örgüt kurmayı ve bu örgüte katılanları cezalandırmaktadır. Örgütün varlığı için 220. maddenin 1. fıkrasının son cümlesine göre; *"üye sayısının en üç kişi olması gerekir"*. Gerek 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesindeki düzenleme, gerek 220. maddedeki düzenleme ile suç işlemek amaçlı örgütlenme cezalandırılmak istenmektedir²².

220. maddedeki düzenleme; genel ve tamamlayıcı niteliktedir. Çıkar amaçlı örgütlenme (Mafia tipi örgütlenme) ise özel nitelikte bir suçtur.

²¹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Evik, 2004: 201-205.

²² Alacakaptan, 2004/a: 25; Alacakaptan, 2004//b: 45. Organize suç kavramı hakkında bakınız: Özek, 1998: 195 vd.

Aralarında özel norm–genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Çünkü a) Her iki suç tipi de aynı hukuksal değerleri özellikle “kamu düzenini” korumaktadır, b) Özellikle unsur denilen “özel normun genel normun özelliklerinin yanında başka özelliklere de sahip olması” koşulu gerçekleşmiştir²³. Bu nedenle kanımca aralarındaki ilişkilerin özel-genel norm kapsamında değerlendirilmesi ve çözümlenmesi gerekmektedir²⁴.

Çıkar amaçlı örgütlenme suçunun oluşması için genel olarak suç işlemek için örgütlenme suçunun unsurlarının yanında bu suçu karakterize eden mafia metodu yani yıldırma gücünün ve diğer başka özelliklerin²⁵ bulunması da gerekir. Suç işlemek için kurulmuş bir örgüt, amaçlarını gerçekleştirmek için somut olarak örgütsel bağın korkutma, yıldırma ve sindirme gücünden yararlanmaya başladığı andan itibaren mafia tipi örgüte dönüşür²⁶.

Suç işlemek amaçlı örgütlenme ile mafia tipi örgütlenme suçu arasındaki fark, örgütün gerçekleştirmeyi istediği amaçların, diğer bir deyişle suç programının farklılığı, amaçların gerçekleştirilmesi için korkutma, yıldırma gücüne başvurulmasıdır. Suç işlemek için örgütlenme suçunda olduğu gibi mafia tipi örgütlenmede de organizasyonun sürekliliği, devamlılığı, örgütün gerçekleştirilmek istenen amaçlara uygunluğu aranmaktadır. Buna karşılık, mafia tipi örgütlenme suçunu karakterize eden unsurlar; örgüt ve mensupları tarafından kullanılan metot, sistem ve araçlardır. Suç işlemek için örgütlenme suçunun oluşumu için birden fazla suç işlemek için bir birliğin kurulması yeterlidir²⁷. Mafia tipi örgütlenme esasında, TCK'daki örgütlenmeden daha özellikli ve daha teşkilatlanmış bir örgüt olup, aralarında nitelik farkı bulunmaktadır²⁸.

Yukarıda da belirttiğim gibi, mafia tipi örgütlenme suçunun nitelikli unsurları; örgütün kullandığı metot ve ihlal edilen hukuksal konudur. Metot; organizasyonun varlığından gelen yıldırma gücünün kullanılmasıdır, bunun sonucunda sosyal çevrede yoğun bir tabi kılma ve gizli işbirliği durumu meydana gelir. Yıldırma korkutma sayesinde örgüt ceza görmeden suç işleme ve/veya ekonomik faaliyetlerin kontrolünü elde etme olanağı sağlayarak genel olarak kamu düzeni ve ekonomik düzen için tehlike durumu yaratır²⁹.

Yargıtayımızın çıkar amaçlı örgütlenmeye ilişkin vermiş olduğu kararlarında bu iki suç arasındaki farkı “*örgütün kullandığı metot ve yöntem*” konularını şeklinde ifade ettiğini görmekteyiz³⁰. Örneğin bir kararına göre; “*korkut-*

²³ İçel-Evik, 2007: 319–322.

²⁴ İçel, 2006: 121.

²⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Alacakaptan, 2004/b: 46.

²⁶ Alacakaptan, 2004/b: 53; Evik, 2004: 202.

²⁷ Evik, 2004: 203

²⁸ Alacakaptan, 2004/b: 48.

²⁹ Evik, 2004: 204; Özek, 1998: 197–198.

³⁰ Alacakaptan, 2004/b: 54–55.

ma, sindirme gücünü kullanarak ihale işlerinde çıkar sağlamak amacıyla örgütlenmek 4422 sayılı yasanın 1. maddesindeki suçu oluşturur.”³¹ Başka bir karara göre; “haksız çıkar elde etmek amacıyla örgütlenip zor ve tehdit yöntemleri kullanmak 4422 sayılı yasanın 1. maddesine uymaktadır.”³²

Diğer bir kararda ise “şirket görüntüsü altında Devlet tarafından yapılan inşaat ihaleleri üzerinde nüfuz ve denetim elde etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak maksadıyla zor ve tehdit uygulamak, mensupları arasında her ne olursa olsun açık veya gizli işbirliği yapmak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak sürekli olarak suç işlemek için örgütlenmek 4422 sayılı yasanın 1. maddesindeki suçu oluşturur” denilmiştir³³.

Bu karşılaştırmadan da açıkça anlaşıldığı üzere; 4422 sayılı Kanun ile özel nitelikte bir örgüt suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 220 (765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 313.) maddesinde ise genel nitelikte bir örgüt suçu düzenlenmişti. Yani aralarında özel norm-genel norm ilişkisine dayalı suçların görünüşte birleşmesi durumu söz konusuydu. Bu nedenle kısa bir dönem de olsa 4422 sayılı özel Kanun ile genel nitelikteki ceza kanunundaki hüküm birlikte uygulanabilmiş, varlıklarını sürdürebilmişti. Gerekçede de bu duruma vurgu yapılmış, kanun koyucu tarafından Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeden çok farklı bir düzenleme getirilmek istendiği konularına değinilmmişti³⁴. Bu bağlamda, yürürlükten kaldırılmış bir ceza normunun muadilinin genel ceza kanunundaki norm olduğu (220. madde) iddiası kanımca doğru değildir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. maddesindeki; “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” şeklindeki ifadeden hareketle genel ceza kanununun, özel hükümlerinin, özellikle fail açısından aleyhe olan 220. maddenin yürürlükten kaldırılmış bulunan özel bir ceza kanununun kapsamına giren eylemlere kendiliğinden uygulanmasının mümkün olmadığını, uygulanabilirliğin sağlanması bakımından bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmesinin gerektiğini düşünmekteyim³⁵.

Mevzuatımıza baktığımızda bu doğrultuda bir düzenlemenin söz konusu olmamasından dolayı somut olayda yargılanmakta olan sanıklar hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 220. maddesinin uygulanamayacağı

³¹ Yargıtay 8. CD’nin 17.05.2001 tarih ve 8879 Esas, 10780 Karar sayılı kararı için bkz. Ünver, 2001: 28.

³² Yargıtay 8. CD’nin 30.04.2001 tarih ve 4793 Esas, 9868 Karar sayılı kararı için bkz. Ünver, 2001: 30.

³³ Yargıtay 8.CD’nin 22.01.2001 tarih ve 23680 Esas, 1432 Karar sayılı kararı için bkz. Ünver, 2001: 31–33.

³⁴ Alacakaptan, 2004/b: 51.

³⁵ Aynı yöndeki görüş için bakınız: İçel, 2006: 121.

değerlendirmekte ve Yargıtay (8.) Ceza Dairesi'nin kararının doğru olmadığını kanaatini taşımaktayım.

Yürürlükten kalkmış bulunan 4422 sayılı özel Kanun ile fiil tarihinden sonra yürürlüğe girmiş bulunan genel ceza kanununun 220. maddesi arasında bir lehe veya aleyhe tartışması yapmanın da gereği olmadığını düşünmekteyim. Bana göre; 4422 sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldıktan sonra bu kanunun hükümleri uyarınca yargılanan sanıklar hakkında suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesi uygulanmalıdır. Zira 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı 220. maddedir. Fiil tarihinden sonra yürürlüğe giren bir kanun ancak, suçun failinin lehine olması durumunda uygulanabilecektir. Bu nedenle, sanıklara uygulanması gerekli normu belirlemek bakımından lehe-aleyhe kanun karşılaştırması bu iki kanun maddesi arasında yapılmalıdır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinde düzenlenen "cürüm işlemek için teşekkül kurma suçu"nun tam karşılığı kanımca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde öngörülen "*suç işlemek amacıyla örgüt kurma*" suçudur. 765 sayılı TCK'nun 313. maddesinde düzenlenen suç³⁶ ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde öngörülen suç arasında korunan hukuksal değer, fail, suçun maddi ve manevi unsurları açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki hüküm de kamu düzenini korumak amacıyla genel olarak, suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı ve örgüte üye olmayı cezalandırmaktadır. Dolayısıyla her iki düzenleme de genel ve tamamlayıcı nitelikte suçlar öngörmektedir.

İki hüküm arasındaki tek fark, tipe uygun eylemlere uygulanan yaptırım itibariyledir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesi örgüt kurmayı ve örgüte üye olmayı bir yıldan iki yıla kadar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi örgüt kurmayı iki yıldan altı yıla kadar, buna karşılık örgüte üye olmayı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmaktadır. Örgüt yöneticisi olmak, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinde suçun ağırlatıcı nedeni olarak öngörüldüğünden, bir yıldan iki yıla kadar olan cezanın üçte birinden yarıya kadar arttırılması söz konusudur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi ise örgüt yöneticisi olmayı suçun ağırlatıcı nedeni olarak düzenlememiştir.

Her iki düzenlemeyi karşılaştırdığımızda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesindeki düzenlenmenin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesindeki düzenlemeye kıyasla daha lehe olduğu ortadadır. Öncelikle her iki hükmün cezalarını karşılaştırdığımızda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinde öngörülen cezalar daha hafiftir. Bunun dışında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesine göre

³⁶ 765 sayılı TCK'nun 313. maddesinin özellikleri hakkında bakınız: Alacakaptan, 2004/b: 56.

örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişiler ile örgüt adına bilerek ve isteyerek yardım eden kişiler örgüt üyesi olarak cezalandırılmaktadır³⁷. Örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı da cezalandırılma söz konusudur.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesine göre ise örgüt yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan sorumlulukları söz konusu değildir³⁸. Örgüte yardım, örgüt üyeliği ile eş değerde görülerek aynı şekilde cezalandırılmamıştır. Örgüte yardım, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde daha hafif yaptırımla cezalandırılan başka bir suç olarak öngörülmüştür. Örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hali ise 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinin 5. fıkrasına göre bu durumda verilecek cezaların toplamı en ağır cezayı gerektiren fiilin cezanın azami haddini geçemez. Diğer bir deyişle, gerçek birleşme kuralları uygulanırsa bile, bu durumda verilecek cezaların toplamı en ağır cezayı gerektiren suçun cezasını aşamayacağından pratikte sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumluluk söz konusudur.

313. maddedeki suçun dava zamanaşımı süresi suçun basit hali bakımından 5 yıl, 3. fıkradaki nitelikli hal bakımından ise 10 yıldır. 220. maddede düzenlenmiş olan suçun dava zamanaşımı süresi birinci fıkradaki basit hali ve 3. fıkradaki nitelikli hal bakımından 15 yıldır. Bu değerlendirmeden de anlaşılmaktadır ki; 313. madde yaptırımında olduğu gibi dava zamanaşımı süreleri bakımından da lehedir.

Görüldüğü gibi, genel anlamda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, özel olarak da bu kanunun 313. maddesi lehedir, bu nedenle sanıklar hakkında uygulanabilecek tek hükümdür. Ortaya koymaya çalıştığım tüm bu gerekçelerden dolayı, görevsizlik kararı veren İstanbul (1.) DGM'nin, bu kararı onaylayan Yargıtay (5.) Ceza Dairesi'nin kararları ve İstanbul (2.) Ağır Ceza Mahkemesi'nin bu yöndeki ilk kararı yerindedir.

B) Dava Zamanaşımı Süresinin Dolup Dolmadığının Tespiti

Sanıklar hakkında uygulanacak hüküm 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesi olup, fiil tarihi itibarıyla somut olayda dava zamanaşımı süresi de dolmuş bulunmaktadır. Sanıklar hakkında uygulanabilecek olan 313. maddenin yaptırımı 5 yıl hapis cezasıdır. Yaptırımın 5 yıl olduğu durumlarda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/4. maddesi uyarınca dava zamanaşımı süresi en az 5 yıl, 104/2. maddenin son cümlesi gereği kesilmelerle birlikte en fazla 7,5 yıl olabilecektir. Somut olayda fiil tarihi "1999 yılı ve öncesi", iddia-tarih tarihi ise 11.01.2000'dir. İncelenen Yargıtay kararının verildiği tarih itibarıyla her halükarda 7,5 yıllık süre geçmiş olup, yargılanmakta olan tüm

³⁷ Alacakaptan, 2004/b: 58-59.

³⁸ Özek, 1998: 204.

sanıklar bakımından dava zamanaşımı süresi dolmuştur. Bu nedenle, somut olayda düşme kararı verilmesi gerekmektedir.

Kanımcı, zamanaşımı süresini yürürlükten kalkmış bulunan 4422 sayılı Kanun'un yaptırımına bakmak suretiyle 10 yıl olarak belirleyen Yargıtay (8.) Ceza Dairesi'nin kararında isabet bulunmamaktadır.

Sonuç olarak; Yargıtay (8.) Ceza Dairesi'nin aksine, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.12.2006 tarih ve 2006/6-328 Esas, 2006/323 Karar sayılı;

*“Ceza Hukukumuzda hâkim olan genel prensip, suç tarihinde yürürlükte olan ceza yasasının uygulanmasıdır. Ancak gerek 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 2/2. gerek 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 7/2. maddesinde bu genel prensibe istisna getirilmiş ve suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasaların hükümlerinin farklı olması halinde, failin lehine olanın uygulanması kabul edilmiştir”*³⁹ şeklindeki kararı ile de vurguladığı gibi sanıklar hakkında lehe olan hükmün yani 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesinin tüm sonuçlarıyla birlikte uygulanması gerektiğini düşünmekteyim.

C) Diğer Sorunlara İlişkin Değerlendirme

Konumuzla doğrudan bağlantılı olan 5237 sayılı TCK'nun 7/2. maddesinde; *“...fiil tarihinde yürürlükte olan kanun ile sonradan yürürlüğe girenin farklı olması durumunda, failin lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz olunacağı...”* ifadesi yer almaktadır. Maddedeki düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere; lehe kanunun uygulanması, yani hüküm ve sonuçlarının etkisi, kendisini soruşturma, kovuşturma hatta infaz aşamasında dahi gösterecektir. Lehe kanun fiili suç olmaktan çıkarılabileceği gibi, suç olmaktan çıkarmamakla beraber fail lehine çeşitli düzenlemeleri de bünyesinde barındırabilir.

Fiili suç olmaktan çıkaran lehe kanunun, soruşturma aşamasında yürürlüğe girmesi durumunda Savcılık Makamı tarafından soruşturmaya derhal son verilmelidir. Kovuşturma (duruşma) aşamasında yürürlüğe girmesi durumunda ise, Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında zikrettiği şekilde beraat kararı verilmelidir. Yargıtay'ın temyiz incelemesi esnasında yürürlüğe girmesi durumunda ise karar ıslah edilmelidir. Yeni kanun, fiili suç olmaktan çıkarmamakta sadece lehe düzenlemeler içermekteyse mahkeme tarafından doğrudan yeni kanun maddesinin uygulanması, Yargıtay aşamasında ise kararın bozulması gerekmektedir⁴⁰.

³⁹ Söz konusu karar için bakınız: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 25.04.2008.

⁴⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2007: 194-196; Katoğlu, 2008: 173-174.

Son olarak, bazı yazarların⁴¹ iddiasının aksine hakkındaki hüküm kesinleşmiş olsa bile ilgili kanunda lehe bir düzenlemenin yapılmış olması durumunda, hükümlü hakkında lehe olan yeni kanun maddesi uygulanmalıdır. İnfaz aşamasında yeni kanun maddesi ile eylem suç olmaktan çıkarılmış veya suçun cezasında indirimle gidilmiş olabilir. Tüm bunlardan infaz aşamasındaki hükümlü de yararlanacaktır⁴².

Aynı konuya ilişkin daha net bir düzenlemeye 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98/1. maddesinde yer verildiği görülmektedir. Buna göre; infaz aşamasındaki lehe düzenlemenin hükümlü hakkında uygulanması ile ilgili olarak (mahkûmiyet hükmünün yorumu, çektirilecek cezanın hesabı, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilmemesi vs.) bir tereddüdün oluşması halinde hükmü veren mahkemeye başvurmak suretiyle tereddüde düşülen konuya ilişkin yeni bir karar verilmesi talep edilebilir⁴³.

Buna karşılık, sonraki kanun lehe olsa dahi ceza hukuku dışında kalan hukuksal sonuçların (örneğin medeni hukuka ilişkin etkilerin) kendiliğinden ortadan kalkması mümkün değildir⁴⁴.

⁴¹ Yeni kanun maddesinin infaz aşamasında hükümlü lehine herhangi bir etki doğurmaması gerektiği konusundaki görüş için bakınız: İçel-Donay, 2006: 105–106.

⁴² Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2007: 194–195; Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 102; Katoğlu, 2008: 176 vd.

⁴³ Kimi yazarlara göre maddedeki edilebilir ifadesine rağmen esasında yeni kanun maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak yetkili mahkemeden karar alınması daha doğru bir yaklaşım tarzı olacaktır. Bakınız: Demirbaş, 2007: 127.

⁴⁴ Centel-Zafer-Çakmut, 2006: 101; İçel-Donay, 2006: 107; Katoğlu, 2008: 177–178.

Kaynakça

- Alacakaptan U., (2004/a), "Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 32, İstanbul, s. 25-44.
- Alacakaptan U., (2004/b), "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 32, İstanbul, s. 45-60.
- Artuk M. E.-Gökçen A.-Yenidünya C., (2007), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Turhan.
- Centel N.-Zafer H.-Çakmut Ö., (2006), Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Baskı, İstanbul, Beta.
- Demirbaş T., (2007), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Donay S., (2007), Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta.
- Evik V. S., (2004), Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul, Beta.
- İçel K., (2006), "Organize Hayali İhracat Eylemlerinin Yasal Gelişmeler Kapsamında Değerlendirilmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Özel Sayısı, Yıl: 5, Sayı: 10, Güz 2006, s. 115-122.
- İçel K.-Donay S., (2006), Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap, 5. Baskı, İstanbul, Beta.
- İçel K.-Evik A. H., (2007), İçel Ceza Hukuku-Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul, Beta.
- Katoğlu T., (2008), Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara, Seçkin.
- Özbek V. Ö., (2006), Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (TCK İzmir Şerhi), 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özek Ç., (1998), "Organize Suç", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 716, İstanbul, Beta.
- Özgenç İ., (2006), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin.
- Ünver, M. N., (2001), Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Ankara, Turhan.

Ceza Hukukunun Dönüşümü
(Transformation of Criminal Law)

R. Barış ERMAN*

Özet: Ceza hukuku, yakın dönemde esaslı bir dönüşümden geçmektedir. Bu dönüşümün karakteristik özellikleri, cezalandırma alanının genişlemesi, hukuk devleti güvencelerinin zayıflaması ve fail ceza hukukuna dönüş olarak gösterilmektedir. Çalışmamızda düşman ceza hukuku ve diğer bazı adlarla anılan bu yeni yapının nitelikleri, teori ve uygulamadaki görünümüleri ve sonuçları üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Düşman ceza hukuku, suç politikası, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, fail ceza hukuku, örgüt suçları

Abstract: *Criminal law has changed considerably in the recent period. This transformation can mainly be described as the expansion of penalization, the weakening of the securities of rule of law and a come-back to offender's criminal law. This study will evaluate this new structure, which may be called, among others, criminal law of enemy, and examine its theory and its application.*

Keywords: *Criminal law of the enemy, crime policy, penalization of preparatory actions, offender's criminal law, organization crimes*

Giriş

Bütün hukuk dalları gibi ceza hukuku, yıllar ve yüzyıllar içinde sabit kalması mümkün bulunmayan, sürekli değişen ve topluma kendisini adapte eden normatif bir yapıdır. Ancak, bu hukuk dalında son dönemde gözlenen eğilimi, basit bir "değişiklik" olarak adlandırmak mümkün görünmemektedir. Ceza hukukunun amacından temel kavramlarına, sorumluluğun esaslarından yaptırımlarına kadar çok çeşitli alanlarda bir farklılaşma, yeni bir

* Yrd. Doç. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: baris.erman@yeditepe.edu.tr

yapının oluşumu tespit edilebilmektedir. Bu yeni oluşumu ifade edebilmek amacıyla, çalışmamıza "Ceza Hukukunun Dönüşümü" başlığını vermiş bulunuyoruz.

Armağan Sahibi Sayın *Yarsuvat*'m da birçok vesile ile üzerinde durduğu bu dönüşüm, 1980'lerden başlayarak günümüze kadar uzanan bir çizgiyi ifade etmektedir¹. Bu çizgide ceza hukukunun hümanist cephesi törpülenmiş ve cezalar ağırlaştırılmış, özellikle de 11 Eylül 2001 tarihinde New York kentinde gerçekleşen saldırılar neticesinde otoriter eğilim ceza hukuklarına yerleşmiştir.

Bu otoriter eğilim, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, hukuk devleti güvencelerinin ortadan kaldırılması, ölçüsüz cezaların ve yaptırımların kabulü ve giderek fiil ceza hukuku esaslarının terk edilerek fail ceza hukukuna yaklaşılması sonucunu doğurmuştur.

Doktrinde bu eğilimler açıklanmaya çalışılmış, ceza hukukunun da bu açıklamalar ışığında yeniden adlandırılmasına girilmiştir.

Biz bu çalışmamızda, ceza hukukundaki bu dönüşümün hukuk öğreti ve uygulamasında yarattığı çalkantıyı ve ortaya çıkardığı yeni sorumluluk türlerini ele almaya çalışacağız.

İfade edilmelidir ki, ceza hukukundaki dönüşümün belki de en çarpıcı kısmı, maddi ceza hukuku alanında değil, ceza muhakemesi hukuku alanında görülmektedir. Ceza muhakemesi, belirli suçlarla mücadele bakımından ikiye bölünmüş, şizoid bir yapıya kavuşmuştur. Dahası, bu ikili yapı, olağanüstü dönemde ortaya çıkmasına rağmen giderek olağan dönemde yuvalanmış, özel muhakeme tedbirleri genele yayılmıştır. Bunun yanında, usuli güvenceler, savunma hakkı ve masumiyet karinesi başta olmak üzere zayıflatılmıştır. Yine, ceza muhakemesinde önleyici tedbirler ön plana çıkmış, ceza muhakemesi alanının polisive ve istihbari faaliyetle arasında bulunan sınırlar belirsizleşmiştir.

Ceza hukukundaki dönüşümün, ceza muhakemesi ile iç içe ve birbirini tamamlayan şekilde gerçekleştiğini kabul etmekle birlikte, buradaki incelememizin sınırlarını zorlayacağından, aşağıda yalnızca maddi ceza hukukundaki dönüşümü incelemekle yetineceğiz ve ancak doğrudan maddi ceza hukukunu ilgilendirdiği ölçüde muhakeme hukukuna değineceğiz. Ceza muhakemesinin dönüşümü ise, ayrı bir çalışmanın başlığını oluşturacaktır.

¹ Bkz. Yarsuvat, Duygun, "Türk Ceza Hukuku Siyaseti", Şubat 2010'da Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'i anma gününde yapılan konuşma metni, (çevrimiçi), <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article3.pdf> (son erişim tarihi: 11 Temmuz 2012)

I. Ceza Hukukunun Yeni Adları

A. Genel Olarak

Ceza hukukunda yakın dönemde yaşanan hızlı dönüşüm, ceza hukuku doktrininde bir tanımlama çabasını da beraberinde getirmiştir. Ceza hukukunun amacı, sorumluluğun esasları ve suç tiplerinde yaşanan değişikliklerde ortak özellikler tespit eden çeşitli yazarlar, bunları yorumlarken farklı yönlerini ön plana çıkartmışlar ve bunun sonucunda farklı kavramlara ulaşmışlardır.

İfade edilmelidir ki, söz konusu kavramlar çoğu zaman kısmen veya tamamen örtüşmekle birlikte, dönüşümün belirleyici özelliği olarak vurguladıkları temel noktada farklılıklar göze çarpmaktadır. Kimi zaman, bazı terimlerin gerçekte aynı kavramı ifade ettiği iddia edilmekte, bazen de bu iddialara karşı çakılmaktadır.

Kanaatimizce, söz konusu adlandırma çabalarının, karanlıktaki bir fili tarif etmeye benzediği söylenebilir. Her bir yazar, aynı ve tek bir olguyu farklı açılardan incelemekte, bundan kendi hukuk anlayışına yakın çıkarımlarda bulunmaya çalışmaktadır. Bunun için de, "ceza hukuku" terimini değişik isim tamlamaları ile bütünlendirerek, yeni kavramlar ortaya atmaktadır.

Aşağıda, söz konusu adlandırma çabaları, ortaya atılan kavramlar arasındaki benzerlik ve ayrılıklar dikkate alınarak incelenmektedir. Günümüz kanun koyuculuk faaliyetinde ve hukuk uygulamalarında bunlardan her birinin öne çıkarttığı özelliklerin saptanabileceği, çoğunlukla da her bir bakış açısına ait karma bir görünümün belireceği unutulmamalıdır. Bu nedenle, söz konusu kavramların birbirinin alternatifi olarak değil, daha çok bütünlencisi olarak görülmesi gerektiği söylenebilir.

B. Dönüşen Ceza Hukukunu Adlandırma Girişimleri

1. Düşman Ceza Hukuku

a) *Jakobs* ve "düşman ceza hukuku" doktrini

Düşman ceza hukuku terimi, ilk kez *Jakobs* tarafından 1985 yılında ortaya atılmış ve ceza hukuku öğretilerine girmiştir. Bununla birlikte bu kavram, ancak 11 Eylül sonrası ceza hukuku alanında gerçekleşen dönüşüm ile beraber teori ve uygulamada yaygın bir biçimde tartışılmaya başlamıştır.

Jakobs'a göre, geleneksel ve "eski liberal" ceza hukuku, bir yandan kişi hak ve özgürlükleri alanını korumakta, diğer yandan ise bazı kişilerin topluma karşı özel bir tehlike hali içinde bulunmasından hareketle bu kişilerin en mahrem özgürlüklerini dahi ellerinden alarak hukuksal değerleri korumaya çalışmaktadır. İşte bu tehlikeli kişiler, hukuk sistemi tarafından bir "vatandaş" değil, bilakis bir "düşman" olarak görülmekte ve bu kişilere karşı temel hakların aşırı ölçüde sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbir ve yaptırımlar kabul edilmektedir. *Jakobs*, düşman ceza hukuku uygulamasına örnek

olarak, Alman Ceza Hukukunda iştirak öncesi alanda hazırlık hareketlerinin cezalandırılması sonucunu doğuran normları ve özellikle suç örgütlerine ve terörist örgütlere karşı mücadele kapsamında kabul edilen özel normları işaret etmektedir².

Jakobs, söz konusu tebliğinde düşman ceza hukukunu doğrudan savunan bir tavırdan kaçınmakla birlikte, bu gibi uygulamaların olağanüstü durumlarda devletin kendisini savunması bakımından bir gereklilik olabileceğini belirtmiştir. Buna göre, “devletin çıkarı gerektirdiğinde kendisini ilkelere bağlı saymaması gerektiğini söylemek (...) istemiyorum. Bu ilkeler, özgürlükçü devlet için temel kuran niteliktedir; bu ilkelere bağlılığı ortadan kaldıranın, bedelini ödemesi gerekir. Yani düşman ceza hukukunun varlığı, özgürlükçü devletin kuvvetinin bir göstergesi değil, özgürlükçü devletin hiç var olmadığını bir göstergesidir”³.

Sonraki makalelerinde *Jakobs*, giderek düşman ceza hukuku uygulamalarını savunan bir dil kullanmaya başlamıştır. Buna göre, düşman ceza hukukunun özelliklerinden biri, bakışını gelecekteki fiillere yöneltmesi ve bu nedenle toplumun tehlikeli failden koruma amacını gütmesi nedeniyle, failin kişi olmaktan çıkarılması sonucunu öngörmesidir. *Jakobs* bunu vatan hainleri, teröristler ve “hukuk düzeninin diğer ilkesel düşmanları” bakımından uygun bir sonuç olarak değerlendirmekle birlikte, bu gibi tedbirlerin her türlü suç hazırlığı alanına genişletilmemesi gerektiğini vurgular⁴.

Jakobs'a göre, düşman ile vatandaş arasındaki fark, suç işleyen vatandaşın da, hukuka uygun davranmayı seçen kişi olarak davranmayı genel olarak kabul etmiş olması koşuluyla, bazı haklardan yararlandırılmasıdır. “Düşman” ise, hukukun dışında bir kişidir ve “düşmana karşı fiziksel güç kullanımı, savaşa varıncaya kadar geçerlidir”⁵. Vatandaşın fiilini dışa vurması beklenerek, toplumun normatif yapısını teyit etmek amacıyla tepkide bulunulurken, düşmana çok daha geride, ön alanda müdahale edilerek, tehlikeliliği nedeniyle ona karşı mücadele edilir⁶.

Düşman ceza hukuku tedbirlerinin vatandaş ceza hukuku görüntüsü altında genel normların içine yerleştirilmesini bir tehlike olarak gören *Jakobs*, bu gibi düzenlemelerin ancak olağanüstü dönem normu olarak görü-

² Jakobs, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, ZStW 97 (1985), s. 756.

³ Jakobs, “Kriminalisierung...” s. 783.

⁴ Jakobs, Günther, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Schöningh Verlag, Paderborn, 2004, s. 45-46.

⁵ Jakobs, Günther, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, HRRS 3/2004, s. 90. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku” (çev. Cemil Ozansü), İçel, Kayhan /Ünver, Yener (der.) Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara 2008, s. 489 vd.

⁶ Jakobs, “Bürgerstrafrecht...”, s. 92.

lebileceklerini ve bunların vatandaş ceza hukukunu “zehirlememeleri” için, iki alanın birbirinden kesin çizgilerle ayrılması gerektiğini savunmuştur. *Jakobs*, bir hukuk devletinin bu koşullarla “teröre karşı savaş” yürütebileceğini iddia etmiştir⁷.

Sonraki bir makalesinde yeniden daha yumuşak ve uzlaşmacı bir yaklaşım sergileyen *Jakobs*, bu kez, düşman ceza hukukunun sınırsız yok etmeye özgülenmiş kurallar bütünü değil, akılcı bir biçimde yönetilen bir hukuk devletinde, bilinçli olarak istisnai biçimde kullanılan, yani devamlılık arz etmeyen bir son çare olduğunu vurgulamaktadır⁸. Yine, bu konudaki saptamalarının olan hukuk bakımından geçerli olduğunu, yoksa herhangi bir suç siyaseti amacı gütmeyeceğini ifade etmektedir⁹.

b) Düşman ceza hukuku uygulamaları

Düşman ceza hukuku kavramı, her ne kadar olması gereken hukuka ilişkin bir düşünce olarak ortaya atılmış olsa da, yakın dönemde bu hukukun artık uygulamaya geçtiğini iddia eden yazarların oram büyük ölçüde artış göstermiştir.

Doktrinde, düşman ceza hukuku uygulamalarının ortak özellikleri, şu şekilde belirlenmektedir:

Failin iç dünyası ile dış dünyası arasında bir ayrım gözetmeksizin, hukuksal değerlerin etkili bir biçimde korunabilmesi uğruna, failin iç dünyasına ilişkin öğeler de ceza sorumluluğunun tespitinde dikkate alınır¹⁰. Bir başka deyişle, fiil değil, fail cezalandırılır. Bu durum, soyut tehlike suçlarına ve hazırlık hareketlerinin yalnızca failin tavrına dayalı olarak cezalandırılmasına yol açmaktadır¹¹.

Ceza kusur ile orantılı olmayıp, failin tehlikeliliği esas alınarak belirlenmektedir. Hukuksal değerlerin ihlalindeki yoğunluk da (zarar veya zarar tehlikesi) cezanın tayininde tek başına dikkate alınmamakta, failin bu değeri ihlale ne ölçüde hazırlıklı olduğu önem taşımaktadır¹².

⁷ *Jakobs*, Günther, “Terroristen als Personen im Recht?”, *ZStW* 117 (2005), s. 850-851.

⁸ *Jakobs*, Günther, “Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit”, *HRRS* 8-9/2006, s. 294. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. “Düşman Ceza Hukuku? – Hukuklülüğün Şartlarına Dair Bir İnceleme”, *İçel, Kayıhan / Ünver, Yener (der.) Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Seçkin, Ankara 2008, s. 507 vd.

⁹ *Jakobs*, “Feindstrafrecht?...”, s. 297.

¹⁰ *Morguet*, Geraldine Louisa, *Feindstrafrecht – eine kritische Analyse*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 49.

¹¹ *Morguet*, s. 52.

¹² *Morguet*, s. 55.

Suçla mücadele alanında önleyici kanun koyuculuk faaliyetleri söz konusudur. Vatandaşın “düşman” tarafından sürekli tehdit altında bulunması, “düşman”ın en kısa sürede bertaraf edilmesini meşrulaştırmaya yeterli görülmektedir¹³.

Masumiyet karinesi başta olmak üzere, usuli güvenceler ve savunma hakkı askıya alınmaktadır¹⁴.

Karşılaştırmalı hukukta pek çok uygulamanın, “düşman ceza hukuku”nun bir görünümü olarak tanımlandığı görülmektedir

Öncelikle, 11 Eylül saldırılarından sonra ABD’de PATRIOT ACT ile başlayan ve başta Anglo-Amerikan hukuk düzenine tabi ülkeler olmak üzere çeşitli sistemlerde kendisini gösteren terörle mücadele yasalarının düşman ceza hukuku doktrinini yansıttığı iddia edilmiştir. 13 Kasım 2001 tarihinde dönemin ABD Başkanı tarafından yayımlanan bir “askeri emir” ile, ABD tarafından Guantánamo üssünde ve diğer ülkelerde tutulan ve ABD vatandaşı olmayan esirlere, “gayrimeşru muharip” (*unlawful combatant*) adı altında ayrı bir statü verilmiştir.¹⁵ Bu kişiler, gerek adil yargılanma hakkına ve işkence yasağına ilişkin iç hukuk güvencelerinden, gerekse Cenevre Sözleşmeleri uyarınca savaş esiri statüsünün tanıyacağı güvencelerden yoksun kılınarak, askeri komutanlıkların yargı yetkisine tabi kılınmışlardır¹⁶.

Alman hukukunda düzenlenmiş bulunan terör örgütü kurma suçu (Al. CK par. 129a) çerçevesinde, terör örgütüne üye toplama dahil olmak üzere, her türlü yardım faaliyetinin suç olarak düzenlenmesi karşısında, bu suç tipinin de fail ceza hukukuna yaklaşan bir özellik gösterdiği ifade edilmektedir. Yine, ceza soruşturması faaliyetlerine önleyici amaçların yüklenmesi ve bunun sonucunda ceza muhakemesine ilişkin güvencelerin aşındırılması da kısmen bu kapsamda görülmektedir¹⁷.

İtalya’da 23 Mayıs 2008’de “kamu güvenliğine ilişkin acil önlemler” paketi adı altında 2008/92 sayılı kanun hükmünde kararname kabul edilmiş, bunu 23 Şubat 2009 tarihli ve 2009/11 sayılı “kamu güvenliğine ilişkin ve cinsel şiddete karşı acil önlemler ile usuli tedbirler” başlıklı kanun hükmünde kararname ve nihayet 15 Temmuz 2009 tarihli ve 2009/94 sayılı “Kamu

¹³ Morguet, s. 55-56.

¹⁴ Morguet, s. 58.

¹⁵ <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html> (erişim tarihi: 07.04.2012). Ayrıntılı bilgi için bkz. Kraus, Michael, *Rechtsstaatliche Terrorismusbekämpfung durch Straf- und Strafprozessrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2012, s. 177 vd.

¹⁶ Schünemann, Bernd, “Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, Berlin, 2009, s. 13.

¹⁷ Sinn, Arnt, “Moderne Verbrechensverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, Berlin, 2009, s. 224 vd.

Güvenliğine İlişkin Tasarruflar Kanunu” izlemiştir. Son olarak, 12 Kasım 2010 tarihli ve 2010/185 sayılı kanun hükmünde kararname, 17 Aralık 2010 tarihinde kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir. Bu mevzuat, genel olarak “Güvenlik Paketi” (*pacchetto sicurezza*) olarak adlandırılmaktadır¹⁸.

Söz konusu değişikliklerle İtalyan suç politikasında köklü bir dönüşüm kendini göstermiştir. Kamu güvenliği sistemi olarak adlandırılan bu sistem ile kabul edilen ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin yanında ceza muhakemesinden kaynaklanan polisiye ve bastırıcı tedbirler, bu uygulamaların “düşman ceza hukukunun bir görünümü” olarak adlandırılmalarına neden olmuştur¹⁹.

c) Düşman ceza hukuku doktrininin eleştirisi

Düşman ceza hukuku kavramı, öğretide ağır eleştirilerle karşılanmıştır.

İlk olarak, insan onurunun herhangi bir sınır olmaksızın korunması zorunluluğu, düşman ceza hukuku fikri ile bağdaşmayacaktır. Ceza hukukunun görevlerinden biri, toplumsal dirliği sağlamak olduğundan, sapıcı davranışa karşı ölçülü tepki vererek örnek olması gereken kurumların başında ceza hukukunun kendisi gelmektedir²⁰.

İkinci olarak, düşman ceza hukuku diye bir kavramın varlığının tanınmamasının, hukukun genelliği ilkesinin ihlali anlamına geleceği, düşmanca davrandığı şüphesi bulunan kişinin dahi hukuk önünde bir vatandaşa ilişkin bütün hak ve özgürlüklere sahip olması gerektiği, “kişi olmaktan çıkarılmış” bir düşman kavramına hukuk devletinde yer olmadığı savunulmaktadır²¹.

Üçüncü bir eleştiri, düşman ceza hukuku anlayışının, vatandaşın vatandaşlığını ispat etmesi ve kişi özelliği kazanabilmesi için kendisine sorumluluk yüklediği ve bu nedenle de ceza hukukunda totaliter bir akımı temsil ettiği yönünden getirilmektedir²². Bu totaliter yaklaşım, söylemini faile yüklenen bazı özelliklere dayandırmakta ve fiile ilişkin herhangi bir dayanak noktası içermediğinden, fail ceza hukukunun bir görünümü olarak değerlendirilmektedir²³.

¹⁸ Söz konusu tedbirlere aşağıda ayrıca değinilecektir.

¹⁹ Fiandaca, Giovanni, “Feindstrafrecht. Eine Theorie, die vermieden werden muss, eine Realität, die nicht beseitigt werden kann”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 31.

²⁰ Kindhäuser, Urs, “Schuld und Strafe”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 83.

²¹ Schünemann, s. 19.

²² Saliger, Frank, “Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 217.

²³ Kraus, s. 159-160; Marzahn, Thomas, Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats? Berlin, 2011, s. 110.

Düşman ceza hukukunu bir “ötekileştirme aracı” olarak gören diğer bir eleştiri de, düşman ceza hukuku doktrininin uygulamada herhangi bir düşmanı bertaraf etme düşüncesinin bir dayanağı olarak görülmesi ve bunun hukuksuzluklara meşruiyet kazandırma amacıyla kullanılması tehlikesine işaret etmektedir²⁴.

Sonuç olarak denilebilir ki, liberal ceza hukuku teorisyenleri başta olmak üzere, hukuk öğretisinin büyük çoğunluğu “düşman ceza hukuku” kavramını reddetmekte ve bu kavram çerçevesinde geliştirilen olağanüstü tedbir, yaptırım ve kuralları eleştirmektedir.

2. Mücadele Ceza Hukuku

Dönüşen ceza hukukunu adlandırmak için kullanılan bir diğer kavram, “mücadele ceza hukuku”dur (*Diritto penale di lotta, Bekämpfungstrafrecht*). Buradaki “mücadele” terimi, somut toplumsal olgularla ilgili özel ceza kanunları çıkarılması ve ceza hukukunun bu gibi olgularla mücadelenin bir aracı olarak görülmesine atfen kullanılmaktadır. Gerçekten, 1990'lardan bu yana, Almanya, İtalya, Fransa ve Türkiye’de örnekleri görülen pek çok özel ceza kanunu, belirli bir olgu ile “mücadele” başlığını taşımaktadır²⁵. Bu durum, kimi yazarlarca devletin ceza hukukunu bir mücadele aracı, yani bir silah olarak gördüğü ve bunun düşman ceza hukuku ile aynı şeyi ifade ettiği şeklinde yorumlanmaktadır.²⁶

Buna karşılık, “mücadele ceza hukuku” kavramını ortaya atan *Donini*, bunun düşman ceza hukukundan farklı olarak Avrupa hukuku normlarıyla getirilmiş, gündelik hayatta kendisini gösteren ve mevcut bir hukuk alanı olduğunu, ancak kısmen sakıncalı bulunabilecek bu alanın düşman ceza hukuku ile yakından ilişkili bulunduğunu ifade etmektedir²⁷. *Donini*’ye göre, “mücadele ceza hukuku”, düşman ceza hukuku kisvesi altında tartışılmakta olan gerçekliğin karanlık ve daha sorunlu bir yüzünü temsil etmekte ve Avrupa kurumlarının hukuk devleti güvencelerine doğrudan bir saldırısından kaynaklanmaktadır²⁸.

²⁴ Tepe, İlker, “Bir ‘Ötekileştirme’ Aracı Olarak Ceza Hukuku Ya Da Hukuk Toplumunun Düşmanları Üzerine”, *Esas Hukuk Dergisi*, (çevrimiçi) <http://www.esashukuk.org/Makale.aspx?KatId=9&id=47> (son erişim tarihi: 11 Temmuz 2012)

²⁵ Türkiye’de Terörle Mücadele Kanunu ile Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Fransa’da 2 Aralık 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, İtalya’da Mafya ile Mücadele Kanunu gibi örnekler gösterilebilir.

²⁶ Bkz. Cavaliere, Antonio, “Feindstrafrecht” und “Bekämpfungstrafrecht”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, Berlin, 2009, s. 333 ve burada yer alan atıflar; Vormbaum, Thomas, “Das Feindstrafrecht und seine Kritik”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, Berlin, 2009, s. XL.

²⁷ Bkz. Donini, Massimo, “Bekämpfungstrafrecht”, (Almanca’ya çeviren: Vormbaum, Thomas); Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, Berlin, 2009, s. 290, 291.

²⁸ Donini, s. 280.

Gerçekten, Avrupa Birliği'nin ve Avrupa Konseyi'nin pek çok hukuk metni, belirli bir olgu ile "mücadele" başlığını taşımaktadır. Buna örnek olarak, Avrupa Konseyi Kadınlara Karşı Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bununla Mücadele Edilmesi Sözleşmesi, Avrupa Birliği'nin İnsan Ticareti ile Mücadele Eylem Planı, Avrupa Konseyi Terörizmle Mücadele Çerçeve Kararı ve ceza hukukunu ilgilendiren diğer pek çok hukuk metni gösterilebilir²⁹. "Mahkemeler de dahil olmak üzere, kamusal makamları kolektif bir ödev ile, mücadeleye çağıran bu hukuk teriminin kullanılmasının yarattığı atmosfer, Avrupa Birliği'nin 'ceza adaleti'nin bütün alanlarına yayılmaktadır: Topluluk menfaatleri aleyhine dolandırıcılıktan çocuk pornografisine, kara paranın aklanmasından ırkçılığa, insan ticaretinden uyuşturucu ticaretine ve ekonomik suçluluğa, göçmen suçlarından uluslararası terörizme kadar"³⁰.

Bununla birlikte ifade edilmelidir ki, başlığında "mücadele" terimi geçen veya belirli bir olgu ile mücadele bakış açısı ile hazırlanan hukuk metinleri, yalnızca Avrupa Birliği veya Avrupa Konseyi ile sınırlı olmayıp, Birleşmiş Milletlerin, OECD'nin ve diğer bölgesel örgütlerin hazırladığı sözleşmelerde de bu yöntemin izlendiği görülmektedir³¹.

Benzer bir görüşteki *Mir Puig'e* göre de, son dönemde Avrupa Birliği ülkelerinde geçerli olan *neoliberal* akım, suç politikası ile ceza hukuku alanında ağır sonuçlar doğurmaktadır. Bu yeni neoliberalizm, liberalizm ile sınırlı suç politikası arasındaki geleneksel ilişkiyi terk etmekte ve bariz bir biçimde yayılmacı bir suç politikası ile bağdaşır hale gelmektedir. Bu suç politikası, ceza hadlerini artırmakta ve bazı suçlar bakımından özgürlüğü bağlayıcı cezaların başka yaptırımlara dönüştürülmesini engelleyen özel hükümler getirmektedir. Herkes bakımından geçerli olan ve herkese eşit hak ve yükümlülükler tanıyan *tek vatandaşlık görüşü* bir kenara bırakılmaktadır. Suçlular, devletin müdahale alanının sınırlı bulunduğu vatandaşlar arasında görülmemektedir. Ceza adaleti, şüpheli ve sanık haklarının korunmasına yönelik bir sistem olmaktan çıkarak, suçluya karşı mücadelenin ve mağdurların korunmasının bir aracına dönüşmektedir³².

Bu bakış açısında, ceza normu, kendisi haricinde yer alan hedeflere erişmeyi sağlayan bir araç olduğu kadar, erişilmek istenen hedef de zararlı veya tehlikeli bir "olgu" karşısında elde edilmesi umulan bir "zafer" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun sonucunda, ceza hukuku normlarının muhatabı,

²⁹ Benzer örnekler için bkz. Donini, s. 282-283.

³⁰ Donini, s. 286.

³¹ Basit örnekler olarak, Birleşmiş Milletler Sınırşan Örgütlü Suça Karşı Sözleşme (7'nci maddesi "kara paranın aklanması ile mücadele önlemleri" başlığını taşımaktadır) ile OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi gösterilebilir.

³² Mir Puig, Santiago, "Constitución, Derecho Penal y Globalización", Mir Puig, Santiago / Corcoy Bidasolo (Ed.), Nuevas Tendencias en Política Criminal, Montevideo, 2006, s. 120-121.

onları uygulayacak olan polis, savcılık ve mahkeme gibi kamusal organlardır. Fiili, zararlı veya tehlikeli olguyu görünür kılmaktan ibaret bulunan fail ise, bastırıcı tepkinin nesnesi olan “rakip” olarak görülmektedir³³.

Mücadele ceza hukukunun en önemli etkilerinden biri, muhakeme alanında kendisini göstermektedir. Bir “mücadele aracı”nm uygulayıcısı olan hakimin, artık iddia ve savunma diyalektiği karşısında tarafsız bir rol üstlenmesi beklenemeyecektir. Belirli bir olguya karşı yürütülen mücadelenin temsilcisi olan savcı ile, mücadele edilen olguyu temsil eden savunma karşısında, hakimin bir yandan mücadele programını aktif olarak ve “sadakatle” icra eden bir hüviyet üstlenirken, diğer yandan ise tarafsız kalmasının, psikolojik ve mantıksal olarak da imkansız bulunduğu ifade edilmektedir³⁴.

3. Risk Ceza Hukuku veya Tehlikelilik Ceza Hukuku

a) Risk Toplumunda Ceza Hukuku

Günümüz toplumunun ayırt edici özelliklerinden biri, giderek büyüyen ve küreselleşen toplum karşısında yalnızlaşan bireyin, kendisini tehdit altında hissetmesi ve bu tehdidi bertaraf edebilmek için yapay bir güvenlik düşüncesine sarılmasıdır. Bu durum, ilk olarak *Ulrich Beck* tarafından tanımlanan, sonrasında ise küresel kabul gören “risk toplumu” anlayışının bir sonucudur.

Beck'in ifadesi ile sınıf toplumunu ve ulus-devleti dönüştüren ve ortadan kaldıran bir kavram olan “risk toplumu”, mağdurları evrensel risk pozisyonlarında birleştiren, farklı çıkar çatışmaları ile karşı karşıya gelen grupları medeniyetin giderek artan riski karşısında eşitleyen yeni bir oluşumdur. Bu durum sınırları, ekonomik blokları ve ulus-devletleri parçalayan küresel bir güç ortaya çıkarmaktadır³⁵. Sınıf toplumundan farklı olarak, risk toplumunun önceliği “eşitlik” değil, “güvenlik”tir ve “eşitsiz” toplumun değerler sistemi, yerini “güvensiz” toplumun değerler sistemine bırakmıştır. Eşitlik ütopyası toplumsal değişime yönelik olumlu hedefler gözetirken, risk toplumu olumsuz ve savunmacı bir tavır sergilemektedir. Artık hedeflenen iyi bir şeyi elde etmek değil, en kötüden kaçınmaktır. *Beck*'e göre, risk toplumunun nihai hedefi *kendi kendini sınırlamaktır*³⁶.

“Risk toplumu” fikrinin isim babası olan *Beck*, ceza hukukunda bununla paralel bir dönüşümü de kaçınılmaz görmektedir. Buna göre, ceza hukukunun modern toplumdaki risklerle mücadele edebilmek için daha esnek ve daha etkili bir hale gelmesi gerekmektedir³⁷. Aynı doğrultuda, postmodern

³³ Donini, s. 285.

³⁴ Donini, s. 308.

³⁵ Beck, Ulrich, Risk Society – Towards a New Modernity (İngilizceye çev. Mark Ritter), Sage, London, 1992, s. 45.

³⁶ Beck, Risk Society, s. 49.

³⁷ Beck, Ulrich, Gegengifte: Die organisierte Unverantwortlichkeit, Suhrkamp,

toplumun yarattığı potansiyel anlamda yıkıcı ve tehlikeli araçların (örnek olarak gen teknolojilerinin) olası sonuçları hakkında pek az şeyin bilindiği, bu olası tehlikelerin bertaraf edilebilmesi için ceza hukuku araçlarına ihtiyaç bulunduğu, ancak buna Anayasal çerçevede ve hukuksal değerlerin korunması amacına hizmet etme düşüncesi ile sınırlı olarak izin verilmesi gerektiği de ifade edilmektedir³⁸.

Bunun karşısında ise, Alman ceza hukuku öğretisinde klasik görüşü savunan Frankfurt okulu tarafından ise, risk toplumunun güvenlik ihtiyacına cevap olarak ceza hukuku güvencelerinden vazgeçilmesi düşüncesi eleştirilmiş ve eleştirel bir yaklaşımla "risk ceza hukuku" (*Risikostrafrecht*) kavramı ortaya atılmıştır³⁹. Risk ceza hukukunun, liberalizmden ayrıldığı ve güvenlik kisvesi altında insan haklarına her türlü ölçünün ötesinde müdahale ettiği iddia edilmiş ve bu yaklaşım sert bir biçimde eleştirilmiştir⁴⁰.

İfade edilmelidir ki, "risk ceza hukuku" terimi, ceza hukukundaki kast veya isnadiyet gibi kavramların riskin yaratılması veya azaltılması ölçütleri ile açıklanması veya "izin verilen risk" kavramının suç teorisine yerleşmesi gibi gelişmelerden çok, toplumdaki risk algısının suç politikası aracılığıyla yönetilmesini ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır⁴¹.

Bu eleştirel bakış açısına göre, riskli davranışları önleme amacını ön plana çıkararak risk ceza hukuku işlevleşmekte, şekilci niteliğini yitirerek kanunilik, şahsılık, belirlilik gibi geleneksel güvencelerden ayrılmaktadır. Öncelikli amacı, kusur ile orantılı yaptırım değil, riskin en etkili biçimde bertaraf edilmesidir. Bu nedenle de, neticeyi önemsememekte, soyut tehlike suçlarının sayısını artırmakta, ceza hukukunun son çare (*ultima ratio*) olma özelliği bir kenara bırakılmaktadır⁴². Yeni nesil soyut tehlike suçları da, kişilere ilişkin hukuksal değerleri değil, topluma veya devlete ilişkin hukuksal değerleri koruyan suç tipleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hukuksal değerler de genellikle çok muğlak ve geniş ifadelerle tanımlanmaktadır⁴³.

Frankfurt okulunun risk ceza hukukuna ilişkin ikinci eleştirisi ise, "sem-

Frankfurt a.M., 1988, s. 11.

³⁸ Bu görüşte: Reus, Katharina, *Das Recht in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, s. 76.

³⁹ Kavram için bkz. Prittwitz, Cornelius, *Strafrecht als Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1993, tüm eser.

⁴⁰ Bkz. Reus, s. 72 ve özellikle dn. 297'deki atıflar.

⁴¹ Bkz. Prittwitz, Cornelius, "Feindstrafrecht' als Konsequenz des 'Risikostrafrechts'", Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, Berlin, 2009, s. 174.

⁴² Bkz. Reus, s. 73-74.

⁴³ Hassemer, Winfried, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ* 1989, s. 557.

bolik ceza hukuku” yaratılmasıdır. Buna göre, iç politikada kriz karşısında toplumun güvenlik ihtiyacını karşılamaya yönelik kanun koyucu, gerçekte herhangi bir önleyici işlev görmesi beklenemeyecek olan suç tiplerini düzenlemekte, bunların kendi imajına olumlu etkide bulunmasını ve aynı zamanda toplumun risk algısını yönetmeyi amaçlamaktadır. Bu şekilde getirilen cezai düzenlemeler, gerçek anlamda hukuksal değeri korumaya yönelmemekte, ancak sembolik bir anlam ifade etmektedir⁴⁴.

Benzer bir görüşe göre, risk algısının yönetimini sağlama amacıyla kullanılan ceza hukuku, aynı zamanda riskin yaratılmasına da hizmet edecek şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Bir başka deyişle, artık belirli davranışlar toplumsal anlamda uygunsuz görüldükleri için değil, uygunsuz görülmeleri amacıyla suç haline getirilmektedir⁴⁵.

b) Tehlikelilik Ceza Hukuku

Risk toplumunun güvenlik ihtiyacına cevap olarak geliştirilen ceza hukuku araçları, risk ceza hukuku haricinde, “tehlikelilik hukuku”⁴⁶ (*endanger criminal law, Gefährdungstrafrecht*) olarak da adlandırılmıştır. Ancak bu kez, ceza hukukuna yüklenen önleyici görevler ön plana çıkarılmaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken nokta, somut bir biçimde ölçülebilir bir kavram olan “tehlike” kavramının, çağdaş toplumda yerini “risk” düşüncesine bırakmasıdır. “Tehlike”den farklı olarak “risk”, belirli bir kaynağın ortaya çıkardığı ve belirlenebilir bir zarar ile nedensel ilişki içinde bulunan bir sebebi değil, içinde potansiyel faktörlerin yer aldığı bir olasılık hesabını ifade etmektedir⁴⁷. Riskin hesaplanmasında somut bir tehlike kaynağından yararlanılmaz, büyük sayılar kanununun sağladığı dağılım ile olasılığa dayalı öngörülerde bulunmaya çalışılır⁴⁸. Her bir faktörün riskin yaratılmasında ne şekilde etkili olduğunun tespitinden çok, riskin toplumda algılanış biçimi önemli olduğundan, potansiyel faktörlerin, somut bir tehlike yaratmadan önce önüne geçilmesi düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Bu durum, ceza hukukunun da bir risk hukukuna veya tehlikelilik hukukuna yaklaşması ve önleyici tedbirlerin ceza hukukunda kendisine yer bulmaya başlamasına neden olmuştur.

⁴⁴ Hassemer, s. 558, aynı yönde: Prittwitz, “Feindstrafrecht’...”, s. 176.

⁴⁵ Prittwitz, “Feindstrafrecht’...”, s. 176.

⁴⁶ “Tehlikelilik hukuku” (endanger law) kavramı için bkz. Böhm, Maria Laura, “Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law”, Duttge, Gunnar / Lee, Sang Won (ed.); *The Law in the Information and Risk Society*, Universitätsverlag Göttingen, 2011, s. 145 vd.

⁴⁷ Böhm, s. 147.

⁴⁸ O’Malley, Pat, “Governmentality and Risk”, Zinn, Jens O. (Ed.), *Social Theories of Risk and Uncertainty – An Introduction*, Oxford – Malden (MA), Blackwell, 2008, s. 57, Böhm, s. 148’den naklen.

Böhm, tehlikelilik ceza hukukunun dört pratik sonucundan söz etmektedir. Riskin önlenmesi amacına yönelik tehlikelilik hukukunun muhatabı birey değil, risk gruplarıdır. Kişiler, belirli karakter özelliklerine, ait oldukları milli, etnik veya kültürel gruba, arkadaş çevrelerine göre belirli bir risk grubuna dahil olarak görülebilecekler ve bu çerçevede ceza hukukunun nesnesi haline gelebileceklerdir⁴⁹. Bu durum, mücadele ceza hukuku başlığı altında incelenen özelliklerle de paralellik göstermektedir. Yine, insan fiilini sorumluluğun temeli olarak gören geleneksel anlayış yerine, tek başına fiil kavramı ile ölçülmeyen risk faktörleri ceza sorumluluğunu doğuran veya artıran etkiye kavuşabilmektedir. Üçüncü bir sonuç olarak, ceza hukukunun zaman içinde uygulanma kurallarının tersine döndürülmesi ve bu şekilde nedensel değil, olası tehlikelerin geleceğe yönelik olarak önlenmesi düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Bu etkiye, suç tiplerinde gelecekteki potansiyel zararların ön plana çıkarılması ile ulaşılmak istenmektedir. Son olarak, nedensellik ve ceza sorumluluğunun şahsiliğine dayanan ilkeler aşındırılarak, ceza sorumluluğunun objektif bir risk mantığına oturtulması söz konusu olmaktadır⁵⁰.

II. Günümüzde Ceza Hukuku Alanında Kanun Koyuculuk Eğilimleri

A. Genel Olarak

Ceza hukukundaki dönüşümün kaynağında, suç politikası esaslarını belirleyen kanun koyuculuk faaliyetleri yatmaktadır. 20'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren ceza hukuku alanında hızlanarak artan kanunlaştırma faaliyeti, klasik ceza hukuku anlayışından ayrılan akımları beraberinde getirmiştir. Bu akımların ortak özellikleri, çeşitli yazarlar tarafından paralel biçimde saptanmıştır.

Bu yazarlardan *Vormbaum*, bu yönelimleri *elastikleşme*, *ahlakileşme*, *maddecileşme* ve *öznelleşme* olarak sıralamaktadır⁵¹. *Vogel* ise, nasyonal sosyalist hukukun günümüze etkilerini araştırırken, benzer saptamalarda bulunmaktadır. Yazar, söz konusu yönelimleri sırasıyla *genişleme*, *maddecileşme*, *etikleşme*, *öznelleşme* ve *toplumsal işlevcilik* (*sosyal fonksiyonalizm*) olarak göstermekte ve bunlar arasında bir neden-sonuç ilişkisinin bulunduğunu ifade etmektedir⁵².

⁴⁹ Böhm, s. 151.

⁵⁰ Böhm, s. 151. Yazar, bu gelişmeleri yalnızca geleceğe yönelik teşhisler olarak değil, günümüz Alman ceza hukukuna yavaş yavaş hakim olmaya başlayan eğilimler olarak göstermektedir.

⁵¹ Vormbaum, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin, 2009, s. 273.

⁵² Vogel, Joachim, "Einfüsse des Nazionalsozialismus auf das Strafrecht", *ZStW* 115 (2003), s. 645 vd.

Belirtelim ki, burada söz konusu edilen yönelimler, yalnızca 21'inci yüzyıl ceza hukuku ile sınırlı değildir. Bu eğilimler, pozitivistimin ceza hukuku öğretisine ilk kez dahil olduğu 1920'lerden bu yana bazı dönemlerde etkisini artırıp, bazı dönemlerde ise azaltmak suretiyle kendisini göstermektedir. Ancak yakın dönemlerde, söz konusu yönelimlerin yeniden yoğunlaştığı tespitinde bulunmak yanlış olmayacaktır.

B. Ceza Hukukunda Kanun Koyuculuk Faaliyetine Egemen Eğilimler

1. Cezalandırma Alanının Genişlemesi

a) Kavram

İktisat ve toplum alanlarının giderek daha yoğun bir biçimde hukuk ve özellikle ceza hukuku normları ile düzenlenmeye başlanması, ceza normlarının genişlemesi sonucunu doğurmuştur. Bu genişlemenin yarattığı "normlar seli"nin önüne geçilebilmesi amacıyla, hukuk güvenliğinin sağlanması ve keyfilik önüne geçilmesi gibi ideallerden uzaklaşarak, belirlilik ilkesine aykırı kavramlar ve genel ifadeler kullanılmaya başlanmış, hukuk uygulamasında da esneklemeye gidilmiştir⁵³. Hukuk fikri yerine amaç fikrinin geçmesi. Korunması veya mücadele edilmesi gerektiği ortaya atılan her türlü amacın, ceza hukuku normları ile düzenlenerek cezaî korumaya alınması eğilimi olarak da kendini gösteren bu eğilim, ceza hukukunun elastikleşmesi ve popülistleşmesi sonucunu da doğurmaktadır⁵⁴.

Günümüzde, cezalandırma alanının büyük bir hızla genişlemeye devam ettiği görülmektedir. Çekirdek suçların ötesinde pek çok suç tipi düzenlenmekte, bunların büyük bir kısmı da özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer almaktadır. Yeni yaratılan suç tipleri, çoğunlukla somut toplumsal gelişmelere tepki biçiminde düzenlenmektedir. Medyada yer alan sansasyonel haberler, hükümet yetkililerini acil bir biçimde önlem almaya sevk etmekte, bu önlemler de çoğunlukla yeni bir suç tipinin yaratılması şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Husak'a göre, özellikle üç alanda aşırı ölçüde kanunlaştırma faaliyetinde bulunduğu görülmektedir. Bunlar, örtüşen suçlar, riskin azaltılmasına yönelik suçlar ve fer'i suçlar olarak ifade edilmiştir⁵⁶. Aşağıda da, aynı sistematığe bağlı kalınacak, ancak ABD hukukuna göre yapılmış olan bu ayırımın, Avrupa ve Türk hukukundaki karşılıklarına da yer verilecektir.

⁵³ Vogel, s. 645-646.

⁵⁴ Vormbaum, Einführung, s. 273.

⁵⁵ Husak, Douglas, Overcriminalization, Oxford, New York, 2008, s. 36.

⁵⁶ Husak, s. 36 vd.

b) Karma ve örtüşen suçlar

İlk olarak, yeni yaratılan bazı suçların, daha öncekilerle kısmen örtüştüğü, yani önceden zaten suç olarak düzenlenmiş bulunan davranışların daha geniş kapsamlı farklı suç tipleri ile yeniden suç haline getirildiği tespitinde bulunmaktadır⁵⁷. Amerika Birleşik Devletleri'nde buna ilişkin pek çok örneğin bulunduğu ifade edilmekle birlikte, günümüz Avrupa ve Türk hukukunda da bu eğilimin etkileri görülmektedir.

Yeni suç tipleri, önceden zaten suç olarak düzenlenmiş fiilleri daha kazustik bir yaklaşımla, farklı hukuksal değer bakış açıları ile ve genellikle birden fazla suçun unsurlarını birleştiren "karma suç"lar⁵⁸ oluşturmak suretiyle yaratılmaktadır. Bu durum, ilgili alanın bir uluslararası sözleşme ile düzenlenmiş olması ve özellikle uluslararası adli işbirliğinin sorunsuz bir biçimde yürümesinin gerekli bulunduğu noktalarda daha da net bir biçimde saptanabilmektedir.

Türk ceza hukukundan örnek vermek gerekirse, insan ticareti suçu (TCK m. 79), eziyet suçu (TCK m. 96) ve trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçu (TCK m. 179) bu başlık altında incelenebilir. Gerçekten, her üç suç tipinin unsurları aynı zamanda başka suç tipleri veya mevzuatlar tarafından düzenlenmiş olup, bunlar somut toplumsal gelişmeler veya uluslararası sözleşmelerin sorunsuz uygulanması ihtiyacı gibi pratik nedenlerle ayrı suç tipleri olarak düzenlenmişlerdir. Bu şekilde örtüşen suç tiplerinin yaratılması, hukuk güvenliği bakımından doğurduğu sakıncaların yanı sıra, yeni getirilen suç tiplerinin pek çok değişik suçtan ödünç alınan unsurlarla karmaşık ve muğlak lafızlara sahip olmalarına yol açmakta, bu da belirlilik ilkesini zedelemektedir.

Örtüşen normların hukuk uygulaması bakımından da sakınca yarattığı ifade edilmektedir. Buna göre, tek bir fiilin farklı suç tiplerinin unsurlarına uyması karşısında savcıların eline aşırı derecede imkan verilmektedir. Savcıların terditli isnatlarda bulunma olanağına kavuşmuş olduğu bu gibi durumlarda, ceza hadlerinin yukarıya çekilmesi ve müdafilerin de tek bir fiil nedeniyle birden fazla suç tipine ilişkin savunma hazırlamaya çalışmaları sonucu doğmaktadır. Bu da, iddia-savunma dengesini savunma aleyhine değiştiren bir etki olarak gösterilmektedir. Özellikle ABD hukukunda savun-

⁵⁷ Husak, s. 36.

⁵⁸ Karma suç terimi, Dönmezer/Erman tarafından tanımlandığı şekliyle kullanılmıştır. Bu anlamda, "kanuni tarifte yer alan bir fiil, zorunlu olarak, daha hafif bir suçu da içine alıyorsa, ortada karma bir suç vardır". Bu terim, kanundaki tanımda bir suçun açık bir biçimde diğerinin unsuru veya ağırlatıcı nedeni olarak gösterilmesi anlamına gelen "bileşik suç"tan da farklıdır ve genellikle yeni suç tipinin farklı bir hukuki konusunun veya koruduğu farklı bir hukuksal değer bulunması ile diğer tüketen-tüketilen norm ilişkilerinden ayrılmaktadır (Bkz. Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. I, 11.b., Beta, İstanbul, 1994, Kn. 538.

manın salt bu nedenle itham anlaşmasına (plea-bargaining) gitmeye kendisini zorunlu hissettiği belirlemesi yapılmaktadır⁵⁹.

Türk hukukunda itham anlaşması sistemi kabul edilmediğinden, bu sakıncanın o kadar ciddi olmadığı iddia edilebilir ise de, özellikle örgütlü suçlar ve terör alanında savcılığın yapacağı hukuki tavsifin savunma haklarının önemli ölçüde sınırlandırılması sonucunu doğurabileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, terditli isnat olanağı, özellikle insan ticareti gibi terör mahkemelerinin görevine girmesi olası bulunan suçlarda, Türk ceza muhakemesi bakımından da iddia makamının aşırı derecede güçlenmesine yol açabilecek bir etmendir.

c) Riskin önlenmesine yönelik suç tipleri

Ceza hukuku alanında kanunlaştırma faaliyetlerinin yoğun olarak gözlemlendiği ikinci bir başlık, riskin önlenmesine ilişkin suç tipleri olarak ifade edilmektedir. Devlet, artık ceza hukukunu risk yönetiminin bir aracı olarak görmekte ve hukuksal değerlerin ihlalinden oluşabilecek zararlara karşı bir tepki geliştirmek yerine, söz konusu zararları tehlikeye atan her bir yöntemi ayrı ayrı engellemeye çalışmaktadır⁶⁰. Bu durum, yukarıda açıklanan risk ceza hukuku ve tehlikelilik ceza hukuku kavramlarının uygulamalarını yanıltmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nda 2009 yılında yapılan değişikliklerle kanuna eklenen 89a, 89b, 91 ve 129a paragrafları ile terör örgütlerine üyelik ve terör faaliyetlerinin finansmanı gibi fiiller bu uygulamalara örnek olarak gösterilebilir.

Bunlardan 89a paragrafı, "devlete karşı tehlike oluşturan ağır bir şiddet fiilinin hazırlanması" başlığını taşımakta ve bu kapsamda bir devletin veya uluslararası örgütün varlığını veya güvenliğini tehlikeye sokmaya veya Almanya'nın Anayasal ilkelerini ortadan kaldırmaya, bertaraf etmeye veya yürürlükten kaldırmaya elverişli bulunan, kasten öldürme, adam kaldırma veya rehin alma fiilleri, "devlete karşı tehlike oluşturan ağır şiddet fiilleri" olarak tanımlanmış ve bu gibi fiillerin işlenmesi maksadıyla silah, malzeme veya para toplanması veya diğer hazırlıklarda bulunulması gibi davranışlar suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç tipi bakımından, yapılan hazırlık faaliyetlerinin hakikaten suçun işlenmesine elverişli olup olmadığının dikkate alınmadığı ve bu nedenle salt failin iradesinin cezalandırıldığı savunulmaktadır⁶¹.

⁵⁹ Bkz. Husak, s. 38.

⁶⁰ Husak, s. 38.

⁶¹ Hefendehl, Roland, "Über die Pönalisierung des Neutralen – zur Sicherheit", Hefendehl, Roland (ed.) *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, Berlin, 2010, s. 92.

89b paragrafında, devlete karşı tehlike oluşturan ağır bir şiddet fiilinin hazırlanması suçları bakımından bir terör örgütü ile bağlantıya geçmeyi veya bağlantıda bulunmayı suç haline getirmektedir. Bu durum, kendisi de hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bir suç olan 89a paragrafındaki suçun hazırlık hareketlerinin ayrı bir suçla cezalandırılması neticesini doğurmaktadır. Bu suç bakımından failin cezalandırılabilir alana girdiği an o derece öne çekilmiştir ki, artık hukuksal değeri ihlale elverişli olup olmadığına bakılmaksızın, yalnızca failin maksadına bakılarak ceza sorumluluğunun doğabileceği görülmektedir.

Söz konusu suç tipleri, Alman öğretisinde de ağır bir şekilde eleştirilmekte ve Anayasaya uygun olup olmadıkları tartışılmaktadır. Bu suçlarda “tehlike” kavramının failin fiilinden bağımsız hale getirildiği, hukuksal değerin gerçek anlamda tehlikeye düşürülmesinden çok öncesinde cezalandırılma yoluna gidildiği ve gerçekte failin niyetinin cezalandırıldığı ifade edilerek, bu düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu savunulmaktadır⁶².

Alman Ceza Kanunu’nun 91’inci paragrafı, devlete karşı tehlike oluşturan ağır şiddet fiillerine yönlendirme anlamına gelebilecek bir yazıyı veya görsel eseri övme, başkasının bunlara erişmesine imkan sağlama veya bu gibi eserleri, devlete karşı tehlike oluşturan ağır bir şiddet fiili işlemek maksadıyla ele geçirme davranışlarını suç olarak düzenlemektedir. Bu suç tipinde de, söz konusu yazı veya esere tek bir kişinin dahi erişmesine imkan sağlamak suç olarak düzenlenmekte ve bu davranışın, toplumsal barışı bozmaya elverişli olup olmadığı hususunda hiçbir değerlendirmede bulunulmamaktadır. Alman öğretisinde bu suç tipinin lafzi yorumlandığında Anayasaya aykırı olduğu ve herhangi bir hukuksal değeri korumaya yönelik olmadığı iddia edilmekte ve söz konusu suç tipi bu açılardan eleştirilmektedir⁶³.

Diğer bir düzenleme de, Alman Ceza Kanunu’nun 202c maddesinde düzenlenen “Verilerin ele geçirilmesi veya verilere erişim suçlarına hazırlık suçu”dur. Bu suç tipi, verilere erişimi mümkün kılan şifrelerin ya da diğer güvenlik kodlarının veya bu gibi bir fiilin işlenmesi amacıyla üretilmiş bilgisayar programlarının üretimini, edinilmesini, satılmasını, başkasının kullanımına sunulmasını, yayılmasını veya başkasının bunlara erişimine imkan verilmesini cezalandırmaktadır⁶⁴.

⁶² Paeffgen, Hans-Ullrich, Nomos Kommentar zum StGB, 3.b., 2010, § 89b, Nr. 3, ayrıca bkz. Paeffgen, Nomos Kommentar zum StGB, § 89a, Nr. 14, 15.

⁶³ Gazeas, Nikolaos / Grosse-Wilde, Thomas / Kießling, Alexandra; “Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht – Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB”, NStZ 2009/11, s. 602, Paeffgen, § 91, Nr. 5.

⁶⁴ Bu suç tipi, esasında Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesine dayanmaktadır. Söz konusu maddenin ilgili kısmı, aşağıdaki şekildedir: “Taraflardan her biri, aşağıdaki fiillerin, kasıtlı ve haksız olarak yapıldıklarında kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezai bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır:

Yukarıda sözü edilen suç tipleri, Alman öğretisinde de, cezalandırma alanının aşırı derecede genişlemesi sonucunu doğurdıkları ve herhangi bir hukuksal değere tehlike oluşturmayan “nötr” fiilleri cezalandırdıkları gerekçeyle eleştirilmektedirler⁶⁵.

Benzer düzenlemelere başka ülkelerde de rastlanmaktadır. İtalya’da “Güvenlik Paketi” (*pacchetto sicurezza*) olarak adlandırılan kanunlar silsilesi⁶⁶ ile getirilen ve kişinin kendi ikamet ettiği konutu İtalya’da illegal bulunmakta olan bir yabancıнын kullanımına sunmasını yasaklayan hüküm (Göçmenler Kanunu m. 12/5 bis) de bu gibi suç tipleri arasında gösterilebilir.

d) Fer’i suç tipleri

Bu başlık altına *Husak*, asli bir suçun işlenmesinden önce veya sonra ortaya çıkan ve bu suçla bağlantılı fiilleri ceza yaptırımına bağlayan yardımcı veya fer’i nitelikteki suçların yaratılmasını göstermektedir. Suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması, asıl suçtan sonra gerçekleşen bir fer’i suç iken, suç örgütü kurma suçu gibi suç tipleri, asıl suçtan önce gerçekleşen fer’i suçlardır. Burada belirleyici nokta, yakın dönemde söz konusu fer’i suçların asıl suçlarla birlikte kümülatif şekilde cezalandırılması yoluna gidecek kanunlaştırma faaliyetlerinde bulunulmasıdır⁶⁷.

Aşağıda sıralanan unsurların, Madde 2 ila 5’te tanımlanan fiillere yönelik olarak kullanılmak amacıyla tedariki, ithali, dağıtımı veya başka surette elde edilmesi:

i. Bilgisayar yazılımları da dahil olmak üzere, esas itibarıyla Madde 2 ila 5’te tanımlanan fiillerden herhangi birinin yapılması amacıyla tasarlanmış veya bu amaca uygun hale getirilmiş cihazlar;

ii. Bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına erişim sağlayan bilgisayar şifreleri, erişim kodları veya benzeri veriler: (...)”

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, 12 Kasım 2010 tarihinde Türkiye tarafından da imzalanmış, ancak henüz onaylamamıştır. Onay ile birlikte, yukarıda sözü edilen davranışların bir suç olarak düzenlenmesi ve ceza yaptırımı altına alınması gerekecektir

⁶⁵ Hans-Ullrich, Paeffgen, Nomos Kommentar zum StGB, 3.b., 2010, § 89b, Nr. 3, ayrıca bkz. § 89a, Nr. 14, 15, § 91, Nr. 5.

⁶⁶ Bu mevzuat arasında 23 Mayıs 2008 tarihli ve 2008/92 sayılı “Kamu Güvenliğine İlişkin Acil Tedbirler Hk. KHK” (24 Temmuz 2008 t., 125 s. Kanun ile kanunlaştırılmıştır), 23 Şubat 2009 tarihli ve 2009/11 sayılı “Kamu Güvenliğine İlişkin ve Cinsel Şiddete Karşı Acil Tedbirler ile Taciz Takibi Fiilleri Hk. KHK” (23 Nisan 2009 t. 38 s. Kanun ile kanunlaştırılmıştır), 15 Temmuz 2009 tarihli ve 94 sayılı, “Kamu Güvenliğine İlişkin Düzenlemeler” Kanunu, 4 Şubat 2010 tarihli ve 2010/4 sayılı, “Organize Suç Örgütlerinden Elkonulan Eşyanın İdaresi ve Akıbeti İçin Ulusal Ajans Kurulması hk. KHK” ve 11 Şubat 2010 tarihli “Şehirde Bin Göz” (mille occhi sulla città) başlıklı uyum protokolleri sayılabilir. Belirtelim ki, söz konusu hükümlerin bir kısmı İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararları ile iptal edilmiş ve edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bettels, Til, “Der Ausländer als Sicherheitsrisiko”, ZStW 122 (2010), s. 734 vd.

⁶⁷ Husak, s. 40 vd.

Gerçekten, özellikle örgüt suçlarının gerek bağımsız bir suç tipi olarak, gerekse özel bazı suç tiplerinde ağırlatıcı neden olarak düzenlendiği ve bu konudaki normların hızlı bir şekilde artış gösterdiği açıktır. Bu durum, Avrupa ceza hukukundaki gelişim ile de yakın ilişki içindedir.

Avrupa ceza hukukunun, güvenliğin sağlanması dışında Avrupa odaklı iki özel amacının bulunduğu, bunların “sınır aşan suçları önlenmesi ve kovuşturulması” ile “Avrupa kurumlarının ve değerlerinin korunması” olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Küresel terörle mücadele kapsamında ceza hukuku sistemlerinde ortaya çıkan gelişmeler neticesinde, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği alanında terörle mücadele ve sınır aşan suçluluk müşterek ceza hukukunun odak noktası halinde gelmiştir. 16.05.2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (ETS 196), 27.11.1977 tarihli Terörizmin Bastırılması Sözleşmesi’nden farklı olarak, terör suçu işlemeye yönelik alenen tahrik fiillerini (m. 5) bir terörist örgüte üye toplama faaliyetlerini (m. 6) ve terörist yöntemler hususunda eğitim görmeyi (m. 7) suç olarak düzenleme yönünde üye devletleri yükümlü kılmakta, bu suçların bir terör suçunun işlenmesine bağlı olmadan cezalandırılması gerektiğini de 8’inci maddesinde hükme bağlamaktadır⁶⁹.

Bu sözleşme haricinde, yine 16.05.2011 tarihinde İnsan Ticaretinin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (ETS 197) ile Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi, El Konulması ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (ETS 198), yine sınır aşan suçluluğu ve organize suçluluğu önlemeye yönelik tedbir ve cezalar getirmektedir.

Bu ve benzeri Avrupa Konseyi sözleşmeleri ve Avrupa Birliği kazanımları ile de teşvik edilen bu eğilimin neticesinde pek çok ülkede suç örgütü kurma, suç örgütlerine yardım ve benzeri suçların yanında, belirli bir suçun işlenmesi bakımından suç anlaşmasına varma veya suçun işlenmesi için insan toplama fiilleri de suç haline getirilmektedir. Örnek olarak, Alman Ceza Kanunu’na 2009 yılında eklenen ve terör örgütü kurma, bunları yönetme ve bunlara yardım suçlarını düzenleyen 129a paragrafının 5’inci bendine göre, bir terör örgütüne üye veya destekçi toplamak amacıyla faaliyetlerde bulunulması suç haline getirilmiştir. Bu suç tipi, Avrupa Konseyi’nin 16.5.2005 tarihli Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesi uyarınca kanunlaştırılmıştır.

Türk hukukunda örgüt suçlarına ilişkin düzenlemeler, çarpıcı bir boyut

⁶⁸ Sieber, Ulrich, “Avrupa Ceza Hukukunun Geleceği” (çev. Feridun Yenisey), Yenisey, Feridun / Sieber, Ulrich (ed.) Criminal Law in the Global Risk Society, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2011, s. 101.

⁶⁹ Sözleşme, Türkiye tarafından 19 Ocak 2006 tarihinde imzalanmış, 23 Şubat 2011 tarihinde 6135 sayılı Kanun ile onaylanmış ve 13 Ocak 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

kazanmıştır: Birden fazla alanda bağımsız örgüt suçları öngörülmüş (TCK m. 220, 314, TMK m. 7) ve bu suçlar birbirlerine yapılan göndermeler ile bağlanmıştır. Buna ek olarak, bazı suçların (örn. TCK m. 80 altında düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun) örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, o suçta özgü bir ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, terör örgütlerinin faaliyetleri kapsamında işlenen suçlara ilişkin olarak ek ve genel bir ağırlatıcı neden de, Terörle Mücadele Kanunu'nun 5'inci maddesinde öngörülmüştür. Söz konusu maddeler ve ağırlatıcı nedenler, hukuk uygulamasında kümülatif olarak da uygulanmakta, bu durumda örgüt kapsamında görülebilecek suçların ceza hadleri, örgüt dışında işlenen muadillerine göre orantısız bir biçimde ağırlaştırılmaktadır. Yine, terörizmin finansmanı suçu (TMK m. 8) ve bu suçun faillerinin örgüt üyesi gibi cezalandırılacaklarına ilişkin hükümler de fer'i suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fer'i suç tiplerine bir başka örnek olarak, suç bildirmeme suçları gösterilmektedir. Bir suçun delillerinin icrai bir fiil ile örtülmesi suçundan farklı olarak, başkalarının işlediği suçların bildirilmemesi gibi ihmali fiillerin giderek daha geniş bir ölçüde cezalandırılmaya başlandığı, bunun da ceza hukukunun temel ilkeleri bakımından soru işaretleri yarattığı ifade edilmektedir⁷⁰.

Türk hukukunda da, suç bildirmeme suçları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çok geniş bir biçimde, farklı fail gruplarına ilişkin üç maddeyi (m. 278-280) kapsayacak şekilde düzenlenmiştir⁷¹. Kanunun hazırlık aşamalarında ağır bir biçimde eleştirilmiş olan bu düzenlemelerden "herkesin işleyebileceği suç bildirmeme suçu"na ilişkin bulunan 278'inci madde, Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen iptal edilmekle birlikte⁷², Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi yalnızca tanıklıktan çekinme hakkına sahip bulunanlara ilişkindir. Bu nedenle de, kanun koyucu aynı suç 6352 sayılı Kanun ile Anayasa Mahkemesi'nin belirlemeleri doğrultusunda yeniden düzenlemiştir⁷³. Kanun koyucunun burada iradesini özgürlükten yana kullanmadığı ve pratikte hiç uygulanmayan bu suç tipini koruyarak, sembolik bir kanun koyuculuk faaliyetini sürdürdüğü görülmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 280'inci maddesinde de, hekimler bakımından benzer bir suç tipine yer verilmiştir. Hasta-hekim ilişkisinin mahremiyetini

⁷⁰ Husak, s. 41-42.

⁷¹ Bu suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Yener, Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m.267-298), 2.b., Seçkin, Ankara, 2010, s. 225 vd.

⁷² Anayasa Mahkemesi'nin 17/11/2011 tarihli ve E.: 2010/115, K.: 2011/154 sayılı Kararı. Karar, 17 Mart 2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış olup, yayım tarihinden itibaren bir yıl içinde yürürlüğe gireceği hükmüne bağlanmıştır.

⁷³ Yeniden düzenleme ile, maddeye eklenen dördüncü fıkra şu şekildedir: "Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suç önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır".

bütünüyle gözardı eden bu madde hükmü, korunan yararlar arasında bir dengenin gözetilmesini dahi öngörmemekte ve her suç bakımından bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Sonuç olarak, cezasız suç bırakmama uğruna, kişilerin güven içinde hekime başvurma hakkını neredeyse ortadan kaldıran bu maddenin özellikle bildirim yükümlülüğüne tabi suç tipleri bakımından önemli ölçüde sınırlandırılması gerekmektedir⁷⁴.

2. Maddecileşme

Bu başlık altında, şekli akılcılığın, yerini maddeci akılcılığa bırakması ve buna bağlı olarak hukuk devletinin kişi hak ve özgürlüklerini koruyan geleneksel güvencelerinin sarsılması eğilimi incelenmektedir⁷⁵.

Risk ceza hukukuna yönelik eleştirilerin, risk toplumunda söz konusu güvencelerin erozyona uğratıldığı yönündeki görüşlerine yukarıda yer vermiştik. Günümüzde, söz konusu erozyondan etkilenen ceza hukuku ilkelerinin başında, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gelmektedir. Kişinin ancak kendi kusurlu fiilinden dolayı cezalandırılacağı anlamına gelen “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesine aykırı düzenlemeler, özellikle örgütlü suçluluk ve terörle mücadele alanlarında kendisini göstermektedir.

Bu konuda Türk ceza hukukundan örnek olarak, Türk Ceza Kanunu’nun 220/5’inci maddesinde düzenlenmiş bulunan örgüt yöneticilerinin sorumluluğu hükmü gösterilebilir. Söz konusu hükme göre: “*örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır*”. Bu hüküm, örgüt yöneticisinin herhangi bir “azmettiren” veya “dolaylı fail” olmanın da ötesinde, hiçbir dahlinin bulunmadığı, hatta belki işlendiğinden haberinin dahi olmadığı suçlardan dolayı cezalandırılması, yani “başkasının fiilinden sorumlu tutulması” sonucunu doğurabilmektedir. Kanun koyucunun bu suç tipini düzenlerken risk yönetimi düşüncesini ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin önüne geçirdiği görülmektedir.

Belirtelim ki, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme (TCK m. 220/6) örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüte yardımda bulunma (TCK m. 220/7) suçlarında da, benzer bir durum söz konusudur. Bu kez, örgüte üye olmayan bir kişi, hem örgüt suçundan dolayı cezalandırılmakta, hem de hukuk uygulamasında örgüt suçlarına ilişkin muhakeme usullerine tabi tutulmaktadır. Bu durum, söz konusu kişilerin savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilmektedir. Belirtelim ki, ilgili maddelerde 6352 sayılı Kanun ile değişikliğe gidilmiş, ancak bu değişiklik ceza hadlerinin düşürülmesi dışında bir etkide bulunmamıştır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine uygun bir düzenlemenin yapılabilmesi için, söz konusu fiillerin ayrı suç tipleri olarak ve örgüt suçundan bağımsız bir biçimde yeniden ele alınması gereklidir.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi ve eleştiri için bkz. Ünver, s. 269; Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007, s. 526.

⁷⁵ Bkz. Vormbaum, Einführung, s. 273, Vogel, s. 646.

Aynı başlık altında görülebilecek diğer bir suç tipi de, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2'nci maddesinde düzenlenmiş bulunan "terör örgütünün propagandasını yapma suçu"nda, suçun basın-yayın yoluyla işlenmesi durumunda "suçun işlenmesine iştirak etmemiş bulunan" yayın sorumlularının cezai sorumluluğunu öngören hükümdür. Bir cezanın ön şartı olarak, suç oluşturan fiilin işlenmesine katılmamış olmanın açıkça düzenlenmesinin, şahsiliği ilkesi ile bağdaştırılamayacağı açıktır.

Yine aynı madde altında yer alan diğer bir suç olan, "terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması" suçu da, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile bağdaşmaz şekilde düzenlenmiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün "terör örgütünün propagandasına dönüştürülmesi"nin, yüzün tamamen veya kısmen kapatılması davranışı ile bir bağlantısı bulunmadığı gibi, yüzünü kapatan kişinin bu propagandaya katılmış olması dahi aranmamaktadır. Bu da, suç tipinin muhatabının olasılık hesabına göre ve bir risk yönetimi düşüncesi ile belirlenmiş bir grup olduğunu, yani bu suç tipi bakımından gerçekte kolektif ceza sorumluluğunun kabul edildiğini göstermektedir.

İfade etmek gerekir ki, bu gibi risk algılamaları yalnızca terörle mücadele veya örgütlü suç alanında ortaya çıkmamakta, bankacılık suçları gibi teknik ve tali ceza hukuku alanlarında da kendisini göstermektedir. Örneğin, Bankacılık Kanunu'nun 156'ncı maddesinde düzenlenen suçta, belirli belgelerin "imza edilmesi" suçu düzenlenmiştir⁷⁶. Bu belgelerin hazırlanması davranışının engellenmesinden, imza etme davranışının cezalandırılmasının, risk yönetimi bakımından daha avantajlı olduğu açıktır. Bununla birlikte, ortaya çıkan suç tipi, şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Yine, Türk Ceza Kanunu'nun 218'inci maddesinde düzenlenmiş bulunan "suç işlemeye tahrik" suçunda, tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişinin bu suçlar bakımından azmettiren sıfatıyla cezalandırılacağına ilişkin hüküm, iştirak kurallarını şahsiliği ilkesine aykırı biçimde genişleten ceza normlarına bir başka örnek olarak gösterilebilir.

Belirtelim ki, iştirak kurallarının genişletilmesi bağlamında asıl suçun gerçekleştirilebilmesi için açık ve yakın bir tehlikenin aranması ve şahsi kusurun kapsamının dışına çıkılmaması, Uluslararası Ceza Hukuku

⁷⁶ İşlemlerin kayıt dışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme

Madde 156 — Bu Kanun kapsamındaki kuruluşların işlemlerinin kayıt dışı bırakılmasından, gerçek mahiyetlerine uygun düşmeyen bir şekilde muhasebeleştirilmesinden, kanunî ve yardımcı defter ve kayıtları, şubeleri, yurt içi ve yurt dışındaki muhabirleri ile hesap mutabakatı sağlanmadan yıl sonu bilançolarını kapatmalarından dolayı, bunları ve bunların düzenlenmesine esas olan her türlü belgeleri imza edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis ve binbeşyüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır. Gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğini bildiği halde bu belgeleri onaylayan bağımsız denetim kuruluşu görevlileri de aynı şekilde cezalandırılır.

Derneği'nin 18'inci Kongre kararlarında yer alan ilkelere⁷⁷. Yine aynı kararlara göre, örgüt suçlarının cezalandırılması sırasında "örgüt tarafından işlenmiş her suç için cezai sorumluluk, iştirake uygulanan genel hükümlere uygun olarak, sorumluluk karanesi olmaksızın belirlenmelidir"⁷⁸.

Türk hukukunda yer alan ve yukarıda gösterilen hükümlerin, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ve giderek Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı olduğu kolaylıkla iddia edilebilecektir.

3. Ahlakileşme

Ceza hukukunda görülen bir başka eğilim, "ahlakileşme" olarak adlandırılmaktadır. Adalet fikrinin, hukuki kavramlarla ifade edilmesinden vazgeçilmiş ve bunun yerine hukuk dışı veya hukuk üstü olduğu kabul edilen etik ölçütler getirilmeye başlanmıştır. Hukukun ve özellikle ceza hukukunun içerisine "iyi niyet", "ahlaka aykırılık" gibi kavramlar ithal edilmiş ve bunlar gerek kanun koyuculuk faaliyetinde, gerekse hukuk uygulamasında hukuk ile ahlak arasındaki ayrımın belirsizleşmesi sonucunu doğurmuştur⁷⁹.

4. Öznelleşme

Yeni ceza kanunlarında giderek, failin iç dünyasına ait bulunan ölçütlere dayanılması. Bu durum bir yandan suçların düzenlenmesinde saik ve maksatlara giderek daha ağırlıklı bir yer verilmesi, diğer yandan ise failerin kişilik kategorilerine göre (terörist, pedofil, uyuşturucu taciri vb.) ayırım yapılması sonucunu doğurmaktadır⁸⁰. Bunun sonucunda, cezalandırmanın konusu failin fiilinden çok kusurlu iradesine ve hatta kusurlu hayat tarzına bağlanmaktadır.

Fail ceza hukuku düşüncesine yönelen ceza adaleti sistemleri, Alman nasyonal sosyalizminin ceza hukukuna dahil ettiği çeşitli kavramları kullanmakta, fakat bu kavramlara değişik adlar vermektedirler. Bu kapsamda, "tehlikeli itiyadi suçlu" karşılığında "suç örgütü üyesi", "adaba aykırı suç işleyen" yerine "mükerrir cinsel suçlu", "toplum düşmanı suçlu" yerine ise "terörist" kavramları geçirilmekte ve Alman nasyonal sosyalist döneminin "topluma yabancı" veya "antisosyal" kişiliği, 21'inci yüzyılın "düşman"ı olarak karşımıza çıkmaktadır⁸¹.

⁷⁷ Bkz. Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin (AIDP) 18'inci Kongre Kararları 1 – Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri, B, II, Suç ve Ceza, 2010/1, s. 20.

⁷⁸ Bkz. Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin (AIDP) 18'inci Kongre Kararları 1 – Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri, C, I, 4, Suç ve Ceza, 2010/1, s. 21.

⁷⁹ Vogel, s. 646, Vormbaum, Einführung, s. 273.

⁸⁰ Vormbaum, Einführung, s. 273.

⁸¹ Gropp, Walter, "Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit", Sinn, Arndt / Gropp, Walter / Ferenc Nagy (Ed.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Universitätsverlag Osnabrück, 2011, s. 119.

Öznelleşen ve fail ceza hukukuna yaklaşan sorumluluk sistemi, ceza hukukundaki bazı kavramların da yeniden tanımlanması sonucunu doğurmuştur. Kastın, özellikle 21'inci yüzyıl doktrininde daha objektif bir biçimde tanımlanmaya çalışılması ve olası kastın, "hukuksal değere karşı kayıtsızlık" eksenine yerleştirilmesi çabaları, bu yönelimin yakın tarihli sonuçlarıdır⁸². Olası kastta kayıtsızlık teorisini⁸³ savunan *Jakobs*'a göre, kastın bu türünün cezalandırılma nedeni, failin "hukuka düşman tavrına" (*Rechtsfeindlichkeit*) bağlanmaktadır⁸⁴.

Sonuç olarak, suçun manevi unsurundaki objektifleşme ve normatifleşme, failin potansiyel tehlikeliliği gerekçe gösterilerek meşrulaştırılmakta, bunun sonucunda da fail ceza hukukuna yaklaşmaktadır.

5. Toplumsal İşlevcilik (sosyal fonksiyonalizm)

a) Kavram

Ceza hukuku alanında kanun koyuculuk faaliyetlerine egemen bulunan yönelimlerin sonucusu olan "toplumsal işlevcilik" (sosyal fonksiyonalizm), ceza hukukunun amacında bir değişikliği ifade etmektedir. Buna göre, ceza hukuku artık özgürlükleri sübjektif haklar bağlamında garanti etme amacına hizmet etmemekte, toplumsal denkleştirmenin, sosyal entegrasyonun, toplumun yönlendirilmesi ve denetlenmesinin bir aracı haline dönüştürülmektedir. Bu da, ceza hukukunu kefaret amacından uzaklaştırarak, topluma zararlı davranışların önlenmesi ve toplum üzerinde kontrol sağlanmasının bir aracı haline getirmektedir⁸⁵. Günümüz ceza hukukunun işlevci (fonksiyonalist) bir eğilim gösterdiği ve bu bağlamda gerek ceza hukukunda gerekse ceza muhakemesinde önleyici (proaktif) tedbirlerin giderek yayıldığı ve genişlediği tespit edilmektedir⁸⁶.

b) Önleyici güvenlik tedbirleri

aa) Genel olarak

İşlevciliğin ortaya çıkardığı "önleyici" (proaktif) yaklaşım, maddi ceza hukukunda özellikle güvenlik tedbirleri alanında kendisini göstermektedir. Klasik anlamda güvenlik tedbirlerinin temel özelliği, işlenen bir suçun neticesi olarak, fakat failin fiiline yönelik kusurundan bağımsız bir biçimde, yine failin tehlikeli halinin ortadan kaldırılması amacıyla uygulanmalarıdır.

⁸² Bkz. Gaede, Karsten, "Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?", ZStW121 (2009), s. 271.

⁸³ Terim için bkz. Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.b., Turhan, Ankara, 2009, s. 329.

⁸⁴ Jakobs, Günther, "Gleichgültigkeit als dolus indirectus", ZStW 114 (2002), s. 586.

⁸⁵ Vogel, s. 647.

⁸⁶ Vogel, s. 664.

Ancak önleyici ceza hukuku, bu gibi yaptırımları herhangi suçun işlenmesinden kısmen veya tamamen bağımsızlaştırma veya bunları tehlikeliliği özel olarak tespit edilmemiş kişilere uygulama yoluna gitmektedir. Ceza hukukunda işlevci (fonksiyonalist) yaklaşımın bir sonucu olarak değerlendirilen bu durum, tehlikeli potansiyel suçlu kategorilerinin yaratılmasına ve henüz bir suç işlememiş veya suçluluğu henüz tespit edilmemiş kişilerin damgalanmasına yol açmaktadır⁸⁷. Burada, ceza muhakemesi tedbirleri ile güvenlik tedbirleri arasında yer alan, bir nevi “önceye alınmış ceza yaptırımları” söz konusu olmaktadır.

Bu gibi tedbirler, yalnızca failin tehlikeli hali nedeniyle yeniden suç işlemesini engellemeyi, yani faili ıslah etmeyi değil, aynı zamanda toplumun failden korunması, yani sosyal savunmayı amaçlamakta, bir yerde suç failini dışlayarak izole etme yoluna gitmektedirler.

bb) Alman hukuku ve önleyici güvenlik denetimi

Alman hukukunda tehlikeli suçluların, cezanın infazının bitiminden sonra zorunlu olarak bir kurumda tutulmasını sağlayan “önleyici güvenlik denetimi” (*Sicherungsverwahrung*) tedbirinin gelişimi buna örnek olarak gösterilebilir (Al. CK par. 66, 66a, 66b). Söz konusu tedbir, nasyonal sosyalist dönemde 1933 yılında kabul edilen, tehlikeli itiyadi suçlulara karşı kanun ile getirilmiş, 1953 yılında kapsamı önemli ölçüde daraltılmış ve 1969 yılında yeniden düzenlenmişti. 1998 yılında, bu tedbirin uygulanması kolaylaştırılmış, 10 yıllık üst sınırı ortadan kaldırılmış ve bunun ardından getirilen çeşitli reformlarla giderek kapsamı genişletilmiştir. 2002 yılında kabul edilen bir kanun ile, önleyici güvenlik denetimine mahkumiyet hükmü ile birlikte hükmedilmesi ve süresinin belirlenmesi koşulu ortadan kaldırılarak, mahkemeye, tehlikeli suçlulara ilişkin önleyici güvenlik denetimi tedbirine hükmetme yetkisini saklı tutma ve infazın bitimine kadar failin gösterdiği yeniden sosyalleşme derecesi çerçevesinde bu yola başvurma imkanı tanınmıştır. 2003 yılında, cinsel suç failleri de önleyici güvenlik denetimi kapsamına alınmış, 2004 yılında ise mükerrer suçlular ile kanunda yazılı suç listesine dahil suçlardan birini işledikleri için “tehlikeli” kabul edilen suçlular bakımından mahkemenin tedbire ilişkin yetkisini mahkumiyet hükmünde saklı tutma zorunluluğu ortadan kaldırılarak, infazın bitiminden sonra her an belirsiz bir süreyle önleyici güvenlik denetimine tabi tutulmaları olanağı getirilmiştir.

Bu tedbirin son şekline göre, belirli suçlardan mahkum edilen bir kişinin tehlikeli hali saptanın ise, cezanın infazının bitiminden sonra belirsiz bir süreyle bir güvenlik kurumunda tutulması mümkün kılınmıştır. Bu durum, mahkumiyet hükmü ile birlikte değil, infaz sırasında saptanacak ve infaz mahkemeleri tarafından kararlaştırılabilecektir⁸⁸.

⁸⁷ Bkz. Vogel, s. 664.

⁸⁸ Tedbirin uygulanma koşulları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nuhoğlu, Ayşe, “Suç

Bu tedbir, aynı zamanda infazı devam etmekte olan mahkumlara da uygulanmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2004 yılında verdiği bir kararında tedbiri Anayasaya uygun bulmasına rağmen, konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gitmiştir⁸⁹. Almanya'nın savunmasında, Alman hukukunda geçerli olan "iki izli" yaptırım teorisine, yani failin haksızlığını ve failin kusurunu dikkate alan "cezalar" ile, failin tehlikeliliğini ve yeniden suç işleme ihtimalini dikkate alan "güvenlik tedbirleri" arasındaki ayrıma göndermede bulunularak, önleyici güvenlik denetimi yaptırımının bir "ceza" mahiyeti taşımadığı ileri sürülmüştür⁹⁰. Yine Alman hükümetine göre, infazın mahiyeti de değişiktir ve önleyici güvenlik denetimi altında bulunan kişilere daha geniş haklar (kendi giysilerini giyme, daha uzun süreli ziyaret, cep harçlığı vb.) tanınmaktadır ve bu nedenle bir özgürlüğü bağlayıcı cezadan söz edilmemelidir⁹¹.

Bununla birlikte Mahkeme, 17 Aralık 2009 tarihli *M./Almanya* kararında, önleyici güvenlik denetimi tedbirinin geçmişe yürürlü olarak uygulanmasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinde güvence altına alınmış olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur.

Mahkemeye göre, önleyici güvenlik denetimi niteliği itibarıyla bir cezadır. Mahkeme öncelikle, herhangi bir yaptırımın "ceza" niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinin, Mahkemenin kendi yetkisinde olduğunu belirtmiştir. Bunun ardından ise, önleyici güvenlik denetimi yaptırımının özelliklerini değerlendirmiştir. Mahkemenin ilk saptamasına göre, söz konusu tedbir her ne kadar Almanya'da ceza olarak sınıflandırılmasa da, bu yaptırımın muadili uygulamalar başka ülkelerde ya (Belçika örneğinde olduğu gibi) ceza kapsamında görülmekte veya (Fransa örneğinde olduğu gibi) bu kapsamda değerlendirilmeler dahi en azından geçmişe yürürlü olarak uygulanmaktadır.

Mahkeme ikinci olarak, önleyici güvenlik denetiminin kişi özgürlüğünü sınırlandıran bir etkisi olduğunu ve Almanya'da söz konusu tedbirin ceza infaz kurumlarının özel bölümlerinde uygulandığını saptayarak, hakkında tedbir uygulanan kişiye verilen ek hak ve ayrıcalıkların, bunu bir cezadan ayırmak bakımından yeterli olmadığını ifade etmiştir. Son olarak Mahkemeye göre, önleyici güvenlik denetiminin uygulanış şekli, bunun amacının salt önleme olmadığını ve gerçekte toplumu tehlikeli failden koruma amacı güttüğünü göstermektedir. Mahkeme, söz konusu tedbirin süresinin belirsiz olması nedeniyle, caydırıcılık özelliği taşıdığı ve ilgili kişi hakkında ek bir

Tehlikesi Sebebiyle Özgürlüğün Kısıtlanması", Yenisey, Feridun / Sieber, Ulrich (ed.) *Criminal Law in the Global Risk Society*, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2011, s. 489 vd.

⁸⁹ M./Almanya kararı, 17.12.2009, Başvuru no. 19359/04. Karar 10.05.2010 tarihinde kesinleşmiştir.

⁹⁰ M./Almanya kararı, Nr. 113.

⁹¹ M./Almanya kararı, Nr. 114.

ceza niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Önleyici güvenlik denetiminin amacının, cezanın amaçları ile bağdaşır nitelikte olduğu ve bu nedenle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında “ceza” olarak değerlendirilebileceği görüşünü benimseyen Mahkeme, sonuç olarak 5 ve 7’nci maddelerin ihlali yönünde karar vermiştir.

Bu karar üzerine konuyu yeniden gündemine alan Alman Anayasa Mahkemesi, önleyici güvenlik denetimi hükümlerini kısmen iptal etmiş, bunların ancak akıl hastası suçlular hakkında ve “çok büyük bir tehlikenin” varlığı halinde uygulanabileceği yönünde karar vermiştir⁹².

cc) İsviçre hukuku ve denetim tedbiri

İsviçre’de de 2007 yılında yürürlüğe giren değişikliklerle, Alman hukukundakine benzer bir biçimde, özel tehlikeli suçlulara yönelik bazı yeni güvenlik tedbirleri kabul edilmiştir. İsviçre Ceza Kanunu’nun yeni 64’üncü maddesi, eski 42’nci maddede itiyadi suçlulara ilişkin olarak kabul edilmiş bulunan denetim tedbirinin kapsamına tehlikeli suçluları da almıştır.

Bu bağlamda tehlikeli suçlular, üst sınırı beş yıl veya üzerinde olan ve kişilerin yaşamına, bedensel ruhsal veya cinsel bütünlüklerine bir saldırı teşkil eden bir suç işlemiş veya böyle bir suça teşebbüs etmiş olup, “failin kişilik özellikleri, fiilin gerçekleştirilme koşulları veya failin genel yaşam koşulları dikkate alındığında” bu gibi bir suçu yeniden işlemesi beklenen veya ciddi bir ruhsal bozukluk nedeniyle, bu gibi suçları yeniden işlemesi beklendiği gibi, hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin bir sonuç getirmeyeceği anlaşılan failer olarak tanımlanmaktadır.

Söz konusu failer, haklarındaki mahkumiyet hükmü ile birlikte veya tehlikeli durumlarının infaz sırasında ortaya çıkması halinde cezalarının üçte ikisini (müebbet hapis halinde 15 yılını) infaz kurumunda çektikleri ana kadar denetim tedbirine konu edilebileceklerdir. Hakkında denetim tedbirine hükmedilen tehlikeli suçlular, koşullu salıvermeden yararlanamayacakları gibi, tedbire herhangi bir üst sınır getirilmemiştir. Bir başka deyişle tedbir, kural olarak, kişinin tehlikeli hali ortadan kalkıncaya kadar devam edecektir. Bu durumda dahi, öncelikle 2 ila 5 yıllık bir süreliğine tedbirden koşullu salıverilecek ve denetimli serbestliğe tabi tutulabilecek, ancak bu süreyi iyi halli geçirmesi durumunda kesin surette serbest kalacaktır (m. 64a).⁹³

⁹² Alman Anayasa Mahkemesi’nin 4 Mayıs 2011 tarihli ve 2BvR 2365/09 sayılı Kararı.

⁹³ Bu güvenlik tedbiri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Heer, Marianne, Art. 64, 64a, Niggli / Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007.

dd) İtalya ve Güvenlik Paketi

Bu gibi tedbirlere, *İtalya'da*, yukarıda değinilmiş olan Güvenlik Paketi çerçevesinde mafya tipi örgütlere karşı kabul edilen özel güvenlik tedbirleri örnek olarak gösterilebilir. Bu kapsamda, mafya tipi örgütlenme suçunu işlediğinden şüphe edilen kişiler, idari emirle veya hakim kararıyla geçici olarak belirli bir yerde ikamete tabi tutulabilecektir. Bu kişilerin mallarına genişletilmiş elkoyma yaptırımını uygulanabileceği gibi, aynı evde birlikte yaşadıkları diğer kişilerin mallarına da elkonulması mümkün kılınmıştır. Ayrıca, söz konusu genişletilmiş elkoyma tedbiri bakımından, suç şüphesinin varlığı halinde, malların meşru kaynağını ispat yükümlülüğü de, hakkında tedbir uygulanacak kişiye yüklenmektedir. Ayrıca, mafya tipi örgütlenme suçundan şüpheli olma durumunda, hakkında henüz bir soruşturma başlatılmamış kişilere de söz konusu yaptırımların uygulanması ve bunun yanında, hakkındaki yaptırım uygulanacak kişinin tehlikeli halinin de varsayılması mümkündür⁹⁴.

ee) İngiltere/Galler ve ATCSA

İngiltere ve Galler'de 2001 yılında yürürlüğe giren Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 - ATCSA*) ile terör örgütü üyesi olduğundan şüphelenilen kişilere karşı çeşitli önleyici yaptırımlar getirilmiştir. Bunlar arasında, önleyici elkoyma ve önleyici tutuklama tedbirleri bulunmaktadır.

Bir terör örgütünün faaliyetlerini finanse etmekte kullanıldığına veya terör eylemleri sonucunda ele geçirildiğine ilişkin yeterli şüphe bulunan malvarlığı değerlerine polis tarafından geçici olarak elkonulabilmekte, bu elkoyma süresi hakim kararıyla 3 aya kadar uzatılabilmektedir. Elkoyma süresi içinde polis veya gümrük görevlileri mahkemeye başvurarak söz konusu değerlerin müsaderesini talep edebilmektedirler. Burada belirleyici olan nokta şudur ki, mahkemenin müsadereye hükmetmesi için, söz konusu malvarlığı değerlerini elinde bulunduran kişiler hakkında bir kesin hüküm verilmesi ve hatta bir ceza soruşturma veya kovuşturmasına başlanmış olması dahi gerekmemektedir⁹⁵.

Yine, ATCSA'nın 4'üncü bölümü ile, Birleşik Krallık ekonomisi aleyhine veya Birleşik Krallık vatandaşlarının ya da burada yerleşik olanların yaşa-

⁹⁴ 2008/92 ve 2009/94 s. KHK hükümleri ile getirilen bu değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Corvi, Angela, "Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative", Mazza/Viganò (ed.) Il "Pacchetto Sicurezza" 2009, Giappichelli Ed., Torino, 2009, s. 329 vd., Gambacurta, Stefano, "Le Modifiche in Materia di Misure di Prevenzione e Misure di Sicurezza", Ramacci/Spangher (ed.), Il Sistema Della Sicurezza Pubblica, Giuffrè, Milano, 2010, s. 189 vd.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Forster, Susanne, *Freiheitsbeschränkungen für mutmaßliche Terroristen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, s. 53-54.

mına veya malvarlığına yönelik bir tehdit içeren fiiller gerçekleştirdiği veya gerçekleştirecek olduğu hususunda makul bir şüphenin varlığı halinde, bu kişilere ait mali değerlerin Maliye Bakanlığı emriyle dondurulabileceği düzenlenmiştir. Dondurma emri ile, Birleşik Krallık'taki bütün gerçek ve tüzel kişilerin ve ülke dışında bulunan vatandaşların, hakkında dondurma emri verilmiş olan kimseye herhangi bir mali fon sağlamaları yasaklanmaktadır. Bu yasağa aykırı davranış ise, iki yıla kadar hapis ile cezalandırılabilen bir suç olarak düzenlenmiştir⁹⁶.

ATCSA ile getirilen önemli bir başka düzenleme de, yabancı terör şüphelilerinin önleyici amaçlı süresiz tutuklanması tedbiri idi. Bir yabancıнын Birleşik Krallık'ta bulunması bir ulusal güvenlik riski oluşturduğu gerekçesi ile, İçişleri Bakanlığı tarafından bu kişi hakkında "uluslararası terörist" belgesi düzenlenmesi öngörülmekteydi (ATCSA bölüm 21). Hakkında bu şekilde bir belge düzenlenmiş olan kişilerin Birleşik Krallık'ta ele geçirilmeleri halinde, bunların sınırdışı edilmeleri veya iade edilmelerinin mümkün olması durumunda, süresiz bir biçimde tutuklanmaları öngörülmüştü (ATCSA bölüm 23). "Üç duvarlı hapisane" olarak adlandırılan bu tutuklama kurallarına göre, hakkında bu şekilde bir tedbir uygulanan kişi, sınırdışı edilmeyi de tercih edebilmekteydi⁹⁷.

Bu tutuklama tedbiri de, kişi hakkında herhangi bir ceza kovuşturması açılmasını gerektirmemekte ve yalnızca Birleşik Krallık sınırları içinde henüz işlenmiş olmayan suçların işlenmesini önleme amacı gütmekteydi. Belirtelim ki, House of Lords, ATCSA'nın 23'üncü bölümünden kaynaklanan bu tedbiri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmuş ve yürürlükten kaldırmıştır⁹⁸.

ff) ABD ve USA PATRIOT Act

Benzeri bir düzenleme, ABD'de 11 Eylül 2001 saldırılarının ardından yürürlüğe konan USA PATRIOT Act'te de yer almaktadır. Bu yasanın 412'nci bölümüne göre, herhangi bir tehlikelilik hali veya kaçma riski kanıtlanmış olmasa dahi, terör suçu işleyeceği şüphesi görülen yabancılar hakkında Başsavcı emriyle "önleyici tutuklama"ya hükmedilmesi mümkündür.

gg) Türk hukukunda önleyici güvenlik tedbirleri

Yukarıda karşılaştırmalı hukuktan örnek olarak verilen yaptırımlar, güvenlik tedbirlerinin, idari tedbirlerin ve ceza muhakemesi tedbirlerinin iç

⁹⁶ Forster, s. 57.

⁹⁷ Forster, s. 170.

⁹⁸ House of Lords'un 16 Aralık 2004 tarihli, A and others v Secretary of State for the Home Department kararı [2004] UKHL 56, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm> (erişim tarihi: 06.04.2012. Ayrıca bkz. Forster, s. 174 ve son.

içe geçtiği, aralarındaki ayrımların silikleştiği bir alanı temsil etmektedir. Belirtelim ki, Türk hukukunda da kişi hakkında verilecek hükümden önce güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımların uygulanabildiği haller mevcuttur. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun 191'inci maddesinde düzenlenmiş olan "kullanmak amacıyla uyuşturucu bulundurma" suçunda, kullanan kişi hakkında hükümden önce denetimli serbestlik ve tedavi tedbirine hükmedilmesi imkanı tanınmıştır. Bu durum, bir ceza muhakemesi tedbirinden farklı olarak, kalıcı bir yaptırım niteliğine bürünmektedir ve hakkında herhangi bir tehlikelilik veya kusur belirlemede bulunulmayan kişiler hakkında uygulanabilmektedir. Dahası, söz konusu yaptırımın uygulanması, suç tipinin unsurlarının tamamının tespit edilmesine değil, suç tipinde açıkça öngörülmemiş bulunan "uyuşturucu kullanma" fiiline bağlı tutulmuş ve kişinin uyuşturucu tedavisine tıbbi anlamda ihtiyaç duyup duymaması da dikkate alınmamıştır.

Sonuç

Ceza hukukunda yaşanan dönüşümü, liberal-otoriter hukuk anlayışı diyalektiği çerçevesinde değerlendirecek, 1945 sonrasında yaşanan aranın ardından otoriter eğilimlerin ceza hukukunda yeniden ağırlık kazandığı sonucuna ulaşılabilir. Bu eğilim, ceza hadlerinin ağırlaştırılması, failin tehlikeli halinin cezalandırılması ve hukuksal değerlerin toplumun risk algıları çerçevesinde yeniden şekillendirilmesi ile paralellik göstermektedir. Bu uğurda özellikle ceza sorumluluğunun temel ilkelerinden vazgeçilmekte, şahsilik ilkesi askıya alınmaktadır.

Bu noktada, ceza hukukundaki popülist yaklaşımın da üzerinde durulmalıdır. Gerçekten, fail ceza hukukuna ve kolektif ceza sorumluluğuna yol açan "failin tehlikeliliği" ve "risk" kavramlarının içeriği, konjonktüre uygun bir biçimde, popülist yaklaşımlarla doldurulmaktadır. Fakat ifade edilmelidir ki, bu aşamada, her bir toplumun kendi korkularından beslenen farklı bir tehlike anlayışına işaret edilmektedir. ABD'de İslami terörizm olarak gösterilen tehlike kaynağı, İtalya'da mafya, Kolombiya'da uyuşturucu kartelleri, Türkiye'de darbeci veya bölücü terör olarak değişiklik göstermekte, ancak bunlara karşı uygulanan yöntemler birbirine giderek yaklaşmaktadır.

Açıkça ifade edilmelidir ki, bu yaklaşımda neoliberalizme dayanan post-modern dünya düzeninin kendisini ayakta tutma çabaları başrol oynamaktadır. Bu nedenle hukuksal değerler yeniden şekillendirilmekte, ulusal hukuk düzenlerinde de bu yönde düzenlemeler yapılmasını sağlayacak uluslararası hukuk metinleri ortaya çıkarılmaktadır.

Ancak bu çabalar, İtalyan faşizminin yükseliş dönemine damgasını vuran, eski toprak ağalığı düzeninin Bolşevizm korkusu ile işçilere karşı tuttuğu ve beslediği çeteleri anımsatmaktadır. Nihayetinde bu çetelerden doğan Faşist parti, İtalya'daki eskimiş düzenin sonunu getiren başlıca etmen haline gelmiştir.

Günümüzde küresel korkunun konusu değişmiş, doğurduğu yöntemler ise aynı kalmıştır: Güvenlik uğruna hukuk devletinin, hukuk güvenliğinin ve yerleşmiş ceza hukuku güvencelerinin ortadan kaldırılması, gerçekte düzenin kendi kendisini idamesi değil, tasfiyesi anlamına gelmektedir.

Tarihte, otoriter ve özgürlükçü akımların birbirini izlediği ve bunun ceza hukukuna da yansıdığı görülmektedir. Bu da, özgürlükçü ceza hukukunun 19'uncu yüzyılın sonlarında ve 20'nci yüzyılların ortalarında olduğu gibi bütün dünyada yeniden yeşereceği bir dönemin geleceği umudunu da sürdürmemizi sağlamaktadır.

Kaynakça

- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.b., Turhan, Ankara, 2009.
- Beck, Ulrich, Gegengifte: Die organisierte Unverantwortlichkeit, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1988
- Beck, Ulrich, Risk Society – Towards a New Modernity (İngilizceye çev. Mark Ritter), Sage, London, 1992
- Bettels, Til, “Der Ausländer als Sicherheitsrisiko”, ZStW 122 (2010), s. 734 vd.
- Böhm, Maria Laura, “Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law”, Duttge, Gunnar / Lee, Sang Won (ed.); The Law in the Information and Risk Society, Universitätsverlag Göttingen, 2011, s. 145 vd.
- Cavaliere, Antonio, “Feindstrafrecht” und “Bekämpfungsstrafrecht”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 315 vd.
- Corvi, Angela, “Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative”, Mazza/Viganò (ed.) Il “Pacchetto Sicurezza” 2009, Giappichelli Ed., Torino, 2009, 329 vd.
- Donini, Massimo, “Bekämpfungsstrafrecht”, (Almanca'ya çeviren: Vormbaum, Thomas); Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 279 vd.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. I, 11.b., Beta, İstanbul, 1994
- Fiandaca, Giovanni, “Feindstrafrecht. Eine Theorie, die vermieden werden muss, eine Realität, die nicht beseitigt werden kann”, Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 21 vd.
- Forster, Susanne, Freiheitsbeschränkungen für mutmaßliche Terroristen, Duncker & Humblot, Berlin, 2010
- Gaede, Karsten, “Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?”, ZStW121 (2009), s. 239 vd.
- Gambacurta, Stefano, “Le Modifiche in Materia di Misure di Prevenzione e Misure di Sicurezza”, Ramacci / Spangher (ed.), Il Sistema Della Sicurezza Pubblica, Giuffrè, Milano, 2010, s. 189 vd.
- Gazeas, Nikolaos / Grosse-Wilde, Thomas / Kießling, Alexandra; “Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht – Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB”, NStZ 2009/11, s. 593 vd.
- Gropp, Walter, “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, Sinn, Arndt / Gropp, Walter / Ferenc Nagy (Ed.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Universitätsverlag Osnabrück, 2011.

- Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007
- Hassemer, Winfried, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ* 1989, s. 553 vd.
- Heer, Marianne, art. 64, 64a, Niggli / Wiprächtiger, *Basler Kommentar, Strafrecht I*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007
- Hefendehl, Roland, "Über die Pönalisierung des Neutralen – zur Sicherheit", Hefendehl, Roland (ed.) *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, Berlin, 2010, s. 89 vd.
- Jakobs, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *ZStW* 97 (1985), s. 751 vd.
- Jakobs, Günther, "Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*", *ZStW* 114 (2002), s. 584 vd.
- Jakobs, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schöningh Verlag, Paderborn, 2004.
- Jakobs, Günther, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", *HRRS* 3/2004, s. 13 vd.
- Jakobs, Günther, "Terroristen als Personen im Recht?", *ZStW* 117 (2005), s. 838 vd.
- Jakobs, Günther, "Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit", *HRRS* 8-9/2006, s. 289 vd.
- Kindhäuser, Urs, "Schuld und Strafe", Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, Berlin, 2009, s. 63 vd.
- Kraus, Michael, *Rechtsstaatliche Terrorismusbekämpfung durch Straf- und Strafprozessrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2012
- Marzahn, Thomas, *Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?* Berlin, 2011
- Mir Puig, Santiago, "Constitución, Derecho Penal y Globalización", Mir Puig, Santiago / Corcoy Bidasolo (Ed.), *Nuevas Tendencias en Política Criminal*, Montevideo, 2006
- Morguet, Geraldine Louisa, *Feindstrafrecht – eine kritische Analyse*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009
- Nuhoglu, Ayşe, "Suç Tehlikesi Sebebiyle Özgürlüğün Kısıtlanması", Yenisey, Feridun / Sieber, Ulrich (ed.) *Criminal Law in the Global Risk Society*, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2011, s. 487 vd.
- Paeffgen, Hans-Ullrich, *Nomos Kommentar zum StGB*, 3.b., 2010, §§ 89a, 89b
- Prittwitz, Cornelius, *Strafrecht als Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1993

- Prittwitz, Cornelius, "Feindstrafrecht' als Konsequenz des 'Risikostrafrechts'", Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 169 vd.
- Reus, Katharina, Das Recht in der Risikogesellschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 2010
- Saliger, Frank, "Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?", Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 203 vd.
- Schünemann, Bernd, "Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!", Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 11 vd.
- Sieber, Ulrich, "Avrupa Ceza Hukukunun Geleceği" (çev. Feridun Yenisey), Yenisey, Feridun / Sieber, Ulrich (ed.) Criminal Law in the Global Risk Society, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2011, s. 99 vd.
- Sinn, Arnt, "Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?", Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. 221 vd.
- Tepe, İlker, "Bir 'Ötekileştirme' Aracı Olarak Ceza Hukuku Ya Da Hukuk Toplumunun Düşmanları Üzerine", Esas Hukuk Dergisi, (çevrimiçi) <http://www.esashukuk.org/Makale.aspx?KatId=9&id=47> (son erişim tarihi: 11 Temmuz 2012)
- Ünver, Yener, Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m.267-298), 2.b., Seçkin, Ankara, 2010
- Vogel, Joachim, "Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht", ZStW 115 (2003), s. 638 vd.
- Vormbaum, Thomas, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Springer, Berlin, 2009
- Vormbaum, Thomas, "Das Feindstrafrecht und seine Kritik", Vormbaum, Thomas / Asholt, Martin (ed.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, s. VII vd.
- Yarsuvat, Duygun, "Türk Ceza Hukuku Siyaseti", Şubat 2010'da Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'i anma gününde yapılan konuşma metni, (çevrimiçi), <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article3.pdf> (son erişim tarihi: 11 Temmuz 2012)

Reklamlarda Erkek İmgesi
(Male Image on Advertisements)

Halime YÜCEL *

Özet: Bu çalışmanın amacı reklamlarda erkek imgesine yüklenen başlıca değerleri incelemektir. Reklamlarda erkek imgesiyle en sık özdeşleştirilen kavramlar sorumluluk, bağımsızlık, egemenlik, akılcılık, modernlik ve çekiciliktir. Bu kavramların kullanım biçiminiyse reklamlarda tanıtılan ürün ya da hizmetler belirler. Erkek reklam kişileri ne kadar yalınlaştırılmış olsalar da kadın reklam kişilerinden daha karmaşık ve çok boyutlu gösterilirler. Reklamlardaki ülküsel erkek fazla duygusal olmamakla birlikte, sorumluluk sahibi, güçlü, kendini ve başkalarını denetim altına alabilecek bir varlıktır.

Anahtar Kelimeler: Reklam, izleyici, erkek imgesi, egemenlik, akılcılık, rekabet, sorumluluk.

Abstract: *The aim of this work is to analyse main values associated with to the male image in advertisements. The notions more frequently identified with male image on advertisements are responsibility, independency, hegemony, rationalism, modernism and attraction. Products and services introduced in these advertisements determine the way to interpret these notions. Although male advertisement icons are simplified, they are portrayed more sophisticated and multidimensional than female icons. The ideal male character is not too emotional, however he is responsible, powerful, and able to control himself and others.*

Keywords: *Advertisement, spectator, male image, hegemony, rationalism, competition, responsibility.*

* Yard. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi İletişim Fakültesi Öğretim Üyesi

Giriş

Reklam tecimsel amacına ulaşabilmek için bir göstergeler, imgeler, söylemler kitlesi oluşturur, kullandığı insan imgeleri ve aktardığı kavramlar yoluyla ülküsel bir evren oluşturur. Reklamlarda kullanılan insan imgeleri birçok araştırmamanın konusu olmuştur. Kişiler reklam anlatısının anahtar öğeleri olarak nitelenebilir. İzleyiciye reklam sözlerini ileten onlardır, böylece belirli bir değer dizgesini benimsemesine katkıda bulunurlar. Ayrıca izleyicinin kendini reklam kişileriyle özdeşleştirmesi de beklenir (Lits, 1996: 48). Reklam kişilerinin anlatıdaki işlevleri, dış görünüşleri, kişilik özellikleri reklamın oluşturduğu evrene göre belirlenir.

Reklam kişilerinin edimi kendi kişiliklerine değil, tanıtılan nesne ya da hizmetin niteliklerine bağlıdır (Cornu, 1990: 54). Reklamlarda insan imgesinin kullanımını belirleyen ürün ya da hizmetin özellikleri, iletilmek istenen kavram ve değerlerdir. Reklamın büyük bir bölümünün kadınlara seslenmesi nedeniyle kadın imgesine sık yer verildiğinden, daha çok kadın imgesi dikkat çeker, ancak günümüzde erkek imgesi de reklamlarda önemli bir işlev üstlenmeye başlamıştır.

Reklamlarda erkek imgesi tanıtılan nesneyle belirli kavramlar aracılığıyla bağlantı kurar. Bu kavramlardan başlıcaları şunlardır:

- sorumluluk
- bağımsızlık
- egemenlik
- akılcılık
- modernlik
- çekicilik

Biz de çalışmamızda reklamlarda erkek imgesine yüklenen işlevleri ve erkek imgesi kullanımı yoluyla vurgulanan bu kavramları incelemeye ve nesnelere bu kavramlar aracılığıyla nasıl değer kazandığını bulgulamaya çalışacağız.

1. Sorumluluk

Toplumdaki genel düşünceye göre erkekler sorumluluk sahibidirler, ailelerin sorumluluğunu da bir ölçüde üzerlerinde taşırlar. Örneğin; sigorta ve banka reklamlarında genellikle doğrudan erkeğe seslenilir, bunu da kimi zaman evin küçük çocuğu yapar. Böylece erkeğin aileyi koruma, geleceğini düşünme görevi de vurgulanmış olur. Kadın gerçek yaşamda ne kadar etkin olursa olsun, ailenin güvenliği ve mali geleceğiyle ilgili konular, erkeğin

sorumluluğu olarak gösterilir. Erkeklerin “sorumluluk sahibi” olarak gösterildikleri reklamlarda erkek aile babası ya da iş adamıdır. Bu reklamlarda daha çok orta yaşa yakın, kentli, düzgün bir dış görünümü olan reklam kişileri yeğlenir.

Otomobil reklamlarının bir bölümünde de erkeğin babalık göreviyle otomobil seçimi özdeşleştirilir. Goffman, reklamlarda kadınların çoğunlukla bir erkeğin koruması altında, kimi zaman erkeğe sokulmuş olarak gösterildiklerini belirtir. Kadın-erkek ilişkisinde erkek, ana babanın işlevini üstlendiğini saptar. (Goffman,1979, 167). Dolayısıyla erkek, çocuğunun dışında kadından da sorumludur.

2. Bağımsızlık

Erkeğin sorumluluk sahibi olarak gösterildiği reklamlar kadar, bağımsızlığını öven reklamlar da vardır. Ürünlere göre, öne çıkarılan erkek imgesi de değişir, erkeklere yönelik reklamlarda, erkekler için evden, aileden uzak bir imge çizilebilir. Sorumluluktan kaçma isteği, özgürlük arayışı kimi reklamlarda erkeklikle bağdaştırılan niteliklerdir. Bağımsızlık kavramının öne çıkarıldığı reklamlarda daha çok genç, yakışıklı reklam kişileri kullanır.

Erkeğin özgürlüğüne gönderme yapan reklamlarda doğa sık kullanılan bir izlektir. Geleneksel olarak reklamların amacı çoğunlukla ülküsel insan imgeleri yaratmak ve gücül tüketicide bunlarla özdeşleşme isteği uyandırmaktır. Dolayısıyla, genellikle erkeğin kullanımına yönelik ürünlerin reklamlarında, kullanılan erkek imgesi ulaşılma isteği uyandırır. Bu nedenle doğanın uzam olarak yer aldığı reklamlarda, doğa erkeğin isteklerini gerçekleştirebileceği, özgürleşebileceği bir uzam olarak sunulur. Reklam erkeğinin her zaman toplumsal bir ortamda olması beklenmez. Kendi kendine yetebilen, her zaman başkalarının onayına gerek duymayan bir varlıktır. Bu, yalnızca reklamlarda değil, çizgi romanlar, filmler gibi başka popüler kültür ürünlerinde de görülen, desteklenen bir özelliktir. Örneğin “yalnız kovboy” imgesinin birçok filmde, çizgi romanda kullanıldığını görebiliriz. “Yalnız kovboy” imgesi reklamlarda da kullanılır. Bunun ilk akla gelen örneği sigara reklamlarıdır elbette, ancak serüvene ve doğaya gönderme yapan reklamlarda da bu imgenin modernleştirilmiş bir yansımasını görebiliriz. Örneğin otomobiliyle doğada gezen, kimi reklamlarda da otomobiliyle su kayağı yapan erkeklerin gösterildiği reklamlarda bu imgeden esinlendiğini ileri sürmek mümkündür. “Yalnız kovboy” imgesi birçoklarınınca özenilen bir imge olarak görülebilir. Kendine güveni, başkalarına gereksinim duymamayı gerektirir. Bir parfüm reklamında, erkeğin kendi parfümünü kendisinin yaratması da erkeğin başkalarına gereksinim duymamasının bir örneği olarak gösterilebilir.

Bağımsız erkek imgesinin sorumluluk sahibi erkek imgesinden büyük ölçüde farklılaştığı, hatta karşıtlaştığı anlaşılabilir. Bağımsızlık kimi reklamlarda kısa bir süre için toplumsal, ailesel bağların terkinde de içermekte-

dir. Dolayısıyla reklamlarda erkekler için evden, aileden uzak imgeler çizilebilir. Böylece sorumluluktan kaçma isteği, özgürlük arayışı da yansıtılmış olur. Kuşkusuz tanıtılan ürün de bu arayışın amacına ulaşmasını sağlayacaktır.

3. Egemenlik

Egemenlik, ülküsel erkeğin bir niteliği gibi görülmeyle birlikte, reklamlar söz konusu olduğunda egemenliğin uzamla ilişkilendirildiği, dolayısıyla ev içi/ev dışı gibi bir ayrımın belirleyici olduğu görülür. Ev içi pek az reklamda erkeğin egemenlik alanıdır. Yine de erkeğin ev içinde önemli bir yeri vardır, kimi zaman bir değer nesnesi, bir başka deyişle elde edilmek istenen bir varlık olarak belirir. Tanıtılan ürünlerle hazırlanan yemeklerin erkeğin hoşuna gitmesi beklenir, çoğunlukla da erkeğin istenileni yapması için bir araç olarak kullanılır. İstenilen de genellikle erkeğin aile bireylerini takdir etmesi, onlara ilgi göstermesidir. Dolayısıyla erkeğin ev içinde geçen reklamların bir bölümünde yönlendirilebilir bir konumda olduğu söylenebilir. Bu durum Adorno'nun erkeğin üstünlüğünü öne süren düşüncesinin altında erkeğin zayıf ve çekip çevirmelerin kurbanı olduğu düşüncesinin gizlendiği görüşünü anımsatır (Adorno, 177-178). Bu da ev içi kullanıma yönelik ürünlerin reklamlarında olağandır. Çünkü bu ürünler kadının kullanımına yöneliktir ve gizli den gizliye kadının erkeğin üzerinde egemen olmasının yollarını gösterdiği ileri sürülebilir. Böylece kadın, yine Adorno'nun düşüncesini doğrulayarak hizmet ettiği noktada ailenin reisi durumuna gelir. Bununla birlikte kadının tüm çabaları erkeğe yönelik olduğundan, erkek bir onaylama makamı gibi belirir, örneğin bir deterjan reklamında, ev sahibesinin masa örtüsünü beyazlığıyla konuklar karşısında kazandığı başarıyı, erkek eşini öperek onaylar ve kutlar.

John Berger erkeklerin kadınlardan farklı olarak nesnelere ve başkalarını denetim altına alabildikleri izlenimi verdiklerini belirtir (1972: 45). Reklamlarda da bu durum gözlemlenebilir. Erkeğin egemen olma/egemen olunma durumu tanıtılan ürünün niteliğine göre değişir. Ev işleriyle ilgili olmayan, daha karmaşık ürünlerin reklamlarında erkek çoğunlukla egemen konumdadır. Bu durum nesnenin niteliği ve önemiyle bağlantılıdır. Kadınlara yönelik ürünlerin reklamlarında kolay yönlendirilebilir bir varlık olan erkek, otomobil, cep telefonu gibi teknolojik nesnelere, banka hizmeti gibi belirli bir bilgiyi gerektiren hizmetlerin reklamlarında egemen ve denetim altına alan bir konumdadır.

Max Horkheimer insanın nesne üzerinde iktidar kurma isteği ne kadar çok olursa, nesnenin insan üzerindeki baskısının da o kadar ağır olacağını belirtse de (1998: 146) erkek reklam kişileri söz konusu olduğunda, reklamlar egemenlik değerini vurgulamayı sürdürür.

4. Akılcılık

Erkeklerin mantıklı, ciddi olduklarına ilişkin yaygın, geleneksel bir anlayış vardır (Semprini, 1996: 20). Reklamların bir bölümünde de bu değere gönderme yapılır. Örneğin reklamların büyük bir bölümünde dış erkek sesinin kullanıldığı dikkat çekmektedir. Bu saptama erkek sesinin uzmanlığı ve akılcılığı çağrıştırmakta etkili olduğu düşüncesiyle açıklanabilir. Erkekler çoğu zaman akılcılığın ve ciddiyetin simgesi gibi gösterilirler. Dolayısıyla dış ses söz konusu olduğunda bunun nesnellüğün, bilimselliğin ve ciddiyetin sesi olabileceği düşünülebilir. Ancak bu durum da genelleştirilmemelidir çünkü bu durum reklamların türüne göre de değişebilir. Yine de uzmanlık, yetke, ciddiyet gibi kavramların yansıtılması istendiğinde çoğu reklamda erkek dış sese yer verildiği saptanmaktadır.

Erkek imgesi deterjan reklamlarında da uzmanlığı ve bilimselliği simgeleyen yetke imgesi olarak yer alır. Bu reklamlarda teknisyenler doktor/bilim adamını andıran beyaz önlük giyerler. Beyaz önlüğün de bilimselliği çağrıştıran bir simge olduğunu söyleyebiliriz. Bu erkek reklam kişileri, kadın reklam kişilerinin tersine birer uzmandırlar. Reklamlardaki uzmanların ciddi bir tavrı vardır. Bir reklam filminde oynamanın ötesinde, insanlığın iyiliği için görüşlerine başvurulduğu izlenimi uyandırılır.

Erkek yetke sembelleri nesnellığı, bilimselliği sembeller (Barthel 1988: 45). Bu reklamlardaki erkekler kadınların yakınmalarına, duygularına katılmazlar, yalnızca onlara neyi nasıl yapacaklarını öğretirler, Kimi zaman azarlamayı andıran bir tonla konuştukları bile olur, ancak bir bakıma doktor-öğretmen rolü üstlendikleri için bu durum toplumumuzda olağan karşılanabilir. Belirtilen ürünü kullanmadıkları için ev hanımı neredeyse küçümsenir. Bu reklamlarda tamirciler günlük yaşamda görmeye alışkın olduğumuz gibi giyinmezler, çok derli toplu ve yine beyaz önlüklüdürler. Beyaz önlük uzmanlığın yanı sıra bir üstünlük simgesidir. Sıradan insanların anlamadığı konulardan anlatanların giydiği bir giysidir. Beyaz önlüğün etkili olabilmesi için iletişimin varlığı gereklidir. Öğüt veren, gönderici işlevini üstlenen kişinin beyaz önlük giymesi, alıcının üzerinde bir etkisi olabilmesi için önemlidir.

Kuşkusuz deterjan reklamlarının dışında da erkek imgesi bir yetki simgesi olarak belirir. Özellikle banka reklamlarında bu durum belirgindir. Toplumdaki değişime karşın, erkeklerin günümüzde de para/finans konularından daha iyi anladıkları görüşü egemendir. Ülkemizde bu konularda uzman birçok iş kadınının varlığı reklamlarda bu alanın erkeklerin egemenliği altında olmasını engellemez.

Williamson, "Eğer kadın ev, aşk ve cinsellik anlamına geliyorsa, anlamına gelmediği şeyler genel olarak para, iş, sınıf ve siyasettir" der (1998, 139). Erkeklerin daha akılcı ve soğukkanlı oldukları yaygın bir düşüncedir (Semprini, 1996: 20). Dolayısıyla erkek imgesinin ve sesinin de iş evrenini, akılcılığı ve para konularını kadın imgesi ve sesinden daha iyi çağrıştırdığı varsayılabilir.

Banka reklamlarında, hizmetin hem dış dünyayla ve iş dünyasıyla bağlantısından ötürü, hem de parayla ilgili uzmanlık gerektirmesi nedeniyle daha çok dingin ve ciddi bir erkek imgesi yeğlenir. Dış sesin de aynı özellikleri taşıması beklenir. Banka reklamlarının büyük bir bölümünde dış ses bir erkek sesidir. Ancak zamanla bu durumun biraz azalmaya başladığı söylenebilir, çünkü duygusallığı öne çıkaran banka reklamları da yayımlanmaktadır. Göndericilerin, tüketiciyi aydınlatan, yönlendiren kişilerin çoğunlukla erkek olduğu da göze çarpar. Dış ses olarak erkek sesinin yeğlenmesinin nedeni erkeğin kadından daha çok uzmanlık ve iş evrenini düşündürmesi ya da böyle bir izlenim verilmek istenmesi olarak değerlendirilebilir. Kuşkusuz bu reklamlarda kadın banka çalışanlarına da yer verilir ancak konuları erkeklerinden farklıdır. Erkeğin bankada kendi ofisi vardır, kadın da hesap defterlerini hazırlar.

5. Rekabet

Erkekler genellikle rekabetçi, hırslı olarak gösterilir. Bir kadında gösterildiğinde olumsuz algılanabilecek bu nitelikler, erkekliğin doğal bir parçası gibidir. Bu durum yalnızca reklamlar için geçerli değildir, rekabet birçok başka alanla bağlantılandırılır. Örneğin çalışma yaşamı rekabetin belirlenmesi için olağan ortamı oluşturur. Reklamlardaki erkeklerin kadınlardan daha zorlayıcı bir işi varmış gibi görünür.

Erkekler iş yaşamının dışında da rekabet içinde gösterilirler. Spor karşılaşmalarının yanı sıra erkekler arasında bir rekabetin varlığı çoğu kez sezdirilir. "Başarı" kavramı erkekler arasında geçen galibin galibi olmakla bağlantılıdır. Örneğin kozmetik kişisel bakım ürünü reklamlarında bunun yansımaları görülebilir. Bu reklamlarda erkeklerin amacı genellikle kadınları baştan çıkartmak, böylece hemcinslerine olan üstünlüklerini kanıtlamaktır. Dolayısıyla sonul amaç söz konusu kadının aşkından çok, onun elde edilmesinin başkaları üzerinde bırakacağı etkidir. Bunun da bir rekabet düşüncesinden kaynaklandığını söyleyebiliriz. Bir tıraş sonrası balsam reklamında "bir erkeğin ihtiyacı olan tüm bakımı sağlayan" ürünü kullanan reklam kişisi, sörf yarışmasında üçüncü gelmesine karşın, madalyaları veren güzel kadını elde ederek "gerçekten kazanan taraf" olmayı başarır. Reklamın söyleminde erkekliğin bir özelliği olarak görülen rekabetin belirleyici bir işlevi vardır, tüm reklam filmi bunun üzerine kurulmuştur. Ürünü kullanan erkeğin kadını elde etmesi, ötekilerin yarışmada kazandığı başarıyı bir anda siler. "Gerçekte kazanan" erkek, üstünlüğünü kanıtlar, böylece erkekliğini de vurgular, çünkü erkeklik kazanmakla, kadınları baştan çıkartmakla doğrudan bağlantılandırılır. Böylece ürün de cildi yumuşatıp bakım sağlamaktan çok öte, erkekliğini, üstünlüğünü ve başarısını sağlayan simgesel bir değer kazanır. Bu reklamda sörf yarışmasında birinci ve ikinci gelen, ancak kadını elde edemediklerinden "gerçekten kazanan taraf" olmayı başaramayan erkeklerin şaşkınlığı ve kıskançlığı gösterilir. Kadınlarda da reklamlarda böyle kıskançlık sahneleri görülebilir, ancak bu durum ender olarak "erkeği baştan

çıkartmakla" bağlantılıdır. Genellikle birlikte oldukları erkeğin başka bir kadına ilgisini kıskanırlar. Ancak bu durum daha çok duygusal boyuttur.

Erkekler yalnızca dış görünüşleriyle değil, toplumsal konumları, varsılıkları ve zekalarıyla da başka erkeklerle rekabet eder ve kadınları elde edebilirler. Kadınlar içinse bu daha çok dış görünüşle sınırlıdır. Erkek şampuan kullandığı zaman da bu ürün doğrudan işteki konumuyla ve kadınların ilgisini çekme isteğiyle bağlantılandırılır.

6. Modernlik

Reklamlar hedef kitlelerine "geri kalma" korkusu aşılama çabalar. Modernlik kavramı da "geri kalma"nın karşısı olarak belirir. Modernlik reklamlarda en önemli değerlerdendir, vazgeçilmez olarak da batılılıkla özdeşleştirilmiştir. Modernlik yaşam biçimi, davranışlar ve giyimle kendini gösterebilir. Yaşam biçiminin, aile yaşamının batılaşması, günümüzün reklamlarında sık görülen bir olgudur. Artık aile yaşamında erkeklerin ev işlerini yapmaya başladıkları dikkat çekmektedir. Kuşkusuz bu durum reklamların yalnızca bir bölümü için geçerlidir, birçok reklamda aile içinde geleneksel iş bölümünün geçerli olduğu saptanabilir. Ancak kimi reklamlarda genç erkeklerin, de ev işi yaptıkları görülebilir. Ancak bu durum daha çok sevimli ve esprili bir anlatım yaratmak için kullanılır. Ev işlerinin hiçbir zaman erkeklerin işi olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla erkeklerin bu işleri kusursuz yerine getirmek gibi bir yükümlülüklerinin olmadığı sezdirilir. Erkek ev işi yaparak modern ve çekici bir duruma gelir, bu konudaki beceriksizliğiyse, oldukça sevimli gösterilir. Örneğin bir kağıt havlu reklamında mutfağı dağıtıp, her şeyi döküp saçarak yemek hazırlar, ancak ne kadar başarısız olursa olsun, kadının beğenisini kazanır.

7. Çekicilik

Yakışıklılık reklamlarda doğrudan temel bir değer oluşturmaz. Karizma olarak da nitelendirebileceğimiz çekicilik çok daha önemlidir, ancak bu kavram da birçok etkenine bileşiminden oluşur. Dolayısıyla erkeğin fiziksel nitelikleri pek az reklamda başlı başına bir değer gibi gösterilir. Örneğin kadınlara yönelik reklamlarda orta yaşın üzerinde olmak, çekici olmanın önünde çok büyük bir engel oluşturarak düzeltilmesi gereken bir durum ortaya koyarken, erkekler için lüks tüketim ürünü reklamlarında yaşlılık; olgunluk ve yüksek toplumsal konumun simgesi gibi algılanır. Bir giyim firması reklamında, saygın bir konumu olduğu da kolayca anlaşılabilen yaşlı ama çekici bir erkek, genç bir erkekle sohbet ederken ona deneyimlerini aktarır gibidir. Elbette bu durum, orta yaşın üzerindeki reklam kişinin aynı zamanda var-sıl ve saygın görüldüğü reklamlar için geçerlidir. Ancak son dönemlerde, erkeklerin tüketimine yönelik kozmetik ürünlerin artışı nedeniyle, genç görünmek de erkeklere yönelik kimi reklamlarda çekiciliğin koşullarından biri olarak belirmeye başlamıştır.

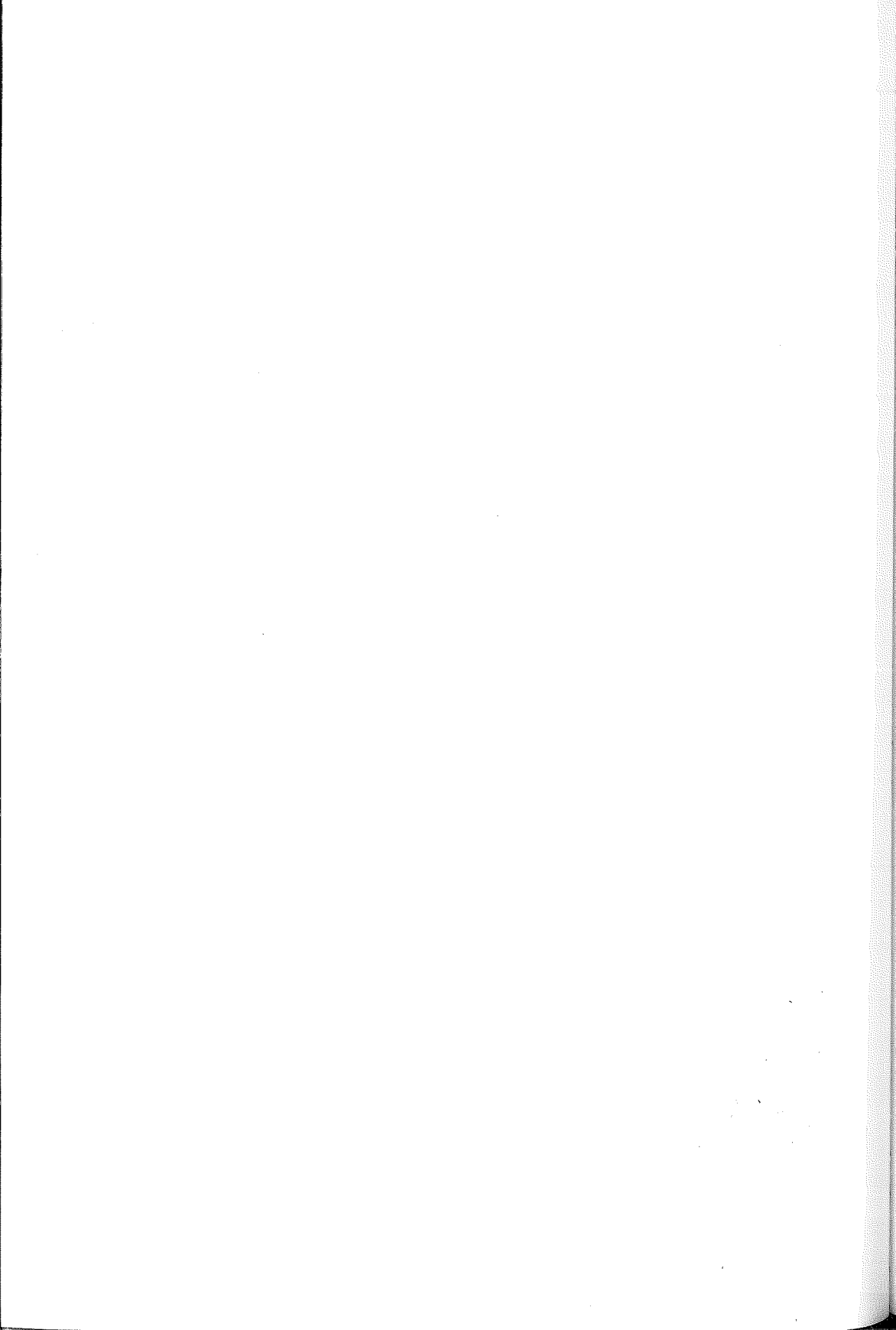
Sonuç

Reklam toplumsal değişimi bir ölçüde göz önüne alsa da geleneksel değerlere sadık kalır. Reklamlarda erkek genellikle etkin ve mantıklı bir varlık olarak yansıtılır. Erkekler kendi kendilerine yeter, isteklerine ulaşmışlardır, ya da ulaşacaklarına emindirler. Giysileri, atılgan beden dilleri, etkin ve yetke sahibi oldukları izlenimini verir. Birçok reklamda erkekler dış dünyaya katılmaya hazır görüntülenir, genellikle dış ortamda ve bu ortama uygun giysiler içindedir. Evde olsalar da daha çok kendi doğal ortamında, giyinirken, işe giderken gösterilirler.

Erkek reklam kişileri, kadın reklam kişilerinden daha karmaşık ve çok boyutlu gösterilirler. Öte yanda erkeklerin yer aldığı reklamlarda iş yaşamına daha çok gönderme yapılır, iş çeşitlilikleri de kadınlarınkinden daha fazladır. Sonuç olarak reklamlardaki ülküsel erkek fazla duygusal olmamakla birlikte, sorumluluk sahibi, güçlü bir varlıktır. Ona tek boyun eğdirebilecek güç de her markette bulunan sıradan ürünlerdir kuşkusuz.

Kaynakça

- Adorno, Theodor W., *Minima Moralia*, Çev. Orhan Koçak, Ahmet Doğukan, İstanbul, Metis Yayınları, 1998.
- Barthel, Diane, *Putting On Appearances: Gender and Advertising*, Philadelphia: Temple University, 1988.
- Berger, John, *Way of Seeing*, London, British Broadcasting Co., 1972.
- Cornu, Geneviève, *Sémiologie de l'Image dans la Publicité*, Paris, Les éditions d'Organisation, 1990.
- Goffman, Erwing, *Gender Advertisement*, New York, Harper and Row, 1979,
- Horkheimer, Max, *Akıl Tutulması*, Çev. Orhan Koçak, İstanbul, Metis Yayınları, 1998.
- Lits, Marc, *Récits, Médias et Société*, Belgique, Bruylant Académia, 1996.
- Semprini, Andrea, *Analyser la Communication: Comment Analyser les Images, les Médias, la Publicité*, Paris, L'Harmattan, 1996.
- Williamson, Judith, "Kadın Bir Adadır: Dişillik ve Sömürgecilik", *Eğlence İncelemeleri*, Haz. Tania Modleski, Çev.Nurdan Gürbilek, İstanbul, Metis Yayınları, 1998.



***Tutuklanan Kişinin Teminatla Salıverilmesi ve Çevrenin
Korunması: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin,
"Mangouras / İspanya" Kararına İlişkin Bir Değerlendirme***

***(Release on Bail of Detainees and Protection of the Environment:
A Study on the "Mangouras v. Spain" Judgment of the European
Court of Human Rights)***

E. Eylem AKSOY RETORNAZ *

Özet: Prestige gemisinin neden olduğu çevresel felaket kamuoyunda büyük yankı uyandırmıştır.

Deniz kazalarından kaynaklanan kirlilik nedeniyle her geçen gün deniz çevrenin korunması alanında özellikle uluslararası alanda yeni ilkelerin saptanmasına neden olmuştur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Mangouras/İspanya kararı da çevrenin korunması alanındaki bu gelişmelerin ceza yargılamasına yansıyan bir sonucudur.

Anahtar Kelimeler: Tutuklama, teminatla salıverilme, çevrenin korunması, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Abstract: *There have been extensive discussions over the environmental damages caused by the vessel "Prestige". Due to the increasing pollution caused by marine accidents, international law, in particular, is adopting new rules to deal with the problem. The judgment of the ECtHR, rendered in the Mangouras v. Spain case is the result of the developments in criminal law for the purpose of protecting the environment.*

Keywords: *Detention, release on bail, protection of the environment, ECtHR, ECHR.*

I. Genel Olarak

Tehlikeli kimyasallar, kum alımı ve dip taranmasından kaynaklanan fiziksel bozulmalar, biyolojik çeşitliliğin kaybı veya yapısındaki olumsuz

* Dr. iur., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: eaksoy@gsu.edu.tr

değişiklikler, deniz kazaları sonucu deniz yataklarına ve suya tehlikeli maddelerin karışması, deniz çevresinde ciddi bir çevre kirliliği yaratmaktadır.

Deniz çevresinde yaşanan sorunlarda artış aynı zamanda deniz çevresiyle ilgili önlemler alınması gerekliliğini de beraberinde getirmiştir. Deniz çevresinin korunması pek çok uluslararası anlaşmanın konusunu oluşturmuştur.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) 28 Eylül 2010 tarihli Mangouras/İspanya kararı¹çevrenin korunması, özellikle de deniz çevresinin korunması bakımından yeni bir dönem başlatan ve tartışılan bir adımdır.

Çevrenin korunmasının bir sanık hakkı çerçevesinde tartışıldığı ilk karar olma özelliğini taşıyan söz konusu karar bu çalışmada özellikle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Deniz çevresinin korunmasına ilişkin uluslararası, bölgesel düzenlemelere ve Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi'nin içtihadına ise konuyla bağlantılı olduğu ölçüde değinilmiştir.

II. Karara Konu Olay ve Başvurucunun İddiaları

A. Karara Konu Olay

13 Kasım 2002 günü yaklaşık yetmiş bin ton ham petrol taşıyan Bahama bandıralı Prestige adlı gemi İspanya'nın Atlantik kıyısı açıklarında borda saçı çatlaması nedeniyle yakıt sızdırır ve batar. İspanyol otoriteleri gemi mürettebatını kurtarır ve geminin Yunan uyruklu kaptanı Apostolos Ioannis Mangouras gözü altına alınır. Gemiden sızan yakıt, Fransız kıyılarına kadar yayılan ve aylarca devam eden çevresel bir felakete neden olur².

Geminin kaptanı 17 Kasım 2002 tarihinde Corona sorgu hâkimi tarafından başlatılan ceza soruşturması kapsamında tutuklanır. Teminatla salıverilme bedeli üç milyon Avro olarak belirlenir. Tutuklama kararında, kaptanın sahil güvenlik makamları ile işbirliği yapmaktan kaçınması gibi belirtiler nedeniyle çevreye ve doğal kaynaklara zarar verilmesi suçlarıyla kamu makamlarına itaatsizlik suçunun işlenmiş olması ihtimali ve Mangouras'ın yabancı uyruklu oluşu, daimi ikametgâhının İspanya dışında bulunması ve İspanya ile hiçbir bağının olmayışı³, gerekçe olarak gösterilir.

¹ İHAM, Mangouras c. Espagne, [GC], n°12050/04, Recueil des arrêts et décisions 2010.

² Söz konusu kaza hakkında bakınız ECE Jale Nur, "Tarihe Geçen Deniz Kazaları ve Önlemler" <http://www.dtoizmir.org/> (son erişim tarihi 22 Haziran 2012).

³ Tutuklama nedenleri arasında Mangouras'ın İspanya ile hiçbir bağının bulunmayışının yer alması hususu, tutuklamaya karar veren hâkim tarafından Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasındaki serbest dolaşım hakkı ve Avrupa Tutuklama Müzekkeresi düzenlenmesi ihtimalinin göz ardı edildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bakınız CHAUMETTE Patrick, "Le capitaine d'un pétrolier, gardien de la protection de l'environnement. Quel Prestige?", Neptunus, revue

Mangouras tutukluluk kararının kaldırılması ve teminat bedelinin altmış bin Avro'ya indirilmesi talebinde bulunur. Bu talep, isnat edilen suçların niteliği gerekçe gösterilerek reddedilir. Ayrıca söz konusu tutuklama kararının İspanya Anayasa Mahkemesi içtihatlarında tutuklama tedbiriyile ilgili benimsenen, istisnai olma, tali olma, geçici ve orantılı olma ölçütlerine de uygun olduğu belirtilir.

Prestige gemisinin donatanının sigorta şirketi tarafından kefalet bedeli ödenmesiyle, seksen üç gün tutuklu kalan Mangouras 6 Şubat 2003 tarihinde serbest bırakılır.

Teminatla salıverilme bedelinin ekonomik durumuyla orantısız olduğu ve salıverilmesini neredeyse imkânsız hale getirdiği ve teminat bedelinin saptanmasında kişinin gelir, malvarlığı vs gibi durumlarının dikkate alınmasını gerektiren İHAM içtihadı ile bağdaşmadığı ve İspanyol Anayasası'nın 17. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı amparo başvurusu 29 Eylül 2003 tarihinde reddedilir.

İspanyol makamları, İspanya'da olduğu gibi Yunanistan'da da Mangouras'ın adli kontrol altına alınması şartıyla Yunanistan'a dönmesine izin verir. Mangouras Yunanistan'da on beş günde bir, ikametgâhı ya da çocuklarının ikametgâhının bulunduğu yerdeki polis karakoluna başvurmaktadır. İspanya'da ceza yargılaması ise hala devam etmektedir.

B. Başvurucunun İleri Sürdüğü İhlal İddiaları

Başvurucu, İspanyol makamları tarafından salıverilmesi için tespit edilen teminat bedelinin orantısız olduğunu ileri sürmektedir. Mangouras'a göre söz konusu makamlar, teminat bedelini belirlerken, gelir, meslek, malvarlığı, adli sicil kaydı, vs gibi kişisel durumuna ilişkin bilgileri göz önünde bulundurmamışlardır. Bu durum ise, başvurucuya göre İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAM)'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında güvence altına alınan, özgürlüğü kısıtlanan kişinin teminatla salıverilmesi hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

III. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Önündeki Süreç

Mangouras İHAS'm 34. maddesi uyarınca 25 Mart 2004 tarihinde İHAM'a başvurmuştur. İHAM 8 Ocak 2009 tarihinde Sözleşme'nin 5/3 maddesinin ihlal edilmediği yönünde karar vermiş⁴, bu karar Mangouras'ın talebi üzerine 5 Haziran 2009 tarihinde Büyük Daire önüne götürülmüştür. Büyük Daire de 28 Eylül 2010 tarihinde Sözleşme'nin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, vol. 15, 2009/2, <http://www.droit.univ-nantes.fr/labos/cdmo/centre-droit-maritime-oceanique/cdmo/cdmo/cdmo.php>. (son erişim tarihi 22 Haziran 2012).

⁴ İHAM, Mangouras c. Espagne, n° 12050/04.

IV. Deniz Çevresinin Korunması

A. Uluslararası Düzenlemeler

1. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi İçtihadı

Deniz çevresinin korunmasına ilişkin “*çerçeve ilkeler*”⁵ 10 Aralık 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde⁶ (BMDHS) düzenlenmektedir. BMDHS, denizlerde ve okyanuslardaki bilimsel, ticari ve ekonomik faaliyetleri denetlemek, deniz ve deniz çevresi ile ilgili koruma önlemleri almak amacı taşımaktadır⁷. Sözleşme’nin 237. maddesinin 2. fıkrası uyarınca devletler, deniz çevresinin korunmasına ve ilişkin olarak özel sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini BMDHS’nin genel prensipleri ve amaçları ile bağdaşır bir şekilde yerine getirmekle yükümlüdürler⁸. Okyanuslar ve deniz hukuku ile ilgili tüm faaliyetlerin BMDHS kurallarına uygun olması gerektiği tüm dünyada kabul görmüştür.

BMDHS’de deniz çevresinin korunmasına ilişkin doğrudan düzenlemelerin yanı sıra deniz karasularından zararsız geçiş, münhasır ekonomik bölge, özellikle canlı kaynakların korunması, açık denizler, uyuşmazlıkların çözümü gibi deniz çevresinin korunmasına ilişkin dolaylı düzenlemeler de yer almaktadır⁹. Sözleşme’ye göre taraf Devletler, deniz çevresini korumak için deniz çevresini kirletmemek ve vatandaşlarının kirliliğe yol açacak davranışlarına izin vermemek, diğer devletlerle işbirliği yapmak, standartların oluşturulmasına katkıda bulunmak ve oluşturulacak bu standartların kendi hukuk düzenlerine aktarmak için gerekli yasal düzenlemeleri yapmak yükümlü altındadırlar¹⁰.

BMDHS uyarınca kurulan Uluslararası Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi¹¹, deniz hukuku uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde başlıca

⁵ ANLAR GÜNEŞ Şule, “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 56, sayı 2, 2007, s. 14.

⁶ United Nations Convention on the Law of the http://www.un.org/Depts/los/convention_agreement/texts/unclos/unclos_e.pdf (son erişim tarihi 22 Haziran 2012). Türkiye bu Sözleşme’ye taraf olmamıştır.

⁷ ECE Jale Nur, “Uluslararası Deniz Hukuku’nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları”, Uluslararası Deniz Hukuku’nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu, ORSAM, Karadeniz Kitapları No: 1, Ankara, 2011, s. 68.

⁸ Sözleşmenin Türkçe metni için bakınız http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/denizhukuku.pdf (son erişim tarihi 22 Haziran 2012).

⁹ ANLAR GÜNEŞ, s. 14.

¹⁰ ANLAR GÜNEŞ, s. 17.

¹¹ 1996 yılında Hamburg’da faaliyetlerine başlayan Mahkeme’nin kuruluş ve çalışma esasları BMDHS’nin VI. Ek’inde yer alan 41 maddelik “Uluslararası Deniz

öneme sahip olan uluslararası bir mahkemedir. Mahkeme yargı yetkisini, BMDHS nin içeriğine ilişkin bütün uyuşmazlıklar bakımından olduğu kadar, BMDHS dışındaki sözleşmelerin uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da kullanabilir¹².

İnceleme konumuz bakımından, BMDHS insan haklarını güvence altına alan bir belge olmamakla birlikte, Sözleşme metninin özüne bireyi buna bağlı olarak da insan haklarını koruma endişesi yansımıştır. Münhasır ekonomik bölgedeki canlı kaynakların araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetimi konularındaki egemen haklarının kullanılmasında sahildevletlerin kanun ve kurallarının yürürlüğe konulmasını düzenleyen BMDHS 73. maddesi bireyin korunmasının temelini teşkil etmektedir¹³. Söz konusu maddeye göre balıkçılık konusundaki kanunlara ve kurallara uyulmaması halinde hapis cezası veya diğer bedensel cezalar uygulanamaz¹⁴. Yabancı bir gemiye el konulması veya geminin seferden alıkonulması halinde, sahildevletinin, gecikmeksizin bayrak devletini, uygun vasıtalarla, alınan tedbirlerden ve daha sonra verilen cezalardan haberdar etmesi gerekliliği¹⁵, para cezalarına yalnızca belli kirlilik ihlalleri halinde hükmedilebilmesi¹⁶ hususları da bireyi korumayı hedefleyen düzenlemelerdir.

BMDHS'nin 73. maddesine göre balıkçılığa ilişkin düzenlemelerinin ihlali halinde sahildevlet, tutuklanan gemi mürettebatını bir teminat veya diğer yeterli bir garanti gösterilmesi, halinde gecikmeksizin serbest bırakmakla yükümlüdür. Aynı şekilde 292. madde uyarınca da, taraf devletlerden birisi başka bir taraf devletin bayrağını taşıyan bir gemiye el koyduğu takdirde, makul bir teminat ya da başka finansal güvence karşılığında söz konusu gemi ve mürettebatını gecikmeksizin serbest bırakmakla yükümlüdür.

BMDHS' de makul teminatla ilgili herhangi bir düzenleme yer almaması karşısında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM), bir teminat bedelinin makul olup olmadığını saptamak amacıyla bir takım ölçütler belirlemiştir.

Hukuku Mahkemesi Statüsü" ile belirlenmiştir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız AKÇAPAR Burak, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, cilt 51, sayı 1-4, 1997 s. 19-43;

¹² KESKİN Funda, "1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, cilt 53, sayı 1-4, 1998, s. 197.

¹³ TREVES Tullio, "Human Rights and the Law of the Sea", Berkeley Journal of International Law, vol. 28/1, 2010, s. 3.

¹⁴ BMDHS m. 73/3.

¹⁵ BMDHS m. 73/4.

¹⁶ BMDHS m. 230.

UDHM, ilk kararlarında makul deyiminin teminat veya garantinin, miktarı, niteliği veya şeklini kapsadığını belirtmektedir. Mahkemeye'ye göre teminat bedelinin, miktarı, toplamı, şekli ve niteliği arasındaki denge makul olmalıdır¹⁷. UDHM, sonraki kararlarında bu ölçütleri açıklığa kavuşturmuştur. Mahkeme teminat bedeli ya da garantinin makul niteliğini belirlerken isnad edilen suçların ağırlığı, gemiye el koyan devletin mevzuatı uyarınca uygulanan ya da uygulanacak yaptırımlar, geminin ve geminin taşıdığı yükün değeri, gemiye el koyan devlet tarafından talep edilen teminat bedeli ve niteliğini göz önünde bulundurmaktadır¹⁸. Mahkemeye göre bu ölçütler tüketici bir şekilde sayılmamıştır ve bu unsurlardan birine ya da diğerine göreceli olarak önem atfedilmesine yönelik katı kurallar benimsenmemiştir¹⁹.

UDHM, *Juno Trader*²⁰ kararında geminin ve mürettebatının gecikmesizin serbest bırakılması kavramının insanlığın temel değerlerini ve adil yargılanma hakkını da kapsadığını belirtmiştir.

Mahkeme teminat bedelinin ya da garantinin makul olmadığına karar verirse Tüzüğü'nün 113. maddesinin 2. fıkrası gereğince teminat veya garantinin miktarını, şeklini ve niteliğini belirler.

UDHM'nin esas rolü iki devletin yarışan çıkarları arasındaki dengeyi kurmaktır. Teminatla salıverilmeye ilişkin içtihadının büyük bir çoğunluğu balıkçılık alanındaki suçlara ilişkindir. Ayrıca Mahkemenin yargı yetkisinin geminin ve mürettebatın tutuklanması ve salıverilmesi kadar el koyulan gemilere de yönelik olduğu unutulmamalıdır²¹.

2. Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme (MARPOL1973/78 Sözleşmesi)

1973 yılında Uluslararası Deniz Kirliliği konferansında kabul edilen Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme'ye, Uluslararası Tanker Güvenliği ve Deniz Kirliliği Konferansında 17 Şubat 1978 tarihinde bir protokol eklenmiştir (MARPOL 1973/ 78). Sözleşme deniz çevresinin kirliliğe karşı korunmasında karşılaşılan sorunlar

¹⁷ AKL Joseph, "La procédure de prompte mainlevée du navire ou prompte libération de son équipage devant le tribunal international du droit de la mer", *Annuaire de droit maritime*, tome IV, 2001, s. 220.

¹⁸ UDHM, *Camouco* (Panama c. France), *TIDM Recueil2000*, s. 31, § 67. Bu kavramlar hakkında bakınız, GALLALA İmen, "La notion de caution raisonnable dans la jurisprudence du tribunal international du droit de la mer", *Revue générale de droit international public*, tome 105, 2001/4, s. 931.

¹⁹ UDHM, *Monte Confurco* (Seychelles c. France), *TIDM Recueil2000*, s. 109, § 76.

²⁰ UDHM, *Juno Trader* (Saint Vincent et Grenadines c. Guinée Bissau), *TIDM Recueil2004*, s. 71, § 77.

²¹ İHAM, *Mangouras c. Espagne*, [GC], § 46.

nedeniyle pek çok kez değişikliğe uğramıştır. Sözleşme'nin Petrol ile Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi Kuralları, Dökme Zehirli Sıvı Maddelerle Deniz Kirlenmesinin Kontrolü, Denizde Paketli Taşınan Zararlı Maddelerle Kirlenmenin Önlenmesi Kuralları, Gemilerden Çıkan Pis Sular ile Kirlenmenin Önlenmesi Kuralları, Gemilerden Atılan Çöplerle Denizlerin Kirlenmesinin Önlenmesi Kuralları, Gemilerden Hava Kirliliğinin Önlenmesi Kuralları olmak üzere altı eki bulunmaktadır²².

MARPOL Sözleşmesi'ne taraf olan devletler zararlı atıkların neden olduğu çevre kirliliğinin üzere her türlü tedbiri almakla yükümlüdürler. Sözleşmede deniz kirliliğine sebep olan kasten ve bilinçli taksirle neden olma bir suç olarak tanımlanmış, ancak failer hakkında tutuklama koruma tedbirine başvurulması ya da hapis cezası öngörülmemiştir²³.

MARPOL 73/78 Sözleşmesi gemilerin neden olduğu deniz kirliliğiyle mücadele ve deniz çevresinin korunmasında temel metin olarak kabul edilmektedir.

B. Bölgesel Düzenlemeler

1. Avrupa Birliği Yönergeleri

Prestige gemisinin neden olduğu deniz kazası 1960'ların ortalarından bu yana devam eden ve Avrupa'da özellikle Atlantik denizinde deniz kirliliğine neden olan deniz kazalarının sonucusudur. Geminin neden olduğu kaza tüm dünyada deniz güvenliğine ve kirliliğine ilişkin standartların ve alınan önlemlerin sorgulanmasına yol açmıştır. Kazanın hemen ardından seyir esnasında güvenliği arttırmak ve deniz taşımacılığının neden olduğu kirliliği önlemek, uluslararası platformda bir öncelik haline gelmiştir²⁴. Özellikle Birleşmiş Milletler²⁵ ve Avrupa Birliği bünyesinde okyanuslar ve deniz hukuku üzerine pek çok çalışma yapılmıştır.

Bu çalışmalar sonucunda 21 Nisan 2004 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Çevresel Zararların Önlenmesi ve Giderilmesine İlişkin Çevresel Sorumluluk 2004/35/ECYönergesi²⁶ kabul edilmiştir.

²² Türkiye Marpol 73/78 Sözleşmesi'ne ve EK I, II ve V 'e taraf olmuştur. Resmi Gazete 24 Haziran 1990 sayı 20558.

²³ OLAGUNJU G. Anthony, "Criminalization Of Seafarers For Accidental Discharge Of Oil: Is There Justification In International Law For Criminal Sanction For Negligent Or Accidental Pollution Of The Sea?", *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 37, no. 2, 2006, s. 235.

²⁴ FRANK Veronica, "Consequences of the Prestige Sinking for European and International Law", *The International Journal Of Marine And Coastal Law*, vol, 20, no. 1, 2005, s. 1

²⁵ Bakınız BM Genel Sekreteri Deniz Hukuku 2003 Raporu; A/58/50, Bölüm IV; Report on the work of the 4th UN Open-Ended Informal Consultative Process (ICP), A/58/95; 2003 UN General Assembly Annual Resolution A/58/L.19, 23.12.2003, s. 23, www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly.htm.

²⁶ Official Journal of European Union, L 143, 30/04/2004, s. 56 - 75

Çevresel Sorumluluk Yönergesi'nin amacı "kirleten öder" ilkesi esas alınarak çevresel zararların önlenmesi ve ortaya çıkan zararların giderilmesi hususunda uygulanacak ilkelerin çerçevesini belirlemektir²⁷.

Çevresel Sorumluluk Yönergesi, tehlikeli veya muhtemel olarak tehlike arz eden bazı faaliyetler bakımından kusursuz sorumluluk ilkesini benimsemiştir. Biyolojik çeşitliliğe taksirli veya kasıtlı eylemler ile zarar verilmesi durumunda ise kusur sorumluluğu benimsenmiştir.

Erika ve Prestige gemilerinin neden olduğu deniz kazalarından sonra Avrupa Birliği Konseyi ve Parlamentosu tarafından Gemi Kaynaklı Çevre Kirliliği ve İhlallere İlişkin Cezaların Ortaya Konulması Hakkındaki 2005/35/EC Yönergesi²⁸ kabul edilmiştir. Bu Yönerge'nin amacı, gemi kaynaklı çevre kirliliğine ilişkin ihlalleri saptamak ve bu ihlallere uygulanacak cezai veya idari yaptırımlar ile alınması gerekli önlemleri düzenlemektir²⁹.

2005/35/EC Yönergesi'nin çerçevesini oluşturan 12 Temmuz 2005 tarihli ve 2005/667/JHA sayılı Çerçeve Kararıyla³⁰ açık bir kavram olamayan "ciddi ihmal" durumlarına neden olan davranışlar da suç olarak kabul edilmiş ve failer için bir ilâ on yıl arasında değişen hapis cezaları öngörülmüştür. Ancak Çerçeve Kararı'nda ciddi ihmalden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bu kavram "ciddi ihmal" ve "ciddi ihmal" sonucu olmayıp kazaen ortaya çıkan kirlenme arasındaki farkın açık olmaması sebebiyle eleştirilmektedir³¹.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na 3 Haziran 2008 tarihli kararında ciddi ihmal kavramını dikkat ve özen yükümlülüğünün nitelikli bir ihmali olduğunun altını çizmiştir. Divan'a göre ciddi ihmal kavramı, bilgi yetenek ve kişisel durumu itibarıyla dikkat ve özen yükümlülüğü bulunan kişinin icrai ya da ihmali davranışla bu yükümlülüğüne aykırı davranması olarak anlaşılmalıdır³².

²⁷ GÜNEŞ Ahmet M., "Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Yönergesi Üzerine Bir İnceleme", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/2, s. 80.

²⁸ Official Journal of European Union, L 255, 30.9.2005, s. 11-21.

²⁹ Söz konusu Yönerge'ye göre atıkların hukuka aykırı olarak taşınması, koruma altındaki türlerin veya ozon tabakasını zayıflatan maddelerin ticareti, koruma latındaki bir bölgedeki yaşamı önemli ölçüde tahrip eden eylemler, tehlikeli atıkların işlenmesi, yok edilmesi, depolanması taşınması, ithali ya da ihracından kaynaklanan çevre ihlalleri, iyonize radyasyon veya yasak maddelerin atılmasından kaynaklanan çevre ihlalleri, üye devletlerin iç hukukunda suç olarak düzenlenmelidir. Çevre Hakkında AB Müktesebat Rehberi, <http://www.mess.org.tr/content/MESS%20-%C3%87evre-Ocak-2012.pdf> (son erişim tarihi 22 Haziran 2012).

³⁰ Official Journal of European Union, L 255, 30.9.2005, s.164-167.

³¹ ASLAN Tevfik, "Bölgesel Kuralların Dünya Deniz Ulaştırmasına Etkileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi cilt 9, sayı: 1, 2007, s. 52.

³² Affaire C-308/06.Recueil de jurisprudence 2008 s. I-4057§ 77.

Ceza hukuku aracılığıyla çevrenin korunmasına ilişkin 19 Kasım 2008 tarihli ve 2008/99/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi³³ ise çevrenin daha etkin bir biçimde korunması için ceza hukuku çerçevesinde tedbirleri düzenlemektedir³⁴.

2. Avrupa Konseyi Ceza Hukuku Yoluyla Çevrenin Korunması Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından 1998 yılında hazırlanan ve imzaya açılan Ceza Hukuku Yoluyla Çevrenin Korunması Sözleşmesi yeterli sayıda devlet tarafından imzalanmadığından henüz yürürlüğe girmemiştir.

Bu Sözleşme'nin 2. maddesinde çevreye karşı kasten işlenen suçlar³⁵, 3.

³³ Official Journal of European Union, L 328, 6.12.2008, s. 28-37.

³⁴ Yönerge'ye göre (a) Bir miktar malzeme veya iyonlaştırıcı radyasyonun hava, toprak veya su ortamına deşarjı, salınımı veya atılması; (b) (Atık yönetiminde) işlemlerin ve depolama sahalarının gözetimi ve bir komisyoncu yada gözetimci olarak gerçekleştirilen eylemler dahil atığın toplanması, taşınması, geri kazanımı ve imha edilmesi; (c) İster tek bir seferde ister bağlantı birkaç seferde yürütülen (Atıkların sevkiyatına ilişkin 14 Haziran 2006 tarihli ve 1013/2006 (AT) sayılı Yönetmelik Madde 2 (35); kapsamındaki ve önemsiz olmayan bir miktardaki) atık sevkiyatı; (d) Tehlikeli bir faaliyet yürüten veya tehlikeli madde ve müstahzarların depolandığı veya kullanıldığı bir fabrikanın işletilmesi; (e) Nükleer maddeler veya diğer tehlikeli radyoaktif maddelerin üretimi, işlenmesi, idaresi, kullanımını, tutulması, depolanması, taşınması, ithalatı, ihracatı veya imha edilmesi; (f) İşlemin ihmal edilebilir bir miktarı ilgilendirdiği ve türlerin korunmasında ihmal edilebilir bir etkisinin olduğu haller dışında koruma altındaki yabani fauna ve flora türlerinin öldürülmesi, imha edilmesi, bulundurulması veya alınması; (g) İşlemin ihmal edilebilir bir miktarı ilgilendirdiği ve türlerin korunmasında ihmaledebilir bir etkisinin olduğu haller dışında koruma altındaki yabani fauna ve flora türlerinin veya bunların parça veya türevlerinin ticareti; (h) Koruma altındaki bir bölgedeki bir yaşamın önemli derecede bozulmasına yol açanher türlü işlem; (i) Ozon tabakasını incelten maddelerin üretimi, ithalatı, ihracatı, pazara sunulması veya kullanılması suç olarak düzenlenmelidir. Ayrıca bu suçlara teşvik, yardım ve yataklık da suç olarak cezalandırılmaktadır.

³⁵ "Madde 2 -Kasten İşlenen Suçlar

1. Her Taraf, iç hukukuna uygun olarak suç ihdas etmek için gereken tedbirleri alır:

Havaya, toprağa, suya, yasak maddeler veya iyonlaştırıcı radyasyon miktarı deşarjı, salınımı veya atımıyla

i. herhangi bir kişinin ölümüne ya da ciddi şekilde yaralanmasına neden olma, veya

ii. herhangi bir kişinin ölümüne veya ciddi şekilde yaralanması tehlikesine neden olma;

b. suya yasadışı maddeler hava, su veya toprağa yasak maddeler ya da iyonize radyasyon deşarjı, salınımı veya atımına neden olarak bunların kalıcı olarak tahrip olmasına veya ölüme veya ciddi şekilde yaralanmaya neden olma ya da koruma altındaki anıtların veya diğer korunan nesnelere, eşyaların, hayvanların ve bitkilerin önemli zarara uğramasına neden olma;

maddesinde ise taksirle işlenen suçlar³⁶ düzenlenmiştir. 6. maddeye göre ise Sözleşme'ye taraf Devletler çevrenin korunmasına ilişkin uluslararası Sözleşmelere uygun olarak 2. ve 3. maddede öngörülen suçları ağırlıklarına göre ceza yaptırımları saptayarak iç hukuklarında düzenlemekle yükümlüdürler. Bu yaptırımlar hapis cezası, para cezası veya kirletilen yerin eski haline iadesi olabilir.

V. Kararda Ele Alınan Görüşler ve Değerlendirme

A. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları'nda Çevrenin Korunması

Çevre hakkı, İHAS ve Ek protokollerde bağımsız bir hak olarak tanınmamıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Mahkeme içtihadı uyarınca dikkate alınan orantılılık ilkesiyle, çevre hukukundaki ihtiyat ilkesini³⁷ bağdaştırmak oldukça güçtür³⁸. Bununla birlikte her geçen gün çevrenin korunması alanında özellikle uluslararası alanda yeni ilkelerin

c. hava, toprak, su, hayvan ve bitki örtüsünün kalitesinde önemli zarar doğuran ya da zarara neden olabilecek ya da kişilerin ölmesi ya da ciddi şekilde yaralanmasına neden olabilecek şekilde tehlikeli atıkların imhası, işlenmesi, depolama, nakli, ihracı ya da ithali;

d. Kişilerin ölümüne veya ciddi yaralanmasına veya hava toprak, su, hayvan veya bitki kalitesi için önemli zarar doğuran ya da (bunların) zarara uğramasına neden olabilecek şekilde tehlikeli bir fabrikanın işletilmesi;

e. Kişilerin ölümüne veya ciddi şekilde yaralanmasına veya hava toprak, su, hayvan veya bitki kalitesi için önemli zarar doğuran ya da (bunların) zarara uğramasına neden olabilecek şekilde nükleer malzeme ya da diğer tehlikeli radyoaktif maddelerin imali, işlenmesi, depolanması, kullanılması, taşınması, ihracı ve ithali;

2. Her Taraf iç hukukunda, bu maddenin 1. fıkrasına uygun olarak tanımlanan herhangi bir suçun iştirak halinde işlenmesi halinde de cezalandırılması için gerekli olan uygun önlemleri alır."

36 Madde 3- Taksirle İşlenen Suçlar

1. Her Taraf iç hukukuna uygun olarak 2.maddenin 1. fıkrasının a ilâ e bendinde düzenlenen suçların taksirle işlenmesi halinde de suç olarak düzenlenmesi için gereken tedbirleri alır.

2. Her Devlet imza sırasında veya onay, kabul, onay veya katılım belgesini teslimi esnasında veya Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bir beyan ile tamamen ya da kısmen, bu maddenin 1. fıkrasını sadece bilinçli taksir ile işlenen suçlar için, uygulama hakkını saklı tuttuğunu bildirebilir.

3. Her Devlet imza sırasında veya onay, kabul, onay veya katılım belgesini teslimi esnasında veya Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bir beyan ile tamamen ya da kısmen, bu maddenin 1. fıkrasının

-2. maddenin 1. fıkrası a.ii.bendine;

-2. maddenin 1. Fıkrasının b bendini anıtlar, suç korunan anıtlar veya diğer korunan nesne veya eşyayla mülkiyet ilgili sürece uygulamama hakkını saklı tutabilir.

37 İhtiyat ilkesi için bakınız TURGUT Nükhet, "İhtiyat İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 45, sayı 1-4 1996, s. 103-130.

38 MARGUENAUD Jean-Pierre, "L'adaptation des garanties procédurales européennes aux exigences de la répression des délits contre l'environnement", Revue de science criminelle, 2009, s. 180.

saptanması ve kamuoyunun duyarlılığı karşısında İHAM'da Sözleşme'nin geliştirmeci yorumu yorumuyla bu gelişmelere ayak uydurmuştur³⁹.

İHAM içtihatlarında çevre hakkı, Sözleşme'nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı, 3. maddede yer alan işkence, insanlık dışı muamele ve onur kırıcı muamele yasağı ve 1 no.lu Ek Protokol, m.1'deki mülkiyet hakkı gibi diğer haklar aracılığıyla dolaylı olarak korunmaktadır⁴⁰. Ciddi boyutlara ulaşan çevre kirliliği bireylerin refahım etkilediğinden çevre hakkı özellikle özel hayatın gizliliğine saygı hakkı ile sıkı bir bağ içerisindedir⁴¹.

Ancak, İHAS 'da güvence altına alınan insan hakları aracılığıyla çevrenin korunması yetersiz bulunarak eleştirilmektedir⁴².

İnceleme konumuz bakımından olduğu gibi, İHAM'm içtihadının bir kısmının konusunu insana ve doğaya dolaylı veya dolaysız olarak zarar veren ve insan eliyle gerçekleşen çevresel felaketler oluşturmaktadır⁴³.

Söz konusu içtihat uyarınca taraf devletler kişinin yaşam hakkının korunmasıyla ilgili olabilecek tehlikeler bakımından kişilere gerekli bilgileri sağlamakla yükümlüdür. Bireyin yaşam hakkının etkin bir şekilde korunması ancak devletin, bireyleri tehlikeler konusunda bilgilendirmesi ve bireylerin gerekli tedbirleri almaları için önleyici nitelikte bilgileri hazırladığı ve yaydığı ölçüde mümkün olabilecektir. Bu hususta devletin pozitif bir yükümlülüğü vardır. Bir çöplüğün patlaması gibi bir çevre kazası⁴⁴ ya da toprak kayması⁴⁵ gibi doğal felaketler bakımından da pozitif yükümlülük geçerlidir.

³⁹ DİNÇ Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre Ve İnsan, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s. 28.

⁴⁰ TAVERNIER Paul, "Le droit de l'homme à un environnement sain, le droit de propriété et les libertés économiques", *Annuaire international des droits de l'Homme*, vol. I, 2006., s. 219; KABOĞLU İbrahim, "Çevre Hakkı", *İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları İstanbul*, 2000, s. 339.

⁴¹ AKANDJİ-KOMBE Jean-François, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler; İnsan Hakları El Kitapları no.7*, 2008, Avrupa Konseyi, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_Kapsaminda_Positif_Yukumlulukler.pdf (son erişim tarihi 22 Haziran 2012).

⁴² DE SADELEER Nicolas, "Droits fondamentaux et protection de l'environnement dans l'ordre juridique de l'UE et dans la CEDH" in C. Verdure, *Environment and consumer protection*, numéro spécial du *European Journal of Consumer Law*, Bruxelles, Larcier, 2011, s. 51.

⁴³ PRIEUR Michel, "Le Conseil de l'Europe, les catastrophes et les droits de l'homme", *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne]*, Hors-série 8 | octobre 2010, mis en ligne le 20 octobre 2010, <http://vertigo.revues.org/10270>; DOI: 10.4000/vertigo.10270 (son erişim tarihi 22 Haziran 2012).

⁴⁴ İHAM, Öneriyıldız c. Turquie, n°48939/99, *Reports of Judgments and Decisions 2004-XII*.

⁴⁵ İHAM, Budayeva c. Russie, n° 15339/02, *Reports of Judgments and Decisions 2008*.

Bir çevresel felaket tehlikesi söz konusu olduğunda ya da bir çevresel felaket meydana geldikten sonra, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü kapsamında bu olaylara ilişkin olarak resmi makamların görüşlerinden farklı görüşler de ifade edilebilmelidir⁴⁶.

İHAM, içtihadı uyarınca tabiat ve ormanların, daha genel anlamda çevrenin korunması kamu vicdanında ilgili makamların sürekli ilgi ve desteğini gerektiren bir değer olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁷. Özellikle Devlet bu konuyla ilgili yasalar çıkarmış ise, ekonomik zorunluluklar ve mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklar, çevrenin korunmasıyla ilgili değerlendirmeler karşısında öncelikli olmamalıdır⁴⁸.

Mangouras/İspanya kararı, çevreyi korumak için uluslararası mahkemeler tarafından atılmış önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir⁴⁹.

B. Tutuklanan Kişinin Teminatla Salıverilmesi

İHAM inceleme konusu yapılan kararda, başvuruçunun iddialarını İHAS'm 5. maddesinde düzenlenen kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkı bakımından incelemiştir⁵⁰. Başvurucu yukarıda da belirtildiği gibi 5. maddenin 3. fıkrasıyla güvence altına alınan haklardan makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Sözleşme'ye göre yargılama sırasında tutuklu kişinin salıverilmesi, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir. Bu teminat maddi olabileceği gibi duruşmada hazır bulunmayı sağlayabilecek her türlü teminat olabilir⁵¹.

İHAM'ın teminatla salıverilme hakkına ilişkin yerleşmiş içtihadı uyarınca, teminat bağlanarak kişinin yargılamada hazır bulunması temin edilebilecekse, İHAS m. 5/3 gereği kişinin serbest bırakılması gerekmektedir.

⁴⁶ İHAM, Mamère c. France, n° 12697/03, Recueil des arrêts et décisions 2006-XIII.

⁴⁷ İHAM, Hacısalihoğlu c. Turquie, n°343/04, § 33.

⁴⁸ İHAM, Hamer c. Belgique, n° 21861/03, § 79, CEDH 2007.

⁴⁹ COUMA Tidiani, "Cour européenne des droits de l'Homme. Arrêt du 8 janvier 2009. Mangouras c. Espagne, n° 12050/04" Chronique de jurisprudence internationale (sous la direction de Philippe Weckel), Revue générale de droit international public, tome 113, n° 2, 2009, s. 446.

⁵⁰ Kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili İHAS m. 5 konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. TEZCAN Durmuş /ERDEM M. Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Murat R., İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011 s.177vd.; KARAOSMANOĞLU Fatih, İnsan Hakları, Ankara 2011, s. 239 vd.

⁵¹ SOYER GÜLEÇ Sesim, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 98, 2012, s. 44.

İHAM içtihadı uyarınca, tutukluluk istisnai bir tedbirdir ve bu tedbire zorunlu hallerde ve en son çare olarak başvurulması gerekir⁵².

Mahkeme'ye göre teminatın amacı suçtan doğan zararı tamir ve tazmin değil, sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamaktır⁵³. Bu nedenle teminat miktarı saptanırken, sanığın özellikle mal varlığı başta olmak üzere kişisel durumunun her yönüyle incelenmesi gerekir. Başka bir deyişle sanığın kaçması halinde teminat bedelini ödemiş olmasının sanık üzerinde bırakacağı etkinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Teminatın miktarı ve teminata kefil olacak kişi ile sanığın bağlantısının sanığın kaçmasına ihtimal bırakmayacak düzeyde olması gerekir⁵⁴. Bununla beraber, salverilmesi amacıyla sanıktan istenen teminatın, sanık üzerinde makul düzeyde güvenliği sağlamak için gerekenden daha ağır bir yük oluşturmalıdır⁵⁵. Teminat değeri kural olarak sanığın durumuna ve mal varlığına bakılarak değerlendirilirken, bazı durumlarda sanığa atfedilen kaybın miktarı da göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁶.

İHAM'a göre sanığın tutukluluğunun devamının zorunlu olup olmadığına karar verirken gösterilen özen, uygun teminat miktarını belirlerken de gösterilmelidir⁵⁷. Teminat tutukluluğun devamını haklı kılan sebepler bulunduğu sürece istenebilir⁵⁸.

Yukarıda çerçevesi çizilen içtihadını, Mangouras'ın başvurusuna uygulayan İHAM, üç milyon Avro teminat bedelinin, başvurucunun gelirini aşan bir miktar olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme'ye göre İspanyol makamları, teminat bedelini saptarken başvurucunun kişisel durumunu, işverenin Prestige gemisinin donatanı olduğunu dolayısıyla sanıkla teminata kefil olan kişi arasındaki sıkı bağı dikkate almışlardır⁵⁹. İHAM sanığın kaçma tehlikesi bulunup bulunmadığı üzerinde detaylı bir biçimde durmak yerine, teminat miktarının aşırı yüksekliğini sanığın işvereni üzerinden sanığın kişisel durumuna bağlamaya çalışmıştır⁶⁰.

⁵² DOĞRU Osman, "Sanık Ögüten Çarklar": İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi, TESEV, 2011, s. 50.

⁵³ İHAM, Neumeister c. Autriche, n° 1936/63, série A no 8, p. 40, § 14.

⁵⁴ ŞAHBAZ İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 55, 2004, s. 221.

⁵⁵ İHAM, Musuc c. Moldovie, n° 42440/06, § 42, 6 novembre 2007.

⁵⁶ İHAM, Moussa c. France, n° 28897/95, D.R. 89A, s. 92.

⁵⁷ İHAM, Iwañczuk c. Pologne, n° 25196/94, § 66; İHAM, Schertenleib c. Suisse, n° 8339/78, § 170, rapport de la Commission du 11 décembre 1980, Décisions et rapports 23.

⁵⁸ İHAM, Aleksandr Makarov c. Russie, n° 15217/07, § 139.

⁵⁹ İHAM, Mangouras c. Espagne[GC], § 83.

⁶⁰ "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière pénale. Les quatre saisons de la Cour: printemps-été 2010 1er avril 2010 - 30 septembre 2010", Revue internationale de droit pénal, 2010/3 Vol. 81, s. 645.

İspanyol mahkemelerinin teminat miktarını belirlerken suçun ağırlığına dayanmaları hususunda ise İHAM “*gerek Avrupa gerekse uluslararası düzeyde, çevreye karşı işlenen suçlara ilişkin büyüyen ve geçerli endişeleri göz ardı edemeyeceği*”ni belirtmiştir⁶¹. Mahkeme’ye göre bu yeni gerçekler Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrasının yorumunda dikkate alınmalıdır. Mahkeme devletlerin olduğu kadar uluslararası örgütlerin çevreye karşı işlenen suçların faillerinin saptanması ve yargılama sırasında hazır bulunmaları ve cezalandırılmaları konusundaki ortak isteklerine göndermede bulunmuştur. Bu durum ise Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrasının daha sert yorumlanmasını gerektirmektedir. Teminat miktarının belirlenmesinde suçun ağırlığı ölçütüne dayanılmasını kabul ederek, Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme çevrenin korunmasına karşı işlenen suçları diğer suçlardan daha ağır suçlar olarak kabul etmiş olmaktadır. Artık çevreye karşı işlenen bir suç nedeniyle tutuklanan sanığın salıverilmesi için saptanan teminat miktarının Sözleşme’ye uygunluğu, suçun ağırlığına göre değerlendirilecektir. Oysa Suçun ağırlığı teminat miktarının belirlenmesinde rol oynayan önemli bir ölçüt olmamalıdır. Suçun ağırlığı dikkate alınarak aşırı bir teminat miktarı belirlendiğinde, sanığın salıverilme umudunu kaybetmektedir⁶².

Suçun ağırlığına göre teminat bedelinin saptanması ölçütünün sadece çevreye karşı işlenen suçlar bakımından mı uygulanacağı yoksa Mahkeme’nin bir içtihat değişikliğine mi gittiği karardan anlaşılamamaktadır. Teminat miktarının belirlenmesiyle ilgili yeni tarihli bir İHAM kararına bakıldığında sanığın kişisel durumunu dikkate alan içtihadın uygulanmaya devam edildiği görülmektedir⁶³. Bu durum ise kanaatimizce içtihadta bir birlik olmaması sonucunu doğurmaktadır.

Kanatımızca, Sözleşme’ye taraf devletlere, örneğin terör suçları bakımından, suçun ağırlığını gerekçe göstererek ödenmesi olanaksız teminat bedelleri saptama konusunda sınırları belirsiz bir takdir yetkisi verilmiş olmaktadır.

İHAM bu kararında tutuklamanın en son çare olarak başvurulması gereken bir tedbir olduğunu⁶⁴ unutmamıştır. Ayrıca, tutukluluk süresinin uzunluğunun yalnızca suçun ağırlığı gerekçesine dayandırılmayacağı yönündeki kararlarını da göz ardı etmiş görünmektedir⁶⁵. İsnad edilen suçun

⁶¹ İHAM, Mangouras c. Espagne[GC], § 86.

⁶² Bakınız Hakimler Rozakis, Bratza, Bonello, Cabral Barreto, David Thór Björgvinsson, Nicolaou ve Bianku’nun Mangouras/İspanya kararındaki karşı oy yazısı.

⁶³ İHAM, Perez Carballo Villar c. France, décision d’irrecevabilité, n° 59241/09.

⁶⁴ İHAM, Gołek v. Poland, n° 31330/02, §§ 27-33.

⁶⁵ İHAMMichta v. Poland, n° 13425/02, §§ 49.

ağırlığı tek başına tutukluluk süresinin uzatılmasının dayanağı olamazken, sanığın salıverilmesini olanaksız kılacak miktarda yüksek bir teminat bedeli saptanmasının gerekçesi olabilecektir. Teminatı ödeyemediği için sanığın tutukluluk süresi uzayacak, böylece suçun ağırlığı uzun tutukluluk süresinin temelinde yatan esas gerekçe olacaktır. Bu husus ise Mahkeme'nin tutuklamayla ilgili yerleşmiş içtihadını tamamen değiştirmek anlamına gelmektedir.

İHAM, Mangouras/İspanya kararında “*insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması bakımından artan seviye kaçınılmaz olarak demokratik toplumların temel değerlerini ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde katı bir tutumu gerektirdiğine*”⁶⁶ işaret etmiştir.

Mahkeme kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının da demokrasinin vaz geçilmez unsurlarından biri olduğu hususuna ise kararında hiç değinmemiştir. 1679 yılında kabul edilen “Habeas Corpus Act” özgürlüğü kısıtlanan kişiye teminatla salıverilme hakkı tanımaktadır⁶⁷. Bugün hukukun üstünlüğüne inanan demokratik bir toplumun temel değerlerinden birinin Habeas Corpus güvenceleri olduğu gerektiği hiç şüphesizdir.

Bu kararla demokratik toplumun temel değerlerinden biri olarak kabul edilen çevrenin korunması için özgürlüğü ve güvenliği hakkının göz ardı edilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır⁶⁸.

Sonuç

Çevre sorunları sorunlardır. Deniz kazaları sonucu meydana gelen çevresel felaketler kalıcı ve geniş kapsamlı ve uzun vadeli etkiler doğuran zararlara neden olmaktadır. Ortaya çıkan bu zararların giderilmesi zor ve çok yönlü mücadeleyi gerektirmektedir. Çevrenin korunması bakımından temel ilke olan “kirleten-öder” ilkesinin bugün yeterli olmaması karşısında uluslararası alana da çevrenin etkili bir şekilde korunması amacıyla ceza normlarına başvurulması hususu giderek daha çok kabul görmektedir.

Ancak çevrenin ceza hukuku normlarıyla korunmasıyla insan haklarının korunması arasındaki hassas denge sağlıklı bir biçimde kurulmalıdır. Bu dengeden insan hakları aleyhine vazgeçilmemelidir.

İHAM bu hassas dengeyi inceleme konusu yapılan kararda maalesef kuramamıştır. Mahkeme Sözleşme’de yer alan diğer hak ve özgürlüklerin koruma alanını daraltsa da, geliştirmeci yorumu çevrenin korunması alanında aktivizmin bir simgesi olarak görmektedir. Mangouras/İspanya kararı bu

⁶⁶ İHAM, Mangouras c. Espagne[GC], § 87.

⁶⁷ KESKİN Serap, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 65.

⁶⁸ MARGUENAUD, s. 180

hususun en güzel örneklerinden biridir. TULKENS'in da belirttiği gibi İHAM'ın bazı durumlarda, "*kendi kendini sınırlamasının (judicial self-restraint) gerek olup olmadığı sorusunun yanıtı*" aranmalıdır⁶⁹.

⁶⁹ TULKENS Françoise, "Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention?", Séminaire organisé à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, 2011, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D83A8BE3-943B49A-FBF8CAB05-D426F7-C3/0/2011_01_28_SEMI-NAIRE_Discours_Tulkens_FR.Pdf (son erişim tarihi 22 Haziran 2012).

Kaynakça

- AKANDJI-KOMBE Jean-François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler; İnsan Hakları El Kitapları no.7, 2008, Avrupa Konseyi, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_Kapsaminda_Positif_Yukumlulukler.pdf (son erişim tarihi 22 Haziran 2012).
- AKÇAPAR Burak, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, cilt 51, sayı1-4, 1997, s. 19-43.
- AKL Joseph, "La procédure de prompt mainlevée du navire ou prompt libération de son équipage devant le tribunal international du droit de la mer", Annuaire de droit maritime, tome IV, 2001, s. 219-246.
- ANLAR GÜNEŞ Şule, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 56, sayı 2, 2007, s. 1-37.
- ASLAN Tevfik, "Bölgesel Kuralların Dünya Deniz Ulaştırmasına Etkileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi cilt 9, sayı: 1, 2007, s. 44 - 60.
- Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Deniz Hukuku 2003 Raporu;A/58/50, Bölüm IV www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly.htm.
- CHAUMETTE Patrick, "Le capitaine d'un pétrolier, gardien de la protection de l'environnement. Quel Prestige?", Neptunus, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, vol. 15, 2009/2, <http://www.droit.univ-nantes.fr/labos/cdmo/centre-droit-maritime-oceanique/cdmo/cdmo/cdmo.php>
- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière pénale. Les quatre saisons de la Cour: printemps-été 2010 1er avril 2010 - 30 septembre 2010*", Revue internationale de droit pénal, 2010/3 Vol. 81, s. 633-671.
- COUMA Tidiani, "Cour européenne des droits de l'Homme. Arrêt du 8 janvier 2009. Mangouras c. Espagne, n° 12050/04" Chronique de jurisprudence internationale (sous la direction de Philippe Weckel), Revue générale de droit international public, tome 113, n° 2, 2009, s. 446-452.
- Çevre Hakkında AB Müktesebat Rehberi, [http://www.mess.org.tr/content/MESS_Avrupa %20Birliği %20Çevre%20Mevzuatı 16 Ocak 08.pdf](http://www.mess.org.tr/content/MESS_Avrupa%20Birliği%20Çevre%20Mevzuatı%2016%20Ocak%2008.pdf).
- DESADELEER Nicolas, "Droits fondamentaux et protection de l'environnement dans l'ordre juridique de l'UE et dans la CEDH" in C. Verdure, Environment and consumer protection, numéro spécial du European Journal of Consumer Law, Bruxelles, Larcier, 2011, s. 25-51.

- DİNÇ Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre Ve İnsan, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008
- DOĞRU Osman, "Sanık Ögüten Çarklar": İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi, TESEV, 2011.
- ECE Jale Nur, "Tarihe Geçen Deniz Kazaları ve Önlemler" <http://www.dtoizmir.org>
- ECE Jale Nur, "Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları", Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu, ORSAMKaradeniz Kitapları No: 1, Ankara, 2011, s. 65-82.
- FRANK Veronica, "Consequences of the Prestige Sinking for European and International Law", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol, 20, no. 1, 2005, s.1-64.
- GALLALA İmen, "La notion de caution raisonnable dans la jurisprudence du tribunal international du droit de la mer", *Revue générale de droit international public*, tome 105, 2001/4, s. 931-968.
- GÜNEŞ Ahmet M., "Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Yönergesi Üzerine Bir İnceleme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009/2, s. 77-108.
- KABOĞLU İbrahim, "Çevre Hakkı" İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları İstanbul, 2000, s. 337-348.
- KARAOSMANOĞLU Fatih, İnsan Hakları, Ankara 2011.
- KESKİN Funda, "1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, cilt 53, sayı 1-4, 1998, s. 185-205.
- KESKİN Serap, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 64-97.
- MARGUENAUD Jean-Pierre, "L'adaptation des garanties procédurales européennes aux exigences de la répression des délits contre l'environnement", *Revue de science criminelle*, 2009, s. 180
- Official Journal of European Union, L 143, 30/04/2004, s. 56 – 75.
- Official Journal of European Union, L 255, 30.9.2005, s. 11–21.
- Official Journal of European Union, L 255, 30.9.2005, s.164-167.
- Official Journal of European Union, L 328, 6.12.2008, s. 28-37.
- Official Journal of European Union, L 328, 6.12.2008, s. 28-37.

OLAGUNJU G. Anthony, “*Criminalization Of Seafarers For Accidental Discharge Of Oil: Is There Justification In International Law For Criminal Sanction For Negligent Or Accidental Pollution Of The Sea?*”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 37, no. 2, 2006, s. 219-244.

PRIEUR Michel, “*Le Conseil de l’Europe, les catastrophes et les droits de l’homme*”, *Vertigo* - la revue électronique en sciences de l’environnement [En ligne], Hors-série 8 | octobre 2010, mis en ligne le 20 octobre 2010, <http://vertigo.revues.org/10270>.

Report on the work of the 4th UN Open-Ended Informal Consultative Process (ICP), A/58/95 2003 www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly.htm.

SOYER GÜLEÇ Sesim, “*Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012 (98), s. 25-74.

ŞAHBAZ İbrahim, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük Ve Güvenliği*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 55, 2004, s. 201-225.

TAVERNIER Paul, “*Le droit de l’homme à un environnement sain, le droit de propriété et les libertés économiques*”, *Annuaire international des droits de l’Homme*, vol. I, 2006, s. 219-237.

TEZCAN Durmuş /ERDEM M. Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Murat R., *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara 2011.

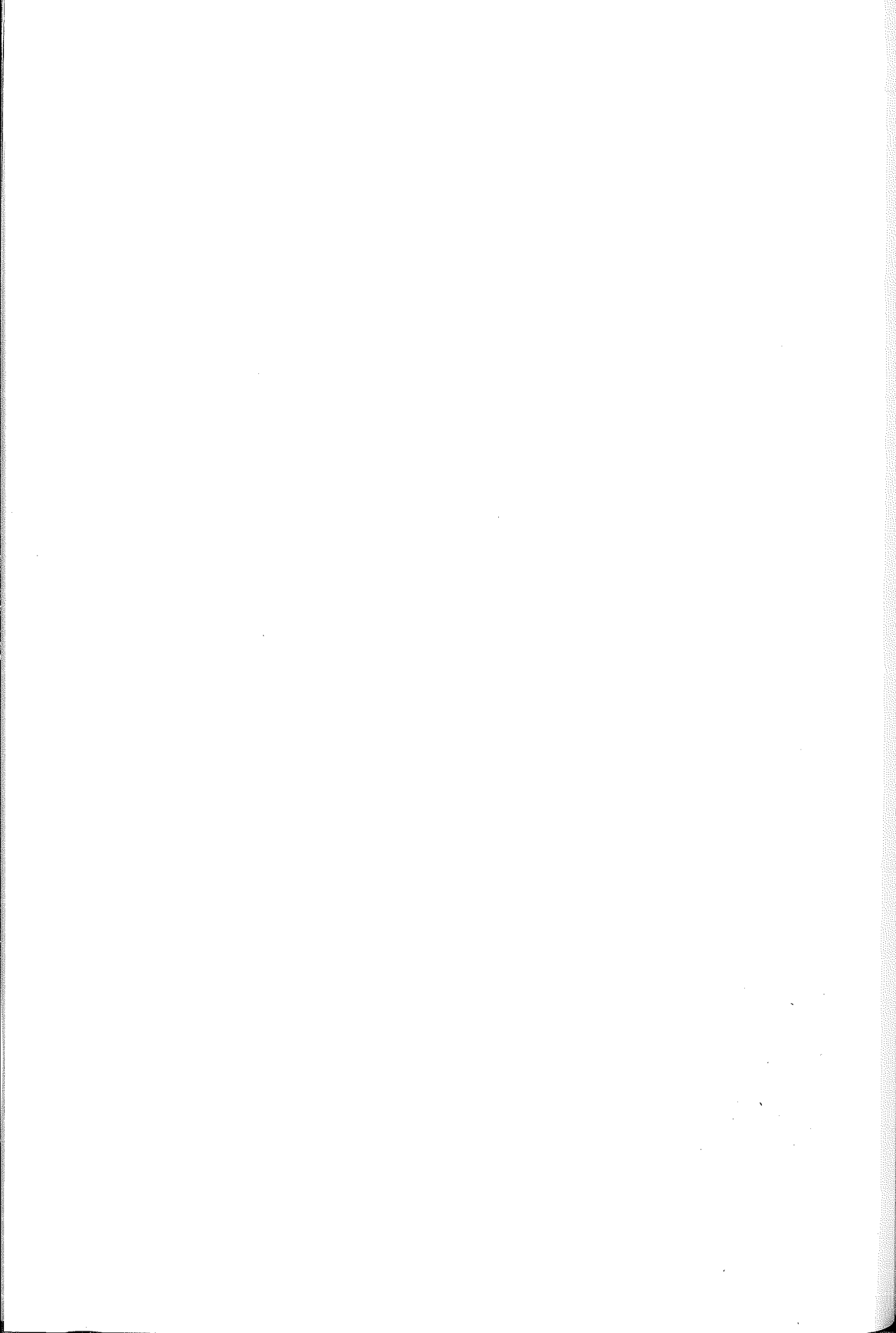
TREVES Tullio, “*Human Rights and the Law of the Sea*”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28/1, 2010, s. 1-13.

TULKENS Françoise, “*Quelles sont les limites à l’interprétation évolutive de la Convention?*”, Séminaire organisé à l’occasion de l’ouverture de l’année judiciaire de la Cour européenne des droits de l’homme, 2011, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D83A8BE_3-943B49AFBF8CAB05D426F7C3/0/20110128_SEMINAIRE_Discours_Tulkens_FR.pdf

TURGUT Nükhet, “*İhtiyat İlkesi*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 45, sayı 1-4 1996, s. 103-130.

UN General Assembly Annual Resolution A/58/L.19,23.12.2003, s. 23, www.un.org/Depts/los/general_assembly/general_assembly.htm.

United Nations Convention on the Law of the http://www.un.org/Depts/los/convention_agreement/texts/unclos/unclos_e.pdf.



*Türk Ceza Kanununa Göre
Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi
(TCK m. 241)*

*An Evaluation About the Crime of Usuary in the
View of the Turkish Penal Code
(TPC Article 241)*

*Pınar MEMİŞ KARTAL **

Özet: Tefecilik ilk defa 5237 sayılı TCK ile bir ceza kanununda düzenlenmiştir. Genel olarak kazanç sağlamak maksadıyla Devlet tarafından izin almaksızın ödünç para vermek olarak öngörülen tefecilik TCK.m.241'de hüküm altına alınmıştır. Ekonomi, Sanayi ve Ticarete ilişkin suçları düzenleyen bölümde yer alan tefecilik iktisadi hayatın dengelerini korumayı hedefleyen önemli bir suç tipidir.

Anahtar Kelimeler: *Tefecilik, ikrazatçı, ödünç para, ekonomi.*

Abstract: *Extortionate extension of credit, colloquially known as "loansharking", has for the first time been regulated in a criminal code in Turkey with the passing of the Turkish Criminal Code no. 5237. Extending loans for profit without being licensed by the government has been defined as a felony in Article 241 of the Turkish Criminal Code. This is an important type of crime aimed at protecting stability and fairness of economic life, and is regulated under the section of the Turkish Criminal Code entitled "Crimes Pertaining to Economy, Industry and Commerce".*

Keywords: *extortion, loansharking, loan, credit, economy*

I. Giriş

Türk Ceza Kanunu'nun suçlar bahsini düzenleyen ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı 3. Kısımının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenen tefecilik, bu kısım-

* Dr., Galatasaray Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, e-posta: pmemis@gsu.edu.tr

da düzenlenen son hükmüdür. Tefecilik suçu 5237 sayılı TCK ile ilk defa bir ceza kanununda yer almaktadır. 765 sayılı E'TCK'da tefecilik suçu hüküm altına alınmamış bir fiildi. Ancak her ne kadar tefecilik TCK tarafından düzenlenmemiş bir fiil de olsa, ekonomik alanda korunması gereken ticari menfaatler gözetilerek 08.06.1933 tarih ve 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu'nun 17. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre *"Tefecilik edenler bir aydan bir seneye kadar hapse ve 500 liradan 1000 liraya kadar ağır para cezasına mahkum edilir. Ayrıca iki seneden beş seneye kadar amme hizmetlerinden memnuiyetlerine karar verilir. Bu cezalar tecil edilmez"* şeklinde düzenlenmiştir. Bu Kanun'un eski ve yetersiz olması sonucu hala yürürlükte bulunan 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 6 Ekim 1983 yılında 18183 no'lu Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 90 sayılı KHK'nın 16 ncı maddesi çerçevesinde 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ile ek ve değişiklikleri öngören düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 90 sayılı KHK'nın 17 nci maddesinde, para ve hapis cezalarına ilişkin 15. madde hükmünün¹ söz konusu Kararnamenin kanunlaştığı tarihte yürürlüğe gireceği, bu tarihe kadar 2279 sayılı Kanunun suç saydığı fiiller hakkında, bu Kanunun 17 nci maddesinde yazılı hükümlerin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmekle birlikte henüz 90 sayılı KHK'nın kanunlaşmadığı ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da tefecilik suçuna yer verildiği için, 2279 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin zımnen yürürlükten kalktığı ifade edilmelidir². 90 sayılı KHK'nın 15. madde hükmünün yürürlüğe girmemesi kendisine getirilmiş olan eleştiriler yönünden de uygun olmuştur. Nitekim doktrinde özellikle 15. maddede öngörülen cezaların tüzel kişi ortaklarına uygulanmasının ceza sorumluluğunun şahsiliğine, subjektif sorumluluk esasına ve bu çerçevede Anayasa m. 38'e aykırılık taşıdığı ifade edilmiştir³.

Ekonomik gelişmeler, küreselleşme, ülke içerisinde mali dengelerin korunması, denetimi bakımından bu suç tipinin yeniden düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur.

¹ 1983 tarihli 90 sayılı KHK'nın 15 inci maddesine göre; "...tefeciler 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte 50 bin liradan az olmamak kaydıyla, sağladıkları menfaatlerin 5 katı ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu suçların tekrarı halinde cezalar 3 katına çıkarılarak hükmolunur. (...) cezalar : a - Gerçek kişi ikrazatçıların kendilerine, b - Tüzel kişi ikrazatçıların ortaklarına, c - Yukarıda (a) ve (b) fıkralarında yer alan ikrazatçıların işlerini fiilen idare etme ve imzalarıyla o teşekkülü bağlayıcı işlem yapmaya yetkili müdür veya memurlarından cezayı gerektiren fiili işlemiş veya buna iştirak etmiş veya buna emir vermiş olanlara uygulanır".

² ÖZGENÇ İzzet, Tefecilik Suçu, in Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y.2010, S.1, sh. 544.

³ ERMAN Sahir, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, İstanbul 1992, sh. 93.

II. Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu

Tefecilik suçu ilk defa 5237 sayılı TCK ile ceza kanunu içinde yer almıştır⁴. TCK'nın 241. maddesi tefecilik suçunu şu şekilde düzenlemiştir: “Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Bu düzenlemeyle ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli bir husus, daha önce 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ve bundan sonra yürürlüğe giren 90 sayılı KHK'de öngörülen tefecilik suçuna göre daha açık bir düzenleme olduğudur.

III. Tefecilik Suçunun Unsurları

1. Korunan Hukuki Menfaat

Tefecilik suçu ile korunan hukuki menfaat, suçun düzenleniş yeri de dikkate alındığında genel olarak ekonomik düzenin ve para politikalarının korunması olduğu belirtilebilir. Kamu otoritesi dışında faizle para verilmesinin, kişilerin hukuka aykırı bir biçimde ekonomik anlamda *müzayaka* haline düşmelerinin önüne geçmek olarak da ifade edilen hukuki menfaat serbest piyasanın kurallarını da koruma altına almaktadır⁵. Ekonomik düzende serbest rekabetin hukuka aykırı bir biçimde kontrol dışında yönlendirilmesi ve bu alanın güvenilirliğinin korunması olarak da ifade edilen⁶ hukuki menfaat gerçekten de özellikle küreselleşme ve uluslar arası ticaret de dikkate alındığında önemli bir alan olduğu aşikardır. Nihayet hukuki menfaati Anayasa m.48 bağlamında dikkate alan bir diğer görüşe göre de *serbest iradeyle sözleşme yapma özgürlüğüdür*⁷.

2. Maddi Unsur

a) Fail

Tefecilik suçunun faili herkes olabilir. Madde metninde fiilin fail yönünden mahsus bir suç olduğuna ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Tefecilik suçunun çok failli bir suç olduğu belirtilmektedir⁸. Ödünç para verme mevduat bankası olarak nitelendirilen anonim şirket tipi kuruluşlara, finansman

⁴ ÖZGENÇ, agm., sh. 545.

⁵ ÖZGENÇ, agm., sh. 544; PARLAR Ali, Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara 2011, sh. 17.

⁶ ÖZBEK Veli Özer, Tefecilik Suçu (TCK.m.241), in Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S.14, sh. 31.

⁷ MERAN Necati, Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Ankara 2012, sh. 19.

⁸ ÖZGENÇ, agm. sh. 552; ÖZBEK, agm. sh. 32.

şirketlerine, faktoring şirketlerine⁹ ve ikrazatçı olarak belirtilen gerçek kişilere tanınmış bir faaliyettir. İkrazatçı 90 sayılı KHK ile “Devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle ödünç para verme işleriyle uğraşan ya da ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişilerdir.” şeklinde m. 3’te tanımlanmıştır. Bunların faaliyetleri Hazine Müsteşarlığı tarafından denetlenmektedir. Bunlar dışında kendilerine tanınmış bir yetki olmaksızın kazanç elde etmek maksadıyla hareket eden herkes suçun faili olabilecektir.

Tefecilik suçunda sadece faizle ödünç para veren kişi bu suçun faili olarak değerlendirilmemekte aynı zamanda ödünç para alan kişi de suçun faili olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte doktrinde faizle ödünç para alan kişinin mağdur olduğunu ifade eden görüş de bulunmaktadır¹⁰. Bu görüşe göre, *ödünç para alanın içinde bulunduğu acil veya kaçınılmaz ihtiyaç halinin kötüye kullanılmasına katlanmak ve yüksek faizle para almak zorunda olması nedeniyle* suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Faizle ödünç para alan kişinin ekonomik anlamda zor durumda olduğu ve ihtiyaç nedeniyle para almak zorunda olduğu açıktır. Bu düşünce hümanist açıdan bakıldığı zaman kabul edilebilir görünmekle birlikte teknik anlamda suçun mağduru olarak kabulünü açıklamak güçtür. Çünkü tefecilik suçu, tıpkı rüşvet suçunda olduğu gibi tek taraflı bir suç değildir. Rüşvet veren kişi de kimi zaman zor durumda ve işini gördürmek için çaba sarf etmektedir. Tabii ki her olay kendi içinde, özelliklerine göre değerlendirilecektir. Ancak münferit olayda rüşvet verenin de çaresiz, ihtiyaç içinde olduğu durumlar olabilir. Ancak bu tek başına rüşvet vereni mazur göstermez. Tefecilik suçunda genellikle faizle ödünç para alan kişi zor durumdadır. Ancak yine de bir suç işlenmesi vasıtasıyla kendisine para tedarik etmesi kendisini mağdur yapmaz. Mağduriyeti ekonomik düzen içerisinde kendisine kazanç sağlayamamasından ötürü bulunduğu zor şartlara katlanmasıdır. Kaldı ki bu nedenle de kanun koyucu faizle ödünç para alan kişi yönünden içinde bulunduğu zor ekonomik koşulları adeta ızdırar hali gibi görerek kendisini cezalandırmamaktadır.

b) Mağdur

Tefecilik suçunun mağduru ilk olarak Devlet’tir. Çünkü tefecilik, Devlet idaresinin koyduğu ülke ekonomisinin düzenli işlemesine ilişkin öngörülmuş olan kurallara aykırılıktır. Bununla birlikte toplumu oluşturan ve makro ekonomide yararı bulunan herkeştir¹¹.

⁹ Finans şirketleri, faktoring şirketleri yine 90 sayılı KHK ile tanımlanmış, ve bunların denetimi Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZBEK, agm., sh. 33; PARLAR, age. sh. 21.

¹⁰ MERAN, age., sh. 24; Aynı yönde SEVİM Ömer Utku, Teknoloji Temelli Bir Suç Pos Tefecilik Suçu, in Adalet Dergisi Yıl 2012, S. 42, sh. 161. (sh.156-167).

¹¹ ÖZGENÇ, sh. 553; YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. V, Ankara 2010, sh. 6713.

Tefecilik suçunda faizle ödünç para alan kişinin fail olarak kabul edilmesi nedeniyle, suçun mağduru olmadığı ifade edilmektedir¹². Nitekim Yargıtay ödünç alanın davaya müdahil olarak katılamayacağı, bu kişilerin şikayetinin ihbar olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmektedir¹³.

c) Suçun Konusu

Tefecilik suçunun konusu paradır. Para dışında başka herhangi bir misli değer taşıyan eşyanın bu suçun konusunu oluşturmadığı ifade edilmektedir¹⁴. Gerçekten de suçun kanundaki lafzına bakıldığında açıkça "para" olarak ifade edildiği görülmektedir. Aksi bir yorum kıyasa varacak nitelikte genişletici yorumu girer ki bu da TCK m.2/3 bağlamında yasaktır.

Misli eşya sayılan altının bu suçun konusunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır¹⁵. Altın her ne kadar para ederi yüksek, değerli bir eşya olsa da suçun konusunun para olduğu hükümde ifade edilmektedir. Kanaatimizce suçun konusunu sadece para oluşturmaktadır.

d) Hareket ve Netice

Tefecilik suçu TCK m. 241'de belirtildiği üzere ödünç para verme ile tamamlanan bir suçtur. Tefeciliğin ilk bakışta neticesi harekete bitişik bir suç olduğu hüküm lafzı ile ortaya konulmakta, ödünç para verme fiili ile suç tamamlanmış olmaktadır. Bu durumda kazanç elde etmek maksadıyla bir kişi bir diğerine ödünç para verdiğinde suç tamamlanmış olacaktır.

Kazanç elde etmek maksadıyla ödünç para vermektan ne anlaşılması gerektiği bu suçun oluşumu bakımından önemlidir. Çünkü faizle para verme ekonomik düzende bankacılık da olduğundan iktisadi bir faaliyettir. Nitekim ödünç para vermenin mevduat bankalarına, finans şirketlerine ve faktoring şirketlerine tanınan ve aynı zamanda 90 sayılı KHK ile ikrazatçı olarak bilinen gerçek kişilere verilen bir yetki olduğu dikkate alındığında bunlar dışında gerçekleşen kazanç sağlamak maksadıyla ödünç para vermenin suç oluşturacağı ortaya çıkmaktadır¹⁶. Nitekim doktrinde bu ayırım için şu tanım

¹² Aksi düşünce için bkz. MERAN, age. sh. 24-25.

¹³ Yarg. 7. CD'nin 09.06.2009 tarih ve 2008/1213, 2009/6903 sayılı kararında; "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.05.1989 gün 7-147/209 sayılı kararına nazaran belgesi bulunmadığı halde ödünç para vermek suretiyle tefecilik yapmak suçunda, şikayetçinin müdahil sıfatını kazanması mümkün olmadığı ve mahkemece de müdahale talebi yerinde görülmediğinden reddedilen dolayısıyla hükümü temyize yetkisi bulunmayan müşteki vekilinin temyiz talebinin 5320 sayılı yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 317. maddesi uyarınca istem gibi reddine...",

¹⁴ ÖZGENÇ, agm., sh. 545; ÖZBEK, agm., sh. 31.PARLAR, age., sh. 241; MERAN, age., sh. 25.

¹⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, age., sh. 6715.

¹⁶ ÖZGENÇ, agm., sh. 546-547.

verilmektedir; *Yasal şartlara uygun olarak yapılan faiz veya benzeri ivazlar elde etmek amacıyla ödünç para işleriyle uğraşmak İKRAZATÇILIK; bu işleri yasaya aykırı surette yapmak veya yasaya uygun surette almış olduğu iznin iptal edilmesine rağmen ödünç para işleri ise TEFECİLİK olarak nitelendirilebilir.*¹⁷

Burada tefecilik bakımından kazanç sağlama maksatlı ödünç para verme fiili ödünç sözleşmesinden farklıdır. Söz konusu sözleşmede taraflar bir akit çerçevesinde borç işlemi gerçekleştirmekte ve bu da Borçlar Kanunu çerçevesinde ele alınmaktadır. 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu¹⁸ ödünç verme sözleşmeleri başlıklı ayrı bir bölüm altında hukuki çerçevesini belirlemiştir. Bu çerçevede örnek olarak tüketim ödünç sözleşmesi (TBK.m. 386-392) verilebilir. Yeni TBK'nın 386. maddesi¹⁹ tüketim ödünç sözleşmesinin tanımını verirken, 387. maddesinde²⁰ de buna uygulanacak faizi belirtmektedir. Bu durumda şayet kişiler arasında tüketim ödünç sözleşmesi var ise yine tefecilik suçu oluşmayacaktır²¹.

Suçun oluşma anı tartışılmıştır²². Yasadışı ikrazatçı olarak kabul edilen tefecinin faaliyetinin tıpkı ikrazatçılığın tanımında belirtilen süreklilik, devamlılık şartlarının aranıp aranmadığına göre suçun oluşma anı önem kazanacaktır. TCK.m.241 lafzında kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi ifadesi dikkate alındığında tefeciliğin tek bir ödünç verme işlemi ile gerçekleşeceği ileri sürülmektedir²³. Tefecinin bunu meslek haline getirip getirmediğine, ödünç para karşılığı kazanç elde edip etmediğine bakılmaksızın suç gerçekleşmiş kabul edilmektedir. Gerçekten de tefecinin kazanç elde etmiş olup olmadığının bir önemi yoktur. Fail ödünç para verme fiili ile suç gerçekleştirmiştir.

¹⁷ BİRTEK Fatih, Tefecilik Suçu (T.C.K.m.241), sh. 2-3, bkz., <http://www.suchukuku.com/yazdir.php?id=63>, Erişim Tarihi: 13.06.2012.

¹⁸ 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu, 11 Ocak 2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 4 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak söz konusu Kanun'un yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012'dir (TBK m. 648).

¹⁹ Yeni TBK Madde 386- "Tüketim ödünç sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir".

²⁰ Yeni TBK Madde 387- "Ticari olmayan tüketim ödünç sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez. Ticari tüketim ödünç sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir".

²¹ 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun karz akdi ile ilgili değerlendirmeler için bkz., ÖZGENÇ, agm., sh. 546.

²² ÖZGENÇ, agm., sh. 547; ÖZBEK, agm., sh. 35; aksi görüş UĞUR Hüsamettin, Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, in Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, S. 8, Nisan 2007, sh. 66.

²³ ÖZGENÇ, agm., sh. 547; ÖZBEK, agm., sh. 35.

Ancak suçun mütemadi olup olmadığının önemi vardır. Çünkü YTCK yürürlüğe girmeden önce yasa dışı ikrazatçılık olarak ifade edilen tefecilik bakımından Yargıtay uygulamasında da bunun sistemli bir şekilde devamlılık, süreklilik arz eden, kişinin çevrede faizle ödünç para veren, bu işi meslek haline getirmiş bir kişi olarak tanınması aranmakta ve fiil buna göre cezalandırılmaktaydı²⁴. Bu içtihat 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra da devam etmiştir²⁵. Ne var ki ceza hukukunda kanunda belirtilen tipik eylem ve dar yorum ilkesi çerçevesinde artık tefecilik bakımından mütemadi suç olarak nitelendirme yapılması güçleşmiştir. Bu çerçevede suç eylem ilk defa yapılırsa, sistemli, sürekli olarak nitelendirilemeyecek durumda olsa bile gerçekleşmiş ve ani suç olduğunun kabulü gerekecektir. Halbuki bu suçun, ele alınırken mütemadi yapısının korunması ödünç verme sözleşmesi ile karıştırılmasının önüne geçilmesi ya da ihlal edilen hukuki menfaatin bu eylemin ancak sistemli bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde ihlalinin mümkün olabileceğinin dikkate alınmış olunduğunu gösterebilirdi. Ancak kanun koyucunun bu hükmü düzenleme biçiminden anlaşılan ekonomik hayatta istikrarı bozucu eylemlerin süreklilik arz etmesine gerek olmadığı, münferit bir eylemin dahi söz konusu hukuki menfaati ihlal edebileceğidir.

Tefecilik suçunun ekonomik hayatta “senet kırdırma” olarak adlandırılan yöntemle de işlenmesi mümkündür. Nitekim TCK.m.241 gerekçesinde de bu ifade edilmektedir. Madde gerekçesine göre “*Tefecilik suçu iktisadi hayatımızda “senet kırdırma” denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır*”²⁶. Daha fazla kazanç elde etmek için o anda paraya ihtiyacı olan kişiden kendisine bononun üzerinde yazan miktardan daha az bir para verilerek senet kırılmakta ve vade geldiğinde kazanç elde edilmektedir. Doktrinde gerekçe eleştirilmekte ve tıpkı altın örneğinde olduğu gibi burada da kıymetli evrak ile bir eylem gerçekleştirildiği ifade edilmektedir²⁷.

²⁴ Yargıtay 7. CD., E. 1998/10151; K. 1998/11488; T. 30.12.1998. “Tefecilik sistemli bir şekilde ve süreklilik arz eden, faizle para verme işlemlerini kapsamaktadır. Savunma, tanık beyanları ve dosya münderecatına göre sanığın sadece müştekiye faizle borç para vermekten ibaret eyleminde tefecilik suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde ceza tayini, Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi BOZULMASINA, 30.12.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi”.

²⁵ Yargıtay 7. CD., 21.06.2006 gün ve 36039-12651 sayılı kararına atıf yapan YCGK. E.2007/7-213, K.2007/191, T. 25.9.2007.

²⁶ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, site içinden erişim linki: Yeni TCK madde-gerekçeleri. Erişim tarihi: 16/06/2012. ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA Caner , Gerekçeli Ceza Kanunları, 12. Bası, Ankara 2012, sh. 262-263.

²⁷ ÖZBEK, agm., sh. 37.

e) Teşebbüs

Tefecilik suçu ödünç para verilmesi ile tamamlanır. Suçunun neticesi harekete bitişik bir suç olduğu genel kabul olup, kural olarak teşebbüse elverişli olmadığı ifade edilmektedir²⁸. Hareket ile neticenin ayrılabilir olduğu durumlarda her olay münferit değerlendirilmekle teşebbüs tartışması yapılabilir. Nitekim para ile ödünç para verme-alma anlaşması gibi bir anlaşmanın gerekliliği ve suçun oluşumuna etkisi tartışması bu suç bakımından yapılmamıştır. Bu çerçevede anlaşma sırasında yakalanan faillerin durumu tefecilik suçuna teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı incelenirken bir delil niteliği taşıyabilecektir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Tefecilik suçunda herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır. Suç re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olup, mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı da tartışma konusu dışındadır²⁹.

4. Manevi Unsur

Tefecilik suçu kasıtlı bir suç olup, kanun koyucu genel kastı yeterli görmeyip, özel kast aramıştır. TCK'nun 241 inci maddesinde; "kazanç elde etmek amacıyla" denildiği için bu suçta kanun koyucu belli bir saik aramıştır³⁰. Buna göre, ödünç para verme fiilinin suç teşkil edebilmesi için mutlaka failin kazanç elde etmek amacıyla hareket etmiş olması gerekmektedir. Failin yardım amacıyla, kazanç amacı taşımaksızın ödünç para vermesi tefecilik suçu olarak nitelendirilemez. Suçun oluşabilmesi için, kazanç elde etmek amacıyla hareket eden failin, kazanç elde etmiş olmasına gerek yoktur³¹.

Tefecilik suçunun taksirle ya da olası kastla da işlenmesi mümkün değildir. Çünkü istisnai bir kusurluluk biçimi olan taksir bu suç bakımından öngörülmemiştir. Olası kast ise burada mümkün değildir, failde kazanç elde etmek amacı yani özel kast aranmaktadır. Suçun gerçekleşmesi için faildeki kazanç elde etme amacı yeterlidir. Bunun elde edilmiş olması yukarıda da belirttiğimiz üzere gerekli değildir. Ayrıca önemli bir hususu belirtmekte yarar vardır, bu da suçun konusunu teşkil eden ödünç verilen paranın karşılığını oluşturan kazancın para olması şart değildir³².

²⁸ ÖZBEK, agm., sh. 38.

²⁹ ÖZBEK, agm., sh. 37.

³⁰ Aksi düşünce için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, age., sh. 6717.

³¹ ÖZGENÇ, agm., sh. 553.

³² ÖZGENÇ, agm., sh. 553.

5. Suçların İçtimaı (Birleşmesi)

Tefecilik suçu 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce mütemadi suç olarak kabul ediliyordu. Ancak Yeni TCK'nın yürürlüğe girişi ile doktrinde bu suç artık ani suç olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede tefecilik suçunun içtima içerisinde değerlendirilmesi ancak zincirleme suç bakımından mümkün olmaktadır³³. Buna göre TCK m. 43/1 çerçevesinde durum değerlendirilecek ve tefecilik suçu işleme kararı icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç uygulanacaktır. Ancak TCK m. 43/2 çerçevesinde bu suçun işlenmesi söz konusu değildir. Çünkü birden fazla kişiye karşı tek bir fiille tefecilik eylemi mümkün olmayacak, ayrı kişilere verilen ödünç paraların her birinde ayrı kazanç sağlama maksadı bulunacaktır³⁴. Ancak Yargıtay 4. CD.'nin bir kararında TCK m. 43/2 nin uygulanabileceği ifade edilmiş ve şu şekilde belirtilmiştir; "*Eylemin birden fazla kişiye karşı işlendiğinin kabul edilmesine karşın TCY'nin 43/2. maddesinin uygulanmaması bozmayı gerektirmiştir*"³⁵.

6. İştirak

Tefecilik suçu bakımından iştirak hali bir özellik göstermez. Burada iştirakin her türü mümkündür. Bu çerçevede iştirak bakımından 5237 sayılı TCK'nın genel hükümleri uygulanacaktır (TCK m. 37-41). Yargıtay 4. CD.'nin vermiş olduğu bir kararda iştirak bağlantısı şu şekilde; "*Sanıkların yanında çalıştıkları Çavuşoğlu Finans Faktoring adlı işyerinin sahibi Melih Burhan hakkında yürütülen 2006/80577 soruşturma dosyası ile, aynı yerde çalışırken kendisine ait finans şirketi açan Mehmet Girgin hakkındaki 2006/75920 soruşturma no.lu tefecilik davalarının sonuçları araştırılarak ve aralarında bağlantı varsa bu dosyalar birleştirilerek sanıkların tefecilik eylemlerini TCY'nin 37. Maddesinde öngörüldüğü şekilde aynı irade birliği içinde işleyip işlemedikleri ya da sanık Melih Burhan ile Mehmet Girgin'in çek kırdırmak suretiyle tefecilik eylemine, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımında bulunarak icrasını kolaylaştırmak suretiyle katılıp katılmadıkları araştırılıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile hükümler kurulması*"³⁶ ifade edilmektedir. Tefecilik suçuna iştirak her türünün mümkün olduğu yönünde gerek doktrin gerekse Yargıtay uygulamasında görüş birliği bulunmaktadır.

³³ ÖZBEK, agm., sh. 38.

³⁴ MERAN, age., sh. 38.

³⁵ Yargıtay 4.CD., 29.3.2011, 2010/26205, 2011/4135 sayılı kararı için bkz, MERAN, age., sh. 38, dipnot no: 31.

³⁶ Yargıtay 4.CD., 2.11.2010, 20015/18056, nakleden MERAN, age., sh. 33, dipnot no: 27.

7. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Tefecilik suçu resen kovuşturulan bir suçtur. Görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir.

Tefecilik suçu bakımından öngörülen yaptırım iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Tüzel kişi yararına işlenmiş bir tefecilik suçu söz konusu ise bu durumda 5237 sayılı Kanun m. 242'ye göre "*Bu Bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbiri uygulanır*" hükmü çerçevesinde, TCK m. 60 uygulanacaktır. Bu durumda tüzel kişinin izninin iptali ve aynı zamanda müsadere de söz konusu olacaktır.

Tefecilik suçunda suçtan zarar gören gerçek kişi davaya müdahil olabileceği gibi, ikrazatçılık faaliyetini denetleyen Hazine Müsteşarlığı da müdahil olabilecektir³⁷.

V. Sonuç

Sonuç olarak tefecilik ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar içerisinde yer alan, serbest piyasa ekonomisinin düzgün işlemlerini engelleyen bir suçtur. Bu suçun düzenlenmesi önemlidir. Çünkü kişilerin kontrolsüz bir şekilde kazanç sağlamak amacıyla zor durumda bulunan kişilerin mağduriyetlerini kullanmalarının önüne geçilmektedir. Burada belirtilmesi gereken husus, suçun yeni düzenlemeyle ani bir suç olarak karşımıza çıkmasıdır. Kanaatimizce suçun mütemedi bir suç olarak düzenlenmiş olması münferit borç ilişkilerini ayırabilmek bakımından daha yararlı olurdu. Bununla birlikte süreklilik, devamlılık ve sistematik bir yapının tefecilik yönünden ispatı daha kuvvetli olacakken, sadece borç ilişkisinin bu anlamda kötüye kullanılmasının da önüne geçilmiş, kişilerin borçlarını ödememek için kendilerine borç veren kişileri tefeci olarak itham etmesinin önüne geçilmiş olurdu. Ancak tabii ki ani bir suç olması ile ekonomik hayatta meydana gelebilecek haksız kazançların önüne geçilmesi hedefi de üstün bir yarar olarak değerlendirilmektedir. Nihayet tefeciliğin bir suç olarak düzenlenmiş olması önemli ve yararlıdır.

³⁷ ÖZBEK, agm., sh. 39.

Kaynakça

ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, 12. Bası, Ankara 2012

BİRTEK Fatih, Tefecilik Suçu (T.C.K.m.241), sh.2-3, bkz., <http://www.suchukuku.com/yazdir.php?id=63> , Erişim Tarihi: 13.06.2012.

ERMAN Sahir, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, İstanbul 1992

MERAN Necati, Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Ankara 2012

ÖZBEK Veli Özer, Tefecilik Suçu (TCK.m.241), in Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S.14

ÖZGENÇ İzzet, Tefecilik Suçu, in Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y.2010, S.1

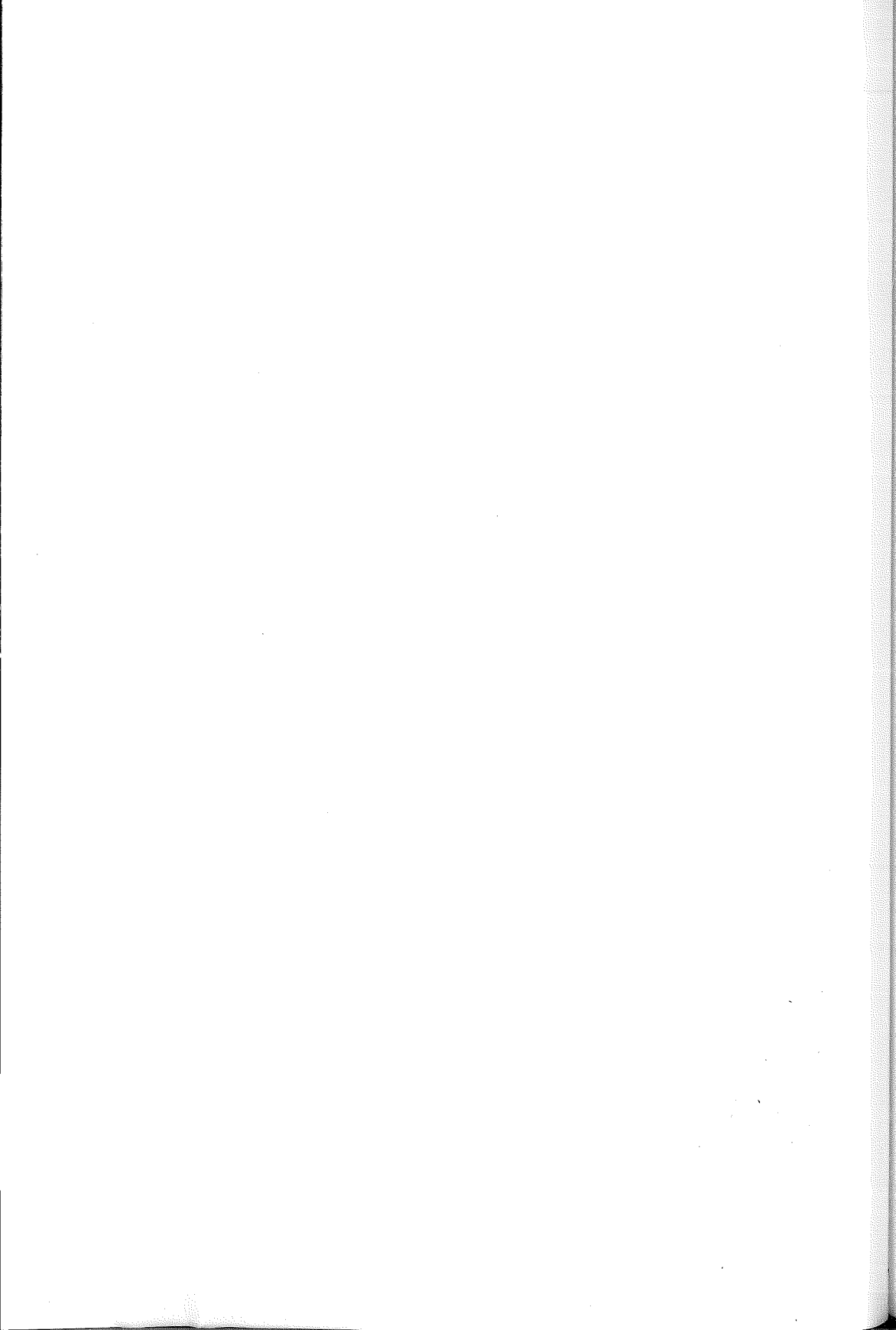
PARLAR Ali, Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara 2011

SEVİM Ömer Utku, Teknoloji Temelli Bir Suç Pos Tefecilik Suçu, in Adalet Dergisi Yıl 2012, S.42

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

UĞUR Hüsametdin, Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, in Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, S.8, Nisan 2007

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, site içinden erişim linki: Yeni TCK madde-gerekçeleri. Erişim tarihi: 16/06/2012



*Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des
Deutschen Idealismus*

*(The Change of the Criminal Law in the
Example of German Idealism)*

*Birden GÜNGÖREN**

Özet: Aydınlanma döneminden günümüze kadar değişen insan algısı, irade özgürlüğü sorunu ile yakından ilgilidir. İrade özgürlüğü, kişinin kendi davranışlardan sorumlu tutulabilmesinin temeli olarak kabul edilmektedir. Alman idealizmi, mutlak ve izafi cezalandırma teorilerinin çatışmasına sahne olmuştur. İzafi teorilerin özel önlemeye dayanan çözüm yollarının yetersiz kalması üzerine, neo-klasisizm Kant ve Hegel'in teorilerine ve kefaret veya genel önleme amaçlarına bir dönüş göstermiştir. Makalede günümüzde Alman idealizminin mutlak cezalandırma teorilerinin ne ölçüde geçerli olabileceğine değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Alman idealizmi, irade özgürlüğü, kefaret, özel önleme, genel önleme

Abstract: *The perception of the human being has changed drastically since the Enlightenment era, and is closely related to the problem of free will. Free will is accepted as the foundation of the notion that human beings can be held responsible for their own actions. The German idealism has been a venue for the clash of absolutist and relativist penal theories. As the solutions offered by relativist theories using the method of special prevention did not match the expectancy, the neoclassicist movement resorted to the theories of Kant and Hegel, and to the aims of retribution and general prevention. The article deals with the question of applicability of absolutist penal theories historically emerging from the German idealism.*

Keywords: *German idealism, free will, retribution, special prevention, general prevention*

* Ar. Gör. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: birgungoren@gsu.edu.tr

1. Einleitung

Der Wandel des Rechts am Beispiel des Strafrechts im Deutschen Idealismus wird durch die Auffassungen der absoluten und relativen Theorien aufgezeigt. Dieser Wandel zeigt auch den Wandel des Menschenbildes, das sich von der Aufklärung bis zur heutigen Zeit verändert hat. Dieses Menschenbild ist eng verknüpft mit der Thematik der Willensfreiheit. Wenn wir den Menschen als mit einem freien Willen ausgestattet denken, können wir ihn auch für seine Taten verantwortlich machen. Wenn wir darüber hinaus soziologische, psychologische und andere Faktoren in Betracht ziehen, wird es jedoch immer schwieriger, von einem frei handelnden Individuum zu sprechen.

Absolute Theorien und relative Theorien sind meistens als Gegensätze betrachtet worden. Die absoluten Theorien im Deutschen Idealismus weichen an manchen Stellen von der klassischen absoluten Theorie ab und nähern sich den relativen Theorien. Die Grenze zwischen absoluten und relativen Theorien ist durch den Deutschen Idealismus relativiert worden. Der Neo-Klassizismus hat wieder auf die Theorien von Kant und Hegel zurückgegriffen, weil allein die relativen Theorien und die Spezialprävention mit ihren Lösungen nicht ausreichend waren. Wir versuchen herauszuarbeiten, was noch heute für die Strafrechtstheorie von den absoluten Theorien des Deutschen Idealismus relevant sein kann.

2. Die Absoluten Straftheorien im Deutschen Idealismus

Die absolute Straftheorie wird Vergeltungstheorie, Sühnetheorie oder auch Gerechtigkeitstheorie genannt. Sie hat zur Voraussetzung, dass jedem die Strafe zugemessen wird, die dem Ausmaß seiner Tat entspricht. Man spricht also von einer absoluten Theorie, weil für die Lehre der Sinn der Strafe von ihrer gesellschaftlichen Wirkung unabhängig, "losgelöst" ist. Die strafrechtliche Schuld ist Grund und Maß der Strafe.¹

Hinter der Vergeltungstheorie steckt das alte Talion Prinzip (lex talion). Das Talion Prinzip "Gleiches mit Gleichem – Auge um Auge – Zahn um Zahn" findet sich bereits im Alten Testament. Die absolute Theorie wird auch als Sühnetheorie bezeichnet, weil sie dem Täter zur Selbstbefreiung von seiner Schuld durch die Sühne verhelfen will. Wir sehen bei Platon, Strafe als Heilmittel, als Reinigung der Seele des Übeltäters.² Auch bei Thomas von Aquin wird die Strafe als Heilmittel, Medizin (*poena medicinalis*) gesehen.³

¹ Gareis, Balthasar; Wiesnet, Eugen, Hat Strafe Sinn?, Herder Verlag, Freiburg, 1974, S.22.

² Kühlwein, Hans Peter, Grundlegung zu einer Kritik der Straftheorien im Lichte der modernen Kriminologie, Kriminalistik Verlag, Hamburg, 1968, S.25.

³ Maihold, Harala, Strafe für fremde Schuld?: die Systematisierung des Strafbegriffs in der spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, 2005, S.160.

Die Verletzung, der von Gott geschaffenen erkennbaren Wertbegriffe verlangt daher die gerechte Bestrafung durch den gottgewollten Staat, der die göttliche Gerechtigkeit nachahmt.⁴

Absolute Theorien werden auch als Vergeltungstheorien bezeichnet. Die Vergeltung ist eine Art Reziprozität, sie erscheint in zwei Formen: als Rache und als Strafe.⁵ Die absoluten Theorien verstehen die Strafe auch als Verwirklichung der Gerechtigkeit. Deshalb nennt man sie auch Gerechtigkeitstheorien. Was den absoluten Theorien aber für so lange Zeit einflussreich gemacht hat, war deren Fundierung durch die Philosophie des deutschen Idealismus. Wie zum Beispiel der Einfluss von Kant und Hegel.

2.1. Kant - Strafe als Gerechtigkeit

Die Aufklärung⁶ vertritt grundsätzlich eine relative Straftheorie.⁷ Die Strafen wurden abgemildert, und im Allgemeinen wurde eine präventive Straftheorie vertreten. Kant gilt als Vollender der Aufklärung.⁸ Der Idealismus kehrt jedoch zur absoluten Straftheorie zurück. Der Grund dafür ist im Menschenbild oder auch in der Freiheits-Auffassung zu sehen. Kants Freiheitslehre ist ein Teil seiner praktischen Philosophie, beruht aber gleichzeitig auch auf seiner theoretischen Philosophie.⁹ So wie Kant die Möglichkeit der sittlich guten Handlung auf die intelligible Freiheit gründet, so wird nun jede, auch eine böse Handlung, auf die intelligible Freiheit zurückgeführt und damit die Verantwortlichkeit des Menschen für seine

⁴ Kühlwein, Hans Peter, *Grundlegung zu einer Kritik der Straftheorien im Lichte der modernen Kriminologie*, Kriminalistik Verlag, Hamburg, 1968, S.28.

⁵ Primoratz, Igor, *Banquos Geist, Hegels Theorie der Strafe*, Bouvier Verlag, Bonn, 1986, S.38.

⁶ Grotius, Pufendorf und auch Hobbes, sind die geistigen Wegbereiter für die weitere Entwicklung des Strafrechts. Sie haben die philosophischen Grundlagen für die Aufklärung geschaffen. Der Hauptanstoß zu einer Neuorientierung der gesamten Straflehre kam aus Frankreich und Italien, von Montesquieu, Voltaire und Beccaria (Peter Kaenel, *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stoos im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1981). Die Straftheorie der Aufklärung ist durch drei Hauptelemente charakterisiert: die Säkularisierung des Strafrechts, Trennung des Naturrechts von der Moraltheologie und die Unterscheidung von Sünde und Verbrechen (Mario A. Cattaneo, "Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung", in: *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, Hrsg. Reinhard Brandt, Walter de Gruyter, 1982, S.321).

⁷ Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hansischer Gildenverlag, 1962, S.7.

⁸ Mario A. Cattaneo, "Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung", S.323.

⁹ Holzhauser, Heinz, *Willensfreiheit und Strafe*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1970, S.37.

Handlung begründet.¹⁰ Wiederum ist festzustellen, dass die Vorstellung von Freiheit, auf welche Kant die Verantwortlichkeit gründet, nicht Indeterminismus bedeutet. Die Freiheit, welche die moralische Zurechnung ermöglicht, liegt in der der Kausalkategorie entzogenen Seinsweise des Menschen.¹¹

Kant meint, dass die Strafe nicht nur durch den Zweck begründet werden kann. Kant denkt, dass, den Verbrecher um des Zweckes willen zu bestrafen, heißen würde, ihn als Mittel zu einem Zweck gebrauchen.¹² Er kritisiert die im 18. Jahrhundert herrschende Straflehre, nach der sich die staatliche Kriminalstrafe nur von ihrem Nutzen für die Gesellschaft, der Abschreckung möglicher Straftäter, rechtfertigen lasse.¹³ Kant sieht die Strafe frei von Zwecken und begründet sie im Gebot der Gerechtigkeit. Nur so scheint ihm der Bestrafte in seiner Würde als Persönlichkeit geachtet.¹⁴ Der Mensch ist nur deshalb Selbstzweck für Kant, weil er subjektive Vernunft, Gewissen und autonomer Wille ist.¹⁵ Moralisch handelt der Mensch jedoch erst dann, wenn er sittlich handelt und sein Handeln von dem "kategorischen Imperativ"¹⁶ bestimmen lässt.¹⁷ In dem er ein Verbrechen begeht, hat sich der Kriminelle offensichtlich dafür entschieden, in den Naturzustand zurückzufallen. Der Verbrecher kann nach Kant nicht mehr als Vernunftwesen gesehen werden.¹⁸

Kant sieht das Strafgesetz als *Kategorischen Imperativ*: Wir können bei Kant an manchen Stellen das alte Talion-Prinzip und den Vergeltungsgedanken wiedererkennen.¹⁹ Das Vergeltungsprinzip löst somit in der Strafrechtslehre

¹⁰ Holzhauser, Heinz, Willensfreiheit und Strafe, S.43.

¹¹ Holzhauser, Heinz, Willensfreiheit und Strafe, S.43.

¹² Naucke, Wolfgang, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, S.33.

¹³ Höffe, Otfried, Immanuel Kant, Beck'sche Verlagsreihe, München, 2007, S.241.

¹⁴ Schmidhäuser, Eberhard, Sinn der Strafe, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1971, S.19.

¹⁵ Mayer, Helmuth: "Kant, Hegel und das Strafrecht", in: Festschrift für Karl Englich zum 70. Geburtstag, Hrsg. Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, S.67.

¹⁶ "Das Strafgesetz ist ein Kategorischer Imperativ, und wehe, dem! Welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vorteil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur einem Grade derselben entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch: "Es ist besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe; denn wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben" (I. Kant, Metaphysik der Sitten, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2007, 453).

¹⁷ Eberle, Hans-Jürgen, "Kants Straftheorie und die Straffälligenpädagogik", in: Kant-Studien 76, 1985, S.91

¹⁸ Merle, Jean-Christophe, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde, De Gruyter, 2007, S.51.

¹⁹ Das von Kant zitierte Johannes-Evangelium berichtet in Kapitel 11, 40-50 fol-

Kants die Aufgabe, festzustellen, wer wann bestraft werden soll, während eine spezielle Form der Vergeltungslehre, Qualität und Quantität der Strafe festlegt.²⁰ Die Begründung der Notwendigkeit der Strafe und der kategorische Imperativ des Strafgesetzes auf der einen und das Prinzip der Strafzumessung²¹ bzw. das *jus talionis* auf der anderen Seite beruhen auf dem Unterschied zwischen der Vergeltung als solcher (Verbrechen müssen gesühnt werden) und dem Prinzip der Wiedervergeltung (das Strafmaß wird durch die Qualität des Verbrechens bestimmt).²²

Das berühmte Insel-Beispiel verdeutlicht Kants Bild der Strafe: "Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der Letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfähre, was seine Taten wert sind und die Blutschuld nicht auf dem Volk hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat, weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann."²³ Für Kant also das grundlegende Prinzip der Strafe die Gerechtigkeit.²⁴

Ein möglicher Grund für Kants Forderung einer weitestmöglichen Bestrafung liegt im Gleichheitsgedanken.²⁵ Mit dieser These geht Kant über

gendermaßen: "Pharisäer als Fanatiker der Gesetzreligion klagen Jesu seiner Irreligion wegen an. Im Synedrium wird die gänzlich andere Befürchtung laut, die jesuanische Bewegung könne die Römer veranlassen, die unmittelbare Herrschaft zu übernehmen. Der hohe Priester Kaiphas weißt die Religionsfanatiker mit den Worten "Ihr wisset nicht, ihr bedenkt auch nichts" kommt aber zum Schluß: "Es ist euch besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe", (Mayer, Helmuth: "Kant, Hegel und das Strafrecht", S.65).

²⁰ Tafani, Daniela, "Kant und das Strafrecht", in: Journal der Juristischen Zeitgeschichte, 2007, S. 20.

²¹ Byrd ist der Meinung, dass Vergeltung das systematische Fundament für Kants Begründung der Strafe ist, während das Problem der Strafzumessung aus Gründen der Gerechtigkeit zum Prinzip der Wiedervergeltung gehört (Byrd, B. Sharon, "Kant's theory of punishment: Deterrence in it's execution", in: Law and philosophy 8, 1989, s. 198).

²² Hüning, Dieter, "Kants Strafrechtstheorie und das jus talionis", in: Aufklärung und Kritik. Festschrift für Manfred Baum zum 65. Geburtstag, Dunker & Humblot, Berlin, 2004, S.352.

²³ Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, S. 455

²⁴ Liszt hätte behauptet, dass Kant die Strafe vom Recht trennt und ganz auf den kategorischen Imperativ gründet. (Max Salomon, "Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht", in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Berlin, 1912, Band: 33, S.15).

²⁵ Höffe, Otfried, "Kants Begründung des Rechtszwanges und der Kriminalstrafe", in: Rechtsphilosophie der Aufklärung, Hrsg. Reinhard Brandt, Berlin/ New York: Walther de Gruyter, 1982, S. 370.

den allgemeinen oder weiten Begriff der Vergeltung hinaus.²⁶ Im Jahre 1798 erscheint ein Anhang mit Erläuterungen zu den metaphysischen Anfangsgründen. In diesem Anhang macht Kant selbst auf das *jus talionis* aufmerksam. In diesem Werk betont er die Begriffe wie Strafgerechtigkeit und Straflugheit.²⁷

Die Strafgesetze müssen einerseits dem vereinigten Willen des Volkes entstammen. Andererseits brauchen sie aber nicht auf der Zustimmung aller Mitglieder Mitgesetzgeber (auch der Verbrecher ist Mitgesetzgeber) beruhen.²⁸ Das Verbrechen muss vom Täter mit dem Bewusstsein der Strafbarkeit der Tat verübt worden sein; es muss ihm zugerechnet werden können. Die Tat muss außerdem in einem Zustand öffentlicher Strafgerechtigkeit nach Rechtsgesetzen geschehen sein, und der Täter selbst muss ihren Folgen – wenn auch nicht als Verbrecher, sondern als moralische gesetzgebende Person (*homo noumenon*) und Bürger des Staates – seine Einwilligung gegeben haben.²⁹ Durch die Strafe wird dem Verbrecher die Fähigkeit entzogen Staatsbürger zu sein.³⁰

2.2. Hegel – Strafe als Wiederherstellung

Hegel verwirft die utilitaristischen Straftheorien und ist für die retributive Strafe.³¹ Hegels Einwände gegen die Strafrechtstheorie der Aufklärung sind: die Legitimation der Strafe aus dem Gedanken des Gesellschaftsvertrags und generalpräventive Theorien, weil sie nur den Nutzen der Gemeinschaft vor Augen haben.³² Hegel spricht der Strafe als immanenten Zweck eine positive Generalprävention die die Norm bekräftigt zu, während er die negative Generalprävention, die ein Abschreckungseffekt hat ablehnt.³³ Die Strafrechtstheorien der späten Aufklärung versuchen immer mehr, die Legitimation der Strafe aus der Tat selbst zu gewinnen.³⁴

²⁶ Höffe, Otfried, "Kants Begründung des Rechtszwanges und der Kriminalstrafe", S.367.

²⁷ Enderlin, Wolfgang, "Die Begründung der Strafe bei Kant", in: Kant-Studien, 1985, S.317.

²⁸ Enderlin, Wolfgang, "Die Begründung der Strafe bei Kant", S. 321.

²⁹ Oberer, Hariolf, "Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre" in: Rechtsphilosophie der Aufklärung, Hrsg. Reinhard Brandt, Berlin/ New York: Walther de Gruyter, 1982, S. 412.

³⁰ Salomon, Max, "Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht", S.33.

³¹ Stillman, Peter G., "Hegels Idea of Punishment", in: Journal of the History of Philosophy 14, S.169-82.

³² Seelmann, Kurt, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, Hegels Straftheorie, S.34.

³³ Mohr, Georg, "Unrecht und Strafe", S.109.

³⁴ Seelmann, Kurt, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, Hegels Straftheorie, S.37.

Hegel stellt nicht die Strafe als Gebot der Gerechtigkeit hin, wie Kant, sondern er bezieht sie vielmehr in den dialektischen Prozess ein.³⁵ Im Unterschied zu Kant versucht er das Prinzip der Vergeltung zu rekonstruieren, wodurch eine "Gleichheit" des Verbrechens und der Strafe erreicht wird.³⁶ So gesehen erscheint ihm die Strafe als Tat selbst, die dem Täter als Allgemeinheit und Objektivität entgegentritt.³⁷ Der Inhalt des kantischen Vernunftgebotes verwandelt sich in der Konstruktion des Hegelschen Systems in eine dialektisch notwendige Bewegung, die durch das Unrecht negierte, an sich seiende Recht durch eine zweite Negation zum wirklichen und geltenden Recht erhebt.³⁸ Hegel sieht in der Strafe also die "Negation der Negation".

Die Rechtsverletzung ist eine positive, äußerliche Existenz, die aber in sich nichtig ist, und diese Nichtigkeit muss durch die Negation der Negation erwiesen werden.³⁹ Die Strafe ist die ideelle Wiederherstellung des verletzten Rechts und als solche notwendig. Daher ist im Begriff der Wiederherstellung bereits die Gestalt der "strafenden Gerechtigkeit" impliziert, die in Form der institutionalisierten Strafverfolgung das Recht erkennt und verwirklicht.⁴⁰ Somit wird bei Hegel mit der Strafe die Anerkennung des Verbrechens als ein Glied der Rechtsgemeinschaft verwirklicht. Das Anerkennungsargument beruft sich auf § 97 der *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.⁴¹ Das Anerkennungsargument besagt, dass der Strafzweck darin liegt, vom Täter die Anerkennung des Opfers seinesgleichen zu erzwingen.⁴² Die Strafe ist daher nicht an sich, sondern durch ihren Zweck gerechtfertigt: die Resozialisierung.⁴³

In der Strafe wird die Übereinstimmung des besonderen Willens mit dem Allgemeinen wiederhergestellt. Aus dem Widervergeltungsgedanken folgt nicht das Talions-Prinzip "Auge um Auge, Zahn um Zahn", das wäre, wie Hegel ausdrücklich hervorhebt, absurd, wenn man sich "den Täter als

³⁵ Schmidhäuser, Eberhard, Sinn der Strafe, S.21.

³⁶ Plotnikov, Nikolaj, Gelebte Vernunft, Konzepte praktischer Rationalität beim frühen Hegel, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad-Kannstatt, 2004, S.218.

³⁷ Plotnikov, Nikolaj, Gelebte Vernunft, Konzepte praktischer Rationalität beim frühen Hegel, S.219.

³⁸ Jellinek, Georg, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1967, S.93-94.

³⁹ Hegel, G.W.F., Grundlinien der Philosophie des Rechts, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970, S.185-186.

⁴⁰ Ramb, Michael, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, Dunker & Humblot, Berlin, 2005, S.42.

⁴¹ Merle, Jean-Christophe, "Was ist Hegels Straftheorie", in: Jahrbuch für Recht und Ethik, 11, 2003, s.152.

⁴² Merle, Jean-Christophe, "Was ist Hegels Straftheorie", S.153.

⁴³ Merle, Jean-Christophe, "Was ist Hegels Straftheorie", S.153.

einäugigoderzahnlos" (R § 101) vorstellt. Die aus dem Wiedervergeltungsprinzip sich ergebene Forderung nach "Gleichheit" von Tat und Strafe sei nicht in diesem Sinne zu verstehen.⁴⁴ Es sei nur erforderlich, dass Tat und Strafe ihrem Wert nach gleich seien.⁴⁵ Grundlage von Hegels Strafrechtsphilosophie ist somit der Begriff "Anerkennung".⁴⁶

"Verletzung des Rechts als Recht" ist für Hegel also auch eine Verletzung der Person, eine Störung der Beziehung des Anerkennens insgesamt.⁴⁷ Aber die Strafe hat den umgekehrten Sinn, und insofern kann sie bei Hegel die "Verkehrung" der Rache heißen. Während der sich Rächende sich gegen den Verletzenden erweist und sein verletztes Dasein durch die Zerstörung des Täters wieder herzustellen versucht, handelt es sich bei der Strafe um etwas ganz anderes, nämlich um das verletzte Recht.⁴⁸ Mit der Strafe an sich lässt sich für Hegel das Recht nicht in ein soziales System einfädeln, da es dabei nicht um die Wiederherstellung eines freiheitlichen Daseins gehen kann.⁴⁹

Die das Recht "wiederherstellende" und "begründende" Negation des Unrechts als Aufhebung bildet den begründungstheoretischen Kern der Hegelschen Straftheorie.⁵⁰ Nach Hegel muss das Recht sich nicht nur in der Form der Rache verwirklichen, sondern in der Form der Wiedervergeltung, die dann keine Rache mehr ist und sich in Strafe verwandelt. Verletztes

⁴⁴ "Das Recht gegen das Verbrechen in der Form der Rache (§ 102) ist nur Recht an sich, nicht in der Form Rechtens, d. i. nicht in seiner Existenz gerecht. Statt der verletzten Partei tritt das verletzte Allgemeine auf, das im Gerichte eigentümliche Wirklichkeit hat, und übernimmt die Verfolgung und Ahndung des Verbrechens, welche damit die nur subjektive und zufällige Wiedervergeltung durch Rache zu sein aufhört und sich in die wahrhafte Versöhnung des Rechts mit sich selbst, in Strafe verwandelt, - in objektiver Rücksicht als Versöhnung des durch Aufheben des Verbrechens sich selbst wiederherstellenden und damit als gültig verwirklichenden Gesetzes, und in subjektiver Rücksicht des Verbrechers als seines von ihm gewußten und für ihn und zu seinem Schutze gültigen Gesetzes, in dessen Vollstreckung an ihm er somit selbst die Befriedigung der Gerechtigkeit, nur die Tat des Seinigen findet" (Hegel, G.W.F., Grundlinien der Philosophie des Rechts, S. 374).

⁴⁵ Klug, Ulrich, "Abschied von Kant und Hegel", in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Hrsg. Jürgen Baumann, Fischer Bücherei, 1968, S.38.

⁴⁶ Seelmann, Kurt, "Hegel und die Strafrechtsphilosophie der Aufklärung", in: Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie, Hrsg. von Christoph Jermann, Frommann-Holzboog, 1987, S.227.

⁴⁷ Seelmann, Kurt, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, Hegels Straftheorie, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1995, S.20.

⁴⁸ Gadamer, Hans-Georg, Hegels Dialektik, J.C.Mohr, Tübingen, 1980, S.44.

⁴⁹ Stübinger, Stephan, Das "idealisierte" Strafrecht, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2008, S.307.

⁵⁰ Ramb, Michael, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, Dunker & Humblot, Berlin, 2005, S.24.

Recht muss also wiederhergestellt werden. Hegels Theorie ist also nicht als einfache Vergeltungstheorie zu verstehen, weil er die Strafe auf Freiheit und Vernunft zu gründen versucht.⁵¹

Der Verbrecher hat als vernünftiges Wesen seine Tat notwendig mit einem Anspruch auf Universalisierung begangen. Das hat erstens zur Folge, dass seine Tat ansteckend wirken müßte, wenn sie nicht bestraft würde, und dass ihm zweitens in der Strafe recht geschieht.⁵² Wir sehen also bei Hegel, dass bei ihm die Strafe nicht nur eine wiedervergeltende Funktion, sondern auch eine wiederherstellende Funktion hat. Der Täter soll in dieser Vollstreckung die Befriedigung der Gerechtigkeit finden. Als Wiederherstellung rehabilitiert die Strafe den Täter.⁵³ "Daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt" (R § 100).⁵⁴ Hegel meint, dass man, auch wenn die Person ein Verbrecher ist, sie weiter als Person anerkennen soll, und dass man ihr, indem sie ihre Strafe büßt, diese abnehmen und sie als Bürger wiederherstellen kann. Es ist also der Verbrecher selbst, der zum Richter seines eigenen Selbst wird.⁵⁵ Hegel will somit zeigen, dass die Strafe nicht nur an sich gerecht, sondern zugleich auch "ein Recht an dem Verbrecher selbst ist." Darin, dass die Strafe "als sein Recht enthaltend angesehen" werde, liege, dass der Verbrecher als Vernünftiges geehrt werde.⁵⁶ Mayer meint, dass Hegel sich mit großem Ernst um den Schutz des Verbrechers bemüht.⁵⁷ "Der Verbrecher muß auch in der Strafe als ein Vernünftiger, der Einsicht und Entscheidung fähiger Mensch beachtet, nicht als Kranker zwangsbehandelt oder wie ein schädliches Tier abgetan werden."⁵⁸ Nach Flechtheim ist Hegel der Erste, der versucht hat, den Verbrecher ganz und ausschließlich als juristische Charaktermaske zu erfassen. Er meint, dass der Verbrecher in seiner Rechtstheorie weder eine natürliche, noch eine moralische oder soziale Persönlichkeit ist, sondern nur eine juristische Person.⁵⁹

Strafe hebt nach Hegel das Unrecht im Recht auf. Durch das Rechtsinstitut

⁵¹ Flechtheim, Ossip K., *Hegels Straftheorie*, Brünn, Röhler, 1936, Nachdruck Berlin 1975, S.113.

⁵² Höle Vittorio, "Das abstrakte Recht", in: *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, Hrsg. von Christoph Jermann, Frommann-Holzboog, 1987, S.90.

⁵³ Flechtheim, Ossip K., "Die Funktion der Strafe in der Rechtstheorie Hegel", in: *Von Hegel zu Kelsen, Rechtstheoretische Aufsätze* 9, 11, Duncker & Humblot, 1963, S.17.

⁵⁴ Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S.191.

⁵⁵ Flechtheim, Ossip K., "Die Funktion der Strafe in der Rechtstheorie Hegel", S.16.

⁵⁶ Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, S.43.

⁵⁷ Mayer, Helmuth, "Kant, Hegel und das Strafrecht", S.79.

⁵⁸ Mayer, Helmuth, "Kant, Hegel und das Strafrecht", S.79.

⁵⁹ Flechtheim, Ossip K., "Die Funktion der Strafe in der Rechtstheorie Hegel", S.15.

Strafe entsteht erst die wahre Rechtswirklichkeit.⁶⁰ Die Wiederherstellung des Rechts impliziert nach Hegel daher die Forderung einer vom subjektiven Interesse und von der Zufälligkeit der Macht befreiten, nicht rächenden, sondern strafenden Gerechtigkeit. Diese sei erst dann erreicht, wenn das Verbrechen nicht mehr als *crimen privatum*, sondern als *crimen publicum* verfolgt werde, also im Rahmen der institutionalisierten Strafverfolgung der bürgerlichen Gesellschaft.⁶¹

Hegel meint, dass ein Strafkodex seiner Zeit und dem Zustand seiner bürgerlichen Gesellschaft angehört.⁶² Harte Strafen sind also an und für sich nichts Ungerechtes, sondern stehen im Verhältnis zum Zustand der Zeit: Ein Kriminalkodex kann nicht für alle Zeiten gelten.⁶³ Hegel findet, dass es eine vortreffliche und von Humanität zeugende Einrichtung des athenischen Gerichtswesens war, dass der Verbrecher sich an das Volk wenden und um die Erlassung der Strafe bitten konnte.⁶⁴ Darin sieht Hegel auch keine Entehrung. Er meint sogar, dass dies eine Wiederherstellung aus der Verletzung und ihre Aufhebung bilden würde.⁶⁵

Was die absoluten Theorien im Allgemeinen auszeichnet, ist die Achtung der Würde des Straftäters.⁶⁶ In diesen Theorien hat das Recht nicht die Funktion zu bevormunden: jeder ist für sich selbst verantwortlich. Der Einzelne soll nicht Mittel zum Zweck werden. Wenn von Nutzen, Zweck oder vom Glück der Menschen die Rede ist, wird das in den absoluten Theorien als materialistischer Nutzen, niedrige Zwecke oder billiges Glück assoziiert.⁶⁷ In voller Übereinstimmung mit Kant erkennt aber auch Hegel präventive Ziele wie Abschreckung und Besserung als Strafzweck nicht an.

Nach Kant kann es kein Strafgesetz geben, welches demjenigen den Tod zuerkennt, der im Schiffbruche, mit einem andern in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstieße, um sich selbst zu retten. Denn die durchs Gesetz angedrohte Strafe könne doch nicht größer sein, als die des Verlusts des Lebens des ersteren. Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben, denn die Bedrohung mit einem Übel, was noch ungewiß ist (dem Tode durch den richterlichen Ausspruch), kann die Furcht vor dem Übel, was gewiß ist

⁶⁰ Flechtheim, Ossip K., "Die Funktion der Strafe in der Rechtstheorie Hegel", S.16.

⁶¹ Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, S.41.

⁶² Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S.372.

⁶³ Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S.373.

⁶⁴ Hegel, G.W.F., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I*, S.508.

⁶⁵ Hegel, G.W.F., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I*, S.513.

⁶⁶ Hassemer, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990, S.284.

⁶⁷ Klug, Ulrich, "Abschied von Kant und Hegel", S.40.

(nämlich dem Ersaufen), nicht überwiegen.⁶⁸ Also ist die Tat der gewalttätigen Selbsterhaltung nicht etwa als unsträflich (*inculpabile*), sondern nur als unstrafbar (*inpunibile*) zu beurteilen und diese subjektive Straflosigkeit wird, durch eine wunderliche Verwechslung, von den Rechtslehrern für eine objektive (Gesetzmäßigkeit) gehalten. Der Sinnspruch des Notrechts heißt: »Not hat kein Gebot (*necessitas non habet legem*)«; und gleichwohl kann es keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte.⁶⁹ Diese Forderung lässt sich bei der Todesstrafe naturgemäß nicht stellen.⁷⁰ Es stellt sich die Frage, ob Kant das Strafrecht auf die Zustimmung der Bürger gründet oder einen Rückgriff auf das individuelle Zwangsrecht macht? Kants Behandlung des Notrechts ist nur verständlich, wenn man davon ausgeht, dass das Strafrecht auf dem Zwangsrecht und nicht auf moralischer Vergeltung beruht.⁷¹

Was man in Kant und Hegels Theorien verkannt hat, ist die Notwehrtheorie der beiden.⁷² Kant wird als Vertreter der "individualistischen" und Hegel als der Gründer der "überindividualistischen" Notwehrbegründung eingeordnet.⁷³ Der "individualistischen" Komponente zufolge dient die Notwehr dem Schutz der angegriffenen Rechtsgüter, der "überindividualistischen" Komponente gemäß besteht die Aufgabe in der Bewährung der Rechtsordnung als solcher.⁷⁴ Bei Hegel sehen wir das Notrecht am Beispiel eines Brotdiebstahl, der ihm zufolge nicht als ein gewöhnlicher Diebstahl betrachtet werden kann. "Sollte es dem am Leben gefährdeten Menschen nicht gestattet sein, so zu verfahren, dass er sich erhalte, so würde er rechtlos bestimmt sein, und indem ihm das Leben abgesprochen würde, wäre seine ganze Freiheit negiert".⁷⁵ Bei Hegel ist das Notwehrrecht als ein überindividuelles, vom Staat auserliehenes Recht. Hegel bricht somit mit der individualistischen Auffassung der Notwehr Kants.

3. Kritik der relativen Straftheorien

Im Gegensatz zu den absoluten sind die relativen Theorien in erster Linie Zwecktheorien.⁷⁶ Das Ziel ist die Abschreckung. Es ist die Effektivität

⁶⁸ Kant, I., Die Metaphysik der Sitten, S. 343.

⁶⁹ Kant, I., Die Metaphysik der Sitten, S. 343.

⁷⁰ Wolf, Jean-Claude, Verhütung oder Vergeltung, Einführung in ethische Straftheorien, Karl Alber Verlag, Freiburg, München, 1992, S.41.

⁷¹ Tafani, Daniela, "Kant und das Strafrecht", S.18.

⁷² Pawlik, Michael, "Die Notwehr nach Kant und Hegel", In: Zeitschrift für die Gesamte Strafwissenschaft, 114. Band, 2002, S.298.

⁷³ Pawlik, Michael, "Die Notwehr nach Kant und Hegel", S.47.

⁷⁴ Pawlik, Michael, "Die Notwehr nach Kant und Hegel", S.47.

⁷⁵ G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, S.241.

⁷⁶ Maurach/Zipf, Strafrecht, 8. Auflage, Müller, 1992, S.66.

der Verbrechensbekämpfung. Diese Theorien beziehen die Strafe auf den Erfolg (*poena est relativa ad effectum*). Die relativen Theorien gehen einher mit der Entwicklung der technischen Rationalität der Neuzeit.⁷⁷ Der oberste Zweck des Rechts, auch des Staatsrechts, ist der Nutzen der Gesamtheit. Der Abschreckungsgedanke steht im Vordergrund. Bezeichnend für die Denkweise der Aufklärung ist das Willensproblem. Der Menschentyp, auf den es zielt, ist Partner des Sozialvertrags. Parallel hierzu und zeitproportional zur Herausbildung moderner Wissenschaftssysteme wurden greifbare, nützliche Zwecke der Strafe in den Vordergrund gestellt.⁷⁸ Es gibt einen engen Zusammenhang zwischen den modernen relativen Theorien und der naturrechtlichen Auffassung. In der Entstehung und im Zweck des Staates zeigen sich die von dem Sozialvertrag hervorkommenden Ansprüche gegenüber der Staatsgewalt, die eine Proportionalität von Schuld und Strafe verlangen.⁷⁹

Kant und Hegel kritisieren die relativen Straftheorien, weil sie die Strafe als Zweck sehen. Bei den relativen Theorien ist der Nutzen der Gesamtheit der Zweck des Rechtes und nicht der Einzelne. Kant und Hegel, die in der Strafe das individuelle Moment, die Gerechtigkeit oder auch die Wiederherstellung sehen, siedeln die Strafe nicht in ihrem sozialen Umfeld an und kritisieren die relativen Theorien, die von Beccaria oder auch Feuerbach vertreten wurden.

3.1. Kants und Hegels Kritik an Beccaria

Beccaria sieht den Gesellschaftsvertrag wie Hobbes als Grundlage des Staates. Er betont, dass die Menschen es müde waren, in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben. Für ihn ist der politische Zweck der Strafen in der Abschreckung anderer, und er versucht den Schuldigen daran zu hindern, seinen Mitbürgern abermals Schaden zuzufügen, und die anderen davon abzuhalten, das gleiche zu tun.

Die Todesstrafe gerät mit Beccaria ins Wanken. Er behauptet ihre Unzulässigkeit, weil mit der Errichtung der Staatsgewalt nicht auch die Disposition über das eigene Leben übertragen sei.⁸⁰ Beccaria meint, dass die Todesstrafe durch das Beispiel der Grausamkeit keineswegs nützlich ist.⁸¹ Kant kritisiert Beccarias Position als "teilnehmende Empfindelei einer affektierten Humanität" und bezeichnet sie als "Sophisterei und Rechtsverdrehung". Hegel hat es leichter Beccaria zu widerlegen, weil er die Vertragstheorie

⁷⁷ Michael Köhler, *Strafrecht*, Springer, 1997, S.44.

⁷⁸ Hoffmann, Peter, *Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht*, S.102.

⁷⁹ Maurach/Zipf, *Strafrecht*, S.70.

⁸⁰ Rüping, Hinrich, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, Von Beck, 1991, S.61.

⁸¹ Beccaria, Cesare, *Über Verbrechen und Strafe*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1966, S.115.

ablehnt. Er räumt Beccaria zwar durchaus ein, dass der Verbrecher seine Einwilligung für seine Hinrichtung geben müsse, nur habe er dies mit seinem Verbrechen schon getan.⁸²

Hegel meint, dass Beccaria dem Staat das Recht der Todesstrafe abgesprochen hat, weil im gesellschaftlichen Vertrag die Einwilligung der Individuen, sich töten zu lassen, enthalten sei.⁸³ Hegel schreibt, dass Beccarias Bemühungen, die Todesstrafe aufheben zu lassen, vorteilhafte Wirkungen hatten. Die Todesstrafe wäre seltener geworden, wie die höchste Spitze der Strafe es auch verdiene.⁸⁴ Hegel kritisiert zwar die Begründung der Todesstrafe Beccarias durch einen Vertrag, aber dass die Todesstrafe seltener geworden ist, sieht er als eine positive Entwicklung.

Kant hingegen kann Beccarias Argumentation nicht so einfach und leicht abtun wie Hegel, denn die Vertragstheorie⁸⁵ liegt auch seinem System zu Grunde.⁸⁶ Kants Argument gegen Beccaria lautet, dass nur jene Strafe, die der Misstäter selbst will, illegitim wäre, weil er Richter seiner Selbst wäre und es dann keine Strafe geben würde, weil demjenigen, das geschehe, was er selbst wünscht.⁸⁷ Kant ist der Meinung, dass es vor allem in moralischer Hinsicht nicht möglich ist, über die Kapitalstrafe eine Vereinbarung zu machen.⁸⁸ Der Grundirrtum der Lehre Beccarias liegt nach Kant darin, dass sie das Urteil des Verbrechers, seines Lebens beraubt zu werden, als eine Entscheidung, sich selbst das Leben zu nehmen, sieht.⁸⁹ Mondolfo hält die Unterscheidung zwischen dem *homo noumenon* und dem als Verbrecher der Strafe unterworfenen *homo phaenomenon*⁹⁰, die Kant zur

⁸² Hösle, Vittorio, Hegels System, Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Felix-Meiner Verlag, Hamburg, 1998, S.507.

⁸³ Hegel, G.W.F., Grundlinien der Philosophie des Rechts, S.190.

⁸⁴ Hegel, G.W.F., Grundlinien der Philosophie des Rechts, S.192.

⁸⁵ Nach Salomon, geht Beccaria davon aus, dass der Vertrag tatsächlich abgeschlossenen sei oder um der allgemeinen Notwendigkeit oder Nützlichkeit seines Bestehens willen vorausgesetzt werden müsse. (Salomon, Max, "Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht", S.13.)

⁸⁶ Priomrac, Igor, "Kant und Beccaria", in: Kant-Studien 69, 1978, S.408.

⁸⁷ Priomrac, Igor, "Kant und Beccaria", S.413.

⁸⁸ Tafani, Daniela, "Kant und das Strafrecht", S.24.

⁸⁹ Cattaneo, Mario A., Aufklärung und Strafrecht, Beiträge der Strafrechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, S.12.

⁹⁰ "Wenn ich also ein Strafgesetz gegen mich, als einen Verbrecher, abfasse, so ist es in mir die reine rechtlich-gesetzgebende Vernunft (*homo noumenon*), die mich als einen des Verbrechens Fähigen, folglich als eine andere Person (*homo phaenomenon*), samt allen übrigen in einem Bürgerverein dem Strafgesetze unterwirft. Mit andern Worten: nicht das Volk (jeder einzelne in demselben), sondern das Gericht (die öffentliche Gerechtigkeit), mithin ein anderer als der Verbrecher, diktiert die

Widerlegung Beccarias heranzieht, für einen polemischen Kunstgriff.⁹¹ Cattaneo ist dafür, jeweils den besseren Teil von Kant und Beccaria zu wählen, und dieser bessere Teil ist seiner Meinung nach das humanitäre Empfinden und die Idee der Menschenwürde.⁹²

3.2. Fichte – Abbüßungsvertrag

Fichte lehnt anders als Kant und Hegel die Todesstrafe ab. Fichte meint, dass man schlechthin jeden behandeln muss, als ob er frei wäre. "Zum Freiwerden aber gehört Leben, denn dass ich jemanden, der keine Freiheit hat, totschiage, damit er sie bekomme, lässt sich nicht sagen. Also das Recht geht nicht bis zur Todesstrafe".⁹³ Fichtes Begründungen der Ablehnung der Todesstrafe und der Ablehnung eines Notrechtes ist gleich. In beiden Fällen handelt es sich laut Fichte um außerrechtliche Maßnahmen.⁹⁴ Der Staat als Richter, tötet nach Fichte nicht, er hebt den Vertrag auf. Wenn er hinterher noch tötet, so geschieht dies nicht nach richterlicher Gewalt, sondern durch die Polizei.⁹⁵ Dies geschieht nicht infolge positiver Gesetze, sondern aus Not. Die Todesstrafen nach Martern zu schärfen, also als Folter zu gestalten, ist laut Fichte Barbarei. Der Staat würde dann zu einem wilden, rachewütenden Feind, der seinen Feind vorher noch quält, damit er den Tod fühlt.⁹⁶

Während Kant und Hegel eine Retributionstheorie in den Vordergrund der Begründung des Strafrechts stellen, vertritt Fichte eine Präventionstheorie.⁹⁷ Bei Fichte findet sich auch wieder die "poena talionis", aber nur im Fall der Eigentums- und Vermögensdelikte.⁹⁸ Es gibt bei ihm Fälle, in denen Buße nicht geleistet oder nicht bestimmt werden kann (z.B.

Todesstrafe, und im Sozialkontrakt ist gar nicht das Versprechen enthalten, sich strafen zu lassen, und so über sich selbst und sein Leben zu disponieren. Denn, wenn der Befugnis zu strafen ein Versprechen des Missetäters zum Grunde liegen müßte, sich strafen lassen zu wollen, so müßte es diesem auch überlassen werden, sich straffällig zu finden, und der Verbrecher würde sein eigener Richter sein" (Kant, I., Die Metaphysik der Sitten, S. 457-458).

91 Cattaneo, Mario A., Aufklärung und Strafrecht, S.18.

92 Cattaneo, Mario A., Aufklärung und Strafrecht, S.47.

93 Höhle, Vittorio, Hegels System, S.510.

94 Mohr, Georg, "Recht als Anerkennung und Strafe als 'Abbüßung'", in: Subjektivität und Anerkennung, Hrsg. Barbara Merker, Georg Mohr, Michael Quante, Mentis Paderborn, 2004, S. 265.

95 Fichte, I.H., Zur Rechts und Sittenlehre I, Walter de Gruyter, Berlin, 1971, S. 280.

96 Fichte, I.H., Zur Rechts und Sittenlehre I, S. 281.

97 Mohr, Georg, "Recht als Anerkennung und Strafe als 'Abbüßung'", S. 245.

98 Zaczyk, Rainer, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes, Dunker & Humblot, Berlin, 1981, S.119.

Vermögenslosigkeit, Staatsverbrechen).⁹⁹ Fichte fasst beim Zwangsgesetz den Willen isoliert als frei, und die Vernichtung des rechtswidrigen Willens durch sich selbst bezeichnet er als das Prinzip aller Zwangs- oder Strafgesetze.¹⁰⁰ Bei Fichte ist Willenszwang nicht bloß etwas Instrumentales, sondern etwas das zur Erreichung des Zwecks des "öffentlichen Friedens" vom Staat dient. Nach Fichte, muss der Mensch gerade so viel Sorge tragen, dass er die Rechte des anderen nicht verletze, als er Sorge trägt, dass die seinigen nicht verletzt werden. Der mit durch das Gesetz aufgegebenen letzte Endzweck ist gegenseitige Sicherheit.¹⁰¹ Nach Fichte ist "die Strafe Mittel für den Endzweck des Staates, öffentliche Sicherheit. Der Zweck des Strafgesetzes ist der, dass der Fall seiner Anwendung gar nicht vorkomme."¹⁰²

Die Strafe ist nach Fichte nicht absoluter Zweck. Die Strafe ist Mittel für den Endzweck des Staates, die öffentliche Sicherheit und die einzige Absicht dabei ist die, dass durch die Androhung derselben das Vergehen verhütet wird.¹⁰³

Eine absolute Straftheorie lehnt Fichte ab. Er unterscheidet sich von Kant dadurch, dass er die richterliche Strafe nicht als Mittel, sondern selbst als Zweck betrachtet.¹⁰⁴ Bei Fichte erhält die Abschreckung eine größere Bedeutung als bei Kant, der die Abschreckung nur in der Passage über das Notrecht betont. Das zeigt seine Annahme der Vernünftigkeit des Täters.¹⁰⁵ Fichte wirft Kant vor, er habe Moral und Recht vermengt und als Grundlage der Strafgerechtigkeit die Vergeltung angenommen.¹⁰⁶ Fichte wie Hegel halten die moralische Gesinnung auf keinen Fall für strafbar, hingegen die Bestrafung von Delikten gegen Personen und gegen Institutionen des Staates für möglich.¹⁰⁷ Auge um Auge, und Zahn um Zahn, sollte der Staat nur im äußersten Notfall und nur, wenn wirklich kein anderes Mittel übrigbleibt,

⁹⁹ Schild, Wolfgang, "Die Unterschiedliche Notwendigkeit des Strafens", in: Strafe Muss Sein! Muss Strafe Sein?, Hrsg. Klaus-M. Kodalle, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, S.89.

¹⁰⁰ Zaczyk, Rainer, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes, S.85.

¹⁰¹ Fichte, Gottlieb Johann, Grundlage des Naturrechts, Das System der Sittenlehre, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962, S.148.

¹⁰² Schild, Wolfgang, "Die Unterschiedliche Notwendigkeit des Strafens", in: Strafe Muss Sein! Muss Strafe Sein?, Hrsg. Klaus-M. Kodalle, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, S.89.

¹⁰³ Fichte, I.H., Zur Rechts und Sittenlehre I, Walther de Gruyter, Berlin, 1971, S.261.

¹⁰⁴ Zaczyk, Rainer, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes, S.106.

¹⁰⁵ Zaczyk, Rainer, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes, S.114.

¹⁰⁶ Tafani, Daniela, "Kant und das Strafrecht", S.25.

¹⁰⁷ Hösle, Vittorio, "Was darf der Staat bestrafen? Überlegungen im Anschluss an Fichtes und Hegels Rechtsphilosophie", in: Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, Meiner, Hamburg, 1989, S.28.

wählen; denn der Verbrecher bleibt doch immer ein Mitglied der Gattung, und hat als solches das Recht, zu leben so lange er kann, um sich zu bessern.¹⁰⁸

Fichte, der zwar die Anerkennung der Talionsregel mit Kant teilte, konnte deren Rechtmäßigkeit nicht anerkennen, weil er das Strafrecht auf den "Abbüßungsvertrag"¹⁰⁹ gründete.¹¹⁰ Im Abbüßungsvertrag ist auch das Versprechen enthalten, den Rechtsbrecher nach erfolgter Besserung wieder aufzunehmen. Deshalb muss der Staat versuchen, den Verbrecher durch Strafvollzug zu bessern. Der "verbesserte" Verbrecher tritt dann wiederum in den Staat zurück.¹¹¹ Insofern kann man Fichte durchaus als Vertreter der Besserungstheorie bezeichnen.¹¹² Die Besserung ist aber keine moralische, sondern eine politische. Diese über alles gehende Liebe für sich selbst wird in der Hand des Strafgesetzes zu einem Mittel, den Bürger zu nötigen, dass er die Rechte der anderen ungekränkt lasse, indem jeder, was er dem Anderen übles zufügt, sich selber zufügt.¹¹³

Fichte sieht als Folge der Straftat einen völligen Rechtsverlust angesichts der wechselseitigen Bedingung der Sicherheitszusage. Er mildert dieses Ergebnis aber durch einen "Abbüßungsvertrag", also durch die bedingte Vorab-Einwilligung der Strafe.¹¹⁴ Ein solcher Abbüßungsvertrag ist nach Fichte nützlich, denn er ist im Interesse sowohl der Einzelnen als auch für andere. Somit ist die Abbüßung durch Strafe für den Rechtsbrecher eine "Rechtswohltat".¹¹⁵ Der Abbüßungsvertrag besteht darin, dem verurteilten Verbrecher eine Chance zu geben, sodass er dem Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft entgehen kann.¹¹⁶ Nach Fichte besteht die Möglichkeit

¹⁰⁸ Fichte, I.H., "Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters", in: Zur Politik, Moral und Philosophie der Geschichte, Bd. 7, Walter de Gruyter, Berlin, 1971, S. 218.

¹⁰⁹ "Dies könnte nur durch einen Vertrag aller mit allen geschehen; der späterhin Norm für die executive Gewalt würde. Der Inhalt dieses Vertrages würde folgender seyn: Alle versprechen allen, sie inwiefern dies mit der öffentlichen Sicherheit vereinbar ist, um ihrer Vergehungen willen nicht vom Staate auszuschliessen, sondern ihnen zu verstaten, diese Strafe auf andere Weise auszubüssen. Wir wollen diesen Vertrag Abbüßungsvertrag nennen" (Fichte, I.H., Zur Rechts und Sittenlehre I, S.261.)

¹¹⁰ Tafani, Daniela, "Kant und das Strafrecht", S.25.

¹¹¹ Fischl, Otto, Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie, Scientia Verlag, Aalen, 1973, S.145.

¹¹² Fichte, I.H., Zur Rechts und Sittenlehre I, Walter de Gruyter, Berlin, 1971, S.272.

¹¹³ Fichte, I.H., Zur Rechts und Sittenlehre I, Walter de Gruyter, Berlin, 1971, S.273.

¹¹⁴ Seelmann, Kurt, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, Hegels Straftheorie, S.99.

¹¹⁵ Mohr, Georg, "Recht als Anerkennung und Strafe als 'Abbüßung'", S.257.

¹¹⁶ Merle, Jean-Christophe, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde, S.89.

der Besserung des Verbrechers und seiner Resozialisierung.¹¹⁷ Fichte nimmt als subsidiäres Kriterium die gegenseitige "Nützlichkeit" des Verbrechers und des Staats für einander.¹¹⁸ Dabei ist die Generalprävention als Hauptzweck des Staates angegeben.

Der Kerngedanke von Fichtes Strafbegründung ist der, dass die Institutionen einer Rechtsgemeinschaft und insbesondere das Strafrecht sich aus der Forderung reziproker Freiheitsgewährung herleiten lassen müssen.¹¹⁹ Rechtliche Verbindungen resultieren ausschließlich daraus, dass ein Individuum an den Institutionen einer Rechtsgemeinschaft teilhat.¹²⁰

3.3. Feuerbach und seine psychologische Zwangstheorie

Die Generalprävention ist in der historisch wirkungsmächtigen Form von Feuerbach entwickelt worden. Feuerbach leitet seine generalpräventive Lehre aus der von ihm entwickelten sogenannten "psychologischen Zwangstheorie" ab.¹²¹ Die psychologische Zwangstheorie ist säkular, zweckmäßig und gesetzlich.¹²² Aus dem psychologischen Zwang wird die bürgerliche Strafe abgeleitet, deren Zweck deshalb sekundär auf die Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung bezogen ist.¹²³ Der Mensch, der sich in einer psychologischen Zwangslage befindet, wird von vielen Determinationsfaktoren bestimmt. Durch die Androhung der Strafe werden die hemmenden Faktoren verstärkt. Rechtsgrund der Strafandrohung ist die Notwendigkeit, das geordnete Zusammenleben der Menschen im Staat zu ermöglichen.

In seinem Werk "Anti-Hobbes" hat Feuerbach die Strafandrohung deutlicher als Hobbes herausgestellt.¹²⁴ Im Gegensatz zu Hobbes wendet er sich entschieden gegen den Gedanken der Spezialprävention und der Besserungstheorie.¹²⁵ Hobbes unterscheidet zwischen einer präventiven Strafe und der Rache, die nur ein zweckloser, willkürlicher Akt ist. Bei Hobbes ist der Nutzen der Strafe von Bedeutung. Strafe ist also notwendig, nicht als Strafe selbst, sondern als Mittel. Festzuhalten ist die Beziehung

¹¹⁷ Merle, Jean-Christophe, "Fichtes Begründung des Strafrechts", Fichte-Studien, Band 24, 2003, S. 75.

¹¹⁸ Merle, Jean-Christophe, "Fichtes Begründung des Strafrechts", S. 77.

¹¹⁹ Mohr, Georg, "Recht als Anerkennung und Strafe als 'Abbüssung'", S.268.

¹²⁰ Mohr, Georg, "Recht als Anerkennung und Strafe als 'Abbüssung'", S.268.

¹²¹ Schmidhäuser, Eberhart, Sinn der Strafe, S.25.

¹²² Naucke, Wolfgang, "Feuerbachslehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens", in: Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Hrsg. Eric Hilgendorf; Jürgen Weitzel, Dunker & Humblot, Berlin, 2007, S.113.

¹²³ Schild, Wolfgang, "Die Unterschiedliche Notwendigkeit des Strafens", S.93.

¹²⁴ Kremkus, Andreas, Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999, S. 66; 71.

¹²⁵ Kremkus, Andreas, Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes, S.69.

zwischen Bestrafung und Strafandrohung.¹²⁶ Die Strafphilosophie Hobbes' ist also eigentlich eine Theorie der wirksamen Drohung; durch Erregung von Furcht nötigt der Leviathan die Menschen zur Einhaltung der Gesetze.¹²⁷ Für Hobbes ist Strafe also ein Zwangsmittel, das der Staat gegen seine Bürger einsetzt, um sie zu einem normkonformen Verhalten zu bringen und sie durch Abschreckung abzuhalten.¹²⁸ Aus dem Hobbes'schen Modell entwickelt sich die Beziehung zwischen Furcht und Strafe im modernen Strafrechtssystem, welches dann als das spezifische Generalpräventionssystem des Rechtsstaates charakterisiert wird.¹²⁹

Feuerbach versteht sich zwar als Kantianer, begründet seine Straftheorie jedoch ganz anders als dieser.¹³⁰ Feuerbach unterscheidet zwischen rechtlicher und moralischer Strafe. Er beruft sich an einer Stelle auf Kant, indem er schreibt, dass er das Prinzip der moralischen Vergeltung ablehnt.¹³¹ Feuerbach ist wie Kant der Auffassung, dass der Mensch einer legalen Handlung ebenso verbunden ist wie einer moralischen. Feuerbachs Trennung von Recht und Moral geht aber über Kant hinaus.¹³²

Laut Feuerbach ist der Zweck der Androhung der Strafe im Gesetz die Abschreckung aller.¹³³ Der Staat muss also Rechtsverletzungen verhindern; zu diesem Zweck muß er psychologisch auf die Bürger wirken. Das folgt auch aus dem Satz "wer den Zweck will, will die Mittel".¹³⁴

Feuerbach meint, dass man dem Verbrecher nicht nur wegen seiner Tat,

¹²⁶ Schild, Wolfgang: "Die Unterschiedliche Notwendigkeit des Strafens", S.85.

¹²⁷ Schild, Wolfgang: "Die Unterschiedliche Notwendigkeit des Strafens", S.85.

¹²⁸ Kremkus, Andreas, Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes, S.82.

¹²⁹ Cattaneo, Mario A., Aufklärung und Strafrecht, S.163.

¹³⁰ Döring analysiert Feuerbach in drei Perioden: die erste reicht bis zum Anti-Hobbes und enthält die Ausbildung der allgemeinen rechtsphilosophischen Grundlage. In ihr macht sich der Einfluss Kants geltend. "Die zweite Periode umfasst die erste Begründung der Feuerbachschen Straftheorie und bedeutet eine Zeit der Vermittlung zwischen Kantischen Anschauungen und den zeitgenössischen relativen Straftheorien. Sie reicht bis 1799, nämlich bis zur Ausarbeitung der "Revision der Grundsätze". Die dritte Periode schliesslich ist die der Ausbaues der Feuerbachschen Straftheorie (Döring, Oscar, Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie, Verlag von Reuther & Reichard, Berlin, 1907, S. 35). In der zweiten Periode machte sich der Einfluss der relativen Straftlehren seiner Zeit geltend und liess ihn den Versuch wagen diese Relativität mit der Kantischen Absolutheit zu vereinigen (Döring, Oscar, Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie, S.37).

¹³¹ Naucke, Wolfgang, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, S.43.

¹³² Naucke, Wolfgang, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, S.64.

¹³³ Feuerbach, Paul Johann Anselm, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, S.39.

¹³⁴ Naucke, Wolfgang, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, S.49.

sondern auch um den Staat gegen den Verbrecher zu sichern, eine Strafe gibt. Das Strafgesetz ist nach Feuerbach nichts anderes als eine Drohung. Daher ist sein Zweck nur der Zweck der Strafandrohung selbst, nämlich, der Gefahr einer möglichen Verletzung von Rechten durch einen Bürger vorzubeugen.¹³⁵ Feuerbach ist aber gegen die Spezialprävention, die auch versucht, künftige Verbrechen zu verhüten.¹³⁶ Feuerbach: "Durch die bloße Zufügung eines Übels, welche auf das Verbrechen folgt, wird noch gar nicht bei den Bürgern die gewisse Überzeugung bewirkt, daß auf jene Übertretung ein solches Übel folgen werde."¹³⁷ Somit widerlegt er die Theorie der Besserung, und spricht sich gegen sie aus, indem er sie Züchtigung¹³⁸ nennt.¹³⁹ Nach Feuerbach ist die Androhung der Strafe zweckmäßig, und damit also auch rechtmäßig. Naucke meint, dass Feuerbach von einer absoluten Definition der Strafe ausgehe, aber die Fragestellung anhand der er das Problem löse, die Fragestellung der relativen Theorie sei.¹⁴⁰ Feuerbachs Theorie vom psychologischen Zwang enthält die Theorie vom Begriff der Strafe, eine Theorie vom Zweck der Androhung und eine Theorie vom Zweck der Strafzufügung.¹⁴¹

Für Hegel fassen die relativen Straftheorien den Täter nicht an Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund, gegen den man den Stock hebt.¹⁴² Diese Polemik gegen Feuerbach zeigt, dass Hegel den Verbrecher als Menschen mit freiem Willen und als vernünftiges Subjekt ansieht.¹⁴³

¹³⁵ Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, S.54.

¹³⁶ Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, S.57.

¹³⁷ Feuerbach, Johann Anselm, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1986, S.48.

¹³⁸ "Die geforderten Anstalten müssen notwendiger Zwangsanstalten sein. Dahin gehört zunächst physischer Zwang des Staates, der auf doppelte Art Rechtsverletzungen aufhebt, I. zuvorkommend, indem er eine noch nicht vollendete Beleidigung verhindert und zwar a. durch Erzwingung einer Sicherheitsleistung des Bedrohten, b. durch unmittelbare Überwindung der auf Rechtsverletzung gerichteten physischen Kräfte des Beleidigers, II. Der Beleidigung nachfolgend, indem er Rückerstattung oder Ersatz von dem Beleidiger erzwingt" (Feuerbach, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, S.37).

¹³⁹ Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, S.59.

¹⁴⁰ Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, S.74.

¹⁴¹ Greco, Luís, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*, Dunker & Humblot, Berlin, 2009.

¹⁴² Hassemer, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990, S.284.

¹⁴³ Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, S.43.

4. Relativierung der absoluten Straftheorien

Die Gedanken von Kant und Hegel haben fast zwei Jahrhunderte auf die deutsche Strafgerichte und Strafrechtpraxis ausgewirkt.¹⁴⁴ Kant und Hegel, die Vertreter des Retributivismus sind, versuchen die Mängel des Utilitarismus zu zeigen. Bentham hat die utilitaristische Straftheorie entworfen.¹⁴⁵ Er verlangt, dass eine Strafe reparabel oder kompensierbar sein muss, denn ein Justizirrtum lässt sich nicht vermeiden. Der Utilitarismus sei blind für Gerechtigkeit als eigenständige Norm.¹⁴⁶ Die absolute Straftheorie wird heute von der herrschenden Meinung abgelehnt, weil die Verwirklichung absoluter Gerechtigkeit nicht mehr als Aufgabe des Staates angesehen wird. Als Kritik könnte man anführen, dass die absolute Theorie nur die ausgleichende Gerechtigkeit vor Augen hat, aber nicht die vorsorgende Gerechtigkeit, die dem Staat die Aufgabe zuweist, durch eine Bestrafung der Untaten der Vergangenheit für die Sicherung der Zukunft zu sorgen.¹⁴⁷ "Die Vergeltung" ist heute terminologisch abgeschaltet worden.¹⁴⁸ Vergeltung wird aber unter der Bezeichnung "Schuldausgleich" zugelassen.¹⁴⁹ Heute sehen wir neben dem "Schuldausgleich" auch die Abschreckung und Sozialisierung.

Man spricht vom Neo-Klazzismus als von einer Rückkehr zu den Theorien Kants und Hegels.¹⁵⁰ Die Tendenz, vom Resozialisationsgedanken abzurücken, ist sichtbar, und Straftheorien, die auf den Vergeltungs- und Abschreckungsgedanken beruhen, werden wieder verstärkt in den Vordergrund gebracht. Der Neo-Klazzismus wird mit Generalprävention¹⁵¹ und Abschreckung, aber auch

¹⁴⁴ Klug, Ulrich, "Abschied von Kant und Hegel", S.38.

¹⁴⁵ Siehe Rosen, F., "Utilitarianism and the punishment of the innocent: The origins of a false doctrine", in: *Utilitas*, Vol.9, No.1, 1997.

¹⁴⁶ Wolf, Jean-Claude, *Verhütung oder Vergeltung, Einführung in ethische Straftheorien*, S.50.

¹⁴⁷ Köhler, Michael, *Strafrecht*, Springer, 1997, S.16.

¹⁴⁸ Hoffmann, Peter, *Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht*, Göttingen, 1992, S.246.

¹⁴⁹ Hoffmann, Peter, *Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht*, S.246.

¹⁵⁰ Seelmann, Kurt, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, Hegels Straftheorie*, S.63.

¹⁵¹ Die Generalprävention zielt auf die Gesellschaft ab und unterteilt sich in positive und negative Generalprävention. Die positive Generalprävention soll das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung stärken. Durch die Vollstreckung der Strafe wird exemplarisch deutlich gemacht, dass Rechtsverstöße nicht folgenlos bleiben. Die Theorie der Generalprävention muss Strafandrohungen und Strafzumessungen so hoch setzen, dass sie abschreckend sind. Das Ziel ist also die Stärkung der Rechtsruhe. Die Kritik ist, dass der Täter instrumentalisiert wird, um das staatliche Ziel der Normstabilisierung zu erreichen. Laut dies wird er damit zum „bloßen Objekt staatlichen Handelns“ degradiert, was mit der Menschenwürde unvereinbar ist.

mit Gerechtigkeit, in Verbindung gebracht. Das ist eine Theorie, die nach dem Schutz des Straftäters ruft. Das Bedürfnis nach Schutz ist von Neo-Klassikern in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt worden.¹⁵² So sind wieder Tendenzen sichtbar, die vom liberalen Strafrecht abrücken und eine härtere Position gegenüber dem Straftäter einnehmen.¹⁵³ Der Wunsch nach einem starken Staat und einer kontrollierten Gesellschaft führt zur Einschränkung der Freiheiten.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts sind die "klassischen" Strafrechtstheorien zunehmend kritisiert worden. Sie konkurrierten mit den empirisch-soziologisch und psychologisch orientierten Straftheorien.¹⁵⁴ Die historischen und soziologischen Straftheorien richten ihr Interesse auf den Besserungsgedanken, womit sich die Aufmerksamkeit von der Tat wieder auf die Täterpersönlichkeit verschiebt.¹⁵⁵ Damit wird Strafe primär zum Schutzmittel der Gesellschaft gegenüber dem Täter und die Strafe verliert an Bedeutung gegenüber einer zweckmäßigen Behandlung des Täters.¹⁵⁶ Die Spezialprävention und der Resozialisierungsgedanke sind besonders in den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts in den Vordergrund getreten. Somit

In der negativen Generalprävention wird den potentiellen Tätern durch die Vollstreckung der Strafe vor Augen geführt, welche Folgen abweichendes Verhalten hat. Aus Angst hiervor verhalten sie sich normkonform und werden abgeschreckt. Die Kritik ist, dass es bezweifelt wird, dass härtere Strafen wirklich abschreckender wirken.

Die Generalprävention tritt in drei Stadien der Strafrealisierung in Erscheinung:

1. durch Androhung der Strafe: man verlässt sich auf die warnende, paralyisierende Strafandrohung im Gesetz. Das Grundprinzip des liberal-rechtstaatlichen Strafrechts lautet "nulla poena sine lege" Es gibt also keine Strafe ohne Gesetz.

2. durch den Ausspruch des Urteils: Abschreckung der Umwelt durch die im Urteil ausgesprochene Missbilligung des überführten Täters.

3. durch Vollzug der Strafe: Abschreckung der Umwelt durch das Leiden des Verbrechens, demgegenüber die generalpräventive Wirkung des Gesetzes versagt hat.

Mit der Generalprävention ist, da sie durch Androhung und psychologischem Zwang die potentiellen Täter vor Augen hat, zwar ein Schritt zum Täterstrafrecht gemacht worden, aber diese Theorie berücksichtigt nicht die einzelnen Täter. Durch die Androhung der Strafe weiß jeder, wenn er die Tat begeht, dass er bestraft wird. Es zeigt sich also, dass mit der Generalprävention zwar die Erwartungssicherheit erfüllt ist, aber dies ist nicht ausreichend, weil sie die persönliche Lage der einzelnen Täter nicht berücksichtigt.

¹⁵² Christie, Nils, "Die versteckte Botschaft des Neo-Klassizismus", in: *Kriminologisches Journal*, Heft 1, 1983, S.23.

¹⁵³ Kremkus, Andreas, "Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes", S.13.

¹⁵⁴ Eberle, Hans-Jürgen, "Kants Straftheorie und die Straffälligenpädagogik", S.95.

¹⁵⁵ Eberle, Hans-Jürgen, "Kants Straftheorie und die Straffälligenpädagogik", S.95.

¹⁵⁶ Eberle, Hans-Jürgen; "Kants Straftheorie und die Straffälligenpädagogik", S.95.

begann eine Debatte¹⁵⁷ zwischen denen, die den Verbrecher als eine kranke Person sahen und sie wieder in die Gesellschaft zu integrieren versuchten und auf der anderen Seite denjenigen, die der Meinung waren, dass Resozialisierung doch nicht effektiv genug ist.¹⁵⁸ Hörnle, sieht eine Schwäche in der deutschen Diskussion darin, dass straftheoretische Überlegungen in das Schema "absolute versus relative" Theorien gepresst werden.¹⁵⁹ Die Trennung von "absolut" und "relativ" erschwert aber das Nachdenken über die Rechtfertigung der Strafsanktion.¹⁶⁰

Ende des 19. Jahrhunderts wurde im Strafrecht die Hegel-Rezeption wieder aufgegriffen.¹⁶¹ Hegels Theorie ist als eine Mischtheorie (Köstlin), Präventionstheorie (Bosanquet) und Besserungstheorie (McTaggart) bezeichnet worden.¹⁶² Hegels Theorie wird in diesen Interpretationen nicht mehr als eine klassische Wiedervergeltungstheorie bezeichnet und somit sprengt sie den Rahmen der absolutistischen Theorie. Dagegen ist der Gedanke Kants Theorie als Mischtheorie zu betrachten, erst später entstanden. Kants Strafrecht galt lange Zeit als absolute Theorie, während man Hegels Theorie schon früh als Mischtheorie erkannt hat.¹⁶³ Die Mischtheorien vermischen Merle nach auch Retribution und Generalprävention.¹⁶⁴ Nach Merle ist eine kantische Mischtheorie eher retributiv und eine hegelsche Mischtheorie, eine Präventionstheorie.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Jeffrie G. Murphy der bei so einer Debatte gegen Karl Meininger argumentiert, meint, dass wenn Therapie wirklich etwas Humanes wäre die meisten sich dagegen nicht mehr sträuben würden als gegen die Strafe. Murphy meint, dass wir im Fall der Strafe wissen, womit wir zu rechnen haben, aber wir im Fall der Resozialisierung nicht wissen woran wir sind, wenn jemand unsere Persönlichkeit ändern will. (Murphy, Jeffrie G., "Kritik am therapeutischen Resozialisierungsprogramm", in: *Recht und Moral, Texte zur Rechtsphilosophie*, Hrsg. Norbert Hoerster, Reclam, Stuttgart, 2002, S.260-261).

¹⁵⁸ Murphy, Jeffrie G, "Kritik am therapeutischen Resozialisierungsprogramm", S.261.

¹⁵⁹ Hörnle, Tatjana, "Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion", in: *Strafe- Warum?, Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Hrsg. Andreas von Hirsch, Ulfrid Neumann, Kurt Seelmann, Nomos Verlag, 2011, S.28.

¹⁶⁰ Andreas von Hirsch, "Warum soll die Strafsanktion existieren? –Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung", in: *Strafe- Warum?*, S.43.

¹⁶¹ Die Erinnerung an die Strafrechtstheorie im Anschluß an die Hegelsche Rechtsphilosophie ist gerade durch List und die moderne Schule hintertrieben worden. (Herzog, Felix, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York: Lang, S.57).

¹⁶² Merle, Jean Christoph Strafen aus Respekt der Menschenwürde, S.93.

¹⁶³ Merle, Jean-Christophe, Strafen aus Respekt vor Menschenwürde, S.93.

¹⁶⁴ Merle, Jean-Christophe, "A kantian critique of Kant's theory of punishment", in: *Law and Philosophy* 19, 2000, s.337

¹⁶⁵ Merle, Jean-Christophe, "Was ist Hegels Straftheorie", S. 155

Merle macht den Versuch, Kants Theorie zu rekonstruieren, ohne dass dabei die Generalprävention vertreten wäre, und er kommt zu einer Kombination von Spezialprävention und Resozialisierung.¹⁶⁶ Zwar hat Kant sich deutlich gegen den Zweck der Strafe ausgesprochen, aber seine Theorie wurde durch seine Prämissen weitergeführt und seine Rechtsphilosophie wurde sogar als Grundlage des Resozialisierungsgedankens benutzt.¹⁶⁷ Doch ist Merle der Meinung, dass Hegel das Strafrecht ursprünglich, weder mit der Spezial-, bzw. mit der Generalprävention noch mit dem Wiedervergeltungsprinzip begründet sondern mit der "Selbsterstörung des Zwanges". Merle meint, dass wen man in den üblichen Kategorien denkt, feststellen muss, dass Hegel die Spezialprävention zusammen mit der Rehabilitierung als primärer Zweck und als primäre Begründung der Strafe ansieht, während die Generalprävention einen sekundären, dennoch wichtigen Zweck darstellt.¹⁶⁸ Mohr nach legt man alle relevanten Stellen aus den *Grundlinien*, so ergibt sich eine Vereinigungstheorie, die zwischen der nur vergeltungstheoretisch zu begründenden Gerechtigkeit der Strafe als Institution und der präventionstheoretisch zu spezifizierenden Gerechtigkeit des Strafmaßes unterscheidet.¹⁶⁹ Seelmann denkt, dass Hegels Anerkennungsargument durchaus präventive Elemente beinhaltet.¹⁷⁰ Es stimmt nach Seelmann daher nicht, dass Hegel nur eine absolute Theorie vertritt. Seiner Meinung nach erhalten die präventiven Strafzwecke ihren Ort, in der Ausgestaltung der vergeltenden Sanktion als staatlicher Maßnahme.¹⁷¹

Ramb meint, dass es die "Brückenfunktion" war, die Hegels Straftheorie so attraktiv gemacht hat.¹⁷² Auch Wohlers und Went, sind der Meinung, dass Hegels Straftheorie die perspektive bietet, "den traditionellen Gegensatz zwischen absoluten und relativen Straftheorien zu überwinden".¹⁷³ Die Hegelianer verfolgen nämlich den Anspruch einer begründungstheoretischen Einheit von Strafrecht und praktischer Philosophie.¹⁷⁴ Sie haben deshalb versucht, eine Verbindung zwischen den absoluten und relativen Straftheorien

¹⁶⁶ Merle, Jean-Christophe, Strafen aus Respekt vor Menschenwürde, S.75.

¹⁶⁷ Sandra G. Müller-Steinhauer, Autonomie und Besserung im Strafvollzug, Resozialisierung auf Grundlage der Rechtsphilosophie Immanuel Kants, Lit Verlag, Münster.

¹⁶⁸ Merle, Jean-Christophe, "Was ist Hegels Straftheorie", S.176.

¹⁶⁹ Mohr, Georg, "Unrecht und Strafe", *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hrsg. Ludwig Siep, Akademie Verlag, 2005, S.119.

¹⁷⁰ Seelmann, Kurt, "Hegels Straftheorien", in: *Strafe- Warum?*, S.83.

¹⁷¹ Seelmann, Kurt, "Hegels Straftheorien", in: *Strafe- Warum?*, S.83.

¹⁷² Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, S.43.

¹⁷³ Wohlers, Wolfgang; Went H., Floriaan, "Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion", *Strafe- Warum?*, S.179

¹⁷⁴ Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, S.240.

herzustellen. Dass also die Strafe Zweck an sich und zugleich als instrumentelles Mittel für etwas zu rechtfertigen ist.¹⁷⁵ Laut Ramb gibt es bei Hegel eine strenge Differenz zwischen der rein begriffslogischen und damit absoluten Rechtfertigung der Strafe als Institution und auch der zweckbezogenen Bestimmung des konkreten Strafmaßes. Durch diese Differenzierung hebt Hegel die traditionelle Unterscheidung von relativen und absoluten Modellen in einem straftheoretischen Gesamtsystem auf.¹⁷⁶ Für die relativen Theorien sehen die Hegelianer die Begründung im Begriff der "Wiedervergeltung".¹⁷⁷ Die Wiederherstellung des Rechts lässt denken, dass Hegel die Generalprävention als Legitimation der Strafe favorisiere, aber es zeigt sich, dass er sie als Begründung der Strafe ablehnt. Er meint zwar, dass Abschreckung und Besserung wichtige Gesichtspunkte sind, aber die Begründung voraussetzen, dass Strafe an und für sich gerecht ist (R § 99).¹⁷⁸ Mit Hegel und der Hegelschule wird auch der Handlungsbegriff zum Zentralpunkt des strafrechtlichen Systems.¹⁷⁹

In der strafwissenschaftlichen Literatur wird der Begriff "Zurechnung" mit Hegel in Verbindung gebracht.¹⁸⁰ Schild meint, dass seine Trennung von Recht und Gnade, zur Trennung von Zurechnung und Verantwortung führt. Heute geht es nicht mehr nur um Zurechnung als Identifikation des Täters, sondern auch um die Zurechnung der Schuld als Grund von Verantwortung und damit um rechtliche Schuldfähigkeit.¹⁸¹ Es gibt einen Unterschied zwischen dem Zurechnungsprinzip von Hegel und dem heutigen. Tatbestandsmerkmale und Rechtswidrigkeit werden auf die "Tat" bezogen, die Schuldhaftigkeit auf den "Täter", und beide werden mit der Zurechnung in Verbindung gebracht. Auf die Zurechnung der Tat folgt also die Zurechnung zum Täter.¹⁸² Im 19. Jahrhundert tritt der Begriff Zurechnungsfähigkeit an die Stelle der älteren Zurechnung als systematische Kategorie. Die Willensfreiheit verliert ihre Bedeutung für die Strafzumessung. Sie bleibt aber wichtig für die Rechtfertigung der Strafe.¹⁸³

¹⁷⁵ Ramb, Michael, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, S.43.

¹⁷⁶ Ramb, Michael, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, S.242.

¹⁷⁷ Ramb, Michael, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, S.243.

¹⁷⁸ Hegel, G.W.F., Grundlinien der Philosophie des Rechts, S.187.

¹⁷⁹ Bubnoff, Eckard, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1966, S. 36.

¹⁸⁰ Schild, Wolfgang, "Der Strafrechtsdogmatische Begriff der Zurechnung in der Rechtsphilosophie Hegel", in: Zeitschrift für Philosophische Forschung 35, 1981, S.446.

¹⁸¹ Schild, Wolfgang, "Der Strafrechtsdogmatische Begriff der Zurechnung in der Rechtsphilosophie Hegel", in: Philosophische Forschung 35, 1981, S.468.

¹⁸² Schild, Wolfgang, "Der Strafrechtsdogmatische Begriff der Zurechnung in der Rechtsphilosophie Hegel", S.470.

¹⁸³ Holzhauer, Heinz, Willensfreiheit und Strafe, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1970, S.91.

Der Unterschied zwischen der Besserungstheorie und dem Hegelschen Standpunkt wäre, dass die Besserungstheorie so wenig Schmerz wie möglich zufügen und den Verbrecher so viel wie möglich verbessern will. Hegel lehrt dagegen, dass der Schmerz sie bessert.¹⁸⁴ Primoratz meint, dass Hegels Straflehre faktisch nicht im Strafrecht, sondern im Bereich der Erziehung relevant ist.¹⁸⁵

Das Strafrechtsmittel der Spezial- wie der Generalprävention prägt noch heute das Strafrechtsweltbild, und bis in die 80er Jahre gilt Prävention im Gegensatz zur "Vergeltung" als liberal-fortschrittlich.¹⁸⁶ In den 70er Jahren war die Doktrin "Erziehung durch Strafe" vorherrschend, in den 80er Jahren verlagerte sie sich dagegen auf generalpräventive Funktionen.¹⁸⁷ Die aktuelle Tendenz des Staates und der Gesellschaft ist nicht mehr die Abschreckung potentieller Täter, also die Zukunftsorientierung des Besserungs- wie des Abschreckungskonzepts, sondern die aktuelle Tendenz ist die Liberalisierung des Strafrechts durch eine "scheinbare" Entkriminalisierung in der Form des Täter-Opferausgleichs.¹⁸⁸ Hart meint, dass die Resozialisierung keine Rechtfertigung der Strafe sein kann, sondern ein Ziel ist, dessen Verfolgung innerhalb eines Systems der Strafe die Einschränkung beziehungsweise die Verdrängung von Prinzipien der Gerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit bei der Strafzumessung bedeutet.¹⁸⁹ Deshalb meint Hart, dass Resozialisierung ein Hilfsmittel ist, das von vornherein nur dort in Betracht kommt, wo das Strafrecht in seiner primären Funktion, nämlich die Gesellschaft vor dem Übel des Rechtsbruchs zu schützen, versagt hat.¹⁹⁰

5. Fazit

Der Funktionswandel des Rechts am Beispiel des Strafrechts wurde in dieser Arbeit durch die absoluten und relativen Theorien aus dem Blickwinkel des Deutschen Idealismus dargestellt. Wir haben gesehen, dass der Wandel des Rechts vom Wandel des Menschenbildes abhängt. Die wichtigste Frage lautet: Ist der Mensch frei oder nicht? Soll man nur die Tat oder die verschiedenen Faktoren, die zur Tat führen, berücksichtigen? Wir sehen, dass im Strafrecht, verschiedene Theorien zusammen interpretiert werden. Wir können nicht von einer einzig herrschenden Theorie sprechen, sondern von

¹⁸⁴ Primoratz, Igor, *Banquos Geist, Hegels Theorie der Strafe*, S.86.

¹⁸⁵ Primoratz, Igor, *Banquos Geist, Hegels Theorie der Strafe*, S.87.

¹⁸⁶ Kremkus, Andreas, "Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes", S.103.

¹⁸⁷ Kremkus, Andreas, "Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes", S.103.

¹⁸⁸ Kremkus, Andreas, "Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes", S.105.

¹⁸⁹ Hart, H.L.A., "Das Problem staatlichen Strafens", S.281

¹⁹⁰ Hart, H.L.A., "Das Problem staatlichen Strafens", S.282

verschiedenen Theorien ist etwas übernommen worden. Wir sehen immer wieder, wie die verschiedenen Theorien in einem anderen Kontext erneut aktualisiert werden. Oft sehen wir neue Theorien wie zum Beispiel den Neo-Klassizismus, der wieder auf die absoluten Theorien zurückgreift. Wir können nicht mehr von einer einzigen Theorie ausgehen, sondern müssen alle zusammen berücksichtigen. Jede Theorie hat ihre eigenen Spuren hinterlassen, aber keine hat die "einzige" Lösung hervorgebracht. Kant hat die "Gerechtigkeit" in den Vordergrund gestellt, Hegel den "Wiedervergeltungsgedanken", Fichte den "Abbüßungsvertrag", Feuerbach den "psychologischen Zwang". All diese Theorien haben etwas zum heutigen Verständnis der Strafrechtstheorie beigetragen und werden in verschiedenen Kontexten wieder aufgegriffen. Wir sehen, dass verschiedene Wissenschaften im Strafrecht immer mehr einbezogen werden. Die Resozialisierung hat zu einer engen Verbindung der Kriminalistik mit der Psychologie und der Neurowissenschaften geführt. Der Resozialisierungsgedanke, der in den 70er Jahren aktuell wurde und den Täter als heilbare Person oder wie einen Kranken sah, ist eine sozial begründete Theorie, aber sehr schwer in der Praxis zu verwirklichen. Dagegen kommt die Kritik auf, dass es gegen die Menschenwürde verstoßen kann, wenn man versucht, die Persönlichkeit eines Menschen durch Rehabilitationsmaßnahmen zu ändern. Wir sehen, dass in den neueren Theorien nicht nur der Täter, sondern auch die ganze Gesellschaft für die Tat verantwortlich gesehen wird. All diese Faktoren müssen also bei der Strafe mit der Tat zusammen berücksichtigt werden. Das Recht und das Strafrecht werden immer komplexer in ihrer Struktur, so wie man keine Strafe mehr nur nach der Tat verhängen kann, wird es auch immer schwieriger, von Recht und Unrecht zu sprechen. Es wird nicht mehr nur der Täter als Schuldiger der Tat gesehen, sondern auch die Gesellschaft ist im gewissen Maße Täter und nicht nur Opfer. Doch wir können auch nicht in einer Gesellschaft leben, in der alle Täter als Kranke und unzurechnungsfähig angesehen werden und trotzdem in der Gesellschaft mit leben. Was sich im Strafrecht stark geändert hat, ist die Art der Strafe, aber auch wie man den Täter sieht. Es geht nicht mehr nur darum, dass der Täter, aus Gründen der Gerechtigkeit oder der Wiedervergeltung für eine bestimmte Zeit aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird, sondern um das Bedürfnis nach Sicherheit der Gesellschaft auf der einen Seite und Resozialisierung des Täters auf der anderen Seite.

**Fransa ve Türkiye’de
Elektronik Haberleşme ve Elektrik Hizmetlerinin
Regülasyonuna İlişkin Bir Değerlendirme**

**(An Evaluation of the Regulation of Electronic Communications
and Electricity Services in France and in Turkey)**

Çağla TANSUĞ *

Özet: Türkiye ve Fransa’da kamu hizmeti, bu hizmetlerin bir kısmının, başta da elektronik haberleşme ve elektrik hizmetlerinin rekabete açılmasına kadar önemli benzerlikler arz etmiştir. Bu hizmetlerin rekabete açılması aşamasında da Fransa ve Türkiye’de kanun koyucunun tercihleri ana hatlarıyla aynıdır: ilgili alanlarda idare tarafından “regülasyon” (ya da “düzenleme ve denetleme”) faaliyeti yapılması ve bu faaliyeti gerçekleştirilecek idari birimler kurulması. Buna karşılık her iki ülke hukuku arasında yapılan bir karşılaştırma, Türkiye ve Fransa arasında gerek regülasyon faaliyetinin içeriğine, gerek bu faaliyetten sorumlu kurumların organizasyon, görev ve yetkilerine ilişkin önemli farklar bulunduğunu göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu hizmeti, rekabet, elektrik, elektronik haberleşme, düzenleyici kurumlar, regülasyon

Abstract: *Until the opening of public services, notably of electronic communication and electricity, to competition there was a significant resemblance between Turkey and France. Legislative initiatives in France and in Turkey have still been basically the same concerning the opening of these services to competition. However, a comparison of the legal systems of the two countries indicates that there are huge differences between Turkey and France, both in terms of the content of regulation activity and also in duties and powers of the administrative institutions in charge of this activity.*

Keywords: *Public service, competition, electricity, electronic communication, regulatory agency, regulation*

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: ctansug@gsu.edu.tr

Giriş

La régulation des services publics de réseau en France et en Turquie – électricité et communications électroniques (Fransa ve Türkiye’de Şebeke Kamu Hizmetlerinin Regülasyonu – elektrik ve elektronik haberleşme)¹ başlıklı çalışma, “kamu hizmeti” yaklaşımını şekillendirmede esasen Fransız hukukundan etkilenen ve bu hizmetlerin sunumunu devletin temel işlevlerinden biri olarak kabul eden Türk hukukunun, kamu hizmeti niteliğini haiz elektrik ve elektronik haberleşme hizmetlerinin rekabete açılması aşamasında, Fransız hukukunun aynı konudaki ve “kamu hizmeti” fikrini muhafaza eden çözümlerini kullanmayı tercih etmediğini ortaya koymaktadır. Türkiye’de kamu hizmetlerinin gider kaynağı oluşturmaları itibariyle devlet bütçesini olumsuz etkilediklerinin de kabul gördüğü bir dönemde, anılan hizmetlerin rekabete açılması gündeme gelmiş ve kanun koyucu ekonomik hedefleri gerçekleştirmek amacıyla belirleyici bir rol oynamıştır. Sunumu teminat altına alınmış kamu hizmetleri kategorisi oluşturmakta fayda görülmediği ölçüde, bahsedilen hizmetlerin rekabete açılması devlet için sadece bir gelir kaynağı oluşturmaya yönelik olmuştur. Oysa aynı aşamada Fransa’da yürürlüğe giren kanunlar, anılan faaliyetlerin rekabete açılmasının bunların kamu hizmeti niteliğini kaldırmayı veya yadsımayı gerektirmediğini, tersine, rekabet ortamında sunulmaları söz konusu olan kamu hizmetlerinin kanunla teminat altına alınabileceğini göstermiştir.

Elektronik haberleşme ve elektrik hizmetlerinin rekabete açılmasının söz konusu olduğu ilk zamanlarda Türk kanunları, Fransa’daki «sektörel regülasyon» faaliyetine denk gelebilecek, «düzenleme ve denetleme» faaliyetinden sorumlu idari otoritelerin kurulmasını öngördüler. Bu otoritelere ilgili piyasalarda rekabetin sağlanması ve kamu yararının korunmasına yönelik görev ve yetkiler verdiler. Ne var ki, hem Fransa, hem de Türkiye örneğinde sadece «düzenleme» ve «denetleme» ile sınırlı olmadığı açık olan bu faaliyete has bir terim, Türk hukukunda kanunlarda ya da yargı kararlarında kullanılmadı. Buna karşın, Türk hukuk doktrininin, kamu hizmetlerinde mutasyona yol açan değişikliklerin kapsamlı şekilde tartışılmadan hayata geçirilmesine tepkisi ve Fransız hukukunda kullanılan «regülasyon» teriminin Türk hukukuna ilişkin çalışmalarda da kullanılabilir hale gelmesine yönelik eğilimi açıktır. Diğer yandan, «düzenleme ve denetleme» teriminin kanunlar, yargı kararları ve giderek daha sık rastlanan şekilde de hukuk literatüründe² kullanılmasının, Türkiye’de regülasyon faaliyetinin ilgili sek-

¹ Bu metin, yazarı tarafından Paris 1 - Panthéon-Sorbonne Üniversitesi’nde doktora tezi olarak kaleme alınıp 22 Haziran 2009’da savunulan ve aynı yıl L’Harmattan Yayınlarının “Logiques juridiques” koleksiyonundan “La régulation des services publics de réseau en France et en Turquie – électricité et communications électroniques” başlığıyla yayınlanan kitabın “Conclusion générale” (“Sonuç”) bölümünün Türkçe tercümesinden oluşmaktadır. Anılan doktora tez çalışmasının gerçekleştirilmesinde Prof.Dr. Duygun Yarsuvat’ın desteği unutulmazdır.

² Bununla birlikte, belirtilen duruma istisna oluşturan çalışmalardan biri şöyledir: Burak ÖZTÜRK, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, 2009, Yetkin, s.134-138.

törlerde bir diyalog ortamı sağlama ve bu sektörleri idare hukukunun geleneksel enstrümanlarını kullanmaksızın yönlendirme boyutları görmezden gelinerek algılanıyor oluşu ile bağlantısı olduğu düşünülebilir. Elektrik ve elektronik haberleşme hizmetleri alanında Türk hukukunda, Fransız hukukundakine oranla, idare hukukunun yerleşik kavramlarından sıklıkla faydalanan bir regülasyon faaliyeti ortaya konulmaktadır.

Avrupa Birliği hukuku etkisi altında, Fransa ve Türkiye’de elektronik haberleşme ve elektrik hizmetlerinin regülasyonunda gözetilen hedefler, bu piyasalarda kamu hizmeti sunumunun teminat altına alınması alanındaki politika farklılığı dışında, bir çok benzerlik göstermektedir.

Rekabetçi piyasalar tesis edilmesine yönelik düzenlemelerde, Türk mevzuatının Avrupa Birliği müktesebatına uyum çabası, ilgili sektörlerle ilişkin Türk ve Fransız kanunları arasında pek çok benzerliğin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Özellikle elektronik haberleşme alanındaki kanuni düzenlemelerde meydana gelen değişim, Türk kanun koyucunun, Avrupa Birliği müktesebatının gerekleri doğrultusunda ulusal mevzuatı uyumlu hale getirme çabasını göstermektedir. Bu çerçevede, bir yandan Fransız otoritelerinin yetkilerinde görülen artış, diğer yandan Türkiye’de “ilişkili bakanlık”lara tanınan yetkilerin artışı sonucu, her iki ülkede regülasyon otoritelerine tanınan yetkiler arasındaki fark zamanla azalmıştır.

Elektrik ve elektronik haberleşme alanında kamu hizmeti sunulmasına ilişkin düzenlemeler ise, Fransa ve Türkiye’nin regülasyon politikaları arasındaki büyük farklılaşmayı ortaya koymaktadır. İlgili kanunlara bakıldığında, Fransa’da bu hizmetlerin regülasyonu alanındaki ekonomik ve ekonomik olmayan yararların bağdaştırılması amacına Türk hukukunda da yer verildiği görülmektedir. Türkiye için, mevzuatının Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlu hale getirilmesi belirleyici bir hedef olmakla birlikte, Türkiye’de anılan alanlardaki kanunlar, Avrupa Birliği’nin kamu hizmetlerine yaklaşımındaki gelişimini Türk kanun koyucunun takip etmediğini göstermektedir. «Kamu hizmeti» teriminin hiç yer almadığı 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile uzun yıllar boyunca, evrensel hizmetin sağlanmasından ziyade bir «evrensel hizmet fonu» oluşturulmasını sağlayan 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu bu görüşü desteklemektedir.

Elektronik haberleşme ve elektrik hizmetlerinin rekabete açılmasında, Fransa ve Türkiye’nin çıkış noktaları ile Avrupa Birliği hukuku açısından gözetmeleri gereken hususlar arasındaki büyük benzerlik ve her iki ülkede de devletin doğrudan faaliyet gösterdiği alanların azaltılması tartışması gündemde olmasına rağmen, her iki ülke kanunlarının ortaya koyduğu hukuki yaklaşım farkı, ilgili ülke politikalarının farklılığının sonucudur. Bahsedilen süreçte Türkiye’de yaşanan gelişmeler hukuk literatüründe tartışma yaratmış olsa da, nihai tüketiciye elektrik satış fiyatının ikiye katlandığı zamana kadar sosyal bir tepkiye neden olduklarını söylemek güçtür. Aynı dönemin Fransa’da yaşanması ise “bir kamu hukuku doktrininin kav-

ramlarıyla ifade edilen bir organizasyon modelinin savunulmasına"³ ve sosyal mücadeleye yol açmıştır. Davranış biçimleri arasındaki bu fark, bir yandan her iki ülkede, kamu hizmeti konusundaki sosyal bilinç düzeyi farklılığına işaret edebilecek, diğer yandan Türkiye'deki kanun değişikliklerinin, günlük hayat üzerinde ciddi sonuçları da olsa, sıklıkla sosyal tepkilere yol açmadığının düşünülmesine neden olabilecektir. Her halde, bu tespitler, hukuk sosyolojisi alanında bir çalışmaya konu olabilir.

Bu çalışmada, regülasyon faaliyetinin içeriğinin yanı sıra, bu faaliyeti gerçekleştirmekten sorumlu Türk ve Fransız idari birimlerin yapıları ile görev ve yetkileri de ele alınmıştır. Konu bu açılarından incelendiğinde, Türk kanun koyucunun Türk hukukunda var olan formları kullanırken, Fransız kanun koyucunun, pek çok tartışmaya neden olan, yeni formlar yaratabildiği görülmüştür. Fransa'daki elektronik haberleşme otoritesi ARCEP ile elektrik piyasasından sorumlu regülasyon otoritesi CRE'den farklı olarak, Türkiye'de BTK ve EPDK'nın, kendilerine idari ve mali bağımsızlık da sağlayan kamu tüzel kişiliğini haiz oldukları görülmüştür. Anılan iki Türk regülasyon kurumunun kamu tüzel kişiliklerinin de varlığında sahip oldukları düzenleyici işlem yapma yetkisi, Fransız muadillerinininkine oranla çok daha geniş olup, diğer yetkilerinin bir kısmının detaylarını düzenlemeye kadar varabilmektedir. Bu yetki, Türk regülasyon kurumlarının yetkilerini genişleterek Fransız regülasyon kurumlarının sıkı sıkıya sınırlanmış düzenleme yetkisine oranla çok farklı sonuçlar doğmasına yol açmaktadır. Bu farklılıklara karşın Türk hukuk doktrininde, Fransa'daki "bağımsız idari otoriteler" ile Türkiye'deki "düzenleyici ve denetleyici kurumlar"ın paralellik arz ettiği belirtilmektedir.

Regülasyon otoritelerinin bağımsızlığı ya da tarafsızlığının, Türkiye'de ekonomi alanında yapılmış araştırmalarda işlenmiş olmakla birlikte⁴, hukuk alanında net ve kapsamlı olarak işlenmemiş bir konu olduğu da söylenebilir. Türk hukukunda kanunla öngörülmüş ve sınırları çizilmiş bir idari bağımsızlık tanınmasının yolu olan kamu tüzel kişiliğinin varlığı, anılan kurumların bağımsızlığı tartışma konusu olduğunda tüm bağımlılık öğelerinin de reddi sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu durumda, regülasyon otoritelerinin içerik açısından hükümetin sektörel politikalarına bağlı düzenleyici işlemleri ile genellikle ilgili piyasalarda faaliyet gösteren işletmecilerin haklarına ilişkin ve tarafsız olarak karar almalarını gerektiren bireysel işlemleri arasındaki fark göz ardı edilmektedir. Fransız hukuku bu alanda Türk hukukçular için yararlı olabilecek belirlemeler ortaya koymaktadır. Regülasyon otoritelerinin bağımsızlığı sorunsalı bu çalışmada ele alınmış olmakla birlikte, bir başka yeni çalışmanın da konusu olabilecektir.

³ MARCOU G., « L'idée de service public au service de l'intérêt général », in MARCOU G. – MODERNE P. (Der.), L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union Européenne, Paris 2001, L'Harmattan, s.365-366.

⁴ bkz. ŞANLISOY S. – ÖZCAN A., «Türkiye'de Bağımsız Düzenleyici Kurumların Bağımsızlığı», Siyasa, 2006, n°3-4, s.99-132.

Fransa ve Türkiye'de sektörel regülasyon kurumlarının genel rekabet otoritesi ile olan ilişkilerinin düzenlenmesine ilişkin yaklaşımlar da farklılık göstermektedir. Fransa'da iki tür kurum arasındaki ilişkiler açık bir şekilde düzenlenerek hem bu kurumların, hem de ilgili piyasaların işleyişinin iyileştirilmesi hedeflenmiştir. Türkiye'deki kanunlar ve özellikle de BTK'ya pek çok yetki tanıyan elektronik haberleşme alanındaki düzenlemeler, farklı türdeki bu regülasyon otoritelerinin yetkileri arasında karmaşa yaşanmasına izin veren hükümleri halen içermektedir.

Türk regülasyon otoritelerinin düzenleyici işlem yapma yetkileri ile sektörel yönlendirme yetkileri hariç, her iki ülkenin karşılaştırılan idari birimlerinin görev ve yetkileri benzerdir. Aynı benzerlik, her iki ülkede bu otoritelerin kararları üzerinde uygulanan yargısal denetimin zaman zaman geçtikçe daha detaylı hale gelmesi alanında da görülmektedir. Zamanla sayısı giderek artan yargı kararlarının da varlığında, Türkiye'de regülasyon kurumları kararlarının yargısal denetimi bir başka yeni çalışmaya konu olabilecektir.

Bu çalışma, konuyla ilgili çeşitli alanlara ilişkin yeni sorunlar tespit edilmesine de yol açmıştır. Öncelikle, elektronik haberleşme hizmetlerinin regülasyonu konusunda, Fransa'da sektörel regülasyon otoritesinin yetkilerinin azaltılması konusundaki tartışma ilgi çekicidir. Bu tartışmanın çıkış noktası, anılan piyasanın bazı bölümlerindeki rekabet ortamının, sadece genel rekabet otoritesinin yetkilerinin muhafaza edilmesine izin verecek ölçüde olgunlaşmış olmasıdır.⁵ Bu noktadan hareketle, ARCEP'in talebi üzerine, Fransız Rekabet Konseyi, Avrupa Komisyonu'nun 17 Aralık 2007 tarihli ve regülasyona tabi olabilecek piyasa sayısını yediye indiren tavsiye kararlarına⁶ benzer yönde karar almıştır⁷. Buna karşılık, ekonomik çıkarları doğrultusunda karar alan piyasa katılımcılarının değişken stratejilerinin doğrultusunda etkileri dengeleyebilmek için ilgili piyasaya regülasyon otoritesinin müdahale etmesi gereği halen sürmektedir.⁸ Türkiye'nin bu tür bir tartışmanın henüz uzağında olduğu düşünülebilir. 2005 yılında Türk Telekom'un %55'inin özelleştirilmesinden sonra⁹, gerçek anlamda rekabete ancak 2008

⁵ CURIEN N., « Libéralisation des télécommunications en Europe », in HENRY C. – QUINET E (Der.), Concurrence et service public, Paris, 2003, L'Harmattan, Coll. Economiques, s.366 ; FINON D., « Quelle régulation pour une industrie de réseau ? », Les cahiers français, n°327, 2005, La Documentation française, s.49-53.

⁶ bkz. LESCOP D., Chroniques Régulations, Concurrences, 2008, n°1, s.179.

⁷ Fransız Rekabet Konseyi'nin 08-A-11 sayılı ve 18 Haziran 2008 tarihli, Posta ve Elektronik Haberleşme Kanunu'nun L.37-1 inci maddesine dayanılarak ARCEP tarafından talep edilmesi üzerine verilmiş, sabit telefon toptan ve perakende pazarlarının analizine ilişkin görüşü (<http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/juris/2008/08-a-11.pdf>, 10 Şubat 2009).

⁸ KIRAT T. – MARTY F., Economie du droit et de la réglementation, Paris, 2007, Gualino éditeur, Coll. Mémentos LMD, s.158-159.

⁹ Türk Telekom hisselerinin %55'inin Oger Telecom'a satışı 25 Ağustos 2005 tarihinde gerçekleştirildi (bkz. Özelleştirme İdare Başkanlığı internet sitesi : http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm , 30 Ocak 2009).

yılı sonunda açılan Türkiye elektronik haberleşme piyasasının serbestleşme düzeyi, Fransa'nın gerisindedir.

Tüm sabit telefon hizmetleri ("şehir içi aramalar" ile iller ve uluslararası "uzun mesafe aramalar" dahil) için lisansların verilmesi, cep telefonu abonelerine numara taşıma imkanı tanınması ve kıt kaynakların kullanımını gerektirmeyen elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulabilmesi için bildirim esasının kabul edilmesi (5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile birlikte) gerçek anlamda açılmayı sağlayan değişikliklerdir. Bu imkânların henüz yakın bir geçmişte tanındığı göz önünde bulundurulacak olursa, BTK'nın kaldırılması ihtimalinin yakın bir gelecekte tartışılmayacağı sonucuna varılabilecektir. Diğer yandan, Türkiye ve Fransa'da şebeke kamu hizmetlerinin regülasyonundan sorumlu idari birimlerin ekonomik olduğu kadar kamu yararını korumaya da yönelik yetkileri haiz oldukları düşünüldüğünde, ARCEP'in de kaldırılmasının söz konusu olmaması gerekir. Ekonomik ve ekonomik olmayan yararların bağdaştırılması amacı, anılan hizmetlerin sunumuna ve piyasalardaki işletmecilerin denetlenmelerine yönelik kuralların koyulmasını ve bunlara uyumun denetlenmesini gerektirmektedir.

Şebeke endüstrilerinin rekabete açılma süreçlerinin, rekabet politikalarının sınırları ve işlevlerine ilişkin sorunsallar içinde önemli bir yer tuttuğu da görülmektedir.¹⁰ Bu alanda rekabet ortamının oluşturulmasına ilişkin olanlar kadar, endüstriyel unsurlar da önem taşımaktadır. İşletmecilerin karşılaştığı zorluklar bir yandan teknik (kullanılan araç-gereç ve malzeme nedeniyle karşılaşılan zorluklar), diğer yandan ekonomik (kar tahminlerindeki düşüş) olup, kamu otoritelerini kısa vadeli (fiyat yoluyla) ve uzun vadeli (kullanılan altyapı ve teknolojiler yoluyla)¹¹ rekabet arasındaki denge ile inovasyonun rolünü de göz önünde bulundurarak karar vermeye zorlamaktadır.¹² ARCEP'in, optik kablo altyapısına ilişkin düzenlemelerin hazırlık sürecinde oynadığı rol¹³, bu otoritelerin düzenlenecek yeni alanlara yaklaşımının, belirledikleri strateji ve hedeflerin, rekabet ortamının gelişimi ile uygun fiyata kaliteli hizmet sunumunun sağlanması için ideal bir zemin hazırlayabileceğinin kanıtıdır.

¹⁰ COMBE E., La politique de la concurrence, Paris, 2008, La Découverte, Coll. Repères, s.113.

¹¹ CARTELIER L. - CROCQ I., « Concurrence et réglementation dans les télécommunications. Missions et résultats des agences de régulation : Une comparaison France - Royaume-Uni », Politiques et management public, S.2, n°2, Hazi-
ran 2002, s.40.

¹² COMBE E., La politique de la concurrence, op.cit., p.114.

¹³ bkz.12^e Entretiens de l'Autorité : « Investissement, innovation et concurrence : en route vers le très haut débit », les actes du colloque organisé par l'ARCEP le 13 octobre 2008, Paris, 2008; « Grand dossier : La Fibre (FTTH) » sur <http://www.arcep.fr/index.php?id=8650>.

Fransız ve Türk elektrik piyasalarının rekabete açılmasının ise, elektronik haberleşme alanına oranla daha sınırlı ve yavaş olduğu görülmüştür. Halen serbest tüketici limitinin var olduğu Türkiye’de rekabete açıklık düzeyi Fransa’nın çok daha gerisindedir. Bu piyasalardan sorumlu regülasyon otoritelerinin yetkilerinin, elektronik haberleşme piyasalarındaki muadillerinin yetkilerine oranla daha sınırlı olduğu görülmektedir.

Kamu sermayesinin elektrik piyasasında ve daha genel olarak, Türkiye ile Fransa’nın da olumsuz etkilenme riskiyle karşı karşıya kaldığı son enerji krizinden sonra stratejik önemi açıkça vurgulanan enerji piyasasında var olmaya devam edeceği düşünülebilecektir.¹⁴ Bu durumda, anılan kurumların kaldırılması (bu piyasalarda hükümetten bağımsız otoritelerin varlığı gerekliliği devam ettiği sürece) söz konusu olmayacaktır. Enerji bağımlılığından kaynaklanan sorunların yaşanmasından sonra, elektrik tedarik etmek için yeni kaynaklar ve elektrik iletimini sağlamak için de yeni yollar belirlenmesine ilişkin politikalar daha fazla önem kazanmıştır.¹⁵ Başrolünü yerel yönetimlerin üstleneceği, farklı yerel enerji kaynaklarını bir arada kullanan ve karbon gazı salınımı konusunda daha zayıf bir enerji geleceğine geçişe yönelik olacak merkezileşmemiş enerji sistemlerinin teşvik edilmesi önem kazanmaktadır.¹⁶ Bu tür çözüm arayışları sürerken anılan piyasalarda regülasyon otoriteleri tarafından gerçekleştirilen faaliyet, gerek sektörel yönlendirme, gerek düzenleme ve denetleme işlevleri açısından daha da önem kazanabilecektir.

¹⁴ AVRIL P., « Crise du gaz : l’Europe en quête d’alternatives », Le Figaro, 5 Ocak 2009, <http://www.lefigaro.fr/matieres-premier/2009/01/05/04012-20090105ARTFIG00291-crise-du-gaz-l-europe-en-quete-d-alternatives-.php>, 9 Ocak 2009;

« Pourquoi la crise du gaz touche toute l’Europe », L’EXPRESS.fr, 7 Ocak 2009, http://www.lexpress.fr/actualite/economie/pourquoi-la-crise-du-gaz-touche-toute-l-europe_729900.html, 9 Ocak 2009;

« Crise gazière : l’Europe retient son souffle avant une éventuelle reprise des livraisons », LEMONDE.fr 12 Ocak 2009, http://www.lemonde.fr/economie/article/2009/01/12/la-livraison-de-gaz-russe-a-l-europe-pourrait-reprendre-mardi-matin_1140940_3234.html, 13 Ocak 2009.

¹⁵ Bu gelişmelerden sonra Türkiye’nin « Nabucco » projesi içindeki rolü Fransız ve Türk basınında tartışılmıştır :

ADLER A., « La Turquie : cette alliée trop négligé », Le Figaro, 23 Ocak 2009, <http://www.lefigaro.fr/debats/2009/01/24/01005-20090124ARTFIG00203-la-turquie-cet-allie-trop-neglige-.php>, visité le 25 Ocak 2009;

« Kaleağası : Doğalgaz krizinin Türkiye için çok önemli sonuçları var’ », <http://www.abhaber.com/ozelhaber.php?id=2312> adresinde 6 Ocak 2009’da yayınlanmıştır (Bu internet sitesi 25 Ocak 2009 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

¹⁶ CHEVALIER J.-M., « Les leçons de la crise du gaz », « Les Echos », 5 Ocak 2009, <http://www.lesechos.fr/info/analyses/4827032-les-lecons-de-la-crise-du-gaz.htm>, 6 Şubat 2009.

Ele alınan her iki piyasadaki gelişmeler ile 2008 yılı sonbaharında ortaya çıkan, ekonomik regülasyon ve denetim¹⁷ konusundaki tartışmaları canlandırıp “Devletin ekonomiye geri dönüşü”nü¹⁸ tetikleyen küresel ekonomik kriz, anılan piyasalarda “regülasyon” ya da “düzenleme ve denetleme” faaliyetinin var olmaya devam edeceği sonucuna varılmasına izin vermektedir. Diğer yandan, çalışmaya konu olan her iki ülkede regülasyon otoritelerinin idari teşkilat içindeki varlığı veya yürütmekte oldukları faaliyetin hukuki niteliği konusundaki tartışmaların yerini, bu kurumların verdikleri kararların içeriği ya da faaliyet alanlarında gösterdikleri (varsa) hareketsizliğin değerlendirilmesine ilişkin tartışmaların aldığı görülmektedir. Elektronik haberleşme ve elektrik hizmetlerindeki gelişimin devamlılığı ile yeni Avrupa Birliği direktifleri bu konulardaki tartışmaların sürmesine ve yeni çalışmalar yapılmasına zemin hazırlamaktadır.

¹⁷ RICOL R., Rapport sur la crise financière – Mission confiée par le Président de la République dans le contexte de la Présidence française de l’Union européenne 2008, Paris 2008, La Documentation française, s.76.

¹⁸ DELION A., « ... la crise financière et le retour des Etats », Revue française d’administration publique, 208/4, n°128, s.815 ; JOUYET J.-P., « Vers la concurrence régulée », Concurrences, 2008, n°4, s.1.

Kaynakça

- ADLER A., «La Turquie: cette alliée trop négligé», *Le Figaro* du 23 janvier 2009, disponible sur: <http://www.lefigaro.fr/debats/2009/01/24/01005-20090124ARTFIG00203-la-turquie-cet-allie-trop-neglige-.php>
- AVRIL P., «Crise du gaz: l'Europe en quête d'alternatives», *Le Figaro*, 5 Ocak 2009, <http://www.lefigaro.fr/matieres-premierres/2009/01/05/04012-20090105ARTFIG00291-crise-du-gaz-l-europe-en-quete-d-alternatives-.php>
- CARTELIER L. – CROCQ I., «Concurrence et réglementation dans les télécommunications. Missions et résultats des agences de régulation: Une comparaison France – Royaume-Uni», *Politiques et management public*, S.2, n2, Haziran 2002, s.23-41.
- CHEVALIER J.-M., «Les leçons de la crise du g», «*Les Echos*», 5 Ocak 2009, <http://www.lesechos.fr/info/analyses/4827032-les-lecons-de-la-crise-du-gaz.htm>
- COMBE E., *La politique de la concurrence*, Paris, 2008, La Découverte, Coll. Repères, 120s.
- CURIEN N., «Libéralisation des télécommunications en Europe», in HENRY C. – QUINET E (Der.), *Concurrence et service public*, Paris, 2003, L'Harmattan, Coll.Economiques, s.353-366.
- DELION A., «... la crise financière et le retour des Etats», *Revue française d'administration publique*, 208/4, n°128, s.799-816.
- FINON D., «Quelle régulation pour une industrie de réseau?», *Les cahiers français*, n327, 2005, La Documentation française, s.49-53.
- JOUYET J.-P., «Vers la concurrence régulée», *Concurrences*, 2008, n4, s.1-2.
- KIRAT T. – MARTY F., *Economie du droit et de la réglementation*, Paris, 2007, Gualino éditeur, Coll. Mémentos LMD, 183s.
- LESCOP D., *Chroniques Régulations*, *Concurrences*, 2008, n1, s.179-180.
- MARCOU G., «L'idée de service public au service de l'intérêt général», in MARCOU G. –
- MODERNE F. (Der.), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union Européenne*, Paris 2001, L'Harmattan, s.365-411.
- ÖZTÜRK B., *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara, 2009, Yetkin, 172 s.

RICOL R., Rapport sur la crise financière – Mission confiée par le Président de la République dans le contexte de la Présidence française de l'Union européenne 2008, Paris 2008, La Documentation française, 166s.

ŞANLISOY S. – ÖZCAN A., «Türkiye'de Bağımsız Düzenleyici Kurumların Bağımsızlığı», «Siyasa», 2006, n3-4, s.99-132.

«Kaleağası: Doğalgaz krizinin Türkiye için çok önemli sonuçları var», <http://www.abhaber.com/ozelhaber.php?id=2312> adresinde 6 Ocak 2009'da yayınlanmıştır.

«Pourquoi la crise du gaz touche toute l'Europe», L'EXPRESS.fr, 7 Ocak 2009, http://www.lexpress.fr/actualite/economie/pourquoi-la-crise-du-gaz-touche-toute-l-europe_729900.html

«Crise gazière: L'Europe retient son souffle avant une éventuelle reprise des livraisons», LEMONDE.fr 12 Ocak 2009, http://www.lemonde.fr/economie/article/2009/01/12/la-livraison-de-gaz-russe-a-l-europe-pourrait-reprendre-mardi-matin_1140940_3234.html

12^e Entretiens de l'Autorité: «Investissement, innovation et concurrence: en route vers le très haut débit», les actes du colloque organisé par l'ARCEP le 13 octobre 2008, Paris, 2008, ARCEP, 114s.

«Grand dossier: La Fibre (FTTH)», <http://www.arcep.fr/index.php?id=8650>.

Fransız Rekabet Konseyi'nin 08-A-11 sayılı ve 18 Haziran 2008 tarihli, Posta ve Elektronik Haberleşme Kanunu'nun L.37-1 inci maddesine dayanılarak ARCEP tarafından talep edilmesi üzerine verilmiş, sabit telefon toptan ve perakende pazarlarının analizine ilişkin görüşü, <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/juris/2008/08-a-11.pdf>

*Finansal Risk Denetiminde
Dikkate Alınması Gereken Bir Kriz Kaynağı:
Fail İle Mağdurun Telâhuku **

*(A Source of Crisis to Consider in Financial Risk Audit:
The Contention Between Offender and Victim)*

*Reha TANÖR ***

Özet: “Modern zamanlar”ın finansal krizleri ile başta 1929 Büyük Buhranı olmak üzere “eski zaman” bunalımları arasında temelde ortak paydalar, nedenler ve sonuçlar arasında sıkı illiyet bağları vardır. Bunlara ek olarak, globalleşen piyasalar ve gelişen finansal mühendislik tarafından yaratılan kimi yeni oluşumlar da yeni risk kaynakları yaratmış bulunmaktadır.

Bu makalede finansal piyasalardaki yeni risk kaynaklarının denetimi çerçevesinde, geleceğin finansal mimarisi oluşturulurken Türk hukuk mevzuatında ve finansal piyasa uygulamasında dikkate alınmasını önereceğim bazı yaklaşımlar yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Finansal kriz, Fail, Mağdur, Risk Kaynaklarının Denetimi, Kurumsal Yönetim

Abstract: *There are strong relations between modern time financial crises and old time crises like the one in 1929, in terms of causes and outcomes. Moreover, some new formations created by globalized markets and developing financial engineering have caused new risk sources. Within the framework of auditing of new risk sources of the financial markets, this article proposes certain approaches to take into consideration in view of Turkish law and financial market applications, as the future financial structure is forming.*

Keywords: *Financial crisis, perpetrator, victim, audit of risk sources, corporate management*

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibarıyla güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Galatasaray Üniversitesi Sermaye Piyasası Hukuku Öğretim Görevlisi ve Garanti Yatırım Ortaklığı A.Ş.Yönetim Kurulu Başkanı.

Giriş

Amerika Birleşik Devletleri'nde 2007 yılı sonlarına doğru patlayan, 2008'de büyüyen ve diğer gelişmiş oldukları iddia edilen mali piyasaları da etkisi altına alan finansal krizin oluşumunda gözlemlenen bir ilişki, risk yönetim ve denetiminde özellikle dikkat edilmesi, engellenmesi gereken bir tehlike yaratıcı olarak kendini gösterdi. Bu ilişki, olaylarda suçlu ya da kusurlu konumunda bulunan profesyoneller ile onları krizde ortaya dökülen suçları işlemeye ya da kabahatlerde bulunmaya yönelten yatırımcılar arasındaki münasebet idi.

“Modern zamanlar”ın finansal krizleri ile başta 1929 Büyük Buhranı olmak üzere “eski zaman” bunalımları arasında temelde ortak paydalar, nedenler ve sonuçlar arasında sıkı illiyet bağları vardır. Bunlara ek olarak, globalleşen piyasalar ve gelişen finansal mühendislik tarafından yaratılan kimi yeni oluşumlar da yeni risk kaynakları yaratmış bulunmaktadır.

Bu makalede finansal piyasalardaki yeni risk kaynaklarının denetimi çerçevesinde, geleceğin finansal mimarisi oluşturulurken Türk hukuk mevzuatında ve finansal piyasa uygulamasında dikkate alınmasını önereceğim bazı yaklaşımlar yer almaktadır.

Makale, Wall Street'te patlayan 2008 krizinin kilometre taşlarının sayımıyla başlayacaktır. Bu *kısmi* envanter *bile* krizin boyutlarının unutulmamasını sağlayacaktır. Ardından krizi doğuran geleneksel ve modern risk kaynaklarının değerlendirilmesi yapılacaktır. Yalnız piyasa unsurlarını değil, piyasalarla doğrudan ilişki içinde olmayan vergi yükümlülerini de derinden etkileyen bunalımların bundan sonra seyrekleştirilmesi ve olumsuz sonuçlarının en aza indirgenmesi açısından yaşamsal önem taşıyan “risk denetimi” işlevine önce kavramsal olarak ardından da Türk hukuk mevzuatındaki yeri ve uygulamadaki izdüşümü itibarıyla yer verilecektir. Makale, yapılan değerlendirmeler ışığında, evrensel planda yeni finansal mimari arayışlarının hızlandığı bu süreçte risk denetimi açısından mevzuatımızda ve uygulamamızda yer almasını önemseydiğim önerilerle son bulacaktır.

Başlıkta yer alan eski dildeki “telâhuk” sözcüğünü kullanmamın gerekçesi metin içinde görülecektir.

1) Finansal Krizlerin Kaynakları

1) Mortgage Krizinin İzlediği Süreç

A.B.D'de gayrimenkul piyasasını canlı tutmak amacıyla, 2000'li yılların başında başlıca mimarı Alan Greenspan yönetimindeki Merkez Bankası (Federal Reserve / FED) tarafından taşınmaz edinmek isteyenlere düşük faizli kredi politikası yürürlüğe konulmuştu. Bir taraftan bu finansal uygulama, diğer yandan Community Investment Act of 1977 ile düşük gelirli kesime peşin ödeme yapmaksızın konut kredisi edinme olanağı veren hukuk-

sal düzenleme, alım gücüne bakılmaksızın çok yaygın çevrelere kolay borçlanma olanağı sağlanmıştı. İpotekli taşınmaz kredisinin (tutsat / mortgage) ödeme yetenekleri sınırlı olan (subprime) borçluları, bir süre sonra enflasyonist sürece giriliyor olması nedeniyle artırılmaya başlanan faizlerden, özellikle bunlar arasında değişken faiz oranlarıyla borçlanmış olanlar, olumsuz etkilenerek yükümlülüklerini yerine getiremez duruma gelmeye başladılar. Bu kredileri veren kuruluşlar ile subprime mortgage kredilerinden doğan alacaklara (düşük değer ve yüksek risk taşıyan varlıklar) dayalı olarak menkul kıymet (mortgage backed securities) ihraç eden kuruluşlar, bu geri ödememe durumundan olumsuz yönde ilk etkilenen halka oldular. Söz konusu menkul kıymetlendirilmiş ürünleri, içerdikleri gerçek değeri yükselen piyasalar dönemlerinde dikkatlice inceleme gereği duymadan kullanan ya da bunları, onların ihraççılarına derecelendirme kuruluşları tarafından verilmiş olan yüksek notlara güvenerek portföylerine alan kuruluşlar, yatırımcıların alarm zillerinin çalmaya başlamasıyla paralarını geri çekmek istemeleri üzerine değerleri birden düşmeye başlayan bu varlıkları satarak bir taraftan yatırımcı taleplerini yerine getirmekte, öte taraftan da bu varlıkları karşılık göstermek suretiyle kullandıkları yüksek kaldıraç yöntemlerinde kendilerinden istenen ek teminatları karşılamakta sıkıntıya düşen ikinci halkayı oluşturdular. Özellikle yüksek borçlanma oranlarıyla ve kaldıraç olanaklarından yararlanarak çalışan serbest fonlar (hedge funds), yatırımcıların paralarını geri istemelerinin de getirdiği baskı ile hem bunları karşılamakta hem de borç aldıkları müesseselere karşı olan teminat açıklarını gidermekte zorlanırken finansal kuruluşların, sıkıntının büyüyeceğini far ederek birbirleriyle olan nakit alışverişine sınırlar koymaları ile ortaya çıkan ve süratle ivme kazanan likidite sorunu ilk kıvılcımların yangına dönüşmesine neden oldu. Hızla yayılan yangın sonucunda bazı hedge fonlar varlıklarını tamamen yitirerek kapandı. Yarı resmi kamu kuruluşu niteliğindeki mortgage kurumları Fannie Mae ve Freddie Mac kamunun denetimi altına alındılar. Yatırım bankacılığının kalbi olan Wall Street'in en saygın finansal kuruluşları en büyük darbeleri yediler. Bunlardan Bear Stearns bir gecede el değiştirerek J.P.Morgan Chase'e yok değerine satıldı. Goldman Sachs ve Morgan Stanley'nin nitelikleri değişti ve yatırım bankacılığının bu marka isimlerine "mevduat bankası" kimliği verildi. Aynı değişime kredi kartları ile tanınan American Express de uğradı. Merrill Lynch Bank Of America tarafından satın alındı. Lehman Brothers'ın sonu daha da kötü geldi ve iflasını istedi. Dünyanın en büyük sigorta şirketi American International Group (AIG) da hisselerinin % 80'inin kamuya devredilmesi suretiyle ayakta kalabildi. Büyük bankalardan Indymac, Washington Mutual ve Wachovia benzer akibetlerle karşı karşıya kaldılar. Atlantik'in öteki yakasına da sıçrayan kriz o yakada da Northern Rock Bank ve Bradford & Bingley'in kamulaştırılmalarına, Fortis Group'un Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'daki bankalarının hisselerinin de % 49'u itibariyle kamuya devredilmesine yol açtı. Fortis Belçika, BNP Paribas tarafından devralındı. Hükümetler ve Merkez Bankaları, etkileri çok büyüyecek gibi gördükleri krizi kontrol altına alabilmek için piyasalara çok büyük miktarlarda nakit olanakları akıtmaya

başladılar. Yapılan müdahaleler, kamuoyunda “serbest piyasa ekonomisinin sonu mu geldi” tartışmalarını başlattı. Finansal krizin reel ekonomiyi de etkilemeye başlamasıyla sıkıntı domino etkisiyle yaygınlaştı, üretimler kısıldı, işten çıkarmalar çoğaldı, hızlı kalkınma oranına sahip ülkeler bile durgunluk sürecine girmekten kurtulamadı.

2) Eski ve Yeni Kriz Kaynakları

Hem eski hem de yeni krizlerin ortak paydası, *risklerin kötü yönetilmesi ve olanakların kötüye kullanılmasıdır!* Risk, iş yaşamının “olmazsa olmaz” kavramlarından biridir. Şu var ki, gelişmenin, zenginleşmenin itici gücü (muharriki / müşevviki) olan bu unsurun kontrolsüz kullanılması ya da bilinçli olarak kötüye kullanılması denetim zaafiyeti ile birleştiğinde, ortaya çıkan olumsuzluklar yalnız risk taşıyan işlemlere doğrudan taraf olanların değil, aynı zamanda piyasalarla doğrudan ilgisi bulunmayan geniş kesimlerin de zararına yol açabilecek boyutlara ulaşır ve risk madalyonunun “olumlu” yüzünün arkasında onun “olumsuz” yanı bütün çıplaklığı ile boy gösterir.

Risk, geniş ve yalın anlamda; kaybetme olasılığını ifade eder. Kişi ve kuruluşlar genelinde sürekli biçimde ve yaşamın her alanında varlığı söz konusu olmakla birlikte bu kavram değişik alanlar itibariyle çeşitli kategoriler içinde ve buna paralel olarak farklı tanımlarda kendini gösterir. Dışsal riskler (ekonomik, çevresel, politik vd...), mali riskler (bütçe, yatırım, yükümlülükler vd...), etkinlik riskleri (operasyon, teknoloji, proje, yenilik vd...), insan kaynağı riskleri (personel, sağlık ve güvenlik)¹ gibi...

İş ve finans dünyasında söz konusu kaybetme olasılığı, “bir değere ulaşmamanın ya da onu yitirmenin ölçülebilir olasılığı” kalıbına girer². İşletme bağlamında risk, “organizasyonu bütünüyle etkileyebilecek olan faaliyetler ve mali kayıplar, etik olmayan davranışlar, güvenilirliğin zarar görmesi ve yasal düzenlemeler ile çalışma yönergelerine uygun olmama türünden bir olay ya da eylemin kurumu olumsuz biçimde etkilemesi” genellemesi içinde ifade edilebilir³. Bankacılık mevzuatımızda risk, genel anlamda “bir işletme ya da faaliyete ilişkin bir parasal kaybın ortaya çıkması veya bir giderin ya da zararın oluşması halinde ekonomik faydanın azalması ihtimali”⁴ olarak tanımlandıktan sonra, olay riski⁵, emtia riski, faiz oranı riski, genel piyasa riski, hisse senedi pozisyon riski, kur riski, operasyonel risk, piyasa riski,

¹ Management of Risk. A Strategic Overview. HM Treasury, January 2001. www.sayistay.gov.tr

² Dictionary of Finance and Investment Terms, Barrons. New York, 1998, s.521.

³ Norman MARKSI. The New Age of Internal Auditing'den akt. Süleyman UYAR. Risk Odaklı Denetim. www.sayistay.gov.tr

⁴ Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik. RG.No : 26333, T: 1.11.2006.

⁵ Risk Ölçüm Modelleri ile Piyasa Riskinin Hesaplanmasına ve Riskin Ölçüm Modellerinin Değerlendirilmesine İlişkin Tebliğ. RG. No: 26335, T: 3.11.2006.

spesifik risk, takas riski gibi konulara göre alt tanımlara ayrıştırılır⁶. Sermaye piyasası mevzuatımızda, risk kavramı karşımıza bu kez bağımsız denetim riskleri (yapısal risk, kontrol riski...) gibi kalıplar içinde çıkar⁷.

Risk, hangi alana ait olursa olsun, hangi kategori içinde nasıl tanımlanırsa tanımlansın, iş ve finans dünyasında kazanç olgusunun ayrılmaz bir parçasıdır. Kazanca yönlendiren bir itici etmen (müşevvik) olarak olumlu yanı vardır. Böyle olduğu içindir ki, modern risk teorisi bağlamında *riskten yarar sağlama* doğrultusundaki arayış ve çalışmalar günümüzde *riskten kaçınmanın* yollarının aranması kadar önem kazanmış bulunmaktadır. Risk – getiri – sermaye arasındaki ilişkide optimum dengenin kurulması bu arayış ve çalışmaların hedefini oluşturmaktadır. Risk unsurunun bu olumlu yanına karşılık risk tercihleri ve risk kullanımı sırasında meydana gelen sapmalar onun olumsuz yanını ortaya çıkartır ve bu kez kayıp olgusunu sonuçlar.

Risk yönetimi bu yol ayrımında kendini gösterir ve önem kazanır. Risk alımında ve kullanımında izlenen yollar risk yönetiminin konusunu oluşturur. Kuşku yoktur ki, risk, yukarda özetlendiği biçimde farklı tanımlamaların konusu olunca, risk yönetimi dendiği zaman da nüanslı hatta farklı yaklaşımlarla karşılaşmak kaçınılmaz olur. Örneğin, risk yönetimi, işletmeyi ciddi biçimde etkileyecek ve zarara uğratabilecek tehditlerin belirlenmesi ve üstesinden gelinmesi biçiminde bir genellemenin konusu olabilirken⁸, bankacılık mevzuatımızda yer aldığı şekliyle “bankanın gelecekteki nakit akımlarının ihtiva ettiği risk-getiri yapısını, buna bağlı olarak faaliyetlerin niteliğini ve düzeyini izlemeye, kontrol altında tutmaya ve gerektiğinde değiştirmeye yönelik olarak belirlenen politikalar, uygulama usulleri ve limitler vasıtasıyla, maruz kalınan risklerin tanımlanması, ölçülmesi, izlenmesi ve kontrol edilmesi”⁹ olarak daha spesifik biçimde de tanımlanabilir.

Geleneksel kriz kaynağı olarak risklerin kötü yönetilmesi ve sahip olunan olanakların kötüye kullanılması olgusu, global piyasalarda sürekli geliştirilen unsurlarla eskiye oranla denetimi daha da güçleştiren yeni boyutlara ulaşır. Büyük bir hızla yenilenen ve geliştirilen bu unsurları araçlar ve yöntemler olarak iki alt başlıkta toplayarak değerlendirmek istiyorum.

a) Yeni Araçlar

Araçlar yönünden bakıldığında, subprime mortgage krizinin ateşleyicisi olan ipotek teminatlı sermaye piyasası araçları ile yapılandırılmış ürünler

⁶ Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik. RG.No: 26333, T: 1.11.2006.

⁷ Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ. RG.No : 26196 (mük), T: 12.6.2006.

⁸ www.managementhelp.org

⁹ Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik. RG.No : 26333, T : 1.11.2006.

bu kapsamda öne çıkar. Gelişmiş piyasalarda iş gören finansal kuruluşlar arasındaki büyük rekabet, global piyasalarda artan likiditeden palazlanan müşterilerin kolay tatmin edilemeyen getiri talepleri ile birleşince ortaya geçerli karşılığının bulunup bulunmadığı kestirilemeyen, gerçek değeri ile piyasalarda biçilen değer ilişkisi birbirinden koptuğu için değer ölçümlemesi güçleşen bazı yeni araçları çıkartmıştır¹⁰. Taraflar arasındaki temel finansal ilişkiyi dolambaçlı yollara yönelten yapılandırılmış ürünleri, yarattıkları riski farklı kurumlar arasında paylaşarak (hedge etmekle) ortadan kaldırdığını varsayan karmaşık yatırım mekanizmaları içinde evrensel piyasalar genelinde kullanmak, doğal olarak bunlardan kaynaklanması olası sıkıntılarının da sirayetinin kolaylığını ve etki alanının yaygınlığını sonuçlar. Söz konusu krizde de bu yaygın bulaşıcılık yaşanmıştır. Yatırım araçlarının standartları belirli araçlardan, zaman içinde her yatırımcının kendi ihtiyaç ve talebine uygun olarak yapılandırılmış özel araçlara doğru gösterdiği hızlı kayma, bunların kolaylıkla tanınmaması, değerlendirilememesi ve kontrol altına alınamaması sonucunu doğurmuştur.

b) Yeni Yöntemler

Yeni yöntemlerin risk oluşturmadaki rollerini berrak biçimde görebilmek için konuya yalın bir gerçeği vurgulamakla girmenin yararı vardır. Bu basit ama değişmez gerçek şudur: Fon arz eden ile fon talep eden arasındaki bağ, *ilişkinin özünü* teşkil eder. Modern finansal piyasalarda, yatırım araçları kadar yatırım mekanizmaları da gelişmiş, çeşitlenmiş ve karmaşıklaşmıştır. Bu gelişim, piyasalarda taraflar arasındaki arz-talep dengesinin doğal bir sonucudur. Ne var ki, doğal ve kaçınılmaz olan gelişim sürecinde taraflar arasındaki bağın başlangıç ve bitiş noktaları birbirlerinden uzaklaştığı takdirde işin özünden de uzaklaşma riski doğar. Bu da denetimin güçleşmesine, belirsizliklerin artmasına yol açar. İki nokta arasına, örneğin, borç almak ve vermek isteyen iki taraf arasındaki basit bir ödünç ilişkisinin içine farklı boyutlar, kişiler ve usuller yerleştirildiğinde, ilişkinin özü değişir, farklı niteliklere ve biçimlere dönüşür. Yatırım yöntemlerindeki bu karmaşıklaşmalar, içiçe geçmeler, başlangıçta varolan öze sonradan yabancı unsurların eklenmesine neden olmuş ve bunlar da subprime mortgage krizinin başlıca ateşleyicilerini oluşturmuştur. Keza, özü bulanıklaştıran, farklı niteliklere kaydırılan yöntem karmaşıklığının ve bundan yarar sağlama çabalarının yanısıra düzenlemelerin elverdiği sınırları bilinçli biçimde belirsiz duruma sokarak bundan kişisel ve kurumsal kazanç elde etmeyi hedeflemek de paralel risklerin doğumuna neden olmuştur. Özellikle, kaldıraç (leverage) olanaklarının bilinçli olarak zorlanması, aşılması, sermaye rasyolarına uyulmaması gibi

¹⁰ Bu bağlamda öne çıkan finansal araçların başlıcaları, CDO (Collateralized Debt Obligation), CDS (Credit Default Swap), CLO (Credit Loan Obligation), CMBS (Commercial Mortgage Backed Security), CMO (Collateral Mortgage Obligation), MBS (Mortgage-Backed Security), MCE (Monoline Credit Enhancer), RLN (Reference Linked Note), RMBS (Residential Mortgage-Backed Security) olarak sayılabilir.

davranışlar da yatırım mekanizmalarının piyasaların zenginleşmesi amacıyla ortaya çıkardığı yenilikçi yöntemlerin bu kez uygulamada bumerang etkisi yaparak tehlikeli sonuçlar doğuran mekanizmalara dönüşmesine yol açmıştır. Finansal piyasalarda kaldıraç kullanımı, basit anlatımla, düşük bir nakit ya da karşılıkla yüksek oranda risk alabilme olanağıdır. Bu olanağın kullanılabilmesi için öngörülen sermaye yeterliliği ve kaldıraç kullanma oranları gibi sınırlar, kullanıcılar tarafından yüksek getiriler elde etme uğruna çiğnendiğinde rüzgarın ters dönmesi durumunda sırta binecek olan ağırlığın onu taşıyacak omuzlarca kaldırılamayacak ölçüde olacağını kestirmek güç değildir. Ne var ki, finansal piyasaların yükselme dönemlerinin (cycle) genelde uzun sürmesi¹¹, yükselme trendleri içinde yatırımcıların aşırı kazanç taleplerini sürekli öne sürmesi, yatırım araçlarını çetin kurumsal rekabet ortamında onların talepleri doğrultusunda yaratan ya da kullananları *saadet günlerinin* uzun süreceği, bu uzun süreç içinde nasıl olsa bir yenden dönme olanağının bulunacağı rahatlığına ve yanılığına sürükler. Subprime mortgage krizinde de finansal hizmetler alanında faaliyet gösteren kimi kişi ve kuruluşların bu yönde hareket ederek basit gerçekleri görmezden geldikleri, alınmaması gereken riskleri ortadan kaldırmak yerine halı altına süpürerek sakladıkları anlaşılmıştır.

c) Fail İle Mağdurun Telâhuku

Subprime mortgage krizi sürecinde görülmüştür ki, yatırımcılar ile piyasa profesyonellerinin ortak bir anlayış ve uzlaşmayla mevzuatın boşluklarından yararlanarak ya da çoğu kez mevzuatı dolanarak hareket etmeleri, fail ile mağdurun birleşmesi, içiçe geçmesi, birbirine karışması, birbirini tamamlayan bir bütüne dönüşmesi sonucunu doğurmuştur¹².

Gerek temel ticari ilişkiyi özünden kopararak farklı boyutlara taşıyan çok katmanlı ve finansal değerlerinin saptanması güç yeni araçları gerek bunların alım satımının, takasının, saklamasının, derecelendirilmesinin, sigortalanmasının gerçekleştirildiği mekanizmaları ve yöntemleri üreten ve kullananlar öncelikle *finansal hizmet kuruluşları ile onların profesyonel kadrolarıdır*. Özellikle gelişmiş piyasalarda, profesyonel yöneticilerin gelirleri-

¹¹ FED eski başkanı, ABD ekonomisindeki resesyon döneminin son yarım yüzyılın sadece 1/7'sinde görüldüğünü söyleyerek bu yükselen trendin uzunluğuna vurgu yapmıştır. Bkz. Alan GREENSPAN. We will never have a perfect model of risk. Financial Times, 17 Mart 2008.

¹² Eski dildeki "Telâhuk" sözcüğünü iki nedenle kullandım : Birincisi, sözlük anlamı "birbirine katılma" olan bu kelimenin (bkz. Osmanlıca Türkçe Sözlük. Bilgi Yayınevi. Ankara, 1985.), vurgulamak istediğim iç içe geçişi iyi tanımlamasıdır. İkincisi ise genç akademisyenlerin, araştırmacıların ve yüksek öğrenim görenlerin çoğunda kelime hazinesi zayıflığını hazin biçimde saptamış olduğum için, onları, özellikle de hukukçuları, ifade etmek istedikleri hususu tam olarak karşılayan yeni Türkçe sözcük ya da terimlerin bulunmaması durumunda eski Türkçenin zenginliğine başvurmaya özendirmek istememdir.

nin büyük çapta getiri üzerinden ve çarpıcı rakkamlarla primlendirilmesi, izlenen yolların elverişliliğinin ve kullanılan vasıtaların uygunluğunun ihmal edilerek bilanço ve raporlara geçen kârlılığın ne biçimde olursa olsun en yükseğe çıkartılmasını neredeyse tek hedef, bu hedefe yasadışı yollara düşerek kilitlenenleri de “fail” konumuna getirmektedir.

Sistem geneline zarar veren bu uygulamadan duyulan sıkıntıların alınması gereken yeni önlemlerle aşılmasının önemine işaret edilen çalışmaları¹³ da saptadığı bu konumdaki profesyonellerin karşısında, masanın öteki yanında yer alması gerekirken onların yanında yer alarak onlarla “telâhuk” edenler ise sonradan uğradıkları zararlar finansal operasyonun “mağdur”u durumuna düşen yatırımcılardan başkası değildir.

Bu bağlamdaki riskin yaratıcısı ile içiçe geçen mağdur yatırımcısı genellikle büyük kapital sahibi olan ve bu nedenle mevzuatta *nitelikli yatırımcı* olarak tanımlanan kesimdir. Finansal hizmet üreten kuruluşlar yelpazesinde kuşku yoktur ki geniş anlamda banka mudisinden yatırım fonu katılma belgesi sahibine kadar yayılan bir yatırımcı paleti bulunmaktadır. Ancak subprime mortgage krizinde görüldüğü üzere başta Hedge fonlar olmak üzere, mevzuatta *Qualified Investor* (nitelikli yatırımcı) olarak tanınan büyük yatırımcılar, bu alanda üretilen başlıca risklerin hem hazırlayıcısı hem de mağduru konumundadırlar. Risklerin üreticisi olanlarla üstlenicisi konumunda bulunanlar çoğu kez içiçe geçmektedir. Global likidite olanaklarının artmasıyla birlikte finansal piyasalarda pıtrak gibi çoğalarak belirleyici konuma gelen ve yüksek getiri karşılığında yüksek risk alımını ön plana çıkaran, başta serbest fonlar olmak üzere bazı büyük yatırımcılar, işleri gereği risk üreticisi konumunda olanları daha riskli araçları üretmeye, yukarıda belirtilen yöntem ve mekanizmaları kullanmaya adeta zorlamakta, onları ölçülemeyen risklere, aşırı sorumluluklara ve hatta yasadışı yollara azmettirmekte, bu yolda teşçi etmektedirler. Bu haliyle bu kesim hem riskin üreticisi olanlarla iştirak içinde ve aynı yönde hareket etmekte hem de talep ve kabul ettikleri risklerin zarara dönüşmesiyle bu kez bunların üstlenicisi durumuna düşmektedir. Yüksek getiri talep eden, bunun için risk iştahını sınırlamayan, tersine, araçlar, mekanizmalar ve denetimler yönünde göstermesi gereken özen ve basireti ikinci plana bırakabilenler genellikle bu kesim içindeki yatırımcılardan çıkmaktadır. Söylemeye gerek yoktur ki, nitelikli yatırımcı olarak tanımlananların¹⁴ çoğu yüksek getiri iştahı dolayısıyla risk

¹³ Joe McCahery, Zacharias Sautner, Laura T. Starks. The Corporate Governance Preferences of Institutional Investors. Presentation ICC Roundtable, June 5, 2008 Paris.

¹⁴ Nitelikli yatırımcı, sermaye piyasası mevzuatımızda “yerli ve yabancı yatırım fonları, emeklilik fonları, yatırım ortaklıkları, aracı kurumlar, bankalar, sigorta şirketleri, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, emekli ve yardım sandıkları, vakıflar, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklar, kamuya yararlı dernekler ile nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu Kurulca belirlenecek diğer yatırımcı-

yönetim ve denetim mekanizmalarına gereken önemi vermeyenlerden oluşmamaktadır. Nitelikli yatırımcıların büyük kısmı elbette ki bu *bilinçli aymazlık* içinde değildirler ve yapıları itibariyle de olamazlar. Bununla birlikte subprime mortgage krizinde bunların “azımsanmayacak bir bölümünün” tetikleyici olarak yer aldığı görülmüştür. Maliki ya da emanetçisi oldukları varlıkların büyüklüğü itibariyle, yatırım risklerinin bilincinde olmaları kaçınılmaz görüldüğü için bu bilince ve uzmanlık düzeyinde izleme/araştırma olanaklarına sahip oldukları varsayılan ve bu nedenle “nitelikli” sınıfına sokulan bu kesimin önemli bölümü “yüksek kazanç iştahı yüksek kayıp olasılığını beraberinde taşır” biçiminde özetlenebilecek olan genel kabul görmüş gerçeği görmezden gelerek, karşılarında kendilerine yüksek getiri sağlama konumunda olanları, bu getiriyi *ne pahasına olursa olsun* yapmaya yöneltmişlerdir. Bu konumdaki piyasa profesyonelleri de yüksek kazanç karşılığında temel gerçekleri göz ardı edebilen yatırımcı kesimlerin varlığı ve ısrarlı talepçiliği karşısında pastanın kendilerine de düşen cazip bir payının olması gerektiğinden hareketle teminatı ve değeri net olmayan yapılandırılmış ürünler yaratmaktan çekinmemişler, bunları, taşıdıkları gerçek riski dikkate almadan piyasadaki kuruluşlarla aralarındaki karşılıklı ilişkilere güvenerek alıp satarak, derecelendirerek ve hatta sigortalayarak itildikleri hata ve suç ortamının failleri durumuna düşmüşlerdir¹⁵.

Fonlarını yatırdığı müesseseyi, onun çalışma biçimini, kullanılan yatırım araçlarını, bu araçların değerlendirildiği yöntem ve mekanizmaları inceden tetkik etmesi gerekirken, yüksek getiri olasılığına binaen bilinçli bir aymazlık içinde bunlara gereken özeni göstermemiş olan özellikle uluslararası büyük yatırımcıların “fail-mağdur telâhuku”ndaki konumlarının doğru saptanmasının, genel sorumluluklar paylaşılır, zararların yükleri ve yükümlüleri belirlenirken, piyasaların benzer krizlere ilerde en azından sıkça düşmemeleri, düştükleri takdirde de zararların en aza indirgenebilmesi bağlamında yürütülen çalışmalarda oluşturulacak çözümlerin sağlığı açısından büyük önem taşıdığını düşünüyorum.

lar ve fon katılma paylarının halka arz tarihi itibariyle en az 1 milyon YTL tutarında Türk ve/veya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek ve tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği, m.3. RG.No : 22852, T : 19.12.1996. Görüldüğü üzere mevzuatımızda nitelikli yatırımcı olarak yer alanların büyük çoğunluğunu, yapıları itibariyle “muhafazakâr” yatırımcı olarak nitelendirilebilecek kuruluşlar oluşturmaktadır.

¹⁵ Bu satırların yazıldığı sırada FBI, söz konusu davranışları görülenler hakkında geniş bir soruşturma başlatmış bulunmaktadır. Soruşturmanın, banka, sermaye piyasası ve ceza hukuku mevzuatlarına aykırı iş ve işlemleri konu aldığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, düzenleyici / denetleyici otoriteye, bağımsız denetim kuruluşlarına, yatırımcılara gerçeğe aykırı bildirimde bulunmak, kayıtlarda sahtecilik , kamunun aydınlatılması hükümlerine aykırı davranmak, içerden öğrenilen bilgilere dayanarak işlem yapmak, Sarbanes-Oxley yasası hükümlerini çiğnemek, dolandırıcılık gibi fiiller öncelikle sayılabilir.

II) Risklerin Denetlenmesi

1) Genel Olarak Risk Denetimi Kavramı

Konumları itibariyle risk üretme ve yönetme durumunda olanların yaptıkları tercihlerin, bu tercihlerin yaşama geçiriliş süreçlerinde kullanılan yöntemlerin ve uygulamadaki davranışların mevzuata, kurumun iç düzenlemelerine ve etik değerlere uygun olması gerekir. İşletmelerin *verimli ve güvenli* çalışması esastır. Hem güçlü rekabet ortamına ayak uyduracak verimliliği sağlamak hem de bunu yaparken dolaylı ya da dolaysız etkileme olasılıklarının bulunduğu taraflar yönünden güven verici olmak, yönetimlerin hedefini teşkil eder. Ne var ki, finansal piyasa uygulamalarında, bu hedeften sapmaların sıkça gerçekleştiği görülmektedir. Sapmaların yol açtığı zararların sonradan karşılanması güçtür ve sorumlulukların ve sırtlanılan yüklerin paylaşımı da adil olmayabilir. Bu nedenle, istenmeyen durumların önüne geçilmesi için *önleyici* tedbirlerin bulunması, oto-kontrol ve yakın kontrol olanaklarının devreye girmesi önem taşır. Bu bağlamda öne çıkan mekanizma *risk denetimidir*.

Genel kavram olarak risk denetimi, “mali, idari sistem ve kontrol mekanizmalarının risk, hata ve zayıflıklarının belirlenmesi ve iyi uygulama örneklerinin yaygınlaştırılması yoluyla sistemlerin geliştirilmesi hedeflerine yönelik olarak, mevzuata uygunluk, yönetim ve davranış standartlarıyla, iç kontrollerin denetimi konularında yoğunlaşan denetim türüdür” biçiminde tanımlanabilir¹⁶. Amacı, kuruluşun faaliyetlerinin gözden geçirilerek, olası risklerin tanınmasını, araştırılmasını ve raporlanmasını sağlamaktır. Risk denetimi, mali tabloların doğruluğunu ve güvenilirliğini saptamaya yönelik denetimin tamamlayıcısıdır. Mali tabloların değil, işlem ve faaliyetlerle ilgili risklerin incelenmesine dönüktür¹⁷.

Bankacılık mevzuatımız özelinde ise *risk odaklı denetim* tanımlanması yapılmıştır. Buna göre “risk odaklı denetim, denetimin kapsamının, yoğunluğunun, denetim kaynaklarının tahsisinin ve denetim faaliyetlerinin, her bir kuruluşun risk profili ile iç kontrol ve risk yönetim sisteminin mevcudiyeti ve ve bunların yeterliliği esas alınarak şekillendirilmesini amaçlayan denetim yaklaşımıdır”¹⁸. Bu yaklaşım *Riske dayalı denetim* başlığı altında iç denetim faaliyetlerine dönük olarak da ortaya çıkar ve etkin bir iç denetim sisteminin, iç denetim biriminin risk değerlendirmelerine dayalı olarak gerçekleştirilebileceği belirtilerek, “iç denetimde risk değerlendirmeleri, iç denetim birimi tarafından bankanın maruz kaldığı riskler ve bunlara ilişkin kontrol-

¹⁶ Arife COŞKUN. Performans ve Risk Denetim Tanımları. Ocak 2000. www.sayıstay.gov.tr

¹⁷ Levent KARABEYLİ. Risk Denetimi. Temel Kavramlar ve Yaklaşımlar. www.sayıstay.gov.tr

¹⁸ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tarafından Yapılacak Denetime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik. RG. No : 26236, T : 22.7.2006.

ler dikkate alınarak denetim çalışmalarında öncelik verilecek alanların, dikkate alınacak ayrıntıların ve denetimin sıklığının belirlenmesine yönelik yürütülen bir işlem...” olarak ifade edilir¹⁹.

2) Risk Denetim Mekanizmaları

Ticaret şirketlerinin ve finansal kuruluşların karşılaştıkları ya da bunlar tarafından üretilen riskler yapıları itibariyle farklılık arz edebildiklerinden bunların tümünde aynı risk denetiminin yapılması, tek bir modelin oluşturulması da doğal olarak mümkün değildir. Bu nedenle mevzuat ve uygulamada risk denetimi genel kavramı altında çeşitli kurallar ve mekanizmalar yer alır. Bunların *ortak paydası*, işletmenin hem verimli hem de güvenli biçimde faaliyet göstermesidir. Bu müşterek zemin üzerinde, ticari ya da finansal kuruluşların riske bakışlarını, risk seçimlerini, bunun derecelerini ve yaşama geçiriliş biçimleri ile uygulama süreçlerini izleyerek işletmenin hem ana amaç olan verimli biçimde çalışmasını hem de ilgili taraflara güven verecek yapı ve uygulama içinde olmasını sağlamak, bunları öngören kural, yöntem ve uygulamaları yaşama geçirmek, risk denetiminin genel hedefini oluşturur.

Mali ve ticari kuruluşların verimli ve güvenli biçimde faaliyet göstermeleri, evrensel rekabet ortamında istikrarlı adımlarla yol alabilmeleri doğrultusunda denetimlerin ve bu kapsamda özellikle risk denetimlerinin hem çerçevesi ve içeriği hem de uygulanma biçimleri belirleyici rol oynar. Riskleri üreten ve risklere maruz kalan birimlerde iş ve finans yaşamının küresel düzlemine bakıldığında, işletmelerin genel anlamdaki risklerinin denetimine dönük olarak farklı pek çok düzenlemenin bulunduğu görülür. Burada evrensel düzenlemeler arasında öne çıkan iki tanesine kısaca değineceğim. Bunlar, verimlilik ve güvenilirliğin sağlanması bağlamında *geniş anlamda denetimi* öngören OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri ile Basel II Uzlaşısının ilkeleridir. Bunlardan birincisi, tüm işletmelerin verimliliği ve güvenilirliğini hedefleyen genişlikte olup, ikincisi finansal kuruluşların ve işlemlerin yönetimine ilişkindir. Bu düzenlemelerin temel mantığı ve karakteristik çizgileri görüldükten sonra da bunların mevzuatımızdaki izdüşümlerine bakılacaktır. Evrensel ve yerel mevzuat ve uygulamaların eleştirisinin ardından sorunun çözümü yönünde önerilerin yapılacağı son bölüm yer alacaktır.

a) OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri

İş dünyasında kazanmak kadar doğal olan kaybetme olasılığının sistematik olmayan nedenlerden meydana gelmesinin önüne geçilmesini sağlayacak hukuksal düzenlemeler bütünü, emredici hükümler, sözleşmeye dayalı kurallar ve isteğe bağlı gönüllü uygulamalar gibi farklı biçimlerde fakat aynı amaca yönelik olarak yer tutar. Akitlere ve ilişkilere taraf olanların haklarının ve yükümlülüklerinin farklı biçimlerde de olsa etkinlikle düzenlenmesi,

¹⁹ Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik. RG. No : 26333, T : 1.11.2006.

üretilen ve maruz kalınan risklerin yönetimi ve denetimi açısından büyük önem taşır. Bu önem dolayısıyla ki, ülkelerin kendi iç hukuk düzenlemelerinin yanı sıra uluslararası resmi kuruluşlar ve sivil örgütler de konuya titizlikle eğilirler ve bu doğrultuda çeşitli çalışmalar yaparlar. Bunlar arasında OECD tarafından yapılan bir çalışma sonucunda oluşturulan ilkeler, özellikle ticari faaliyet alanı içinde yer alan kuruluşların güvenli ve verimli biçimde yönetilmesi, yönetenlerle yönetilenler arasında sağlıklı bir yönetim-denetim dengesinin kurulması açısından referans niteliği taşır. Bunlar, OECD Kurumsal Yönetim İlkeleridir (OECD Principles of Corporate Governance):

Söz konusu çalışma, OECD Ülkeleri Bakanlar Konseyi tarafından gerçekleştirilmiş ve ortaya kurumsal yönetim ile ilgili olarak üye veya üye olmayan ülkelerdeki yasal düzenlemeleri değerlendirmek, iyileştirmek, borsalar, yatırımcılar, ortaklıklar ve diğer kurumlara kılavuzluk etmek amacıyla bağlayıcı olmayan bir ilkeler demeti çıkmıştır. Kurumsal Yönetim kapsamında yapılan çeşitli çalışmalar sonucunda elde edilen sonuçların bağlandığı kurallar ülkeden ülkeye, kurumdan kuruma farklılık arz etmekle birlikte, evrensel düzenlemeler OECD tarafından saptanmış olan ilkelerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle evrensel kurumsal yönetim ilkeleri dendiği zaman yukardaki başlık altında toplanmış olan dört temel ilke, daha sonra gelecek düzenlemelerin önderliğini yapmıştır. Bu ilkeler, hesap verebilirlik, saydamlık, adillik ve sorumluluktur.

Kurumsal yönetimin, uluslararası literatür ve uygulamada tanımı, kapsamı ve kuralları bağlamında herhangi bir mutabakat bulunmamaktadır. Bununla birlikte, amacının "iyi yönetimin" sağlanmasına ve sürdürülmesine yönelik yolların açılması olduğu tartışmadan uzaktır. Kuşku yoktur ki risk yönetimi ve denetimi de bu çerçevenin tam ortasında yer alır. Konumuz itibarıyla özellikle halka açık kuruluşlarda ortaya çıkan risklerin önlenmesi doğrultusunda, temelini OECD ilkelerinde bulan önlemlerin etkin biçimde yaşama geçirilmesi büyük önem taşır. Sermayenin serbest dolaşım hızının artması, araçlardaki çeşitlenme ve yatırım mekanizmalarındaki giriftleşme ile birleşince tasarrufların yönlendirildiği kuruluşların izlenmesi ve denetlenmesi de güçleşmektedir. Hem verimli hem de güvenilir piyasalar ve kurumlar oluşturmak amacıyla birbirleriyle uyumlaştırılmış hukuk düzenleri oluşturmak, piyasaları aynı dili konuşur hale getirmek için düzenleme / denetleme işlevi gören kamu otoriteleri, sivil toplum kuruluşları, bilim odakları bu nedenle dikkat çekici arayışlar içine girmişlerdir. 1980'li yılların Asya krizinin ardından gelen Rusya ve Brezilya bunalımları, onları gelişmiş piyasalarda izleyen ve tarafları doğrudan ya da dolaylı biçimde etkileyen Polly Peck, BCCI, Maxwell, Enron, WorldCom, Vivendi Universal, Parmalat çöküşleri, bu arayışların tetikleyicileri olmuştur²⁰.

Tanımı ve kapsamı üzerinde tam bir mutabakat bulunmaksızın etrafın-

²⁰ Herbert SMITH. A Review of Corporate Governance in The UK. www.iflr.com

da kopartılan büyük gürültü, Kurumsal Yönetim kavramı ve ona ilişkin tartışmalara bu açıdan neolojik bir görüntü verirken, düzenleyici kuruluşlara Sarbanes Oxley Act²¹ gibi reaktif yanlarıyla eleştiri konusu olan yeni düzenlemelerin yapılması için de zaman kazandırmıştır. OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, onların ortaya çıkmasındaki ihtiyaç ve temel gerekçe kuruluşların verimli ve güvenli çalışarak piyasalar genelinin istikrarına katkı sağlamak olduğundan bu doğrultuda yaygın bir yol göstericilik niteliği taşıyan adillik, saydamlık, hesap verebilirlik, sorumluluk gibi ilkeler etrafında kurumların kendilerine çeki düzen vermeleri, yönetim-denetim dengelerini sağlıklı bir yapıya kavuşturmaları için de kimi zaman özendirici kimi zaman zorlayıcı etken oluşturmuştur. Risk yönetim ve denetiminin bu genel ilkeler çerçevesinde zenginleştirilmesinin önemi ve gereği subprime mortgage krizinde de açıkça kendini göstermiştir.

b) BIS Düzenlemeleri

Risklerin yönetimi ve denetimi çerçevesinde hukuksal ilişkilerin doğrudan tarafları açısından olumsuz sonuçların ortaya çıkmasının ve bunların yayılarak daha geniş kesimleri etkileyecek krizlere dönüşmesinin önüne geçmek ya da geçmek mümkün olamıyorsa zararları asgaride tutabilmeyi sağlamak amacıyla yapılan düzenlemeler bağlamında OECD Kurumsal Yönetim İlkelerinin daha çok ticari kuruluşları etki alanı içine almasına karşılık, benzer doğrultudaki bir başka uluslararası çaba da finans sektöründe yer alan kuruluşları kapsamı içine almaktadır. Söz konusu çabayı gösteren uluslararası kuruluş, Bank For International Settlements (BIS) olup, onun bünyesinde yer alan Basel Bankacılık Gözetim Komitesi (The Basel Committee On Banking Supervision) da bu bağlamda iki çalışmayla ön plana çıkmış bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Basel I olarak bilinen ve banka örgütlenmesi düzleminde iyi yönetimin oluşturulması doğrultusunda yönetim kurulu ve banka üst yönetiminin rolüne vurgu yapan rapordur²². Raporda, finansal kuruluşlarda iyi bir yönetimin sağlanması için banka yönetim kurulu ve üst yönetiminin öneminin yanısıra başka etkenlerin de varlığına işaret edilmiş ve bu bağlamda kamu yönetiminin yasalar, borsalar ve düzenleyici kuruluşların kamunun aydınlatılmasına ve kotasyona ilişkin kurallar yoluyla, denetim kuruluşlarının denetim standartları aracılığıyla, bankacılık sektörü kuruluşlarının da gönüllü uygulamalar marifetiyle çaba göstermeleri gerektiği belirtilmiştir.

²¹ Bu yasanın Amerikan şirketlerini daha güvenilir ve verimli kılması beklenirken tersine sonuçlar doğurarak ortaklıkların rekabetçi yapılarını bozduğu ve yerli finansal piyasalardan çıkışlara neden olduğu yönündeki iddialar, eleştirilerin odağında yer almaktadır. Stephen SCHWARZMAN. Some Lessons of The Financial Crisis. Seven Principles To Guide Reform, Here and Abroad. Wall Street Journal 11.04.2008.

²² The Basel Committee Report : Enhancing Corporate Governance For Banking Organisations, Sepeptembre 1999.

İkinci çalışma, Basel II Uzlaşısı olarak bilinen çalışmadır²³. Bu çalışma, uluslararası alanda faaliyet gösteren bankaların sermaye yeterliliği denetimine ilişkin mevzuatın uyumlaştırılmasını, sistemin verimli ve güvenilir biçimde çalışmasının serbest rekabet ortamının korunarak güçlendirilmesini, asgari sermaye oranlarının risklere daha duyarlı hale getirilmesini, risk ve denetim kültürünün oluşturulmasını, denetim ve gözetimlerin risk odaklı ve proaktif olarak yapılmasını, finansal sistem genelinde etkin piyasa disiplininin sağlanmasını hedeflemektedir. Risklerin farkında olma, onları tanımlama ve ölçme konusunda önemli açılımlar getirmektedir. Konsolide sermaye yeterliliği ve konsolide denetim zorunluluğu gibi standartlara yer verdiği için dolaylı yoldan da olsa tüm iştirakleri de içine aldığından konu itibarıyla geniş bir etki alanına sahip görünmektedir. Bu alan, kredi riski hesaplamalarında getirilen derecelendirme (rating) koşulları dolayısıyla reel sektörü de içine katan bir genişliğe ulaşmaktadır.

Basel II, coğrafi etki alanı olarak ise düzenlemeyi kabul eden ülkeleri ilgilendirmektedir. Tavsiye niteliğindeki kararlar ilgili ülkelerin kamu otoritelerinin benimsemesiyle uygulamaya geçirilmektedir. Bu yönde belirli bir takvim, koşul ve başkaca bir zorunluluğun olmaması ortaya farklı uygulamaların çıkmasına neden olmaktadır. Bunlara uymamanın yaptırımı, uymayan ülkenin riskli ülke konumuna düşmesinden ibaret bulunmaktadır. Subprime mortgage krizinde görülen eksiklikler de düzenlemelerin içsel ve alansal uygulanması doğrultusundaki zaafiyetler olarak gözler önüne serilmiş bulunmaktadır. Krizin çıkış noktası olan ABD'de olaylar patlak verdiğinde henüz Basel II ilkeleri uygulanmaya başlanmış değildi. Avrupa bankacılığında ise Basel I standartları bütünüyle aşılabilmiş, Basel II düzlemine tam anlamıyla geçiş yapılabilmiş, yeterli içsel önlemler tatbik mevkiine konulmuş değildi. Keza krizi başlatanların banka dışı finansal kuruluşlar olması ve bunların da Basel II ilkeleriyle bağlı bulunmaması, finansal piyasaların denetlenmesinde etki yapması beklenen düzenlemelerin kapsama alanlarının yetersizliği biçiminde kendini göstermiştir.

Basel I ve II çalışmalarının bağlayıcılığının bulunmamasına, bunları hazırlayan komitenin de uluslararası resmi bir gözetim otoritesi olmamasına rağmen düzenlemelerin yine de tavsiye edici ve yol gösterici yanlarıyla döviz ve para piyasalarının evrensel düzlemde sağlığının sağlanması ve sürdürülmesi doğrultusunda özellikle düzenleme, denetim ve gözetim alanlarında piyasaların benzer yaklaşımlar içine alınması, ortak standartların oluşturulması, bankacılık yöntemlerinde uyumlaştırmanın gerçekleştirilmesi yönünde etkin bir kaynak olduğu ortadadır. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, finansal piyasalardaki gelişmelerin hızına yetişmenin güçlüğü Basel düzenlemelerini de etkilemiş ve etkilemeye devam etmekte, ortaya çıkartılan kurallar, uygulamaya geçilemeden eskimekte ve yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle finansal kesim açısından büyük önem taşıyan Basel düzenlemeleri-

²³ International Convergence of Capital Measurement and Capital Standarts. BIS, Basel, June 2004.

nin süratle yenilenmesi ve uygulanabilirliğinin sağlanması için arayışlar ve çalışmalar aralıksız sürdürülmektedir.

III) Risk Denetimine Türk Hukukunun Yaklaşımı

Gerek sermaye piyasasından fon toplayan halka açık ortaklıkların gerek finansal hizmetler alanında faaliyet gösteren kuruluşların verimli ve güvenli bir biçimde çalışarak piyasa istikrarına katkıda bulunmalarının sağlanması ve tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması doğrultusunda mevzuatımızda ceza hukukundan icra iflas hukukuna, vergi hukukundan idare hukukuna kadar geniş bir yelpazeye dağılmış kurallar bulunmaktadır. Ancak kuşku yoktur ki mevzuat paletimiz içinde ticaret ve finans dünyasını, halka açıklık olgusunu da kapsayarak öncelikle ve özel olarak düzenleyen başlıca yasalar Türk Ticaret Kanunu (TTK), Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn.) ve Bankacılık Kanunu (BanK.)'dur. Bu nedenle aşağıda, söz konusu yasaların ticari ve finansal risklerin yönetimi ve denetimine ilişkin yaklaşımlarına ve bu kapsamdaki düzenlemelerine değinilecektir.

1) Türk Ticaret Kanunu

1956 yılında kabul edilmiş bulunan 6762 sayılı yasa, yaşı itibariyle, halka açıklık olgusunun gelişerek yaygınlaştığı bir ortaklık yapısının ve geniş yatırımcı kesimlerini kapsamına alan evrensel mali piyasaların ortaya çıkardığı sorunları çözecek düzenlemelere sahip bulunmamaktadır. TTK'nın, risk yönetim ve denetiminin gelişmiş boyutlarına doğal olarak yabancı kalan ve bu kavramları içermeyen bünyesinde bu bağlamda ortaklıkların yapısal düzenlemelerine ilişkin hükümler bir ölçüde de olsa bu işleve yönelik olarak görülebilir. Hükümler arasında murakıplara ilişkin bölümde yer alan 347 ila 359.maddeler arasında özellikle idari işlemlere ilişkin suistimallere, kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırılıklara, bilançonun gerçekliğine atıf yapan 348.madde ile "kanun ve esas mukavele hükümlerine tamamiyle riayet eylemlerine nezaret"e yer veren 353. madde düzenlemelerini, ismi konmamış olsa dahi, yasanın hazırlandığı dönemi dikkate almak suretiyle risk yönetim ve denetimine ilişkin olarak nitelendirmek mümkün olabilir.

TTK'nın genel anlamda iş ve ticaret dünyasındaki gelişmelerin gerisinde kalması ve bu kapsamda da yetersizlik arzemesi üzerine hazırlanmış bulunan yeni yasa tasarısı ise (TTKT), piyasaların gereksinimlerine yanıt verebilecek bazı yeni düzenlemeleri içermektedir. Risk yönetimi ve denetimi kavramlarına lâfzen de yer veren (m.378 ve 398) tasarıda bu bağlamda yer alan başlıca düzenleme alanlarını şöyle sıralamak mümkündür:

- Riskin erken saptanması ve yönetimi (m.378),

- Riskin saptanması ve yönetilmesine ilişkin raporların denetimini de kapsayan denetleme (m.397 ila 406 ve 438),

- Yıl sonu finansal tabloları,
- Şeffaflık bildirimini,
- Esas sözleşme, kanun hükümleri ve iç yönetmeliklere uyumun iç gözetimi (m.375),
- Elektronik işlemler, bilgi açıklamasına dönük hizmetler (m.1502 vd.),
- Kurumsal yönetim ilkelerinin derecelendirilmesi (m.1529).

2) Sermaye Piyasası Kanunu

Muhtelif kanunlarla çeşitli zamanlarda değiştirilmiş bulunan 2499 sayılı SPK.da 1981 doğumlu bir geçmişe sahip olduğundan, hükümleri itibariyle her ne kadar TTK'ya oranla pek çok yeniliği barındırsa da zamanın gelişmeleri karşısında yine de yetersiz kalmıştır. Bu cılız omurga içinde tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması felsefesinden hareketle (m.1) örtülü kazancın tanımlanması (m.15/son fıkra), muhasebe, mali tablo ve rapor standartlarının belirlenmesi ve ilk kez bağımsız denetime yer verilmesi (m.16), kamunun aydınlatılması (m.16/A), idari denetime kapsamlı bir yaklaşım gösterilmesi (m.45) gibi düzenlemeler risk yönetim ve denetimi kapsamında sayılabilir.

Kanun'un eksik bıraktıklarını tamamlamak, onu güncellemek, sermaye piyasamızı uluslararası piyasalarla bütünleştirmek, AB normlarına uygun hukuk kurallarıyla donatmak amacıyla tıpkı TTK değişikliğinde olduğu gibi bu alanda da yeni bir Kanun Tasarısı Taslağı hazırlanmış ve TBMM'ne sunulmuştur. Taslak'ta bu kapsamda ilk göze çarpan husus "sistemik risk" kavramına yer verilmesi olmuştur (m.1). Finansal raporlama ve bağımsız denetim (m.21), Kamunun aydınlatılması (m.22), örtülü kazanç (m.69) ve elektronik ortamda tutulan kayıtları da kapsam içine alan idari denetime ilişkin hükümler (m.60) bu bağlamda öne çıkan düzenlemeler olarak öne çıkmıştır.

Sermaye piyasası hukukumuzda, hızla gelişen finansal hareketlerin hukusal çerçevesini aynı dinamizm ve sür'at içinde çizip içini doldurmanın kolay olmaması nedeniyle, mevzuatın etkin bölümünü Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) tebliğleri ile genel ve özel nitelikteki kararları oluşturur. Kanun kapsamındaki kuruluşların güvenli ve verimli biçimde çalışarak piyasa istikrarına katkı sağlamaları genelinde risklerin yönetimi ve denetimine doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkin bulunan tebliğler de bunlar arasında yer alır. Söz konusu tebliğlerin başlıcaları şunlardır:

- Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ (S.X/22 – RG: 27.7.2006/26241),

- Aracı Kurumlarda Uygulanacak İç Denetim Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (S.V/68 – RG: 14.7.2003/25168),

- Aracı Kuruluşların Kamuyu Aydınlatma Esaslarına İlişkin Tebliğ (S.V/77 – RG: 30.1.2004/25362),

- Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (S:VIII/39 – RG: 20.7.2003/25174),

- Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ (S:XI/1 – RG: 29.1.1989/20064), Ek Tebliğ (S:XI/5 – RG: 29.12.1989/20387),

- Sermaye Piyasasında Ara Mali Tablolara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ (S:XI/3 – RG: 26.7.1989/20233),

- Menkul Kıymetler Yatırım Fonları Mali Tabloları ve Raporlarına İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ (S:XI/6 – RG: 28.2.1990/20447)

SPK, ayrıca, 2003 yılında yayımladığı ve sonradan güncelleştirdiği Kurumsal Yönetim İlkeleri ile de geniş anlamda risk yönetim ve denetimi konusuna söz konusu çalışmanın kamunun aydınlatılması ve saydamlığa yer veren II. bölümü ile şirketlerin malvarlıklarının korunmasına ilişkin önerilerin bulunduğu III. bölümü yoluyla katkıda bulunmuştur. Bu doğrultuda bir de İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) tarafından hazırlanmış olan Kurumsal Yönetim Endeksi Temel Kuralları bulunmaktadır.

3) Bankacılık Kanunu

Mevzuatımızda, finansal hizmetler alanını, Türkiye’de kurulu mevduat bankalarını, katılım bankalarını, kalkınma ve yatırım bankalarını, yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubeleri ile finansal holding şirketlerini kapsamı içine alarak düzenleyen ve yıllar içinde meydana gelen sıkıntılarının etkisiyle defalarca değişime uğratılmış bulunan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu da SPKn.’da olduğu gibi tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması felsefesine bağlı olarak kapsamı içinde yer alan kuruluşların piyasa istikrarına katkıda bulunacak verimlilikte ve güvenilirlikte faaliyetlerini teminen risk yönetimi ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak çeşitli hükümleriyle düzenlemiş bulunmaktadır. Bunlar arasında ilk kez yer verilen Kurumsal yönetim ilkeleri ile (m.22 ila 28), risk yönetimi ve iç denetimi konu alan iç sistemler bölümleri (m.29 ila 32), finansal raporlama hükümleri (m.37 ila 42), özkaynaklar ve sermaye yeterliliğini de içine alan koruyucu hükümlerin düzenlendiği kısım (m.43 ila 60) ile konsolide denetimin de konu edildiği denetim ve alınacak önlemler kısmı (m.65 ila 72) öne çıkar.

Sermaye piyasasında SPK’nın işlevine paralel biçimde Bankacılık Kanunu kapsamı içinde görev yapan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) da piyasalara ve kuruluşlara etkin ve sür’atli müdahale gereksinimini daha çok yasa hükümleri dışında yer alan mevzuat ve kararlar çerçevesinde yerine getirir. SPK’nın risk yönetim ve denetimi bağlamında

yayımladığı herhangi bir yönetmeliğin bulunmamasına karşılık, BDDK bu kapsam içinde öne çıkartabileceğimiz aşağıdaki yönetmelikleri yayımlamış bulunmaktadır :

- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tarafından Yapılacak Denetime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG: 22.7.2006/26236),

- Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankalarca Yıllık Faaliyet Raporunun Hazırlanmasına ve Yayımlanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankaların Muhasebe Uygulamalarına ve Belgelerin Saklanması İlişkin Usul ve Esaslar hakkında Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Bankalar ve Diğer Mali Kuruluşların Müşterilerinin Risk İşlemleri Hakkında Yönetmelik (RG: 20.9.2007/),

- Bankalar ve Konsolide Denetime Tabi Kuruluşlarca Yapılabilecek Bağış ve Yardımlara İlişkin Yönetmelik (RG: 1.11.2006/26333),

- Mevduat Kabulüne Yetkili Özel Sermayeli Bankaların Ara Dönem Mali Tablolarının Düzenlenmesine ve Yayımlanmasına İlişkin Yönetmelik (RG: 20.6.2002/24791).

BDDK, yönetmeliklerin yanısıra uygulamada açıklığı ve kolaylığı sağlama bakımından önemli tebliğler de yayımlamıştır. Bunlar arasında öne çıkartılması gerekenler de şunlardır:

- Bankaların Konsolide Finansal Tablolarının Düzenlenmesine İlişkin Tebliğ (RG: 8.11.2006/26340),

- Kredi Türevlerinin Standart Metoda Göre Sermaye Yeterliliği Standart Oranı Hesaplamasında Dikkate Alınmasına İlişkin Tebliğ (RG: 3.11.2006/26335),
- Opsiyonlardan Kaynaklanan Piyasa Riski İçin Standart Metoda Göre Sermaye Yükümlülüğü Hesaplanmasına İlişkin Tebliğ (RG: 3.11.2006/26335),
- Risk Ölçüm Modelleri ile Piyasa Riskinin Hesaplanmasına ve Risk Ölçüm Modellerinin Değerlendirilmesine İlişkin Tebliğ (RG: 3.11.2006/26335),
- Yapısal Pozisyona İlişkin Tebliğ (RG: 3.11.2006/26335).

4) Diğerleri

Yukarıda da belirttiğim gibi, risk yönetimi ve denetimi, bu tanımlarla anılsın ya da anılmasın, doğrudan ya da dolaylı biçimde farklı hukuk disiplinlerinin konusu olmuştur ve gelişen koşullara paralel biçimde artan bir önemle olmaya da devam etmektedir. Ticaret dünyası ve finansal piyasalar düzleminde amaç, piyasaların istikrar içinde, tarafların ve öncelikle tasarruf sahiplerinin haklarının ve yararlarının korunduğu bir çerçevede gelişmesi olduğu için bu kapsamda faaliyet gösteren kişi ve kurumlara yönelik çeşitli sorumlulukların, yaptırımların geniş bir mevzuat çerçevesine dağılması doğaldır. Bu bağlamda örtülü sermayeye ve örtülü kazançla yönelik Kurumlar Vergisi Kanunu (m.12 ve 13), gerçeğe aykırı muhasebe kaydını (m.161), şirket yetkililerinin gerçeğe aykırı beyanlarını (m.164), bilgi vermemeyi (m.166) yaptırıma bağlayan Türk Ceza Kanunu hükümleri örnek olarak sayılabilir.

IV) Risk Denetiminde Oluşan Gedikler ve Sonuçları

1) Denetime İlişkin Hukuksal Düzenlemelerin Önleyicilikte Yetersiz Kalması

Globalleşmenin ivme kazanması, dünyanın farklı bölgelerinde elde edilen kazançların, değişik yörelerde biriktirilen tasarrufların, hepsinin birden aynı sisteme aktarılmasını kolaylaştırmıştır. Bu kolaylık, global likiditeyi artırmış, yatırımcı talebini güçlendirmiştir. Artan yatırımcı talebi de ürün ve yöntem arzını kamçulamıştır. Bu şekilde oluşan çemberin gücü, likidite bolluğu ve parasal hacmin çok üstünde iş yapmaya olanak sağlayan finansal yöntemler ile desteklenince, giderek büyüyen pastadan daha fazla pay almak isteyenlerin kendi aralarında şiddetlenen rekabet, her türlü hukuksal düzenleme kalıbının zorlanmasını, yer yer kırılmasını sonuçlamıştır. Belli süreçlerden geçme zorunluluğu bulunan hukuksal düzenlemelerin, onlardan çok daha hızla gelişen araçları ve yöntemleri, bunların neler olabileceğini önceden kestirerek yaratacakları tüm risklere karşı çok dayanıklı bentler oluşturması beklenemez. Yeni hukuksal düzenlemeler, geleceğin kestirilemeyen oluşumlarına göre tasarlanamaz, geçmişin ortaya koyduğu gözlemler ve bunların sonuçlarına dayandırılabilir. Bu gerçek, mevzuatın kaçınılmaz

biçimde uygulamanın arkasında kalmasını sonuçlar. Subprime mortgage krizi de bu gerçeği doğrulamıştır. Öteden beri kendi piyasalarının gelişmişliğini savunanlar, bu gelişmişlik dairesi içine hukuksal düzenlemelerini de katanlar ve gelişmekte olan piyasalar ile onların hukuk düzenlerini yetersiz görerek bunu sıkça dile getirenler dahi görmüşlerdir ki, gelişmiş hukuk düzenleri, şirketlerin, bankaların usulsüzlükler batağına saplanmasını önlemede yetersiz kalmıştır. Arz-talep sarmalında, daha fazla getiri yollarının bulunmasını talep eden varsıl müşteri ile rekabetçi piyasada onu elinde tutmak ve bu sayede elde edilecek kazançlardan kendine düşecek payı almak isteyen profesyonellerin iç içe geçmiş ilişkilerine dayalı finansal piyasa gelişmelerinin boyutlarına, mevzuat yetişememiştir. Gelişmiş piyasalara oranla sağ olan Türk piyasalarında dahi araç, yöntem ve likidite darlığına rağmen yakın geçmişte oluşan kimi usulsüzlükler ve bunların neden olduğu kayıplar, salt önleyici mevzuat ile gerekli barikatleri kurmanın mümkün olmadığını göstermiştir.

Bu bağlamda birkaç örnek vermek gerekirse, anonim ortaklıklarda yönetimin iş ve işlemlerine dönük kötüye kullanımların ya da yasaya veya esas sözleşmeye aykırılıkların olması gibi risk denetimi açısından önem taşıyan, şirket defterlerinin incelenmesi, bilançonun denetlenmesi gibi verimlilik ve güvenilirliği sağlamaya yönelik kontrol olanaklarının (TTK 348 ve 353) bulunmasına karşın, bu denetimi yapacak olanların oy veya sermaye egemenliğine sahip kesimler tarafından seçilmesi ve ayrıca saptanan usulsüzlüklerin genellikle bu usulsüzlükleri yapanlara rapor edilmesi (TTK.354) gibi denetim etkinliğini zayıflatan mevzuat hükümleri ile uygulamanın gerçekleri örtüşünce, suiistimallerin önlenmesi mümkün olmamış ve bu nedenle de TTK 347 ve devamında düzenlenmiş olan murakıplığın TTKT'da kaldırılması örneğinde görüldüğü gibi yeni düzenleme ihtiyacını gözler önüne sereerek, mevzuatın bu bağlamdaki zafiyetinin kanıtını oluşturmuştur.

Murakıplığa seçenek oluşturması amacıyla TTKT'da yer verilen ve SPKn.'da eskiden beri zaten mevcut olan bağımsız denetim mekanizmasına ilişkin hukuksal düzenlemeler de bu anlamda tam bir yeterli sağlayabilecek düzlemde değildir. Bunların da başlıca zayıf noktalarını, denetimlerin ağırlıklı olarak finansal tablolar üzerinden yapılması, belirli dönemlere ilişkin olmaları ve yıllık raporlarla duyurulmaları, usulsüzlük saptanması durumunda bunun büyük olasılıkla usulsüzlüğü gerçekleştiren yetkililerle paylaşılması gibi hususlar oluşturmaktadır²⁴. Finansal piyasalarda ve borsalarda fiyatların *anlık* oluşum ve değişimi gerçeği karşısında, yatırımcıların, usulsüzlüklere ve bu usulsüzlüklerin yatırım yaptıkları aracın fiyatında meydana getirdikleri anlık değişimlerin yol açacağı zararlara karşı, doğası gereği arkadan gelen saptama ve açıklamalarla korunması mümkün olamaz.

²⁴ Geniş açıklama için bkz. Reha TANÖR (Model) GÜHFD, s.2005/2, s.247,248,259 vd.

TTKT'da bu bağlamda bir yenilik olarak getirilen denetim komitesi (TTKT 378) de risklerin erken tanısı gibi önemli bir gereksinimin karşılanmasına dönük olarak mevzuat kapsamı içine alınmakla birlikte komite üyelerinin yönetim kurulunun içinden çıkması, ona raporlaması, raporların iki aylık dönemsellikte olması gibi özellikleriyle kanımca *etkin önleyicilik* niteliğine sahip bir düzenleme görüntüsü vermemektedir. Bu komitenin, yönetim-denetim dengesinde yol açması olası karmaşa da ayrıca bir sakınca kaynağıdır²⁵.

Benzer biçimde SPK'nın Seri X/22 no.lu tebliğinin 25. maddesinde yer verilmiş bulunan Denetimden Sorumlu Komite de, komite üyelerinin yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesi, toplantı sonuçları ile saptama ve önerilerin bu kurula sunulması gibi özellikler nedeniyle etkin ve önleyici bir denetim unsuru olarak görülmemektedir. Aynı saptama, Bank'nun 24. maddesinde öngörülmüş bulunan Denetim Komitesi için de geçerlidir.

Mevzuatımızda, Bank'nun 43 vd. maddelerinde, söz konusu kanun kapsamındaki kuruluşlara yönelik *koruyucu düzenlemeler* de yer almaktadır. Bu çerçevede Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu da "bankaların varlıkları, alacakları, özkaynakları, borç, yükümlülük ve taahhütleri, gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin ve mali bünyeyi etkileyen diğer tüm unsurların ve maruz kalınan risklerin tesbiti, tahlili, izlenmesi, ölçülmesi ve değerlendirilmesi amacıyla sınırlamalara ve standart oranlar da belirlemek suretiyle gerekli düzenlemeleri yapmaya ve bunlar hakkında her türlü tedbiri almaya yetkili" kılınmıştır. Bankalar, Kurul düzenlemeleri çerçevesinde sermaye ve likidite yeterliliği oluşturmakla ve risk sınırlarına uymakla yükümlü tutulmuşlardır. Ancak, bunların ve uluslararası alandaki benzeri düzenlemelerin de kötü niyetli girişimleri engellemeye yetmeyeceği gerçeği subprime mortgage krizinde daha öncekilerde olduğu gibi bir kez daha su yüzüne çıkmıştır.

2) Denetleyici / Değerlendirici Mekanizmaların Önleyicilikte Yetersiz Kalması

Hukuksal düzenlemelerin önleyicilikte yukarıda verdiğim örneklerde görüldüğü üzere yetersiz kalmasının yanısıra denetleme otoriteleri ile değerlendirme/derecelendirme işlevi üstlenen kurumların da aynı doğrultuda benzer eksiklikler sergiledikleri görülmektedir. Biraz mevzuatın yetersiz oluşundan biraz da mevzuatla tanınan yetkilerin kullanımındaki eksikliklerden ötürü finansal piyasalarda risk denetimi bağlamında ciddi gedikler oluşmaktadır.

Mevzuatın doğası gereği geriden gelmesinin *anlaşılabilir* olmasına karşılık, denetleyici otoritelerin risk unsurlarını denetlemesindeki gecikmeler, denetleme sonuçlarının açıklanmasında, önlemlere ve yaptırımlara dönüştürülmesindeki ağırlık, denetleyici otoriteler arasındaki yetki bölüşümünden

²⁵ Reha TANÖR (Model), s.242

kaynaklanan uyuşmazlıklar, risklerin denetiminde etkinliğin yitirilmesine neden olan ve anlaşılır olmaktan çok zorunlu biçimde *kabullenilen* gerçekler olarak kendini gösterir. Yadsımamak gerekir ki, denetleyen ve değer ölçümü yapan kurumların, hızlanan, karmaşıklaşan ve çok ayrıntılı ekonometrik hesaplara indirgenen bir piyasa ortamında olup bitenleri aynı hızla izlemesi, denetlemesi ve değerlendirmesi kolay değildir. Açık pozisyon işlemlerinin kârdan zarara dönüşme sürecinin kısılalığı, finansal araçların değerinin alış-verişin özüne yabancılaştıran çeşitli eklemlerle sapması, bu zorluklara örnek teşkil eder. Bu nedenle, etkin İngiliz Finansal Hizmetler Otoritesi (FSA) Northern Rock sorununun geride kalmış²⁶, Amerikan Sermaye Piyasası Kurulu SEC de, Bear Stearns'ün aniden piyasadan silinmesiyle başlayan süreçte hareketlenememiştir²⁷.

Risk yönetim, denetim ve değerlendirme süreçlerinde ortaya çıkan ve bu işlevler için her zamankinden fazla hız ve uzmanlık isteyen zorluklar kapsamında derecelendirme kuruluşları da mortgage bonolarının değerlerini ölçerken yanılmışlar, yatırımcıların bu bonolara yoğun rağbet göstererek ihraççıları sürekli yeni ihraçlar için sıkıştırmaları üzerine ortaya çıkan yeni menkul kıymetlere değer biçmede biraz ihmalkâr biraz da *çıkâr birliği* doğrultusunda göz yumucu davranınca, yaptıkları eksik veya yanlış değerlendirmeler piyasanın diğer halkalarını olumsuz etkileyerek zincirin kopmasında etkili olmuştur.

Otoriteler arasındaki yetki uyuşmazlığının yatırımcı üzerindeki olumsuz etkisine de bizden bir örnek vermek mümkündür. Kendi menkul kıymetlerini halka arz eden bankalar SPK n. 50. maddesi hükmü uyarınca, Kanun'un 2.maddesi kapsamı içinde yer alarak 11. ve devam eden maddeleri çerçevesindeki hükümlere tabi olurlar. İhraççılara ilişkin bu hükümler arasında 16/A maddesinde düzenleme alanı bulan, "Kamunun Aydınlatılmasında Özel Durumlar" da önemli bir yer tutar. SPK'nın söz konusu maddesi ile Kanun'un tasarruf sahiplerinin haklarının ve yararlarının korunmasının amaçlandığı 1. maddesini hukuksal dayanak yaptığı Seri VII, 39 no.lu "Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği"²⁸ ihraççılara dönük olarak geniş bir açıklama yelpazesi yükümlülü-

²⁶ Alan GREENSPAN: A Response To My Critics. Economists' Forum için özel olarak kaleme alınan makale.

²⁷ Amerika'nın en büyük ve başarılı yatırım bankaları arasında yer alan Bear Stearns, SEC denetiminde kamuya açıklanan bilançolarında hiçbir zaman zarar açıklamamışken, içine düştüğü likidite sıkışıklığından kurtulamayarak, 2008 yılı başında 170 dolar olan hisse değerinin 3 ay sonra 2 dolara düşmesiyle yatırımcılarını çok büyük zarara uğratarak bir gecede J.P. Morgan tarafından kamuoyuna açıklanmış bulunan değerlerinden çok farklı biçimde adeta bedavaya devralınmıştır. Bu devir sürecine ilişkin geniş bilgi için bkz : Agreement And Plan Of Merger, dated as of March 16, 2008 between The Bear Stearns Companies Inc., a Delaware corporation and JP Morgan Chase & Co., a Delaware corporation.

²⁸ RG: 20.7.2003/25174.

ğü getirmiştir. Bu yelpaze içinde, işletmelerin kamuya açıklanan son bilançolarındaki aktif toplamının %10 veya daha fazlasına karşılık gelen alacaklarının şüpheli veya değersiz hale gelmesi (m.5/h-3), ortaklık için önemli bir mali yükümlülük altına girilmesine yol açacak gelişmelerin olması (m.5/h-7), ortaklığın faaliyetlerini ve mali durumunu önemli ölçüde etkileyecek bir gelişme olması (m.5/h-15) durumları da bulunur. Böyle olmakla birlikte, halka açık olan ve mali durumları bozularak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devrolunan bankaların bu süreçte yaşadıkları kimi gelişmeler kamuya açıklanmamış ve yatırımcıların Kanun'un 1. maddesinde yer alan haklarının ve yararlarının özü zedelenmiştir. Bunun nedeni, bankaların denetimi üzerinde aynı finansal alanın iki farklı otoritesi olan BDDK ile SPK arasındaki yetki uyumsuzluğu ve bankacılık sırrı kavramı ile kamunun aydınlatılması düzenlemelerinin bu otoriteler tarafından birbirini tamamlar biçimde uygulanmamış olmasıdır²⁹.

3) Yetersizliklerden Yararlananlar ve Zarar Görenler

Gerek hukuksal düzenlemelerin gerek denetleyici ve değerlendirici kurumların sergilediği yetersizlikler zararlara yol açtığı gibi bunlardan kendilerine çıkar sağlayanlar da bulunur. Bu zıtlık ve ortaya çıkan farklı sonuçlar, büyük çapta tarafların *iradelerinden* kaynaklanır. Öyle ki, örneğin, finansal araçların değerinin ölçülme yetisinin yitirilmesi, bunları ihraç eden ya da kullananları bilinçli olarak bu *zaafiyetten* yararlanma yoluna götürürken aynı enstrümanların sonuçladığı pozisyonlar, bunlarla doğrudan ilgisi bulunmayanların dahi zararına yol açabilir.

Finansal kuruluşların yol açtığı olumsuzluklar tablosu içinde ise *iyiler ile kötüler* siyah ve beyaz netliğinde ayrışamayabilir. Hatta bunlar yukarıda açıkladığım biçimde çoğu kez içiçe geçmiş de olabilir. Riski yaratanlar, subprime mortgage krizinde görüldüğü gibi karmaşık yapıdaki ürünleri ihraç edenler ve satanlardan ibaret kalmaz, bunları bu yönde daha özel, sofistike ve mevzuat ile denetimi dolanıcı yöntemlere zorlayanlar da bu listeye dahil olur. Bir yanda aşırı getiri hevesi ile yanıp tutuşan yatırımcılar, öte yanda piyasaların yükselme trendlerinde bu yatırımcıların kazançlarını oluşturur, onlara yeni araçlar ve karmaşık yöntemlerle bunun yollarını açarken "biz neden pastaya aynı verimlilikte ortak olmayalım" düşüncesi ile aynı hevesi taşıyarak risk alan profesyoneller, düzenlemelerin yetersiz kalmasından, gelişmeleri geriden izleyebiliyor olmasından, ölçümleme yollarının kapanmasından ve kontrolün elden kaçmasından yararlanarak piyasalar geneline yayılan olumsuzlukların kaynağında birliktelik sergilemişlerdir. Bu sarmalın unsurlarını belirlemek, tarafların içiçe geçen çıkarlarını netleştirmek ve vurgulamak, sorumluluk paylaşımı çerçevesinde adil, etkin ve kalıcı çözüm yolları ararken kuşku yok ki büyük önem taşır.

²⁹ Reha TANÖR. Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası. TSPAKB Yayın no: 8, İstanbul 2003, s. 113 ila 148.

V) Çözüm Arayışlarının Dayandırılması Gereken Esaslar

Risk denetiminde ortaya çıkan gedikler sonucunda meydana gelen her finansal kriz sonrasında olup bitenlerin bir daha tekrarlanmaması ya da tekrarlanırsa bile olabilecek en az hasarla atlatılması doğrultusunda arayışlar yapılmıştır. Bu arayışlar genellikle yeni hukuksal ve doğası gereği tepkisel düzenlemelerin ortaya çıkmasını sonuçlamıştır. 29 Büyük krizi Securities Act of 33 ile Securities Exchange Act of 34'ü yaratmış, Enron, Tyco, Worldcom ve diğerlerinin yol açtıkları hasarların ardından da Sarbanes-Oxley Act of 2002 devreye alınmıştır. Subprime mortgage krizi de yeni düzenleme arayışlarının başlangıç noktasını oluşturmaktadır.

Risk unsuru, kazanç arayışı varolduğu sürece onunla birlikte yaşamaya devam edecektir. Riski ortadan kaldırmak, *kazanma olasılığının* ortadan kaldırılması, *kazanca giden yolların tıkanması* anlamına gelir. Kazanç, bireysel ve toplumsal refahın kaynağı olduğundan, bunun gözardı edilmesi nasıl ve hiçbir zaman mümkün olmayacaksa, kazancın ayrılmaz parçası olan risk de hep varolacaktır. Riskin olduğu yerde de denetimler, hangi düzenlemeler yapılırsa yapılsın az ya da çok aşılacak, delinecek, etraflarından dolanılacak, hangi önlemler alınmaya çalışılırsa çalışılsın, krizler de eksik olmayacaktır. Risk denetiminin yapıldığı iş ve finans dünyasında, iş yapan tarafların çoğu kez risklerin denetim dışı kullanılmasından yarar görmesi, tarafların karşılıklı kazanma hırslarının birbirlerini daha fazla ve ölçüsüz risk almaya sevkmesi de kriz kaynakları arasında yer tutacaktır.

Risklerin ve onların kötü yönetimi sonucunda oluşacak krizlerin iş ve finans dünyasında sürmesi kaçınılmaz olan varlıkları, *kamu geneline verecekleri zararın azlığı ve yaygınlığın (sirayetinin) sınırlı tutulmasının sağlanmasıyla* ancak etkisizleştirilebilir. Bu etkisizleştirmenin nasıl ve hangi yöntemlerle gerçekleştirilebileceği konusunda çeşitli önlemler oluşturulmaya, yollar bulunmaya çalışılmaktadır. Risk olgusu toptan yok edilemeyeceğine, risklerin denetiminde gedikler açılarak yeni yangınlar çıkartılması kökünden önlenemeyeceğine göre kanımca yapılması gereken, riski ortadan kaldırmaya yönelik önlemler aramaktan çok, yangına dayanıklı elbiselerin yaratılması olmalıdır. Risk, ekonomiyi ve finansal düzeni ısıtan ateştir. Ateşi tamamen söndürmek değil, onun yararlı yönünü zarar vermeden kullanabilir kılmanın yollarını bulmak gerekir. Bu da ateşe dayanıklı giysi tasarımı ile olur. Elbise, nasıl herkes için aynı ölçüde olamaz ise finansal piyasalardaki önlemler ve yaptırımlar da taraflara göre farklılık taşımalıdır. Bu bağlamda, *sorumlulukların paylaşılması, yaptırımların ayrıştırılması, suyu taşıyanla testiye kıranın farklı sonuçlarla değerlendirilmesi* önem arz eder.

Günümüzde kanun koyucular ile düzenleyici otoritelerin eğilimlerinin ve literatürde bu doğrultudaki arayışların genellikle yeni regülasyonlar yaratılması etrafında toplandığı görülmektedir. Bu bağlamda, Basel II'nin daha yeterli hale getirilmesi için sürdürülen çalışmalar, düzenleyici / denetleyici otoritelerin yeniden biçimlendirilmesi doğrultusundaki hazırlıklar

dikkat çekmektedir. Örneğin krizin patlak verdiği ABD'de bu doğrultuda bir yandan süratle piyasalara müdahale edilir, faiz indirimleri, likidite takviyesi gibi finansal önlemlerle yangın bastırılmaya çalışılırken, bir yandan da geleceğe dönük düzenlemeler tartışmaya açılmıştır. Bu doğrultudaki en kapsamlı çalışma Hazine Bakanlığı tarafından hazırlanmıştır³⁰. Çalışma, piyasa istikrarına yönelik, İdare'nin garantisi ile desteklenen sağlam ve güvenilir düzenlemeler ile meslek kurallarına dönük düzenlemeleri gerçekleştirmeyi hedefleyen bir düzenleme yaklaşımı içinde tasarlanmıştır. Öngörülen tavsiyeler kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere 3 bölümde toplanmıştır. Kısa vadeli önlemler kapsamında, Başkan'a bağlı Finansal Piyasalar Çalışma Grubunun modernize edilmesi, ipoteye dayalı menkul kıymet ihraçlarının daha sıkı denetlenerek disiplin altına alınması ve piyasalara Federal Reserve tarafından nakit takviyesi yapılması hususları yer almıştır. Orta vadeli önlemlerde, düzenleyici-denetleyici mekanizmaların federal bünye içinde merkezileştirilmesi eğilimi doğrultusunda yeni bürokratik kademeler ve etkin denetleme mekanizmaları önerilirken, öz düzenleyici kurumların geliştirilmesine de atıf yapılmıştır. Uzun vade için ise Hazine tavsiyeleri, hedef bazlı çeşitli düzenlemelerin ve denetim mekanizmalarının gerçekleştirilmesi doğrultusundadır.

Daha öncelikle eklenecek olan bir seri yeni düzenleme, yukarıda sayılan yapısal özellikleri itibarıyla aranılan çözümü oluşturmaya yetecek, yatırımının korunması ve piyasa istikrarının sağlanmasında gerçekten etkili olacak mıdır? ABD ile birlikte aynı arayışlar içinde olan diğer ülkeleri ve uluslararası örgütleri de hesaba kattığımızda, bu düzenlemeleri kimler önermektedir? Bunlar evrensel standartlarda mı olacak yoksa herkes kendine uyanı mı yapacaktır? Bu düzenlemeleri kimler, nerede ve nasıl yaşama geçirecektir? Piyasalar bunları ne ölçüde gerçekçi, uygulanabilir bulacak ve benimseyecektir?

Evrensel planda yanıt arayan bu sorular bağlamında, öncelik verilmesi gereken husus, kanımca, çözüm yollarının *hangi esaslara dayandırılması* gerektiğidir. Piyasaların istikrar içinde çalışmasını sağlayacak kurallar ancak doğru ilkeler üzerine oturtulursa sağlam temel üzerinde yükselen bir yapıdan söz etmek mümkün olabilir. Bu ilkeler hangileri olmalıdır? Bunları saptayarak çözüm önerisi örneklerine yaklaşalım.

Gelecekte oluşacak sıkıntıların hafifçe atlatılması, kriz dönemlerinin de azaltılması doğrultusundaki finansal mimari tasarımlarının çoklu önermeler yumağında kaybolmadan üç temel esasa dayandırılması ve yapılacak önerilerin de bu temel esaslar altında toplanması gerektiği kanısındayım. Bunlardan birincisi, alınacak önlemler çerçevesinde riski üretenler ile riskin muhatabı olanları olabildiğince birbirinden ayırmak ve bunların içiçe geçmesinin önlenmesi için de hakları ve yararları yasalar tarafından koruma altı-

³⁰ THE DEPARTMENT OF THE TREASURY. Blueprint For Modernized Financial Regulatory Structure, March 2008.

na alınmış bulunan tasarruf sahiplerine aynı zamanda sorumluluk verilmesini de sağlamaktır. İkincisi, yeni tasarımlar üzerinde çalışılırken bireysel ve toplumsal refahın motoru konumunda bulunan serbest rekabet ortamını yokedecek, risk alma cesaretini toptan kıracak aşırı müdahaleci önlemlerle piyasaların soluksuz kalmasına yol açmamaktır. Üçüncüsü de önlemlerin, meydana gelen zararların sonradan telafi edilmesini sağlayıcı olmaktan çok, bu zararların ortaya çıkmasını önleyici nitelikte olmasıdır. Bu esaslar ve onların ışığında yapılabilecek olanlar şöylece açılabilir :

1) Sorumluluk Tarafların Payına Göre Ayrıştırılmalı ve paylaştırılmalıdır.

Sorumluluklar ve yaptırımlar krizlerde yer alan *tarafların sorumluluk payları esas alınarak* ayrıştırılırsa herkes aynı kefeye konmamış, yaşla kuru olabildiğince birbirinden ayrılmış, yükler adil biçimde paylaştırılmış ve ağırlıklı olarak sahiplerine yöneltmiş olur. Finansal piyasalarda sıkça görülen "moral hazard" olumsuzluğu sınırlandırılır, zararların üçüncü kişilere sirayeti kontrol altına alınabilir. Bu ayrıştırma yapılmadığı takdirde ise riskin olumsuz sonuçları tarafların tümünü birden etkisi altına alır, risk yönetim ve denetimi güç yitirir, toplumsal zarar olasılıkları da artar.

Sorumlulukların ayrıştırılması, sorumluların belirginleştirilmesi, yaptırımların sorumlu olanlara yönlendirilmesi, bizi aslında hakları ve yararları yasal koruma altına alınmış bulunan kesimlerin *aynı zamanda* sorumlu tutulmalarını da gerektirecek durumların bulunduğu sonucuna ulaştırır. Finansal arenada ortaya çıkan risklerin zarara dönüşmesinde, aşırı kazanç peşinde koşan ve piyasa profesyonellerini bu kazancı kendilerine ne pahasına olursa olsun sağlamaya zorlayan, global likidite bolluğunun oluşturduğu bir *saldırgan sermayenin* oynadığı rol, bu kesimin, hakları korunan yatırımcı sınıfında yer alsın bile sorumlu tutulması gerçeğini ortaya koyar.

Hukuk felsefesi, hak ve haksızlığın birbirlerine bağlı ve birbirlerinden ayrılamaz unsurlar olduklarını söyler. Del Vecchio'ya göre "haksızlık imkânı bulunmadığı takdirde, hukukun teyidi hiç bir mana ifade etmez (...), haksızlık, hakkın inkârıdır (...), haksızlığın ve hakkın tesbiti, hakikatte, *aynı anda* vuku bulurlar"³¹. Bu eşzamanlı içiçelik çerçevesinde hakların kazanımı ve kullanımı iyiniyete dayalı olmalıdır. İyiniyet kavramı, bir olayı bilmek ya da bilmemek gibi sübjektif bir temele dayanır³². Bir hakkın edinilmesinde bir hukuksal eksiğin varlığını bilen ya da bilmesi gereken, bu bağlamda normal bir insanın göstermesi gereken özen ve dikkati göstermeyen kimse iyi

³¹ Giorgio Del VECCHIO. Hukuk Felsefesi Dersleri. Çev: Sahir EMAN. İÜ. Yayınları 515. İstanbul 1952, s. 280-281.

³² Erhan ADAL. Hukukun Temel İlkeleri. Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ. İstanbul 1998, s. 379.

niyetli sayılmaz³³. Hukuk, Hammurabi Yasaları'ndan günümüzün çağdaş normlarına giden süreç içinde Roma hukuku döneminden beri iyi niyetli olmama durumunu yazılı kurallar içine alarak korumamış, her iki tarafın kötü niyetinin birbirini götürdüğü hükmüne varmış (dolo inter utramque partem compensando)³⁴, bunu "mesuliyet halleri" içine dahil etmiş³⁵, "ihtirası çok kuvvetli olan insan(m) başkasına ait olan bir malı kullanırken, hareketinin doğuracağı zararları" düşünmeyeceği ve insanların her zaman yüksek ahlâklı, faziletli olamayacakları varsayımından hareket ederek hukuku, ahlâk ve görgü kurallarından ayıran "müeyyide"nin önemine işaret etmiştir³⁶.

Hukukun bu yaptırım koyma ihtiyacı, ikili borç-alacak ilişkilerinde yalnızca borçluyu değil, zaman zaman alacaklıyı da içine almıştır. Roma Hukukunda **Caveat Emptor** olarak adlandırılan kural, sorumluluğun alıcının da üstüne yüklenebileceğini, alıcının alım anında kendinden beklenen özeni göstererek gerekli incelemeyi yapmasının gerekli olduğunu belirterek satıcının ayıbını gizlediği hallerin dışında müşterinin sorumlu tutulacağı hükmünü oluşturmuştur. Bir malın ya da hakkın ediniminde hukuksal bir engel bulunduğu takdirde bunu bilerek ya da bilmesi gerekirken alan kimse- nin hukuksal yararının korunmaması, onun iyiniyetli sayılmaması, adalet ilkesinin bir sonucu olarak hukuk sistemlerine yerleşmiştir. Günümüz finansal piyasalarında da, yatırımcıların, aldıkları finansal hizmetlerin, kullandıkları ürünlerin hukuksal eksikliklerinin, hukuk sisteminin kabul etmediği yanlarının bulunup bulunmadığını araştırmaları, risk üstlenirken bunlara öncelikle dikkat etmeleri istenmekte ve alıcıların bu sorumluluklarını yerine getirmemeleri durumunda etkin piyasa mekanizmalarının tahrip olacağı kaygısı ileri sürülmektedir³⁷.

Caveat Emptor kuralı modern finansal piyasalarda risk yönetimi bağlamında "alıcı"nın sorumluluğunu gerektirir. Yatırımcılar büyük-küçük, bireysel-kurumsal gibi çeşitli sınıflara ayrılır. Yukarıda görüldüğü üzere, bilhassa subprime mortgage krizinde, büyük ve nitelikli yatırımcıların bir bölümü bu bağlamdaki sorumluluklarını yerine getirmemiş hatta tersine haklarının kullanılmasında mevcut hukuksal engellerin dolanılmasına, yasaların çiğnenmesine ön ayak olmuştur. Hammadde ve petrol gelirlerinin büyük bir hızla çoğalmasının yanında finansal piyasalarda da küresel arbitraj olanak-

³³ A.Şeref GÖZÜBÜYÜK. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları. S Yayınları. Ankara 1986, s.152

³⁴ Salvatore Di MARZO. Roma Hukuku. İÜ. Yayınları . 573. İstanbul 1955, s.433.

³⁵ Ernst HIRSCH. Ticaret Hukuku Dersleri. İÜ. Yayınları. 123 İstanbul 1940, s.6.

³⁶ Abdülhak Kemal YÖRÜK. Hukuk Başlangıcı. İÜ. Yayınları. 686. İstanbul 1958, s.29 vd.

³⁷ Callum Mc CARTHY. What Does Caveat Emptor Mean in the Retail Market for Financial Services. Financial Services Forumu'nda yapılan konuşma. 9 Şubat 2006.

larının artması, sermaye akışkanlığının kolaylaşması yeni bir *dünya zenginleri sınıfı* yaratmıştır. Bu kolay elde edilmiş sermayenin sahibi olan kontrolsüz ve saldırgan yatırımcı sınıfı, elinde bulundurduğu büyük güçle sermaye piyasalarında *da* daha yüksek kazançlar elde etmek amacıyla önüne çıkan tüm setleri devirmeyi göze almakta tereddüt etmemiştir. Kuşku yoktur ki bu kontrolsüz ve talepkâr gücün isteklerini yerine getirebilecek konumda olanlar, ağırlıklı olarak kazanç üzerinden primlendirme esasına göre çalışan piyasa profesyonellerinden başkası değildir. Yüksek kazanç arz ve talebi bu şekilde bir noktada kesişince ortaya denetim olanaklarını bilinçli biçimde tahrip eden araçlar ve yöntemler çıkmış, bunlar da sonunda finansal piyasalarla hiç ilgisi bulunmayan kesimleri ve ekonomileri de etkisi altına alıp zarara uğratan 2008 krizini başlatmıştır. Ceza hukuku mevzuatının kapsamına ve ceza hukuku uzmanlarının yetki alanına girmekten özenle kaçınarak, sermaye piyasası hukuku ve hukukun genel prensipleri açısından belirtmek isterim ki, global finansal piyasalarda işlem hacminin büyük bir bölümünü yaratan ve borsa endekslerini büyük çapta etkisi altında tutan bu yatırımcı kesimin en azından azmettirici kimliği ile sonradan ortaya çıkan zararların mağduru konumunda değerlendirilmesi ve "hakları korunması gereken" tasarruf sahipleri arasında yer alması adalet kavramı ile bağdaşmaz. Suçu fiilen işleyen profesyonel ile ona bu yolda eşlik edenin işbirliğini³⁸ görmek, içiçeliğin sınırlarını belirlemek ve sorumluluk ile yaptırımları buna göre paylaşmak, hukuk düzenlerinin görevi olmalıdır. Fail ile mağdurun telâhukunu önlemek, mağduru azmettirici olduğu durumlarda sorumluluk çerçevesi içine almak, bundan sonra olabilecek olumsuz gelişmelerin azaltılması doğrultusunda kanımca önemli ölçüde caydırıcılık sağlayabilecektir.

Finansal piyasa araçları nasıl taşıdıkları risklere göre ayrıştırılabilmekte, bu bağlamda ince finansal matematik uygulamaları yapılmakta, bunlara bağlı olarak derecelendirme sistemleri oluşturulmakta ise risk denetimleri de öncelikle kurumlar bazında aynı titizlik ve maharetle yapılabilir ve bunların ötesine geçmek isteyenler kendi zararları ile başbaşa bırakılabilir. Sorumlulukların hangi ölçütlere göre ayrıştırılacağı, Caveat Emptor kuralının nasıl yaptırıma bağlanacağı, sorumluların hangi yüke maruz kalacakları konuları kuşkusuz tek bir formülle halledilebilecek, yeknesak hükme bağlanabilecek basitlikte değildir. Bu bağlamda önerilebilecek olan, yükümlülüklerini yerine getirmedikleri için zarara uğrayan yatırımcıların korunmayı gerektirecek haklarının bulunmadığının saptanması ve bu saptamanın yapı-

³⁸ Bu işbirliğinin hukuksal tanımlaması ve tarafların sorumluluğu için bkz. Faruk EREM. Türk Ceza Hukuku. AÜHF yayınları no : 393. Sevinç matbaası. Ankara 1976, s.390 vd. ; Sulhi DÖNMEZER – Sahir ERMAN. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Umumi Kısım. Cilt II/1. İÜHF yayınları no: 178. İstanbul, 1959, s. 517 vd. Duygun YARSUVAT. Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar. Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu. Türk Ceza Hukuku Derneği yayını, no:7. İstanbul, 2005, s. 51. Pınar MEMİŞ – Gülşah Kurt YÜCEKUL – Güçlü AKYÜREK. Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi ile İlgili Sorular. Suç ve Ceza. TCHD Yayını. S.1, Mart 2008, s. 69.

lacak tüm düzenlemelerin temelinde yer tutmasıdır.

Finansal kuruluşlar tarafından üretilen ve nitelikli yatırımcıları zarara uğratan risklerde, bu kesimin, sahip olduğu varsayılan nitelikler göz önüne alındığında da korunmaya mazhar bir konumunun bulunmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Koruma bağlamında, farklı hukuk sistemlerinin yatırımcıların korunması doğrultusunda mevzuatlarında yer verdikleri hükümlerin dışında, finansal ve ekonomik tedbirler kapsamında genellikle iki yol denenmektedir. Bunlardan birincisi, finansal hizmet kuruluşlarının kurtarılmasıdır. Subprime mortgage krizinde Fannie Mae, Freddie Mac gibi mortgage kuruluşlarının; AIG gibi sigorta devlerinin, Washington Mutual ve Wachovia gibi bankaların hükümet ve Kongre kararıyla kurtarılması, Fortis, Dexia, Northern Rock ve B&B gibi bankaların devlet desteğiyle ayakta tutulması, 2001 bankacılık krizinde ülkemizde bankaların doğrudan iflasına gidilmemesi, bunun örneklerini teşkil eder. İkincisi, yangının büyümemesi ve diğer alanlara sıçramaması için piyasaya likidite verilmesidir. Her iki yolda da ortak nokta, *bazı kesimlerin lehine olacak biçimde* kamuya ait genel kaynakların kullanılmasıdır. Kamunun ekonomik refah ve güvencesi için ayrılması gereken kaynakların, belirli kesimlere dönük olarak kullanılmasının, *toplum genelinin aleyhine* sonuçlar doğurucu nitelikte olduğunu ileri sürmek yanlış olmamalıdır.

Gerek krizlerde sorumluluğu bulunan kuruluşların kurtarılmasında gerek yenilerinin bunlara eklenmemesi ve yangının diğer sektörlerle sıçraması için piyasaya likidite verilmesinde, bu önlemlere gidilmemiş olması durumunda tüm taraflar için daha yıkıcı sonuçlar doğabileceğini, bu nedenle bu yöndeki önlemlerin aslında toplum genelinin yararına olduğunu savunmak elbette mümkündür. Ancak, “yaşanmış bulunan krizlerde bu doğrultuda kullanılan kamusal kaynaklara başvurulmamış olsa idi ne ölçüde zararlar meydana gelebilirdi” sorusunun yanıtını veren somut araştırmalar bulunmamaktadır. Bu durumda yapılabilecek tahminler, varsayımların ötesine geçemez. Buna karşılık, yapılan bu desteklerin hem ABD hem de Türkiye örneğinde somut bedelleri yaklaşık olarak çıkartılabilmiş bulunmaktadır³⁹. Devletin piyasalara aşırı müdahalesi ve kurtarma operasyonlarıyla yaptığı desteklerin, toplum geneline, özellikle belirli sınıfların ekonomik durumlarına dolaylı da olsa olumsuz yansımaları hesaplanabilmektedir. Bunlar, top-

³⁹ ABD’de 2008 ortasına kadarki bilançonun 400 milyar dolar olduğu yetkililer tarafından ifade edilmiştir. Bu rakkamın daha sonra 4 trilyon dolara çıktığı hesaplanmış, buna ek olarak diğer piyasalarda da büyük maddi kayıpların olduğu, hatta piyasalar bir yana, İzlanda gibi ülkelerin bile tükeniş noktasına geldiği görülmüştür. ABD’ye oranla kaynakları ve likidite olanakları çok daha sınırlı olan Türkiye’de ise 2001 krizinde TMSF tarafından devralınan bankaların zararlarının karşılanması amacıyla 25.8 milyar dolarlık bir devlet kaynağı kullanılmıştır. www.TMSF.gov.tr. Hazine tarafından karşılanan bu rakkamın geri dönüşünün maliyetinin ise arada geçen zaman içinde borçlanmanın yüksek faizle finanse edilmesi nedeniyle 75 milyar dolara yükseldiği ileri sürülmektedir. Ege CANSEN. Hürriyet Gazetesi 23.8.2008.

lum genelinin yararına olmamakta, kriz kaynaklarını ortadan kaldırmamakta, daha çok onları örtbas etmekte, ötelemekte ya da saptırmaktadır. Bu türden desteklerin toplumun ve tasarruf sahipleri genelinin başkalarının kusurları hatta suçları nedeniyle karşı karşıya bırakıldıkları sorunlara çare oluşturması güçlü olasılık değildir. Müdahalelerin varlığı adil ve doğru rekabeti zedeleyici bir unsurdur. Bunların olmaması, sorumlulukların ayrıştırılması ve zararların onları yaratanların üzerinde bırakılması, piyasayı bozan unsurların ayıklanmasına, kriz aşamasında belirli bir sıkıntı dönemi yaşansa dahi sonradan daha sağlıklı bir arz ve talep dengesinin oluşmasına ve piyasanın sağlıklı işlemesine katkı yapar. Bu bakımdan, caveat emptor ilkesi çerçevesinde, sorumluluğun onu yaratanların üzerinde bırakılarak kurtarma operasyonlarına gidilmemesi ya da bunların asgari düzeyde tutulması kanımca konunun çözüme bağlanması doğrultusunda uyulması ve gelecekteki düzenlemeleri biçimlendirmesi gereken temel ilkelere biri olmalıdır⁴⁰. Kişisel sorumluluk sahiplerinin kamusal kaynaklarla korunmaması, tasarruf sahiplerinin ve toplum genelinin korunması anlamına gelecektir. Hukukun temelinde yatan adalet ihtiyacını karşılamaya yönelik bu yaklaşım, bir başka açıdan bakıldığında da çok yaşamsal bir ekonomik gerekliliği ayrıca ifade eder niteliktedir. O da ekonomik açıdan kamusal kaynakların sınırı ile ilgilidir. ABD’de yaşanan krizde piyasaların daha kötüye gitmemesi için verilen likidite olanaklarına her piyasanın sahip olmadığı bir gerçektir. Özellikle ülkemizde, sıkıntıya düşen kuruluşların desteklenmesinin siyasal / ekonomik tercihlerle kabul edilebileceği hallerde dahi, sınırlı kamusal kaynaklarımızın *karşılamaya yetmeyeceği* krizlerin olabileceğini, bu nedenle sorunların onları yaratan sorumlular çerçevesi içinde kalacak biçimde çözülmeye çalışılmasının ana ilke olarak değerlendirilmesi, gerektiğini düşünüyorum. Büyük kurtarma operasyonları ve piyasalara likidite enjeksiyonları subprime mortgage krizinde olduğu gibi ancak ve ancak çok büyük ve istisnai krizlerde başvurulacak bir silah olarak kalmalıdır. Gerek kaynakların her türlü yangını söndürmeye yeterli olamaması gerek bu kaynakları *bazıları* için kullanmanın *diğerlerine* olan maliyeti, bu ayrıştırmanın önemini açıkça gösterir. ABD’de hükümet tarafından Kongre’ye sunulan ve mali piyasalara 700 milyar dolar kaynak aktarımını öngören Trouble Asset Relief Program’ının Temsilciler Meclisi’nde her iki siyasal parti arasındaki uzlaşmaya rağmen üyeler tarafından reddedilmesi ve bu reddin “Wall Street’e verilen Main Street’e neden verilmiyor” biçiminde özetlenebilecek bir gerekçeye dayanması da bu konuda toplum vicdanındaki duyarlılığı açığa vurmuş bulunmaktadır.

SPKn.’müzün 1.maddesinde de yer verildiği ve yerli ya da yabancı diğer hukuk metinlerinde de sıkça rastlanacağı üzere tasarruf sahiplerinin hakla-

⁴⁰ Bu doğrultuda hareket edilmesini önerenler arasında bankaların borçlarının yeniden yapılandırılması, firmaların borçlarının özsermayeye çevrilmesi ve iflasların hızlandırılmış bir otomatığe bağlanması yönünde görüşler ileri sürenler bulunmaktadır. Luigi ZINGALES. Izdiham. Forbes Türkiye. Kasım 2008, no : 11, s. 34.

rının ve yararlarının korunması önemlidir çünkü yatırımcı, piyasaların temel taşı, *olmazsa olmaz* (sine qua non) varlığıdır. Ancak, subprime mortgage krizi de daha öncekilerde olduğu gibi bir kez daha göstermiştir ki, yatırımcının korunması gereği, onun kayıtsız şartsız tüm uygulamalarına geçit verilmesi ya da tüm zararlarının karşılanması anlamına gelmemelidir. Korunması gereken, *piyasa mekanizmasının işlerliği* olup bu da tarafların tümünün sorumluluk çerçevesi içine alınması ve bu çerçeve içinde yaptırımların ayrıştırılarak herkese uygulanmasıyla olabilir. Özel hukuk sorumluluğu, kamusal denetimi tamamlayan bir unsurdur⁴¹. Bu nedenle, bunun bir parçası olan caveat emptorun benimsenmesi, onun geleceğe dönük olarak yapılacak düzenlemelere ışık tutması, *yasaların amaçladığı koruma düzeninin* sağlıklı çalışmasının ve toplum genelinin yararına olmasının hareket noktasını oluşturacaktır.

Aynı doğrultuda, kamu müdahalesinin sadece büyük kriz ortamlarında başvurulacak bir istisnai önlem olarak kabullenilmesi, bunun sıkça ve belirli kesimler lehine kullanılarak toplum geneli aleyhine sonuçlar doğurmasına yol açılmaması gerekir. Hukuk, “müşterek hayra” hizmet için vardır⁴².

2) Rekabetçi Piyasa Yapısı Korunmalıdır.

Her ekonomik ya da finansal krizin ardından yeni düzenleme arayışları gelir. Kriz dönemlerinde ortaya çıkan sıkıntıların hukuksal düzenleme eksikliğinden meydana geldiği, kuralların yeni baştan ele alınmasının ve bunlara yenilerinin eklenmesinin gerektiği dile getirilir⁴³. Bunlar yapılırken ve piyasa aktörlerinin oyun alanı her krizden sonra göreceli olarak biraz daha daralırken, piyasanın esnekliğinden ödün verilmemesi, rekabetçi yapının bozulmamasına dikkat edilmesi de hatırlatılmaktan geri kalınmaz⁴⁴. Daraltma – esnek tutma kavramları paradoksal bir dışavurum sergilese de gerçekte, yeni düzenlemelerin bu denge içinde oluşturulması hüneri vazgeçilmez önemdedir.

Devlet, siyasi otorite ve ekonomi yönetimi finansal hayata üç boyutlu bir müdahale olanağına sahiptir. Ekonomilerin yükselme eğiliminde olması ve bunun korunması, alçalma dönemlerinde yumuşak inişlerin sağlanması ve

⁴¹ Thomas M.J. MÖLLERS / Erhan TEMEL. Sermaye Piyasası Hukukunda Düzenleme ve Denetimde Etkinlik Ampirik ve Ekonomik Argümanların Özel, Ceza ve Kamu Hukuku Yaptırımlarına Gereke Olarak Kullanılması. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. Ankara, Haziran 2008. C. XXIV – Sayı 3, s.71.

⁴² Rahmi ÇOBANOĞLU. Hukukta Gaye Problemi. İÜ.Yayınları 1051. İstanbul, 1964, s.101.

⁴³ Örneğin Kemal Derviş, yakın geçmişteki 3 krizin; 97 Asya, 2001’e ticaret ve sonuncusunun (2007 / 08 subprime krizi) sorumlusu olarak “aşırı etkinliğe sahip, az yasal düzenlemeye tabi olan finansal sektör”ü gösterirken mevzuatın bu yöndeki eksikliğine vurgu yapmıştır. The Times. 7.3.2008.

⁴⁴ Bkz. Callum Mc Carthy, adı geçen konuşma.

çöküşlerin önlenmesi doğrultusunda ya teşvikler, faizler, vergiler gibi araçlarla piyasaya genel müdahaleler yapılır ya da kırtarma operasyonları örneğinde olduğu gibi özel ve geçici önlemlere başvurulur. Üçüncü boyut, bu ikisinin de temelinde yer alan ve ayrıca bunlardan bağımsız işlevler de yüklenen "hukuksal düzenleme"lerdir.

Finansal piyasalara dönük hukuksal düzenlemeler, gerçekten çoklarının ileri sürdüğü gibi az mıdır yoksa aslında az olmamakla birlikte *piyasa mekaniği / hukuksal düzenleme* sarmalının ortaya çıkardığı özelliklerden ötürü yetersiz midir? Finansal piyasaları düzenlemeyi amaçlayan hukuk mevzuatının, sistemin sağlıklı işleyişini ve etkinliğini korumak, bu kapsamda yalnızca tasarruf sahiplerinin değil tüm tarafların haklarını ve yararlarını denge içinde tutmak gibi bir temel hedefi bulunmalıdır. Rekabetçi yapının oluşturulmasından işletme maliyetlerinin düşürülmesine, suistimallerin önlenmesinden yeni açılımların özendirilmesine kadar geniş bir finansal yelpazenin içine yerleştirilmesi gereken bu temel hedef dahilinde yapılan düzenlemeler ne kadar iyi düşünülürse düşünülün, yapıları itibarıyla gelecekteki tüm gelişmeleri öngöremezler, bu nedenle oluşabilecek açıkları kapatmaya yeterli olamazlar ve koruma bağlamında da ne kadar alan daraltırlarsa daraltınsınlar ancak sınırlı bir çember oluşturabilirler. Özellikle finansal piyasalar gibi araçların, yöntemlerin, mekanizmaların çok hızlı biçimde geliştirdiği, sermaye ve hizmet akışkanlığının hızına paralel biçimde piyasaların tümüne aynı anda yayılabildiği bir evrensel piyasa ortamını ve bu ortamın ortaya çıkartacağı tüm sorunları önceden kestirmek, hukuksal açıdan onlara uygun önlemleri tasarımılandırmak ve kesin çözümler getirmek mümkün olamaz. Alınacak her yeni önlemin karşı tedbirinin bulunması ve getirilen düzenlemelerin süratle eskitilerek devre dışı bırakılması da bu piyasaların sıraladığım özelliklerinden kaynaklanan bir riskdir.

Bu genel yaklaşım çerçevesinde, hukuksal düzenlemelerin, süratle eskileyen ve yenilenmesi aynı hızla mümkün olmayan, emredici hukuk kurları yerine piyasa dinamiklerine dayalı, daha çok sözleşme hukukuna yaslanan ve kuruluşları kendi içlerindeki risk algılama ve kullanma mekanizmalarında yönetim-denetim dengesini sağlamaya yönelten nitelikler taşımasının yararlı olacağı inancındayım."Hukukta şekil ve nizam düşüncesi emniyet düşüncesiyle ilgilidir(...) Şekillerden âzade bir müsbet hukuk yoktur; ancak, mevzubahis olan cihet şekilperestlikte aşırılığa gitmemektir"⁴⁵. Rekabetçi piyasa yapısının mutlaka korunması doğrultusundaki somut önerilere dönük örnekler olarak aşağıdakileri sıralayabilirim :

Düzenleyici / denetleyici otorite çokluğu ve bunlar arasında yetki uyumsuzluğu, denetim mekanizmalarını bürokratik düzlemde zaafa uğratan önemli bir olgu olarak görülmektedir. Finansal hizmetler ile bankacılık faaliyetleri günümüzde birbirlerinden ayrılamayacak kadar içiçe geçmiş bulun-

⁴⁵ Orhan Münir ÇAĞIL. Hukuk Başlangıcı Dersleri. İÜ.Yayımları 1037. İstanbul, 1963, s.24-25.

maktadır. Bu bütünlük, denetimlerin de İngiltere'deki Financial Services Authority örneğinde (FSA) olduğu gibi tek otorite tarafından yapılmasının daha etkin sonuçlar doğuracağını düşündürmekte ve bu bağlamda, aslında yakın finansal alanları kontrol eden BDDK – SPK gibi örgütlerin tek bir çatı altında toplanmasının, geçmişte görülen ve aralarındaki yetki karmaşasının yol açtığı denetim kaçaklarını en aza indirgeyeceği kanısını güçlendirmektedir. Ancak, hemen belirtmeliyim ki, etkin denetim ve kamuya zamanında ve yeterli açıklama yapılmadığı, finansal kuruluşların bilanço sorunları “sır” perdesi arkasında saklandığı sürece denetim organlarının birleşmesi de tek başına sonuç verici olamayacaktır. Bu nedenle, “çözüm arayışları, yeni bürokratik kurum ve kademeleri doğurmamalı, risk denetim etkinliğini görünüşte artırıcı, gerçekte ise zayıflatıcı yeni müdahale unsurları yaratılmamalı” derken bu önerimin etkin, saydam ve açıklayıcı bir denetim organının mevcudiyeti ile paralellik taşıdığını vurgulamak isterim.

Evrensel piyasa dili, hukuk kurallarının da aynı dili kullanmasını gerektirmektedir. Düzenleyici otorite ve onun kullandığı terminolojiye paralel hareket eden kanun koyucu, hukuk metinlerinde hem evrensel piyasa mekanizmalarına paralel düzenlemeler yapmalı hem de bu metinlerin sade ve anlaşılabilir olmasını sağlamalıdır. Mevcut SPKn.'muz ile yönetmelikler ve tebliğler, Anglo-Sakson Hukuku ile Kara Avrupası Hukuku'nun farklı yaklaşımlarını ülkemiz gerçekleri çerçevesinde bağdaştırma doğrultusunda çelişkili hükümler, kullanımı güçleştiren tanım, terim ve ifadeler içermektedir. Piyasa disiplininin sağlanması, denetimlerin bu bağlamda sağlam bir mevzuat zemini üzerinde yapılması, etkin ve evrensel bir uygulamanın gerçekleştirilmesi, hükümleriyle, diliyle tutarlı ve evrensel hukuksal düzenlemenin varlığını gerektirmektedir.

Emredici hukuk kuralları, serbest rekabete dayalı piyasa ekonomilerinin çerçevesinde asgari ölçüde kullanılmalı, onların yerini kuruluşların kendi içlerinde yaratacakları ve sözleşme hukukunu öne çıkartan oto kontrol müesseseleri almalıdır. Her sarsıntının ardından gelen kural yoğunlaşması, doğası gereği reaksiyoner düzenlemeler içermekte, bunlar ise yarar sağlayıcı olmanın dışında piyasaların gelişim kanallarını tıkayıcı nitelik taşıyabilmektedir. Risk denetiminin çok önemli bir parçası olan Sermaye Yeterliliği Rasyoları dahi hazırlanır ve kullanılırken esnekliğe ve proaktif yönetime olanak sağlanmalıdır. Yeni arayışlar ve gelişimler, tepkisel hukuk kurallarının genel ve emredici bakış cenderesi içinde sıkıştırılıp köreltilmemelidir. Yeniliklere açık olmak, toplum genelinin refahı açısından gereklidir.

Sorumluluğu ayrıştırıcı düzenlemeler, adaletin dağılımı ve yüklerin eşit paylaşımı açısından vazgeçilmez değerdedir. Riski yüksek araç ve finansal yöntemler yalnızca private equity, hedge fund gibi nitelikli yatırımcıların toplandığı düzlemlerin kullanımına açık tutulmalı, bu riskler, söz konusu yatırımcıların bilmesi gereken riskler olduğundan, sorun çıkması durumlarında bunların sorumlulukları, yükler diğerlerine sirayet etmeyecek biçimde ayrı bir çerçeve içine alınmalıdır.

Saydamlık ve hesap verebilirlik, kurumsal yönetimin vazgeçilmez ilkele-ri arasında yer tutar. Bu kapsamda, kuruluşlar kendi içlerinde oluşturacak-ları yöntemlerle piyasaların karşısına çıkabilir ve güvenilirliklerini gösteren özgün uygulamalar sergileyebilirler. Kurum içi denetimlerin etkinliğinin yanı sıra risk denetim ve yönetiminin, ilgili organlar arasında kuvvetler ayrılı-ğı ilkelerine paralel düzenlemelerle dengelenerek güçlendirilmesi, risk denetiminin gerçek anlamda bağımsız bir işlev olarak algılanması ve sağlan-ması, şikâyet, ihbar, tazminat talebi yollarının açık tutulması ve geliştirilme-si, bu doğrultuda kuruluşlar tarafından değerlendirilebilecek önemli önlem-lerdir.

Uyuşmazlık konuları mevcut yargı sistemi içinde uzmanlığa dayalı ada-let anlayışı ile ve hızlı biçimde çözülememektedir. Yargıya suçlar ve idari tasarruflar dışında intikal eden uyuşmazlıkların sözleşme ilişkilerine dayalı olması nedeniyle çözümlerin de olabildiğince taraflar arasında bulunmaya çalışılması piyasa etkinliğini artırıcı, adaleti hızlandırıcı, güveni pekiştirici yol oluşturacaktır. Özellikle tahkimin uygulanabilir kılınması, arabuluculuk ve ombudsmanlık gibi yeni uyuşmazlık çözümlerine geçit verilmesi gibi kurumlaşmalar, ihtisas mahkemelerinin kurulması gibi koşulların elverme-diği beklentilerden daha gerçekçi çözümler olacaktır.

Muhasebe standartları ve yöntemleri, pek çok bilginin saklanması yol açan nitelikte olmaktan çıkartılmalıdır. Bu doğrultuda uluslararası arayışlar yeni oluşumlara dönüştürülmektedir. Hesapların konsolide edilmiş biçimle-riyle ve rahatça anlaşılabilir izlenebilirliği, bilanço dışında bırakıldıkları için subprime mortgage krizinde rol oynamış bulunan kalemlerin disipline edil-mesi bu bağlamda üzerlerine dikkatle eğilimesi gereken hususlar arasında yer tutacaktır. Kaldıraç olanağı veren araçların ve kredilerin piyasa değere-lerine göre muhasebeleştirilmesinin uygun yöntemleri, risk analiz modelleri-nin gözden geçirilmesi ve bunların ışığında, güvenilirliğini yitirmiş bulunan derecelendirme sisteminin yeni baştan ele alınması ve tasarlanması yararlı olacaktır.

Serbest rekabet ortamında en iyi çözümler, piyasa dinamiklerinden doğan ve taraflar arasındaki karşılıklı çıkar dengelerine dayananlardır.

3) Öncelik, önleyicilikte olmalıdır

Hasar oluşuktan sonra yıkılanı tamir ve telâfi etmek zordur. Çoğu kez de gidenin yeri doldurulamaz. Finansal piyasalarda da aslonan, risklerin iyi yönetilmesi, onların ateşleyici yanlarından yararlanılması, bu yapılırken de etkin biçimde denetlenmesi ve zararların oluşumuna geçit verilmemesidir. Bu nedenle, çözüm arayışlarının dayanması gereken ilkelerden bir başkası da *önleyici önlemlere* öncelik verilmesi olmalıdır. Önleyicilik ve caydırıcılık ön plana alınırsa yaraların sonradan telafi edici önlemlerle sarılması yerine onların hiç ortaya çıkmaması ya da küçük boyutlarda kalması sağlanmış olur. Düzenleme ve uygulama arayışları kapsamında, önceliğin önleyici ted-

birliere verilmesi ilkesi ışığında aşığıdaki önerilerin somutlaştırılması olasıdır :

Hasar önleyici önlemler öncelikle düzenlemelerde yer almalı ve teşvik edilmelidir. Regülasyonların serbest rekabet ortamına zarar vermeyecek nitelikleri korunarak, iyi niyetli olmayan girişimlerinin önünü kesecek unsurları barındırabiliyor olması lâzımdır. Bu kapsamda, sermaye ve likidite yeterlilikleri, kötü kredilerin önlenmesi, menkul kıymetleştirme (securitisation) aşamasında ortaya çıkan usulsüzlüklerin ve ölçüsüzlüklerin setlenmesi, kaldıraç vb. olanakların oranlarının kontrol altına alınması, yapıları itibarıyla tüm yatırımcıların içlerindeki riski anlaması kolay olmayan araçların ve yöntemlerin kullanımını sadece belirli yatırımcı kesimlerine hasredilmesi gibi konular başı çeker.

İç denetim kanallarının etkinliğinin artırılması, ortaklıkların kendilerine özgü olarak gerçekleştirebilecekleri yapısal mekanizmalarla mümkün olabilir. Özellikle grup şirketlerinde bütünlük arz eden bir iç denetim biriminin bulunması, iyi seçilmiş, grubun kültürüne vâkıf, yatay ve dikey ilişkilerini bilen, iş akışı, bilgi ve belge düzenini kavramış nitelikli kişilerden oluşturulacak bir birimin, TTK'da terkedilen murakıplık görevinin standartları bulunmayan raporlama sisteminin tersine uluslararası kabul görmüş ölçülere göre bir içsel kontrol faaliyeti yapması etkin çözüm yollarından biri olabilir. Bunun dışında, hakim sermayedarın veya yönetici profesyonellerin haricinde oluşarak onların icraatını yakından izleyebilecek, denetleyebilecek, onları belirli ölçülerde uyarabilecek ve gerektiğinde yakın tehlikeleri ilgili kurullara haber verebilecek bir *ortaklar kurulunun* tesis edilerek sözleşme hukuku çerçevesinde gönüllü olarak benimsenmesi ve esas sözleşmede yer alması gibi kendine özgü uygulamalar da güven artırıcı unsurlar arasında yer alabilir⁴⁶. Burada, bunlara ek olarak, iç denetim kanallarının etkinliğinin artırılması bağlamında özetle önereceğim bir diğer husus da bağımsız denetim işlevinin, bir eksiklik olarak gördüğüm *kesintisiz kontrol* ile *uygunluk denetimini* de sağlayacak unsurlarla güçlendirilerek bir anlamda iç denetim fonksiyonuna, bağımsızlığına engel olmayacak biçimde yakınlştırılması, hibridleştirilmesi ve aslında geniş yetkilerle donatılmış olmasına karşın yukarıda açıkladığım nedenlerle etkinliğini yitirdiği için kaldırılan murakıplık sisteminin iyi yanlarını yeniden canlandırması olacaktır. Bağımsız denetim, mevzuatımızda, *belirli dönemlerde yapılan ve finansal tabloların gerçeğe uygunluğunun denetimiyle* sınırlı bir işlev olarak ortaya çıkmaktadır. Bağımsız denetim kuruluşları, denetledikleri ortaklıkların finansal tablolarının uygun standartta hazırlanıp hazırlanmadığını, belirli denetim standartları içinde inceleyerek görüş vermektedirler. Yukarıda da açıklamış olduğum üzere, finansal tablolara doğru olarak yansıtılmış olsa bile bazı hareket-

⁴⁶ Bu sui generis kurula ilişkin geniş bilgi için bkz. Reha TANÖR – Hande BENGİSU. "Shortcomings of Existing Management Oversight in Public Companies Listed at The ISE and A Proposal For Reinforcement Through Shareholder Control". Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan. Vedat Kitapçılık. İstanbul 2007, s.509 vd.

ler ve işlemler, özellikle risklerinin ölçülmesi çok güç olan yapılandırılmış ürünlerde ve kaldıraç kullanımı gibi kısa dönemlerde başlayıp bitebilen uygulamalarda mevzuata, esas sözleşmeye veya tüzüğe aykırı olarak tarafların yasal koruma altına alınmış bulunan haklarını ve yararları ihlal edici olabilir. Bu tür davranışların bağımsız denetim tarafından *eylem zamanında* incelenememesi ve usulsüzlüğün ortaya çıkartılması durumunda dahi bunun yatırımcıya ancak *raporlama dönemlerinde* yani piyasaların anlık değişim karakterine uymayan bir gecikmeyle duyurulması, yatırımcıların haklarının *özünü* korumaya yetmemekte, bu da *etkin piyasa* oluşturulması bağlamında eksiklik yaratmaktadır. Bağımsız denetimi düzenleyen tebliğin⁴⁷, genel bütünlüğü içinde olmasa da ihtiyacın karşı konulmazlığı nedeniyle kimi maddelerinde bu doğrultuda daha kapsamlı bir denetim faaliyetine geçit veren hükümler koymadan geçemediği görülmektedir. Tebliğde, kapsam maddesinde, işletmelerin finansal tablolarının yanında, “diğer finansal bilgilerinin incelenmesinin de” bulunduğu belirtilmekte (Başlangıç Hükümleri m.2); “finansal tabloları etkileyen risklerin ortaya çıkarılmasını”ndan bağımsız denetçiler de sorumlu tutulmakta (Birinci Kısım m.7); bunlar, “...bu risklerin önemli yanlışlığa neden olup olamayacağını göz önünde bulundur”makla yükümlü kılınmakta (Onuncu Kısım, İkinci Bölüm m.17-3); “hile ve usulsüzlük riskine ilişkin faktörlerin mevcut olup olmadığının” değerlendirilmesini görev alanı içine almakta (Üçüncü Bölüm m.10-b); bağımsız denetçiyi “finansal tabloları önemli ölçüde etkileyebilecek Kanun, diğer sermaye piyasası mevzuatı ve ilgili diğer mevzuata aykırılıkları tesbit etmek zorunda” bırakmaktadır (Yedinci Kısım, Birinci Bölüm m.3). Bağımsız denetçiler bu görevleri perçinleyen yetkilerle de donatılmıştır. Bu bağlamda, “işletme yöneticilerinin aykırılığa taraf olduğundan şüphelenirlerse, konuyu denetimden sorumlu komite veya yönetim kuruluna ivedilikle raporlarlar (...) Yönetim Kurulu üyelerinin de aykırılığa taraf olduğundan şüphelenirlerse, konuyu Kurula ve işletmenin özel mevzuata tabi olması halinde ilgili diğer yetkili otoriteye ivedilikle bildirir”ler (İkinci Bölüm m.7-2); caydırıcılığın sağlanması, bağımsız denetimde de bir amaç olarak saptanmıştır (Birinci Bölüm m.5). Usulsüzlüklerin eylem zamanında saptanması, bunun için de denetimin ve buna ilişkin açıklamaların süreklilik arz edecek biçimde gerçekleştirilmesi ihtiyacı bağımsız denetimi görüldüğü gibi iç denetime yaklaştırmaktadır. Bu doğrultudaki yeni tasarımlar bir ölçüde işletmelerin kendileri tarafından da gönüllü olarak biçimlendirilebileceği gibi düzenleyici otoritelerin yaklaşımları içinde de yer tutabilir. Bu kapsamda dikkat edilmesi gereken temel nokta, söz konusu yakınlaşma sağlanırken bağımsız denetimi bir iç kontrol mekanizmasına dönüştürecek ve bağımsızlığı zedeleyecek unsurlara yer verilmemesidir.

Profesyonellerin ücretlendirilmesi ve prim sistemi subprime mortgage krizini başlatan unsurlardan çok önemli bir tanesidir. Kişiye özelleştirilen

⁴⁷ Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ. Seri X No: 22 R.G. No : 26196 (mük), T : 12.6.2006.

finansal araçlar ile karmaşık yöntemlerin hazırlanmasında profesyonellerin, kazanma hırsı içinde görevlerini kötüye kullanmaları sonucunda ortaya çıkardıkları tablo, denetim mekanizmalarını çaresiz kılacak görüntüde olmuştur. Nitelikli sınıf içinde yer alan ve evrensel likidite bolluğunun yarattığı saldırgan ve pervasız yatırımcı türü, bu profesyonelleri, kendilerini bağlayan hukuk kurallarını dolanmaya zorlamıştır. Özellikle Wall Street çalışanlarının gelirlerinin aylıktan ziyade kârlılık, büyüme ve çeyrekler bazındaki kısa vadeli performansa bağlı olarak primlendirilmesi, bu primlere ulaşmak için çalışanların bir kısmını yasal olmayan ve farkedilmesi güç işlemlere yöneltmiştir. Bankalarda, hedge fundlarda, private equity şirketlerinde ve benzerlerinde çalışıp da primlerini en üst noktalara çekmek için, denetim ve kuralları hesaba katmayan yatırımcı kesimleriyle buluşup telâhuk eden kimi profesyoneller, menkul kıymetlendirme işlemlerinden sentetik ürün geliştirmelere, kullandıkları kaldıraç oranlarından bilanço dışı kalem yaratmaya kadar geniş bir yelpaze içinde emellerine ulaşmanın çeşitli yollarını denemişlerdir. Benzer biçimde halka açık ortaklıklarda görev yapan pek çok üst yönetici de yönettikleri şirketlerin piyasa değerlerinin yüksekliği gibi ticari verimlilikle doğrudan bağlantılı olmayan performanslara göre ücretlendirme ve primlendirmeye tabi kıldıklarından, lâıyk olduklarını düşündükleri yaşam standartlarına ulaşma uğruna, ortaklıkların ve hissedarlarının aleyhine sonuç veren pek çok usulsüzlüğe başvurmaktan çekinmemiştir. Amerikan teşvik sisteminin kişiyi kamçılayıcı, ateşleyici dolayısıyla verimliliği artırıcı olduğu gerekçesiyle benimsediği bu ücretlendirme ve primlendirme yönteminin şirketler tarafından yeniden değerlendirme altına alınması ve suç işlemeye yönlendirici niteliklerden arındırılması, firma kültürlerinin bu doğrultuda biçimlendirilerek yapısal değişikliklere gidilmesi, olası suçlara geçit verilmemesi açısından önem taşır.

Kamunun aydınlatılması, finansal piyasaların yaygınlaşması ve evrenselleşmesiyle birlikte çok gelişen ve hem gönüllü uygulamaları hem de uyulması zorunlu yanları bulunan bir disiplin unsurudur. Ancak kişisel olarak kaygı duyarak izlemekteyim ki, uygulamada, bu kavramın arkasına sığınarak ya da herşeyin bu açıklamalarla halledilmiş olacağını düşünerek, bu türden kolaylıklara yönelinilerek yatırımcıların korunması yerine onların daha fazla riske mâruz bırakılması olasılıkları artmaktadır. Kamunun aydınlatılmasına ilişkin kurallar bir yandan yatırımcıları koruma adına genişletilir ve ortaklıklar giderek daha fazla bilgiyi daha çok ortama açıklamaya yükümlülüğü altına alınır hatta bu nedenle bir hayli halka açık ortaklık halka kapanarak söz konusu mükellefiyetlerin baskısından sıyrılmak isteyen bir yandan da kamuyu aydınlatma bilgilerinin sadece bulunması dahi hem düzenleyici / denetleyici otoriteleri hem de bunları açıklamakla yükümlü olanları, kendilerini vazifelerini yerine getirmiş saymalarına, başkaca bir çabanın sarfedilmesine adeta gerek kalmadığına inandırmaktadır. Gerçek odur ki, gerek gelişmiş piyasalarda gerek onları izleyen daha küçüklerde kamunun aydınlatılması amacıyla yapılan açıklamaların pek çoğu uzunluk ya da anlaşılmazlık gibi nedenlerle *okunmamakta*, sadece açıklamayı yapan-

ların bürokratik vecibelerini yerine getirmelerinin, buna bağlı olarak hukuksal sorumluluktan kurtulmalarının bir yöntemine dönüşmektedir. Oysa simetrik ve doyurucu bilgi açıklaması risk altına girmek isteyen yatırımcı kesimlerin bilinçli hareket etmelerini sağlayacak en önemli unsurlardan biridir. Bu önemli silahı risk denetiminde etkili biçimde kullanabilmek amacıyla yapılacak açıklamaların sade, okunabilir, herkesçe anlaşılabilir ve yatırımcı için gerekli olan *gerçek bilgi* ihtiyacını karşılar nitelikte olması zorunludur. Kamunun aydınlatılması yükümlülüğünün, yatırımcılara hem firmalar hem de piyasalar hakkında ışık tutacak, sağlıklı yatırım kararı vermelerini sağlayacak bilgilerin verilmesine olanak tanıyacak ama bu yapılırken de bilgi açıklama yükümlülüğünde olanları gereksiz cendereler içine sokan sıklıkta olmayacak biçimde düzenlenmesi, önleyicilik yönünde etkin avantaj oluşturmaktadır.

Nihayet, *risk yönetimine ve denetimine gerçek anlamda önem verilmesi*, bunu firmanın kurumsal görünümünü güzelleştiren bir süs malzemesi olarak değerlendirilmemesi de bir ilke olarak kötü niyetli girişimlerin ve ihmalkârlıkların doğurduğu hataların önlenmesinin belki de en önemli bariyerlerinden birini oluşturacaktır. Bu temel yaklaşım olmaksızın yukarıda sayılan ve onlara eklenebilecek pek çok başka önlemin değeri olmaz. Kurumsal yönetimin (corporate governance) ortaya çıkışı ve gelişimi sırasında önceleri ortalıkta estirilen fırtınalar daha sonraları birçok yerde cılız meltemlere dönüşmüştür. Subprime krizinde de risklerin iyi yönetilip denetlenmediği, bu nedenlerle hatalara ve işlenen suçlara bağlı olarak iflas eden, devrolunan ya da kamunun egemenliğine geçen kuruluşların hâzin akibetlerinin hemen öncesindeki son yıllık genel kurul zabitleri incelendiğinde, bunların hepsinin New York borsasının öngördüğü kurumsal yönetim ilkelerini eksiksiz biçimde yerine getirmiş oldukları (!) anlaşılmaktadır. Herkesin bir tarafından tuttuğu ve körlerin fiili tanımlaması gibi başka anlamlar verdiği, farklı tanımlar yaptığı kurumsal yönetim konusunda, olumlu kazanımların dışında kimi olumsuz ya da gerçekçi olmayan, geçersiz önlem ve yaptırımlar da "iyi yönetim" kurallarının yanında piyasada kalmıştır. Risk yönetiminin ve denetiminin, ticari hayatta aranan verimliliğin ve güvenilirliğin birlikte sağlanması açısından çok önemli bir konu olması, ona gösterilmesi gereken gerçek saygının temelini oluşturur. Bu saygı, konunun ciddi biçimde ele alınmasını, tarafların uzmanlık becerileri ile zenginleştirilmesini gerektirir.

Saygı duyulmayan bir kavramın içi doldurulamaz. İçi doldurulamayan bir kavram ise ihtiyaçlara cevap veremez, sorunlara çözüm getiremez.

Kaynakça

ADAL Erhan, *Hukukun Temel İlkeleri*. Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ. İstanbul 1998.

Dictionary of Finance and Investment Terms, Barrons. New York, 1998.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. S Yayınları. Ankara 1986.

Management of Risk. A Strategic Overview. HM Treasury, January 2001. www.sayistay.gov.tr

MARKSI Norman. *The New Age of Internal Auditing'den akt.* Süleyman UYAR. *Risk Odaklı Denetim*. www.sayistay.gov.tr.

www.managementhelp.org .

SCHWARZMAN Stephan. *Some Lessons of The Financial Crisis. Seven Principles To Guide Reform, Here and Abroad*. Wall Street Journal 11.04.2008.

TANÖR Reha. *Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası*. TSPAKB Yayın no : 8, İstanbul 2003.

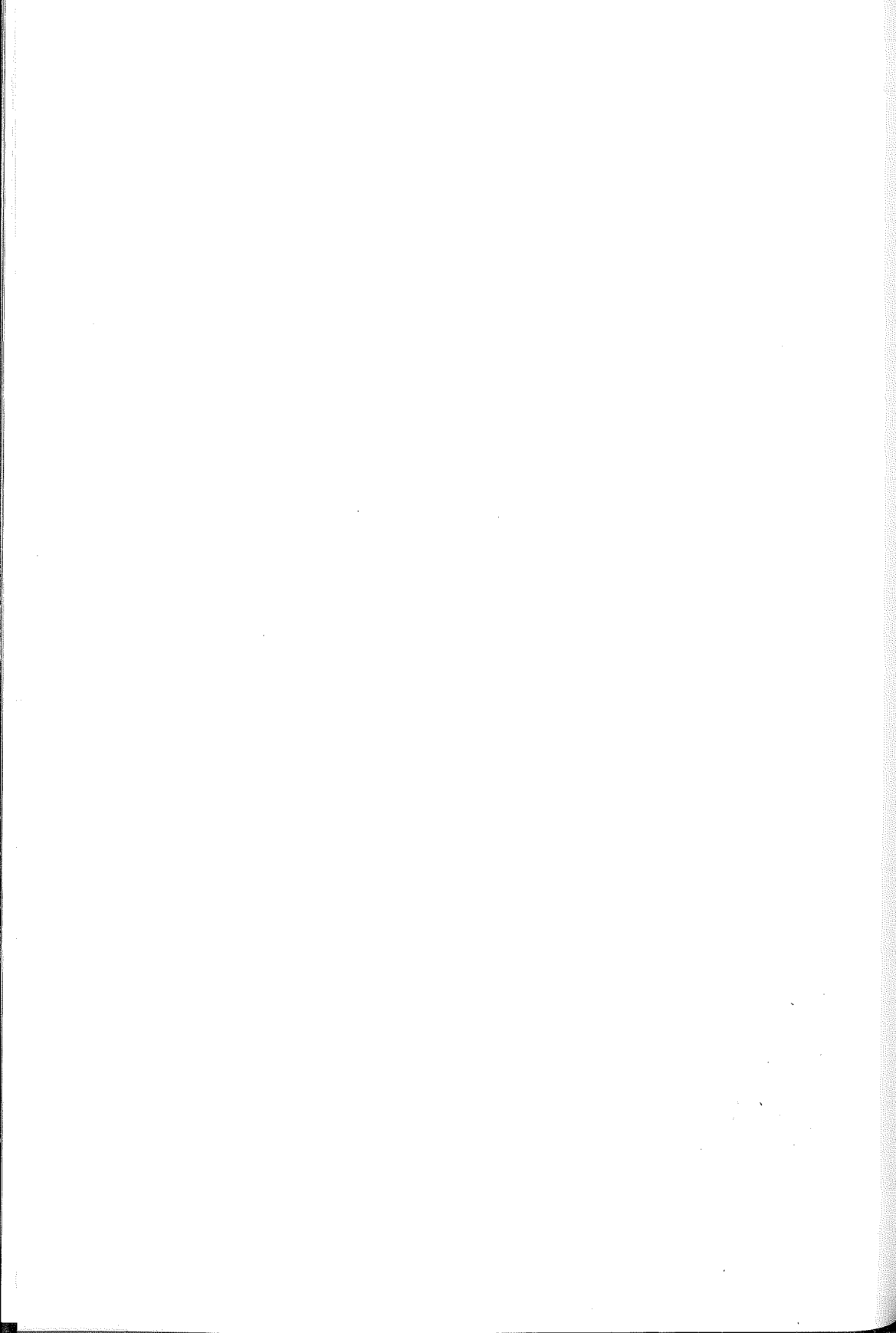
Del VECCHIO Giorgio. *Hukuk Felsefesi Dersleri*. Çev: Sahir ERMAN, İÜ. Yayınları 515. İstanbul 1952, s. 280-281.

Di MARZO Salvatore. *Roma Hukuku*. İÜ. Yayınları . 573. İstanbul 1955.

HIRSCH Ernst. *Ticaret Hukuku Dersleri*. İÜ. Yayınları. 123 İstanbul 1940.

YÖRÜK Abdülhak Kemal. *Hukuk Başlangıcı*. İÜ. Yayınları. 686. İstanbul 1958.

McCARTHY Callum. *What Does Caveat Emptor Mean in the Retail Market for Financial Services*. *Financial Services Forumu'nda yapılan konuşma*. 9 Şubat 2006.



***Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu (TCK m. 220)
İle Korunan Hukukî Menfaat ve Suçun Hukukî Niteliği***

***(Protected Legal Interests and Legal Characteristics of the
Offence of Criminal Association (TPC art. 220))***

N. Kaan KARCILIOĞLU*

Özet: Suç işleme amacıyla örgütlenme suçunun yorumlanması ve uygulanması aşamasında, bu suçla korunan hukuki menfaatin nasıl belirlendiği büyük önem taşımaktadır. Korunan hukuki menfaat, örgütlenme suçunun, doğru ve amaçsal yorumunu sağlamak açısından en önemli araçlardan biridir. Öte yandan, suçun hukuki niteliklerinin belirgin olması da, yorum meselesi açısından en az hukuki menfaat kadar önemlidir. Bu sebeple çalışmada, suç işlemek amacıyla kurulan örgütlere ilişkin bugüne kadar kabul edilen görüşler de eleştirel şekilde irdelenerek suçun hukuki niteliklerinin açıkla kazanması sağlanmak istenilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Suç örgütleri, korunan hukuki menfaat, mütemadi suç, tehlike suçu, hazırlık hareketleri

Abstract: *Determining the real protected legal interests for the offence of criminal associations is a crucial task for interpreting and applying the crime. To construe this offence correctly, protected legal interests are an essential element. However, a clear understanding of the legal characteristics of the offence is just as noteworthy as understanding the protected legal interests. Thus, the main aim of this work is to evaluate and clarify these characteristics, from a critical point of view when necessary.*

Keywords: *Criminal associations, protected legal interests, permanent crimes, crimes of endangerment, preparatory acts*

* Avukat, İstanbul Barosu. İstanbul Üniversitesi SBE Doktora Öğrencisi, e-posta: kaankarcilioglu@gmail.com

Giriş

Türk Ceza Kanunu'nun 220 ve 221. maddelerinde suç işlemek amacıyla örgütlenmeye ilişkin bir takım fiiller suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre 220/1. maddede örgüt kurmak ve yönetmek fiilleri, 220/2. maddede örgüte üye olmak fiili, 220/6. maddede örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlenmesi ve 220/7. maddede örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. 220/8. madde ile ise örgütün veya amacının propagandasının yapılması suç haline getirilmektedir.

Suç işlemek amacıyla meydana getirilen örgütlenmeler, belirsiz sayıda suç işleme amacına yönelik olarak, devamlı şekilde faaliyet gösteren organizasyonlar olup, henüz suç olarak tanımlanmış bir eylem gerçekleştirilmemiş olsa dahi cezai yaptırımla karşılanmaktadır.

İlgili kanun maddesi ile örgüt yapılanmasına ilişkin fiiller ayrı ayrı tanımlanmıştır. Söz konusu fiillere ilişkin olarak, suç teorisi çerçevesinde genel bir tanımlama yapılması, örgütlenme fiillerini değerlendirirken yararlı olacaktır. Çalışmamızın amacı bütün bu fiilleri tek tek incelemek ve hangi hallerde oluşacaklarını açıklamak değildir. Yeri gelmedikçe böyle bir açıklama yapmayacağız. Ancak suç işlemek için örgütlenme fiillerine ilişkin, çoğu kez ortak nitelik taşıyan, suç ile korunan hukuki menfaati ortaya koyacağız ve suçun hukuki niteliği açısından bir değerlendirme yapacağız.

I. Korunan Hukuki Menfaat ve Suç Örgütü Kavramı Açısından Sınırlandırıcı Fonksiyonu

A. Genel Olarak Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Fiillerinin Suç Haline Getirilmesi İle Korunan Hukuki Menfaat

Kurulan suç örgütlerinin, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla birlikte veya bunlar işlenmeden önce, ayrıca cezalandırılmalarının maksadı, bireylerin barış ve huzur içinde güvenli şekilde yaşama hakkını korumaktır¹. Bu gibi yapılanmalar kamu güvenliği ve barışına karşı bir tehdit oluşturmakta olup², bu tehdidi bertaraf etmek için ceza hukukuna başvurulmaktadır.

¹ Çetin Özek, "Organize Suç", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 195. Aynı yönde: Uğur Alacakaptan, "Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s. 25; İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 3. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 12 - 13; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 6228; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3488.

² Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III, 3. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1985, s. 620. Erem haklı olarak "... böyle bir cemiyetin kurulduğu haberinin 'amme nizamı'nı ihlâl etmediği de her zaman iddia edile-

Ayrıca bu gibi örgütlü yapılar, amaç suçları işlemek için daha elverişli bir ortam yaratmak suretiyle, amaç suçlar ile korunan hukuki menfaatlerin daha kolay ihlâl edilmesine imkân sağlamaktadırlar. Bu açıdan bakıldığında, suç örgütlerinin sosyal ve ekonomik hayata egemen olmaları evleviyetle önlenmesi gereken bir durum teşkil etmektedir³. Bu surette kamu barışı yalnızca tehlikeye sokulmakla kalmamakta; kimi hallerde örgüt yapılanmasının, sosyal ve ekonomik hayat üzerinde yarattığı olumsuz etki, zararın kendisi olmaktadır. Bir başka ifadeyle, suç işlemek amacıyla kurulan örgütün varlığı, amaç suçlar henüz işlenmeden dahi, kamu barışı açısından başlı başına bir tehdittir⁴.

Bu açıklamalarımız ışığında suç ile korunan hukuki menfaatin, bireylerin toplumda barış ve huzur içinde yaşama hakları olduğu kabul edilebilir.

Bu hakkın bir başka görünümü, devlet mekanizmasının temel fonksiyonuna ilişkindir. Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun, T.C. Anayasası m. 5'de, "... demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini; sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" şeklinde ifade edilen, "Devletin temel amaç ve görevleri" açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Dikkat edilecek olursa, suç örgütleri, devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirmesini güçleştiren niteliktedir. Kurulan suç örgütleri, kamu gücünün kuvvetsiz düşmesine sebep olarak işlevsel olmasını engellemekte ve yolsuzluğun artmasına sebep olmaktadır⁵.

Örgütlerin yarattığı korku ortamı ise bireylerin ve toplumun sinmesine, dolayısıyla manevi ve maddi varlıklarını geliştirme haklarını zarara sokmaktadır. Suç örgütlerinin, suç işlemeyi kolaylaştırması, üyelerinin veya yandaşlarının hukuka aykırı davranmak konusunda cesaretlenmelerine imkân sağlaması, rüşvet, adam kayırma gibi yolsuzluk biçimlerinin yaygın-

mez." demektedir. Aynı yönde: Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, 1. Basım, Ankara, 2005, s. 260. Ayrıca bkz: Özgenç, 2011, sh. 12, Giobattista Tona, "I Reati Associativi e di Contiguità", Trattato di Diritto Penale Parte Speciale Vol. III (Eds. Alberto Cadoppi/ Stefano Canestrari/ Adelmo Manna/ Michele Papa), UTET, 2008, sh. 1065; Vesile Sonay Evik, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 186 vd; Cihan Kavlak, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 289 – 290; Parlar/ Hatipoğlu, s. 3488.

³ Alacakaptan, 2004a, s. 26; Ayrıca bkz: Kavlak, s. 290 – 291.

⁴ Erem, s. 620; Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, Diritto Penale Parte Speciale, Vol. I, 4. Basım, Zanichelli Editore, 2008, s. 474; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6228; Türkan Yalçın Sancar, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 146.

⁵ Benzer yönde: Özek, 1998, s. 195.

laşmasına sebep olması gibi etkileri sosyal düzeni bütünüyle sarsmakta, hukuk düzeninin çalışmasını engellemektedir⁶.

Bu durum, ekonomik verimlilik ve kaynakların adil dağılımını da sekteye uğratmaktadır⁷. Zira, suç örgütleri, gerek Devlet mekanizmasının etkin şekilde işleyişini engellemekte, gerekse bunlarla mücadele için başvuru yöntemleri ek maliyetlere sebep olmaktadır⁸.

Dolayısıyla, suç işlemek amacıyla örgütlenmenin, bunların faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlardan ayrı olarak suç haline getirilmesi veya işlenen suçların nitelikli hali olarak öngörülerek ceza artırımı nedeni olarak kabul edilmesinin bir sebebi de, Devletin temel fonksiyonları açısından ortaya çıkan tehdit ve bireylerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarının korunması amacıdır. İşaret ettiğimiz bu son menfaat, suçun, kanun sistematiği içinde bulunduğu yerden hareketle kamu barışı olarak ifade edilenden daha geniş bir kapsama işaret etmektedir⁹.

B. Suç Örgütleriyle Mücadelenin Sınırları

Yukarıda, suç örgütlerinin bireysel ve toplumsal menfaatlere yönelik tehdidinden ve bu gibi örgütlerle mücadele edilmesinin haklı bir zemine dayandığından bahsettik. Ancak, örgütlerle mücadele konusunda madalyonun bir de öteki yüzü bulunduğunu belirtmeden geçmek doğru olmaz. Suç örgütü fikrinin dahi, toplum üzerinde önemli bir korkutucu etkiye sahip bulunması sebebiyle, örgütlere karşı mücadele edildiği gerekçesinin arkasına sığınarak ceza hukukunun bir baskı aracı haline dönüştürülmesi tehlikesi de vardır.

Devlet mekanizmasına tanınan en sert yaptırım biçimi olan cezalandırma yetkisinin doğurabileceği olumsuz sonuçları bertaraf etmek üzere Anayasal ve yasal düzlemde, hatta uluslararası anlaşmalar ile birçok farklı güvence öngörülmüştür. Ceza ve ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren bu güvencelerin temel amacı, bireyi, devletin sert ve baskıcı uygulamalarından korumaktır.

Demokratik Anayasal düzenin işleyebilmesi ve asıl fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için, bireysel özgürlüklerin alanının siyasal iktidarın keyfiye bağlı olarak daraltılmaması gerekir.

⁶ Özek, 1998, s. 195.

⁷ Evik, 2004a, s. 189.

⁸ Bu maliyetler, suç örgütleri ile mücadele için alınacak ekipmanla sınırlı değildir. Yozlaşmış ortamda yatırım yapmaktan çekinilmesi, hukuksuz ortamın sebep olduğu toplumsal huzur kaybı gibi hususlar da ek maliyetin unsurlarıdır.

⁹ Ayrıca bkz: Evik, 2004a, s. 189 – 190.

Ne var ki, söz konusu olan güvenlik ve suç ile mücadele olduğunda toplumun geneli, özgürlüklerinin sınırlandırılması yönündeki düzenlemelere taraftar olabilmektedir. Suç örgütlerinin sahip oldukları kötü şöhret, siyasal iktidarlar tarafından, bu gibi düzenlemelerin yapılabilmesi için sık sık gerekçe olarak gösterilmekte ve bireysel özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir takım yetkilerin tanınmasına temel teşkil edebilmektedir¹⁰.

Gerek bu fiiller için öngörülen ağır cezai yaptırımlar, gerek tesbiti güç kriterler ile suç örgütü tanımının geniş yorumlanmasının mümkün hale gelmesi, bahsettiğimiz sorunun ceza hukuku boyutuna ilişkindir. Yukarıda bahsettiğimiz hukuki menfaatleri ihlâl etmese ve örgütün kanunda gösterilen niteliklerine sahip olmasa dahi, geniş yorumlar ile iştirak halinde işlenen suçların bu kalıp içinde değerlendirilmesi sık sık rastlanan sorunlardan biridir. Öyle ki, artık iştirakin biraz nitelikli şekilde tezahür ettiği hallerin büyük çoğunluğu, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş suç olarak kabul edilerek bu kapsamda soruşturma ve kovuşturma yapılmakta; fiillerin sabit olması durumunda da aynı şekilde ceza tayinine gidilmektedir.

Bireylerin, kendi özgürlüklerinin kısıtlanmasına gönüllü olarak rıza gösterdikleri bir diğer alan ise ceza muhakemesi hukukudur. Bu disiplin altında yer alan ve bireylerin iletişim, özel hayat gizliliği hakları gibi son derece hayati önemde olan; kayb olduğunda artık özgür bir insandan bahsedilmesinin mümkün olamayacağı türden özgürlükler, örgütlerle mücadele gerekçesiyle sınırlandırılabilir hale gelmektedir. İlk başta iyi niyetli olarak görülen ve gelişen teknoloji karşısında, suç ile mücadele eden makamların, suçluların kullanabildiği teknolojik olanakların gerisinde kalmaması için getirilen bu önlemler, örgüt kavramının geniş yorumu ile oldukça yaygın bir kullanım alanına kavuşmaktadır. Dahası, bu tedbirlere başvurulabilmesini mümkün kılabilmek için esasen örgüt niteliğinde olmayan birleşmelere ilişkin olarak da örgütlü suçlara ilişkin öngörülen özel soruşturma ve kovuşturma usulleri uygulanmaktadır.

Tüm bu sebeplerle, suç örgütlerine ilişkin kabul edilen korunan hukuki menfaat tanımı, bu suçlara ilişkin uygulama tarafından daima göz önünde bulundurulmalıdır. Örgütlenme fiillerinin ayrı suç olarak tanımlanması veya bunların başka suçların nitelikli hali olarak öngörülmesinin altında bir mantık yatmaktadır. Bu mantığın ne olduğu korunan hukuki menfaat tanımında gizlidir. Nitekim, kanunkoyucu, suç işlemek için yapılacak her türlü anlaşmayı cezalandırmak isteseydi, bunu ayrıca yapardı¹¹.

¹⁰ Bu hususa dikkat çeken Özek, "Organize suç, insan hakları, hukuk devleti, demokratik sistem açısından tehlike yarattığı gibi, organize suçla mücadelede, bireyin haklarını sınırlandıran yöntemlerin uygulanması yönünde görüşlere yol açması da insan haklarının ihlali tehlikesini yaratır" demektedir: Özek, 1998, sh. 195.

¹¹ Nitekim İngiliz ve Amerikan hukuklarında bunu temin eden hükümler bulunmaktadır: Conspiracy adı verilen bu suç tipine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz:

II. Suçun Hukuki Niteliği

A. Genel Değerlendirme

TCK'nın 220. maddesi, "*Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla*" örgüt kurulmasını ve bu örgütün yönetilmesini suç olarak tanımlamıştır. Suçun oluşması için "*örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması*" gerekmekte ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için "*üye sayısının en az üç kişi olması*" aranmaktadır. Ayrıca, 220/7. maddede yer alan "*örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte ...*" ibaresi, örgütün içinde hiyerarşik bir yapı bulunması koşulunun varlığını teyit etmektedir.

Maddenin gerekçesinde de, örgütün soyut bir birleşme olmadığı ve yapısında gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin hâkim olduğu ifade edilmekte, bu hiyerarşik ilişki ile örgütün üyeleri üzerinde hâkimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliği kazandığı söylenmektedir. Gerekçede devamla, örgütün varlığı için suç işleme kararı etrafında, niteliği itibariyle devamlılık arz edecek şekilde bir birleşmenin yeterli olduğu, örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibariyle somutlaştırılmasının zorunlu olmadığı, bu bağlamda, belli bir suçu işlemek için bir araya gelinmesinin, örgüt değil iştirak ilişkisi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Söz konusu normu yorumlayan Yargıtay, artık yerleşmiş olan içtihatlarında, örgütten bahsedebilmek için üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi ve örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmasını aramaktadır¹².

Madde kapsamında tanımlanarak cezalandırılması öngörülen altı farklı fiil mevcuttur. Bunlar sırasıyla, örgütü kurmak veya yönetmek, örgüte üye

George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, s. 218 vd.; David Ormerod, *Smith and Hogan Criminal Law*, 12. Basım, Oxford University Press, 2008, s. 399 vd.; Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 5 Basım, Oxford University Press, 2006, s. 455 vd. Böyle bir düzenlemenin Anayasamıza uygun olup olmayacağı ayrı bir tartışma konusu olduğunu belirtmek isteriz.

¹² Yargıtay CGK, 3.4.2007 T., 2006/10-253 E., 2007/80 K.; Yargıtay 10. CD, 25.12.2008 T., 2008/13985 E. 2008/19560 K.; Yargıtay 10. CD, 4.2.2010 T., 2009/17581, 2010/2334 K.; Yargıtay 10. CD, 5.2.2010 T., 2009/16498 E., 2010/2335 K. sayılı içtihatları ile Çetin Akkaya, *Örgüt Suçu – Uyuşturucu Madde ve Uyarıcı Madde Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 162 – 163'de atıf yapılan çok sayıda karar. Anılan içtihatlar hakkında kapsamlı değerlendirmelerimiz için bkz: N. Kaan Karcıoğlu, "Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları", *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi*, TCHD Yayını, 2011/1, s. 85 – 132.

Öte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek ve örgüt için arşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek katılmak ve son olarak örgütün veya amacının propogandasını yapmak

faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı da faillere ve iştilere ceza verilecektir (m. 220/4). Örgütün yöneticileri, örgüt faaliyeti içinde işlenen tüm suçlardan dolayı, ayrıca, fail olarak cezalandırılır (m. 220/5).

Örgütün silahlı olması cezanın artırım sebebi olarak kabul edilmiştir (m. 220/6). Bu hükmün mefhumu muhalifinden çıkan sonuca göre, örgütün varlığı silahlı olması gerekli değildir. Keza, örgütün varlığı, örgüt faaliyeti içinde cebir ve tehdit kullanılmasına da bağlı değildir.

Tehlike Suçu - Zarar Suçu Tartışması

Demokratik nitelik taşıyan ülkelerin ceza kanunları, kural olarak, koruyucu hukuki menfaatlerin zarar görmesi (ihlâl edilmesi) neticesini doğuran cezalandırılmalıdır¹³. Bu şekilde, dış dünyaya yansıyan iradi hareketlerde bireylere ait olan çıkarlara yönelik bir zarar meydana getirmekteki nedenlerle ceza yaptırımı ile karşılanmaktadır.

Öte yandan, kanun koyucu kimi hallerde, söz konusu menfaatlere zarar vermesini beklemeden, bunların tehlikeye sokulmasını da önemsemekte ve tehlike suçları adını verdiğimiz suç tipleri ile bu gibi fiilleri cezai yaptırıma bağlamaktadır¹⁴. Bu gibi suç tipleri ile cezalandırma alanı genişletilmekte ve bu nedenle, tehlike suçları, bir yandan bireylere ait bir takım hukuki menfaatlerin daha etkin bir şekilde korunmasını sağlamakta, ancak bir yandan da cezalandırmayı bir zararın ortaya çıkması halinde kabul eden temel prensiplerden bir sapma teşkil etmektedir¹⁶. Ancak bu sözlerimizden, tehlike suçlarının kanunlarda istisnaen yer bulan suç tipleri olduğu anlaşılmalıdır¹⁷. Gerek TCK'da, gerekse ceza hükmü içeren özel kanunlarda, tehlike suçlarına sık sık rastlanılmaktadır.

¹³ Uğur Alacakaptan, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış", Anayasa Yargısı Dergisi, No: 18, 2001, s. 391.

¹⁴ Vesile Sonay Daragenli, "Tehlike Suçları", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 164.

¹⁵ Daragenli, s. 164.

¹⁶ Domenico Pulitanò, *Diritto Penale*, 3. Basım, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, s. 219. Soyut tehlike suçlarına ilişkin eleştirel görüşler için bkz.: Antonio Pagliaro, *Trattato di Diritto Penale Parte Generale - Il Reato* (Eds: Grosso/Padovani/Pagliaro), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007, s. 33; Mario Romano, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3. Basım, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, s. 342.

¹⁷ Pulitanò, s. 221.

Tehlike suçları iki alt başlık altında incelenmektedir. Bunlar somut tehlike suçları ile soyut tehlike suçlarıdır. Söz konusu ayırımın nasıl yapılacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır¹⁸. Konuyu ana hatlarıyla ele alırsak, somut tehlike suçlarının oluşması için tehlike halinin somut olayda gerçekten ortaya çıkması gerekir¹⁹. Soyut tehlike suçlarında ise kanunda tanımlanan hareketin gerçekleştirilmesi başlı başına bir tehlike olarak kabul edilmekte ve ayrıca korunan hukuki menfaatin tehlikeye düşüp düşmediği araştırılmamaktadır²⁰.

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun bir zarar suçu olup olmadığı tartışılmıştır. Zira kurulan örgütler, kimi zaman, bizatihi kamu huzurunun bozulmasının sebebi olurlar. Söz konusu durum kendini geniş kapsamlı organize suç örgütleri örneğinde gösterir. Mafia türü bu gibi örgütlenmeler, varlıkları ile toplum düzenini bozucu nitelikte kabul edilebilirler. Bu mantıktan hareketle, örgütlenme suçunun esasen bir zarar suçu olduğu görüşü ileri sürülmüştür²¹.

Kanımızca bu görüş yerinde değildir. Örgütlerin, kamu barışına yönelik olarak yalnızca bir tehlike doğurmadığı ve mensupları tarafından işlenecek suçlardan bağımsız olarak da bir takım zararlar doğurduğu görüşü doğrudur. Bu duruma yukarıda, korunan hukuki menfaat bahsinde işaret etmiştik. Ancak suç örgütlerinin böyle bir zarar yaratıyor olması, bu husustaki davada söz konusu zararların ortaya konulmasını ve ispatlanmasını gerektirmez. Örgütün kanunda öngörülen niteliklere sahip olması ve yapısının amaçladığı suçları işlemeye elverişli olması durumunda suç tamamlanmaktadır. Dolayısıyla suç işlemek amacıyla kurulan örgütlenme fiilleri zarar suçu değil, tehlike suçudur²².

¹⁸ Bu görüşler ve değerlendirilmeleri için bkz: Daragenli, 175 vd.

¹⁹ Pagliaro, s. 34, Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, Diritto Penale Parte Generale, 6. Basım, Zanichelli Editore, 2009, s. 203 – 204; Pulitanò, s. 223; Uğur Alacakaptan, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C. II, s. 19 vd.

²⁰ Pulitanò, s. 223; Pagliaro, s. 32 – 33; Fiandaca/Musco, Parte Generale, s. 204; Daragenli, s. 184; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 195. Soyut tehlike suçları, gerçek bir tehlike olmaksızın, ceza hukukunun uygulanmasını öngörmeleri sebebiyle oldukça tartışmalı suç tipleridir: Alacakaptan, 2000, s. 19 vd; Pagliaro, s. 33; Fiandaca/Musco, Parte Generale, s. 205 vd.

²¹ Bu görüşe ilişkin açıklamalar ve görüşü savunan yazarlar için bkz: Vesile Sonay Evik, “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s. 191 – 192.

²² Aynı yönde: Fiandaca/Musco, Parte Speciale, s. 477; Özek, 1998, s. 242; Alacakaptan, 2004a, s. 25 – 26; Evik, 2004b, s. 372; Evik, 2004a, s. 192; Özgenç, 2011, s. 17.

Suçun bir tehlike suçu olduğunu tesbit ettikten sonra, tehlike suçları başlığı altında yer alan iki alt başlıktan hangisine dahil olduğunu da ortaya koymak gerekir.

765 sayılı TCK m. 313'de düzenlenen suçun bir soyut tehlike suçu olduğu kabul edilmekteydi²³. İtalyan doktrininde, suç örgütünü düzenleyen İCK m. 416'yı soyut tehlike suçlarına örnek olarak gösteren görüşler mevcuttur²⁴.

5237 sayılı TCK ile suçun bir "somut tehlike suçu" haline dönüştürüldüğü kabul edilmektedir²⁵. Gerçekten de, maddede yer alan "... örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde ..." ibaresi, örgütlenmeye ilişkin fiillerin cezalandırılabilmesi için öngörülen bir koşuldur. Buna göre, suçun oluşması için yalnızca suç örgütü kurmak amacıyla bir araya gelmek yeterli olmayacak, aynı zamanda bu örgütün yapısının amaçlanan suçları işlemek için elverişli olması da aranacaktır.

Hemen ifade edelim ki, suçun somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi olumlu bir gelişmedir²⁶. Soyut tehlike suçları, ceza hukukunun alanını genişletmekte ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, bu gruba girecek olan suç tiplerinin ihdasından kaçınılması gerekir²⁷. Öte yandan, maddede kullanılan, "amaç suçları işlemeye elverişlilik" kriteri ve bu kriterin "örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ve araç gereç bakımından" söz konusu olmasının öngörülmesi bir takım sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir²⁸. Söz konusu sorunlar, bunların değerlendirilmeleri ve değişiklik önerileri başka bir çalışmanın konusu olacak kadar geniştir. Bu bağlamda suçun yeni kanunda bir somut tehlike suçu olarak düzenlendiğini tespit ederek bu kısma son veriyoruz.

C. Cezalandırılan Hazırlık Hareketlerinden Olduğu Görüşü

Suçta teşebbüs halini düzenleyen kurallara göre, kanunda suç olarak tanımlanmış fiillerin icrasına başlanması, ancak neticelerinin gerçekleştirilememesi halinde, eylemi gerçekleştiren kişi, teşebbüs halinde kalan fiilin-

²³ Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 426; Evik, 2004a, s. 373; Kavlak, s. 316. Aksi yönde: Alacakaptan, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s. 56.

²⁴ Pagliaro; s. 32; Tona, s. 1065 – 1066.

²⁵ Özgenç, s. 17; Kavlak; s. 317.

²⁶ Aksi görüş: Zeki Hafızoğulları/Günal Kurşun, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", TBB Dergisi, Sayı: 71, 2007, s. 37 – 38.

²⁷ Benzer yönde: Alacakaptan, 2000, s. 19 vd.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı tartışmalar, görüş ve öneriler için bkz: Kavlak; s. 316 vd; Karcılıoğlu; s. 118 vd.

den dolayı da sorumlu olacaktır. Suça teşebbüse ilişkin hükümler bu sebeple ceza sorumluluğunu genişleten niteliktedir²⁹. Failin bu kurallara göre cezalandırılabilmesi için gerekli olan koşullardan biri suçun icra hareketlerine başlanmış olmasıdır. Ceza kanunları, bir suç işlemek amacına yönelik olsalar bile henüz hazırlık aşamasında olan fiilleri kural olarak cezalandırmaz³⁰. Bu bağlamda, bir suç işlemek amacıyla bir araya gelmek, bir takım hazırlıklar yapmak, bir kimseyi suç işlemeye azmettirmek gibi eylemler, suçun icra hareketlerine başlanmadıkça cezai sorumluluk doğurmazlar. Bir başka ifadeyle, icra hareketleri ceza hukuku açısından kınanabilir nitelik taşımaktadır, hazırlık hareketleri ise, anti sosyal bir ruh hali içinde gerçekleştirilseler dahi kural olarak ceza hukukunun dışında kalırlar³¹.

Teşebbüs hükümleri aynı zamanda ceza sorumluluğunun başlangıcına ilişkin önemli bir sınırın çizilebilmesi için gerekli olan normatif kriterleri de göstermektedir. Bu, hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımıdır. Söz konusu ayırım, cezalandırılabilirlik alanının sınırlarını belirlemektedir. Bu itibarla, eylemin ceza hukuku sınırları içine girip girmemesinin hangi esaslara göre belirleneceğine dair kuralları belirleyen teşebbüs hükümleri, bireysel özgürlükler açısından son derece önemli ve bunlardan bağımsız düşünülemeyecek hükümlerdir.

Kanun koyucu kimi bazı hallerde, kanunda suç olarak tanımlanmış bazı fiillerin hazırlık hareketi niteliğindeki eylemleri de suç olarak tanımlayabilir³². Bu durumda hazırlık hareketleri ayrıca suç olarak tanımlanmakta ve cezai yaptırımla karşılanmaktadır. Bunun altında bazı hazırlık hareketlerinin vahim nitelikte kabul edilmesi yatmaktadır³³. Böylece amaç suç açısın-

²⁹ Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1994; 46; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 409; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011; Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: I, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 414.

³⁰ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 421 vd; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 409.

³¹ Hakeri; s. 421 vd.

³² Bu hallere örnek olarak TCK m. 200'de düzenlenen, "para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçların üretilmesi, ülkeye sokulması, satılması, devredilmesi, satın alınması, kabul edilmesi veya muhafaza edilmesi" suçu; TCK m. 227'de düzenlenen "fuhuş" suçunun hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını öngören hüküm; TCK m. 188/7'de düzenlenen, "uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan, ithal veya imali resmi makamların iznine bağlı olan maddeyi, ülkeye ithal eden, imal eden, satan, satın alan, sevk eden, nakleden, depolayan veya ihraç eden"lerin ayrıca cezalandırılmasını öngören hükümler gösterilebilir. TCK m. 200 ve 188/7'de gösterilen suç tiplerinin tam anlamıyla hazırlık hareketlerinin cezalandırılması durumuna tam bir örnek teşkil edip etmedikleri tartışılabilir.

³³ Çetin Özek, "Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri" (1963), İÜHFİM, C. XXIX, No:3, 1963, s. 459.

dan birer hazırlık hareketi olan bu eylemler işlenir işlenmez müdahale edilmesi sağlanarak, asıl amaçlanan ağır neticelerin gerçekleşmesinin de önüne geçilmektedir. Hazırlık hareketlerinin istisnaen de olsa suç olarak tanımlanmaları, ceza hukukunun önemli sorunlarından birini teşkil etmektedir³⁴.

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, belirsiz sayıda ve konuda suç işlemek amacıyla kurulmuş, belli niteliklere sahip birleşmelerin, herhangi başkaca bir eylem gerçekleştirmelerine gerek olmaksızın cezalandırılmalarını öngörmektedir. Bu suçların istisnai niteliği, herhangi bir icrai hareket gerçekleştirilmeden, yani amaç suçların işlenmesine kalkışılmadan ceza yaptırımına başvurulmasına imkân sağlamasından kaynaklanır³⁵.

Suç örgütlerinin, amaç suçların işlenmesinden önce cezalandırılabilir hale gelmeleri, örgütsel yapının kendi başına herhangi bir tehlike veya zarar doğurmadığı anlamına gelmez. Söz konusu örgütsel yapıların, bir takım suçlar işlemek amacıyla taşınmaları, bu amaç için sürekli ve elverişli bir organizasyon teşkil etmeleri sebebiyle, daha amaçlanan suçlara teşebbüs edilmeden ceza hukuku devreye girmektedir. Amaç suçlar, örgütsel yapının sağladığı elverişli ortamda daha kolay işlenebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, meydana getirilen suç örgütünün, işlenecek suçlar açısından bir hazırlık hareketi niteliği taşıdığı görüşü³⁶ yerinde gibi gözükmektedir.

Öte yandan, bir eylemin, belli bir neticeye yönelen hazırlık hareketi niteliğinde sayılabilmesi için, o eylem ile netice arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunması gerekir. Hazırlık hareketlerinin böyle değerlendirilmesi durumunda, TCK m. 220'de düzenlenen suç örgütlerinin, esasında hazırlık hareketi niteliğinde olup olmadığı tartışmalı hale gelecektir.

Kanımızca, ceza hukuku anlamında bir hazırlık hareketinden bahsedebilmek için, suça teşebbüse ilişkin hükümlerden yararlanmak zorunludur. TCK m. 35 uyarınca, suça teşebbüsten söz edilebilmesi için, işlenmesi kastedilen suçun, elverişli hareketlerle doğrudan icrasına başlanması gerekmektedir. Hal böyle iken, suç yolunun başında yer alan alan hazırlık hareketlerinin de belli bir suçu işlemek kastı ile gerçekleştirilmeleri gerekecektir. Nasıl ki, atış talimi yapan bir kimsenin hareketleri, bu atış talimini birini öldürmek amacıyla yapıldığı için hazırlık hareketi olarak kabul ediliyorsa; bağım-

³⁴ Konu İstanbul'da düzenlenen XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde ele alınmış, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması yönündeki eğilimler tartışılmış ve sonuç bildirgesinde hazırlık hareketlerinin ancak istisnai hallerde cezalandırılacağı kabul edilmiş ve bu konuda bir takım prensipler belirlenmiştir. Karar metni için bkz: Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, 2010/1, TCHD Yayını, s. 30 vd.

³⁵ Alacakaptan; 2004a, s. 25.

³⁶ Özgeç; 2011, s. 14; Kavlak; s. 315 vd; Veli Özer Özbek/ Nihat Kanbur/ Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 435; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 374; Yaşar/ Gökcan/Artuç, s. 6228; Önder, s. 426; Sancar, s. 148.

sız suç olarak kabul edilen hazırlık hareketleri için de aynı durum söz konusu olmalıdır. Zira bir hareketin, hukuki bir kavram olan hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilmesi için, o hareketin, hukuk düzeni açısından amaçsal yönden bir anlamının bulunması gerekecektir.

Bu yaklaşıma göre, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgütlenme fiilleri, işlenecek suçların somutlaşmasının gerekli olmaması koşulu sebebiyle hazırlık hareketi olarak kabul edilemezler. Kanunkoyucu, suç işlemek amacıyla örgütlenmeyi, kamu barışı açısından doğurduğu tehdit ve suç işlemeyi kolaylaştıran bir ortam yaratması sebebiyle bağımsız suç olarak düzenlemiştir. Suç işlemek amacıyla kurulan örgütün (m. 220) süreklilik arz eden doğası itibariyle de gerçek anlamıyla bir hazırlık hareketi teşkil ettiği düşünülemez. Zira, hazırlık hareketi, amaçsal bir harekettir ve amaç gerçekleşince anlamsız hale gelir.

Halbuki, TCK m. 314 ve 78'de düzenlenen örgütlenme suçlarında, o maddelerde belirlenen suçları işlemek amacıyla kurulan örgütlerden bahsedilmektedir. Bu bağlamda, 314 ve 78. maddelerde düzenlenen suç tiplerinin, hazırlık hareketlerinin ayrıca suç olarak tanımlanarak cezalandırılmasına örnek olarak gösterilebileceğine şüphe duyulmamalıdır.

Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız birinci bakış açısı, doktrinde hâkim olan görüştür. İkinci bakış açısı ise henüz derinliğine ortaya konulabilmiş değildir³⁷. Söz konusu derinliğe sahip bir çalışma, bizim bu çalışma ile güttüğümüz amacı aşacaktır. Ancak, kanımızca, TCK m. 220'de düzenlenen fiil, teknik anlamıyla hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına örnek teşkil etmez. Böyle bir örneği TCK m. 314 ve 78'de görüyoruz³⁸. Bu maddelerde hangi somut amaca yöneldiği belli olan bir takım örgütlenme biçimlerinin cezalandırılması söz konusudur. Oysa TCK m. 220, genel nitelikte bir norm olup, bir takım belirli olmayan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olsa da, ayrıca cezalandırılmasının altında, yukarıda, korunan hukuki menfaat bahsinde izah etmeye çalıştığımız nedenler yatmaktadır.

³⁷ Özek, "Organize Suç" isimli makalesinde şu satırları yazmaktadır: "Organize suç, belirli bir suçun hazırlık hareketi olmadığı ve bu nedenle amaç suç açısından zarar yaratmadığı için, belirli bir suç tipinin cezalandırılan hazırlık hareketlerinden farklıdır. Bu nedenle belirli bir suç tipinin cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğindeki örgütlenmeler organize suç sayılmamak gerekir. Örneğin 'silahlı çete' suçu (TCK 168. mad) bir örgütlenme olmasına karşın, amaç suç açısından somut ve uygun zarar tehlikesi yaratan 'hazırlık hareketi' olduğu için kendine özgü 'organize suç' niteliğinde değildir". Özek, s. 198. Ancak Özek, 1963 tarihli bir makalesinde, TCK m. 220'ye karşılık gelen 765 sayılı TCK m. 313'ün hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına örnek olarak göstermektedir: Özek, 1963, s. 458 vd.

³⁸ Bu örneklerden, TCK m. 78'e ilişkin de bir takım itirazların yöneltildiği söz konusu olabilir. Netice itibariyle, bu maddedeki örgütlenme tek bir göçmen kaçakçılığı eylemine özgülenmiş durumda değildir. Ancak 314. maddede düzenlenen suç, bahsettiğimiz konuya tam olarak bir örnek teşkil etmektedir.

D. Seçimlik Hareketli Suç Oluşu

Suç işlemek amacıyla örgütlenme başlığı altında üç farklı fiil suç olarak tanımlanmıştır. Bunlar örgüt kurmak, yönetmek ve örgüte üye olmaktır. Doktrinde, bu üç fiilin aynı suçun seçimlik hareketleri olduğu fikri baskındır³⁹. Ancak bu görüşü tam olarak paylaşmayan bir başka görüşe göre, maddenin birinci fıkrasında yer alan kurmak ve yönetmek fiilleri kendi aralarında seçimlik suç olup, üye olmak bunlardan bağımsız ayrı bir suç teşkil etmektedir⁴⁰. İtalyan doktrininde ise üye olmak ile yönetmek ve kurmak eylemleri arasında basit ve nitelikli hal ayırımının yapılması gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur⁴¹.

Kanımızca, maddede gösterilen örgütü kurmak, yönetmek ve üye olmak fiilleri seçimlik hareketlerdir. Seçimlik hareketli olarak düzenlenen suçlarda, kanuni tipte yer alan farklı hareketler de yapılırsa tek suç oluşur⁴². Bu bağlamda, üye olmanın, örgütü kurmak veya yönetmek fiillerine nazaran bağımsız bir suç olduğu fikrine iştirak etmiyoruz⁴³. Bu fikir kabul edilecek olursa, önceden yönetici olan birinin, daha sonra üye haline gelmesi gibi ihtimallerde ayrı bir suçun oluştuğu gibi bir görüşü kabul etmek gerekecektir. Kanımızca böyle bir sonuç kabul edilemez⁴⁴.

Öte yandan, bahsedilen eylemlerin basit ve nitelikli olarak ayrılmasının da yerinde olmadığı kanısındayız. Zira bu durumda, hangi eylemin suçun basit hali olacağı sorunu ortaya çıkmakta ve tanımlanan hareketlerin doğası itibarıyla bu soruya cevap bulmak pek mümkün olmamaktadır. Kurucu sıfatını taşımak, bu konuda önderlik etmiş olmayı, kuruluş aşamasında bir takım fikri ve fiili eylemler gerçekleştirmeyi gerektirir⁴⁵. Yönetici olmak için ise kuruluş anından itibaren görev yapmak gerekmemekle birlikte, hiyerarşik yapılanmada, diğerlerine nazaran yöneten sıfatını taşımak gerekir⁴⁶. Bütün bu haller dikkate alındığında, ne üyelik, ne kurucu olmak, ne de yönetici olmak diğer eylem tiplerine nazaran temel bir şekil teşkil etmemektedir ve bunların aralarında basit şekil – nitelikli şekil ayırımı yapılması yerinde değildir.

³⁹ Evik, 2004a, s. 193; Evik, 2004b, s. 373; Kavlak, s. 331.

⁴⁰ Bkz.: Özgenç, 2011, s. 14 ve 20.

⁴¹ Bu konuda açıklama için bkz: Evik, 2004b, s. 373.

⁴² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 208.

⁴³ Aksi yönde: Özgenç, 2011, s. 20.

⁴⁴ Evik, 2004a, s. 261; Kavlak, s. 359, 361; Parlar/Hatipoğlu, s. 3491.

⁴⁵ Karcıoğlu, s. 102; Kavlak, s. 359.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Karcıoğlu, s. 107 vd; Kavlak, s. 360 vd.

E. Mütemadi Suç Tartışması

Suç işlemek amacıyla örgütlenme fiillerinin cezalandırılabilmesi için öncelikle bir örgütsel yapının mevcut olduğunun ortaya konulması gerekir. Suç örgütünün niteliği itibariyle devamlılık arz etmesi gerekir⁴⁷. Bundan hareketle, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, mütemadi suçlara örnek olarak gösterilmektedir⁴⁸.

Ancak suç örgütünün bu niteliği, kendiliğinden, maddede gösterilen seçimlik hareketlerin her birinin mütemadi nitelik taşıdığı anlamına gelmez. Kurucu, yönetici veya üye olmak şeklinde gösterilen seçimlik hareketlerin, mütemadi nitelik taşıdıklarının kabulünün sonucu olarak, bu eylemlerin belli bir zaman dilimine yayıldıkları, belli bir süre devam etmeleri gerekir. Aşağıda işaret edeceğimiz üzere, yöneticilik ve üyelik fiilleri bir yana, kuruculuk fiili mütemadi nitelik taşımamaktadır.

Kurucu sıfatı açısından bu husus değerlendirilirse, kanunda gösterilen niteliklere sahip olan bir örgütün meydana geldiği kabul edildikten sonra kurucu sıfatı kazanılmış olacaktır. Örgütün meydana geldiğinin kabul edilebilmesi için ise, diğer tüm unsurlara sahip bir birleşmenin, en azından belli bir süre devam etmesi gerekecektir. Bu niteliğe sahip örgüt açısından, kuruluşta fikri ve fiili önderlik etmiş bulunan kişinin de kurucu sıfatı kazandığı kabul edilecektir. Burada dikkat edilirse, kurucu sıfatının kazanılması bu anda tamamlanacak olup, süren bir eylem yoktur. Yani örgüt kurulduktan sonra, kurucu sıfatının alınması mümkün olamayacağı gibi, önceki aşamalarda örgütü kurmaya yönelik hareketler gerçekleştiren, ancak bunda başarısız olanlar da kurucu haline gelmezler. Kurucunun, kuruluştan önceki eylemleri belli bir zaman dilimine yayılmış olabilir. Ancak zaman dilimine yayılan örgütün kurulmasına yönelik hazırlık hareketleridir⁴⁹. Yoksa örgütü kurma suçu örgütün kurulması ile tamamlanır. Kurma eylemi doğası itibariyle süreklilik arz edemez. Bu bağlamda örgüt kurmak şeklindeki fiil mütemadi suç niteliğinde değildir⁵⁰. Bu noktada, örgütün varlığı için en azından belli bir süre devam etmiş olmasının gerekeceği, bu durumda kurulma ile örgütün varlığının kabulü için gereken sürecin devam eden bir süreç olduğu

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Karcıhoğlu, s. 110 vd.

⁴⁸ Koca/Üzülmez; s. 154; Kavlak, s. 312 vd.; Evik, 2004b, s. 373; Erem, s. 621; Önder, s. 426, Toroslu, s. 260; Sancar, s. 138.

⁴⁹ Aynı yönde: Kavlak, s. 358.

⁵⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6235. Aksi görüş: Parlar/Hatipoğlu, s. 3490; Kavlak, s. 321 vd.. Kanımızca, Kavlak, bizim "suç işlemek amacıyla örgütlenme" şeklinde isimlendirdiğimiz suçu, TCK'da kullanılan terminolojiye uygun olarak "suç işlemek amacıyla örgüt kurmak" şeklinde ifade ettiğinden ve örgütün mütemadilik niteliğini açıklarken de bu terminolojiyi kullandığından dolayı hataya düşmektedir. Şöyle ki, Yazar, eserinin daha sonraki kısımlarında, örgüt kurma fiilini ayrıca incelerken, kurucunun fiilinin mütemadi nitelik taşıdığından bahsetmemektedir: Kavlak, s. 358 – 360.

söylenbilir. Ancak söz konusu ihtimalde de örgütün kurulduğunun, yani varlığının kabulü, belli bir süre geçmesine bağlıdır ve kurulma anı bu andır. Kurucu da bu andan itibaren, ceza hukuku anlamında sorumlu hale gelir⁵¹.

Kanımızca bu hususta, örgütün varlığı için süreklilik arz etmesi gerektiği şeklindeki koşul⁵² ile maddede gösterilen seçimlik hareketler birbirine karıştırılmaktadır. Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün varlığından bahsedebilmek için, örgüt faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmiş olup olmamasına bakılmaksızın, örgüt yapısının belli bir süre devam etmesi gerekecektir. Bu suçun bir unsurudur. Ancak maddede gösterilen eylemler bu unsurdan bağımsızdır.

Örgütte yöneticilik yapmak fiili doğası itibariyle mütemadi suç niteliğindedir⁵³. Yöneticilik olarak tanımlanan eylemin belli bir zaman dilimine yayılması tabiatının gereğidir. Yoksa örgütsel faaliyet içinde birbirine talimat veren herkesin yönetici olduğu gibi, kanun ile öngörülmemiş ve amaçlanmayan bir sonuca varılması söz konusu olacaktır.

Keza, üye sıfatının kazanılması da, en azından belli bir süre bu sığata sahip olmak ile mümkün olabilir⁵⁴. Bu bağlamda, üyelik olarak tanımlanan eylem de mütemadi niteliktedir⁵⁵. Anlık üyelik olmaz.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunda, yönetici ve üye olmak fiileri mütemadi suç özelliğini taşımaktadır. Kuruculuk ise ani şekilde işlenebilecektir.

F. Genel Norm Niteliği

TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen örgütlenme suçu, TCK ile diğer kanunlarda düzenlenen örgütlenme suçu tiplerine⁵⁶ nazaran genel niteliktedir⁵⁷. Bunun ilk sonucu, eğer diğer örgütlenme suçlarından biri söz konusuysa, o hükmün uygulanmasıdır. Yani TCK m. 220'de tanımlandığı şekilde kurulan örgütün, Anayasal düzeni yıkma amacı taşıması durumunda, artık TCK m. 314 kapsamında bir örgüt söz konusu olacaktır⁵⁸.

⁵¹ Ayrıca bkz: Karcıhoğlu, s. 100 vd. Nitekim, Özgenç, kurmak ve yönetmek fiillerini incelerken, kurmak fiilini, örgütün varlığı ile açıklamakta, yönetmek fiilini ise ayrıca, mütemadi bir fiil olarak tanımlamaktadır: Özgenç, 2011, s. 19.

⁵² Özgenç, 2011, s. 15; Sancar, s. 143; Evik, 2004b, s. 378 – 379.

⁵³ Özgenç, 2011, s. 19, 21; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6235.

⁵⁴ Kavlak, s. 367 vd.;

⁵⁵ Özgenç, 2011, s. 21; Evik, 2004a, s. 261; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6235.

⁵⁶ TCK m. 78; m. 314; 3713 s. TMK m. 7.

⁵⁷ Evik, 2004b, s. 373; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 455.

⁵⁸ Evik, 2004b, s. 374; Erem, s. 620, Önder, s. 426.

Suçun genel niteliğinin bir başka sonucu, aksine düzenleme yapılan haller ile özel örgütlenme suçunun mahiyetinden kaynaklanan haller dışında, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen örgütlenme suçuna ilişkin temel kural ve prensiplerin diğer örgütlenme suçlarının yorumunda da dikkate alınmasıdır.

G. Çok Failli Suç Niteliği

Suç işleme amacıyla örgütlenme suçu, çok failli suçlardandır⁵⁹. Çok failli suçlar, kanuni tipte suçun oluşması için birden fazla failin bulunmasının şart koşulduğu suçlardır⁶⁰. Söz konusu suç, çok failli suçlardan, yakınsama suçu olarak adlandırılan alt grupta yer almaktadır⁶¹. Yakınsama suçları, faillerin aynı yöne, aynı amaca doğru hareket ettikleri suç tiplerini ifade etmektedir⁶².

⁵⁹ Evik, 2004a, s. 199; Hakeri, s. 459; Özgenç, 2011, s. 16; Kavlak, s. 291 vd.

⁶⁰ Hakeri, s. 459; Özgenç, 2011, s. 16.

⁶¹ Evik, 2004a, s. 199; Özgenç, 2011, s. 16 – 17; Kavlak, s. 310. Sancar, örgütlenme fiillerini, “müşterek amaçlı karşılaşma suçları” arasında incelemektedir: Sancar, s. 122, 137 vd.

⁶² Özgenç, 2011, s. 17.

söylenbilir. Ancak söz konusu ihtimalde de örgütün kurulduğunun, yani varlığının kabulü, belli bir süre geçmesine bağlıdır ve kurulma anı bu andır. Kurucu da bu andan itibaren, ceza hukuku anlamında sorumlu hale gelir⁵¹.

Kanımızca bu hususta, örgütün varlığı için süreklilik arz etmesi gerektiği şeklindeki koşul⁵² ile maddede gösterilen seçimlik hareketler birbirine karıştırılmaktadır. Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün varlığından bahsedebilmek için, örgüt faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmiş olup olmamasına bakılmaksızın, örgüt yapısının belli bir süre devam etmesi gerekecektir. Bu suçun bir unsurudur. Ancak maddede gösterilen eylemler bu unsurdan bağımsızdır.

Örgütte yöneticilik yapmak fiili doğası itibariyle mütemadi suç niteliğindedir⁵³. Yöneticilik olarak tanımlanan eylemin belli bir zaman dilimine yayılması tabiatının gereğidir. Yoksa örgütsel faaliyet içinde birbirine talimat veren herkesin yönetici olduğu gibi, kanun ile öngörülmemiş ve amaçlanmayan bir sonuca varılması söz konusu olacaktır.

Keza, üye sıfatının kazanılması da, en azından belli bir süre bu sığta sahip olmak ile mümkün olabilir⁵⁴. Bu bağlamda, üyelik olarak tanımlanan eylem de mütemadi niteliktedir⁵⁵. Anlık üyelik olmaz.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunda, yönetici ve üye olmak fiileri mütemadi suç özelliğini taşımaktadır. Kuruculuk ise ani şekilde işlenebilecektir.

F. Genel Norm Niteliği

TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen örgütlenme suçu, TCK ile diğer kanunlarda düzenlenen örgütlenme suçu tiplerine⁵⁶ nazaran genel niteliktedir⁵⁷. Bunun ilk sonucu, eğer diğer örgütlenme suçlarından biri söz konusuysa, o hükmün uygulanmasıdır. Yani TCK m. 220'de tanımlandığı şekilde kurulan örgütün, Anayasal düzeni yıkma amacı taşıması durumunda, artık TCK m. 314 kapsamında bir örgüt söz konusu olacaktır⁵⁸.

51 Ayrıca bkz: Karcıhoğlu, s. 100 vd. Nitekim, Özgenc, kurmak ve yönetmek fiillerini incelerken, kurmak fiilini, örgütün varlığı ile açıklamakta, yönetmek fiilini ise ayrıca, mütemadi bir fiil olarak tanımlamaktadır: Özgenc, 2011, s. 19.

52 Özgenc, 2011, s. 15; Sancar, s. 143; Evik, 2004b, s. 378 – 379.

53 Özgenc, 2011, s. 19, 21; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6235.

54 Kavlak, s. 367 vd.;

55 Özgenc, 2011, s. 21; Evik, 2004a, s. 261; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6235.

56 TCK m. 78; m. 314; 3713 s. TMK m. 7.

57 Evik, 2004b, s. 373; Doğan Soysalan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 455.

58 Evik, 2004b, s. 374; Erem, s. 620, Önder, s. 426.

Suçun genel niteliğinin bir başka sonucu, aksine düzenleme yapılan haller ile özel örgütlenme suçunun mahiyetinden kaynaklanan haller dışında, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen örgütlenme suçuna ilişkin temel kural ve prensiplerin diğer örgütlenme suçlarının yorumunda da dikkate alınmasıdır.

G. Çok Failli Suç Niteliği

Suç işleme amacıyla örgütlenme suçu, çok failli suçlardandır⁵⁹. Çok failli suçlar, kanuni tipte suçun oluşması için birden fazla failin bulunmasının şart koşulduğu suçlardır⁶⁰. Söz konusu suç, çok failli suçlardan, yakınsama suçu olarak adlandırılan alt grupta yer almaktadır⁶¹. Yakınsama suçları, faillerin aynı yöne, aynı amaca doğru hareket ettikleri suç tiplerini ifade etmektedir⁶².

⁵⁹ Evik, 2004a, s. 199; Hakeri, s. 459; Özgenç, 2011, s. 16; Kavlak, s. 291 vd.

⁶⁰ Hakeri, s. 459; Özgenç, 2011, s. 16.

⁶¹ Evik, 2004a, s. 199; Özgenç, 2011, s. 16 – 17; Kavlak, s. 310. Sancar, örgütlenme fiillerini, “müşterek amaçlı karşılaşma suçları” arasında incelemektedir: Sancar, s. 122, 137 vd.

⁶² Özgenç, 2011, s. 17.

Kaynakça

- Akkaya, Çetin: Örgüt Suçu – Uyuşturucu Madde ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010
- Alacakaptan, Uğur (2004a): “Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004
- Alacakaptan, Uğur (2004b): “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004
- Alacakaptan, Uğur (2001): “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, Anayasa Yargısı Dergisi, No: 18, 2001
- Alacakaptan, Uğur (2000): “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C. II , s. 19 vd.
- Ashworth, Andrew: Principles of Criminal Law, 5 Basım, Oxford University Press, 2006
- Daragenli, Vesile Sonay: “Tehlike Suçları”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997
- Erem, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III, 3. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1985
- Evik, Vesile Sonay (2004a): Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004
- Evik, Vesile Sonay (2004b): “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004
- Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo (Parte Speciale): Diritto Penale Parte Speciale, Vol. I, 4. Basım, Zanichelli Editore, 2008
- Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo (Parte Generale): Diritto Penale Parte Generale, 6. Basım, Zanichelli Editore, 2009
- Fletcher, George: Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, 2000
- Hafizoğulları, Zeki/ Kurşun, Günal: “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, TBB Dergisi, Sayı: 71, 2007
- Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- Karcılıoğlu, N. Kaan: “Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları”, Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, TCHD Yayını, 2011/1

- Kavlak, Cihan: Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009
- Ormerod, David: Smith and Hogan Criminal Law, 12. Basım, Oxford University Press, 2008
- Önder, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011
- Özgenç, İzzet (2011): Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, 3. Basım, Ankara, 2011
- Özek, Çetin (1998): "Organize Suç", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998
- Özek, Çetin (1963): "Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri" (1963), İÜHFİM, C. XXIX, No:3, 1963
- Pagliari, Antonio: Trattato di Diritto Penale Parte Generale – Il Reato (Eds: Grosso/Padovani/Pagliari), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010
- Pulitanò, Domenico: Diritto Penale, 3. Basım, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009
- Romano, Mario: Commentario Sistematico del Codice Penale, Vol. I, 3. Basım, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004
- Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005
- Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1994
- Tona, Giovanbattista: "I Reati Associativi e di Contiguità", Trattato di Diritto Penale Parte Speciale Vol. III (Eds. Alberto Cadoppi/ Stefano Canestrari/ Adelmo Manna/ Michele Papa), UTET, 2008
- Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, 1. Basım, Ankara, 2005
- Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

**Cezai Alanda Adil Yargılanma Hakkı ve Türk
İdari Yargı Yerleri ***

**(Right to a Fair Trial in Criminal Law and
Turkish Administrative Courts)**

Onur Kemal KERMAN **

Özet: Bu çalışmanın amacı, Türk idari yargı yerlerinin adil yargılanma hakkına yaklaşımını ortaya koyarak, bu hakkın idari uyuşmazlıklardaki uygulama alanını araştırmaktır. Bu amaç çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) ve Türk idari yargı yerlerinin kararlarından faydalanılarak karşılaştırmalı bir inceleme yapılacaktır. Ancak konunun daha iyi anlaşılması için öncelikle, adil yargılanma hakkının ceza muhakemesi hukuku içerisindeki yerini tespit etmek gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma Hakkı, Ceza Muhakemesi Hukuku, Türk İdari Yargı Yerleri, AIHM, Masumiyet Karinesi, Savunma Hakları, Suçta ve Cezada Kanunilik

Abstract: The aim of this study is defining the Turkish administrative courts' approach to the right to a fair trial and to investigate the application of this right in administrative disputes. A comparative analysis shall be made by using decisions of the European Court of Human Rights and those of Turkish administrative courts. To put everything into perspective, initially, the concept of the right to a fair trial in criminal procedure law shall be explained.

Keywords: Right to a fair trial, criminal procedure law, Turkish administrative courts, ECHR, presumption of innocence, rights of defense, nullum crimen nulla poena sine lege.

* Bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı çerçevesinde sunulan ödevin düzeltilmiş ve güncellenmiş halidir.

** Ar. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Araştırma Görevlisi, e-posta: onur.kerman@bilgi.edu.tr

I. Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı ve Adil Yargılanma Hakkı

Demokratik bir hukuk devletinde ceza muhakemesi kuralları bireyin özgür bir şekilde ve güvenlik endişesi taşımadan yaşamasının teminatını oluşturur. Ceza muhakemesi kuralları tarafından korunan bireyin özgürce hareket edebilmesi, toplumun ilerlemesi ve gelişmesi için de büyük önem taşır. Özgürlükçü demokrasilerde, birey toplumsal ilişkilerin merkezindedir¹. İnsan toplulukları bireyin mutluluğu ve kendini gerçekleştirme amacını taşırlar. Özellikle Fransız devriminden sonra bireyin özgürlüklerinin ve varlığının korunması düşüncesi ön plana çıkmıştır. Bu düşüncenin gerçekleştirilmesi ise ancak kişi güvenliğini sağlayan usûl kurallarının kabul edilmesi ile mümkündür².

Ceza muhakemesi kuralları bir yandan toplumun korunması amacını yerine getirirken öte yandan şüphelinin veya sanığın savunmasını sağlar. Ceza muhakemesi hukukunun bu iki amacının eşdeğer olduğunu veya başka bir deyişle aynı öneme sahip bulunduğunu vurgulamak gerekir³. Bu değerlendirme yapılırken, kamu menfaatinin bireyin özel menfaatinden daha önemli olduğunu yanılığına kapılındığı takdirde yanlış sonuca varılır. Toplumda yaşayan her bir birey, masum olmasına karşın suç isnadı ile karşılaşma riskini taşıdığından, bireylerin özel menfaatlerinin korunması toplumda aslında kamu menfaatinin oluşturacaktır⁴. Başka bir deyişle, ceza muhakemesi açısından, bireylerin özel menfaatlerinin korunması doğrudan kamu menfaatinin korunmasını sağlayacaktır. Bu anlayış, özgürlükçü ceza hukukunun da temelini oluşturmaktadır; bireyi ve bireyin korunmasını hukukun temel amacı haline getirmektedir. Bu bağlamda, ceza muhakemesi hukuku sadece maddi gerçeğin araştırıldığı, temel hak ve özgürlüklerin ihmal edildiği bir hukuk dalı olarak algılanamaz. Böyle bir algılama, ceza muhakemesini, tahkik sistemine indirgemek anlamını taşır ve dahası çağdaş ceza muhakemesi ilkelerini işlevsiz hale getirir⁵.

Adil yargılanma hakkı da suç isnadı karşısında kalan bireye, kamu otoritesinin baskısı altında kalmadan ve savunma haklarından faydalanmak suretiyle muhakeme sürecine katılmayı sağlar. Bu bakış açısıyla adil yargılanma hakkı, ceza muhakemesi diyalektiğinin unsurlarından biri olan *antitezin* ileri sürülebilmesi için vazgeçilmezdir.

¹ ARDANT Philippe, Institutions politiques&droit constitutionnel, L.G.D.J, Paris 2001, s.159.

² ARDANT, s.159-160.

³ TONINI Paolo, Manuale di procedura penale, Giuffrè Editore, Milano.2008, s.3.

⁴ TONINI, s.3.

⁵ İtham ve tahkik sistemlerinin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. KEYMAN Selâhattin, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no.266, Ankara 1970, s. 32-42, esere şu internet adresinden de ulaşılabilir; <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/ceza-muhakemesinde-savcilik-dr-selahattin-keyman/>

Çalışma konumuz özel olarak, adil yargılanma hakkının Türk idari yargı yerleri tarafından ele alınmış şekli olduğundan, ceza muhakemesi hukuku ile ilgili açıklamalarımıza son veriyoruz.

Çalışmamızın devamında, bu başlık altında ortaya koymuş olduğumuz ana ilkelerin hukuk devleti ilkesi de gözetilerek, idari uyumsuzluklara ne oranda uygulanacağı mahkeme kararları ışığında ele alınacaktır.

II. Cezai Alanda Adil Yargılanma Hakkının Uygulanma Alanı

A. Suç İsnadı Kapsamında Değerlendirilen İdari Uyuşmazlıklar

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde sadece özel hukuk uyuşmazlıkları ile ceza davalarına ilişkin uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkından faydalanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla idari uyuşmazlıkların doğrudan 6. madde kapsamında yer almadığı görülmektedir. Ancak AİHM, içtihatları ile 6. maddenin kapsamını genişletmiştir. Mahkeme, medeni hak ve yükümlülükler ve suç isnadı kavramlarına ilişkin olarak genişletici bir yorum benimsemiş ve kimi idari uyuşmazlıkları da altıncı maddenin kapsamına almıştır⁶.

Bir kişinin cezai alanda adil yargılanma hakkından faydalanabilmesi için, öncelikle bir suç isnadının muhatabı olması gerekir. Suç isnadı ise, resmi makamlar tarafından ortaya konulan ve bir ceza normunun ihlali sebebiyle kişiye yöneltilen suçlamadır⁷. Mahkemeye göre; bir suçlamanın varlığının belirlenmesinde esas olan suçlamanın konusudur. Dolayısıyla suç isnadının varlığı; suçlayan makâmın sıfatı, suçlamanın şekli veya zamanından bağımsızdır, başka bir deyişle bunlardan etkilenmez⁸. Ancak şunu da eklemek gerekir ki, bir suç işlediğinden şüphelenilen bireyin yakalanması veya tutuklanması ya da birey hakkında soruşturma açılmış bulunması gibi, suç isnadı tanımının dışında kalan bazı önlemler veya işlemler de ceza normunun ihlalini araştırmaya yönelik olduklarından, suç isnadı olarak değerlendirilmeleri gerekir⁹.

⁶ TEZCAN Durmuş, "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulanma Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Armağan Serisi no:4, 1.Bası, İstanbul 2003, s. 469-484, s.469.

⁷ SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, Puf, Paris 2003, s.310.

⁸ GÖZÜBÜYÜK Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.275, par. 503.

⁹ RENUCCI Jean-François, Droit européen des droits de l'homme, L.G.D.J, Paris 2002, s.245; AİHM'nin Wemhoff/Almanya kararında da belirtildiği üzere; Sözleşme'nin 6. Maddesindeki güvenceler, kovuşturma aşamasının öncesinde, (hazırlık) soruşturması için de geçerli olacaktır. Bkz. AİHM, Wemhoff/Almanya, 27.06.1968, (başvuru no. 2122/64), par. A-7, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=67469626&skin=hudoc-fr&action=request>

AIHM içtihadında, bazı idari işlem ve eylemlerin de suç isnadı niteliğinde sayılabileceğine hükmedilmiştir. *Engel ve diğerleri / Hollanda* kararında¹⁰ Mahkeme, disiplin nitelik taşıyan belirli bir iddianın aşlında AIHS md.6'daki cezai karaktere sahip olup olmadığını araştırmıştır. Bu araştırma sonucunda Mahkeme bazı ölçütler belirlemiştir. Buna göre; işlenen fiilin ulusal hukuktaki nitelmesi, fiilin niteliği ve özelliği ve söz konusu fiil için öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlık derecesi fiilin cezai karaktere sahip olup olmadığı belirlenirken kullanılacaktır. Başka bir deyişle, ulusal mevzuat tarafından suç olarak nitelendirilmeyen bir fiil, AIHS'deki anlamında suç teşkil edebilecek ve bu sıfatla 6. maddenin uygulama alanına girebilecektir^{11,12}.

AIHM; *Engel ve diğerleri / Hollanda* kararındaki ölçütleri *Öztürk / Almanya* kararında¹³ da uygulamıştır. Bu davada mahkeme, bazı trafik cezaları ile ilgili olarak; disiplin hukukuna dâhil edilen bu cezaların aşlında ceza hukuku anlamında ceza olduğunu ve AIHS md.6 korumasından faydalanabileceklerini belirtmiştir. Kararda, öncelikle devletlerin bir suçlu disiplin hukukuna veya ceza hukukuna dâhil etmekte serbest oldukları belirtilmektedir. Ancak bazı durumlarda devletlerin bu konuda çok geniş bir serbestiye sahip olmalarının sözleşmenin amacı ve özüne ters düştüğü vurgulanmaktadır.

Değnilmesi gereken önemli bir karar da, *Bendenoun / Fransa* kararıdır¹⁴. Bu kararda da AIHM esas olarak, Fransa'da idari yaptırım niteliğinde olan mali yaptırımların ceza suçlamaları kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini ve bu yaptırımlara da AIHS md.6'nın uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, vergi cezaları sadece özel bir statüye sahip belirli bir grubu değil aksine tüm vatandaşları ilgilendirmektedir. Ayrıca, vergi cezaları ortaya çıkan zararı gidermeye yönelik değildir, esas olarak benzer davran-

¹⁰ AIHM, *Engel ve diğerleri/Hollanda*, 08.06.1976, (başvuru no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), par.82, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹¹ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s.276, par.504.

¹² Mahkemenin belirlediği tüm ölçütlerin önemli olduğu ancak yaptırımın amacı ve ağırlığının, yaptırımın cezai karakterinin belirlenmesinde başlıca yer tuttuğunu da vurgulamak gerekir. Bununla birlikte kural olarak, bu ölçütlerin her birinin tek başına yaptırımın cezai karakterini tespit etmeye yeterli olduğu ancak, bazı uyumsuzluklarda mahkemenin tüm ölçütleri beraber ele aldığını da belirtmek gerekir. Bkz. RENUCCI Jean-François, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J, Paris 2007, 375-376.

¹³ AIHM, *Öztürk /Almanya*, 21.02.1984, (başvuru no.8544/79), par. 49-50, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁴ AIHM, *Bendenoun /Fransa*, 24.02.1994, (başvuru no.12547/86), par.47, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

nışların tekrarlanması cezalandırmayı amaçlar. Bununla birlikte bu cezalar, önleyici ve cezalandırıcı bir etkiye de sahiptir.

Bendenoun /Fransa kararında Mahkeme, bir yaptırımın niteliğinin ilgili devletin verdiği tanıma göre değil, AİHS çerçevesinde yapılan değerlendirmelere göre belirleneceğinin altını çizmektedir. Mahkemeye göre, söz konusu olayın farklı boyutlarının ve uygulanan yaptırımın incelenmesi ihtilafın cezai karaktere sahip olduğunu ve Sözleşme'nin 6. maddesinden yararlanabileceğini ortaya koymuştur¹⁵.

Yukarıda incelediğimiz önemli kararlar sonucunda ortaya çıkan durumu kısaca özetlemek gerekirse; bir yaptırımın disiplin hukukuna mı yoksa ceza hukukuna mı dâhil olduğunu devletler serbestçe belirleyebileceklerdir. Ancak devletlerin bu alanda sahip olduğu hareket serbestisi bazı durumlarda AİHS'nin amacı ve özüne ters düşebilmektedir. Bu aşamada AİHM devreye girmektedir. AİHM yaptığı yargılamalar sonucunda, belirli bazı ölçütlerin varlığı halinde, devletlerin idari bir yaptırım olarak nitelendirdikleri bir yaptırımın cezai nitelikte olduğuna ve bu yaptırımın uygulanmasının AİHS md.6'daki korumalardan yararlanabileceğine karar verebilmektedir.

B. Suç İsnadı Kapsamında Değerlendirilmeyen İdari Uyuşmazlıklar

AİHM bazı kararlarında ise cezai alandaki adil yargılanma hakkının idari uyuşmazlıklara uygulanamayacağını beirtmiştir.

Mahkeme, devlet ile memur arasındaki kamu gücüne dayanan uyuşmazlıklarda Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanmayacağını belirtmiştir. AİHM'ye göre disiplin ilişkisinin söz konusu olduğu haller adil yargılanma hakkının kapsamı dışındadır¹⁶.

AİHM; *Pellegrin /Fransa* kararında¹⁷, sözleşmeli veya asil olarak görev ifa eden tüm kamu çalışanlarını kapsayacak, görevlinin taşıdığı sorumlulukları ve sahip olduğu fonksiyonları esas alan yeni bir ölçüt kabul etmiştir. Mahkeme, kamu gücünün kullanımını veya toplumun genel menfaatini ilgilendiren görevlerde çalışan kamu ajanlarının, devletin egemenlik yetkisinin bir parçasını kullandığını belirtmektedir. Dolayısıyla, devletin bu kişilerden özel bir güven ve doğruluk bağı beklemesi olağandır. Mahkeme, devletin genel menfaatlerini koruma amacına dayalı kamu gücünü kullanan kamu

¹⁵ AİHM, *Bendenoun /Fransa*, par.47.

¹⁶ TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.237.

¹⁷ AİHM, *Pellegrin /Fransa*, 08.12.1999 (başvuru no.28541/95), par. 64-66, kararın Fransızca metni için bkz.<http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=68051010&skin=hudoc-fr&action=request>

görevlilerinin faaliyetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda AİHS md.6/f.1'in uygulanmayacağını belirtmiştir. Bu faaliyetlere örnek olarak silahlı kuvvetlerin veya polis teşkilatının işleyişi gösterilebilir. Şunu da belirtmek gerekir ki; Mahkeme, başvuruçunun iş tanımının kamu gücünün kullanımını veya devletin genel menfaatlerini koruma işlevini içerip içermediğini, her uyuşmazlıkta ayrı ayrı inceleyecektir.

III. Cezai Alanda Adil Yargılanma Hakkının Unsurları ve Türk İdari Yargı Yerleri

Cezai alanda adil yargılanma hakkının unsurları esasen AİHS md.6/f.2 ve f.3'te gösterilmiştir. AİHS md.6/f.2, ceza yargılaması hukunun temel ilkelerinden olan masumiyet karinesini içermektedir. AİHS m.6/f.3'te ise savunma hakları sayılmaktadır ve bu haklar üçüncü fıkrada da belirtildiği üzere sınırlayıcı nitelikte değildir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, AİHS'nin 6.maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında sıralanan güvenceler, birinci fıkranın devamı niteliindedir. Bu fıkralarda sayılan unsurların adil bir yargılanmanın hayata geçirilmesi için maddede açıkça belirtilen asgari güvenceler olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla altıncı maddenin üç fıkrası birlikte değerlendirilmelidir¹⁸.

Ayrıca AİHM içtihatları ile silahların eşitliği ilkesinin¹⁹ ve susma hakkının²⁰ da adil yargılanmanın önemli unsurları olduğu vurgulanmış ve bunları da uyulması gereken güvenceler arasına almıştır.

A. Masumiyet Karinesi

AİHS md.6/f.2'ye göre; "*Bir suç isnad edilen herkes, hukuka uygun olarak suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır*". Masumiyet karinesinin içeriğinin ne olduğu genel olarak *Minelli /İsviçre* kararında²¹ belirtilmiştir. Mahkemeye göre; suçluluğu hakkında kesin bir sonuca varılmadan önce, sanığa suçlu olduğu hissini uyandıracak bir karar alınması dahi masumiyet karinesini ihlal edecektir.

¹⁸ GÖZUBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ göndermesiyle; 12.12.1985 tarihli Colozza ve Rubinat /İtalya ve 9.4.1984 tarihli Goddi /İtalya kararları, s.290-291, par.528/a.

¹⁹ AİHM, Werner /Avusturya, 24.11.1997, (138/1996/757/956), par.67 kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

²⁰ Mahkeme, Funke /Fransa kararında; suç isnadı altında bulunan kişilerin susma ve kendi haklarındaki suçlamalara ilişkin açıklama yapmama hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. AİHM, Funke /Fransa, 25.02.1993, (başvuru no. 10588/83) par. 44, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

²¹ AİHM, Minelli /İsviçre, 05.03.1983, (başvuru no. 86660/79), par. 37, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.04.1993 tarihli kararında²² da masumiyet karinesinin içeriğine ilişkin olarak önemli bir tespitte bulunmaktadır. Karar uyarınca; *“Ceza yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenselidir”*. Görülmektedir ki; masumiyet karinesi Yargıtay tarafından da evrensel bir ilke olarak tespit edilmiş ve bu ilkenin ceza yargılamasındaki önemi vurgulanmıştır.

Danıştay'ın da bu konuda önemli kararları bulunmaktadır. Danıştay 5. Dairesi'nin 08.06.1998 tarihli kararına²³ göre; *“Anayasanın 38. maddesinin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz yolundaki 4. fıkrası hükmü karşısında, salt güvenlik soruşturması raporlarında dayanılarak ilgililer hakkında olumsuz işlem tesis edilemez; öte yandan(...)güvenlik soruşturması sonucu düzenlenen raporlar istihbari nitelikte bilgiler içermekte olduklarından bu raporlara, hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça ilgililer hakkında aleyhte sonuç doğuracak bir nitelik ve değer verilmesi Hukuk Devleti ilkesi ile bağdaşmaz.”*

Disiplin suç ve cezaları açısından ise, delil yetersizliğine rağmen disiplin cezası verilebileceği kabul edilmektedir. Özellikle hem ceza yargılamasının hem de idari yargılamanın konusu olan fiiller açısından, ek deliller ve gerekçeler elde edilmesi durumunda beraat kararına rağmen disiplin cezası verilebileceği belirtilmektedir²⁴.

²² YCGK, T. 19.04.1993, E. 1993/6-79, K. 1993/108, kararın tam metni için bkz. www.hukukturk.com

²³ Danıştay 5. Dairesi, T. 08.06.1998, E. 1988/1564, K. 1989/1307, kararın tam metni için bkz. www.hukukturk.com

²⁴ ASLAN Zehreddin, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa, İstanbul 2001, s.36, Danıştay 8. Dairesi'nin aynı yönde kararına göre; *“...davacının aynı olay ve eylem nedeniyle yargılandığı ceza davasında delil yetersizliği gerekçesiyle aklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda gerek olayın oluş biçimi, gerekse davacının adli yargıda beraat etmiş olması ve davacının geçmiş hizmetleri ve sicilleri ile ilgili olarak davalı idarece olumsuz ve kötü olduğu yolunda bir iddiada bulunulmamış olması gözönünde bulundurularak bir alt ceza ile cezalandırılması gerekmektedir. İdare Mahkemesince dava konusu işlemin bu gerekçe ile iptal edilmesi gerekirken, davacının eyleminin sübuta ermediği gerekçesiyle iptalinde hukuka uyarlılık yoktur”*. Danıştay 8. Dairesi, T. 26.12.1995, E. 1995/3666, K. 1995/4622, bkz. www.hukukturk.com

Danıştay başka bir kararında²⁵ ise şu şekilde hüküm kurmaktadır; “Polisler, toplumsal huzur ve güvenliği sağlamakla yükümlü olan kamu görevlileridir. Görevlerini sürdürürken tam bir yansızlıkla hareket etmeleri, her türlü siyasi ve ideolojik etkinin dışında kalmaları zorunludur. Olayda davacı, disiplin cezası verilmesine neden olan suçlardan ceza yargılaması sonucu kanıt yetersizliğinden aklanmış ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün ilgili maddelerinde öngörülen eylemleri kanıtlanmamış ise de, tamamen kusursuz ve suçsuz olduğu söylenemez. Kendisine duyulan güven duygusunu sarsacak ve çevresinde kuşku uyandıracak tutum ve davranışlarda bulunduğu bellidir. Polislik mesleğinin hassasiyeti ve özelliği nedeniyle, bu tutum ve davranışlarının cezasız bırakılmayacağı açıktır. Ancak suç ile ceza arasında adil bir denklik bulunması gerektiği yönündeki Disiplin Hukuku ilkesi gözönüne alınarak, eylemine uyan daha hafif bir ceza ile cezalandırılması adil düşmektedir.”

Dolayısıyla Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere, delil yetersizliği sebebiyle ceza muhakemesi sonucunda verilen beraat kararları disiplin soruşturmasını tam olarak bağlamamaktadır. Başka bir deyişle, Danıştay’ın kararlarına göre bu beraat kararlarının disiplin soruşturması üzerinde mutlak bir bağlayıcılığı yoktur²⁶.

B. Savunma Hakları

Savunma haklarının etkin bir şekilde korunması, hukuk güvenliğinin varolması için vazgeçilmez niteliktedir. Özellikle ceza yargılamasında, savunma hakları sanığın adil bir şekilde yargılanabilmesi için önemli yer tutmaktadır.

Savunma hakları AİHS md.6/f.3’te yer almaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu haklar sınırlayıcı nitelikte değildir. AİHM, AİHS md.6/f.3’te yer alan güvencelere silahların eşitliğini ve susma hakkını da eklemiştir.

²⁵ Danıştay 8. Dairesi, T. 13.11.1996, E. 1994/7095, K. 1996/3113, kararın tam metni için bkz. www.hukukturk.com, Danıştay 10. Dairesi’nin (T. 27.10.87, E.1987/2015, K. 1987/1721) aynı yöndeki kararına göre; “Bir kamu görevlisinin, üzerine atılı disiplin suçu aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde ise ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmaması ya da suçun o kişi tarafından işlenmediğinin saptanması gerekçesiyle ilgili beraat etmiş ise, bu beraat kararının disiplin cezası verilmesindeki bağlayıcılığı tartışmasızdır. Ancak delil yetersizliği nedeniyle verilen bir beraat kararı disiplin cezası verilmesi konusunda mutlak anlamda bağlayıcı nitelikte değildir. Esasen ceza hukuku açısından da delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı da tam aklanma niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle davacının, delil yetersizliğinden beraat etmesi karşısında olayın, disiplin soruşturması sırasında toplanan deliller ve tanık ifadeleriyle irdelenmesi gerekmektedir”. Kararın tam metni için bkz. www.hukukturk.com

²⁶ ASLAN, s.36.

1) Silahların Eşitliği

AIHM'nin *Delcourt / Belçika*²⁷ kararında da belirtildiği üzere, silahların eşitliği ilkesi; bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde gerçekleşecek olan adil yargılanma hakkının görünümünden birisidir. Bu ilkenin, Sözleşme'nin altıncı maddesinin birinci paragrafında belirtilen, herkesin hakkaniyete uygun bir şekilde yargılanma hakkına sahip olması esassından kaynaklandığı vurgulanmalıdır²⁸.

AIHM'ye göre; hakkaniyete uygun yargılanmanın gerçekleşmesi için, taraflar iddia ve savunmalarını makul bir biçimde sunma imkânına sahip olmalıdır. Mahkeme'ye göre taraflar arasında yaratılan denge yargılama boyunca korunmalıdır çünkü silahların eşitliği ilkesi ancak bu şekilde güvence altına alınabilecektir²⁹.

Ceza Muhakemesi Hukuku'ndaki bu çok önemli ilke Danıştay tarafından da ele alınmıştır. Danıştay 5. Dairesi 06.06.1991 tarihli kararında³⁰, öncelikle savunma hakkının T.C. Anayasası'nın 36. maddesi ile ve uluslararası sözleşmelerle güvenceye alındığını belirtmiştir. Kararda: "*Görölmeyene, bilinmeyene karşı iddia ve savunmada bulunmanın güçlüğü ve hatta imkânsızlığı açıktır. Hakkındaki kimi suçlamalar nedeniyle ve bu suçlamalara dayanılarak özlük haklarını ihlal edecek şekilde işlem tesis edilecek ilgilie, idarenin işlemini gerekli kılan suçlama konularının önceden açıkça bildirilmesi gerekir. İdarenin bu yola gitmeden işlem tesis etmesi halinde ise (...) mahkemenin ilgili belgeleri davacıya tebliğı edip savunmasını aldıktan sonra hüküm tesis etmesi adil ve hakça bir yargılamanın temel koşuludur.*" Karardaki açıklamalarda da görüldüğü gibi, taraflar arasında eşitlik bulunmalıdır. Özellikle suçlama yöneltilen kişi, suçlamanın içeriğı hakkında eksiksiz bir şekilde bilgilendirilmelidir. Bu esas, hukuk devleti ilkesinin zedelenmemesi ve adil bir yargılanmanın yapılabilmesi için büyük önem taşır.

2) AIHS Md.6/ f.3'teki Diğer Savunma Hakları

AIHS md.6/f.3'te yer alan savunma hakları, esasen sanığın kendisini etkin bir şekilde savunabilmesini sağlayan haklar ve güvencelerdir. Daha

²⁷ AIHM, *Delcourt / Belçika*, 17.01.1970, (başvuru no.2689/65), par.28, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>, aynı yönde bkz. AIHM, 02.03.1987, *Monnell ve Morris / Birleşik Krallık*, (başvuru no.9562/81, 9818/82), par. 62, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

²⁸ RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, s.443.

²⁹ AIHM, *Dombo Beheer B.V. / Hollanda*, 27.10.1993, (başvuru no.14448/88), par.33, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

³⁰ Danıştay 5. Dairesi, T. 06.06.1991, E. 1990/4297, K. 1991/1099, kararın tam metni için bkz. www.hukukturk.com

önce de belirttiğimiz gibi bu haklar AİHS md.6/f.1'de yer alan cezai alanda adil yargılanma hakkının uzantısı niteliğindedir ve kısıtlayıcı değildirler.

*Sadak ve diğerleri /Türkiye kararında*³¹ AİHM, şüpheli/sanığın savunmasını yapabilmesi için hakkındaki suçlamalara neden olan maddi olaylara ilişkin olarak bilgilendirilmesinin yeterli olmayacağını, aynı zamanda bu olayların hukuki nitelendirilmesi hakkında da detaylı bir biçimde aydınlatılması gerektiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, AİHS md.6/f.3 (a) ve (b) bentlerinin beraber değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, yapılan suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirilme hakkı, kişinin savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli imkânlarla sahip olmasının ışığında ve bununla birlikte değerlendirilmelidir. Gerçekten de, kişinin savunmasını yapamadığı bir ortamda, kendisine yöneltilen suçlama hakkında bilgilendirilmesinin işlevsiz kalacağı şüphesizdir.

Danıştay 2. Dairesi 12.03.2004 tarihli kararında³², AİHS md.6/f.3 (b) bendine uygun bir hüküm kurmuştur. Kararda belirtildiğine göre; “...Ön inceleme elemanınca, kendilerine isnad olunan eylemlerin nitelik ve niceliği esas alınmadan, ilgililere tanınan 2 günlük cevap verme süresi adalet ilkele-riyle bağdaşmaz. Dolayısıyla ilgililere makul ve yeterli bir süre verildikten sonra ifadeleri yeniden alınmalıdır”.

Bunun yanında, AİHM içtihadı uyarınca Sözleşme’de yer alan haklar, teorik ve hayali değil aksine somut ve gerçek bir nitelik taşırlar. Bu esas, adil yargılanma hakkından kaynaklanan savunma hakları için de özel bir öneme sahiptir³³. Bu anlamda, bir savunmana sahip olmak hakkı, adil yargılanmanın gereklerinden biridir ve bu hak tüm muhakeme süreci boyunca uygulanmalıdır³⁴. Ayrıca, sanık isterse kendisini bizzat da savunabilir. Kişi, kendi savunmasını hazırlayabileceği gibi, kendisi hakkındaki suçlamayı içeren dosyayı da inceleyebilir. Sanık bizzat kendi savunmasını yaptığı durumlarda, adeta kendi kendisinin savunmanı olduğundan, savunmanın haklarından faydalanabilmelidir³⁵.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası’nın 129. maddesi uyarınca, “memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki

³¹ AİHM, *Sadak ve diğerleri /Türkiye*(n°1), 17.07.2001, (başvuru no.29900/96, 29901/96, 29902/96 ve 29903/62), par.48-50, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

³² Danıştay 2. Dairesi, T. 12.3.2004, E. 2004/137, K. 2004/240, kararın tam metni için bkz. www.hukukturk.com

³³ AİHM, *Artico /İtalya*, 13.05.1980, (başvuru no.6694/74), par.33, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

³⁴ AİHM, *Murray /Birleşik Krallık*, 08.02.1996, Recueil 1996-1, par.66, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

³⁵ RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l’homme*, s.467.

meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez". Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 129. maddesinin ikinci fıkrasına göre; "Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir". Yine aynı kanunun 130. maddesi uyarınca; "devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez". Dolayısıyla ülkemizde, AİHS ve AİHM içtihatları tarafından ortaya konulan savunma haklarının, idare hukuku açısından anayasal ve yasal düzeyde korunduğunu belirtmek gerekir. Bunun yanında, savunma alınmadan ceza verildiği hallerde, idari yargı yerleri bu disiplin cezalarını iptal etmektedir³⁶.

Danıştay 10. Dairesi 18.02.1985 tarihli kararında³⁷, yukarıda belirttiğimiz yasal metinlerde yer alan kuralları işaret ederek savunma haklarının korunması gereğine vurgu yapmaktadır. Söz konusu karara göre; "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 2670 sayılı Kanun ile değişik 129. maddesi (...) "hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını incelemeye tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekil vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir." hükmünü taşımaktadır. Metni yazılı yasa hükmünde açıkça belirtildiği gibi, devlet memurluğundan çıkarma cezası istenen memur hakkında karar vermeye yetkili olan kurul Yüksek Disiplin Kurulu olmaktadır. Bu kurul incelemesini yasada belirlenen koşullara göre yaparak durumu görüşülmekte olan memura maddenin 2.fıkrasında sayılı haklarını kullanma olanağını tanıması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, sözü edilen 129.maddenin 2.fıkrasında yer alan haklarını kullanıp kullanmayacağı yolunda ilgilie usulüne göre bir bildirim yapılması zorunludur. Bu gerek yerine getirilmeden verilen en ağır ceza olan devlet memurluğundan çıkarma cezası yöntem bakımından kanuna aykırı bulunmaktadır".

Görülmektedir ki, AİHS md.6/f.3'te yer alan haklar ve güvenceler Danıştay tarafından da ele alınmakta ve idari yargılamada savunma haklarının etkin bir şekilde kullanılması için bu güvencelere başvurulmaktadır.

IV. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine uyulması da, hukuk güvenliğinin sağlanması ve temel hak ve özgürlüklerin korunması için büyük önem taşır. Bu ilke esasen ceza hukukunun vazgeçilmez nitelikteki temel ilkelerinden

³⁶ ASLAN, s.111, idari yargı yerlerinin bu konudaki kararları için bkz. Danıştay 3. Dairesi, T. 07.11.1983, E. 1986/2516, K. 1983/2568; Danıştay 8. Dairesi, T. 22.06.1989, E. 1988/872, K. 1989/595 kararların tam metni için bkz. www.hukukturk.com

³⁷ Danıştay 10. Dairesi, T. 18.02.1985, E. 1984/2079, 1985/234, kararın tam metni için bkz. www.hukukturk.com

birisidir. Bu başlık altında, idari yargı yerlerinin bu ilkeye yaklaşımı incelenecektir.

Bu ilke, AİHS md.7'de de ele alınmıştır. AİHS md.7/f.1 hükmü şöyledir : *“Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuk çerçevesinde bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunmayacaktır. Hiç kimseye, suç işlendiği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyecektir”*.

AİHM, bu hükmün sadece aleyhe olan ceza kanunlarının geriye yürütmezliği ilkesini vurgulamakla sınırlı kalmadığını aynı zamanda suçta ve cezada kanunilik ilkesine de işaret ettiğini belirtmektedir. Yine bu hüküm çerçevesinde, AİHM yargıçları tarafından, ceza normlarının suçlanan kişinin aleyhine olarak genişletici bir biçimde yorumlanamayacağı veya kıyas yapılamayacağı da belirtilmiştir. Kanun, suçu açık ve belirli bir biçimde tanımlamalıdır³⁸.

Yine Mahkeme'nin içtihadı uyarınca; 7. madde sadece cezai alanı kapsamaktadır. Bununla birlikte AİHM, bu maddenin; cezanın infazına ilişkin şartları ve tam anlamıyla ceza niteliği taşımayan tedbirleri kapsamadığını belirtmektedir³⁹. Disiplin cezalarının doğurabileceği ağır sonuçları göz önünde bulundurursak, bunların 7. maddenin kapsamı dışında bırakılması tartışma götürür niteliktedir⁴⁰.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanıp uygulanmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Disiplin cezalarını sözleşme teorisiyle açıklayan görüş uyarınca; disiplin cezaları ceza hukuku anlamındaki cezalardan farklı bir nitelik taşır. Sözleşme teorisini savunanlara göre, disiplin cezalarında esas olan bir kurumun düzeninin sağlanması olduğundan, bunlar ile hürriyeti bağlayıcı cezaların tabii olduğu ilkeler farklı olacaktır. Bu sebeple, “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” disiplin hukukunda tam olarak uygulanmaz⁴¹.

“Kurumsallık” veya “Ceza Hukuku Birliği” teorisi olarak adlandırılan ikinci görüş ise, devletin cezalandırma yetkisinin tek olduğu esasına dayanır. Bu görüş uyarınca, devlet cezalandırma yetkisine sahip olan kamu veya özel hukuk tüzel kişilerinin üzerindeki bir üst kurumdur. Dolayısıyla cezalandırma yetkisi de bu üst kurumdan kaynaklanır. Bu bakış açısıyla disiplin ceza-

³⁸ AİHM, Kokkinakis/Yunanistan, 25.05.1993, (başvuru no.14307/88), par.52, kararın Fransızca metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

³⁹ RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, s.285-286.

⁴⁰ RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, s.286.

⁴¹ TEZCAN Durmuş, “Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Adil Yargılanma Hakkı”, Çetin Özek'e Armağan, İstanbul 2004, s.859-874, s.862.

ları, ceza hukuku uygulamasının uzantısı niteliğini taşımaktadır ve ceza hukuku tarafından sağlanan güvencelerden faydalanmalıdır⁴².

Fransa ve Türkiye gibi ülkelerde, memuriyet ilişkisinin esas belirleyicisi statü sistemi olduğundan, salt sözleşme statusüne itibar edilmemektedir. Aksine, disiplin cezası verme yetkisinin kaynağının kurumsal kurallar olduğunu vurgulamak gerekir⁴³.

AIHM içtihadı uyarınca, disiplin suç ve cezalarının AIHS md.6'daki güvencelerden yararlanamayacağını ve suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukuna uygulanmayacağını belirtmiştik. Ancak Anayasa Mahkemesi, AIHM içtihadının ötesine geçerek, Kamu İktisadi Teşebbüsleri personel rejimi ile ilgili olarak verdiği kararda⁴⁴ şu yönde hüküm vermektedir; "...öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesinin kapsamındadır". Görülmektedir ki, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 38. maddesini disiplin suç ve cezalarına da uygulamaktadır. Bu içtihadın, AIHM kararları ile zıt olduğu açıktır.

Sonuç

Cezai alanda adil olarak yargılanmanın içeriğini oluşturan hakların ve güvencelerin idari yargı yerlerinde de uygulanması hukuk devleti ilkesinin etkin bir şekilde hayata geçirilmesi için büyük bir önem arz etmektedir. Çalışmamız içinde de belirttiğimiz üzere Danıştay, yaptığı yargulamalarda masumiyet karinesi ve savunma hakları gibi birtakım güvenceleri tanımaktadır.

TC. Anayasası'nın 36. maddesi adil yargılanma ilkesini içermektedir. Yine Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca; "Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır". Disiplin hukukunun içerdiği yaptırımların, ceza hukukundaki cezalardan farklı karakterde olduğu açıktır. Ancak idarenin uyguladığı yaptırımların keyfilikten uzak olması ve hukuk güvenliğinin sağlanması için, yukarıda anılan anayasa hükümleri de göz önüne alındığın-

⁴² TEZCAN, "Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Adil Yargılanma Hakkı", s.864-865.

⁴³ TEZCAN, "Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Adil Yargılanma Hakkı", s.868-869.

⁴⁴ AYM, T. 04.04.1991, E.1990/12 ve K.1991/7, kararın tam metni için bkz. www.hukukturk.com

da, kanımızca adil yargılanma hakkının idari yargı yerlerinde de etkin bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

Disiplin suçlarını cezalandıran kanun, tüzük ve yönetmelikler açısından “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin hayata geçirilmesi hem zordur ve hem de tamamıyla mümkün değildir. Çünkü bu metinlerde birçok hareketi aynı zamanda kapsayacak genel ve kavrayıcı ibareler kullanılmaktadır. Ancak disiplin hukukunda bu ilkeye yaklaşılması da hukuk devletinin daha etkili bir biçimde tesisi için kuşkusuz faydalı olacaktır. Bu konuya ilişkin olarak, “Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği”nin⁴⁵ 12. maddesinde yer alan düzenlemeyi ele almak gerekir. Söz konusu yönetmeliğin ilgili maddesi, yönetmelikte sayılan disiplin suç ve cezalarına gönderme yaparak şu düzenlemeyi getirmektedir; “Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hüllere nitelik ve ağırlıklarla itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir”. Böyle bir düzenlemenin üniversite öğretim mesleğinden veya kamu görevinden çıkarma gibi bir disiplin cezasını da içeren bir yönetmelikte bulunmasının, keyfi ve ağır sonuçlara yol açması muhtemeldir. Akademik özgürlükleri ortadan kaldırmaya müsait olan ve belirlilikten uzak olan bu gibi düzenlemeler, kanaatimizce kurum veya kuruluşun iç düzenini ilgilendirmekle beraber, bu biçimdeki keyfi düzenlemeler sonucu verilecek olan cezalar sosyal düzeni derinden etkileyecektir. Bu şekilde düzenlenen ve içeriği belli olmayan disiplin suçları (özellikle bu tür disiplin suç ve cezalarının yükseköğretim çalışanları hakkında düzenlenmesi), kişilerin hareket alanlarının belirlilikten uzak olmasını dahası hareketsizleşmesini sonuçlayacaktır. Bu şekilde hareketsizleşen, hareketlerinin doğuracağı hukuki sonuçları kestiremeyen bireylerin yaşadığı toplumlar ilerleyemez. Dolayısıyla, disiplin suç ve cezalarının belirli ve açık olması bir ülkede hukuk güvenliğinin sağlanması için önem taşır.

⁴⁵ RG. 21/08/1982, RG. No. 17789, <http://www.yok.gov.tr/content/view/458/183/lang,tr/>

Kaynakça

ARDANT Philippe, Institutions politiques&droit constitutionnel, L.G.D.J, Paris 2001.

ASLAN Zehreddin, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa, İstanbul 2001.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

RENUCCI Jean-François, Droit européen des droits de l'homme, L.G.D.J, Paris 2002.

RENUCCI Jean-François, Traité de droit européen des droits de l'homme, L.G.D.J, Paris 2007.

SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, Puf, Paris 2003.

TEZCAN Durmuş, "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulanma Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Armağan Serisi no:4, 1.Bası, İstanbul 2003.

TEZCAN Durmuş, "Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Adil Yargılanma Hakkı", Çetin Özek'e Armağan, İstanbul 2004.

TONINI Paolo, Manuale di procedura penale, Giuffrè Editore, Milano 2008.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=67469626&skin=hudoc-fr&action=request>.

<http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/ceza-muhakemesinde-savcilik-dr-selahattin-keyman/>.

www.hukukturk.com

*Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda
Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler*

*(The Concept of Aberratio Ictus and Provisions Applicable
in Cases of Aberratio Ictus in Turkish Penal Law)*

*Fulya EROĞLU**

Özet: Sapma halinde uygulanacak hükümlerin tespiti 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra tartışmalı bir konu haline almıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tek neticeli sapma hali, hata hali ile aynı hükümde düzenlenmiş olmasına rağmen, yeni kanunda sapmaya ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak hatayı düzenleyen 30. madde ile fikri içtimaı düzenleyen 44. maddenin gerekçelerinde sapma halinde uygulanacak hükümlere ilişkin bir takım açıklamalar yapılmaktadır. Bu çalışmada sapma kavramını ortaya koyduktan sonra, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve ceza kanunu tasarılarında sapma halinin ne şekilde yer almakta olduğunu inceleyeceğiz. Ardından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeleri açıklayacak ve bilhassa "fiil" ve "hareket" kavramları doğrultusunda ileri sürülen görüşlere yer vererek kişisel kanaatimizi belirteceğiz.

Anahtar Kelimeler: Sapma, hata, fikri içtima, fiil, hareket, tek neticeli sapma, çok neticeli sapma.

Abstract: Upon the enactment of Turkish Penal Code nr. 5237, there has been a considerable debate over the notion of aberratio ictus. While Turkish Penal Code nr. 765 regulated the cases of aberratio ictus with singular outcome and error under the same provision, there is no provision on aberratio ictus in the new code. However, the motives of Articles 30 and 44 include directions on how to apply certain provisions of the new code in case of aberratio ictus. In this study, the concept of aberratio ictus shall be explained, and regulations of the Code nr. 765 regarding the issue shall be examined. Subsequently, the regulation of Turkish Penal Code nr. 5237 shall be analysed with a focus on opinions related to concepts of "deed" and "action", followed by a personal assesment on the matter.

* Ar. Gör., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Huku-
ku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: fulyaeroglu@gmail.com

Keywords: *Aberratio ictus, error, concurrence of offences, deed, act, aberratio ictus with one result, aberratio ictus with multiple results*

I. Sapma Kavramı

A. Genel Olarak

Sapma, iradenin ortaya çıkmasından sonraki bir aşamada gerçekleşen ve failin bilgisizliği ya da yanlış bir tasavvurundan kaynaklanmayan bir sebepten ötürü failin maksadını oluşturan neticeden başka bir neticenin gerçekleşmesi durumu olarak tanımlanabilir.¹ Sapma halinde seçilen araçların yetersizliği veya yetenekli bir tarzda kullanılmaması yüzünden ya da diğer bir sebepten dolayı failin maksadını teşkil eden neticeden başka bir netice meydana gelmektedir.²

Bununla birlikte, sapma kavramını hatanın bir türü olarak gören görüş, sapmayı, “suçun icrası aşamasında gerçekleşen hata” olarak tanımlamaktadır. Bu görüşe göre hata sadece iradenin oluşumunu değil, aynı zamanda iradenin gerçekleştirilmesi sürecini de etkilemektedir. Hatanın bu türünde hareketten kaynaklanan nedensel sürecin, fail tarafından öngörülenden farklı bir gelişim göstermesi söz konusudur.³

Sapmayı hata kavramının bir türü olarak kabul eden bu tanımlamayı yerinde bulmadığımızı belirtmek isteriz. Sapma kavramı, gerçeğin bilinmemesi veya yeteri kadar bilinmemesi sebebiyle yanlış bir hüküm verilmesi anlamına gelmekte olan hata kavramından farklılık arz etmektedir. Hata, yanlış da olsa bir kanaatin varlığını ifade eder.⁴ Sapma ise kastın oluşumundan sonra, icra sırasında ortaya çıkan dışsal faktörler sebebiyle failin maksadını teşkil eden neticeden başka bir neticenin meydana gelmesidir.⁵ Sapma durumunda, kast herhangi bir yanılma olmadan meydana geldikten sonra ortaya çıkan bir sebeple netice başka türlü gerçekleşmektedir.⁶

¹ Erman, Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 83 – 84.

² Dönmezer, Sulhi / Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 12. Bası, Beta, 1999, s. 314, Kn. 1039.

³ Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara, Savaş, 2005, s.172; Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil zerinde Hata, Ankara, Yetkin, 2007, s. 88.

⁴ Dönmezer / Erman, s. 314, Kn. 1039.

⁵ Erman, B., s. 84.

⁶ Dönmezer / Erman, s. 323, Kn. 1054.

B. Sapma Çeşitleri

1. Tek Neticeli Sapma

Tek neticeli sapmada, failin asıl kastettiği netice yerine, başka bir neticeyi gerçekleştirme söz konusudur.⁷ Tek neticeli sapmaya örnek olarak fail, hedefi olan (A) şahsına ateş ettikten sonra herhangi bir sebeple kurşunun (B) şahsına isabet etmiş olması verilebilir.⁸ Burada fail mağdurun kimliğinde herhangi bir yanılgıya düşmemekte ve gerçekten (A)'ya ateş etmektedir. Ancak elinin titremesi, mağdurun kendisini sakınması veya mermi yoluna birden bire üçüncü bir kişinin girmesi gibi bir sebeple suç (A) yerine (B) aleyhine işlenmiş olur.⁹

2. Çok Neticeli Sapma

Failin asıl kastettiği netice ile birlikte başka bir ya da daha fazla neticenin de gerçekleşmesi halinde çok neticeli sapma söz konusu olur.¹⁰ Çok neticeli sapmadan söz edebilmek için, bir suçun hedef alınan belli bir kişi veya şeye karşı işlenmiş olması ve bunun yanı sıra, istenmeyen başka bir kişiye veya şeye karşı da neticenin meydana gelmesi gerekmektedir.¹¹ Örnek olarak failin (A)'ya attığı kurşunun, (A)'yı öldürdükten sonra, onun vücudundan çıkıp yanında bulunan (B)'ye de isabet ederek (B)'yi yaralaması verilebilir.¹²

II. Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler

A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Sapma

1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde sapma hallerinde Kanun'un 52. maddesi uygulama alanı bulmaktaydı. Söz konusu maddede yer alan düzenleme şu şekildeydi: "*Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffifeden istifade eder*".

⁷ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin, 2011, s. 400.

⁸ İçel, Kayıhan, "Fikri İctima Üzerinde Bir İnceleme", İÜHM (Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'ya Armağan), C. XXX, S. 1-2, 1964, s. 178.

⁹ Dönmezer / Erman, s. 323, Kn. 1054.

¹⁰ Dönmezer / Erman, s. 335, Kn. 1068; Demirbaş, s. 400.

¹¹ Güngör, s. 98.

¹² Dönmezer / Erman, s. 335, Kn. 1068.

Görüldüğü üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi "*Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa*" ifadesine yer vermekte ve birbirlerinden farklı kavramlar olmalarına rağmen şahısta hata ile sapma hallerini bu madde kapsamında bir arada düzenleme altına almaktadır. Bu bağlamda madde metninde yer alan *bir hata yüzünden cürmün kastedilen şahıstan başka bir şahsın zararına işlenmiş olması* hali şahısta hatayı, *sair bir arıza yüzünden cürmün kastedilen şahıstan başka bir şahsın zararına işlenmiş olması* hali ise sapmayı belirtmektedir.¹³

Ayrıca madde, *sair bir arıza yüzünden cürmün kastedilen şahıstan başka bir şahsın zararına işlenmiş olması* ihtimalini düzenlemekle birlikte, kastedilen şahsa karşı işlenip de bunun yanı sıra başka bir kişiye karşı da işlenmiş olması halini düzenleme kapsamına almamaktadır. Böylece 765 sayılı Kanun'un 52. maddesinde hüküm altına alınmış olan sapma hali, yalnızca tek neticeli sapma olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴ Bu kapsamdaki bir düzenleme karşısında tek neticeli sapma ile çok neticeli sapma hallerine farklı sonuçlar bağlanmıştır. Aşağıda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde tek neticeli ve çok neticeli sapma hallerinde uygulanan hükümler ayrı ayrı açıklanacaktır.

2. Tek Neticeli Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde hedefte sapma kurumu ile şahısta hatanın bir arada ve paralel şekilde düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiş ve bu iki kavramın birbirinden farklı kavramlar olduklarına dikkat çekilmiştir. Bu bakımdan sapma halinde bir yanılmanın bulunmadığı vurgulanmıştır. Hatanın, kastın oluşmasında etkili olarak, kastın yanlış bir şekilde ortaya çıkmasına sebep olduğu, sapma halinde ise kastın herhangi bir yanılma olmaksızın oluştuğu, daha sonra meydana gelen bir sebeple neticenin başka türlü gerçekleştiği ifade edilmiştir.¹⁵

Doktrinde hata kavramından farklı olan sapma halinde biri teşebbüs aşamasında kalmış, diğeri tamamlanmış iki ayrı suç bulunduğu dikkat çekilmiştir. Örneğin, (A)'yı öldürme kastıyla atılan bir kurşunun sekerek (B)'ye isabet etmesi ve (B)'nin ölümüne neden olması durumunda faili, (A) açısından teşebbüs derecesinde kalmış adam öldürme suçundan ve ayrıca (B) açısından tamamlanmış adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir. Ancak kanunda yer alan düzenleme karşısında tek neticeli sapma halinde 52. maddenin öngördüğü çözüm uygulama alanı bulacaktır.

¹³ Dönmezer / Erman, s. 323, Kn. 1054; İçel, Kayhan / Sokullu – Akıncı, Füsün / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoğlu, Fatih S. / Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, Beta, 2004, s. 277.

¹⁴ İçel vd., s. 277 – 278.

¹⁵ Dönmezer / Erman, s. 323, Kn. 1054; İçel vd., s. 277.

Kanunda kabul edilen çözüm şekline göre, tek neticeli sapma halinde tamamlanmış tek bir suç bulunmaktadır ve böyle bir durumda hataya ilişkin esaslara göre sorun çözümlenmektedir.¹⁶

Burada sübjektif olarak işlenmesi kastolunan fakat gerçekleşmeyen bir suç ile işlenmesi kastedilmeyen fakat sapma dolayısıyla objektif olarak gerçekleşmiş olan bir başka suç bulunmaktadır. Doktrinde, kanunun 52. maddesinde yer alan düzenleme ile adeta bir varsayım kurularak sübjektif yöne üstünlük tanındığı, irade ile gerçek arasındaki ayrılık irade lehine çözümlenerek, suçun kastolunan kişiye karşı işlenmiş sayılacağıının kabul edildiği belirtilmektedir. Örneğin (A)'nın öldürülmesi kastedilip de sapma dolayısıyla (B) öldürülmüş olsa, gerçekte ölen (B) olmasına rağmen, (A) ölmüş olsaydı kusurluluk meselesi ne şekilde çözümlenecek idiyse, o şekilde çözümlenir.¹⁷

Bu düzenleme karşısında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sapma halinde iki suçun varlığını kabul etmediği anlaşılmaktadır. Buna göre ortada tek bir netice ve tek bir suç bulunmaktadır. Ancak kanunun kurduğu varsayım ve sübjektif yöne tanındığı üstünlük dolayısıyla bu tek suç gerçekte işlenen neticenin gerektirdiği suç olmayıp, failin gerçekleşmesini istediği neticenin meydana getireceği suçtur.¹⁸

3. Çok Neticeli Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler

Failin kastettiği neticenin yanında istenmeyen bir ya da daha fazla neticenin gerçekleşmesi durumunu teşkil eden çok neticeli sapma haline ilişkin olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Sapma ve hata kavramlarının birbirlerinden farklı kavramlar olmaları ve çok neticeli sapma açısından 52. madde gibi bir hükme kanunda yer verilmiş olması sebebiyle, hataya ilişkin hükümlerin burada da uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Kanunda konuya ilişkin bir hüküm olmadığından doktrinde çok neticeli sapma halinde birden fazla suç olduğu ve bu durumda kast veya taksir hakkındaki genel esaslara başvurularak gerçekleşen bütün neticelerden dolayı failin sorumlu olacağı belirtilmektedir.¹⁹

Yargıtay'ın bazı kararlarında çok neticeli sapma halinde fikri içtima hükümlerini uyguladığı görülmektedir.²⁰ Ancak Yargıtay'ın bazı kararların-

¹⁶ İçel vd., s. 277; İçel, "Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme", 179.

¹⁷ Dönmezer / Erman, s. 324 Kn. 1057.

¹⁸ Dönmezer / Erman, s. 324, Kn. 1057.

¹⁹ Dönmezer / Erman, s. 335 - 336, Kn. 1068; Erman, Sahir, "Adam Öldürme - İnhiraf - Taammüdüün İntikali - Fikri İçtima (Mahkeme İçtihatları)", İÜHFM, 1950, C. XVI, S. 1 - 2, s. 488; İçel vd., s. 277 - 278; İçel, "Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme", s. 180.

²⁰ CGK, 26.11.1945, 206/201; 2.CD, 8.10.1948, 8435/9343 (aktaran İçel vd., s. 278, dn. 244).

da izlediği bu yol doktrinde eleştirilmiştir. Bu bağlamda 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nda bu durumun açıkça öngöröldüğü, çok neticeli sapma hallerinde faile meydana gelen neticelerden en ağırının gerektirdiği cezanın verileceği- ne ve bu cezanın yarıya kadar arttırılacağına ilişkin bir hükmün olduğuna dikkat çekilmektedir. Ancak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu tür bir hüküm bulunmadığından faile meydana gelen neticelerden en ağırının yük- lenmesinin söz konusu olamayacağı da vurgulanmaktadır.²¹

Kanunda konuya ilişkin açık bir düzenleme olmadığı gibi sorunun fikri içtima kuralları kapsamında çözümlenmesi de mümkün değildir. Zira fikri içtimanın koşullarından biri olan "fiilin tek olması" koşulu sapma halinde gerçekleşmeyecektir. Sapma halinde, hareket, netice ve bunların arasındaki nedensellik bağını ifade eden fiil tek değildir. Nitekim sapma halinde birden fazla netice ve dolayısıyla da birden fazla fiil mevcuttur. Bu sebeple de çok neticeli sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.²²

Fikri içtima hükümlerinin uygulanması bakımından hareketin tek olmasını aramak da yerinde değildir. Hareket ve fiil farklı kavramlar olarak karşımıza çıkmakta olup, fikri içtimaa ilişkin hükümde "hareket" yerine "fiil" kelimesinin kullanılması bilinçli bir tercihtir.

Kunter bu durumu mehz kanun olan 1889 kanununun hazırlanma aşa- malarını da gerekçe göstererek açıklamaktadır. Söz konusu kanunun tasarı aşamasında fikri içtimaa ilişkin hükümde "*bir hareket birden fazla neviden suç teşkil ederse (...)*" hükmü yer almaktayken bu ifade daha sonra "*bir tek ve aynı hareket (...)*" olarak değiştirilmiştir. 1870 tarihinde ikinci bir komisyon tarafından hazırlanan tasarıda ise maddede "*bir kimse bir tek ve bölünmez bir fiil ile Ceza Kanununu muhtelif bakımlardan ihlal ederse ağır cezayı gerektiren hükme göre cezalandırılır*" hükmüne yer verilmiştir. Bununla bir- likte *Vigliani* tasarısında "*işlediği bir hareketle birden fazla nevide cürüm işlemiş olan kimse, ağır cürmün cezası ile cezalandırılır*" ifadesi bulunmakta- dır. *Vigliani* tasarısında yer alan bu madde 1876 tarihli *Mancini* tasarısında da yer almış olduğu gibi, "cürüm" kelimesi yerine "suç" kelimesinin getirilme- si dışında bir değişiklik yapılmadan 1883 tarihli *Zanardelli*'nin tasarısında da görölmektedir. *Zanardelli*'nin 1887 tarihli ikinci ve son tasarısında ise madde "*işlediği bir fiil ile birden fazla nevide suç işlemiş olan kimse ağır neviden suçun cezası ile cezalandırılır*" şeklini almıştır. Gerekçesinde *Zanardelli*, "hareket" yerine maksadı daha iyi ifade eden "fiil" kelimesinin kullanıldığını belirtmiştir. Komisyon gerekçesinde de bir mermi ile birden fazla kişiyi isteyerek yaralayan kişinin suçlarının gerçeğ içtima, evli kadının ırzına geçme durumunda ise ırza geçme ve zina suçları arasında fikri içtima

²¹ Dönmezer / Erman, s. 335, Kn. 1068.

²² Dönmezer / Erman, s. 335 – 336, Kn. 1068; İçel vd., s. 277 – 278; İçel, "Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme", s. 179 -181; Kunter, Nurullah, "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleşmesi (Mahkeme İçtihatları)", İÜHFİM, C. XIV, S. 1 – 2, 1948, s. 363 vd.

kurallarının uygulanacağı örnek olarak verilmiş olup "hareket" kelimesi yerine "fiil" kelimesine yer verilme suretiyle ilk görüşten ayrılmış olduğu ifade edilmiştir.²³

Kunter, maddenin geçirdiği bu aşamalar dikkate alındığında fikri içtima bakımından esas alınması gerekenin "hareket" değil "fiil" olduğunu belirtmektedir.²⁴

B. Türk Ceza Kanunu Tasarıları Kapsamında Sapma

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeyi inceledikten sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki mevcut durumun incelenmesine geçmeden önce iki önemli ceza kanunu tasarısına değinmekte fayda görüyoruz. Bu bakımdan "Dönmezer tasarısı" olarak da bilinen 2001 tarihli tasarı ile 2004 tasarısında yer alan konuya ilişkin düzenlemeleri incelemekte fayda bulunmaktadır.

Sapma haline ilişkin 2001 tasarıma bakıldığında hata konusunu düzenleme altına alan 23. madde kapsamında 765 sayılı Kanun'un 52. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemeye gidilerek tek neticeli sapmanın hata ile aynı maddede hüküm altına alınmış olduğu görülmektedir. Tasarının 23. maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir:²⁵

"Bir kimse, hata veya diğer bir neden yüzünden, suçu, kastettiği kişiden başka bir kişi zararına işlemiş olursa, suçtan zarar gören kimsenin sıfatından doğan cezayı ağırlaştırıcı nedenler faile yüklenemez; suç, kast olunan kişiye karşı işlenmiş sayılarak fail suçun gerektirdiği hafifletici nedenlerden yararlanır.

Olayların hatalı değerlendirilmesinin etkisi altında hareket eden kimse hakkında, hatanın lehine sonuç verecek nitelikte olması halinde, buna göre hüküm verilir.

Alınması elinde olan tedbirlere başvurmak suretiyle hataya düşmeyebilecek olan kimseye kanun o fiili taksir ile cezalandırılmış ise buna göre ceza verilir.

Kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir hata dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerine ait koşullara uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez.

Hata, başkasının aldatması sonucu meydana gelmiş ise, işlenen suçtan dolayı hatayı düşüren sorumlu olur."

²³ Kunter, "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleşmesi (Mahkeme İçtihatları)", s. 363 - 364.

²⁴ Kunter, "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleşmesi (Mahkeme İçtihatları)", s. 365.

²⁵ Söz konusu tasarı maddesi için bkz. Yeni Adalet Sistemi Giresun Semineri - Türk Ceza Kanunu, Bahçeşehir Üniversitesi IGUL, Yayın No. 3, İstanbul, 2004, s. 27.

Buna karşılık 2004 tarihli tasarıda yer alan hataya ilişkin düzenlemede 2001 tasarısının 23. maddesinin ilk fıkrasına benzer bir düzenleme yer almaktadır. 2004 tasarısının 30. maddesinde hata kurumu hüküm altına alınmakla birlikte, sapmaya ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. 2004 tasarısının 30. maddesinde yer alan hüküm 5237 sayılı Kanun'da da korunmuş olup maddeye 2005 yılında 5377 sayılı kanunla 4. bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu maddenin 2004 tarihli tasarıdaki düzenleniş şekli şöyledir:²⁶

“Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bil-meyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

Sapma halinde uygulanması tartışma konusu olan fikri içtima ilişkisi olarak bu tasarılar da yer alan hükümlere göz atmakta da fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda fikri içtimaın 2001 tasarısının 56. maddesinde düzenleme altına alınmış olduğu görülmektedir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:²⁷

“İşlediği bir fiil ile kanunun çeşitli hükümlerini ihlal eden kimse en ağır cezayı gerektiren hükümden sorumlu olur. En ağır cezayı gerektiren hükümden maksat, uygulamada en ağır sonucu veren hükümdür.”

2004 tasarısının 44. maddesinde yer alan fikri içtima maddesi ise şu şekildedir:²⁸

“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”

Genel anlamda her iki tasarıda yer alan hüküm de birbirinden çok farklı değildir. Ayrıca her iki düzenlemenin de 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükme paralel düzenlemeler olduğu görülmektedir. 2001 tarihli tasarı ile 2004 tarihli tasarı arasındaki en dikkat çekici fark, 2001 tasarısında “en ağır cezayı gerektiren hüküm” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmiş olmasıdır. Bunun dışında 2001 tasarımda işlenen bir fiil ile “kanunun çeşitli hükümlerinin ihlal edilmiş

²⁶ Söz konusu tasarı maddesi için bkz. Yeni Adalet Sistemi Giresun Semineri – Türk Ceza Kanunu, s. 27.

²⁷ Söz konusu tasarı maddesi için bkz. Yeni Adalet Sistemi Giresun Semineri – Türk Ceza Kanunu, s. 39.

²⁸ Söz konusu tasarı maddesi için bkz. Yeni Adalet Sistemi Giresun Semineri – Türk Ceza Kanunu, s. 39.

olması”ndan söz edilirken, 2004 tasarısında bir fiil ile “birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi” ifadesi kullanılmıştır.

Sapma kavramına uygulanacak hükmü tespit bakımından gerçekleştirilen tartışmalar kapsamında önem taşıyan “fiil” kelimesinin ise her iki tasarıda da korunduğu dikkati çekmektedir. Değınmiş olduğumuz gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesinde yer alan düzenlemede de 2004 tasarısında yer alan düzenleme kabul edilmiş olup “bir fiil ile” terimi korunmuştur. Bu bakımdan gerek 2001 gerekse 2004 tasarılarında olduğu gibi, yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da fikri içtima ilişkili maddede yer alan “fiil” kelimesinin muhafaza edilmiş olduğu ve bu kelime yerine kullanılmak üzere “hareket” kelimesinin tercih edilmediği görülmektedir.

C. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Sapma

1. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda sapmaya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu duruma ilişkin olarak TCK’nın 30. maddesinin gerekçesinde, “*şahısta hata*”nın aslında 30/1 ve 30/2. maddelerin hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için bu konuya ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesinin gereksiz görüldüğü ifade edilmiştir. Ayrıca, hedefte sapma haline ilişkin olarak da 30. madde kapsamında bir düzenlemeye gitmenin gerekli görülmediği de belirtilmiştir. 30. maddenin gerekçesinde, hedefte sapma hallerinde suçların içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun olduğu açıkça vurgulanmış, nitekim uygulamada da hedefte sapmanın, suçların içtima ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmakta olduğu dile getirilmiştir.²⁹

Fikri içtima düzenleme altına alan 44. maddenin gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir: “*Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hâkimdir. Bu nedenle, kanuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmak-*

²⁹ Söz konusu madde gerekçesi için bkz. (çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>, son erişim, 16.07.2012, 19.00.

*tadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir”.*³⁰

Yukarıda da ilgili bahisler çerçevesinde vermiş olduğumuz açıklamalar doğrultusunda kanaatimizce 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sapma haline ilişkin yaklaşımı tartışmaya muhtaçtır. Kanunda sapma haline ilişkin özel bir hükme hangi sebeple yer verilmemiş olduğu anlaşılamamaktadır. Bunun yanı sıra 30. ve 44. maddelere ilişkin gerekçelerde yer alan ifadeler de kanaatimizce eleştirilmelidir. Bilhassa 44. maddenin metninde yer almasına rağmen gerekçesinde dikkat çekilen hususların üzerinde durulması gerekmektedir.

Bu bağlamda aşağıda sapma konusunu yakından ilgilendiren maddeler olan hataya ilişkin 30. madde ile fikri içtimaı düzenleyen 44. maddeyle ilgili açıklamalara yer verilecektir. Ancak 30. maddeye 2005 yılında yapılan değişlikle eklenmiş olan ve hukuki hatayı düzenleme altına dördüncü fıkra konumuzun kapsamı dışında kaldığından incelenmemiştir. Hata ve fikri içtima hükümlerine ilişkin açıklamaların ardından da sapma halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde uygulanması gereken hükümlere ilişkin doktrinde ve uygulamada yer alan görüşler çerçevesinde eleştirilerimizi ve kanaatimizi ortaya koymaya çalışacağız.

2. Hataya İlişkin Düzenleme (TCK m. 30)

a. Suçun Maddi Unsurlarında Hata

Suçun maddi unsurlarında hatanın sonucu, failin işlediği fiil bakımından kastının ortadan kalkmasıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde kast; *suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi* olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birine ilişkin bilme eksikliği TCK'nın 21. maddesinde yer alan kast tanımının gerçekleşmediği anlamına gelecektir. Bu sebeple de suçun maddi unsurlarından biri bilinmeden davranılmış olması halinde kasıtlı bir davranıştan söz etmek mümkün olmayacaktır.³¹

Suçun maddi unsurlarında hata, Türk Ceza Kanunu'nun “hata” başlıklı 30. maddesinin ilk fıkrasında düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: *“failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”*

Doktrinde, failin maddi koşullardaki hatasının taksirden kaynaklandığı

³⁰ Söz konusu madde gerekçesi için bkz. (çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>, son erişim, 16.07.2012, 19.00.

³¹ Erman, B., s. 26; Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin, 2010, s. 254 – 255.

durumlarda (fail gerekli dikkat ve özeni gösterseydi suçun maddi unsurlarında hataya düşmeyecekti) taksirle işlenmiş bir haksızlıktan bahsedileceği ifade edilmektedir.³²

Bu durumda işlenen fiilin taksirli şekli kanunda düzenlenmişse kişi bundan sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık hataya düşme konusunda failin taksiri dahi yoksa işlenen fiilin taksirli şeklinden dolayı failin cezalandırılması söz konusu olamaz.³³

Bununla birlikte, TCK'nın 30/1. maddesinde yer alan bu düzenleme pek çok açıdan eleştirilmektedir. Maddeye ilişkin ilk eleştiri 30/1'in birinci cümlesinde hata kavramına dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olması açısından getirilmektedir. Gerçekten de maddenin ilk cümlesinde TCK'nın 21. maddesinde yer alan kast tanımı tekrarlanmakta, hataya ilişkin ise herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu açıdan bizce de 30/1. maddenin ilk cümlesi madde açısından fazlalık teşkil etmektedir.³⁴

TCK madde 30/1'in ikinci cümlesinde ise, "kanuni unsurların bilinmemesi" durumu her koşulda bir hata hali olarak kabul edilmiştir. Bu hali ile söz konusu düzenleme bizleri, taksirin bulunduğu her durumda bir hatanın söz konusu olduğu ve 30/1'in uygulama alanı bulabileceği sonucuna götürmektedir. Oysaki, bir kişinin kasten ya da taksirle hareket etmesi farklı, kasten hareket ettiği bir durumda koşullar bakımından hataya düşmesi farklı şeylerdir. Hata ile taksirin eş anlamlı olmamasından hareketle, failin hatasında taksirin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir: "*Fail gereken dikkat ve özeni göstermiş, fakat buna rağmen yanılmaktan kendini alıkoyamamış ise, yanılma varsa da taksir yoktur.*"³⁵

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun 30/1'inci maddesinin ikinci cümlesinde taksirli sorumluluk halinin saklı tutulmuş olması, ortaya çıkan hukuki sorunu gidermek konusunda yardımcı olamamaktadır. Taksire yapılacak soyut bir atıfla bu konunun düzenlenmesi mümkün değildir, zira kişinin hataya düşmekteki taksiri ile asıl eylemi gerçekleştirirken içinde bulunduğu taksir hali arasında paralellik kurulmasına hukuki bir dayanak getirilmiş olmamaktadır.

Bu bağlamda, mevcut düzenleme gereği, bir olayda hatanın bulunması

³² Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2009, s. 407; Özbek, Veli Özer, "Türk Ceza Hukukunda Hata", CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, Ankara, Seçkin, s. 86.

³³ Koca, Mahmut, "Türk Ceza Hukukunda Hata", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ed. Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin, 2009, s. 88.

³⁴ Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, Ankara, Seçkin, s. 47.

³⁵ Dönmezer / Erman, s. 318, Kn. 1043.

ve bu hata sonucu kastın kalkmış olması halinde, aynı eylemden dolayı taksirli sorumluluğun da ortadan kalmış olacağı görüşü savunulabilecektir.³⁶

TCK'nın 30/1. maddesine ilişkin olarak getirilen ve yukarıda değinmiş olduğumuz eleştiriye cevaben bazı yazarlar, soyut olarak bilmemenin her zaman hata anlamına gelmeyeceğini belirterek somut olayda suçun maddi unsurlarının bilinmemesinin, bir kişinin kendi fiili ile ilgili gerçeği bilmemesinin her zaman hata anlamına geleceğini ifade etmektedirler. Bu görüşe dayanarak olarak da 30/1. maddenin ikinci cümlesinde yer alan "bu hata dolayısıyla..." ifadesini göstererek, bu ifade ile bilmemenin hata anlamına geldiğinin açıkça belirtmiş olduğunu ileri sürmektedirler. Buna göre, söz konusu cümle aynı zamanda bir atıf cümlesi olup, olayda taksirden dolayı cezalandırılabilirliğin bulunduğunu söyleyebilmek için konuyu düzenleyen 22. madde-deki koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁷

Ancak kanaatimizce söz konusu açıklama maddede yer alan karmaşık düzenlemeyi açıklığa kavuşturmak bakımından yeterli olmamıştır. Bir kişinin taksirli bir eylem gerçekleştirmesi ile hataya düşmede taksirinin bulunup bulunmaması farklı şeylerdir. Bu açıdan madde metninde ifade edilen "bilmeme" türündeki bir hataya düşmenin taksirle olup olmaması açıkça, özel olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce TCK'nın 30/1. maddesi bu açıdan muğlak bir düzenleme içermektedir.³⁸

Belirtmek gerekir ki, suçun kanuni tanımında neticeye ayrıca yer verilen hallerde, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı da suçun maddi unsurlarındandır ve failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, failin hareket ve neticenin yanı sıra nedensellik sürecinin esaslı noktalarını da bilmesi gerekmektedir. Ancak fail neticeyi gerçekleştirmek istediği, neticenin gelişiminin atipik olmadığı ve objektif olarak neticenin faile yüklenebildiği hallerde, nedensellik bağındaki hatalar önem arz etmemektedir.³⁹

Unsur hatası ters yönde de gerçekleşebilir. Örneğin kişi vestiyerden başkasının paltosunu çalmak isterken kendi paltosunu alabilir. Burada kişinin suç işlemek yönünde kastı bulunmaktadır ancak hırsızlık suçunun unsurlarından olan malın başkasına ait olması gerektiğine ilişkin unsur olayda gerçekleşmemektedir. Bu durumda da haksızlık gerçekleşmediği için kişinin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Bu gibi durumlarda "elverişsiz teşebbüs" veya "işlenemez suç"tan bahsedilmektedir.⁴⁰

³⁶ Ünver, s. 47 ve 63. Belirtelim ki, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda failin hataya düşmekteki taksirinin, suçun taksirle işlenmiş gibi cezalandırılacağına yönelik bir düzenleme bulunmamakta ve bu durum, hataya düşen kişinin, eylemi taksirle cezalandırılması mümkün olan suçlardan birini oluştursa dahi, cezasız kalması gerektiği yönünde yorumlanmakta idi. Bu konuda bkz. Dönmezer / Erman, s. 319, Kn. 1043.

³⁷ Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata"s. 87 – 88.

³⁸ Ünver, s. 63; Erman, B., s. 28.

³⁹ Koca / Üzülmez, s. 258.

⁴⁰ Koca / Üzülmez, s. 259; Özgenc, s. 407; Erman, B., s. 103.

b. Suçun Nitelikli Hallerinde Hata

TCK'nın 30/2. maddesinde “bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmü yer almaktadır.

TCK'nın 30/2. maddesine bakıldığında suçun nitelikli unsurlarında düşülen hatanın kişinin sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceğinin açıkça düzenlenmemiş olduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemede yalnızca kişinin hatasından yararlanacağı belirtilmiş olup, bu hatanın kastı kaldırıp kaldırmayacağına ya da kaçınılmaz bir hata olması gerekip gerekmediğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte doktrinde, suçun maddi unsurları ile bağlantılı şekilde düşünüldüğü zaman nitelikli hallere ilişkin hatanın da failin kastını ortadan kaldıracığı ifade edilmektedir. Bu durumda faile cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halin uygulanması söz konusu olmayacak ve fail suçun temel şekline göre cezalandırılacaktır.⁴¹

Suçun cezasını azaltan nitelikli hallerdeki hata da karşımıza iki şekilde çıkabilmektedir. Bunlardan ilki, failin işlediği suçta cezayı azaltan nitelikli hal bulunmamasına rağmen, failin bunların bulunduğunu zannederek fiili işlemesidir. İkinci hal ise, failin işlediği suçta cezayı azaltan nitelikli hal bulunmasına karşın, failin bu durumu bilmemesidir. Yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi TCK'nın 30/2. maddesinde kişinin hatasından yararlanacağı söylenmektedir. Bu bağlamda fail, yukarıda değinmiş olduğumuz ilk hal açısından, daha az cezayı gerektiren nitelikli halden yararlanacak, ikinci halde ise, işlemek istediği suçta bir indirim nedeni bulunmasa da gerçekleşen duruma göre cezalandırılacaktır.⁴²

c. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Maddi Koşullarında Hata

i. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata

TCK'nın 30/3. maddesinde “ceza sorumluluğunu kaldırıcı veya azaltıcı nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır” düzenlemesi yer almaktadır.

Kanunumuzun sistematığı gözönüne alındığında, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin “ceza sorumluluğunu kaldırıcı veya azaltıcı haller” başlığı altında, birarada düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hatayı da TCK'nın 30/3. maddesi kapsamında ele almak gerekmektedir.⁴³

⁴¹ Koca / Üzülmez, s. 260; Özgenç, s. 407.

⁴² Koca / Üzülmez, s. 261 – 262.

⁴³ Koca / Üzülmez, s. 288 – 289; Özgenç, s. 414.

Bununla birlikte her ne kadar mevcut düzenleme gereği hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kavramının TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrası kapsamında ele alınması gerekse de doktrinde bunun yerinde olmadığı ve bu hata türünün 30/1. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.⁴⁴

Burada hatanın failin içinde bulunduğu koşullar bakımından kaçınılmaz olması halinde kişi cezalandırılmayacaktır. Bununla birlikte hatanın kaçınılabılır bir hata olması halinde sonucun ne şekilde belirleneceği madde de açıkça belirtilmemiştir. Kanaatimizce düzenleme bu açıdan eksik ve yetersizdir.

Doktrinde, hatanın kaçınılmazlık gibi belirsiz bir kavrama bağlanması- nın yerinde olmadığı ileri sürmektedir.⁴⁵

Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar ise kaçınılmazlık kavramına açıklık getirmeye çalışmaktadırlar. Bu açıdan, hatanın kaçınılabılır olup olmadığıнын tayininin taksirle işlenen haksızlıklar açısından söz konusu olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütler doğrultusunda yapı- lacağı belirtilmektedir. Ayrıca bu görüşe göre, hatanın kaçınılabılır olması halinde, eğer söz konusu fiilin taksirle işlenmiş olması kanunda suç olarak düzenlenmiş ise, fail ancak taksirinden dolayı cezalandırılacaktır.⁴⁶

ii. Kusurluluğu Etkileyen Hallerde Hata

TCK'nın 30/3. maddesi gereğince, bir kişinin somut olayda kusurluluğu etkileyen hallerin koşullarında ya da varlığında hataya düşmesi durumunda, bu hatanın kaçınılmaz olması koşuluyla, kişi bu hatasından yararlanacaktır. Bu durumda hatanın kaçınılmaz olması halinde kişinin işlediği fiil açısından kusurunun varlığından söz edilemeyecektir.⁴⁷

⁴⁴ Koca / Üzölmez, s. 289 – 290. Belirtelim ki, yazarlara göre: “Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hatada fail, işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğunun bilincindedir. Ancak ortada hukuka uygunluk sebeplerinden birinin maddi şartlarının mevcut olduğunu zannetmektedir”. Halbuki hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında failin, yaptığı eylemin hukuka uygun olduğunu zannetmesi gerekeceğinden, aslında işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olması mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, failin bu yöndeki hatası, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının somut olayda gerçekteşip gerçekteşmediğinden değil de, hukukun belirli bir davranışa izin verip vermediğinin bilinmemesinden kaynaklandığında, izin normunda hatadan söz edilmektedir ve bunun kastı kaldırmayacağı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, B., s. 278.

⁴⁵ Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı – Cilt 1, Ankara, Seçkin, 2006, s. 394; Özbek, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, s. 91.

⁴⁶ Özgenç, s. 415; Güngör, s. 72. Kaçınılabılırlik kavramına ilişkin çeşitli ölçütler için bkz. Erman, B., s. 239 vd.

⁴⁷ Özgenç, s. 414.

Bununla birlikte, söz konusu hatanın kaçınılabilir olması halinde ise, kişi cezalandırılacaktır ancak cezasında alt sınıra kadar indirim yapılabilir. ⁴⁸

3. Fikri İçtimaa İlişkin Düzenleme (TCK m. 44)

a. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesinde fikri içtima kurumu şu şekilde düzenlenmiştir: "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezaı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır." Konumuz bakımından fikri içtimanın koşullarını incelemekte ve bu bağlamda "bir fiil" kelimesine verilecek anlamı tespitte yarar bulunmaktadır.

b. Fikri İçtimanın Koşulları

i. Tek Fiilin Bulunması

Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için aranan ilk koşul fiilin tek olmasıdır. Ancak fiilin tek olup olmadığının tayini meselesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte doktrinde bir görüş tarafından fikri içtimada fiilin tek olmasından anlaşılması gerekenin "hareketin tekliği" olduğu savunulmaya başlamıştır. Ayrıca fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için hareketin tek olması gerektiğini belirterek bunun yanı sıra failin kastının da tek olması şartını arayan bir görüş de bulunmaktadır. Doktrinde diğer bir görüş ise fiilin hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağıını ifade eden bir kavram olduğunu belirtmekte ve birden fazla neticenin bulunması halinde fikri içtima kurumuna başvurunun mümkün olmadığını vurgulamaktadır. Söz konusu tartışma tek hareketle birden fazla neticenin meydana gelmesini sonuçlayan sapma haline uygulanacak hükmün tespiti bakımından büyük önem taşımaktadır.

Fikri içtimada fiil tekliğinden hareketin tekliğini anlamak gerektiğini savunan görüşe göre, fiil icrai ve ihmali hareketi kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Bu anlamda hareket kavramının fiil yerine kullanılmasında bir mahzur olmadığı ifade edilmektedir. ⁴⁹

Bu görüş taraftarı yazarlar, fikri içtima bakımından fiilin tekliğinin belirlenmesinde Alman doktrininde hareketin esas alındığını, ancak Türk doktrininde klasik suç teorisinin etkisi ile "fiil" kavramından hareket, netice bunları birbirine bağlayan nedensellik bağının anlaşıldığını belirtmekte-

Özgenç, s. 414.

Koca / Üzülmüş, s. 128; aynı yönde bkz. Özgenç, s. 167 vd.; Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Turhan, 2009, s. 235 vd.

dirler. Bununla birlikte suçların içtımai konusunun klasik suç teorisinin bu anlayışıyla ne çözümlenmesinin ne de anlaşılmasının mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüşe göre suçların içtımai konusunda fiil tekliği denilince bundan hareketin anlaşılması gerekmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda fiil kavramının hareketi ifade etmek üzere kullanıldığı kimi maddelerin madde ve gerekçelerinden de görölmektedir. Bu görüşteki yazarlar tarafından 44. maddenin gerekçesinde yer verilen örneklerde fiil teriminin hareket yerine kullanıldığı ifade edilmektedir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan hükümde fiilin neticeyi kapsamadığının açıkça göröldüğü de belirtilmektedir.⁵⁰

Fikri içtimada aranan "bir fiil" koşulu ile hareketin tekliğinin arandığını düşünen yazarlardan bir kısmı, fiilin oluşması için neticenin de aranması halinde fikri içtima kurumuna ilişkin örnek bulmanın son derece zorlaşacağına dikkat çekmektedirler.⁵¹ Bu noktada belirtmek gerekir ki, fikri içtima bakımından "fiil" kavramının "hareket" şeklinde anlaşılması gerektiği görüşünü taşımamakla birlikte İçel'in de bir tebliğinde bu soruna temas ettiği görölmektedir. Yazar fikri içtima konusunda fiili, hareketin yanı sıra ve özellikle netice olarak gören doktrinin bu yorumunun bilimsel esaslara uygun olduğunu belirtmekle birlikte, fikri içtima kavramının uygulanmasını çok daralttığına dikkat çekmektedir. Bu itibarla, kanunun bu hükmünün fikri içtimanın uygulama alanını genişletecek bir duruma getirilmesinde zorunluluk olduğunu ifade etmektedir. Ancak maddenin bu şekli ile "fiil"i "hareket" olarak anlamak mümkün ve yerinde olmayacağından, yazar, maddedeki "fiil" kelimesinin "hareket" olarak değiştirilebileceğini belirtmektedir. Bu şekilde Alman doktrin ve uygulamasına da yaklaşılabileceği görüşünü taşımaktadır.⁵²

Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için tek hareketin yanı sıra faildeki kastın da tek olması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, fikri içtima bakımından aranan "bir fiil" koşulunu "hareketin tek olması" şeklinde anlamak gerekmektedir. Ancak bu tek başına yeterli olmayacaktır. Hareketin tekliğinin yanı sıra failin kastının da tek olması şartı aranmalıdır. Bu görüşe göre fikri içtimanın koşulları, tek kast, tek hareket ve kanunun aynı veya muhtelif hükümlerinin ihlalidir. Bu bağlamda tek suç işleme kararı ile gerçekleştirilen tek hareketin aynı veya ayrı suç tiplerindeki sonuçları meydana getirmesi gerekmektedir. Kast birden çoksa fikri içti-

⁵⁰ Koca / Üzülmöz, s. 451 – 452; aynı yönde bkz. Koca, Mahmut, "Fikri İçtima", CHD, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, Ankara, Seçkin, s. 201 – 202; Karakaş Doğan, Fatma, "Suçların ve Cezaların İçtimai", GSÜHFD (Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan), 2010/1, C. I, İstanbul, 2011, s. 831 – 832.

⁵¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 687 – 688.

⁵² İçel, Kayıhan, "Suçların İçtimai", Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Sempozyumu – Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dah, 26 – 27 Mart 1997, İstanbul, Beta, 1998, s. 252 – 253.

man uygulanamayacağı belirtilerek şu örnek verilmektedir: “*hasmını yaralamak ve dükkanına zarar vermek gayesiyle hareket eden failin attığı tek kurşun, mağdurun yaralanmasına ve dükkan camının kırılmasına yol açmışsa kastta birlik olmadığından fikri içtimadan söz edilemez*”.⁵³

Doktrinde bir görüş ise fikri içtimada fiilin sayısını saptarken neticenin göz önünde tutulması gerektiğini ve netice sayısınca fiilin bulunduğunu kabul etmek gerektiğini savunmaktadır. Bizim de taraftar olduğumuz bu görüşe göre fiil, hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağı ifade eden bir kavramdır ve fikri içtimada “bir fiilin bulunması” koşulunun gerçekleşebilmesi için yalnızca hareketin tekliğinin aranması yerinde değildir.⁵⁴

Bu bağlamda 44. maddenin gerekçesinde yer alan örneklerin de hatalı olduğunu düşünmekteyiz ve söz konusu gerekçenin dayanak gösterilmesi suretiyle kanun metninin lafzına aykırı bir yorum yapılmasını uygun bulmaktayız.

Kanunda yer alan çeşitli düzenlemeler incelendiğinde de kanunda tutarlı bir şekilde “hareket” kelimesi yerine, aynı anlama gelmek üzere “fiil” kelimesinin kullanıldığı söylenememektedir. Örneğin Kanun’un 8. ve 23. maddelerinde “hareket” denilmesi gerekirken, “hareket” kelimesi yerine “fiil” kelimesinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Bununla birlikte taksiri düzenlenen 22. maddede ve eziyet suçunu düzenleyen 96. maddede “hareket” yerine “davranış” kelimesi kullanılmıştır. Kanun’un cinsel saldırı suçuna ilişkin 102. maddesinin ikinci fıkrasında ise “*filin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi*”nden söz edilerek “fiil” kavramı neticeyi de içine alacak bir şekilde kullanılmıştır. Ayrıca fıkranın devamında yer alan ifadede de hareket ve neticeyi kapsar şekilde bir atıfla “*bu fiilin (...)*” denilmektedir. Görüldüğü üzere kanunun genelini kapsayacak bir biçimde “fiil” kelimesinin “hareket” anlamında kullanılmakta olduğunu söylemek pek yerinde olmayacaktır. Kanunun genelinde “hareket”, “davranış”, “fiil” gibi kelimelerin çeşitli anlamlara gelebilecek şekilde ve çoğu zaman da eleştiriye açık bir biçimde kullanıldığı görülebilmektedir. Bu sebeple de Kanun’da konuyu aydınlatabilecek ve “fiil” kavramından anlaşılması gerekenin tespiti yararlanılabilecek bir terim tutarlılığının bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na, gerekse ceza kanunu tasarıları-

⁵³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 689 – 690. Fiil kavramını hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağı olarak tanımlıyor olmakla birlikte, fikri içtima bakımından harekete üstünlük vererek, fikri içtimanın oluşması için aynı kasta bağlı tek hareketin bulunması gerektiğini ifade eden bir görüş olarak bkz. Demirbaş, s. 202 ve 509.

⁵⁴ Kunter, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 8; Kunter, “Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleşmesi (Mahkeme İçtihatları)”, s. 365 vd.; İçel, Kayhan / Evik, Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler – 2. Kitap, İstanbul, Beta, 4. Bası, yayın yılı yok, s. 289 vd.; İçel, “Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme”, s. 178 vd.; İçel, “Suçların İçtimar”, s. 33 – 36.

na ilişkin açıklamalarımızda da değinmiş olduğumuz gibi, kanun koyucu 765 sayılı Kanun'da fikri içtima ilişkine maddede yer verilen "fiil" kelimesini 5237 sayılı Kanun'da da muhafaza etmiştir. 765 sayılı Kanun döneminde de fikri içtima bakımından gerek doktrinde gerekse uygulamada "fiil" kelimesinin anlamı üzerinde durulmuş, Yargıtay tarafından verilen ve tarafından fiile hareket anlamı yüklenmiş olan kararlar olumsuz şekilde eleştirilmiştir. Tüm bu gelişmelere karşın ceza kanunu tasarılarında olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da "fiil" kelimesi yerine "hareket" kelimesinin kullanılması yoluna gidilmemiş ve maddede yer alan "fiil" kelimesi muhafaza edilmiştir. Madde metninde "fiil" kelimesi tercih edilmiş olmasına rağmen madde gerekçesinde "fiil" kavramı "hareket" anlamında kullanılmıştır. Kanaatimizce kanun koyucunun "fiil" yerine "hareket" terimini madde metninde kullanmayı tercih etmemiş olması karşısında, gerekçede yer alan örnekler madde metni ile çelişki halindedir. Gerekçe ancak bir yorum aracı olarak kullanılabileceğinden ve madde metnine dahil olmadığından söz konusu madde gerekçesine dayanılarak, kanunun lafzına aykırı bir yoruma gidilmemelidir.

Alman hukukunda fikri içtima konusunda "fiil" yerine "hareketin" tek olması aranmakta ve hareket esas alınmaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki, Alman Ceza Kanunu'nun fikri içtimaı düzenleyen 52. maddesinin ilk fıkrasında *"Aynı hareket birden fazla ceza kanununu veya aynı ceza kanununu birden fazla defa ihlal ediyorsa, sadece tek bir cezaya hükmedilir"* ifadesi yer almaktadır.⁵⁵ Alman doktrininde fiilin tek olup olmadığının belirlenmesinde hareket kavramı esas alınmaktadır. Bunun bir nedeni neticenin kanuni tip içinde görülmesi ve maddi unsurun sadece hareketten ibaret kabul edilmesidir. Diğer bir neden ise, "fiil" teriminin "suç" karşılığı olarak kullanılmasıdır.⁵⁶ Görüldüğü üzere Alman hukukundaki kabullerden hareketle yürürlükteki Türk hukukuna ilişkin bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Zira iki kanun arasında terim birliği bulunmamaktadır.

ii. Birden Fazla Farklı Suçun Oluşması

Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için bir fiil ile farklı suçların işlenmiş olması yani farklı hukuki menfaatlerin ihlal edilmiş⁵⁷, farklı suç tiplerinin gerçekleştirilmiş olması gerekir.

Zincirleme suçü hüküm altına alan 43. maddede *"bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır"* denilmektedir. Bu ifadeden bir suçun nitelikli hallerinin de temel şekli ile aynı suç sayılmakta olduğu ve bunların fikri içtima bakımından *farklı suçlar* teşkil etmeyecekleri anlaşılmaktadır.

⁵⁵ Alman Ceza Kanunu'nun ilgili maddesinin Almanca ve Türkçe metinleri için bkz. Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, Beta, 2009, s. 41.

⁵⁶ İçel, Suçların İçtimaı, s. 29; Koca / Üzülmez, s. 451.

⁵⁷ Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1 -75) – Ders Kitabı, İstanbul, Beta, 2010, s. 346.

Ayrıca fikri içtiman söz konusu olabilmesi için farklı suçların bulunması gerektiği, bu sebeple de hükmün kabahatler bakımından uygulama alanı bulmadığı açıktır. Kaldı ki Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinde, kabahatlere ilişkin içtima kuralları düzenleme altına alınmış olup, bir fiilin hem suç hem de kabahat teşkil etmesi halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağı, ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir.

Bir fiil ile işlenen suçların hepsinin Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olması da şart değildir. Söz konusu suçlar farklı kanunlarda da yer alabilirler.

4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bakımından Sapma Halinde Uygulanacak Hükümlere İlişkin Görüşler

a. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında sapma halinde uygulanacak hükümlerin tespitine ilişkin görüşler temel olarak doktrinde "fiil" verilen anlamına göre şekillenmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Kanun'da olduğu gibi tek neticeli sapmayı düzenleyen özel bir hüküm olmadığından çoğunlukla doktrinde sapmanın her türüne aynı sonuçların bağlandığı görülmektedir. Bununla birlikte doktrinde 5237 sayılı Kanun döneminde de sapmayı tek netice ile çok neticeli sapma olarak ayıran ve bunlara farklı hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır.

5237 sayılı Kanun'da sapmaya ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte hatayı düzenleyen 30. madde ile fikri içtimayı düzenleyen 44. maddenin gerekçelerinde konuya ilişkin bazı açıklamalar yapılmıştır. 30. maddenin gerekçesinde hata ile sapma kavramları arasındaki farka dikkat çekilerek birbirinden farklı bu iki kavramın aynı madde altında ve hata bahsinde düzenlenmesinin uygun görülmediği açıklanmıştır. Bunun yanı sıra fikri içtimayı düzenleyen 44. maddenin gerekçesinde de 30. maddenin gerekçesinde yer alan ifadelere paralel açıklamalar yapılmıştır. Fikri içtimaa ilişkin maddenin gerekçesinde "fiil" kelimesi "hareket" kelimesinin yerine geçecek şekilde kullanılmış ve sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği sonucuna varılmıştır. Her ne kadar 765 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu döneme ilişkin açıklamalarımızda da üzerinde durduğumuz gibi, sapma konusunda fikri içtimaa gidilemeyeceği yönünde doktrinde hakim bir görüş bulursa da, 44. maddenin gerekçesinde "gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hâkimdir" denilerek sapma halinde fikri içtimanın uygulanmasına ilişkin görüş desteklenmiştir.⁵⁸ 5237 sayılı Kanun döneminde sapmaya uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından ileri sürülen bazı görüşlerde değinmiş olduğumuz bu iki maddenin gerekçelerinin de etkili olduğu söylenebilmektedir.

⁵⁸ Söz konusu madde gerekçeleri için bkz. (çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>, son erişim, 16.07.2012, 19.00.

Doktrinde sapma halinde uygulanacak hükümlerin tespitine ilişkin görüşleri genel olarak üç başlık altında gruplandırmak mümkündür. Buna göre doktrinde yer alan görüşler şu şekilde gruplandırılabilir: Tek neticeli sapma halinde 5237 sayılı Kanun bakımından da hata hükümlerinin uygulanabileceğini savunan görüş, sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüş ve sapma halinde hata ya da fikri içtima hükümlerine başvurulmasının mümkün olmadığını, ortada birden fazla suç söz konusu olduğundan gerçek içtima kuralları çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini savunan görüş.

b. Tek Neticeli Sapma Halinde Hata Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş

Doktrinde bir görüş, hata ile sapma arasındaki belli başlı farklara değindikten sonra hata ve sapmanın sonuçları yönünden aynı hükümlere tabi olduğunu belirtmektedir. Buna göre hata için kabul edilen kural, sapma için de geçerli olacaktır. Bu görüşü savunan *Demirbaş*, hata halinde failin kasten hareket ettiğini kabul eden kanunun sapmada da aynı esası benimseyip, tek suç kabul etmesi gerektiğini belirtmektedir. Çok neticeli sapmaya ilişkin olarak ise kanunda bu konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmadığı belirtilmekte, Kanun'un 44. maddesi anlamında bu hallerin tek fiil sayılabileceği ifade edilmekte ve bu durumda fikri içtima ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.⁵⁹

Bir diğer görüş ise "*mağdurun kimliğindeki hatanın failin sorumluluğunu değiştirmeyeceği*" ilkesinden hareketle, tek neticeli sapma halinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde yapılan yorumun değişmeyeceğini ifade etmektedir. Aynı şekilde 765 sayılı kanun döneminde de ilgili herhangi bir hüküm bulunmayan çok neticeli sapma bakımından yapılacak yorumda da bir değişikliğe gidilmeyecektir. Bu durumda sorun kast ve taksir hakkındaki genel kurallara göre çözümlenerek failin sorumluluğu belirlenecektir.⁶⁰

Benzer görüşü savunan *Hakeri* de, tek neticeli sapma halinde hataya ilişkin kuralların uygulanması ve failin tek neticeden sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir. Ancak diğer yazarlardan bir noktada ayrılarak tek neticeli sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağını da ifade etmektedir. Bu durumda failin sorumlu tutulması gereken tek neticeyi fikri içtima hükümleri çerçevesinde belirlemektedir. Çok neticeli sapma halinde ise gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini ve failin meydana gelen bütün neticelerden dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir.⁶¹

⁵⁹ Demirbaş, s. 400 – 402.

⁶⁰ İçel / Evik, s. 222 – 223.

⁶¹ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Adalet, 2011, s. 407 – 408.

c. Sapma Halinde Fikri İçtima Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş

Sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüş, temel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 30. ve 44. maddelerinin gerekçelerine dayanmaktadır. Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için aranan "bir fiil" koşulunu "bir hareket" olarak anlamak gerektiğini savunan bu görüş, gerek tek neticeli gerekse çok neticeli sapma bakımından bir hareketle kanunun birden fazla hükmünün ihlal edilmiş olduğunu belirtmektedir. Fiil kavramının hareket ile aynı şekilde anlaşılması sonucunda sapma hallerinde fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğini ifade etmektedir.⁶²

Yargıtay'ın da yeni tarihli bazı kararlarında bu görüş doğrultusunda karar vermekte olduğu görülmektedir. Yargıtay sapma söz konusu olduğu durumlarda fikri içtima hükümlerini uygulamaktadır.⁶³ Bununla birlikte maddi olayda failin bir hareketi sonucu gerçekleşen her bir netice bakımından doğrudan ya da olası kastının bulunduğu sonucuna varılması halinde ise fikri içtimanın uygulanamayacağına hükmederek, gerçek içtima kurallarını uygulamakta olduğu kararları bulunmaktadır.⁶⁴ Bu durumda Yargıtay'ın bazı kararlarında fikri içtima bakımından hareketin tekliğinin yanı sıra failin kastının da tek olması şartını arayan görüşü benimsediği sonucuna varılabilmektedir.

d. Sapma Halinde Gerçek İçtima Kurallarının Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş

Bu görüş öncelikle, 765 sayılı Kanun'un aksine 5237 sayılı Kanun'da

⁶² Artuk / Gökçen / Yenidünya, 695; Özgenç, s. 530 – 537.

⁶³ "Mağdur Ali'ye isabet eden mermi çekirdeğinin onun vücudunu terk ederek olay yeri yakınında bulunan ve olayla ilgisi bulunmayan mağdur Mehmet'e isabet ederek yaralanmasına neden olduğu olayda, sanığın bu mağdura yönelik eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu ve 5237 sayılı TCK.nun 44. maddesi uyarınca sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde suç tarihinde yürürlükte bulunmayan 5271 sayılı CMK.nun 307. maddesi uyarınca hüküm tesisine yer olmadığına karar verilmesi," (1.CD, 3.11.2007, E. 2006/5592, K. 2007/8365); Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Aruç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara, Adalet, 2010, s. 1401.

⁶⁴ "Sanık Gönül'ün maktul Erol'a ateş ettiği sırada, kendisiyle aynı yatakta bulunan oğlu maktul Meydan'm da isabet alıp ölebileceğini öngörebileceğinden, sanık Gönül'ün ayrıca maktul Meydan'ı da olası kastla öldürmek suçundan, suç tarihi itibarıyla yaş küçüklüğü de nazara alınarak 5237 sayılı Yasanın 82/1-e, 21/2. maddeleri uyarınca mahkumiyeti yerine, 5237 sayılı Yasanın 44. maddesinin uygulama koşulları bulunmadığı halde, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza verilmesi," (1.CD, 8.5.2008, E. 2007/6929, K. 2008/3823); Yaşar / Gökcan / Aruç, s. 1402.

sapmaya ilişkin herhangi bir hükmün bulunmamasından yola çıkmaktadır. Buna göre, hata ve sapma birbirlerinden farklı kavramlar olduğu kabul edildiğinde ve kanunda sapma halinde hata hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin özel bir düzenleme de bulunmadığı göz önüne alındığında, sapma halinde hata maddesi uygulama alanı bulamayacaktır. Zira kanunda açık bir hüküm bulunmadığı sürece sapmanın halinde kıyasen hata hükümleri uygulanamaz. Sapma halinde hatadan farklı olarak, fiilden zarar gören kişiden başka hedef alınan kişi bakımından da en azından bir zarar tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu durumda tek neticeli sapma halinde istenen fakat gerçekleşmeyen netice bakımından teşebbüs, gerçekleşen netice bakımından ise kast veya taksir hükümlerine göre fail sorumlu tutulacaktır.⁶⁵

Bu görüşe göre, sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanması da söz konusu olamaz. Bu görüş taraftarları “fiil” kavramı ile “hareket” kavramının aynı anlama gelmediklerini, fiilin, hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağıını ifade ettiğini belirtmektedirler. Bu doğrultuda birden fazla neticenin bulunması halinde ortada tek bir fiilin olduğunu söylemek mümkün değildir ve netice sayısınca fiilin varlığını kabul etmek gerekir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda fikri içtima ilişkin hüküm, 5237 sayılı Kanun’da da benzer bir şekilde düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde tek neticeli sapmaya ilişkin özel hüküm bulunması sebebiyle söz konusu hükmün uygulanması gerekmiştir. Ancak açık bir hüküm olmayan çok neticeli sapma halinde sorumluluğun kast veya taksir hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği görüşü doktrinde hakim olmuştur. 5237 sayılı Kanun’da sapma haline ilişkin hiç bir açık hüküm bulunmaması karşısında, her çeşit sapma bakımından sorumluluğun kast veya taksir hükümlerine göre belirlenmesi ve gerçek içtima kurallarının uygulama alanı bulması gerekmektedir.⁶⁶

Bu durumda tek neticeli sapma halinde teşebbüs hükümleri ile birlikte gerçekleşen fakat istenmeyen netice bakımından kast veya taksir hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Çok neticeli sapma halinde de birden fazla netice ve birden fazla fiil söz konusu olacağından, gerçekleşen neticeler bakımından failin sorumluluğu yine kast veya taksir hükümlerine göre belirlenecektir.

e. Kanaatimiz

Tek neticeli sapma haline ilişkin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda özel bir hüküm bulunmadığından, bu hallerde hata hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olamayacaktır. Nitekim hata ve sapma, birbirlerinden farklı kavramlardır. Hata, yanlış da olsa bir kanaatin varlığını ifade ederken,⁶⁷ sapma kastın oluşumundan sonra, icra sırasında ortaya çıkan

⁶⁵ Toroslu, s. 172 -174; Güngör, s. 92 - 99.

⁶⁶ Toroslu, s. 174 - 175; Güngör, s. 92 - 99.

⁶⁷ Dönmezer / Erman, s. 314, Kn. 1039.

dışsal faktörler sebebiyle failin maksadını teşkil eden neticeden başka bir neticenin meydana gelmesidir.⁶⁸

Sapma halinde fikri içtima hükümlerine başvurmak da mümkün değildir. Kanaatimizce fiil ile hareket aynı anlama gelmemektedir. Bu bakımdan fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi için aranan "bir fiilin" bulunması koşulunu, "bir hareketin" bulunması olarak kabul etmek yerinde değildir. Fiil, hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağıını ifade etmekte olduğundan, ne kadar netice varsa o kadar fiil olacaktır. Sapma halinde ise hareket tek olmakla birlikte, söz konusu hareket birden fazla neticeyi meydana getirmiş olduğundan ortada birden fazla fiil bulunmaktadır. Bu durumda fikri içtimanın koşulları oluşmadığından Kanun'un 44. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır.

Bu bağlamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesine ilişkin gerekçede yer alan örneklerin de hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Gerekçenin dayanak gösterilmesi suretiyle yapılan yorumun da kanun metninin lafzına aykırı olması sebebiyle yerinde olmadığı görüşündeyiz.

Mevcut hukuki düzenleme göz önüne alındığında, sapma hallerinde sorumluluğun kast veya taksir hükümlerine göre belirlenmesi ve gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini savunan görüşün yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Ancak sapma haline ilişkin açık bir hükmün, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da düzenleme altına alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

⁶⁸ Erman, B., s. 84.

Kaynakça

- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Turhan, 2009.
- Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin, 2011.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 12. Bası, Beta, 1999.
- Erman, Barış; Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- Erman, Sahir, “Adam Öldürme – İnhiraf – Taammüdün İntikali – Fikri İçtima (Mahkeme İçtihatları)”, İÜHFM, C. XVI, S. 1 – 2, 1950.
- Güngör, Devrim; Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara, Yetkin, 2007.
- Hakeri Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Adalet, 2011.
- İçel, Kayıhan; Suçların İçtimai, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972.
- İçel, Kayıhan; “Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme”, İÜHM (Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'ya Armağın), C. XXX, S. 1-2, 1964.
- İçel, Kayıhan; “Suçların İçtimai”, Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Sempozyumu – Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, 26 – 27 Mart 1997, İstanbul, Beta, 1998.
- İçel, Kayıhan / Sokullu – Akıncı, Füsün / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoğlu, Fatih S. / Ünver, Yener; İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, Beta, 2004.
- İçel, Kayıhan / Evik, A. Hakan; İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler – 2. Kitap, İstanbul, Beta, 4. Bası, yayın yılı yok.
- Karakaş Doğın, Fatma; “Suçların ve Cezaların İçtimar”, GSÜHFD (Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağın), 2010/1, C. I, İstanbul, 2011.
- Koca, Mahmut; “Türk Ceza Hukukunda Hata”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ed. Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin, 2009.
- Koca, Mahmut; “Fikri İçtima”, CHD, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, Ankara, Seçkin.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2010.

Kunter, Nurullah; Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955.

Kunter, Nurullah; “Fikri İctima Sebebiyle Suçların Birleşmesi (Mahkeme İctihatları)”, İÜHFM, C. XIV, S. 1 – 2, 1948.

Özbek, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı – Cilt 1, Ankara, Seçkin, 2006.

Özbek, Veli Özer; “Türk Ceza Hukukunda Hata”, CHD, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, Ankara, Seçkin.

Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2009.

Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku, Ankara, Savaş, 2005.

Ünver, Yener; “YTCK’da Kusurluluk”, CHD, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, Ankara, Seçkin.

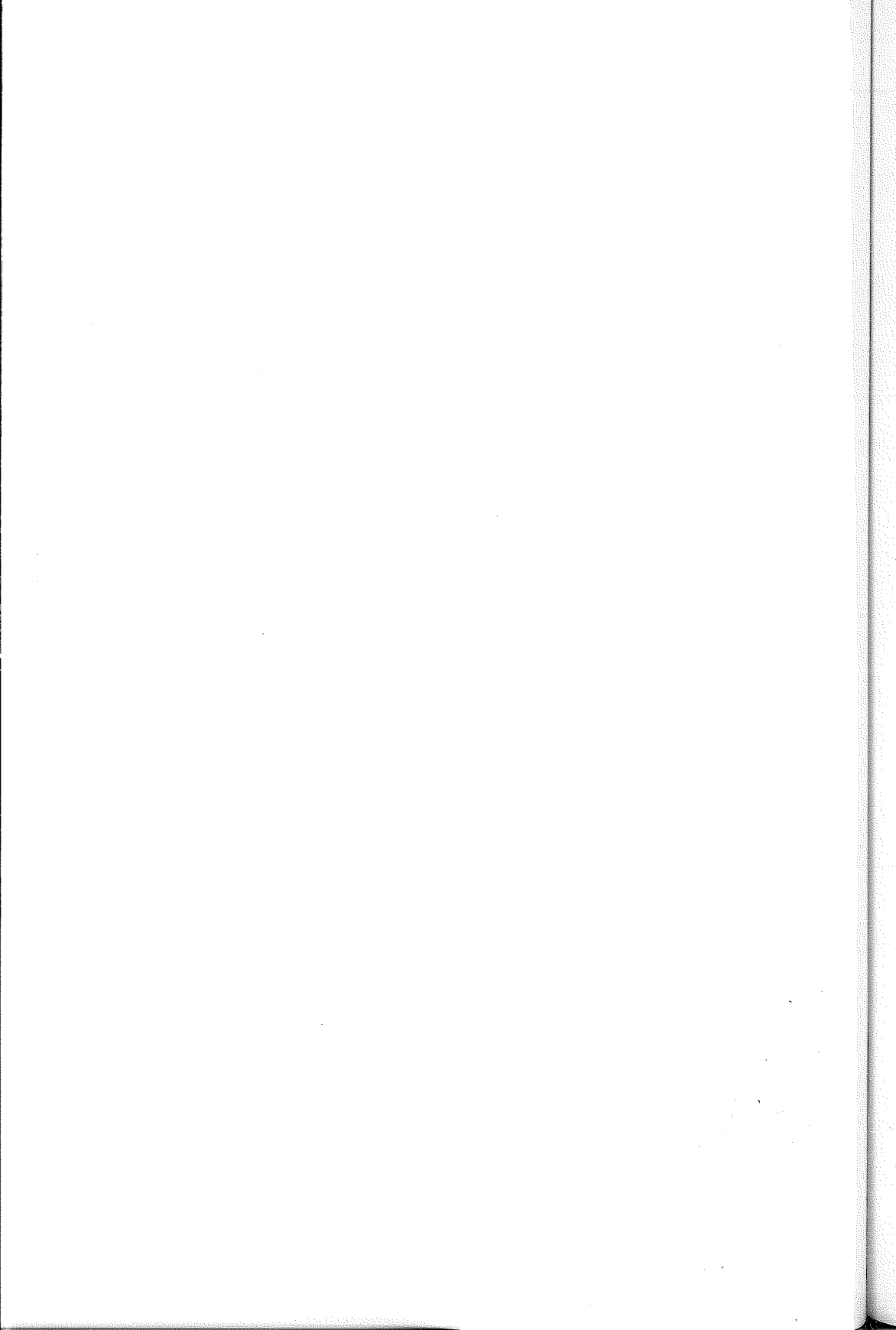
Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara, Adalet, 2010.

Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried; Alman Ceza Kanunu, İstanbul, Beta, 2009.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1 -75) – Ders Kitabı, İstanbul, Beta, 2010.

Yeni Adalet Sistemi Giresun Semineri – Türk Ceza Kanunu, Bahçeşehir Üniversitesi IGUL, Yayın No. 3, İstanbul, 2004.

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>



Haksız Rekabet *
(Unfair Competition)

Nazlı Hilal ÇELİK **

Özet: Haksız rekabet TTK'nın yanı sıra BK'da da düzenleme altına alınmıştır. TTK'da "aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali" şeklinde tanımlanan haksız rekabetin sadece ticari işlerde değil, iktisadi rekabetin olduğu her yerde uygulanacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenle bizce BK'nın uygulama alanı bulunmamaktadır ve ilgili hükümlerinin kaldırılması gerekmektedir. Ancak yeni Boçlar Kanunu Tasarısı'nın bu maddeyi korumakta olduğu da görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet, Ticaret Kanunu, dürüstlük kuralı, Türk Ticaret Kanunu, Boçlar Kanunu, iktisadi rekabet.

Abstract: *Unfair competition is regulated in the Turkish Commercial Code and also in the Code of Obligations. Unfair competition is defined in the Turkish Commercial Code as "abuse of all kinds of economic competition through deceitful conduct or malicious acts." In view of this definition, unfair competition is through just applied in commercial affairs, but is also applied wherever economic competition exists. In our opinion, there is no need for the related provisions of the Code of Obligations, and they should be abolished. However, the draft Code of Obligations still maintains these provisions.*

Keywords: *Unfair competition, Commercial Code, principle of equity and good faith, Turkish Code of Commerce, Code of Obligations, economic competition.*

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibarıyla güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Ar. Gör., Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: ncelik@dogus.edu.tr

1. Haksız Rekabet

Rekabet kavramı ticaret özgürlüğünü kabul etmiş olan bir anayasal sistem içinde, liberal ekonomik sistemin temelini oluşturmaktadır.¹ Rekabet kavramı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"da tanımlanmıştır. Söz konusu kanunda rekabet, "*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*" ifade eder. Rekabet, bir ülkenin sınırlı kaynaklarını en etkin biçimde kullanılmasını sağlayacak yoldur. Bu nedenle devlet, etkin kullanımı sağlayabilmek için rekabeti koruyucu tedbirler almalıdır.

Rekabetin Anayasal dayanağı incelendiğinde; Kenar başlığı "*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*" olan AY. m. 48'de herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ve özel girişim kurmanın serbest olduğu vurgulandıktan sonra, devletin özel teşebbüslerinin ulusal ekonominin gereklerine ve toplumsal amaçlara uygun bir biçimde yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak önlemleri alacağı da belirtilmiştir.² Ayrıca AY. m. 167 de rekabet ile ilgilidir. Maddenin 1. bendi "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" demek suretiyle devletin, özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişimine katkıda bulunması gerektiğini ve piyasada fiili olarak ya da anlaşma sonucu ortaya çıkacak tekelleşmeyi önlemesi gerektiği vurgulamaktadır. Maddenin 2. bendi ise "*Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.*" diyerek yasa ve dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Haksız rekabet kavramı ise Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde "*Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir.*" demek suretiyle tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, bir davranışın haksız rekabet olabilmesi için aldatıcı veya iyi niyet kurallarına aykırı olması gerekir. Rekabet hakkının hangi hallerde iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılmış sayılacağı TTK m. 57'de³ sayılmıştır.

1 İ. Yılmaz Aslan, Mevci Ergün, Ticaret Hukuku. (Ankara: Ekin yayınevi, 2005) s. 111.

2 Ömer Teoman, Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006) s. 450.

3 TTK m. 57'nin başlığı "*Hüsnüniyet Kaidelerine Aykırı Hareketler*" dir. Yeni TTK Tasarısında ise m. 55/1'de benzer şekilde "*Dürüstlük Kurallarına Aykırı Davranışlar ve Ticari Uygulamalar*" başlığı kullanılmıştır.

Haksız rekabetin varlığı için, haksız rekabet edenin kusurlu olması aranmaz. Haksız rekabet davalarında sadece tazminat talep edileceği zaman kusur aranır. Haksız rekabet hallerinde, zararın doğması veya zarar doğma tehlikesinin ortaya çıkmış olması yeterlidir. Hatta ileride zarar doğma ihtimalinin varlığı bile bazen yeterli olabilir.⁴

Haksız rekabet hukuku, daha çok ticari özgürlüğün kötüye kullanılması ve rakiplere karşı aldatıcı ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışlarını önlemeye çalışır. Haksız rekabet hükümlerinin ilk amacı rakipleri korumaktır.⁵

Haksız rekabet asıl olarak TTK'da düzenlenmişse de başka kanunlarda da haksız rekabete ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Haksız rekabete ilişkin maddeler TTK 56 ve 65 arasında yer almaktadır. Yine TTK'nın 172, 250, 335 ve 547. maddeleri de rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Borçlar Kanunu'nun 48. maddesi,⁶ haksız rekabet başlığı altında şu hükmü içermektedir; "*Yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.*" Bu hükmün, TTK m. 56 vd. yürürlüğe girdikten sonra fazla bir uygulama alanının kalmadığı kabul edilmektedir.⁷ Türk Hukukunda haksız rekabetin hem TTK'da hemde BK'da düzenlenmesinin eleştirildiği ve bu arada BK. m. 48'in kaldırılması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, anılan maddelerin aynen muhafazası durumunda bunların uygulamaları konusunda farklı görüşler savunulmuştur.⁸ TTK m. 56'daki haksız rekabet tanımının ticari ve ticari olmayan bütün haksız rekabet hallerini kapsayan nitelikte olduğu, bu nedenle BK. m. 48'in gereksiz olduğu ve yürürlükten kaldırılması gerektiği yaygın bir görüştür.⁹ Ancak Arkan¹⁰, her iki hüküm de yürürlükte olduğu için BK m. 48'in ticari olmayan alanlardaki haksız rekabet için uygulanması, yetersiz kaldığı hallerde TTK hükümlerinden yararlanılması; ticari alandaki haksız rekabette ise TTK m. 56 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

4 Aslan vd., s. 113.

5 Aslan vd., s. 111.

6 Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda m. 56'ya denk gelmektedir. Madde metninde dil sadeleştirilmesi dışında bir değişiklik bulunmamaktadır.

7 Aslan vd., s. 112.

8 İsmail Kayar, Ticari İşletme Hukuku. (Ankara: Detay Yayıncılık, 2006) s. 248.

9 Reha Poroy, Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 9. Bası) s. 223; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku. (Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2001) s. 289; Aslan, s. 112.

10 Arkan, s.290.

Ayrıca BK. m. 348-351'de de işçinin haksız rekabet yasağı, m. 526 ise adi ortaklık ortaklarının rekabet yasağını düzenlemiştir.

Markaların Korunması Hakkında KHK, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında KHK gibi diğer mevzuatlarda da haksız rekabet hükümleri bulunmaktadır.

MarkKHK'nın 61.vd hükümlerinde marka hakkına tecavüz durumları ile bunun hukuki ve cezai sonuçları düzenlenmiştir. Markalar ile ilgili haksız rekabet halleri için öncelikle MarkKHK hükümleri geçerli olacaktır. Aynı şekilde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da, fikir ve sanat eserleri ile ilgili olarak özel haksız rekabet halleri ile bunlara karşı getirilen hukuki ve cezai hükümler yer almaktadır.

Haksız rekabete karşı uluslar arası alanda da düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu "Sınai Mülkiyet Haklarının Korunması Hakkında Paris Sözleşmesi"ne göre, taraf devletler haksız rekabete karşı bu sözleşmeyi kabul eden diğer ülke vatandaşlarına gerekli korumayı sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca 1967 Stokholm metninin 10. maddesi de uluslararası korumayı öngörmüştür.¹¹

Haksız rekabetin daha iyi değerlendirilebilmesi için haksız rekabet hukukunun bazı ilkelerinin bilinmesi yararlı olacaktır. Bu ilkelerden bazıları haksız rekabetin var olup olmadığı ile bazı ilkeler ise var olan bir haksız rekabet durumunda belirli kişilerin dava açma hakkına sahip bulunup bulunmadıkları ile ilgilidir. Bunların bir bütün halinde değerlendirilmesi haksız rekabet hukuku sisteminin anlaşılmasında yararlı olacaktır.

Bu ilkeler:

- Haksız rekabetin varlığı için tarafların birbirlerine rakip olmaları zorunlu değildir.
- Haksız rekabetin varlığı yönünden failin kendine bir yarar sağlamış olması zorunlu değildir.
- Haksız rekabet eylemini yapan kişinin kusurlu olması gerekmez.
- Haksız rekabete uğrayanın zarar görmüş olması kural olarak sadece tazminat davalarında aranan bir koşuldur.

2. Türk Ticaret Kanunundaki Haksız Rekabet Halleri

Dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarla iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasının yüzlerce çeşidi olabilir. Bu nitelikteki davranışların tamamı

¹¹ Poroy vd. , s.239.

haksız rekabettir. TTK m. 57'deki sayım, maddedeki "hususiyile" ibaresinden de anlaşılacağı üzere, sınırlayıcı bir nitelik taşımamaktadır. Yasa koyucu TTK m. 56'daki tanımdan sonra, m. 57'de uygulamada en çok rastlanan haksız rekabet hallerini belirtmiştir. Somut bir eylem, m. 57'deki hallere tam uymasa bile, niteliği gereği benzerlik gösterebileceği için, mevcut durumun sözü edilen on halden birinin kapsamına doğrudan veya dolaylı olarak sokulamaması halinde BK. m. 56'daki tanıma başvurma zorunluluğu vardır.¹² Yani bu sayılan haller dışında da haksız rekabet halleri mevcut olabilecektir. Yargıtay da bir kararında,¹³ "*Haksız rekabet halleri, TTK'nın 57. maddesinde 10 bent olarak sayılmış ise de açıklanan bu hallerle sınırlı değildir.*" demek suretiyle bunu belirtmiştir.

TTK Tasarısında ise haksız rekabet halleri 55. maddede düzenlenmiştir. Yürürlükte olan TTK'dan bu yöndeki en büyük farkı da, kanunda sayılan haksız rekabet hallerini 10'dan 22'ye çıkarmasıdır. Tasarı, yürürlükteki kanundaki tüm haksız rekabet hallerini kapsamaktadır. Tasarının 55. maddesinde düzenlenen haksız rekabet hallerine içerik olarak baktığımızda mevcut TTK m. 57'de düzenlenmiş olan hallere ilave olarak getirilen haksız rekabet hallerinin rakipleri korumak yanında özellikle tüketici sömürsünü engellemek ve kamu menfaatlerini korumaya ağırlık verdiği görülmektedir.¹⁴ Buna örnek olarak; "aldatıcı olarak seçilmiş bazı mallar için indirimli satışlar yapmak: Tasarı m. 55/1-a(6)", "müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmak: Tasarı m. 55/1-a(7)", "saldırgan satış yöntemleri: Tasarı m. 55/1-a(8)", "malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltılmak: Tasarı m. 55/1-a(9)", "taksitle satım sözleşmelerine ve tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda aranacak özelliklerin belirtilmesi: Tasarı m. 55/1-a(10)", "dürüstlük kurallarına aykırı genel işlem şartlarının diğer taraf aleyhine kullanılması Tasarı m. 55/1-f(1,2)" sayılabilir.

TTK m. 57'nin tam metni aşağıdaki gibidir.

"Madde 57 - Hüsniyet kaidelerine aykırı hareketler hususiyile şunlardır:

1. *Başkalarını veya onların emtiasını, iş mahsullerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek;*

2. *Başkasının ahlakı veya mali iktidarı hakkında hakikata aykırı malumat vermek;*

¹² Teoman vd., s. 457.

¹³ Yarg. 11. HD. E. 2005/148, K. 2006/160, T. 16.1.2006.

¹⁴ Mehmet Yılmaz, Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet, İstanbul Barosu Der-gisi, 2006, c. 80, sayı 4, s. 1498.

3. Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek;

4. Paye, şahadetname veya mükafat almadığı halde bunlara sahip imişçesine hareket ederek müstesna kabiliyete malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna müsait olan yanlış unvan yahut mesleki adlar kullanmak;

5. Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle itibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla itibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut itibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak;

6. Üçüncü şahısların müstahdemlerine, vekillerine veya diğer yardımcılarına, onları vazifelerini ihlale sevk etmek suretiyle kendisine veya başkasına menfaatler sağlamak maksadiyle veya bu kabil menfaatleri sağlamaya elverişli olacak surette, müstehak olmadıkları menfaatler temin veya vadetmek;

7. Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri işgal suretiyle, istihdam edenin veya müvekillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek;

8. Hüsünüyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak;

9. Hüsünüyet sahibi kimseleri işgal edebilecek surette hakikata aykırı hüsünühal ve iktidar şahadetnameleri vermek;

10. Rakipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek."

TTK Tasarısı m. 5'in tam metni aşağıdaki gibidir.

Aşağıda sayılan davranışlar, dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet hâlleridir:

a) Dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyet-

lerini veya ticarî işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,

2. Kendisi, ticarî işletmesi, işletme işaretleri, mallan, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya müsait önlemler almak,

5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, mallan, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,

6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunundan reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltılmak; şu kadar ki satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmak,

8. Müşterinin karar verme Özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,

9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarım, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltılmak,

10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukukî işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanım açıkça belirtmemek, nakit veya toplam satış fiyatım veya taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,

11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanım açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredi sözleşmeleri suman veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyat, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin dönme veya fesih hakkı veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak,

b) Sözleşmeyi ihlâlâ veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;

1. Onlarla kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, müşterileri başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş surlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinişi gerektiği hâlde, yararlanmak,

3. Kendisinin, uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.

d) Üretim ve iş surlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş surlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

e) İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak; özellikle yanıtıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1) Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2) Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

2.1. Kötülemek

TTK'nın 57. maddesinin 1. bendine göre "Başkalarını veya onların emtiyasını, iş mahsullerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek" haksız rekabettir. Kötülemeye yönelik açıklamaların yazılı ya da sözlü olması arasında bir fark olmadığı gibi, kötülemenin somut bir işletmeyi değerlendirmek yetki ve görevine sahip olan ya da olmayan bir kimse tarafından yapılmış olması da önemli değildir.¹⁵

TTK Tasarısı'nda ise m. 55/1-a(1)'de düzenlenen bu hüküm; "Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek" şeklindedir. Bu alt bent TTK m. 57/1'deki tanıma ek olarak "fiyatların" da kötülenmesi halini kapsamaktadır.

Bu bende giren rekabet hallerine örnekler:

- Bir tacirin hakkında yanlış veya yanıltıcı sözlerle dedikodu yapmak ve yaymak, haksız suçlamalarla dava açarak onun müşterileri üzerinde olumsuz bir izlenim yaratmak, mali durumu hakkında yalan beyanlarla müşteri çevresini korkutarak ona zarar vermeye çalışmak,¹⁶
- Bir sinema eleştirmeninin çok sayıda ödül almış bir filmi kasten kötülemesi, seyredilmesinin zaman kaybından başka bir şey olmadığını belirtmesi,¹⁷
- Bir gazetenin yanlış biçimde yaptığı yayınları ile basının haber verme görev ve işlevinin sınırları dışına çıkarak, belirli bir ortaklığın faaliyetlerini yanlış veya kötüleyici beyanlarla küçük düşürmesi,¹⁸
- Gerçek olmadığı halde rakip firmanın mamullerinde domuz etinin bulunduğu söylenmesi,¹⁹

¹⁵ Teoman vd. s. 458.

¹⁶ Aslan vd., s. 113.

¹⁷ Teoman vd., s. 458.

¹⁸ Teoman vd., s. 458.

¹⁹ Fahiman Tekil, Ticari İşletme Hukuku. (İstanbul:1997) s. 226.

Kötülemeye yönelik beyanların mutlaka yanlış olması gerekmez, gereksiz yere incitici açıklamalar yapılmış olması haksız rekabet için yeterlidir.

Aşağıda kısaca belirttiğim kararlarda Yargıtay da bu tür davranışları haksız rekabet olarak değerlendirmiştir.

“...Davacının el ilanlarında kullandığı... sözcükler içinde bulunan taklit, korsan kelimeleri ile benzer sözcüklerin tüketicileri ikaz etmenin ötesinde bir anlam ve amaç taşıdığı, haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmelidir.”²⁰

“...son günlerde bir firmanın aynı A...gaz'a benzettiği tüplerle mahallelerde dolaşarak A...gaz diye satmaya çalıştığı tüpler türemiştir. Gerek standart ve içine konulan gazın kilosu ve nerede dolduğu ve doldurulacağı belli olmayan bu tüplerin sorumluluk anlayışını takdirinize bırakıyorum... lütfen tüpünüzü A...gaz levhali servis arabalarımızdan veya A...gaz şubelerimizden temin ediniz. Kıymetli A...gaz gümüş tüpünüzü belli olmayan taklitlerle değiştirmeyiniz. Korsan L...gaz tüplerinden, muhatap ve sorumluluk taşımayan firmalardan sakınınız...”²¹

“Davaluların davacı şirket ile mümessillik sözleşmesi devam ederken aynı konuda faaliyet gösteren başka bir şirket kurmaları ve aynı anda iki şirkette çalışıp müvekkili şirketin faaliyetlerini kötülemeleri durumunda, haksız rekabet yaptıklarının kabul edilmesi gereklidir.”²²

“Dava konusu olayımızda sanık firma tekel idaresinden satın alıp ihraç ettiği votkaların numuneleri mevcut olmasına rağmen ne şekilde elde edildiği saptanamayan numunelere ilişkin raporlara istinaden, ayrıca aralarında satışa konu edilmeyen rakılara ilişkin raporları da ekliyerek düzenlediği basın toplantısında, TSE'den alınan 24.5.1995 tarihli yazı içeriğinde votka ve raki konusunda henüz standardın hazırlanmadığı hususunun açıklanmadığı gözetilmeden ve Tekel idaresinin sunduğu ödüllere rağmen raporlar arasındaki çelişkilerin giderilmesi yolu seçilmeden Tekel'den aldığını iddia ettiği rakıları kötüleyerek Tekel idaresinin satışını engelleyecek, itibarını zedeleyecek şekilde açıklamalarda bulunduğu dolayısı ile haksız rekabet suçunun unsurlarının oluştuğu”²³

“...A.Ş.'ce davacı ... markalı tüplerin taklit olduğu yolundaki ilanlarla TTK'nın 57/1. maddesi anlamında başkalarının emtiasını, iş ürünlerini yanlış, yanıltıcı veya incitici beyanlarla kötüleme suretiyle haksız rekabette bulunduğu”²⁴

²⁰ Yarg. HGK., E. 1994/11-905, K. 1994/905, T. 20.04.1994.

²¹ Yarg. HGK. E. 1993/11-965, K. 1994/252, T. 20.4.1994.

²² Yarg. 11. HD E. 1997/389, K. 1997/706, T. 17.2.1997.

²³ Yarg. 7. CD. E. 1998/3951, K. 1998/5722, T. 17.6.1998.

²⁴ Yarg. 11. HD. E. 1997/9672, K. 1998/2127, T. 24.3.1998.

2.2. Başkaları İle İlgili Olarak Gerçeğe Aykırı Bilgi Vermek

TTK'nın 57. maddesinin 2. bendine göre "*Başkasının ahlaki veya mali iktidarı hakkında hakikata aykırı malumat vermek*" haksız rekabettir.

Başkasının ahlaki veya mali iktidarı hakkında gerçeğe aykırı bilgi vermek iki şekilde olur. Bir kimsenin ahlaki veya mali iktidarı iyi olduğu halde, kötüdür şeklinde bilgi vermek haksız rekabet oluşturacağı gibi, kötü olduğu halde iyidir şeklinde bilgi vermek de haksız rekabet sayılır.

Teoman'a²⁵ göre; bu hükmün uygulanabilmesi için, örneğin bir tacirin bir başka tacire hakaret niteliğindeki sözler sarf etmesi ya da onun hırsız veya dolandırıcı olduğu, iflas etmek üzere olduğu gibi açıklamalar yapması yeterli değildir. TTK m.57/2 Ceza Hukuku ve diğer düzenlemelere göre suç oluşturan ya da genel olarak hukuka aykırı sayılan her türlü söz, yazı ve davranışları önlemek amacıyla gütmemekte, aksine gerçeğe aykırı olarak bilgi veren kişi ya da kurumun söz konusu bilgiyi vermek konusunda genel bir yetkiye sahip olmasını zorunlu biçimde öngörmektedir. Buna karşılık, başkalarının ahlak ve mali gücü hakkında bilgi verme yetkisi olmayan kimselerin bu yönde yaptığı açıklamalar "kötüleme" yolu ile haksız rekabet sayılırlar.²⁶

Bu bende giren rekabet hallerine örnekler:

- Banka müşterilerinin ya da kredi kartı sahiplerinin mali durumları ve borçlarını ödemekteki özenlerini takip etmek ve dileyen bankalara bu konuda bilgi vermek üzere oluşturulan bir kurumun sahibinin sadece arasındaki husumet nedeni ile bir kişi hakkında olumsuz bilgi vermesi veya aynı şekilde ahlaki veya mali durumu olumsuz olan bir kişi hakkında olumlu bilgi ererek gerçeğe aykırı bilgi vermesi,²⁷

- Bir gazetede belirli bir iş adamının ticari ve mali durumunun kötü olduğuna, iflas edeceğine dair yalan haberlerin yayılması,²⁸

- Yammızda çalışırken hırsızlığından dolayı kovduğumuz bir kimseye "iyi ahlaklı ve namuslu kişidir" diye bonservis vermek.²⁹

Aşağıda kısaca belirttiğim kararda Yargıtay da bu tür davranışları haksız rekabet olarak değerlendirmiştir.

"Bir ortaklığın faaliyetini ve ticari işlerini yanlış ve yanıltıcı şekilde aksettiren, mali iktidarı hakkında gerçek dışı bilgi veren ve basın

²⁵ Teoman vd. s.458.

²⁶ Kayar, s. 255.

²⁷ Teoman vd. s. 459; Tekil, s. 226.

²⁸ Aslan vd., s. 113.

²⁹ Oğuz İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri. (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2001) s.82.

görevinin sınırını aşan bir yayın, iktisadi rekabetin kötüye kullanılması niteliği taşır ve haksız rekabet teşkil eder.”³⁰

2.3. Kendi Hakkında ya da Başka Bir İşletme Hakkında Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Vermek

TTK'nın 57. maddesinin 3. bendine göre “*Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek*” haksız rekabettir. Bu bent, aldatıcı reklamlar açısından önem kazanmaktadır. Reklam yolu ile haksız rekabet, iki türlü meydana gelebilir. Birinci hal, kişinin kendi kişisel durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti ya da işleri hakkında yanlış yada yanıltıcı bilgi vermesi halidir. İkinci hal ise, bu şekildeki davranışların başkası adına işlenmesidir.

Bu hal, TTK Tasarısı m. 55/1-a(2)'de yer almaktadır. Söz konusu hüküm “*Kendisi, firması, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yolla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*” şeklindedir. Tasarının bu alt bendi zenginleştirilmiş olmakla beraber kaynağı olan TTK m. 57/3 ile aynıdır. Tasarı, TTKm. 57/3'e ek olarak “*firma, işletme işaretleri, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında*” yanlış ve yanıltıcı açıklamaları da haksız rekabet saymıştır.

Bu bend özellikle aldatıcı reklam açısından önem taşıdığı için yapılabilir reklam çeşitleri üzerinde durmak gerekir. Reklam çeşitli şekillerde yapılabilir. Bazıları açık bir şekilde haksız rekabet oluştururken, bazılarının ise değerlendirilmesi gerekir. Aşağıda bunlara kısaca değinilmiştir:

a) Aldatıcı Reklam: Ticari hayatta herkesin kendisini övmesi ve rakiplerinden üstün olduğu yönünde tanıtım yapması tabiidir. Ancak bunların yanlış ve aldatıcı olarak yapılması haksız rekabet teşkil eder. Mesela bir kimse ürünlerinin kaliteli olduğunu belirterek reklam yapabilir ancak bilimsel araştırma sonuçları gibi gerçek verilere dayanmadıkça en kaliteli olduğu şeklinde reklam yapamaz. Gerçek verilere dayanarak yapılan reklamlar da yanlış izlenim uyandırıyorsa yine aldatıcı reklam olarak değerlendirilir.³¹

b) Abartılı Reklam: Bu türde ise, bu abartıyı ortalama bir kişi anlayabiliyorsa haksız rekabet olmaz.³² Mesela, bir ayçiçeği yağı ile kızartılan yemeklerin çok hafif olduğu ve bunları yiyenlerin uçtuklarına ilişkin reklamlar abartılıdır ancak aldatıcı değildir.

³⁰ Tic. D. E. 21.5.1973, K. 1973/2307, T. 21.5.1973., Poroy vd. s. 246, Naklen.

³¹ Arkan, s. 294-295.

³² Kayar, s. 257.

c) Karşılaştırmalı Reklam: Mal ve hizmetlerin çeşitli özellikleri ve fiyatları bakımından rakip mal ve hizmetlerle karşılaştırmak suretiyle yapılan reklamlardır.³³ Bu tür reklamların haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Arkan³⁴ ve Kayar'a göre mukayeseli reklamlar, aldatıcı nitelikte olmamak, aynı tür ve nitelikteki mal ve hizmetler arasında objektif bir yöntem izlenerek yapılmak şartıyla haksız rekabet oluşturmazlar. Poroy ve Yasaman³⁵, ise mukayeseli reklamlara izin verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Yazarlara göre diğer mamullerle reklamı yapan işletmenin ürünleri kıyaslanmaya başlandığında hem çirkin hem de haksız bir durum ortaya çıkması kaçınılmazdır. Yürürlükte olan TTK'nda karşılaştırmalı reklam düzenlenmiş değildir ancak TTK m. 56'ya uymak şartı ile haksız rekabet teşkil ettiği söylenebilir. Buna karşılık TTK Tasarısı'nda "Karşılaştırmalı Reklamlar" özel olarak düzenlenmiştir.³⁶

d) Bilimsel Araştırma Sonuçlarına ve Tanık Beyanlarına Dayanan Reklam: Bu reklamlarda araştırma sonuçları ve reklam konusu ürünleri kullanan tanıkların beyanlarının tam, doğru ve dürüst şekilde yansıtılması gerekir. Bunların kısmen veya çarpıtılarak yayınlanması haksız rekabet oluşturur.³⁷

e) Fiyat İçeren Reklam: Fiyat içeren reklamlarda da temel ilke gerçeğe uygunluktur. Etiketin yarı fiyatına satışlar ya da tasfiye nedeniyle zararına satışlar gibi reklamlar gerçeği yansıtması halinde haksız rekabet sayılmazlar. Buna karşılık reklamda belirtilen bilgilerin yalnızca belirli ürünler için geçerli olması, tasfiye söz konusu olmadığı halde böyleymiş gibi bir reklam yapılması haksız rekabet sayılır.³⁸

f) Saldırgan Satış Yöntemleri ve Bu Kapsamda Yapılan Reklamlar: Bu tür reklamlar yanıltıcı reklamların en tipik özelliğidir ve istisnasız haksız rekabet oluşturur.³⁹ Yürürlükteki TTK'nda yoktur ancak TTK Tasarısında m. 55/1-a(8)'de bu konuya yer verilmiştir.

Bu bende giren rekabet hallerine örnekler:

- Bir ticari işletmenin sahibinin hiçbir zaman ulaşmadığı bir ciro hacmini elde ettiğinden, gerçekte demode olduğu halde makinelerin tümünü yenileyip, çağdaş bir üretim sisteminden yararlandığından söz etmesi, işletmede

³³ Kayar, s. 257.

³⁴ Arkan, s. 295; Kayar, s. 257.

³⁵ Peha Poroy, Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku. (İstanbul: Beya Yayınevi, 9. Bası) s. 225.

³⁶ TBK. Tasarısı m. 55/1-a(5)

³⁷ Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku. Mimoza Yayıncılık, 2007, s. 188; Arkan, s.296.

³⁸ Kayar, s. 258.

³⁹ Kayar, s. 258.

çalıştırdığı işçi sayısını olduğundan fazla göstererek ya da ihracat tutarını abartarak kendisi hakkında yanlış bilgi vermesi,⁴⁰

- Bir gazetenin en yüksek tiraja sahip olmamasına karşın kendini bu alanda birinci göstermesi,⁴¹

- Gerçeğe uymadığı halde, sırf diğer mallara nazaran üstünlük sağlamak ya da daha fazla ticari itibar sağlamak için, bir kumaşın Avrupa'ya ihraç edilen tek kumaş olduğunu, uluslar arası bir birlik tarafından garanti damgası kazandığı yolunda beyanda bulunulması.⁴²

Aşağıda kısaca belirttiğim kararlarda Yargıtay da bu tür davranışları haksız rekabet olarak değerlendirmiştir.

“Bir ürünün birinci olarak tanıtılmasının kaçınılmaz sonucu alanında en iyi olduğu izleniminin yaratılmasıdır. Bu ise diğer üreticileri tüketiciler karşısında ikinci konuma iten, yanıltıcı, diğer üreticilere zarar verici ya da zarar tehlikesine düşürücü bir iddiadır. ... bir boya mamülünün birinci olarak nitelenmesi ile onun boya piyasasının en iyi mamülü olduğu izleniminin doğmasının kaçınılmaz bulunduğu, ne bakımdan olduğu anlaşılmayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı ve diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci konuma ittiği, bu durumda davacının zarar görmemesi veya zarar tehlikesi içinde olmamasının tabiata ters düştüğü, davalının eyleminin TTK'nun 56. ve 57/3. maddeleri gereğince haksız rekabet oluşturduğu”⁴³

“Davalı tarafın kullandığı reklam metninde “TSE kurallarına uygun şekilde kokusu bulunduğu” ya da “bu kurallarda belirtilen koku dışında koku bulunmadığı” şeklinde bir ibare bulunmamakta olup, kullanılan reklam metninde “davalı tarafın ürününün hiç kokusu bulunmadığı” kastedildiği anlaşılmaktadır. TTK'nun 57/3. maddesi gereğince, kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veya hut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek eylemi” hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket olup, davalı tarafın reklam metninde kullandığı ifadelerin haksız rekabet teşkil edeceği”⁴⁴

“Davalılarca çıkarılan S... gazetesinin başlığındaki “Türkiye'nin en çok satan gazetesi” şeklindeki sunum metninin, yine aynı yerde üzeri “nazar boncuklu 1” rakamını havi logo'nun gerçeği yansıtmadığı, böy-

40 Teoman vd., s. 459.

41 Teoman vd., s. 459.

42 Tekil, s. 227.

43 Yarg. 11. HD. T. 22.12.1992, E. 1991/4992, K. 1992/16613.

44 Yarg. 11. HD. E. 2005/2636, K. 2006/5025, T. 2.5.2006.

lece TTK 57/3 maddesinde yazılı olduğu biçimde yanlış ve yanıltıcı bilgilerle davacı rakip gazeteye nazaran kendini üstün duruma getirerek, haksız rekabette bulunduğu dosyadaki delillerden ve delilleri irdeleyerek bu yolda neticeye varan bilirkişi raporlarından anlaşılmasıyla”⁴⁵

2.4. Paye, Şahadetname Veya Mükafaat Almış Gibi Davranmak

TTK'nın 57. maddesinin 4. bendine göre “Paye, şahadetname veya mükafaat almadığı halde bunlara sahip imişçesine hareket ederek müstesna kabiliyete malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna müsait olan yanlış unvan yahut mesleki adlar kullanmak” haksız rekabettir.

Aynı içeriğe sahip TTK Tasarısı m. 55/1-a(3) ise “Paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adı ve sembolleri kullanmak” şeklindedir. Tasarı ile TTK maddesi arasında bir fark bulunmamaktadır.

Bu hal, aldatıcı reklamların özel bir halini düzenlemektedir.⁴⁶ Bu halde, “Paye, şahadetname veya mükafaat” alınmış gibi davranmak suretiyle aldatıcı reklam yapılmaktadır. TTK m. 57/4'te düzenlenmiş reklam yolu ile haksız rekabet fiilinin, kasten işlenmesi hali ayrıca suç teşkil etmektedir. TTK m. 64 bu konu için “Elli yedinci maddenin 1,2,4,5,6,8 ve 9'uncu bentlerinde yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler;... ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar adli para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılırlar.” demektedir.

Bu bende giren rekabet hallerine örnekler:

- Bir kişinin aslında doktor olmadığı halde bu ünvanı kullanması ya da hukuk doktoru olduğu halde tıp doktoru olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde yanıltıcı beyanlarda bulunması,⁴⁷

- Bir kadın berberinin yaşamı boyunca hiç yurt dışına gitmemiş olmasına rağmen, kendisinin Paris'te kuaför kurslarına devam ettiğini ve bunları başarı ile tamamladığını açıklaması,⁴⁸

- Bir şarap üreticisinin bugüne kadar hiçbir yarışmaya katılmadığı halde şişenin üzerine bazı madalya resimleri koyması,⁴⁹

⁴⁵ Yarg. 11. HD. E. 1997/9233, K. 1998/1026, T. 20.2.1998.

⁴⁶ Berkant Şengel, Reklamlarda Haksız Rekabet, Yargıtay Dergisi, Temmuz-2000, sayı 3.

⁴⁷ Aslan vd., s. 114.

⁴⁸ Teoman vd., s. 459.

⁴⁹ Teoman vd., s. 459.

- Bir mühendisin, doktora çalışması yapmadığı halde, kartvizitinin üzerinde ad ve soyadının başına "Dr." ibaresinin eklenmesi,⁵⁰

- Bir moda evinin gerçeğe aykırı olarak, Paris'te uluslar arası ödül kazandığını belirtmesi.⁵¹

Aşağıda kısaca belirttiğim kararda Yargıtay da bu tür davranışları haksız rekabet olarak değerlendirmiştir.

*"F.-T. firması ile bayilik veya tali bayilik ilişkisi bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin, bayii gibi davranarak, davacının bayisi olduğu ürünleri, tekrar bunun ticareti ile uğraşan işyerlerine pazarlaması, hukuken himaye edilemez ve haksız rekabet olduğunun kabulü zorunludur."*⁵²

2.5. İltibasa (Karışıklığa) Yol Açmak

TTK'nın 57. maddesinin 5. bendine göre "*Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydana verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydana veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak*" haksız rekabettir.

Bu maddeye denk gelen TTK Tasarısı m. 55/1-a(4) ise "*Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya müsait önlemler almak*" şeklindedir. Tasarıdaki metin TTK'daki metin ile özdeş olmasına rağmen anlatımı farklıdır. Tasarıdaki metinde, "iltibas" yerine "karıştırma" denmiştir. Hükümün gerekçesine göre; "Karıştırma" ifadesi, yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsar. Hüküm karıştırılmayı dış görünüş (tanıtım, takdim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında düzenler. İç benzerlikten doğan karıştırılma (mesela elektrik devresinin benzerliği) bu hüküm kapsamı dışındadır.

TTK57/5'inci maddesinin ilk kısmı özellikle yedek parçalar açısından önem arz etmektedir.⁵³ Bend incelendiğinde bir ürünün sadece aynen üretilmesi hali değil benzer şekilde üretilerek iltibasa yol açılmak istenmesi hali de haksız rekabet teşkil eder. O halde burada haksız rekabetten bahsedebilmek için iki unsurun varlığı gerekir:

- Ürünlerin aynen ya da benzer şekilde üretilmesi,

⁵⁰ Teoman vd., s. 460.

⁵¹ Tekil, s. 228.

⁵² Yarg. 11. HD. E. 1997/684, K. 1997/2611, T. 8.4.1997.

⁵³ Aslan vd., s. 114.

- Bunun iltibasa yol açması.

Bendin ikinci kısmı ise tanıtma vasıtaları ile ilgilidir. Bu vasıtalar arasında iltibasa yol açıldığına karar verebilmek için, kullanılan tanıtma vasıtaları arasında gerek şekil gerek söyleyiş bakımından normal ve orta düzeyde bir alıcının aldanmasına yol açacak bir benzerliğin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.⁵⁴ Örneğin bir ciklet ya da çikolata ambalajının bir diğer işletmenin ürünü ile iltibas yaratıp yaratmadığını saptarken bu ürünlerin olağan tüketicileri olan çocukların değerlendirmeleri esas alınacak, aynı şekilde bir deterjan için ev kadınlarının, ilaç adları için bunları reçeteye yazan doktorların ya da eczacıların görüşü temel alınacaktır.⁵⁵ Kanımca, her somut olayda o olayın özellikleri göz önüne alınarak iltibasın varlığına karar verilmelidir.

Önemle belirtmek gerekir ki; bir kimsenin TTK m. 57/5 uyarınca, bir diğerinin kendisine ait ad, unvan ya da herhangi bir tanıtma aracı ile iltibas tehlikesi yarattığını ileri sürerek dava açabilmesi için, onun kendi tanıtma aracını "haklı olarak kullanmakta" olması gerekmektedir. Buradaki "haklı olarak kullanma" koşulu, tescil zorunluluğu olarak yorumlanmamalıdır.⁵⁶ Tescil edilmemiş bir markanın sahibi de haksız rekabete ilişkin korumadan yararlanabilir ancak bunun için ilgili markayı tescil ettirmemesine rağmen ilk kez kendisinin kullandığını kanıtlamalıdır. Yasa koyucu marka, tescil edilmiş ticaret ünvanı ya da işletme adlarını kendi özel hükümleri ile⁵⁷ koruduğu için burada haksız rekabete ilişkin TTK m. 57/5'in uygulama alanı bulması mümkün değildir. TTK m. 57/5 tescil edilmemekle beraber, ilgilisi tarafından ilk önce oluşturulup, kullanılmaya başlanılan tanıtma araçları, örneğin TTK 47 uyarınca sadece aynı sicil çevresinde korunan gerçek kişi ticaret ünvanları hakkında uygulanır.⁵⁸

Belirtmek gerekir ki; TTK m. 57/5 aynı zamanda tüketicinin korunması açısından da oldukça önemlidir. Yasa koyucu madde metninde açıkça iltibasa konu olan malın sadece üretilmesini değil aynı zamanda "*durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmayı*" da haksız rekabet saymıştır. Böylece bu malın toptan veya perakende satışı ile uğraşan tacirlere de sorumluluk yüklenmiş ve bu kişiler aleyhine de dava açılmasına olanak sağlanmıştır.

İltibas yoluyla haksız rekabet Türkiye'de en sık başvuru alan haksız rekabet türüdür. Bu yolla haksız rekabet edenler piyasada sevilen, tutulan ve rağbet edilen ürünlerin aynılarını veya benzerlerini üretmek veya satışa arz

⁵⁴ Kayar, s. 261; Aslan vd., s. 115.

⁵⁵ Teoman vd., s. 461.

⁵⁶ Teoman vd., s. 460.

⁵⁷ TTK m. 52-54,55

⁵⁸ Teoman vd., s. 460.

etmek suretiyle, haksız menfaat temin etmek ve diğerlerinin haklı olarak elde ettiği ünden yararlanmayı hedeflemektedir.

Bu bende giren rekabet hallerine örnek:

- Bir ticari işletmenin yıllarca büyük reklam harcamaları yaparak piyasaya tanıttığı bir ambalaj biçiminden, başka bir tacirin hiçbir zahmete katılmaksızın bunu aynen kullanması.

Aşağıda kısaca belirttiğim kararlarda Yargıtay da bu tür davranışları haksız rekabet olarak değerlendirmiştir.

*"İki ayrı marka ile üretilen, ancak şekil (görünüş) benzerliği bulunan ütülerin iltibasa ve haksız rekabete meydan verip vermeyeceğinin saptanmasında, genel görünüm (dizayn) benzerliği nedeniyle birisinin yerine diğerini alıp almayacakları (aldanıp aldanmayacakları), yoksa, alıcıların benzerliğe rağmen, marka, teknik kalite, renk, güzellik, her iki mamülün satış fiyatları gibi hususları araştırarak mı seçecekleri ve netice olarak olayda ekonomik rekabetin mi, yoksa iyiniyet kurallarına aykırı "haksız bir rekabetin mi" mevcut olduğunun tesbiti gerekir. Dairemiz yerleşmiş içtihatlarına göre, iltibasın objektif olarak mevcudiyeti gerekli olup, iltibasın varlığından bahsedebilmek için normal ve orta seviyede bir alıcının, taklit edilmiş marka veya şekil benzerliği nedeniyle yanıltma ve aldanmaya düşüp düşmeyeceği başlıca ölçü olarak kabul edilmektedir."*⁵⁹

*"Malın, bir kişinin daha önce üretilip tanıtılmış olduğu malla dış görünüş bakımından tıpatıp benzerlik arzemesi halinde haksız rekabet oluşmuştur. Ürünün renginin davadan önce veya sonra değiştirilmesi haksız rekabet yönünden önemli değildir."*⁶⁰

*"Davacının ürettiği ve M... adıyla piyasaya sürdüğü terliğin dizayn, malzeme niteliği, görünüm ve detayının aynen taklit edilerek davalı tarafça imal edilip, piyasaya sürüldüğü, ürünler arasında iltibas bulunduğu ve davalının bu eyleminin haksız rekabet teşkil ettiği..."*⁶¹

*"Başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmamak" haksız rekabettir."*⁶²

"Teknik veya ekonomik bir gereklilik olmadan, başkasının yarattığı prestij ve emekten yararlanmak suretiyle tecavüze uğrayanın modülle-

⁵⁹ Yarg. 11. HD. E. 1987/8850, K. 1988/4339, T. 28.6.1988.

⁶⁰ Yarg. 11. HD. E. 1988/6498, K. 1989/1722, T. 17.3.1989.

⁶¹ Yarg. 11. HD. E. 1999/8929, K. 2000/160, T. 20.1.2000.

⁶² Yarg. 11. HD. E. 1996/1078, K. 1996/1630, T. 11.3.1996.

rine eklenebilmek için aynı ölçülerde yapı taşları-modüller imal ederek bunları piyasaya sürmek haksız rekabet teşkil eder.”⁶³

“Davacının ismi ve hizmet markası “A...” ile, davalının ticari ünvanının ayırt edici unsuru olan “A...” arasında iltibas değerlendirilmesi yapıldığında; hem ayırt edici işaretler hem de hizmetler aynı olduğuna göre iltibasın ve dolayısıyla da taraflar arasında rekabet varlığı, davalının sonradan tescil ettirdiği ticari ünvardaki ibarenin davacının tescilsiz markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu belirgindir.”⁶⁴

“Davalının imal ettiği ütülerine aynı şekli görünüşü ve büyüklüğü vermekle haksız rekabette bulunduğu ve bu şekil benzerliği yüzünden orta halli normal zekalı alıcıların marka ve teknik kaliteyi incelemeyen birini diğerinin yerine alabileceği ve böylece aldanabileceği ve iltibasa yol açıldığı sonucuna varılır”⁶⁵

2.6. Üçüncü Kişilerin Yardımcılarını Görevlerini Kötüye Kullanmaya Yönelmek

TTK'nın 57. maddesinin 6. bendine göre “Üçüncü şahısların müstahdemlerine, vekillerine veya diğer yardımcılarına, onları vazifelerini ihlale sevk etmek suretiyle kendisine veya başkasına menfaatler sağlamak maksadıyla veya bu kabil menfaatleri sağlamaya elverişli olacak surette, müstehak olmadıkları menfaatler temin veya vaat etmek” haksız rekabettir.

TTK Tasarısı m. 55/1-b(2) ise, “Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak” şeklindedir.

Madde metinlerinden anlaşıldığı gibi TTK Tasarısı, TTK m. 57/6'yı tekrarlamış, dil sadeleştirilmesi dışında bir yenilik getirmemiştir.

Belirtmek gerekir ki; söz konusu haksız rekabetin gerçekleşmiş sayılması için, haksız rekabet eylemini yapanın kendisine veya üçüncü bir kişiye mutlaka bir çıkar sağlamış olması zorunlu olmayıp, eylemin bu tür bir çıkar sağlamaya elverişli olması yeterlidir. Ancak çıkar sağlama durumunun var olmaması ya da eylemin çıkara yönelik olmaması halinde bu bend uyarınca haksız rekabetten bahsedemeyiz. Örneğin, herhangi bir kimsenin bir lokantadaki garsonları, müşterilere kötü davranmak konusunda ikna etmesi bu bend anlamında haksız rekabet değildir.

⁶³ Yarg. HGK. E. 1995/11-1037, K. 1996/206, T. 27.3.1996.

⁶⁴ Yarg. HGK. E. 2007/11-965, K. 2007/961, T. 12.12.2007.

⁶⁵ Yarg. 11. HD. E. 1987/8854, K. 1988/3861, T. 10.6.1988.

Bu bende giren rekabet hallerine örnekler:

- Rakip firmada çalışan bir işçiye çalıştığı çok önemli makineyi bozması karşılığında bir miktar para vermek ve böylece rakibin üretimini uzunca bir süre aksatarak onun yerine kendi ürünlerini satmayı amaçlamak,⁶⁶

- Aynı sokakta faaliyet gösteren iki lokantadan birisinin sahibinin diğerinin aşçısını, müşterilerin bu lokantayı tercih etmemelerini ve kendi işletmesine yönelmelerini sağlamak üzere yemeklere fazla tuz koymak konusunda ikna etmesi ve ona bunun karşılığında belirli bir para ödemesi.⁶⁷

2.7. Başkasının İmalat ve Ticaret Sırlarını Ele Geçirmek

TTK'nın 57. maddesinin 7. bendine göre "*Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek*" haksız rekabettir.

TTK Tasarısı m. 55/1-b(3) ise, "*İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek*" şeklindedir. Yeni düzenleme dil sadeleştirilmesi dışında bir yenilik getirmemiştir.

Bu bendin uygulanması açısından iki noktaya değinmek gerekmektedir. Birincisi, burada elde edilen işletme sırrının sadece üretimle ilgili olmasının zorunlu bulunmadığıdır. Teoman'a göre,⁶⁸ aynı işletmeye ilişkin müşteri listeleri, müşterilere yapılan iskontolar, müşterilerin satın aldıkları malları nasıl ödeyeceklerine ait bilgiler ve o işletmenin gelecekteki yıllara ilişkin üretim tasavvurları da bendin kapsamına girer. İkincisi, bir eylemin TTK m. 57/7'ye göre haksız rekabet sayılması için elde edilen üretim veya ticaret sırlarından fiilen yararlanılmış ve çıkar sağlanmış olması gerekmez.⁶⁹ Yasa koyucu burada sadece sırların elde edilmesini haksız rekabet açısından yeterli görmüştür.

Bu bentde belirtilen sır kavramından, sadece hiç bilinmeyen, kimsenin bilmesi mümkün olmayan bilgileri değil aynı zamanda elde edilmesi zaman ve para harcanmasına sebep olacak olan bilgileri de kapsar. Örneğin, müşterilerin kimlik ve niteliklerine ilişkin listeler bu anlamda ticari sırdır.⁷⁰

Sanayi casusluğunu önlemeye yönelik olduğu kabul edilen TTK m.57/7'nin uygulama alanı, yardımcılardan "kandırılması" ile sınırlı olmayıp, her ne suretle olursa olsun yardımcılardan bir işletmenin sırlarının ele geçi-

⁶⁶ Aslan vd., s. 116.

⁶⁷ Teoman vd., s. 463.

⁶⁸ Teoman vd., s. 463.

⁶⁹ Teoman vd., s. 463.

⁷⁰ Aslan vd., s. 116.

rilmesini de kapsamaktadır. Teoman'a göre⁷¹, yardımcılarına belirli bir çıkar vaad ederek veya bu tür bir çıkarı fiilen sağlayarak, onların üretim veya ticaret sırlarını açıklamalarını olanaklı kılmak da haksız rekabet oluşturur.

2.8. İmalat ve Ticaret Sırlarından Yararlanmak Veya Yayımak

TTK'nın 57. maddesinin 8. bendine göre "*Hüsniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak*" haksız rekabettir.

TTK Tasarısı m. 55/1-d ise "*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 bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*" Şeklinindedir. TTK Tasarısındaki bu madde TTK M. 57/8 ile paralel bir hükümdür.

Bu hüküm yukarıda açıkladığım TTK m. 57/7'deki hükmün tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu bent daha çok işletmede çalışan ve haksız olarak elde ettiği işletme sırlarını üçüncü kişilere yayanlar hakkında uygulanır.

Burada ticari veya imalat sırlarını sadece iyi niyet kurallarına aykırı olarak elde etmiş olmak yeterli değildir. Bu sırların ayrıca, kendi menfaatine kullanılması veya başkalarına yayılması da gerekir.⁷² Ayrıca buradaki "iyiniyete aykırı bir biçimde" ele geçirilmesinin zorunlu olup olmadığı tartışılabilir. Teoman'a göre⁷³, bu ibarenin üretim veya ticaret sırlarının elde edilmesine değil, bunların kullanılıp, yayılmasına yönelik olduğu kabul edilmelidir. Aksinin kabulü halinde işletme sırrını görevi gereği elde eden kişinin, bunu üçüncü kişilere açıklaması haksız rekabet olarak kabul edilmeyecektir ki; bu çok yanlış olur. Kayar⁷⁴, aksi fikri savunmakta ve bu halin TTK m. 57/8 anlamında haksız rekabet sayılmayacağını belirtmektedir.

Bendin uygulama alanının sadece işletme görevlilerinin eylemleri ile sınırlı olmadığı da savunulmaktadır. Kollektif ortaklık ortağının da işletme sırrını yayması bu bağlamda haksız rekabet oluşturacaktır.⁷⁵

Teoman, haksız rekabetten bahsedebilmemiz için elde edilen işletme sırlarının mutlaka kişisel bir çıkar sağlamış olunmasını zorunlu bulmayıp, bunun üçüncü kişilere yayılmasının da yeterli olması gerektiği görüşündedir.

İşletmeler son zamanlarda, çalıştırdıkları görevlilerle yaptıkları sözleşmelerde, elde ettikleri sırların kullanıp açıklanmasını yasaklayan "gizlilik

⁷¹ Teoman vd., s. 464.

⁷² Aslan vd., s. 116.

⁷³ Teoman vd., s. 464.

⁷⁴ Kayar, s. 263.

⁷⁵ Teoman vd., s. 464.

kayıtlarına” yer vermekte ve böylece TTK m. 57/8’e göre elde edilmek istenen sonuca bir de sözleşme düzeni ile ulaşmak istemektedirler.

Aşağıda kısaca belirttiğim kararlarda Yargıtay da bu tür davranışları haksız rekabet olarak değerlendirmiştir.

“Davalı Metin’in müvekkili şirketin ortağı iken paylarını devretmek suretiyle 01.08.2000 tarihinde ortaklıktan ayrıldığını ve hemen sonra aynı konu ile iştirak etmek üzere davalı şirketleri kurduğunu, daha önce ortağı olduğu şirketlerdeki elemanları yüksek ücret ve diğer vaatlerle yeni kurulan şirketlere transfer etme görüşmelerinde bulunup, bunda da kısmen başarılı olduğunu, davacı şirkete ait ticari bilgilere dayanarak (TTK m. 57/8) müşteri servisini kendi şirketine kanalize ettiğini, davacı şirketler hakkında haksız itham ve asılsız söylemler yayarak (TTK m. 57/1) davacı ile çalışan yurt dışı firmaların distribütörlüklerini aldığını, müvekkillerinin iş teklifi aldığı firmalara teklif vermek suretiyle müvekkillerinin sözleşmelerinin bozulmasını sağladığını, davalıların eylemlerinin TTK’nın 56’ncı ve devam eden maddeleri gereğince haksız rekabet oluşturduğunu”⁷⁶

“Davacı vekili, müvekkili şirketin Orta Doğu ülkelerine özellikle İran ve Irak’a demir ve çelik mamülleri ihracatı ile temayüz etmiş dış ticaret sermaye şirketi olduğunu, müvekkili adına iş takibi ve işi sonuçlandırma görevi ile Necdet’i hizmet akdi ile işe aldığını, halbuki davalı Necdet’in iş için müracaatından bir gün önce diğer davalı şirketi kurup müdürlüğünü de üstlendiğini, hizmet akdi gereği tüm mesaisini sadakat ve dürüstlük kuralları çerçevesinde davacı şirket için hasretmesi gereken davalının davacının sağladığı imkanlar ile Irak’a gidip kendi şirketi lehine faaliyetlerde bulunup ihracat bağlantılarını kendi şirketi adına yaptığını,... davalı Necdet’in davranış ve çalışmalarının iyiniyetle bağdaşmadığı, diğer davalı şirket ile davranışlarının haksız rekabete oluşturduğu, davacı şirketin alması mümkün ihalelerin bu nedenle kaybedildiği”⁷⁷

2.9. Gerçeğe Aykırı Şahadetname Vermek

TTK’nın 57. maddesinin 9. bendine göre “Hüsnüniyet sahibi kimseleri ifşal edebilecek surette hakikata aykırı hüsnühal ve iktidar şahadetnameleri vermek” haksız rekabettir.

Teoman’a göre⁷⁸; düzenlenen başarı belgesinin içeriğinden bunun abartılı ya da şakaya yönelik olduğu hiçbir duraksamaya yer bırakmaksızın anlaşılıyorsa, bir haksız rekabetin varlığından söz edilemez.

⁷⁶ Yarg. 11. HD. E. 2004/13015, K. 2005/12046, T. 8.12.2005.

⁷⁷ Yarg. 11. HD. E. 1992/7451, K. 1993/6598, T. 18.10.1993.

⁷⁸ Teoman vd., s. 466.

Bu bende giren rekabet hallerine örnekler:

- Bir kişinin kurduğu tahlil laboratuvarında analiz ettiği malların aslında sahip olmadığı iyi özelliklere sahipmiş gibi ya da aslında sahip olduğu kötü özelliklere sahip değilmiş gibi raporlar düzenleyip vermek,⁷⁹

- Yanınızda çalıştırdığınız kişinin zimmetine para geçirdiğini saptasanız, "benden bulmasını Allahından bulsun" diye işten çıkarsanız ve işten çıkartırken "çok güvenilir, namusu mücessemdir" şeklinde iyi hal kağıdı verseniz, bu bonservise güvenerek bu kişiye iş veren kişiye karşı zimmete para geçirme işlemi yapsa, bu layık olmayan bonservisi verdiğiniz için sorumlu olursunuz."⁸⁰

- Yetkisi olmadığı halde, bir kuaförlük ya da ses sanatçılığı gibi bir yarışma düzenleyen ve bunun sonucunda hiçbir bilimsel veya sanatsal ölçüye dayanmaksızın rastgele ödüller ve diplomalar dağıtan kişinin eylemi.⁸¹

2.10. İş Yaşantısı Koşullarına Uymamak

TTK'nın 57. maddesinin 10. bendine göre "*Rakipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek*" haksız rekabettir.

TTK Tasarısı m. 55/1-e, "*İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşme ile, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*" Şeklinde dir. TTK m. 57/10'a paralel olan tasarıdaki bu madde anlatım ve dil sadeleştirilmesi dışında bir yenilik getirmemektedir.

Bu bende giren rekabet hallerine örnekler:

- Aslan-Ergün⁸² ve Teoman⁸³, bazı rakipler, defterlerini tam tutup vergilerini tam öderken ve işçilerini sigortalı çalıştırırken bazılarının bu kurallara uymadan vergi kaçırması ve sigortasız işçi çalıştırması, bu bend gereğince haksız rekabet teşkil etmesi gerektiğini savunmaktadır.

- Belirli işyerlerinin saat 22:00'ye kadar faaliyet gösterebileceklerini öngören mevzuat hükümlerinin varlığına karşın, bazı işletmelerin gece yarısına kadar açık kalarak diğerlerinden daha çok gelir elde etmeye çabalaması, ya da benzer şekilde işletmenin öğle tatilinde kapısını kapatmayarak faaliyete devam etmesi.⁸⁴

⁷⁹ Aslan vd., s. 116.

⁸⁰ Oğuz İmregün, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, (İstanbul: Yasa Yayınları, 1989) s. 118.

⁸¹ Teoman vd., s. 466.

⁸² Aslan vd., s. 117.

⁸³ Teoman vd., s. 466.

⁸⁴ Teoman vd., s. 466.

Aşağıda kısaca belirttiğim kararlarda Yargıtay da bu tür davranışları haksız rekabet olarak değerlendirmiştir.

“Atık cam kaplarının toplanıp kırılarak ham madde haline getirilmeden piyasaya arz edilmesi, dönüşümsüz şişelerin aynı şekilde yenden doluma sunulması haksız rekabet teşkil eder.”⁸⁵

“Dekorasyon alanında fuar düzenleme yetkisinin davacıya tanınmış olmasına rağmen davalının yetkisi olmadığı halde dekorasyon alanında da faaliyette bulunması TTK'nun hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketleri düzenleyen 57. maddesinde belirlenen kanun, nizamname, mukavele veya mesleki veya mahalli adetlerde talin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek fiilini oluşturmalarına göre”⁸⁶

“Davalının ihale şartnamesine uygun iş yapmamasının davalı ile ihale veren dava dışı şirket arasında bir konu olduğu, kaldı ki şartnamenin 21.maddesi ile de ihale makamınca işin dilediğine verilmesi olanağı tanındığı, haksız rekabet koşullarının bulunmadığı”⁸⁷

“Davacının üreterek piyasaya sattığı markalama tamburlarının kullanımından dolayı aşınması nedeniyle kullanılamaz hale gelen aletleri toplayıp işlem den geçirerek tekrar piyasaya arz edilmesinin davacının Pazar payını daraltacağı ve zarara uğratacağı, davalının eyleminin iktisadi rekabetin suistimal edilmesi suretiyle haksız rekabet olduğu”⁸⁸

3. TTK Tasarısı ile Eklenen Haksız Rekabet Halleri

3.1. Dürüstlük Kurallarına Aykırı Karşılaştırmalı Reklamlar

Karşılaştırmalı reklam; kendisi, malları, iş ürünleri ve faaliyetleri ile rakibin aynı çeşitli unsurları arasında açık veya kapalı bağlantı kurularak yapılan reklam olarak tanımlanabilir.

TTK'da ayrı bir bent olarak yer almayan bu hal, TTK Tasarısı m. 55/1-a(5)'de özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; “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 karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek” haksız rekabettir. İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanun'a paralel olarak getirilen bu düzen-

⁸⁵ Yarg. 11. HD. E. 1999/1155, K. 1999/991, T. 26.02.1999.

⁸⁶ Yarg. 11. HD. E. 2002/11166, K. 2003/3538, T. 10.4.2003.

⁸⁷ Yarg. 11. HD. E. 2002/1394, K. 2002/4530, T. 9.5.2002.

⁸⁸ Yarg. 11. HD. E. 2005/9132, K. 2006/9936, T. 9.10.2006.

lemenin amacı uygulamadaki yanlış anlamaları ve tereddüt uyandıran değerlendirmeleri önlemek düşüncesidir.⁸⁹

Yanlış, yanıltıcı, gereksiz yere incitici, kötileyici veya rakibin tanınmışlığından haksız yere yararlanmaya çok müsait olan karşılaştırmalı reklam için tasarıda sıkı şartlar öngörülmüştür.⁹⁰ Bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Karşılaştırmadaki beyanların veya karşılaştırma unsurlarının doğru olması ve doğrulanabilir gerekçelere dayanması gerekir.
- Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermeleri gereklidir.
- Karşılaştırma önemli ve esash noktalarda olmalıdır.⁹¹
- Karşılaştırma rakibin markası, ticaret ünvanı veya diğer ayırt edici işaretleriyle karışıklığa sebep olmayacak şekilde, özellikle rakibin tanınmışlığından yararlanma amacı güden sömürücü reklam şeklinde olmamalıdır.
- Karşılaştırmalı reklam, yanlış veya yanıltıcı olmamalıdır.

3.2. Aldatıcı Olarak Seçilmiş Bazı Mallar İçin İndirimli Satış Yapmak

TTK Tasarısı m. 55/1-a(6), "*Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumdan reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltılmak; şu kadar ki satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde altında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur.*" şeklindedir ve bu maddeye göre satıcı tarafından bazı malların seçilmesi ve seçilen bu malların tedarik fiyatının altında göstermelik olarak satışa sunulması, böylece müşterinin aldatılması hali haksız rekabet teşkil etmektedir. Gerçekte sunulan mal ya gösterildiği kalitede değildir ya da malı gösterenin elinde o kalitede çok fazla mal yoktur veyahut satıcının elinde o kalitede mal varsa da daha yüksek fiyatta satmakta ya da satmak istemektedir. Göstermelik bir fiyatla müşteriye sunulan mal çeşitli amaçlarla kullanılıyor olabilir; düşük fiyatla çekilen müşteriye başka mal satılabilir, başka fiyat uygulanabilir, müşteri toplan arz konusunda yanıltılabilir. Müşterinin ne şekilde aldatıldığının önemi yoktur. Söz konusu hüküm belirli bir şekilde de bağlanmamıştır.

⁸⁹ Yılmaz, s. 1519.

⁹⁰ Bu şartlar TTK Tasarısı m. 55/1-a(5)'in gerekçesinde özellikle vurgulanmıştır.

⁹¹ Bu şart Tasarıda özellikle vurgulanmış ve "karşılaştırmaların ilgisizler ve önemsizler arasında yapılması veya önemli veya etkili olanın atlanması" şeklinde yapılmasının aldatıcı olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

3.3. Müşteriyi Ek Edimlerle Sunumun Gerçek Değeri Hakkında Yanıltmak

TTK Tasarısı m. 55/1-a(7), "*Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak*" şeklindedir ve bu hal haksız rekabet teşkil eder. Bu bendin konusu müşteriye armağanlar, primler gibi avantajlar vaad ederek, vererek veya tanıyarak müşterinin malın kalitesi, tazeliği, defolu olup olmadığı konularında fazla düşündürülmeden yönlendirilmesidir. Burada önemli olan husus müşterinin sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmasıdır. Maddenin gerekçesine göre bu bend dürüstlüğü aykırı iki eylem içerir:

- Müşterinin karar verme özgürlüğü yanılma ile etkilenmektedir.
- Malın değeri armağanlar veya bedelsiz verilen mallarla saklanmakta, müşteri bunu düşünmeden saptırılmaktadır.

3.4. Saldırgan Satış Yöntemleri

TTK Tasarısı m. 55/1-a(8), "*Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak*" şeklindedir ve bu hal haksız rekabet teşkil eder.

Bu bend her türlü saldırgan satış yöntemini kapsamaktadır. Hükümdeki "özellikle saldırgan" ibaresindeki özellikle kelimesi hükmün uygulanabilmesinin şartıdır. Her saldırgan satış yöntemi haksız rekabet oluşturmaz. Önemli olan saldırganlığın özellik taşıması ve muhattabını adeta köşeye sıkıştırmasıdır. Bu husus özellikle kapıdan satışlar için önem kazanmaktadır.

Hüküm satış yöntemine ilişkin olmaktadır ve saldırgan reklamları içermez. Hükümün gerekçesine göre bendin merkez unsuru satış yöntemidir. Reklam ise diğer doğrudan işlevlerin yanında satışa yardımcı bir araçtır. Ayrıca hükümün temelindeki düşünce, müşterinin makul sayılamayacak kadar güç bir psikolojik duruma sokularak satın alma zorunluluğu altında bırakılmasıdır. Diğer yandan kaynak İsviçre Kanunu'nun tasarısında yer alan ve saldırgan reklamları zikreden ibare yukarıda belirtilen gerekçelerle hükümden çıkarılmıştır.

3.5. Gizlemek ve Bu Şekilde Müşteriyi Yanıltmak

TTK Tasarısı m. 55/1-a(9), "*Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak*" şeklindedir ve bu hal haksız rekabet teşkil eder. Bu bend "gizleme" diye adlandırılan haksız rekabet halini düzenlemektedir. Gizleme, yanıltmanın ve gerçeğe aykırı hareket etmenin özel bir halidir. Bunun için bu hükümün TTK Tasarısı m. 55/1-a(2) numaralı alt bentten farklılığının belirlenmesi gerekir. Maddenin gerekçesine göre ayırım şu şekilde yapılmaktadır:

- (9) numaralı alt bendte malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin, özellikleri, miktarı, kullanım amaçları veya tehlikeleri gizlenerek müşteri yanıltılmaktadır. (2) numaralı alt bendin aksine yanılma sadece açıklamalarla değil malın biçimi, paketlenme tarzı, etiketteki takdim gibi görsel algılamalar dahil her türlü araçla yapılmaktadır.

- (2) numaralı alt bend müşteriler de dahil piyasanın rakipler, ara kullanıcılar gibi diğer aktörlerine de yönelirken (9) numaralı bend sadece tüketiciyi dikkate almaktadır.

3.6. Tüketicinin Korunması ile İlgili Haksız Rekabet Halleri

TTK Tasarısı m. 55/1-a(10-11-12), doğrudan tüketicinin korunması ile ilgili yeni haksız rekabet halleri düzenlemiştir.

TTK Tasarısı m. 55/1-a(10), *“Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukukî işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanım açıkça belirtmemek, nakit veya toplam satış fiyatım veya taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek”*

TTK Tasarısı m. 55/1-a(11), *“Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanım açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak”*

TTK Tasarısı m. 55/1-a(12), *“İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredi sözleşmeleri siman veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyat, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin dönme veya fesih hakkı veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formleri kullanmak”* şeklindedir.

Bu bendlerin amacı tüketici kredilerinde, taksitli satış veya benzeri satış şartlarında, bunlara ilişkin form ve örneklerinde, ilan ve reklamlarda kullanılan belirsiz, yanıltıcı, aldatıcı ve kandırıcı ifadelerden tüketicinin korunmasıdır. Taksitle satışın, şartlarında açık olmamak, uygulanan faizi veya vade farkını, ödemelerin nasıl yapılacağını ve taksitle satış yapanın ünvanını açıklamamak dürüstlük kurallarına aykırıdır. Tüketici bu kurallara uyulmaması halinde yüksek vade farkları ve faiz oranları ile karşılaşabilir, kredi kartı kullanılması halinde ek komisyon alınacağını sonradan öğrenebilir, satış yapan firma belirtilmediği durumlarda tanımadığı ya da daha kalitesiz mal satan bir firmadan mal almak zorunda kalabilir. İşte bu durumları engellemek için yukarıda sözü edilen düzenlemeler yapılmıştır.

3.7. Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelmek

TTK Tasarısı m. 55/1-b(1-2-3-4), sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelmek başlığı altında, bu haksız rekabet şeklini açıklamıştır. Tasarının b(1) ve b(4) bendleri yeni düzenlemelerdir. b(2) ve b(3) ise TTK 57/5'te var olan hükümleri içermektedir.

TTK Tasarısı m. 55/1-b(1), “Onlarla kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, müşterileri başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek” şeklindedir.

Sözleşme, istisnalar hariç, sadece tarafların sona erdirebildiği, ihlal edildiği takdirde karşı tarafın haklı sebebi varsa sona erdirebildiği bir işlemdir. Ancak 3.kişiler tarafları bu sözleşmeyi sona erdirmeleri konusunda yönlendirebilir. 3. kişinin sözleşmenin tarafını (buradaki taraf madde gerekçesinde müşteri olarak belirtilmiştir) kendisi ile sözleşme yapsın diye sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmesi haksız rekabettir.

TTK Tasarısı m. 55/1-b(2), “Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak veya önerecek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak” şeklindedir.

Bu alt bend TTK 57/6 numaralı maddeye denk gelmektedir. Söz konusu TTK maddesi açıklanırken bu alt bend üzerinde de durulduğundan burada açıklamaya gerek duyulmamıştır.

TTK Tasarısı m. 55/1-b(3), “İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş surlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek” şeklindedir.

Bu alt bend TTK 57/7 numaralı maddeye denk gelmektedir. Söz konusu TTK maddesi açıklanırken bu alt bend üzerinde de durulduğundan burada açıklamaya gerek duyulmamıştır.

TTK Tasarısı m. 55/1-b(4), “Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış ,peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.” şeklindedir.

Bu alt bend taksitli satış ve kredili satış gibi satış türleri uygulamalarındaki haksız rekabet hali için düzenlenmiştir.

3.8. Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanmak

TTK böyle bir haksız rekabet türü içermemektedir. Ancak TTK Tasarısı bu yeni haksız rekabet türünü düzenlemiştir.

TTK Tasarısı m. 55/1-c(1), “Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak”,

TTK Tasarısı m. 55/1-c(2), “Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak”,

TTK Tasarısı m. 55/1-c(3), “Kendisinin, uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin gerekçesine göre bu yeni hüküm hukuken korunan “fikri mülkiyet hakları” hakkında ön görülmüş değildir ve onları kapsamaz. Hükümün kapsamına giren hukuken özel olarak korunmayan ancak iş, faaliyet, üretim gibi yönlerden önem taşıyan teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz yararlanmaktır. Bu hüküm ile başkalarının emeğinden, iş, sonuç ve deneyimlerinden hakkı olmadan yararlanmayı önlemektir.

3.9. Dürüstlük Kurallarına Aykırı İşlem Şartları Kullanmak

TTK Tasarısı m. 55/1-f, “Dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yolu ile uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.” şeklindedir. Bu madde ile genel işlem şartlarını hukukumuzda ilk defa düzenlenmiştir.

4. Diğer Kanunlardaki Haksız Rekabet Halleri

4.1. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu M. 83-84’e Göre Haksız Rekabet Halleri

FSEK. m. 83 ve 84 haksız rekabet halleri olarak TK. M. 57’de sayılmış olanlara iki tane daha eklemektedir. Poroy ve Yasaman’a göre⁹² maddelerdeki “tecavüz eden tacir olmasa bile” ibaresi bugünkü rejim bakımından lüzumsuzdur.

FSEK. m. 83 “Bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, itibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamaz.” şeklindedir. Buna göre, bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri ile itibas haksız rekabet teşkil eder.

FSEK. m. 84 “Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarıyan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3’üncü bir kişi tarafından aynı vasıta-dan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir.” şeklindedir. Bu maddeye göre de, işaret, resim veya sesin çoğaltılması haksız rekabettir.

⁹² Poroy/Yasaman, s. 254.

4.2. İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'a Göre Haksız Rekabet Halleri

Bu kanun, ithalatta dumping veya sübvansiyon yoluyla oluşacak haksız rekabete karşı Türkiye'de bir üretim dalının korunması veya piyasanın bozulmasının önlenmesi amacıyla yapılacak işlemleri ve alınacak idari, mali ve ekonomik önlemleri düzenlemektedir.

Söz konusu kanunun 3. maddesi "*Önlem alınmasını gerektiren haller; dumpinge veya sübvansiyona konu olan ithalatın Türkiye'de bir üretim dalında maddi zarara yol açması veya maddi zarar tehdidi oluşturması veya bir üretim dalının kurulmasını fiziki olarak geciktirmesidir. Ancak, sübvansiyona konu ithalata karşı önlem alınabilmesi için, sübvansiyonun Sübvansiyonlar ve Telif Edici Tedbirler Anlaşması'nın 2 nci maddesi çerçevesinde bir firma / firma grubu veya bir üretim dalı / üretim dalı grubuna yönelik olduğunun da tespit edilmiş olması gerekir.*" demek suretiyle amacını açıklamıştır. Buradaki hal, ithalatta dumping veya sübvansiyon yoluyla oluşacak haksız rekabet halidir.

Sonuç

Haksız rekabet TTK 56 vd. maddelerinde düzenlenmiş olmakla beraber BK. m. 48 hala yürürlüktedir. Ticaret Kanunumuzun 56. maddesine göre haksız rekabet, "aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimali" şeklinde tanımlanmıştır. Tanıma baktığımızda, TTK m. 56 vd.nun sadece ticari işlerde değil, iktisadi rekabetin olduğu her yerde uygulanacağı açıktır. Bu nedenle BK. m. 48'in uygulama alanının bulunmadığını ve kaldırılması gerektiğini düşünüyorum. Ancak yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı bu maddeyi korumuştur. Tasarıda söz konusu maddeye denk gelen 56. madde içerik olarak aynıdır.

Ticaret Kanunu'nda sayılan 10 haksız rekabet hali bulunmaktadır. Yeni TTK Tasarısında, İsviçre düzenlemesi göz önüne alınarak, bu hallere ek olarak başkaca haksız rekabet halleri de düzenlenmiştir.

Kaynakça

- ARKAN, Sabih. Ticari İşletme Hukuku, Altıncı Bası. Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2001.
- ASLAN, Yılmaz, Mevci Ergün. Ticaret Hukuku. Ekin Kitapevi, 2005.
- BİLGİŞİN, Şevket Memedali. Ticaret Hukuku Prensipleri. İstanbul: İsmail AkgünMatbaası, 1948.
- BOZTOSUN, Ayşe Odman, Akın Ünal. Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Ünvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin HükümlerinDeğerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1, 2005.
- CAN, Mustafa. Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet. Türkiye Baro Birlik Dergisi, Sayı 69, 2007.
- ERDEM, Ercüment. Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi. Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, 1. Cilt. İstanbul: Beta Yayınevi, 2002.
- ERİŞ, Gönen. Türk Ticaret Kanunu-Ticari İşletme ve Şirketler. Ankara: Seçkin Kitapevi, 2007.
- İMREGÜN, Oğuz. Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 12. Bası. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2001.
- İMREGÜN, Oğuz. Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri. İstanbul: Yasa Yayınları, 1989.
- İSVİÇRE Borçlar Kanunu Kısım III-V ve Haksız Rekabete Dair Federal Kanun. Çeviri, Haluk Tandoğan. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- KARAYALÇIN, Yaşar. Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler. Ankara: AdaletMatbaacılık, 1997.
- KAYAR, İsmail. Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Detay Yayıncılık, 2006.
- MANOP, Burcu. Türk Ticaret Kanunu ve TTK Açısından Haksız Rekabet Hükümlerine Bir Bakış. <<http://iibf.sdu.edu.tr/dergi/files/2007-3-19.pdf>>
- MOROĞLU, Erdoğan. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- ÖZTEK, Selçuk. Haksız Rekabete İlişkin İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Haleri. Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya: Ayrı Basım, 1991.

- POROY, Reha, Hamdi Yasaman. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, 9. Basım.
- ŞENGEL, Berkant. Reklamlarda Haksız Rekabet. Yargıtay Dergisi, Temmuz-2000, Cilt 26, Sayı 3.
- TEKİL, Fahiman. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1997.
- TEOMAN, Ömer. Yaşayan Ticaret Hukuku, c.1, Hukuki Mütalaalar, Kitap 7. İstanbul: Beta, 1997.
- TEOMAN, Ömer. Yaşayan Ticaret Hukuku, c.1, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8. İstanbul: Beta, 1997.
- ÜLGEN, Hüseyin, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- YILMAZ, Mehmet. Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet, İstanbul Barosu Dergisi. Cilt 80, Sayı 2006/4.

Yabancı Kanunların İktibas
(The Adaptation of Foreign Laws)

Ülkem Cansu AYGÜN*

Özet: Ceza Kanunumuzun gelişim sürecine baktığımızda birçok yabancı kanunun etkileri görülmektedir. Bu makalede öncelikle ceza hukukunun tarihçesi ele alındıktan sonra şimdiye kadar uzanan süreçte yabancı kanunların iktibas yoluyla oluşturulan Ceza Kanunlarımız o zamanki tarihi, sosyal, politik ve toplumsal olayların da ışığında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İktibas, ceza hukuku, hümanizm, ıslahat fermanı, tanzimat fermanı, rönesans, sosyal yapı.

Abstract: *It is possible to see the effects of the foreign codes in Turkish Penal Code. In this article, the history of Turkish criminal law will be discussed. Then, Turkish penal laws, which are adaptations of foreign laws, will be examined in view of the historical, social, political and communal incidents to date.*

Keywords: *Adaptation, criminal law, humanism, Hatt-i Humayun of 1856 (The Imperial Reform Edict), Hatt-i Sharif (The Imperial Edict of Reorganization), Renaissance, social structure*

I. Ceza Hukuku Kavramı

İnsanların toplum halinde yaşaması bir zorunluluktur. Fakat bu zorunluluk beraberinde birtakım uzlaşmazlıkları ve çatışmaları da beraberinde getirir çünkü her bireyin karakteri ve isteği farklılık gösterir¹. İşte bu farklılıkların çatışmaya neden olmaması, insanların barış dolu bir ortamda yaşayabilmesi için herkes tarafından uyulması gerekli birtakım kuralların varlığı

* Ar. Gör., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: ucaygun@hotmail.com

¹ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2007, s.1.

ğına ihtiyaç vardır². Din ve ahlak kuralları gibi genelde kişilerin vicdanına hitap eden kuralların yanı sıra, örf ve adet kuralları gibi o topluma has özelliklerden ve alışkanlıklardan dolayı ortaya çıkan yazılı olmayan kurallar da vardır. Fakat devlet tarafından konulan kurallar ise hukuk kurallarıdır³.

Bireylerin birbirleriyle ve toplumla ilişkilerini düzenleyen emir, yasak ve yetkiler içeren, devletçe yaptırıma bağlanmış kaidelere hukuk kuralları demekteyiz⁴. Hukuk kuralları toplumsal yaşamın varlık nedenidir. Hukuk kuralları toplum düzenini sağlar, bireylerin hak ve özgürlüklerini korur, adaleti ve eşitliği sağlayarak kamu barışını idame ettirir⁵.

Ceza hukuku ise genel bir tanımlamaya göre "Ceza müeyyidesinin uygulanmasını gerektiren hukuki ihlallerin, sapmaların nelerden ibaret olduğunu, bu ihlallere ve ihlalleri gerçekleştirenlere yani suçluya karşı devletin tepkisini belirten kuralları ve esasları gösteren hukuk dalıdır"⁶.

Her ülkenin kendi toplum yapısına uygun olarak düzenlenmiş ceza kanunları vardır. Kimi ülkelerde ceza kanunlarının başlangıç maddesi ceza hukukunun amacından söz eder. Bizde de ceza kanunumuzun ilk maddesinde böyle bir amaç hükmü yer almaktadır. Mukayeseli hukukta 1997 Rus Ceza Kanunu madde 2/b.1 bentinde de böyle bir amaç hükmü yer almaktadır. Ancak Rusya, komünist yönetimden vazgeçerek, demokratik bir toplum düzenine geçmek istediği için böyle bir hükmün konması önemlidir. Fakat Türkiye'de böyle bir sosyal zorunluluk yoktur. Belirtmeliyiz ki; ceza kanununun amacım bir madde ile sınırlandırmak tek başına bir anlam ifade edemez ve bu bizi ceza hukuku kurallarının bütününe belirten ilkeler doğrultusunda düzenleme sorumluluğundan kurtarmaz⁷.

II. Ceza Hukukunun Tarihi

A. Ceza Hukukunun Avrupadaki Tarihi Gelişimi

Şu an yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuz birçok batı ülkesinden esinlenilerek hazırlanmıştır (Örneğin; 1995 İspanyol, 1975 Alman, 1994 Fransız, 1996 Rus ve 1997 Polonya Ceza Kanunları). Bilindiği üzere 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu da 1889 İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilmiştir. İşte bu nedenler sebebiyle nasıl bir ceza kanunu kabul ettiğimizi anlamak için ceza hukukunun batıdaki tarihi gelişimini inceleme-

² DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 7. Bası, Ankara 2011, s.1.

³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.1.

⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.1.

⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.2.

⁶ DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul 1994, s.4.

⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.5.

miz gerekir. Burada Artuk'a göre karşımıza iki dönem çıkar. İlki eski ceza hukuku dönemi diye adlandırılan ve 18. yy sonlarına kadar süren dönem, ikincisi ise 18. yy sonlarından zamanımıza kadar süren dönemdir⁸. Dönmezer/Erman'a göre ise ceza hukukunun kaynağı, gelişmesi ve ceza doktrinlerinin tarihçesi bakımından 4 dönemin bulunduğu kabul edilir⁹;

1. İlkel ceza verme dönemi
2. Müsterek ceza hukuku dönemi
3. Yeni zamanlar ceza hukuku dönemi
4. Çağdaş ceza hukuku dönemi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza hukukunun gelişmesinde iki amaç vardır¹⁰;

- Ceza hukuku kurallarının keyfi olarak uygulanmaması ve belli olay ve kişilere göre değişen normlar olmayıp; objektif, genel ve soyut kuralların uygulanmasının sağlanması,

-Ceza verenin amacını, sosyal barışın ve kamu düzeninin kalıcılığını sağlamak olmasıdır.

Bununla birlikte ceza hukukunun gelişmesinde bütün dönemlerde bulunan birtakım ortak özellikler vardır. Bunlar¹¹;

- Ceza hukuku kuralları, topluma zarar verici hareketlere karşı toplumun oluşturduğu bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

- Burada sorumluluk ilk başlarda kollektif ve objektif iken daha sonraları kişisel ve sübjektif olmuştur.

- Önceleri ceza hukuku bireyin hem dış çevreyle olan ilişkilerini hem de bizzat kendisi ve tanrı ile olan ilişkilerini kapsarken sonraları özellikle I. ve II. Dünya Savaşlarından sonra bu alan sadece bireyin dış çevresiyle olan ilişkilerini kapsamış fakat bu alan da zamanla genişlemiştir.

- İlk başlarda ceza hukuku örf ve adet kurallarına dayanmakta iken zamanla belirli olay ve suçlar göz önüne alınarak çeşitli kanunlar oluşturulmuştur ve bu kanunların ahenk ve bütünlülüğünün sağlanması ve sistemleştirilmesi için büyük hukukçuların eserlerinden faydalanılmıştır.

- Son olarak ise, toplumdaki sosyal olaylar ceza hukukunu doğrudan etkiler ve değişen sosyal olay ve durumlara göre ceza hukuku da farklı şekil-

⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.17.

⁹ DÖNMEZER / ERMAN, s.37, 38.

¹⁰ DÖNMEZER / ERMAN, s.38.

¹¹ DÖNMEZER / ERMAN, s.38.

lere bürünmek zorunda kalır aksi halde toplumun ihtiyaçlarına ceza veremez. Nitekim ülkemizdeki kanunların iktibasında da gerekçe olarak toplumsal ve sosyal değişimlere cevap verebilmek amacının bulunduğu her iktibas-tileri sürülen gerekçelerdendir.

B. İlkel Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemi ele alırken Hint, Çin, Mısır, İbrani, Roma ve Yunan hukuklarını düşünmemek gerekir. Çünkü bu hukuklar bile ceza hukuku bakımından iler bir aşamayı ifade eder¹².

İlkel ceza hukuku döneminde en eski sosyal topluluk olarak kabul edilen "Klan" vardı. Bu dönemde devlet çatısı altında birleşme sözkonusu değildi. Aynı toteme bağlı bireylerden oluşan klan içinde bir suç işlenirse, olay klan içinde çözülür ve aile reisi tarafından suç işleyene ceza verilir¹³. Bu toplumlarda sadece klana tecavüz cürüm sayılır; kişilere ve mallara tecavüz kabahat sayılır. Eğer suç teşkil eden fiiller aynı klan içindeki bireyler arasında değil de farklı klanlara mensup olanlar arasında işlenirse şahsi öc usulü uygulanır ve kendisine suç isnat edilen kişinin aile-kabile fertlerinden biri suç işleyen bireyi, aile veya kabilesini cezalandırırdı. Fakat şahsi öc usulünde sorumluluğun kolektif oluşu, sınırının olmayışı, öc almaların karşılık şeklinde zamanla devamlılık kazanması yüzünden klanlar birleşip devleti oluşturdu. Devletin oluşmasıyla bu usule birtakım sınırlamalar da getirildi¹⁴.

1. Kısas

Eğer bir kişi suç işler ve zarar meydana getirirse o kişiye karşı fiil sonucu oluşan zarar miktarında ceza verilir. "Göze göz, dişe diş" mantığı burada geçerlidir. Hammurabi Kanunu'nun 197. maddesi, Hazreti Musa'ya gönderilen Tevrat'ta, Romalıların 12 Levha Kanununda, Dracon'un Yunan Kanununda kısasın yer aldığı görülür. Kısasta kişilere ceza verilebilmesi için kastın olması gerektiği belirtilmiş ve kastın olmadığı hallerde ise tazminata hükmedilmiştir¹⁵.

2. Uyuşma (Diyet)

Uyuşma usulünde devlet, birbiriyle uyuşmazlığı bulunan tarafları çağırarak uzlaşmaya davet ederdi. Taraflar isterlerse diyeti kabul eder, isterlerse kısas usulünü uygularlardı. Taraflar diyet usulünü kabul ettikleri takdirde ise tazminata konu para miktarını kendileri belirlemekte serbestti. Fakat diyet daha sonraları devlet tarafından zorunlu tutulmuş ayrıca tazminata

¹² DÖNMEZER / ERMAN, s.39.

¹³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.17.

¹⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.18.

¹⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.20.

miz gerekir. Burada Artuk'a göre karşımıza iki dönem çıkar. İlki eski ceza hukuku dönemi diye adlandırılan ve 18. yy sonlarına kadar süren dönem, ikincisi ise 18. yy sonlarından zamanımıza kadar süren dönemdir⁸. Dönmezer/ Erman'a göre ise ceza hukukunun kaynağı, gelişmesi ve ceza doktrinlerinin tarihçesi bakımından 4 dönemin bulunduğu kabul edilir⁹;

1. İlkel ceza verme dönemi
2. Müşterek ceza hukuku dönemi
3. Yeni zamanlar ceza hukuku dönemi
4. Çağdaş ceza hukuku dönemi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza hukukunun gelişmesinde iki amaç vardır¹⁰;

- Ceza hukuku kurallarının keyfi olarak uygulanmaması ve belli olay ve kişilere göre değişen normlar olmayıp; objektif, genel ve soyut kuralların uygulanmasının sağlanması,

-Ceza verenin amacını, sosyal barışın ve kamu düzeninin kalıcılığını sağlamak olmasıdır.

Bununla birlikte ceza hukukunun gelişmesinde bütün dönemlerde bulunan birtakım ortak özellikler vardır. Bunlar¹¹;

- Ceza hukuku kuralları, topluma zarar verici hareketlere karşı toplumun oluşturduğu bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

- Burada sorumluluk ilk başlarda kollektif ve objektif iken daha sonraları kişisel ve sübjektif olmuştur.

- Önceleri ceza hukuku bireyin hem dış çevreyle olan ilişkilerini hem de bizzat kendisi ve tanrı ile olan ilişkilerini kapsarken sonraları özellikle I. ve II. Dünya Savaşlarından sonra bu alan sadece bireyin dış çevresiyle olan ilişkilerini kapsamış fakat bu alan da zamanla genişlemiştir.

- İlk başlarda ceza hukuku örf ve adet kurallarına dayanmakta iken zamanla belirli olay ve suçlar göz önüne alınarak çeşitli kanunlar oluşturulmuştur ve bu kanunların ahenk ve bütünlülüğünün sağlanması ve sistemleştirilmesi için büyük hukukçuların eserlerinden faydalanılmıştır.

- Son olarak ise, toplumdaki sosyal olaylar ceza hukukunu doğrudan etkiler ve değişen sosyal olay ve durumlara göre ceza hukuku da farklı şekil-

⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.17.

⁹ DÖNMEZER / ERMAN, s.37, 38.

¹⁰ DÖNMEZER / ERMAN, s.38.

¹¹ DÖNMEZER / ERMAN, s.38.

lere bürünmek zorunda kalır aksi halde toplumun ihtiyaçlarına ceza veremez. Nitekim ülkemizdeki kanunların iktibasında da gerekçe olarak toplumsal ve sosyal değişimlere cevap verebilmek amacının bulunduğu her iktibastan ileri sürülen gerekçelerdir.

B. İkel Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemi ele alırken Hint, Çin, Mısır, İbrani, Roma ve Yunan hukuklarını düşünmemek gerekir. Çünkü bu hukuklar bile ceza hukuku bakımından iler bir aşamayı ifade eder¹².

İkel ceza hukuku döneminde en eski sosyal topluluk olarak kabul edilen "Klan" vardı. Bu dönemde devlet çatısı altında birleşme sözkonusu değildi. Aynı toteme bağlı bireylerden oluşan klan içinde bir suç işlenirse, olay klan içinde çözülür ve aile reisi tarafından suç işleyene ceza verilir¹³. Bu toplumlarda sadece klana tecavüz cürüm sayılır; kişilere ve mallara tecavüz kabahat sayılır. Eğer suç teşkil eden fiiller aynı klan içindeki bireyler arasında değil de farklı klanlara mensup olanlar arasında işlenirse şahsi öc usulü uygulanır ve kendisine suç isnat edilen kişinin aile-kabile fertlerinden biri suç işleyen bireyi, aile veya kabilesini cezalandırır. Fakat şahsi öc usulünde sorumluluğun kollektif oluşu, sınırının olmayışı, öç almaların karşılık şeklinde zamanla devamlılık kazanması yüzünden klanlar birleşip devleti oluşturdu. Devletin oluşmasıyla bu usule birtakım sınırlamalar da getirildi¹⁴.

1. Kısas

Eğer bir kişi suç işler ve zarar meydana getirirse o kişiye karşı fiil sonucu oluşan zarar miktarında ceza verilir. "Göze göz, dişe diş" mantığı burada geçerlidir. Hammurabi Kanunu'nun 197. maddesi, Hazreti Musa'ya gönderilen Tevrat'ta, Romalıların 12 Levha Kanununda, Dracon'un Yunan Kanununda kısasın yer aldığı görülür. Kısasta kişilere ceza verilebilmesi için kastın olması gerektiği belirtilmiş ve kastın olmadığı hallerde ise tazminata hükmedilmiştir¹⁵.

2. Uyuşma (Diyet)

Uyuşma usulünde devlet, birbiriyle uyuşmazlığı bulunan tarafları çağırarak uzlaşmaya davet ederdi. Taraflar isterlerse diyeti kabul eder, isterlerse kısas usulünü uygularlardı. Taraflar diyet usulünü kabul ettikleri takdirde ise tazminata konu para miktarını kendileri belirlemekte serbestti. Fakat diyet daha sonraları devlet tarafından zorunlu tutulmuş ayrıca tazminata

¹² DÖNMEZER / ERMAN, s.39.

¹³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.17.

¹⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.18.

¹⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.20.

miz gerekir. Burada Artuk'a göre karşımıza iki dönem çıkar. İlki eski ceza hukuku dönemi diye adlandırılan ve 18. yy sonlarına kadar süren dönem, ikincisi ise 18. yy sonlarından zamanımıza kadar süren dönemdir⁸. Dönmezer/Erman'a göre ise ceza hukukunun kaynağı, gelişmesi ve ceza doktrinlerinin tarihçesi bakımından 4 dönemin bulunduğu kabul edilir⁹;

1. İlkel ceza verme dönemi
2. Müsterek ceza hukuku dönemi
3. Yeni zamanlar ceza hukuku dönemi
4. Çağdaş ceza hukuku dönemi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza hukukunun gelişmesinde iki amaç vardır¹⁰;

- Ceza hukuku kurallarının keyfi olarak uygulanmaması ve belli olay ve kişilere göre değişen normlar olmayıp; objektif, genel ve soyut kuralların uygulanmasının sağlanması,

-Ceza verenin amacını, sosyal barışın ve kamu düzeninin kalıcılığını sağlamak olmasıdır.

Bununla birlikte ceza hukukunun gelişmesinde bütün dönemlerde bulunan birtakım ortak özellikler vardır. Bunlar¹¹;

- Ceza hukuku kuralları, topluma zarar verici hareketlere karşı toplumun oluşturduğu bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

- Burada sorumluluk ilk başlarda kollektif ve objektif iken daha sonraları kişisel ve sübjektif olmuştur.

- Önceleri ceza hukuku bireyin hem dış çevreyle olan ilişkilerini hem de bizzat kendisi ve tanrı ile olan ilişkilerini kapsarken sonraları özellikle I. ve II. Dünya Savaşlarından sonra bu alan sadece bireyin dış çevresiyle olan ilişkilerini kapsamış fakat bu alan da zamanla genişlemiştir.

- İlk başlarda ceza hukuku örf ve adet kurallarına dayanmakta iken zamanla belirli olay ve suçlar göz önüne alınarak çeşitli kanunlar oluşturulmuştur ve bu kanunların ahenk ve bütünlülüğünün sağlanması ve sistemleştirilmesi için büyük hukukçuların eserlerinden faydalanılmıştır.

- Son olarak ise, toplumdaki sosyal olaylar ceza hukukunu doğrudan etkiler ve değişen sosyal olay ve durumlara göre ceza hukuku da farklı şekil-

⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.17.

⁹ DÖNMEZER / ERMAN, s.37, 38.

¹⁰ DÖNMEZER / ERMAN, s.38.

¹¹ DÖNMEZER / ERMAN, s.38.

lere bürünmek zorunda kalır aksi halde toplumun ihtiyaçlarına ceza veremez. Nitekim ülkemizdeki kanunların iktibasında da gerekçe olarak toplumsal ve sosyal değişimlere cevap verebilmek amacının bulunduğu her iktibas-tiler ileri sürülen gerekçelerdendir.

B. İlkel Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemi ele alırken Hint, Çin, Mısır, İbrani, Roma ve Yunan hukuklarını düşünmemek gerekir. Çünkü bu hukuklar bile ceza hukuku bakımından iler bir aşamayı ifade eder¹².

İlkel ceza hukuku döneminde en eski sosyal topluluk olarak kabul edilen "Klan" vardı. Bu dönemde devlet çatısı altında birleşme sözkonusu değildi. Aynı toteme bağlı bireylerden oluşan klan içinde bir suç işlenirse, olay klan içinde çözülür ve aile reisi tarafından suç işleyene ceza verilir¹³. Bu toplumlarda sadece klana tecavüz cürüm sayılır; kişilere ve mallara tecavüz kabahat sayılırdı. Eğer suç teşkil eden fiiller aynı klan içindeki bireyler arasında değil de farklı klanlara mensup olanlar arasında işlenirse şahsi öc usulü uygulanır ve kendisine suç isnat edilen kişinin aile-kabile fertlerinden biri suç işleyen bireyi, aile veya kabilesini cezalandırırdı. Fakat şahsi öc usulünde sorumluluğun kolektif oluşu, sınırının olmayışı, öç almaların karşılık şeklinde zamanla devamlılık kazanması yüzünden klanlar birleşip devleti oluşturdu. Devletin oluşmasıyla bu usule birtakım sınırlamalar da getirildi¹⁴.

1. Kısas

Eğer bir kişi suç işler ve zarar meydana getirirse o kişiye karşı fiil sonucu oluşan zarar miktarında ceza verilir. "Göze göz, dişe diş" mantığı burada geçerlidir. Hammurabi Kanunu'nun 197. maddesi, Hazreti Musa'ya gönderilen Tevrat'ta, Romalıların 12 Levha Kanununda, Dracon'un Yunan Kanununda kısasın yer aldığı görülür. Kısasta kişilere ceza verilebilmesi için kastın olması gerektiği belirtilmiş ve kastın olmadığı hallerde ise tazminata hükmedilmiştir¹⁵.

2. Uyuşma (Diyet)

Uyuşma usulünde devlet, birbiriyle uyuşmazlığı bulunan tarafları çağırarak uzlaşmaya davet ederdi. Taraflar isterlerse diyeti kabul eder, isterlerse kısas usulünü uygularlardı. Taraflar diyet usulünü kabul ettikleri takdirde ise tazminata konu para miktarını kendileri belirlemekte serbestti. Fakat diyet daha sonraları devlet tarafından zorunlu tutulmuş ayrıca tazminata

¹² DÖNMEZER / ERMAN, s.39.

¹³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.17.

¹⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.18.

¹⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.20.

miz gerekir. Burada Artuk'a göre karşımıza iki dönem çıkar. İlki eski ceza hukuku dönemi diye adlandırılan ve 18. yy sonlarına kadar süren dönem, ikincisi ise 18. yy sonlarından zamanımıza kadar süren dönemdir⁸. Dönmezer/Erman'a göre ise ceza hukukunun kaynağı, gelişmesi ve ceza doktrinlerinin tariçesi bakımından 4 dönemin bulunduğu kabul edilir⁹;

1. İlkel ceza verme dönemi
2. Müşterek ceza hukuku dönemi
3. Yeni zamanlar ceza hukuku dönemi
4. Çağdaş ceza hukuku dönemi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza hukukunun gelişmesinde iki amaç vardır¹⁰;

- Ceza hukuku kurallarının keyfi olarak uygulanmaması ve belli olay ve kişilere göre değişen normlar olmayıp; objektif, genel ve soyut kuralların uygulanmasının sağlanması,

-Ceza verenin amacını, sosyal barışın ve kamu düzeninin kalıcılığını sağlamak olmasıdır.

Bununla birlikte ceza hukukunun gelişmesinde bütün dönemlerde bulunan birtakım ortak özellikler vardır. Bunlar¹¹;

- Ceza hukuku kuralları, topluma zarar verici hareketlere karşı toplumun oluşturduğu bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

- Burada sorumluluk ilk başlarda kollektif ve objektif iken daha sonraları kişisel ve sübjektif olmuştur.

- Önceleri ceza hukuku bireyin hem dış çevreyle olan ilişkilerini hem de bizzat kendisi ve tanrı ile olan ilişkilerini kapsarken sonraları özellikle I. ve II. Dünya Savaşlarından sonra bu alan sadece bireyin dış çevresiyle olan ilişkilerini kapsamış fakat bu alan da zamanla genişlemiştir.

- İlk başlarda ceza hukuku örf ve adet kurallarına dayanmakta iken zamanla belirli olay ve suçlar göz önüne alınarak çeşitli kanunlar oluşturulmuştur ve bu kanunların ahenk ve bütünlülüğünün sağlanması ve sistemleştirilmesi için büyük hukukçuların eserlerinden faydalanılmıştır.

- Son olarak ise, toplumdaki sosyal olaylar ceza hukukunu doğrudan etkiler ve değişen sosyal olay ve durumlara göre ceza hukuku da farklı şekil-

⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.17.

⁹ DÖNMEZER / ERMAN, s.37, 38.

¹⁰ DÖNMEZER / ERMAN, s.38.

¹¹ DÖNMEZER / ERMAN, s.38.

lere bürünmek zorunda kalır aksi halde toplumun ihtiyaçlarına ceza veremez. Nitekim ülkemizdeki kanunların iktibasında da gerekçe olarak toplumsal ve sosyal değişimlere cevap verebilmek amacının bulunduğu her iktibastan ileri sürülen gerekçelerdendir.

B. İlkel Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemi ele alırken Hint, Çin, Mısır, İbrani, Roma ve Yunan hukuklarını düşünmemek gerekir. Çünkü bu hukuklar bile ceza hukuku bakımından iler bir aşamayı ifade eder¹².

İlkel ceza hukuku döneminde en eski sosyal topluluk olarak kabul edilen "Klan" vardı. Bu dönemde devlet çatısı altında birleşme sözkonusu değildi. Aynı toteme bağlı bireylerden oluşan klan içinde bir suç işlenirse, olay klan içinde çözümlür ve aile reisi tarafından suç işleyene ceza verilir¹³. Bu toplumlarda sadece klana tecavüz cürüm sayılır; kişilere ve mallara tecavüz kabahat sayılır. Eğer suç teşkil eden fiiller aynı klan içindeki bireyler arasında değil de farklı klanlara mensup olanlar arasında işlenirse şahsi öc usulü uygulanır ve kendisine suç isnat edilen kişinin aile-kabile fertlerinden biri suç işleyen bireyi, aile veya kabilesini cezalandırır. Fakat şahsi öc usulünde sorumluluğun kolektif oluşu, sınırının olmayışı, öc almaların karşılık şeklinde zamanla devamlılık kazanması yüzünden klanlar birleşip devleti oluşturdu. Devletin oluşmasıyla bu usule birtakım sınırlamalar da getirildi¹⁴.

1. Kısas

Eğer bir kişi suç işler ve zarar meydana getirirse o kişiye karşı fiil sonucu oluşan zarar miktarında ceza verilir. "Göze göz, dişe diş" mantığı burada geçerlidir. Hammurabi Kanunu'nun 197. maddesi, Hazreti Musa'ya gönderilen Tevrat'ta, Romalıların 12 Levha Kanununda, Dracon'un Yunan Kanununda kısasın yer aldığı görülür. Kısasta kişilere ceza verilebilmesi için kastın olması gerektiği belirtilmiş ve kastın olmadığı hallerde ise tazminata hükmedilmiştir¹⁵.

2. Uyuşma (Diyet)

Uyuşma usulünde devlet, birbiriyle uyuşmazlığı bulunan tarafları çağırarak uzlaşmaya davet ederdi. Taraflar isterlerse diyeti kabul eder, isterlerse kısas usulünü uygularlardı. Taraflar diyet usulünü kabul ettikleri takdirde ise tazminata konu para miktarını kendileri belirlemekte serbestti. Fakat diyet daha sonraları devlet tarafından zorunlu tutulmuş ayrıca tazminata

¹² DÖNMEZER / ERMAN, s.39.

¹³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.17.

¹⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.18.

¹⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.20.

konu olan para miktarını da devlet bir tarife ile sabit bir şekilde koymuştur. Şarlman'ın M.S. 779 ve 802 tarihlerinde yayınladığı fermanlar buna örnektir. Ayrıca 12 Levha, Cermen ve Salık yasalarında da uyuşma miktarının tarifeye bağlanarak sabit bir şekilde konulmuş olduğunu görmekteyiz. Uyuşma miktarına Cermen yasalarında Wergeld denirdi. Devlet ise tarafları uzlaştırma karşılığında fredum adı altında uzlaştırma bedeli alırdı. Fredum genelde Wergeld'in üçte biri veya yarısıdır. Ancak Şarlman'ın fermanlarında fredumun Wergeld'in iki misli olduğuna da rastlanmaktadır. Ayrıca belirtmeliyiz ki "suçlunun mağdur tarafın ailesine verilmesi kurumu" kabul edilerek suçlunun şahsi sorumluluğu benimsenmiş ve böylece ailenin kollektif sorumluluğundan vazgeçmiştir. Örneğin; Yunan ve Roma hukukları, İncil ve Frank yasalarında, İskandinav ve Sakson geleneklerinde bu usul benimsenmiştir¹⁶.

Artuk'a göre; 18. yy sonlarına kadar devam eden eski ceza hukuku döneminde mevzuatın özellikleri; cezalarda şiddet ve bunların uygulanmasında vahşet, mahkumun ait olduğu sosyal kesime göre cezaların değişmesi, yasaların eksikliklerini tamamlamak için yetkiler tanınması şeklinde özetlenebilir.

C. Müşterek Ceza Hukuku Dönemi

Bu dönemde ceza hukuku, hukuki müesseselere dönüşmüş sosyal kurum görünümünden kurtulmuştur. Bu değişimde Roma Hukuku ve kaonik hukuk büyük rol oynamıştır. Belirtmek gerekir ki, özellikle Roma Hukuku müşterek hukuk sıfatıyla 18. yy'a kadar (her ne kadar etkisi azalarak devam etmesine rağmen) etkisini devam ettirmiştir. Suçları topluma ve kişilere karşı işlenen suçlar olmak üzere ikiye ayıran Roma Hukuku'nda cezalar 12 Levha kanunlarının yayınlanmasına kadar çok ağırdı. Roma Hukuku'nda birçok yenilik yapılmasına rağmen (örneğin; Sylla'nın ceza kanununda yaptığı reform, kamusal suç olarak bir ayırım yapılmış olması gibi) imparatorluk döneminde hukukta keyfilik, takdire dayalı cezalar devam etmiştir. Fakat imparatorluk dönemi sonralarında Glossatörler ve Post-Glossatörler tarafından Roma Hukuku o zamanın geleneklerine ve o zamanda ortaya konan hukuk kaynaklarına göre yeniden yorumlanarak tanzim edilmiş ve bu bir anlamda da gelişmekte olan İtalyan Ceza Hukuku'na katkı sağlamıştır. Ayrıca Glossatör ve post-Glossatörlerin yazdıkları eserler Alman hukukçular tarafından da iktibas edilmiştir¹⁷.

Bu gelişmeler o dönemde çok büyük bir yeniliğe yani Rönesans'a neden olmuştur. Hukuk kuralları kişi hak ve özgürlüklerini esas almış ve bu nedenle de Hümanizm akımı doğmuştur. Bütün bu oluşumlar kişi özgürlüğü kavramının önemini yeniden kazanmasını sağlamıştır. Almanya, Hollanda, İspanya gibi birçok ülkede de bu hususta eserler yazılmıştır. Bununla birlik-

¹⁶ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.21.

¹⁷ DÖNMEZER / ERMAN, s.46, 47.

te Almanya'da, 1530'lu yıllarda, ortak bir hukuku meydana getiren Carolina oluşturulmuş ve özellikle ceza muhakemeleri usulüyle ilgili birçok kural getirilmiştir. Bu nedenle Almanya'da 16.yy'ın sonu ve 17.yy'ın ilk yarısına kadar yapılan yasama faaliyetlerinde Carolina'nın büyük oranda izleri görülür. 17.yy'dan itibaren ise Almanya'da müşterek ceza hukuku oluşmuştur ve bunda Sakson kökenli hukukçular ile mahkeme içtihatlarının etkisi büyüktür. Aynı oluşuma o dönemde diğer Avrupa ülkelerinde de rastlanır¹⁸.

D. Yeni Zamanlar Ceza Hukuku

1. Genel Olarak

Bu dönemde filozoflar, iktisatçılar, sosyologlar ve edebiyatçıların hukuk ile ilgili görüşleri ön plana çıkmaktadır. Görüldüğü gibi, burada ceza hukuku ile ilgili görüşlerini dile getirenler hukukçular değildir. Felsefe akımları, kanunlaştırma hareketleri ve 19.yy'ın yarısından itibaren tekrar başlayan ceza hukukundaki okullar mücadelesi bu dönemi karakterize eden üç önemli olaydır¹⁹.

Yeni zamanlar ceza hukuku döneminde; hümanizm ve rönesansın etkisi ile biraz önce de belirttiğimiz gibi insan hak ve özgürlükleri gibi kavramlar ön plana çıkmış ve ayrıca bu kavramlarla ceza hukuku arasındaki ilişki de ortaya konmuştur. Bu nedenle insanlar tarafından ceza vermenin amacı sorgulanmaya başlanmıştır²⁰.

Kanımca; bizde rönesans hareketleri ve bununla ilgili olarak oluşan felsefi akımlar yaşanmadığı için kendi yapımıza uygun kanunlar yapma konusunda zorluklar yaşadık. Bu nedenle de aslında kendi toplum karakterimize pek de uygun olmayan kanunlar hazırladık. İktibas hareketleri de buna örnek oluşturur. Bütün bunlar kanunlarımızda devamlı değişiklikler yapılmasına neden olmuştur. Bu dönemleri biz de yaşasaydık ve hukukun bu sancılı oluşum evrelerini kademe kademe biz de geçirseydik belki yabancı ülkelerin kendi toplum yapılarına göre düzenlenmiş kanunlarını iktibas etmek yerine kendi toplum yapımıza en uygun düşecek şekilde, ihtiyaçlarımıza tam olarak cevap verebilen kanunlar yapabilirdik.

O dönemde; Montesquieu, Beccaria, Voltaire gibi düşünürler yayınladıkları eserlerle "insan hak ve özgürlükleri" kavramının gelişmesine öncülük etmişlerdir²¹. Hatta Beccaria bu hususta eser yayımlayarak cezaların yararlı olmasından dolayı ceza verilmesinin haklı bir şey olduğunu söylemiş ve ceza vermek hakkının toplumsal sözleşmeye dayanmadığını belirtmiştir. Beccaria birçok ülke hukukunu bu görüşler ışığında etkilemiştir. Örneğin;

¹⁸ DÖNMEZER / ERMAN, s.46, 47.

¹⁹ DÖNMEZER / ERMAN, s.49.

²⁰ DÖNMEZER / ERMAN, s.49, 50.

²¹ DÖNMEZER / ERMAN, s.51.

1876'da yayınlanan Toskana Ceza Kanunu, 1871 Fransız Ceza kanunu. Almanya ve Avusturya da Beccaria'nın fikirlerinin etkisiyle işkenceyi kaldırmıştır. Bu dönemde faydacılar, bağdaştırıcılar, mukaveleciler, adaletçiler gibi birçok akım ortaya çıkmıştır. Hatta bağdaştırıcı akım daha sonra klasik okul adını almıştır. Bu akımda kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığı esas alınmıştır²².

2. Kanunlaştırma Hareketleri

Bu dönemde klasik okulun ve bunun beraberinde temeli insan hak ve özgürlüğüne dayanan birçok düşünce akımının etkisi ile şiddeti kaldıran, insan hak ve özgürlüğüne önem veren, işkence ve ölüm cezasını kaldıran kanunlar yapılmıştır. Birçok ülke hukuku kanunlarında reforma gidilmiştir. Örneğin; 1870 yılında Prusya Kanunu'nda reform yapılmış, 1876 yılında Toskana Kralı II. Leopold yeni bir ceza kanunu yapmıştır. Bu kanunun oluşumu için kurulmuş olan komisyona Beccaria başkanlık etmiştir. Beccaria'nın felsefi görüşlerini içinde barındıran bu kanun Dönmezer / Erman'a göre ilk Avrupa ceza kanunu sayılabilir. Bunun yanı sıra 1787'de Avusturya'da, 1791'de Fransa'da yeni bir ceza kanunu yapılmıştır. Fakat bu akım maalesef devamlılığını sürdürememiş, 18.yy sonlarındaki savaşlar nedeniyle ceza kanunlarında şiddet, cezalarda ağırlaştırma yeniden önem kazanmıştır²³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki 19.yy başında 1810 Fransız kanunu ve 1813 Bavarya kanunu yapılmış ve bu iki kanun dönemlerini çok fazla etkilemiştir. Her iki kanunda da cezaların verilmesinde amaç ibret olduğu için cezaların şiddeti içermesi gerekli olduğu belirtilmiş, suçta ve cezada kanunilik prensibi yer almış ve sadece toplumun çok az bir kısmını oluşturan burjuva kesimin ihtiyaçlarına cevap vermiştir²⁴. O dönemde Fransa'daki Napolyon Savaşları nedeniyle Fransa'nın sömürgesi olan birçok yerde 1810 Fransız Kanunu uygulanmış ve hatta bu ülkeler daha sonra Fransa'dan ayrılırlar bile bu kanunun etkileri hala devam etmiştir. 1822 İspanya Kanunu buna örnektir. Buna karşın; İsveç, Yunanistan ile İsviçre Kanunlarına ise, 1813 Alman Kanunu etki etmiştir²⁵.

1810 Fransız Kanununun etkileri 19.yy'ın ortasına kadar Avrupa ülkelerinde yapılan kanunlarda da görülmektedir. Örneğin; 1819 Sicilya, 1839 Sardunya, 1822 ve 1848 İspanya, 1852 Avusturya, 1851 Prusya, 1847 Norveç, 1864 İsveç, 1866 Danimarka, 1853 Toskana, 1845 Rusya, 1858 Osmanlı Devleti Kanunu. Fransız Kanununun izlerini taşıyan bu kanunlarda liberal bir anlayış söz konusudur. Manevi sorumluluk, cezaların genel önleme amacı gibi hususlar da bu kanunlarda yer almaktadır²⁶.

²² DÖNMEZER / ERMAN, s.62.

²³ DÖNMEZER / ERMAN, s.64.

²⁴ DÖNMEZER / ERMAN, s.65.

²⁵ DÖNMEZER / ERMAN, s.66.

²⁶ DÖNMEZER / ERMAN, s.66.

19.yy'ın ikinci yarısında ise; 1889 İtalya, 1881 Hollanda, 1870 İspanya, 1871 Almanya Ceza Kanunları meydana getirilmiştir. Bu dönemdeki kanunlarda insan onuruna aykırı olmayan cezalar verilmesi, cezaların katıllığı bir yana bırakılıp yumuşatılması, cezaların infazında insancıl bir yol izlenmesi esas benimsenmiştir. Liberalizm ve hümanizm etkileri görülen bu dönemde ceza hukukunun sadece hukukun sistemleştirilmiş ve sentezlenmiş halinden oluştuğu görülür. Burada şüphesiz en çarpıcı olan ise, 1889 İtalyan (Zanardelli) Kanunudur. 19.yy'm ikinci yarısını önemi nedeniyle bu kanun sona erdirmiştir. Daha sonraları, ceza hukukunun incelenmesi sebebiyle birçok eser ve ceza hukuku doktrini ortaya çıkmış, bunun yanı sıra okullar çatışması meydana gelmiştir²⁷.

3. 20.yy'da Kanunlaştırma Hareketleri

20.yy'da kanunlaştırma hareketleri üçe ayrılır²⁸;

1. I. Dünya Savaşından önceki dönem
2. I. ve II. Dünya Savaşlarının arasında kalan dönem
3. II. Dünya Savaşından sonraki dönem

I. Dünya Savaşından önceki dönemde pozitivist düşüncenin etkileri görülür²⁹. Pozitivist düşünceye değinecek olursak; bu düşünceye göre incelenmesi gereken husus, failin bizzat kendisidir. Suçlu üzerinde yapılacak bu inceleme deney ve gözlem metoduna dayanır. Pozitivist düşüncede ceza vermenin amacı, toplumun savunulmasıdır. Bu savunma suç işlenmeden önce, pozitivist düşüncenin en önemli savunucularından biri olan Ferri'nin "ceza yerine geçecek önlemler" diye isimlendirdiği tedbirler ile sağlanacaktır. Suç işlendikten sonra ise faile, kendi kişilik yapısına ve ait olduğu suçlu sınıfının özelliklerine en uygun düşecek şekilde zorlayıcı yaptırımlar uygulanacaktır³⁰. 1902 Norveç Ceza Kanunu, 1903 Rus Ceza Kanununda bu düşüncenin izlerine rastlamak mümkündür³¹.

I. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden 1930'lu yıllara kadar özel kanunlarda yenilikler yapılmıştır. Örneğin; şartla salıverilme, suç işleyen çocuklar, çocuk mahkemeleri vb. konularda yapılan değişikliklerde pozitivist düşüncenin etkileri görülmektedir³².

²⁷ DÖNMEZER / ERMAN, s.66, 67.

²⁸ DÖNMEZER / ERMAN, s.100.

²⁹ DÖNMEZER / ERMAN, s.100.

³⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.34, 44.

³¹ DÖNMEZER / ERMAN, s.100.

³² DÖNMEZER / ERMAN, s.100.

I. Dünya Savaşı sonrası avrupa ülkelerinde ekonomik krizler baş göstermiş, sosyal krizler meydana gelmiştir. Bu sorunları gidermeyi hedefleyen avrupa ülkeleri bunun için kanunlaştırma faaliyetlerini gerçekleştirmiştir. 1928 İspanya, 1929 Estonya, 1930 Romanya, 1937 İsviçre, 1944 İspanya, 1950 Yunan, 1960 Sovyetler Ceza Mevzuatı Esasları, 1961 İsviçre Ceza Kanunları buna örneklerdir³³.

II. Dünya Savaşı sonrası özel kanunlarda yapılan reformlar devam etmiş ve birçok ülke de yeni ceza kanunu yapma yoluna girmiştir. Bu dönemde 1945'te Groenland'de yapılan ceza kanunu pozitivist doktrinin ana fikrine göre yapılmış en dikkat çeken kanundur³⁴.

4. Çağdaş Ceza Hukuku

Çağdaş ceza hukukunda iki kavramı görmekteyiz. Bunlardan ilki; o dönemde hızla gelişen bir düşünce olan liberalliktir. İkinci olarak ise, totaliterlik karşımıza çıkmaktadır. İnsan hak ve özgürlükleri yerine toplumsal savunmaya öncelik veren totaliter akım önemini gittikçe azaltarak varlığını sürdürmüştür. Liberallikte ise, insan hak ve özgürlükleri ile toplumsal savunma arasında bir uyum vardır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bu düşüncenin olmazsa olmazlarından. Burada 18.yy'm başından beri varlıklarını sürdüren felsefi düşüncelerin etkileri görülür³⁵.

18.yy'daki felsefi akım liberaldir ayrıca 19.yy'ın ilk yarısındaki uzlaştırıcı akım da tamamen liberal niteliktedir. Yeni klasik okul olarak tanımlanan akım; liberal ve hümanist karakteri birlikte taşır. 19.yy başında meydana gelen otoriter nitelikli ceza hukuku Napolyon Kanunları ile 1810 Fransız Ceza Kanununun avrupa ülkeleri tarafından benimsenmesiyle oluşmuştur. Ancak otoriter akım Napolyon ile sona ermiştir³⁶.

Totaliter akım siyaset alanında olduğu kadar ceza hukuku alanında da etkilerini göstermiştir. I. ve II. Dünya Savaşları arasındaki dönemde totaliter düşüncenin ceza hukukuna yansması sonucunda Nasyonal Sosyalist Alman, Faşist İtalyan, Komünist Rus Ceza Hukuku meydana gelmiştir. Ancak demokrasi cephesi tarafından II. Dünya Savaşının kazanılmasıyla düşüşe geçen liberallik yeniden önemini arttırmış ve bu nedenle 1948'de İtalya'da ve 1953'te Almanya'da kanun değişikliği yoluna gidilmiştir³⁷.

³³ DÖNMEZER / ERMAN, s.101.

³⁴ DÖNMEZER / ERMAN, s.101.

³⁵ DÖNMEZER / ERMAN, s.102.

³⁶ DÖNMEZER / ERMAN, s.103.

³⁷ DÖNMEZER / ERMAN, s.103.

II. Dünya Savaşı'nın ardından totaliterlik; Rusya, Macaristan, Çekoslovakya, Bulgaristan gibi ülkelerde varlığını sürdürmüş, ancak 1990'lardan itibaren liberallik bu ülkelerde de önem kazanmıştır³⁸.

Ceza hukukunun Avrupa'daki tarihi gelişimini belirttikten sonra şunu diyebiliriz ki;

Türkiye rönesans hareketlerini yaşamadığı, felsefi akımlara katılmadığı için, aslında tam olarak da liberalliği ve hümanizmi içselleştirebilmiş değildir. Hatta bugün bile insan hak ve özgürlüklerinin en önemli sebeplerinden biri budur. İnsan hak ve özgürlüklerinin nasıl olması gerektiğini düşünmeden, birtakım görüşler ortaya koymadan bu haklar için gerçek anlamda mücadele etmeden insan hak ve özgürlüklerinin tam olarak sağlanması mümkün değildir.

Ceza hukuku toplumun yansımından oluşur. Nasıl ki her insanın farklı bir karakteri varsa, toplumların da birbirlerinden ayrı karakterleri vardır. Bu karakter yapılarına en uygun ceza kanunu hangisi olmalı ise ona göre kanunlar hazırlanmalıdır. Ancak bizim hukukumuzda yabancı bir ülkeden, yani o ülkenin karakter yapısına göre hazırlanmış ceza kanunu iktibas edilerek bize benimsetilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle bizim toplum yapımıza yabancı olan kanunlar devamlı değiştirilerek uyumlu hale getirilmek istenmiştir. Oysa doğru olanı kendi toplum yapımıza en uygun, kendi sosyal ihtiyaçlarımıza en iyi şekilde cevap verebilen normların kendi hukukçularımız tarafından hazırlanmasıdır. Bütün bunlar yapılırken demokrasi, hukukun temel ilkeleri, laiklik gibi hususlara daima dikkat edilmeli ve bunları zedeleyecek nitelikte normların yapılmamasına özen gösterilmelidir. Unutulmamalıdır ki; yabancı ülkelere iktibas edilerek kısa sürede yürürlüğe konan ceza kanunları yerine daha uzun sürede yapılan fakat toplumumuza en uyumlu normların yapılması hukukumuzda istikrar ve verimliliği sağlayacaktır.

III. Ceza Kanunumuzun Gelişim Süreci

Ülkemizde şu an 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüktedir. Ancak Türk Ceza Kanununun bu aşamaya gelebilmesi için yaşadığı süreç çok uzun bir zaman dilimini kapsamıştır. Çoğumuz Türk Ceza Kanununun köklerinin İslam hukukundan geldiğini sanabiliriz ama bu yanlış bir kanıdır. Bunun için cumhuriyetin ilanından da önceki bir tarihe 19. yy'ın 2. yarısına gitmemiz gerekir çünkü ülkemizdeki iktibas hareketleri bu dönemden itibaren başlamıştır³⁹. İktibas; yabancı bir kanunun veya yabancı

³⁸ DÖNMEZER / ERMAN, s.103.

³⁹ HAKERİ Hakan, Türk Ceza Hukuku'nun Tarihçesi ve Türk Ceza Hukuku Dogmatikğine Yabancı Hukukun Etkileri, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.I, (Hilgendorf/Ünver), İstanbul 2010, s. 89.

bir hukukun (bazı değişiklikler yaparak veya yapmayarak aynen) kabul edilmesidir⁴⁰. Ülkemizde, Osmanlı Devleti zamanında iktibas hareketlerini görmek mümkündür. O dönemde Avrupa kanunlarından alınan birçok kanun maddesi ülkemizde uygulamaya koyulmuştur. Fakat o tarihlerde hukuk sisteminizin batı hukukunu benimsemesi yani batı hukuku esas alınarak yeniden düzenlenmesi konusunda baskılar da yok değildi. Hatta ilk kez içinde modern batı fikrini de taşıyan 1840 yılındaki ceza kanunu bu baskılar sonucunda çıkarılmıştır⁴¹.

Ülkemizdeki iktibas hareketlerine baktığımızda Ceza Kanunnamei Hümayunu adlı Osmanlı Ceza Kanununa da değinmemiz gerekir çünkü 1810 Fransız Ceza Kanununun aynen tercüme edilmesi ile oluşan bu kanun ülkemizdeki iktibas hareketlerinin en belirgin örneklerinden biridir⁴². Bu kanunun çıkarılmasının asıl nedeni; Kırım Savaşında Osmanlı Devleti'nin müttefiki olarak yer alan İngiltere ve Fransa'nın Osmanlı Devleti'ne siyasi baskı yapması dolayısıyla İslahat fermanını ilan ettirir. İslahat fermanının ilanı beraberinde birtakım değişikliklerin yapılmasını da zorunlu kılar⁴³. Tanzimat fermanı ile kabul edilmiş ilkelerin müslüman vatandaşlar kadar gayrimüslimler tarafından da geçerli olacağı İslahat Fermanı ile kabul edilmiş olur⁴⁴. Bu fermanın uygulanabilmesi için batı hayat standartlarına uygun bir kanun yapılması ihtiyacı doğmuş ve Fransız Ceza Kanunu aynen iktibas edilmiştir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulanan Ceza kanunnamei hümayunu her ne kadar batılı bir hukuk modelinin alınması ile oluşsa da gerçek bir reform niteliğinde değildir⁴⁵. Çünkü bu kanunun başlangıç maddesinde kısas ve diyet gibi hakların şeriye mahkemelerinden istenebileceği belirtilmiştir⁴⁶. Bu bize gösteriyor ki, o dönemde her ne kadar laik bir ceza kanunu yapılmış olsada şeriat hükümleri önemini korumaktadır. Şeriat hükümleri ile laik nitelikteki hükümlerin birarada bulunduğu bir kanunun toplum için reform niteliğinde olduğu söylenemez çünkü halkın düşünce yapısı değişmedikçe, batıya dönük modern düşünce yapısını ve laiklik fikrini kabul etmedikçe bu yapılan değişiklikler görüntü itibarıyla kendimizi kandırmaktan öteye geçemez.

⁴⁰ YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.306.

⁴¹ HAKERİ, s. 89, dipnot 3.

⁴² HAKERİ, s. 89.

⁴³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.88.

⁴⁴ DEMİRBAŞ, s. 86.

⁴⁵ DÖNMEZER Sulhi, Atatürk Hukuk İnkılabı, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Sayı 18, Cilt VI, Temmuz 1990, <http://www.atam.gov.tr>, Atatürk Araştırma Merkezi.

⁴⁶ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.88.

Belirtmemiz gerekir ki; Ceza Kanunnamei Hümayunu birçok değişikliğe uğramış ve birçok maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır. Buna örnek olarak; 1889 İtalyan Ceza Kanunu hükümlerinin esas alınmasıyla oluşan 4 Haziran 1911 ve 11 Mayıs 1914 tarihli yasaları gösterebiliriz. Büyük Millet Meclisi tarafındanda 4 kez değişikliğe uğrayan Osmanlı Ceza Kanunu, 1 Mart 1926 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır⁴⁷.

A. 1926 Tarihli Türk Ceza Kanununun Hazırlanışı

O dönemde ülkemizin hukuk sistemine halen islam hukuku hakimdi. Her ne kadar Tanzimat ve 2. Meşrutiyet devrinde laik nitelikte kanunlar çıkmış olsa da, bu durum islam hukukunun ülkemizdeki önemini kaybetmesine neden olmamıştır. Fakat milli mücadelenin kazanılması ve cumhuriyetin kurulmasıyla artık islam hukukunun gölgesinde kalmayan, laik yapıda bir kanuna ihtiyaç duyuldu⁴⁸. Çünkü cumhuriyetin ilanı ile Atatürk'ün yapmak istediği değişiklikler ve yenilikler için o dönem ihtiyacına cevap verebilen modern bir kanun şarttı.

İfade etmek gerekir ki, yeni bir ceza kanununun yapılması için cumhuriyetin ilanından önce de birtakım çalışmalar yapılmıştır. 1909 yılında Zanardelli kanununun Fransızca'dan tercüme edilerek hazırlanan çalışma buna örnektir. Ancak o dönemdeki hükümet "Türkiye'nin sosyal yapısına uymadığı" gerekçesiyle tasarıyı geri çekmiştir. Daha sonra 1911 yılında Ceza kanunnamei hümayunu, Zanardelli Kanunu esas alınarak yenilenmiştir. Birinci Dünya Savaşı sırasında henüz yeni bir kanun yapma ihtiyacı doğmamış olan ülkemizde savaş sonrası bu ihtiyaç baş göstermiş ancak o günün şartlarında meydana gelen politik istikrarsızlıklar nedeniyle her ne kadar yeni kanun yapma konusunda çalışmalar yapılmış olsa da bundan öteye gidilememiştir⁴⁹.

Cumhuriyetin ilanı ile birlikte ise, artık batı hukukunun benimsenmesi ihtiyacı doğmuş ve hatta bu ihtiyaç hükümet için çok acil yapılması gereken bir değişiklik olarak görülmüştür. Bunu için 1925 yılına kadar süren kanun yapma çalışmaları bir yana bırakılıp 6 ay gibi kısa sürede Zanardelli kanunu tercüme edilerek hükümetçe onaylanmıştır. Burada bir çelişkiyi de belirtmemiz gerekir; 1909 yılında Zanardelli kanunu için "Türkiyenin sosyal yapısına uygun değil" diyen hükümet daha sonra aynı Kanunu acil ihtiyaç nedeniyle 6 ay içinde kabul etmiştir⁵⁰ (1853 Toskana Ceza Kanununun bir uzantısı olan İtalyan Ceza Kanununa Zanardelli Kanunu denmesinin sebebi, o dönemde İtalya'daki adalet bakanının adının Zanardelli olmasıydı)⁵¹.

47 HAKERİ, s. 90.

48 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.90.

49 HAKERİ, s. 90.

50 HAKERİ, s. 90, 91.

51 DEMİRBAŞ, s.90.

bir hukukun (bazı değişiklikler yaparak veya yapmayarak aynen) kabul edilmesidir⁴⁰. Ülkemizde, Osmanlı Devleti zamanında iktibas hareketlerini görmek mümkündür. O dönemde Avrupa kanunlarından alınan birçok kanun maddesi ülkemizde uygulamaya koyulmuştur. Fakat o tarihlerde hukuk sistemimizin batı hukukunu benimsemesi yani batı hukuku esas alınarak yeniden düzenlenmesi konusunda baskılar da yok değildi. Hatta ilk kez içinde modern batı fikrini de taşıyan 1840 yılındaki ceza kanunu bu baskılar sonucunda çıkarılmıştır⁴¹.

Ülkemizdeki iktibas hareketlerine baktığımızda Ceza Kanunnamei Hümayunu adlı Osmanlı Ceza Kanununa da değinmemiz gerekir çünkü 1810 Fransız Ceza Kanununun aynen tercüme edilmesi ile oluşan bu kanun ülkemizdeki iktibas hareketlerinin en belirgin örneklerinden biridir⁴². Bu kanunun çıkarılmasının asıl nedeni; Kırım Savaşında Osmanlı Devleti'nin müttefiki olarak yeralan İngiltere ve Fransa'nın Osmanlı Devleti'ne siyasi baskı yapması dolayısıyla Islahat fermanını ilan ettirir. Islahat fermanının ilanı beraberinde birtakım değişikliklerin yapılmasını da zorunlu kılar⁴³. Tanzimat fermanı ile kabul edilmiş ilkelerin müslüman vatandaşlar kadar gayrimüslimler tarafından da geçerli olacağı Islahat Fermanı ile kabul edilmiş olur⁴⁴. Bu fermanın uygulanabilmesi için batı hayat standartlarına uygun bir kanun yapılması ihtiyacı doğmuş ve Fransız Ceza Kanunu aynen iktibas edilmiştir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulanan Ceza kanunnamei hümayunu her ne kadar batılı bir hukuk modelinin alınması ile oluşsa da gerçek bir reform niteliğinde değildir⁴⁵. Çünkü bu kanunun başlangıç maddesinde kısas ve diyet gibi hakların şeriye mahkemelerinden istenebileceği belirtilmiştir⁴⁶. Bu bize gösteriyor ki, o dönemde her ne kadar laik bir ceza kanunu yapılmış olsada şeriat hükümleri önemini korumaktadır. Şeriat hükümleri ile laik nitelikteki hükümlerin birarada bulunduğu bir kanunun toplum için reform niteliğinde olduğu söylenemez çünkü halkın düşünce yapısı değişmedikçe, batıya dönük modern düşünce yapısını ve laiklik fikrini kabul etmedikçe bu yapılan değişiklikler görüntü itibarıyla kendimizi kandırmaktan öteye geçemez.

40 YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.306.

41 HAKERİ, s. 89, dipnot 3.

42 HAKERİ, s. 89.

43 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.88.

44 DEMİRBAŞ, s. 86.

45 DÖNMEZER Sulhi, Atatürk Hukuk İnkılabı, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Sayı 18, Cilt VI, Temmuz 1990, <http://www.atam.gov.tr>, Atatürk Araştırma Merkezi.

46 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.88.

Belirtmemiz gerekir ki; Ceza Kanunnamei Hümayunu birçok değişikliğe uğramış ve birçok maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır. Buna örnek olarak; 1889 İtalyan Ceza Kanunu hükümlerinin esas alınmasıyla oluşan 4 Haziran 1911 ve 11 Mayıs 1914 tarihli yasaları gösterebiliriz. Büyük Millet Meclisi tarafında 4 kez değişikliğe uğrayan Osmanlı Ceza Kanunu, 1 Mart 1926 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır⁴⁷.

A. 1926 Tarihli Türk Ceza Kanununun Hazırlanışı

O dönemde ülkemizin hukuk sistemine halen islam hukuku hakimdi. Her ne kadar Tanzimat ve 2. Meşrutiyet devrinde laik nitelikte kanunlar çıkmış olsa da, bu durum islam hukukunun ülkemizdeki önemini kaybetmesine neden olmamıştır. Fakat milli mücadelenin kazanılması ve cumhuriyetin kurulmasıyla artık islam hukukunun gölgesinde kalmayan, laik yapıda bir kanuna ihtiyaç duyuldu⁴⁸. Çünkü cumhuriyetin ilanı ile Atatürk'ün yapmak istediği değişiklikler ve yenilikler için o dönem ihtiyacına cevap verebilen modern bir kanun şarttı.

İfade etmek gerekir ki, yeni bir ceza kanununun yapılması için cumhuriyetin ilanından önce de birtakım çalışmalar yapılmıştır. 1909 yılında Zanardelli kanununun Fransızca'dan tercüme edilerek hazırlanan çalışma buna örnektir. Ancak o dönemdeki hükümet "Türkiye'nin sosyal yapısına uymadığı" gerekçesiyle tasarıyı geri çekmiştir. Daha sonra 1911 yılında Ceza kanunnamei hümayunu, Zanardelli Kanunu esas alınarak yenilenmiştir. Birinci Dünya Savaşı sırasında henüz yeni bir kanun yapma ihtiyacı doğmuş olan ülkemizde savaş sonrası bu ihtiyaç baş göstermiş ancak o günün şartlarında meydana gelen politik istikrarsızlıklar nedeniyle her ne kadar yeni kanun yapma konusunda çalışmalar yapılmış olsa da bundan öteye gidilememiştir⁴⁹.

Cumhuriyetin ilanı ile birlikte ise, artık batı hukukunun benimsenmesi ihtiyacı doğmuş ve hatta bu ihtiyaç hükümet için çok acil yapılması gereken bir değişiklik olarak görülmüştür. Bunu için 1925 yılına kadar süren kanun yapma çalışmaları bir yana bırakılıp 6 ay gibi kısa sürede Zanardelli kanunu tercüme edilerek hükümetçe onaylanmıştır. Burada bir çelişkiyi de belirtmemiz gerekir; 1909 yılında Zanardelli kanunu için "Türkiyenin sosyal yapısına uygun değil" diyen hükümet daha sonra aynı Kanunu acil ihtiyaç nedeniyle 6 ay içinde kabul etmiştir⁵⁰ (1853 Toskana Ceza Kanununun bir uzantısı olan İtalyan Ceza Kanununa Zanardelli Kanunu denmesinin sebebi, o dönemde İtalya'daki adalet bakanının adının Zanardelli olmasıydı)⁵¹.

47 HAKERİ, s. 90.

48 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.90.

49 HAKERİ, s. 90.

50 HAKERİ, s. 90, 91.

51 DEMİRBAŞ, s.90.

Türkiye'nin başka yabancı kanunları iktibas etmek yerine 1889 İtalyan Ceza Kanununu almasının en önemli nedeni ise; 1909 yılında Necmettin Molla Bey'e Asliye Nazırlığı sırasında İtalyan Kanunu'nun tercüme ettirilmiş olması yani elde hali hazır bir metnin bulunmasıdır. Bunun yanı sıra, 1810 İtalyan Ceza Kanunu için insan hak ve özgürlüklerine büyük önem veren ve döneminin en demokratik kanunu olması da iktibas nedeni olarak gösteriliyordu. Adalet Komisyonu raporu da bu kanunun "en yeni" ve "en mükemmel" ceza kanunlarından biri olduğunu ifade etmiştir⁵². Bu fikirlere yönelik eleştirilerimize aşağıda değineceğiz.

B. 1926 Ceza Kanununun Özellikleri

Zanardelli kanunu Türk hukukuna aynen iktibas edilmemiş olup, kanun koyucu Türk toplum yapısının özelliklerini de dikkate alarak bazı konularda farklı düzenlemeler getirmiştir. Örneğin; "cinsel suçlar" ile ilgili kısım Zanardelli kanunundan değil, Ceza kanunnamei hümayunundan alınmıştır. Etik açıdan onaylanmayan ensest, eşcinsellik, fuhuş, doğal olmayan cinsel eylemler gibi edimler 1926 Türk Ceza Kanununda suç olarak kabul edilmiştir⁵³.

Hakeri'ye göre "bu kanun demokrat ve liberal yapısı nedeniyle Türkiye'de politik ve sosyal açıdan meydana gelen değişimlere rağmen yürürlükte kalmaya devam etmiştir". Kanımca bir kanunun o ülkedeki siyasal ve sosyal yapının değişmesine rağmen yürürlükte kalmaya devam etmesi olumlu bir husus değil aksine o ülkenin değişen yapısına rağmen kanunlarının bu değişimlerin arkasında kaldığının bir göstergesi hatta bir gerikalmışlığıdır. Değişen siyasal ve sosyal yapıya rağmen aynı kanunun uygulanması o kanunun iyi olmasından değil, hükümetin değişen şartlara rağmen ihtiyaçlara cevap verebilen bir kanun hazırlayamaması zaafından kaynaklanmaktadır.

1926 Ceza Kanunu açısından değinmemiz gereken bir diğer husus; o dönemde Adalet Bakanlığı, Majno Ceza Hukuku şerhinin tercümesini yaptırmıştır. Fakat bu şerhi tercüme edenler hukukçu olmadığından birçok tercüme hatası olmuş ve bu nedenle uygulamada da zorluk yaşanmıştır. Ayrıca 1926 Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girdiği tarihteki hakimler islam hukuku eğitimi almış hukukçulardır. Biraz önce de değindiğimiz gibi iktibas ettiğimiz Zanardelli kanunu İtalyan Ceza Kanunu olmasına karşın Fransa'dan tercüme edilerek alınmıştır. Bu husus İtalyan ve Fransız Ceza Kanunları'nın birbirinden çok farklı olması nedeniyle problem yaratmıştır. Bu nedenle de 1950'li yıllardan itibaren İtalyan litaratürünü esas alan eserler ortaya konmuştur⁵⁴.

⁵² ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.90.

⁵³ HAKERİ, s. 92'den naklen YARSUVAT, dipnot 21, s.651.

⁵⁴ HAKERİ, s. 93.

C. Eski Türk Ceza Kanununa Yönelik Eleştiriler ve Yapılan Değişiklikler

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra çok sayıda değişikliğe uğramış bunun nedeni olarak ise, tercüme hataları ve birtakım uyumsuzluklar gösterilmiştir. 2275 sayılı kanun ile 3038 sayılı kanun bu değişikliklerin en kapsamlı olanlarındandır⁵⁵.

Değişiklikler sırasında otoriter nitelikteki Rocco Kanunu da dikkate alınmıştır. Yapılan değişikliklerle Zanardelli Kanunu adeta başka bir görüntüye bürünmüştür. Rocco Kanunlarının değişiklikler yapılırken esas alınması eski ceza kanunumuza otoriter bir kimlik kazandırmış olmaktadır. Bunu devlete karşı işlenen suçlar ile ilgili kısımdaki düzenlemelere özellikle önem verilmesinde anlayabiliriz⁵⁶.

Bir başka husus, kanunda yapılan asıl değişikliklerin siyasal nedenler olmasıdır. Sistematik, ahenk ve uyum içinde bir kanun olması yönünde çaba harcanmamasına karşın, değişen siyasal koşullar açısından değişiklikler hemen gündeme gelmiştir. Örneğin; komünist ve faşist eylemler ve propaganda ile ilgili 141 ve 142. maddeler 5 kez değiştirilmiştir. Devlet kurumlarına karşı hakaret suçunu düzenleyen 159. madde ise 6 defa değişikliğe uğramıştır⁵⁷.

Burada görülüyor ki; döneminin en demokratik, insan haklarına saygılı, özgürlükçü diye iktibas ettiğimiz Zanardelli Kanunu birçok kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin siyasi nedenlerle yapılması, birey hakları ve dolayısıyla toplum hakları konusunda hiçbir şey yapılmaması bunların yerine devamlı olarak devletin hakları konusunda düzenlemeler getirilmesiyle eski ceza kanunumuz otoriter bir kimliğe bürünmüştür. Buna örnek olarak, batıda cezaların hafiflemesine karşın Türkiye'de ağırlaşması gösterilebilir. Ayrıca 1926 tarihli Türk Ceza Kanunumuzda hiçbir suç tipi değiştirilmemiş ve kaldırılmamıştır oysa avrupada geçen zaman ile ortaya çıkan yeni suç tipleri kabul edilmiş, bazıları da kanundan çıkarılmıştır ve böylece o zamanın ihtiyaçlarına cevap verilebilmesi sağlanmıştır⁵⁸.

Bu kanun döneminde çok sayıda af kanunu çıkartılmıştır. Hatta bu açıdan o dönemde en çok af yasası çıkararak ülke Türkiye denebilir⁵⁹. Maalesef o zamanlarda demokratikleşme adına çok partili hayata geçen Türkiye'de demokratik kurumların azlığı ve demokratikleşme bilincinin tam olarak yerleşmemesi sebebiyle 1926 tarihli kanunumuzda yer alan özgürlükçü hüküm-

55 İÇEL Kayhan/DONAY Süheyl, Karşılaştırılmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2006, s. 63.

56 HAKERİ, s. 93.

57 HAKERİ, s. 95.

58 HAKERİ, s. 95.

59 HAKERİ, s. 98.

ler de korunamamıştır. Bunun yanı sıra; İtalyan Ceza Kanununda idam cezası olmamasına rağmen eski ceza kanunumuzda bu ceza “devlete karşı işlenen suçlar” kısmında 15 farklı suç için öngörülmüştür⁶⁰. Bahsettiğimiz uygulama da bu kanunun otoriter yapısını bir kez daha gözler önüne seriyor. Belirtelim ki, idam cezası 2004 yılında tamamen ortadan kaldırılmıştır.

Eski kanunumuzda 1990 yılında 438.madde çıkartılmıştır. Bu maddeye göre tecavüze uğrayan kadının hayat kadını olması cezayı hafifletici bir neden olarak öngörülmüştü. Kanımca bu maddenin kaldırılması isabetli olmuştur. Kanunlar insanların hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için vardır. Oysa 438. madde bir kadının hayat kadını olmasından dolayı sanki bu suça maruz kalmasının onun bu suç açısından hukuken korunan menfaatinin yani cinsel dokunulmazlığının ihlalinin pek de sorun teşkil etmeyebileceği gibi bir anlam çıkıyor. Kanımca bu kadın haklarının ihlali olduğu kadar eşitlik ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. 1953 yılında yapılan diğer bir değişiklik; cinsel ilişkiye girenler 15-18 yaş aralığında iseler, bu kişiler kendi iradeleriyle cinsel ilişkiye girmiş olsalar dahi cezaya tabi idiler ve hatta bu kişilerin ebeveynleri bu ilişkiye rıza gösteriyorlarsa onlar da “tecavüze tahrik ve teşvik ettikleri” gerekçesiyle cezaya tabi tutuluyorlardı⁶¹.

Kanunlardaki değişikliklerde siyasi nedenlerin rol oynadığını yukarıda belirtmiştik. Bunun bir örneği de, Zanardelli kanununda zinanın suç olmasına rağmen bizde suç olarak kabul edilmesiydi. Ancak Avrupa Birliği’ne uyum sürecinde Türkiye bu yolda olumlu bir adım atarak zinayı suç olmaktan çıkartmıştır⁶².

D. Yeni Bir Kanun Hazırlanmasına Yönelik Çalışmalar

1926 tarihli Türk Ceza Kanununun hazırlanışında, hem kullanılan dilin net olmaması hem de kanunun içeriğinin değişen koşullara göre geride kalması ve zamanın ihtiyaçlarına cevap verememesi nedeniyle yeni bir kanun yapılması ihtiyacı doğmuştur. Bunun için Adalet Bakanlığı tarafından 4 kez ceza kanunu tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarılarından ilki 1940 yılında hazırlanmıştır ve tasarı hazırlanırken 1930 İtalyan Ceza Kanunu esas alınmıştır. İkinci olarak 1958 yılında bir tasarı hazırlanmıştır. Bir komisyon tarafından hazırlanan 1986 ön tasarısı 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan içerik yönünden farklı değildi ancak sistematik açıdan 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan ayrılan bir yönü vardı; bu tasarıda kişilere karşı işlenen suçlar kısmı topluma ve devlete karşı suçlardan önce geliyordu yani bireye öncelik verilmişti. Daha sonra 1986 tasarısından yola çıkılarak hazırlanan 1989 ön tasarısı da yasalasmadan geri çekilmiştir. En sonunda 2003 yılında hazırlanan tasarı

⁶⁰ HAKERİ, s. 97.

⁶¹ HAKERİ, s. 98.

⁶² HAKERİ, s. 98.

TBMM'de gündeme gelmiş ve Meclis Adalet Komisyonu'ndayken oluşturulan alt komisyon tarafından 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun oluşturulmasında esas olmuştur. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun oluşum sürecinin hızlanmasında "AB'ye uyum" gerekçelerden biri olarak belirtilmiştir⁶³.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun hazırlanmasında esas alınan 2003 Türk Ceza Kanunu tasarısının birtakım özellikleri de şöyle sıralanabilir⁶⁴:

- Tasarının 20. maddesinin 4. fıkrasına göre; çok önemsiz bir netice öngören ve kusuru hafif olan faile, kasıtlı suçlardan dolayı verilecek ceza onda dokuz oranında indirilir.

- Tasarıda idam cezası bulunmamaktadır. Bu olumlu bir gelişmedir. İdam cezasının ceza kanunlarında bulunmaması gerektiği AİHS'nin 6. ek protokolünde de ifade edilmektedir.

- Yaralama ile ilgili hükümlerde herhangi bir sorunla karşılaşılmadığı gerekçesi ile bir değişiklik yapılmamıştır.

- Eski ceza kanunundaki iştirake ilişkin hükümler bu tasarıda da muhafaza edilmiş ancak dolaylı faillik ve azmettirme kanuna eklenmiştir.

- Tasarının olumlu yönlerinden biri, failin lehine olarak cezanın teciline ilişkin hususlar tekrar düzenlenmiş, güvenlik tedbirleri değişen zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir niteliğe kavuşturulmuştur⁶⁵.

- Eski Türk Ceza Kanunundaki, 463. madde muhafaza edilerek, birden çok kişi tarafından öldürme veya yaralama fiili gerçekleştirilmiş ve faillerinin kim olduğu saptanamıyorsa, suça iştirak edenlerden her biri o suç için öngörülen cezaya üçte birinden yarıya kadar indirilmesi suretiyle mahkum olur.

- Tasarının 451. maddesinin 1. fıkrasında "fiilin kusurunun çok hafif olduğu hallerde, bir ceza vermek ölçüsüz olacaksa ceza verilmez" ibaresi eklenerek olumlu bir değişiklik yapılmıştır.

Bu tasarı için; Zanardelli, Rocco, eski Osmanlı Ceza Kanunu ve farklı zamanlarda yapılmış kanun değişikliklerinin bir harmanı olan Eski Türk Ceza Kanununun sadece biçim açısından değiştirilmiş halidir görüşü savunulmaktadır⁶⁶. Tasarıda otoriter yapı da devam etmektedir. Tasarının devle-

⁶³ İÇEL / DONAY, s. 65.

⁶⁴ HAKERİ, s. 100, 101.

⁶⁵ HAKERİ, s. 101'den naklen BAYRAKTAR Köksal, Türk Ceza Kanunu Tasarısında Genel Hükümler Bölümünü Oluşturan Düzenlemenin Genel Özellikleri, in: Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, s. 378.

⁶⁶ HAKERİ, s. 102.

te karşı suçlar bölümünü düzenleyen hükümleri buna örnektir. Bunda tasarı çalışmalarına başlandığı dönemde yapılan askeri darbenin etkisi büyük rol oynamıştır. Bir başka eleştiri ise, tasarıda kişilere karşı suçların ilk başta düzenlenmesine rağmen bunun sistematik değişiklikten öteye gidememiş olmasıdır⁶⁷.

E. 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun Hazırlanmasında Rol Oynayan Felsefi Düşünceler ve Kanunun Özellikleri

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun oluşturulmasında esas alınan 2003 tasarısı üzerinde çalışmak için beş milletvekili ile üç ceza hukukçusundan oluşan TBMM Adalet Komisyonu, tasarıya ilişkin 3.8.2004 tarih ve esas 1/593 karar, 60 sayılı raporda şunu ifade etmiştir⁶⁸; “suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler; kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir.” Buradan anlaşılıyor ki 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun hazırlanmasında kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesi dikkate alınmıştır⁶⁹. Bu ilkeler suç politikasında maddi adalet amacına ulaşmak için uyulması gereken ana ilkelere dir. Çünkü suç politikası; toplumu koruma görevi olan ceza hukukunun en iyi biçimde uygulanabilmesi için hangi ilkeler esas alınarak düzenlenmesi gerektiği sorunu ile ilgilenir⁷⁰.

İlk olarak kusur ilkesine baktığımızda burada netice sorumluluğu söz konusu değildir. Yani faile ancak icra ettiği eyleminden dolayı kınanabilmesi halinde ceza verilecektir. Kusuru olmayan faile ceza verilmeyeceği gibi, kusuru olan faile de kusurundan daha ağır bir ceza verilmeyecektir. Hukuk devleti ilkesi ise hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir⁷¹. Maddi anlamda ise bu ilke, ceza hukukunun içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini ifade eder. Bunun amacı devletin en iyi şekilde hukuka bağımlılığının sağlanmasıdır. Bu ilkeye örnek olarak kıyas yasağı, belirlilik ilkesi gösterilebilir⁷².

Son olarak; hümanizm ilkesi; faile cezası verilirken onun topluma kazandırılması, sosyalleştirilmesi amacını taşır⁷³. Anayasanın 17. maddesinde “kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulmaz” diyerek bu ilkeye işaret etmiştir. İşte bu felsefi düşünceler, Yeni Türk Ceza Kanununun özellikle birinci ve üçüncü maddelerinde vurgulan-

⁶⁷ HAKERİ, s. 103.

⁶⁸ HAKERİ, s. 105.

⁶⁹ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 6.Bası, Ankara, 2011, s. 64.

⁷⁰ İÇEL / DONAY, s. 70.

⁷¹ İÇEL / DONAY, s. 72, ÖZGENÇ, s. 64.

⁷² ÖZGENÇ, s. 64.

⁷³ DEMİRBAŞ, s. 24.

mıştır⁷⁴. Bir ceza kanununda amaç hükmünün bulunması yerinde değildir. Çünkü Ceza Kanununun amacının bir madde ile sınırlandırılması doğru olmaz. Ceza kanundaki kuralları oluşturan tüm ilkeler bu amacı belirlemede dikkate alınmalıdır⁷⁵. Fakat Özgenç'e göre böyle bir amaç hükmünün konması yerindedir.

Bu kanunun hazırlanmasında hangi ülke hukuklarının etkili olduğuna bakarsak karşımıza İtalya, Fransa, Polonya, Rusya, ABD Kanunları ve her ne kadar Türkiye taraf olmasa da Roma statüsü gibi hukuksal düzenlemeler karşımıza çıkar. Ayrıca Alman hukukunun etkileri bu kanunun hazırlanmasında oldukça büyüktür. Görülüyor ki Yeni Türk Ceza Kanunu herhangi bir kanundan iktibas edilmemiştir. Fakat özellikle İspanya ile Rusya Federasyonu arasında yer alan devletlerin ceza kanunları, Yeni Türk Ceza Kanununun hazırlanması sırasında hep göz önüne alınmıştır⁷⁶.

Özgenç'e göre "Yeni Türk Ceza Kanunu, ceza hukukuna ilişkin Türk doktrin ve uygulamasının bir ürünü niteliğini taşımaktadır". Bu görüş isabetli değildir. Çünkü bir kanunun hazırlanmasında iktibas edilen yabancı ülke hukukunun bir tane olması ile birden çok ülke hukukundan yararlanılması arasında hazırlanan kanunun özgün nitelikte sayılması açısından belirgin bir farklılık yaratmaz. Önemli olan yeni oluşturulan bir kanunun o ülke ihtiyaçlarına ne denli cevap verebildiğidir.

Yeni Türk Ceza Kanununun bir diğer özelliği olarak sade, kelimeleri anlaşılır bir Türkçe kullanıldığı belirtilmektedir⁷⁷. Bu görüş isabetli değildir. Örneğin; kamu düzeni, kamu barışı gibi muğlak ifadelerin yer aldığı bir ceza kanununun net ve anlaşılır ibarelere yer verdiği söylenemez. Buna başka bir örnek olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "haksızlık" ibaresi gösterilebilir. Maddedeki haksızlığın tam olarak ne anlama geldiği, neye karşı haksızlık olduğu açıklanmaya muhtaçtır. Ayrıca bu ibarelerin sınırları belli olmadığı için geniş yorumlara neden olabilmekte ve bu da beraberinde keyfiligi getirmektedir.

Yeni Türk Ceza Kanununun sistematigi açısından olumlu bir gelişme ise; maddeler fıkralara, fıkralar bentlere, bentler ise alt bentlere ayrılmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanununun özgürlükçü bir karakterde olduğu belirtilecek, birey hak ve özgürlüklerini güvence altına alması bunun en belirgin örneklerinden biri olduğu savunulmuştur⁷⁸. Bu görüşe katılmak bazı açılardan uygun değildir. Örneğin, eğer Türk Ceza Kanunu özgürlükçü bir yapıda

⁷⁴ ÖZGENÇ, s.65.

⁷⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.5.

⁷⁶ ÖZGENÇ, s.65.

⁷⁷ ÖZGENÇ, s.68.

⁷⁸ ÖZGENÇ, s.68.

olsaydı 301. madde tartışması gündeme gelmiş olmazdı. Her ne kadar bu madde ile ilgili düzenlemeler yapılmış olsa da hala tatmin edici değildir.

Ceza kanunu yorumlanırken kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yapılmaması gerektiği 2. maddede açıkça belirtilmiş ve isabetli olmuştur. Böyle bir düzenleme yapılarak kanımca keyfiliğe yol açabilecek yorumlarla insan hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi önlenmek istenmiştir.

Klasik ceza hukuku anlayışının bir sonucu olan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı kapsam yönünden daraltılarak isabetli olmuş “ceza kanunlarını bilmemek mazaret sayılmaz” ibaresi kullanılmıştır⁷⁹.

Yeni Türk Ceza Kanununda kusurluluk kavramı içinde olası kast kavramına yer verilmiştir. Yarsuvat’a göre “kastı harekete bağlayan bu görüş, fiilin hareket ve neticeden meydana geldiğini kabul etmemesi sonucunda, olası kast, muhtemel kastın netice ile ortaya çıkabileceğini ya unutmamıştır, ya da böyle bir düşünceden bi-haberdir. Eğer kanundaki tarife göre, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurlarını gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen fiilin işlenmesi halinde, zaten kast vardır”. Ben de aynı kanıdayım çünkü bu düzenlemeyle birlikte suç genel teorisinde açıklanan fiil tanımı ile kanunumuzdaki tanım birbiriyle çelişkilidir. Fiilin tanımında netice yok sayılırsa sadece hareket söz konusu olacaktır. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, netice olmadan zaten olası kast olamaz. Örneğin, eşinin kendisini aldattığı gerekçesiyle işyerine gidip onu öldürmek isteyen kocanın, silahıyla eşini hedef alırken işyerindeki diğer çalışanlara da mermilerin isabet edebileceğini öngörmesine rağmen ateş etmesi ve çalışanlardan birinin yaralanması durumunda failin olası kastından söz edebiliriz. Görüldüğü gibi faili olası kastından dolayı sorumlu tutabilmemiz için neticenin meydana gelmesi şarttır. Ayrıca bu yenilik bilinçli taksir kavramı ile olası kastın birbirine karıştırılmasına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilere uğramaktadır. Kanımca da eleştiriler isabetlidir ve düzenleme bu iki kavram arasında çelişkilere neden olmaktadır.

Yeni Türk Ceza Kanununda ceza sorumluluğu yaşı 12’den başlatılmış, tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayrımı kaldırılmış ve teşebbüs kavramının içinde hazırlık hareketlerinin bile değerlendirildiği görülmüştür⁸⁰. Ayrıca yeni kanunumuz gönüllü vazgeçmenin sınırlarını genişleterek etkin pişmanlığı da eklediği için bu halde de faile teşebbüsten dolayı ceza verilemeyecektir⁸¹. Bir başka değişiklik ise, adli para cezası ayrımı yapılarak; ağır hapis-hafif hapis ayrımı kaldırılmıştır⁸². Para cezası hususunda ise para miktarı-

⁷⁹ ÖZGENÇ, s.68.

⁸⁰ <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article3.pdf>

⁸¹ TOZMAN Önder, Suça Teşebbüs, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku (HILGENDORF / ÜNVER), Cilt 3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a armağan), İstanbul 2010, s.194.

⁸² İÇEL / DONAY, s.66.

nın belirlenmesinde failin ekonomik durumu ve mağdurun kişisel koşulları dikkate alınarak, Polonya'daki düzenleme örnek alınmıştır⁸³.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesi kurumu getirilmiştir ve kamu davasında da ertelenme mümkün hale getirilmiştir. Ayrıca şartlı tahliyenin uygulama alanı ise Eski Türk Ceza Kanununa göre daha dardır⁸⁴.

Suç ortaklığı hususuna ilişkin olarak kanununda azmettiren-yardım eden ayrımı yapılmıştır. Zincirleme suç bu kanunda aynen muhafaza edilmiştir.

Özel hayata karşı suçlar ile ilgili değişiklikler yapılmış ve bu çerçevede İsviçre Ceza Kanunundan yararlanılmıştır.

İşkence ile ilgili düzenlemelerin kapsamı genişletilmiş, kadın hakları hususunda önemli adımlar atılmıştır. 102. madde bunun bir göstergesidir. "Töre sebebi ile" işlenen cinayetlerde cezanın ağırlaştırılacağı belirtilerek önemli bir adım atılmış ve töre cinayetleri "ağır adam öldürme" olarak sınıflandırılmıştır⁸⁵.

Sayıdığımız yenilikler gibi birçok değişiklik 5237 sayılı kanunumuzla hukukumuzda girmiştir.

Sonuç

19.yy'm ikinci yarısından itibaren iktibas hareketlerinin başladığı Türkiye'de önemli olan bu değişikliklerin toplum yapımıza uygun, toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilen nitelikte olmalarıdır. Tabii ki bunu gerçekleştirebilmek için salt toplum yapısını da baz alamayız. Hukukun temel ilkeleri doğrultusunda, çağdaş, demokratik bir toplum düzeni öngören bir kanun yapmak başlıca hedeflerimizden olmalıdır. Türkiye'nin yabancı ülke kanunlarını iktibas etmesinin en önemli nedenlerinden biri ise, ülkemizin rönesansı yaşayamaması ve bu nedenle o zamanın felsefi akımlarından bihaber olmasıdır. Unutulmamalıdır ki o dönemin felsefi akımları bu günün modern hukuk sistemini meydana getiren ilkelerin köklerini oluşturmaktadır. Eşitlik gibi ilkeler uğruna mücadele eden toplumlarda bu direnişi kazanmanın kolay olmadığını bilinci yerleşmiş olup, hukukun kişi hak ve özgürlüğünün güvence altına alınmasındaki en önemli silah olduğu kanısı yerleşmiştir. Bizde bu düşünce hareketleri; dinin de etkisi ile o dönemde benimsenmemiş, bunun sonucu olarak da özgün nitelikte kanunlar yapılamamış ve devamlı iktibas yolu tercih edilmiştir. Ayrıca iktibas hareketlerinin yapılmasının başlıca nedenlerinden biri olarak "kısa zamanda hazır olabilmesi" öne sürülmüştür. Oysa toplumun düzenini sağlayacak olan ceza kanunu gibi önemli bir

⁸³ HAKERİ, s. 112.

⁸⁴ HAKERİ, s. 113.

⁸⁵ HAKERİ, s. 115.

kanunun belirli bir program içerisinde müzakere edilerek, toplumun sosyal yapısı dikkate alınarak hazırlanması gerekir. Almanya bu konuda en iyi örneklerdendir.

Sosyolojik açıdan bakıldığında ise, yabancı bir kanunun iktibas edilmesi başlı başına buna hukuk inkılabı demek için yeterli olamaz. Nitekim Ceza Kanunnamei Hümayunu da bir reform olarak değerlendirilemez. Burada önemli olan yaklaşım değişikliğidir. Toplumda yazılı hukuk kuralları ile birlikte herkes tarafından kabul edilen hukukun ortak değerleri ve ilkelerinin benimsenmesi, pozitif bilim ve felsefenin gereklerine uyulması gerektiği kanısı toplumca benimsenmeli ve bu bilinç oluşmalıdır. Aksi halde bu iktibas hareketleri sistematik açıdan yazılı bir kurallar bütünü olmaktan öteye geçemez. İktibasın reform niteliğine dönüşebilmesi için batı hukuku zihniyetini reddetmeyen bir toplum yapısı olmalı ki bu çabalar olumlu sonuçlar versin. Bu değindiğimiz hususlar Atatürk'ün hukuk inkılabının da temel düşünce yapısında yer alan hususlardır. Atatürk'ün hukuk için yaptığı reformların temel amaçlarından biri durağan bir toplum yapısı yerine devamlı hareket halinde yani yeniliğe açık bağınazlığa kapılarını kapatmış bir toplum yapısı oluşturarak hukukta yapılan değişikliklerin kalıcılığını sağlamaktır. Bu nedenle eski Osmanlı Ceza Kanunundaki değişimler inkılap niteliğinde sayılamaz. Çünkü şeriat hükümleri tüm bağınaz yapısıyla yeniliğin reform niteliğine dönüşmesindeki en büyük engel olmuştur⁸⁶. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi yeni kanunların hazırlanmasında sadece toplum yapısı esas alınmaz. Hukukun temel ilkelerine uygun, bizi çağdaş medeniyetler seviyesine ulaştırabilecek nitelikte kanunlar hazırlanması hususlarını asla gözardı edemeyiz. Nitekim Osmanlı Ceza Kanununda bu bir eksiklik olarak görülmektedir. Sonuç olarak; her ceza kanunu ait olduğu ülkenin yapısına uygun olarak hazırlanır. Bu nedenle toplum yapımıza tamamen yabancı olan bir kanunu iktibas etmek oldukça yanlıştır. Çünkü aynı zaman dilimi içinde bile olsa her toplumun siyasal ve sosyal yapısı farklılık gösterir. En iyi çözüm; bireylerde hukuk bilincinin yerleşmesi, toplumun ihtiyaçlarını ve yapısını en iyi şekilde irdeleyebilecek hukukçular yetiştirilerek, hukukun temel ilkelerine sıkı sıkıya bağlı kanunların özgün bir şekilde hazırlanmasıdır. Aksi halde tercüme hataları ve devamlı yapılan değişikliklerle hukukumuzun ileri bir seviyeye ulaşması mümkün olamayacaktır.

⁸⁶ DÖNMEZER Sulhi, <http://www.atam.gov.tr>, Atatürk Araştırma Merkezi.

Kaynakça

- ARTUK Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2007.
- DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2011.
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, Beta Yayınevi, 11. Baskı, İstanbul 1994.
- DÖNMEZER Sulhi, Atatürk Hukuk İnkılabı, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Sayı 18, Cilt: VI, Temmuz 1990, <http://www.atam.gov.tr>, Atatürk Araştırma Merkezi.
- HAKERİ, Hakan, Türk Ceza Hukuku'nun Tarihçesi ve Türk Ceza Hukuku Dogmatikğine Yabancı Hukukun Etkileri, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.I, (Ed. Hilgendorf/Ünver), İstanbul 2010, s. 89-120.
- İÇEL Kayıhan/DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. kitap, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2006.
- ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2011.
- TOZMAN Önder, Suça Teşebbüs, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, (Ed. Hilgendorf/Ünver), İstanbul 2010, s. 177-202.
- YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article3.pdf> (Erişim: 30.04.2012, 20:45).

**Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlallerinin Amerikalıların
İnsan Hakları Sistemi Tarafından Denetimi ***

**(The Supervision of the Inter-American Human Rights System
on International Humanitarian Law Violations)**

Bedia Ayşegül TANSEN **

Özet: Amerikalıların İnsan Hakları Sisteminde UA İnsancıl hukuk ihlallerinin denetiminin incelendiği bu çalışmada öncelikle uluslararası insancıl hukuk kuralları çerçevesinde Amerikalıların insan hakları sisteminin yetki alanı ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Ardından çalışmanın ikinci bölümünde Amerikalıların insan hakları sisteminin uluslararası insancıl hukukun ihlal edildiğine karar verdiği durumlar öngördüğü sorumluluk esasları değerlendirilmiştir. Son olarak ise konuya ilişkin varılan sonuçlar kapsamında kişisel değerlendirmelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası İnsancıl Hukuk, İnsan Hakları Hukuku, Silahlı Çatışmalar, Cenevre Sözleşmeleri, Amerikalıların İnsan Hakları Komisyonu

Abstract: In this study, the supervision of the international humanitarian law on Inter-American human rights system shall be examined. The jurisdiction of the Inter-American human rights system shall be analysed within the framework of international humanitarian law regulations. In the second part of the study, cases where the Inter-American human rights system found a violation of the humanitarian law regulations shall be analysed. Finally, our personal opinion on the matter shall be expressed.

Keywords: International humanitarian law, human rights law, armed conflicts, Geneva Conventions, Inter-American Human Rights Commission.

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibarıyla güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Avukat, İstanbul Barosu, e-posta: agultansen@yahoo.com

Giriş

Uluslararası insancıl hukuk (UIH) ve insan hakları hukuku, kaynakları ile uygulandıkları durumlar bakımından farklılıklar göstermekte ise de, bu iki hukuk dalının uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda insan haklarının korunması açısından etkileşim içinde ve hatta birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu, gerek Birleşmiş Milletler'in çeşitli organları ve gerekse ulusal ve uluslararası yargı kararları ile doktrin tarafından 1990'lı yıllardan bu yana kabul edilmektedir.¹ Nitekim bireylerin hayatının, sağlığı ve vücut bütünlüğünün korunması, UIH'nin olduğu kadar uluslararası insan haklarının da amacını oluşturmakta; her iki hukuk dalı da işkence, kötü muamele, kölelik ve ayrımcılığı yasaklamakta, ceza muhakemesine katılan bireylerin temel haklarını tanımlamakta, kadınların ve çocukların korunmasına ilişkin hükümler içermekte, beslenme ve sağlık hakkının koşullarını düzenlemektedir.

UIH'nin ve uluslararası insan haklarının ulusal, uluslararası ve bölgesel düzeyde uygulanması amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasında asli yükümlülük Devletlere aittir. UIH, uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan tüm silahlı çatışmalara uygulanan kuralları içermektedir. UIH'nin uygulan-

¹ DIENG, Adama, « La mise en oeuvre du droit international humanitaire: Les infractions et les sanctions », *Law in humanitarian crises : how can international humanitarian law be made effective in armed conflicts ? = Le droit face aux crises humanitaires : de l'efficacité du droit international humanitaire dans les conflits armés*, Volume I, Luxembourg, 1995, pp. 350, 351; HEINTZE, Hans-Joachim, « On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law », *IRRC*, December 2004, Vol. 86, No 856, pp. 789-813 ; YAMANER BATUR, Melike, « Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi », Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2007, ss. 379-391 ; SANDOZ, Yves, « **Droit international humanitaire et droits de l'homme : mariage d'amour ou de raison ?** », *Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni / édité par Andreas Auer, Alexandre Flückiger, Michel Hottelier*, Genève, Zürich, Bâle, Schulthess, 2007, pp. 339-374, SASSOLI, Marco, « **Le droit international humanitaire, une lex specialis par rapport aux droits humaines ?** », *Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni / édité par Andreas Auer, Alexandre Flückiger, Michel Hottelier* – Genève, Zürich, Bâle : Schulthess, 2007, pp. 375-395 ; GUELLALI, Amna, « **Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés** », *Revue générale de droit international public*, t. 111, No. 3 (2007), pp. 539-574 ; SASSOLI, Marco, OLSON, Laura M., « **The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts** », *International Review of the Red Cross (IRRC)*, Vol., No. 871, September 2008, pp. 599-627 ; AIVO, Gérard, « **Convergences entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme : vers une assimilation des deux corps de règles ?** », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 21e année, No. 82 (1er avril 2010), pp. 341-370.

masında Devletler, Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri çerçevesinde, silahlı çatışma döneminde olduğu kadar barış zamanında da çeşitli tedbirler almakla yükümlü kılınmıştır.

Ancak insan haklarının evrensel düzlemde bir yargılama sisteminden yoksun olması² ve UIH ihlallerinin etkin bir şekilde yaptırımlara bağlanamaması, Avrupa, Amerika ve Afrika'da temel bölgesel insan hakları sözleşmeleri uyarınca kurulmuş olan bölgesel insan hakları komisyonları ile mahkemelerini, UIH ihlallerini incelemeye yönelmiştir. Avrupa, Afrika ve Amerikalılararası bölgesel insan hakları sistemlerinde, UIH kurallarının doğrudan uygulanabilirliğini düzenleyen referans normlar bulunmamaktadır. Fakat sayısız devlet, insan haklarını koruyan bölgesel uluslararası örgütlere üyedir. Bu devletlerin iç hukuk sistemlerinde, bölgesel insan hakları sözleşmelerinin koruduğu bir hakkın Devlet tarafından ihlal edilmesi ve ortaya çıkan zararın giderilmemesi halinde, uluslararası bir mahkemeye bireysel başvuru hakkı yer almaktadır. İnsan haklarına saygıyı denetlemekle yükümlü adı geçen bölgesel organlar, 1990'lı yıllardan bu yana önlerine gelen başvurularda "yetki üstlenmek"³ suretiyle, zimnen veya açıkça atıf yaparak UIH kurallarını *a fortiori* uygulamaktadır.

Kuşkusuz Bölgesel organlardan Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ile Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'ne ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne, aynı zamanda UIH ihlalleri olan insan hakları ihlallerinin cezalandırılması için bireysel başvurularda bulunulmuştur. Ancak Amerikalılararası İnsan Hakları Sistemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, UIH ihlallerini incelerken farklı yaklaşım tarzları izlemiş ve bugüne kadar UIH kurallarını, doğrudan atıf yaparak önüne gelen olaylara uygulayan tek insan hakları denetim sistemi, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu olmuştur.

Amerikalılararası insan hakları sisteminin doğrudan atıf yapmaksızın insancıl hukuk ilkelerini ilk kez kararlarına konu etme girişimi, 1980'li yılların sonlarına dayanmaktadır. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, UIH kurallarının ihlal edildiği ileri sürülen bir başvuruyu ilk olarak 1987 yılında, Birleşik Devletlerin 5 Kasım 1983 tarihinde Grenada'daki bir akıl hastanesini askeri uçakla bombalaması sonucu, hastanede yatmakta olan 16 kişinin yaralanmasıyla sonuçlanan olaydan sonra "*Disabled People*"

² FLAUSS, Jean – François, « Les droits international humanitaire devant les instances de contrôle des conventions européenne et interaméricaine des droits de l'homme », Les nouvelles frontières du droit international humanitaire : Acte du colloque du 12 avril 2002, Bruxelles, 2003, p. 117.

³ PHILIPPE, Xavier, « Sanctions for violations of international humanitarian law: the problem of the division of competences between national authorities and between national and international authorities », IRRC, Vol. 90, No. 870, June 2008, p. 365.

*International v. United States*⁴ davası çerçevesinde incelemiştir. Başvurucular, yaşam hakkının savaş zamanları da dahil olmak üzere olağanüstü hallerde askıya alınamayacak haklardan, uluslararası hukukun amir hükümlerinden biri olduğunu ileri sürerek, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanması gerektiğini iddia etmişlerdir. Birleşik Devletler ise, yaşam hakkının savaş zamanlarında askıya alınabilir bir niteliğe sahip olduğunu ileri sürerek, Komisyonun, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ni uygulamaya yetkili bir makam olmadığını ve yetkisinin Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'ndeki haklar veya bu haklardan mahrumiyet iddialarını değerlendirmekle sınırlı olduğunu ileri sürmüştür. Komisyon, UIH ilkelerine doğrudan bir atıf yapmamakla birlikte, kararında başvuruyu kabul edilebilir bularak incelemeye almıştır.

Amerikalılararası İnsan Hakları Sistemini oluşturan Komisyon ve Mahkemenin, önüne gelen olaylarda UIH kurallarını uygulaması, bu organların UIH kurallarını uygulamaya yetkili olup olmadığı yönünde ciddi tartışmalara neden olmuştur. Çalışmanın birinci bölümünde Amerikalılararası insan hakları sisteminin yetki alanı, örnek kararlar çerçevesinde incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, Amerikalılararası insan hakları sisteminin UIH'nin ihlal edildiğine karar verdiği durumlarda öngördüğü sorumluluk esasları değerlendirilecektir. İster bölgesel, ister uluslararası düzeyde koruma sistemlerince uygulansın, tespit edilen UIH ihlallerin önlenmesi, ancak devletlerin iyi niyet ve iradeleri çerçevesinde mümkün olabilmektedir. İhlaller sonucu öngörülen yaptırımların etkin bir biçimde uygulanabilirliği sorunu ancak politik gerekçelerden arındırılarak ve sadece uluslararası hukukun getirdiği sorumluluklar bağlamında değil, ulusal temelde devletlerin ulusal hukuklarındaki düzenlemeler sayesinde ve uluslararası bağlamda devletlerin uluslararası sorumlulukları çerçevesinde çözümlenebilecek bir sorundur.

⁴ Disabled Peoples'International, et .all. v. United States, No. 9213, September 22, 1987, Ann. Report 184, OEA/ser. L/V/II.71, doc. 9 rev. 1, 1987, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87eng/EUU9213.htm>, (20.7.2010). Karar Komisyonun, devletlerin sınır ötesinde, kendi vatandaşı olmayan kişilere yönelik insan hakları ihlallerini incelemesi açısından önem taşımakta, ancak doğrudan UIH başvurusu olarak kabul edilmemektedir. Başvuru, Amerikan Devlet Teşkilatı'nın Kurucu Sözleşmesi m. 112'de öngörülen « insan haklarının takibi ve korunmasını sağlamak » yükümlülüğü altında değerlendirilmiştir. Davanın sonuç raporu için bkz. Report No. 3/93, Case No. 9213, March 1, 1996, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/95eng/USA9213.htm>, (20.7.2010). Ayrıca bkz., LAUTERPACHT, E., GREENWOOD, C. J., OPPENHEIMER A. G., International Law Reports, Press Sydicate of University of Cambridge, Cambridge-2003, Vol. 123, p. 127'den atıfla Salas et all. v. United States of America, Report No. 31/93, Case No. 10.573, October 14, 1993, Inter-Am. C.H.R. 312, pp. 118-138, <http://cidh.org/annualrep/93eng/USA.10573.htm> (16.7.2010).

§ 1 - Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları Çerçevesinde Amerikalılararası İnsan Hakları Sisteminin Yetki Alanı

Pacte de San José olarak da bilinen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan Devlet Teşkilatı'na üye devletler tarafından 22.11.1969 tarihinde kabul edilmiş ve 18.07.1978'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme hükümleri çerçevesinde, Amerikan devletlerinin insan hakları alanındaki yükümlülüklerini denetlemek üzere faaliyet gösteren ve Amerikan Devletler Teşkilatı bünyesinde kurulmuş olan Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) faaliyet göstermektedir.

Bu organlardan Komisyon, 1959 yılında Dışişleri Bakanları V. Danışma Toplantısında alınan VIII numaralı karar hükümleri çerçevesinde oluşturulmuştur. İçtüzüğü Haziran 1960'da düzenlenen Komisyon, o dönemde Amerikalılararası Konferansta kabul edilen Amerikan Devlet Teşkilatı organlarından biri konumunda değildir ve bu kuruluş yapısı bir dönem Teşkilat bünyesinde yetki sorunlarına neden olmuştur. Komisyon ancak 1966 yılında tüzüğünde yapılan değişiklik ile bireysel başvuruları inceleyebilen, üye devletlere Sözleşmece korunan insan haklarının uygulanması yönünde tavsiyelerde bulunan bir yapı kazanmıştır.⁵ 1967'de ise Komisyon, Teşkilatın temel organlarından biri haline gelmiştir.

AİHM ise Teşkilat bünyesinde, tıpkı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi özerk bir yargılama makamıdır ve Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesini⁶ yorumlamak ve uygulamakla görevlidir. AİHM başkanının 2004 yılında yargı yılı açılış töreninde yaptığı konuşmasında da belirttiği gibi, Avrupa Mahkemesi ile Amerikan Mahkemesi, bireyleri uluslararası hukukun bir öznesi olarak değerlendirerek, herhangi bir devletin iradesi karşısında kamu düzenine yönelik yaklaşımlara üstünlük tanıyan, Devletlerin iç hukuklarında öngördüğü aşırı kısıtlamalar karşısında güven verici bir denetim mekanizması olarak ve sözleşmelere taraf devletlerin kendi iradelelerine dayanan bir sistem üzerine faaliyet gösteren yargılama organlarıdır.⁷

Avrupa ve Afrika bölgesel insan hakları denetim mekanizmaları gibi Amerikalılararası insan hakları sistemi de UIH ilklerini doğrudan uygulaya-

⁵ AİHK'nın yeni içtüzüğü, 28 Ekim- 13 Kasım 2009 tarihleri arasında gerçekleştirilen 137 inci dönem olağan birleşimlerinde kabul edilmiştir, <http://www.cidh.org/Basicos/French/u.reglement.cidh.htm> (20.7.2010).

⁶ Amerikalılararası İnsan Hakları Sisteminin temel kaynakları için bkz. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/toc.htm>, <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2> (20.7.2010)

⁷ § 13 V. Discours de M. Antômo Augusto Cançado Trindade, Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, 22.1.2004, p. 31. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BC34E838-13FC-45AC-9EB7-6E01A3773CA6/0/Rapport_annuel_2003.pdf, (20.7.2010).

bilecek referans normlarını bünyesinde barındırmamaktadır. Nitekim Komisyon'un tüzüğü, Komisyonun yetki alanını Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde öngörülen yükümlülüklerini geliştirmek ve kontrol etmekle sınırlı tutmaktadır. Komisyonun yetki alanına ilişkin bu iki sözleşmenin dışında herhangi bir uluslararası sözleşmeyi esas alabileceği yönünde hukuki bir referans kaynağı bulunmamaktadır.⁸ Buna karşılık AIHM, 1982 tarihli tavsiye niteliğindeki görüşü ile AIHK'nın, özellikle savaş zamanı uygulanacak UIH kurallarına yönelik Cenevre Sözleşmelerini referans olarak alabileceğini bildirmiştir. Ancak zaman içinde Mahkemenin, Komisyonun aksine, UIH ilkelerini doğrudan uygulamakta çekimser kaldığı görülmektedir. AIHM, *Las Palmeras* kararında⁹, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin daha iyi yorumlanması gerektiği düşüncesiyle UIH kurallarının ve özellikle Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3 üncü maddesinin doğrudan uygulanabilir olmadığını belirtmiştir. Mahkemenin kararlarında öne sürdüğü gerekçeler, Mahkemenin yetki alanı incelenirken esas alınacak örnek kararlar çerçevesinde gerekçeleri ile birlikte daha açık görülecektir.

A- Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu

Mahkeme tarafından kendisine tanınan yetkiye dayanarak Komisyon, birçok raporunda, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletlere karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin belirli olaylarda UIH ilkelere uygulanması gerekliliğini belirtmiştir. Uluslararası nitelikte olmayan iç silahlı çatışma mağdurlarına daha özel bir koruma tanımak ve Sözleşmeye taraf devletler için bağımsız yükümlülük kaynağı olacak şekilde UIH kurallarının uygulama alanını genişletmiştir. 30 Ekim 1997'de yayınlanan *Abella* raporu bu çabaların en kapsamlı örneğini oluşturmaktadır.¹⁰ 1989 yılında meydana gelen olayda, olası yeni bir askeri ihtilalden kaçtıkları iddia edilen 42 silahlı kişi, La Tablada'da bulunan Arjantin silahlı kuvvetlerine ait barakalara silahlı saldırıda bulunmuş ve çatışma yaklaşık 30 saat sürmüştür. Olay, 29 isyancının ve birkaç devlet ajanının ölümü ile sonuçlanmıştır. Hayatta kalan isyancılar Komisyona yaptıkları başvuruda, Arjantin ordusu tarafından Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi ile UIH kurallarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Komisyon, saldırganların düşmanca tutumlarının doğasını, devletin silahlı güçlerinin olaya doğrudan katılımı ve

⁸ VITÉ, Sylvain, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, éd. Bruylant, 1999, p. 78.

⁹ *Las Palmeras v. Colombia*, Judgment, February 4, 2000, Serie C., No. 67, Inter-Am.C.H.R., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_67_ing.pdf, (20.7.2010).

¹⁰ *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Report No. 55/97, Case No. 11.137, November 18, 1997, Inter-Am. C.H.R. 271, OEA Ser. L/V/II.98, Doc. 6 Rev. (1998), <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97eng/Argentina11137.htm>, (20.7.2010); ZEGVELD, Liesbeth, «The Inter-American Commission on Human Rights and international humanitarian law: A comment on the Tablada Case», IRRC, 1998, No. 324, pp. 505-511.

olaylar sırasında yaşanan şiddetin dozunun aşırılığını gerekçe göstererek çatışmanın "iç karışıklık" değil, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olduğunu belirtmiş ve Arjantin'in gerek insan hakları hukukunu gerekse UIH kurallarını / Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3 üncü maddesini ihlal ettiği yönünde karar oluşturmuştur. Kararda, planlı ve düzenli bir askeri operasyonun bir iç karışıklık olarak değerlendirilemeyeceği; "Silahlı Çatışma" kavramının, iç karışıklık ve gerginlik olaylarından farklı olarak¹¹, savaşa girmeye müsait ve bilfiil çatışmaya giren organize silahlı grupların varlığını gerektirdiği ifade edilmiştir. Komisyona göre, Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3 üncü maddenin tipik uygulaması, devletin silahlı kuvvetleriyle organize silahlı muhalifler arasındaki silahlı mücadelelerdir. Ortak 3 üncü madde, büyük çapta ve genelleşmiş savaş hali ve muhalif silahlı grupların ülke toprağının bir kısmını kontrol ettikleri iç savaş haline uygulanmamakta, devlet güçlerinin müdahalesi olmadan biri diğerine karışmış iki veya daha çok silahlı eylemi kapsamına almaktadır.

Komisyonun, yetkisinin sınırlarını belirleyen Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 44 üncü maddesinin açık hükmü karşısında, olayları kapsayan en uygun hüküm olan Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3 üncü maddesini doğrudan uygulaması tartışmalara neden olmuştur. Komisyon kararda, UIH kurallarını uygulama yetkisine açıklık getirmiş ve insan hakları hukuku anlaşmalarının Arjantin ulusal mevzuatına dahil edilmiş olması gerekçesiyle, ilgili ihlaller halinde Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 25 inci maddesi gereğince Komisyona başvuru hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Olağanüstü hallerde, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan bazı tedbirlerin askıya alınması mümkün ise de, Sözleşmenin 4 üncü maddesinde öngörülen yaşam hakkı ve bu hakka gelebilecek her türlü müdahalenin yasak olduğu yönündeki hüküm, gerek insan haklarının gerekse UIH ilkelerinin "sert çekirdeğini" oluşturmaktadır. Ortak 3 üncü maddenin temel amacı, savaş hali süresince doğrudan veya aktif bir şekilde savaşa taraf olmayan veya uzun süreli taraf olmayan kişiler için uygulanacak asgari hukuk kurallarını belirlemektir. Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi savaş halini düzenlenmediği gibi, sivil, savaşan ve silahlı çatışma tanımlarına da yer vermiş değildir. UIH kuralları silahlı çatışma halinde bireyler için daha elverişli hükümler içermektedir. Dolayısıyla devletin sorumluluğunu belirleyen UIH kurallarına atıfta bulunmak; yeni uluslararası yükümlülükler eklemek olarak değil, Sözleşmede hali hazırda var olan uluslararası yükümlülükleri güçlendirmek olarak yorumlanmalı-

¹¹ Juan Carlos Abella v. Argentina, supra, para. 149: "İç karışıklık ve gerginlik" kavramları kararda, Uluslararası Kızık Haç Komitesi'nin 1973 yılında örnekler çerçevesinde tespit ettiği durumlara dayanarak açıklanmıştır. Buna göre ; (1) ayaklanmalar, başlangıçtan itibaren bir lider tarafından yönetilmeyen ve özel kasıt içermeyen tüm karışıklıklar, (2) Silahlı kuvvetler veya organize silahlı gruplar tarafından yürütülen askeri operasyonlardan farklı olarak münferit ve düzen-siz şiddet eylemleri, (3) Özellikle tutumlarından veya siyasi fikirlerinden dolayı kişilerin toplu olarak tutuklanmaları da dahil, benzer yapıdaki diğer eylemler, iç karışıklık ve gerginlik olarak değerlendirilmektedir. (Serbest Çeviri).

dır.¹² Bu yorum, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 29/b maddesinde öngörülen, “Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin hiçbir düzenlemesinin, sözleşmeye taraf devletlerin mevzuatı veya bu devletin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme çerçevesinde tanınmış olan hiçbir hak ve özgürlüğü kısıtlayacak şekilde yorumlanmaması gerektiği” yönündeki düzenlemeye de uygundur. Sonuç olarak bu gerekçeler, UIH ilkelerinin doğrudan uygulanabilirliğini gösterdiği gibi, sadece bir yorum aracı olarak kullanılmayacağını da açıklamaktadır.¹³

Komisyonun benzer bir yaklaşımını, Kolombiya’da yaşanan bir silahlı iç çatışma / uluslararası olmayan silahlı çatışma örneğinde de görmek mümkündür. *Ribon Avilan Raporu*¹⁴, M-19 olarak adlandırılan silahlı muhalif bir grupla ulusal ordu arasında çıkan bir çatışmada, teslim oldukları sırada öldürüldükleri iddia edilen 11 Kolombiya vatandaşı hakkındadır. Komisyon neredeyse bire bir benzer bir yaklaşımla, Kolombiya’nın gerek UIH kurallarına gerekse insan hakları hukukunun uluslararası olmayan silahlı çatışma dönemlerinde bireylerin korunmasına yönelik hükümlere ulusal mevzuatında yer verdiğini belirtmiş ve UIH kurallarının doğrudan olaya uygulanabileceğine karar vermiştir.¹⁵

Komisyonun UIH kurallarını uyguladığı diğer bir başvurunun konusu, Huanta, Ayacucho bölgesinde Silahlı Kuvvetler tarafından işlenen insan hakları ihlallerini eleştiren bir dizi makale kaleme almış gazeteci Bustíos Saavedra ile Lima Gazetesinde muhabir olarak çalışan Eduardo Rojas’a, aynı bölgedeki cinayetleri yerinde araştırdıkları sırada hiçbir uyarı olmaksızın, silahlı devriyelerce ateş açılması sonucu gelişen olaylara dayanmaktadır. Gazeteci Bustíos Saavedra, üzerine atılan patlayıcı sonucu ölmüştür. Peru Devleti aleyhine, yapılan başvuruyu değerlendiren Komisyon¹⁶, benzer ilkelere dayanarak, Peru Devletinin yaşam hakkı ile ifade özgürlüğünü güvence altına alan Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 4 ve 13 üncü maddesi ile Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3 üncü maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁷, Komisyona göre Ortak 3 üncü madde, savaşanların, sivilere ve genel olarak tüm sivil topluma yönelik saldırılarını yasaklar nitelik-

¹² Juan Carlos Abella v. Argentina, supra, para. 158.

¹³ HEINTZE, Hans-Joachim, op.cit., p. 803. Benzer görüş için bkz, ZEGVELD, Liesbeth, op.cit., <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/57JPGB>, (20.7.2010).

¹⁴ Arturo Ribón Avilán v. Colombia, Report No. 26/97, Case No. 11.142, September 30, 1997, Inter-Am. C.H.R. 444, OEA Ser. L/V/II.98, Doc. 6 Rev. (1998). <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97eng/Colombia11142.htm>, (20.7.2010).

¹⁵ Arturo Ribón Avilán v. Colombia, supra, para. 177-178.

¹⁶ Hugo Bustíos Saavedra v. Peru, Report No. 38/97, Case No. 10.548, October 16, 1997, Inter-Am. C.H.R. 753, OEA Ser. L/V/II.98, Doc. 6 Rev. (1998). <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97eng/Peru10548.htm>, (20.7.2010).

¹⁷ Hugo Bustíos Saavedra v. Peru, supra, para. 88.

tedir.¹⁸ Nitekim kararda, kendisine kurşun isabet ederek yaralanan Eduardo Rojas adlı gazetecinin durumu da incelenmiş ve savaşa doğrudan katılmayan, sivil konumunda olan gazetecinin vücut bütünlüğüne ve ifade özgürlüğüne saldırıda bulunduğu gerekçesiyle Peru Devletinin Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 5, 13 ve Ortak 3 üncü maddeyi ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.¹⁹

Ancak Komisyon, Kolombiya'ya ilişkin bir diğer raporunda, bakış açısının aksi yönünde radikal bir karar vermiştir. Komisyon, *Riofrío Massacre* raporunda²⁰, dilekçe sahiplerinin gerek insan hakları hukuku ve gerekse UIH ihlallerinden dolayı (Ortak 3 üncü madde ve II numaralı Ek Protokol m.2 çerçevesinde) devletin sorumluluğunu iddia etmelerine rağmen, önceki yaklaşımına aykırı düşerek –ancak yeniden silahlı iç çatışma kavramına yer vererek- 13 sivilin öldürülmesini sadece Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 4 üncü maddesi çerçevesinde ihlal olarak kabul etmiş ve Ortak 3 üncü maddenin uygulanması gerektiği yönünde herhangi bir atıfta bulunmamıştır.

B- Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi

Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 64 üncü maddesi Mahkemeye, gerek sözleşme gerekse Amerikan devletlerinde insan haklarının korunmasına yönelik her türlü sözleşme hakkında tavsiye niteliğinde görüş verebilme yetkisi tanımıştır. Ancak konu, Mahkemenin yargılama yetkisi açısından incelendiğinde AIHM'nin, Komisyonun tavrını izlemediği ve daha temkinli davrandığı görülecektir. Nitekim Mahkeme, *Las Palmeras* davasında, UIH ilkelerini ve özellikle de Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3 üncü maddesini doğrudan uygulama yetkisinin olmadığına karar vermiştir. Bu karar, silahlı çatışmalara uygulanacak özel kanunun belirlenmesinde Mahkemenin UIH kurallarından bahsettiği ilk karar niteliğindedir. Ancak AIHM yargıçlarının, kararlarında diğer uluslararası sözleşmelere yer vermediği tek karar da değildir.²¹ *Las Palmeras* davasında Komisyona ilk başvuru, Kolombiya devletinin Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 4 üncü maddesi ile korunan yaşam hakkını ve Ortak 3 üncü maddeyi ihlal ettiğine karar verilmesi talebiyle 23 Ocak 1991 tarihinde yapılmıştır. Başvuruya

¹⁸ Hugo Bustíos Saavedra v. Peru, supra, para. 61.

¹⁹ Hugo Bustíos Saavedra v. Peru, supra, para. 88.

²⁰ Riofrío Massacre v. Colombia, Report No. 62/01, Case No. 11.654, April 6,2000, Inter-Am. C.H.R. 758, OEA Ser. L/V/II.111, Doc. 20 Rev. (2000), para. 58, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Merits/Colombia11.654.htm>, (20.7.2010).

²¹ Bkz. Paniagua Morales et al v. Guatemala, Judgment, March 8, 1998, Serie C, No. 3, Inter-Am.C.H.R., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_ing.pdf, (20.7.2010); Villagrán Morales v. Guatemala («Street Children» Case), Judgment, September 11, 1997, Serie C, No. 63, Inter-Am.C.H.R., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_32_ing.pdf, (20.7.2010).

konu olay, polis güçleri ile Kolombiya ordusunun Las Palmeras bölgesinde 6 kişinin ölümü ile sonuçlanan silahlı operasyona ilişkindir. Öldürülen kişilere asker üniforması giydirilmiş ve olayın tanıkları da sindirilmiştir. Polislerin hakkında yapılan disiplin soruşturmaları, onları aklar niteliktedir. İdari soruşturmalar, öldürülen kişilere yargı dışı bir eylem yapıldığını belirtmekte ise de, ceza soruşturması, AIHK'nın raporunu tamamladığı yedi yıl boyunca araştırma aşamasında kalmıştır. Komisyon aşamasında taraflar arasında bir uzlaşma sağlanamadığından dava Mahkemeye taşınmıştır. Komisyon, Kolombiya devletinin Komisyonun ve Mahkemenin Ortak 3 üncü maddeyi doğrudan uygulama yetkisi olmadığı yönündeki iddialarını gidermek için Mahkemeden öncelikle UIH ilkelerini ve diğer uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulama yetkisi olduğu yönünde karar oluşturmasını istemiş ise de, Mahkeme 4 Şubat 2000 tarihli kararında oybirliği ile bu yetkiyi reddetmiştir ve kendisinin sadece Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesindeki eylem ve hükümlerle bağlı olduğunu belirtmiştir.²² Ortak 3 üncü madde niteliği itibarıyla örf adet kuralı niteliğindedir. Üstelik Kolombiya devletinin Anayasa düzeyinde iç hukukuna dahil ettiği 1977 tarihli II. Protokol hükümleri²³, iç çatışma halinde Ortak 3 üncü maddeye göre daha özel koruma hükümleri içermektedir. Mahkeme kararında, kendisini bu tartışmalardan arındırarak, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin 62/3 maddesinde öngörülen “Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve yorumuyla bağlı olma” düzenlemesi ile sınırlamıştır. Heintze'e göre çatışmanın taraflarından biri, UIH ilkelerinin doğrudan uygulanabilirliğini ileri sürmüş olsaydı, Amerikalılararası kurumlar bu talebi *corpus juris* ilkesine (kanunlar bütünü, külliyatı) uygun olarak hükme bağlayabilirdi. Bu durum, yeni mekanizmalar inşa etmeye gerek olmaksızın, mevcut mekanizmaların daha uygun dağılımını saplamış olacaktı.²⁴

Mahkeme bu kararının ardından, *Bamaca-Velasquez* davası²⁵ ile UIH ilkelerinin uygulanması bağlamında daha cesaretlendirici bir karar vermiştir. Yargılama, Silahlı Halk Devrimci Örgütü'nün kurucusu olan Bamaca-Velasquez'in kaybolması ve Guatemala ordusunun elinde işkence görerek öldürülmesi olayına dayanmaktadır. Davada, Guatemala devletinin ve Komisyonun Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3 üncü maddesinin uygulanmasını ileri sürmeleri sayesinde ve Guatemala'nın Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmasından ötürü UIH kuralları uygulanabilmiştir. Bu yaklaşımına rağmen Mahkeme, kararının 208 inci paragrafında bir devletin

²² Las Palmeras v. Colombia, supra, para. 31, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_67_ing.pdf, (20.7.2010).

²³ MARTIN, Fanny, « Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme », IRRIC, Décembre 2001, Vol. 83, No. 844, p. 1039 ve dpn. 9'dan atıfı : 1991 tarihli Kolombiya Anayasası m. 124/2'de, UIH kurallarına saygı gösterileceği açıkça düzenlenmiştir.

²⁴ HEINTZE, Hans-Joachim, op.cit., p. 805.

²⁵ *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Judgment , February 22, 2002, Serie C, No. 70, Inter-Am.C.H.R.,

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_91_ing.pdf, (20.7.2010).

uluslararası sözleşmelere aykırılıktan dolayı sorumlu tutulabilmesinin, Mahkemenin doğrudan yetkisinin sonucu olmadığını ve dolayısıyla yetkisinin *ratione materiae* kapsamı dışında olduğunu, fakat ancak ve ancak UIH ilkelerinin yorumlanması suretiyle değerlendirme kapsamına alındığını da kararında belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, kararında Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin, 1, 2 ve 6 ncı maddelerinin ihlalinden dolayı Guatemala devletini sorumlu tutmuştur.

Mahkemenin benzer bir dil kullandığı bir başka dava ise, yardımcı askerler ile devlet güçleri tarafından 15-20 Temmuz 1997'de sivillerin katledilmesi olayının incelendiği *Mapiripán Massacre v. Colombia*²⁶ davasıdır. Olayda yardımcı askerler zincirli el testereleri, cinayet bıçakları ve karın deşen aletler ile çok sayıda sivil öldürmüşlerdir. Mahkeme yine UIH kurallarının Mahkeme tarafından doğrudan zikredilemeyeceğini ancak bu insancıl hukuk kurallarının Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin daha iyi yorumlanması açısından kullanışlı olabileceğini belirtmiştir.²⁷

§ 2 - Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları Çerçevesinde Amerikalılararası İnsan Hakları Koruma Mekanizması Kararlarında Devletin Uluslararası Sorumluluğu

UIH, Uluslararası Kızılhaç Komitesince uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalardan kaynaklanan insancıl sorunların çözümüne yönelik andlaşma ya da örf ve adet ile öngörülmüş kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır.²⁸ UIH'nın geleneksel uygulama mekanizması olan bu komite, Devletlerarasında tarafsız bir arabulucu ve savaş mağdurlarının kurumsallaşmış bir temsilcisi olarak hareket etmektedir.²⁹ UIH kurallarının gereği gibi uygulanması ve bu kurallara saygı gösterilmesi amacıyla Uluslararası Kızıl Haç Komitesi tarafından savaş zamanlarında olduğu kadar barış zamanlarında da etkin olacak çeşitli tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirler, Cenevre Sözleşmelerine taraf olmak, UIH'yi oluşturan yükümlülüklerin iç hukuk sistemlerine aktarılması gibi önleyici nitelikte olabileceği gibi, uluslararası silahlı çatışmalarda Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen ve Uluslararası Kızıl Haç Komitesi tarafından gerçekleştirilen soruşturma yöntemlerinin kullanılması olarak özetlenebilir. Ancak bu tedbirlerin özellikle

²⁶ *Mapiripán Massacre v. Colombia*, Judgment, September 15, 2005, Serie C, No. 134, Inter-Am.C.H.R., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_ing.pdf, (20.7.2010).

²⁷ Aynı görüş için bkz. *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Judgment, November 23, 2004, Serie C, No. 118, Inter-Am.C.H.R., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_ing.pdf, (20.7.2010)

²⁸ YAMANER BATUR, Melike, «Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi», Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2007, s. 379'dan atıfla.

²⁹ SASSOLİ, Marco, « State responsibility for violations of international humanitarian law », IRRC, June 2002, Vol. 84, No. 846, p. 401.

uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda zorlayıcı niteliğe sahip olduğunu söylemek zordur. Zira UIH, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ihlallere yol açanların soruşturulması, takibi veya yargılanmasını öngören özel düzenlemeler içermemektedir. Buna karşılık Cenevre Sözleşmeleri Ortak 1 inci maddesi, çatışma halinde olan tarafların UIH'ye her koşulda uymakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Uluslararası Adalet Divanına göre, "UIH'ye her koşulda uyma yükümlülüğü" sözleşmelerin Ortak 3 üncü maddesi için de geçerli olduğundan, uluslararası silahlı çatışmalarda öngörülen tedbirler, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ve üçüncü devletler açısından bağlayıcı nitelikte kabul edilmelidir.³⁰

Bölgesel insan hakları denetim sistemleri ise, insan hakları hukuku ve devletlerin bu alandaki yükümlülüklerini iç hukuklarına aktarma yönünde gösterdikleri irade ile bağlantılı olarak UIH ilkelerinin hayata geçirilmesi ve Devletlerin sorumluluğunun tespiti açısından vazgeçilmez bir rol üstlenmektedirler. Amerikalıların İnsan Hakları Sözleşmesinin 44 üncü maddesi "her kişi veya kişi grubunun, hükümet dışı ve Teşkilat'taki devletlerin bir veya birçoğu tarafından yasal olarak tanınmış her kuruluşun, işbu Sözleşmenin Taraf devletçe ihlal edildiğine dair ihbarlar veya şikayetler içeren dilekçelerini Komisyona" sunabileceğini düzenlemiştir. Özellikle AIHK'nın yetkisini Amerikalıların İnsan Hakları Sözleşmesinden alarak UIH kurallarını doğrudan kararlarına aktardığı göz önünde bulundurulduğunda, UIH kurallarının uygulanmasında Devletlerin asli sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu bölümde, Amerikan İnsan Hakları sisteminin, UIH kurallarının uygulanması bakımından taraf devletlere getirdiği sorumluluk ile UIH ihlallerine karşı öngördüğü yaptırımların etkisi incelenecektir.

A- Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu

Günümüzde uluslararası insan hakları mahkemelerinin, devletlerin insan hakları ihlallerinden kaynaklanan uluslararası sorumluluğuna odaklandığı, buna karşılık, *ad hoc* uluslararası ceza mahkemelerinin özellikle savaş suçlarında bireysel cezai sorumluluğu irdelediği görülmektedir. Nitekim Amerikalıların insan hakları sistemi de, yasa dışı eylemlerin faillerinin bireysel sorumluluklarını değil, devletlerin eylem ve işlemlerinin sebep olduğu insan hakları ihlallerinden kaynaklanan uluslararası sorumluluğunu incelemektedir.³¹ Ancak AIHM'nin çeşitli kararlarında, devletin uluslararası sorumluluğunun, sadece ihlallerden kaynaklanan zararlarının giderilmesine yönelik bireysel bir sorumluluk veya sadece cezaların meşrulaştı-

³⁰ PFANNER, Toni, « Le rôle du CICR dans la mise en œuvre du DIH », Law in humanitarian crises : how can international humanitarian law be made effective in armed conflicts ? = Le droit face aux crises humanitaires : de l'efficacité du droit international humanitaire dans les conflits armés, Volume I, Luxembourg, 1995, pp. 195-196.

³¹ HENNEBEL, Ludovic, « La Convention Américaine des Droits de l'Homme », Publication de l'Institut René Cassin de Strasbourg, Bruylant, 2007, p. 380.

rılması amacıyla cezai bir sorumluluk olarak değerlendirilmediği özellikle vurgulanmaktadır. Devletin uluslararası sorumluluğu, bireyin uluslararası cezai sorumluluğunun yanı sıra bireysel ve cezai sorumluluğu içeren kolektif bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir.³² Bu yaklaşım, UIH'nın ağır ihlallerinde devletin uluslararası sorumluluğunun tespiti açısından çok büyük öneme sahiptir. Çünkü uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmadan çıkan bir devletin, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve işkence eylemleri gibi uluslararası nitelikteki suçların sorumlularını cezalandırmak için elverişli bir yargılama usulünü harekete geçirmediği sıklıkla görülmektedir. Aksine, devlet, iç hukukunda genel af ilanı yoluna giderek, sorumluları uluslararası insancıl hukukun ağır suçlarından sorumsuz tutmaktadır. Bireysel cezai sorumlulukların etkisini azaltmak için yürürlüğe konan bu yöntem, özellikle Latin Amerika ülkelerinde sıklıkla görülmekte ve failler yararına mutlak bir cezasızlığın yolunu açmaktadır.³³

Devletlerin UIH ihlallerinden kaynaklanan eylemlerinde bir arada uygulanan Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi ve UIH kuralları, AIHK ve AIHM kararlarında da görüldüğü üzere, devletlerin uluslararası sorumluluğunun belirlenmesi konusunda elverişli bir ortam sunmaktadır.³⁴ Genel olarak devletlerin uluslararası sorumluluğunun Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin genel *erga omnes* yükümlülüklerini ihlal ettikleri anda doğduğunu belirtmektedir. Komisyona göre, bir devletin yasa dışı eylemleri soruşturması, sorumluları cezalandırması ve zararları gidermesi halinde uluslararası sorumluluğu doğmaktadır. AIHM'nin eski hakimlerinden Antonio A. Cançado Trindade'a bu sorumluluk, devlet hükmi şahsiyetinin, aynı zamanda uluslararası hukukun öznesi olarak, devletin kendisine isnat edilebilir yasadışı eylemden doğan insan hakları ihlalinin gerçekleştiği anda doğmaktadır.³⁵ Bu durumda devlet ve ajanlarının, kendilerine isnat edilebilir insan hakları ihlalinin bir kere ortaya çıkması ile birlikte uluslararası sorumluluğu doğmakta ve devlet, bu sorumluluktan kurtulmak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü ile karşı karşıya kaldığı gibi, eylem ve ihmallerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır.

³² Mack Chang et all. v. Guatemala, Judgment, November 25, 2003, Serie C, No. 101, Inter-Am.C.H.R., Reasoned Opinion of Judge A.A. Cançado-Trindade, para. 14-20, 33-37, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.pdf, (20.7.2010).

³³ IKOGHOU-MENSAH, David, **La responsabilité internationale de l'Etat pour infractions graves au droit international humanitaire est-elle une réalité?**, Civitas Europa, No. 22, Juin 2009, pp. 41-43.

³⁴ Mapiripan Massacre v. Colombia, supra, para. 107: İlgili paragrafta, AIHS'nin «Haklara saygı yükümlülüğü»nü düzenleyen 1 inci ve « İç hukuk etkileri » başlığını taşıyan 2 ini maddelerinde öngörüldüğü üzere, UIH kuralları *lex specialis* olarak devletin uluslararası sorumluluğunu oluşturmaktadır.

³⁵ HENNEBEL, Ludovic, op.cit., p. 381'den atıfla Inter-Am. C.H.R., Affaire 11.016 c. Pérou, 11.10.2001, Rapport No. 99/01, para. 48-49, 59, 63.

B- Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu

Amerikalılararası insan hakları sisteminde devletin ağırlaştırılmış sorumluluğu, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin insan hak ve özgürlüklerinin ağır ihlali olan işkence, soykırım³⁶ gibi devlet suçlarının hukuki sonucu olarak ele alınmaktadır. Bu hukuki sonuç, maddi tazminatı aşan şekilde, mağdurun veya olaya göre mağdur yakınlarının koşullarının mümkün olduğunca ihlal olmadan önceki döneme eşdeğer hale getirilerek ihlalin sonuçlarının giderilmesini amaçlayan *restitutio in integrum* / Eski Hale İade ilkesinin uygulanmasıdır.

*Mack Chang v. Guetamala*³⁷ davasında Mahkeme, Guetamala'da yerel toplulukların Ordu'nun kontrgerilla hareketleri sonucunda yerinden edildiği yönünde araştırmalar yapmakta olan Mack Chang'ın yasadışı bir askeri istihbarat operasyonu sonucunda, kesici ve delici silahlarla vahşice katledilmesini, olay döneminde sorumluların takibi ve kovuşturulmasına izin veren hiçbir kurumsal mekanizmanın işletilmemesi ve failer ile cinayet aletlerinin adli kovuşturmaya imkan vermeyecek şekilde örtbas edildiği gerekçelerine dayanarak yaşam hakkının keyfi olarak kısıtlanması ve devletin ağırlaştırılmış sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir. Kararda, devletin silahlı kuvvetlerinin, polis teşkilatının ve güvenlik kurumlarının tüm mensuplarının eğitimi için gerekli tedbirleri alması ve bu eğitimlere özellikle insan hakları ve UIH kurallarına yönelik bir eğitim programının dahil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁸

Mahkeme, *Caso de los Mermanos Gomez Paquiyaury v. Peru* kararında³⁹ da devletin ağırlaştırılmış sorumluluğunu incelerken, sistematik olarak insan hakları ihlallerinin uygulandığına ve ihlallerin devlet görevlileri, askeri güçler veya polis teşkilatının verdiği emirler doğrultusunda silahlı gruplara mensup kişilerce yasadışı infazların gerçekleştirilmiş olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre bu tür ihlaller uluslararası amir hükümlere aykırılık oluşturmakta ve devletin ağırlaştırılmış sorumluluğunu gerektirmektedir.

Özetle, Amerikalılararası insan hakları sisteminin etkin bir yaptırımı olan devletin ağır sorumluluğun tespitinde, ihlale sebep eylemin devlet suçu niteliği; (1) devletin yükümlülüklerini yerine getirirken açık veya sistematik bir kusurunun bulunması (2) söz konusu ihlalin uluslararası hukukun amir hükümlerine aykırılık oluşturması unsurlarının bir arada bulunması koşuluyla dayandığı görülmektedir.

³⁶ Masacre Plan de Sanchez v. Guetamala, Judgment, April 29, 2004, Serie C, No. 116, Inter-Am.C.H.R., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_ing.pdf, (20.7.2010).

³⁷ Mack Chang et all. v. Guatemala, supra, para. 139.

³⁸ Mack Chang et all. v. Guatemala, supra, para. 282.

³⁹ Gomez-Paquiyaury Brothers v. Peru, Judgment, July 8, 2004, Serie C, No. 110, para. 76, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_ing.pdf, (20.7.2010).

Sonuç

Bu incelemede, öncelikle UIH kurallarının bölgesel bir insan hakları koruma sistemi olan Amerikalılararası insan hakları sistemindeki uygulamasına ve bu sistemi oluşturan kurumların UIH ilkelerini uygularken kullandıkları kavramlara yer verilmiştir. Amerikalılararası insan hakları sistemi, Güney ve Orta Amerika'da cereyan eden iç çatışmaların yoğunluk ve şiddetini azaltmak amacıyla 1997 yılından itibaren çeşitli rapor ve kararlarında, açıkça kendi yetki alanları içinde bulunmasa dahi, UIH kurallarına silahlı çatışma dönemlerinde öncelik tanımakta; barış zamanları ve iç karışıklık durumlarında ise UIH kurallarını Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvencelenen uluslararası insan hakları kurallarının yanında, *lex specialis* olarak uygulamaktadır. Özellikle AIHK, kararlarında, bir yandan barışın hüküm sürmediği durumlarda insan hakları hukukunun öngördüğü tedbirleri açıklığa kavuşturmakta, diğer yandan silahlı çatışmalarda Cenevre Sözleşmesi Ortak 3 üncü maddesinin özellikle yaşam hakkı gibi Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinde de askıya alınamayacak haklar ile kesişmesi halinde UIH ilkelerini yumuşatarak kararlarına dahil etmektedir. Dolayısıyla Komisyonun, AIHM'nin silahlı çatışmalarda Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinin öncelikle uygulanması yönündeki kararlarına kıyasla, UIH ilkelerini daha geniş yorumlamaya özen gösterdiği söylenebilir.

Nitekim Komisyon 2002 yılına ilişkin İhtiyati Tedbirler raporunda⁴⁰, Birleşik Devletler güçleri tarafından Guantanamo'da tutuklu bulunan kişilerin hukuki statülerinin belirlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını istemiş ve söz konusu olayda, artık Ortak 3 üncü madde ve Ek Protokol II'de korunan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmadan bahsetmenin mümkün olmadığını, olayın Latin Amerika iç savaşlarından farklı şekilde, uluslararası bir durum olarak ele alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁴¹

Gerçekten de Koruma Tedbirlerinin bildirildiği raporda⁴² Komisyon, çatışan tarafların çatışmada kullanacakları yöntemleri sınırlamak ve güç

⁴⁰ Inter-Am.C.H.R., Precautionary Measures 2002, para. 80, <http://www.cidh.oas.org/medidas/2002.eng.htm>, (25.7.2010).

⁴¹ BUIS, Emiliano J., « From la Tablada to Guantanamo Bay: the challenge of new conflict situations in the experience of the Inter-american system of human rights protection », Draft Paper, Complementing IHL: Exploring the Need for Additional Norms To Govern Contemporary Conflict Situations An International Conference, Jerusalem, 1-3 July 2008, p. 9, http://law.huji.ac.il/upload/Buis_La_Tablada.pdf, (20.7.2010).

⁴² **Detainees in Guantanamo Bay, Cuba; Request for Precautionary Measures, Inter-Am. C.H.R. (March 13, 2002)**, <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/guantanamo-2003.html>, (24.7.2010)

kullanım şiddetini azaltmak amacıyla⁴³ Martens Şartını⁴⁴ da dikkate alarak, tüm yetkili mahkemelerin, savaş ve barış zamanlarında uygulanan Savaş Esirlerine Yapılacak Olan Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi ve İnsan Hakları ve Ödevleri Amerikan Bildirisinin 18 inci maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkında ifade edildiği gibi, uluslararası normlara uygun olarak bir devletin veya makamın hakimiyeti altında bulunan kişilerin haklarına saygı duyulmasını sağlama görevi bulunduğunu belirtmiştir.

Özellikle Güney Amerika'da hakim olan dalgalı siyasal sistemler karşısında Amerikalılararası insan hakları sisteminin, uluslararası silahlı çatışmalara uygulanacak UIH örf ve adet kuralları ile Martens Şartı ve Cenevre Sözleşmeleri gibi ortak uluslararası normları yetki alanının içine alarak silahlı çatışmalara uygulanabilecek UIH kurallarını bölgesel sistemine katma ve doğru uygulama çabasının, Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinin uluslararası düzlemde uygulanabilirliğine ciddi bir katkı sağladığı açıktır. Ancak UIH kurallarının uluslararası insan hakları sistemlerince uygulanması; UIH ve uluslararası insan hakları hukukunun farklı kaynaklara sahip olması üst başlığı altında ve bölgesel insan hakları sistemlerinin, uluslararası silahlı çatışmalardaki UIH ihlallerinin tespitinde siyasi erkle karar oluşturma ihtimali; insan hakları yargıçlarının UIH kurallarını uygulamadaki yetkinliği; mağdurların zararlarının *restitutio in integrum* yoluyla tam onarımının iç savaşın hüküm sürdüğü ülkelerde bazı sorunlara yanıt bulmada yetersizliği; UIH ihlallerinin devlet dışı aktörlere yüklenebilirliği sorunu gibi çeşitli alt başlıklar çerçevesinde tartışma konusu olmayı sürdürmektedir.⁴⁵ Dünya üzerindeki çatışmaların yapısındaki farklılıklar düşünüldüğünde bu tartışmanın daha uzun bir süre devam edeceği anlaşılmaktadır.

⁴³ YAMANER BATUR, Melike, op.cit., s. 380.

⁴⁴ Martens şartının silahlı çatışmalar hukukundaki uygulaması için bkz., TICEHURST, Rupert, « The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict », IRRC, April 1997, No. 317, pp. 125-134.

⁴⁵ CONOR, McCarthy, « **Human rights and the laws of war under the American Convention on Human Rights** », European human rights law review, issue 6 (2008), pp. 779-780; YAMANER BATUR, Melike, op.cit., ss. 390-391; SANDOZ, Yves, op.cit., pp. 339-374; PFANNER, Toni, op.cit., pp. 245-246; PHILIPPE, Xavier, op.cit., pp. 359-370; SASSOLI, Marco, State responsibility for violations of international humanitarian law, IRRC, June 2002, Vol. 84, No 846, pp. 401-434.

Etik- Ahlâk Açularından Bilimsel Araştırma ve Yayın*

***(Scientific Research and Publication From the View
Point of Ethics and Morals)***

Cahid DOĞAN**

Özet: Bilimsel çalışmaların yapılması ve yayınlanması sürecinde etik ve ahlâk kurallarına uyulması gerekir. Bilimsel dergilerde araştırmaların yayınları sırasında karşılaşılan etik ihlaller; intihâl (aşırma, plagiarism), uydurmacılık (yalancılık, fraud), sahtecilik ve kör atıftır. Bilimsel çalışmalar etik ve ahlâk kurallarına; editörler, hakemler, danışma kurulları tarafından uygunluğu denetlenerek yayınlanır.

Anahtar Kelimeler: Bilim etiği, intihâl, uydurmacılık, sahtecilik, yayıncı etiği,

Abstract: *It is necessary to comply with principles of ethic and morality when carrying out scientific research and publishing. Ethical violations encountered in published scientific articles are plagiarism, fraud, forgery and blind citation. Scientific articles' compliance with ethic and morality principles are checked by editors, judges and advisory committees before publishing.*

Keywords: *Ethics in science, plagiarism, forgery, fraud, publishing ethics*

1. Bilim Nedir?

“Bilim, denetimli gözlem ve gözlem sonuçlarına dayalı mantıksal düşünme yolundan gidrek olguları açıklama gücü taşıyan hipotezler (açıklayıcı genellemeler) bulma ve bunları doğrulama yöntemidir.”¹ Bilim, doğa, toplum ve düşünce ile ilgili daha ileri bilgi edinmeye yönelik olan araştırma alanıdır². Yöntemli bilgi olan bilim, önceleri bilgi kelimesiyle eşanlamlı olarak

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri, Kamu Yönetimi Bilim Uzmanı, e-posta: cahid.dogan@gmail.com

1 YILDIRIM, Cemal : Bilim Felsefesi, Remzi Kitabevi, 12. Basım, Ankara-2008, s.19.

2 FRALOV, Ivan: Ivan FRALOV Yönetiminde Bilimler Akademisi; Felsefe Sözlüğü, Tercüme Eden: Aziz ÇALIŞLAR, Cem Yayınevi, İstanbul-1991, s.54.

kullanılmış olup, günümüzde olayların yasalarını bulmak amacını güden araştırmaları dile getirmektedir. Bilim, yöntemle elde edilen pratikle doğrulanan bilgidir.³“Çünkü, bilimsel bilginin bilim retoriği dışında dayandırabileceği her türlü temel, bilimin asli varsayımlarıyla çelişecektir. Zira, bilimin bilim retoriği dışında kalınarak meşrulaştırılabilmesi için evrensellik, nesnellik, tarafsızlık gibi özelliklerle nitelenebilecek bilim dışında bir başka bilim zeminine ihtiyaç vardır.”⁴

2. Etik (Ahlâkî, Ahlâk Felsefesi) ve Ahlâk Kavramı

“Etik, Yunanca’da, iyi bir [var oluş tarzı] bilgece bir eylem yolu arayışına karşılık gelir. Bundan dolayı etik, felsefenin bir parçası, pratik var oluşu iyi tasarımı etrafında düzenleyen parçasıdır.”⁵ “Etik iyinin, moralin ve doğru davranışın öğretisidir.”⁶ Etiğin temel meselesi “iyi ve kötü nelerdir?” “Ethic ahlâk felsefesidir.; ahlâksa, toplum içinde bir arada yaşama sorunlarını düzenleyen kurallardan, değerlerden, haklardan, görevlerden ... oluşur.”⁷ Etik değerler sadece davranışlardan müteşekkil olmayıp, olması gereken gayeleri de içermektedir.

“Ahlâkî değerler, neyin yasak olduğunu, nelere uyulması gerektiğini, bize bildirirler. Bu anlamda yönelimlerimizi belirleyen ve yaptırım gücü olan bir bilgi türü olarak karşımıza çıkarlar.”⁸ Aslı (kökü) aklın düsturuna göre yaşamamızdan gelmekte olan iyilik yapma arzusuna ahlâk (moralité) denir⁹. Ahlâk toplum bünyesinde olup, şahıs doğduğu zaman onunla karşılaşarak yaşam sürecini yönlendirir. “Ahlâksızlık; başkasını, karşısındakinin hak ve hukukunda gözü olarak onu sömürmek, kendi çıkarlarının ve arzularının en çirkini yapmak, kendi ihtiraslarının da aracı haline getirerek sömürmektir”¹⁰.

³ HANÇERLİOĞLU, Orhan: Felsefe Sözlüğü, 15. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul-2006, s. 33.

⁴ DEMİR, Ömer: Bilim Felsefesi, Vadi Yayınları, 4. Basım, Ankara-2009, s.10.

⁵ BADIOU, Alain: Etik, Tercüme Eden: Tuncay BİRKAN, Metis Yayınları, İstanbul-2004, s.17.

⁶ ADOMET, Klaus: Hukuk ve Devlet Felsefesi, Filiz Kitabevi, Tercüme Eden: Halil AKKANAT, İstanbul-2004, s. 102.

⁷ İNAM, Ahmet: “Hâlsiz Kalmış Bir Ahlâkın Cehenneminde: Ahlâkı Hak Saklasın Bir Yârim Var İçinde”, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Etik, Sayı: 4, 4. Bası, Ankara-2007, s.97.

⁸ URAL, Şafak: “Epistemolojik Açından Değerler ve Ahlâk” Doğu Batı Düşünce Dergisi, Etik, Sayı:4, 4. Bası, Ankara-2007, s. 47.

⁹ SPINOZA, Benedictus (Baruch): Etika, Tercüme Eden: Hilmi Ziya ÜLKEN, Dost Kitabevi, 2. Baskı, Ankara-2006, s.225.

¹⁰ YENİŞEHİRLİOĞLU, Şahin: “Ahlâk Üstüne” Doğu Batı Düşünce Dergisi, Etik, Sayı: 4, 4. Bası, Ankara-2007, s.177.

“Moral (Ahlâk) ve etik sözcükleri arasında günlük dildeki çok anlamlılık, geçişlilik ve kaypaklığa rağmen her iki sözcüğü birbirinden ayırmak hususunda yine de bir ölçümüz vardır. Ahlâkın olgusal ve tarihsel olarak yaşanan bir şey olmasına karşılık, etik bu olguya yönelen felsefe disiplininin adıdır. Bu nedenle günlük dilde alışkanlıkla bir ahlâksal problemden söz edildiğinde, aslında bunu “etiğe ait problem” bir “etik problemi” olarak anlamak gerekir. Ama etimolojik olarak baktığımızda, her iki sözcük de “töre”, “gelenek”, “alışkanlık” v.b. anlamlarına sahiptir.”¹¹ Ahlâk standartları; çoğu şahısların küçük yaşta öğrendiği kuralları, mesela yalan söyleme, aldatma, çalma, başkalarına zarar verme, gibi. Etik genel davranış standartları değil, toplumdaki belirli bir mesleğin, işin, kurumun ya da grubun standartlarıdır.”Etik” sözcüğü bu manada kullanılırsa, meslek etiği, tıp etiği, spor etiği, askerlik etiği, İslam etiği gibi başka kelimeleri nitelemeye yaramaktadır.¹² Etik bir toplumun sırf meslek standartlarını içermemekte olup, insanla ilgili tüm değerleri kapsamaktadır.

3. Bilim Etiği

Bilim etiği, “akademik-uğraşsal etkinliklerin tümünün yürütülmesi sırasında ortaya çıkan değer sorunlarıyla, bunlara getirilen çözüm önerilerinin tartışıldığı alandır. Bilim çalışanları toplumun gözündeki güvenilirliklerini korumak ve pekiştirmek için etkinlikleri sırasında bilimsel standartların yanı sıra, etik ilkelere de uymalıdır.”¹³ Bilim etiği için, Türkiye Bilimler Akademisi Bilim Etiği Komisyonu’nun çalışma ilkelerinde şu tanım yer almaktadır: “Bilim etiği, bir yandan bilimsel araştırma ve geliştirmenin, yani bilim üretiminin, ne olduğu ve nasıl yapıldığının tanımı içinde yer alan, kurucu unsurlardan biridir, bir yandan da bilim insanlarının meslek etiğini, yani mesleklerini icra ederken yerine getirdikleri, çok çeşitli görevleri yaparken uymaları gereken kuralları kapsar. Toplumsal faaliyetlerin çeşitlenmesi, yeni bilgilerin toplumsal dolaşıma katılması ve toplumsal pratiklerin eleştirel bir biçimde değerlendirilebilmesi sonucunda etik ve bilim etiği sürekli olarak gelişme gösteren bir düşün ve eylem dahildir.”¹⁴ “Bilim etiği, değer sorunlarının ele alındığı ve sorgulandığı bir alan olan etiğin bir alt dahildir. Onu, kısaca, [bilim etkinliği] sırasında ortaya çıkan ve bilim toplumu hakkında çok kesin normlarının bulunmadığı sorularla uğraşan ve bu sorulara

¹¹ DELIUS, Harald: “Günümüzde Felsefe Disiplinleri”, Doğan ÖZLEM’in Bütün Çevirileri-2, İnkılâp Yayınevi İstanbul -2001, s.336.

¹² RESNIK, David B.: Bilim Etiği, İngilizceden Çeviren: Vicdan MUTLU, Ayrıntı Yayınları, İstanbul-2004, s.31-32.

¹³ OĞUZ, Neyyire Yasemin / TEPE, Harun/ BÜKEN, Nüket Örnek/ KUCUR, Deniz Kırmısoy: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara-2005, s.32.

¹⁴ Türkiye Bilimler Akademisi Bilim Etiği Komisyonu Çalışma Esasları. http://www.tuba.gov.tr/habergoster.php?haber=tubagorus_11

çözümler üretmeyi hedeflemiş bir alan olarak tanımlamak mümkündür".¹⁵ "Bilim ahlâkı, bilimsel araştırmalarının kendinde bulunan ahlâk ilkelerinin bütünüdür. Bunlar, bilimi doğuran, yaşatan, ona amacını ve yönünü gösteren, yöntemlerini esinleyen kurallarla ilgili düşüncelerdir."¹⁶ Bilimsel çalışmalarda, etik (ahlâkî) kurallara uyulması toplumun bilime olan güvenini artırır.

Bilim, mutlak ve kesin olan gerçeklere ulaşmayı düşünmese de, bilim adamı, diğer şahıslar karşısında, sonsuz bir evrim zinciri içinde ve nesnesi karşısında, tamamen nesnel ve gerçek olan, değişebilir olsa da zamana bağlı olmayan bir ilişki içinde yerini alan biri gibi görünmektedir.¹⁷ Bilim adamının içe ve dışa karşı sorumluluğu bulunmaktadır. İçe karşı sorumluluğunu meslek ahlâkî ilkeleri belirleyerek, yani araştırdıklarının hakiki durumlarını ne olduğunu ortaya çıkarmak için uluslararası standartlara uygun bilimsel çalışma yöntemini izlemekle mükelleftir. Bilim adamının dışa (topluma) karşı sorumluluğu ise, projelerin potansiyel riskleri üzerine dikkat çekerek kötü kullanımlara karşı uyarmak, zararlı olabileceği tahmin edilen ya da beklenen getirisiyle mantıklı bir ilişki olmayan sonuçlara götüren araştırmalardan vazgeçmek için sergilenen davranış ve tutumlarıdır.¹⁸ "Dolayısıyla bilim ve etik arasında bulunduğu ileri sürülen [kopma] yı diyalektin yoldan [aşma] nın gereğini vurgulamak ve bilimi doğrudan doğruya toplumsal praksisin bir parçası olarak görmek ve buna inanmak, bulanık ve kendisinde bulunmayan nitelikler yükletilmiş bir [bilim] kavramından hareket edildiğinden, esas bilim-etik ilişkisini görmeyi de engeller."¹⁹

Bilimin bir amacı ve bir de hakkı bulunmaktadır. Bu amacı, kavramaya ve incelemeye aldığımızda, bunların bir ahlâk idealinden doğduğunu, insanın büyüklüğünü, hayatın güzelliğini yapan şey üzerinde görüş getirdiğini ve bu görüşe sahip olduğunu görürüz.²⁰ Bilim etiğine uymak, bilimsel faydayı gerçekleştirmektir. Bilimsel etik kurallarını ihmal ederek, bilimsel araştırma yapmak ve sonuçlarını açıklamak sözde bilim oluşturmaktadır. Bilimsel bilgi, bilim etiği ekseninde oluşturularak kullanılır ise, zararlı sonuçlar doğurmazlar.

¹⁵ ARDA, Berna: "Bilim Politikalarını Belirlemekte Etik Tercihler; Bilim Tarihinden Bir Örnek", Bilim Etiği ve Bilim Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2009, s.53.

¹⁶ BAYET, Albert: Bilim Ahlâkı, Çeviri: Gülistan Solmaz, Alter Yayıncılık, Ankara-2009, s.32.

¹⁷ CHANGEUX, Jean- Pierre: Etiğin Doğal Kökenleri, Tercüme Eden: Nermin ACAR, Mavi Ada Yayınevi, İstanbul-2000, s.118.

¹⁸ PIEPER, Annemarie: Etiğe Giriş, Ayrıntı Yayınları, Tercüme Edenler: Veysel ATAYMAN, Gönül SEZER, İstanbul-1999, s.92.

¹⁹ STRÖKER, Elisabeth: Bilim Kuramına Giriş, Tercüme Eden: Doğan ÖZLEM, Ara Yayıncılık, İzmir-1989, s.161.

²⁰ BAYET, Albert: Bilim Ahlâkı, Çeviri: Gülistan Solmaz, Alter Yayıncılık, Ankara-2009, s.36.

4. Bilimsel Çalışma ve Değerler İlişkisi

Bilim; merak, toplumsal ihtiyaçların giderilmesi, zengin olma duygusu gibi çeşitli saiklerle yapılabilir. Bilim, sırf bilimsel düşünce ve araştırmanın oluşması ve gelişmesi için yapılmalıdır. Bilimsel çalışma, bilim adamının ve çalışma koşullarının özgür olması ile yapılabilir; bilimsel çalışma sonucunda ortaya çıkarılan donenin uygulanması ise ayrı bir süreci oluşturmaktadır. Bilimsel çalışma ve çalışmanın sonuçlarının uygulanması iki ayrı safhayı oluştursa da, her iki durumda da mutlaka etik kurallara uyulması gerekir. Bilim adamının özgür olması, her türlü siyasî otorite, dinî baskı, malî sektörün menfaatleri gibi unsurların etkisinden uzak olması; insan hakları endeksli etik kurallara mutlaka uyması gerekir. Bilimsel çalışma insanın pozitif menfaatleri için yapılmalı, sırf insanlığın felaketine sebep olacak sonuçları öngörülenlerinden uzak durulmalıdır. Bilimsel çalışma sonuçları, iyi veya kötü olarak kullanılabilir. Kötü olarak kullanıma ihtimaline dayanarak bilimsel çalışma engellenmemelidir. Bilimsel çalışmalar sponsorlar tarafından finansa edilse de, bilimsel çalışma yaparken ve sonuçları açıklarken sponsorun tâlimatına değil bilim etiği kurallarına uyulması gerekir. Örneğin, yolcu ve yük taşımada tren aracının kullanılmasının tercihi konusunda yapılan anketin sonuçlarını istatistikçilerin doğru şekilde açıklaması gerekir. Eğer karayolu taşıma şirketlerinin, taşıt aracı sanayicilerinin ve yedek parça sanayicileri ile konaklama sektörü sahiplerinin baskısı ile halkın olumsuz tercih bildirmediği halde bildirdi denildiği zaman etik kurallar çiğnenmiş olmaktadır. Gerçekten de demiryolları işletmeciliği devlet kontrolü altında tutularak, serbest rekabet önlenmekte, diğer taraftan da diğer ülkelerle kıyaslandığında geri teknoloji ve belirli şehirler arasında işletilmektedir. İnsanların açıkla, hastalıklarla ya da enerji ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik amaç güden “yararlı bilim” diyebileceğimiz problemlerle uğraşmak, gerçekten riskler içerebilir. Diğer taraftan temel bilimci olmak, bilgi temelli toplumda bir nevi kaçış gibi görülebilir. Bunun sebebi ise, zorlu ekonomik rekabetin geçerli olduğu ve araştırmaya ayrılan fonların giderek kısıtlandığı bir dönemde temel bilimlerin desteklenmeyi hak etmedikleri düşünülebilir.²¹ Bilimsel bilgi üretiminin bilim insanının toplumsal sorumluluğunda gerçekleştiği sürecine baktığımızda, bir uçta bilimselliğin popülizme saplanması önlenirse, diğer uçta ise salt bilgi üretme hırslının/ merakının doğuracağı kötü sonuçlarının önüne geçecektir.²²

²¹ CONEREDA, Jean Patrick: “Etik ve Bilim İnsanları: Araştırmada Kime Güvenmeli”, *Bilim Etiği Sempozyumu*, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, , Ankara-2009, s.211-212.

²² ARDA, Berna: “Bilim Politikalarını Belirlemede Etik Tercihler; Bilim Tarihinden Bir Örnek”, *Bilim Etiği ve Bilim Tarihi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2009, s.53-54.

5. Bilim Etiği ve Yöntem Sorunu

Bilim etiği, bilimsel çalışmalarda aranan, bilimsel yöntemlere uygulanan etikdir. Bilimsel faaliyetler, çeşitli olmasına karşılık her biri için evrensellikten bahsedebiliriz. Örneğin, hukuk kuralları oluşturma yöntemi için temel evrensel normların varlığından söz edebiliriz.

Yaygın olarak anlaşıldığı şekliyle bilimsel yöntem şu şekildedir.

Doğa olgusunu gözlem ve verilerden yola çıkarak açıklamada bulunarak orada etkin olan mekanizmayı anlamaya çalışma, belirli bir teknik bir problemi çözme ya da sağlık bilimlerinde olduğu gibi bir tedavi yöntemini geliştirmek amacıyla bir hipotez oluşturma ya da model inşa etmektir.

Bu model ya da hipotezi sınamak amacıyla bunlardan öndeyiler türetmek ve türetilen öndeyilerin gerçeğe uygunluğunu saptamak için bir dizi deney ya da gözlem yapmak,

Deney ya da gözlem neticeleri öndeyilerle çelişmemesi halinde hipotez, teknik ya da modeli yeni olgulara uygulamak; bu şekilde yeni bir teknoloji geliştirilmesine ya da daha kapsayıcı teorik bir modele ulaşmak,

Deney ya da gözlem sonuçlarının öndeyilerle çelişmesi halinde ise, öncelikle sorunun kaynağını tespit ederek, sorunu gidereceği düşünülen değişiklikleri yaparak yukarıdaki işlemleri yeniden yapmak gerekir.²³

Sosyal, fen ve sağlık bilimleri alanındaki araştırmalar mutlaka kendilerinde belirlenmiş evrensel ilkelere uygun yapılması gerekse de, bu kriterlere uymak amaç olmamakta gerçek amaç ise bilimsel çalışma olmaktadır; fakat belirlenen evrensel çalışma kriterlerine uymak gerekir. Bilimsel araştırmalar da deneklerde menfaat karşılığı olmaksızın gönüllülük esası aranmalı ve "önce zarar vermeme (primum non nocere)" prensibine uygun davranılmalıdır. Bunun dışında çevreye de zarar verilmemesi gerekir. Örneğin, okyanuslarda ya da çöllerde tedbirler alınmadan yapılan nükleer denemeler büyük çevre felaketlerine yol açmaktadır. Buralarda bulunan bitki ve hayvan türleri ile gelecek açısından önemli sonuçlar meydana getirecektir Belirli önlemler alınmadan yapılan bilimsel deney ve denemeler bilim etiğine aykırıdır.

Ekonomilerdeki bozukluklar nedeniyle, çevre devletlerin vatandaşları iş bulabilme gayesiyle Almanya'ya göç etmiş, beraberinde de çeşitli bulaşıcı hastalıklar getirmişlerdir. Alman halkı bu durumu ulusal tehlike olarak algılamışlar ve Alman hekimlerde halkı hastalıklardan korumak için kendilerini sorumlu hissetmişlerdir. Bu durum Nazilerin öjeni ve ırk birliği ilkeleri ile örtüştürülerek, araştırmalar ve deney yapılmıştır.²⁴ Naziler saf Alman ırkını

²³ IRZİK, Gürol/ERZAN, Ayşe: "Bilim Etiği ve Yöntem Sorunu", Bilim Etiği El Kitabı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Sıra No:17, Ankara-2008, s.10-11.

²⁴ İZGİ, M. Cumhuriyet / OĞUZ, Yasemin: "Nazi Dönemi Tıp Uygulamaları" Türkiye Klinikleri, Sayı:16, Ankara-2008, s. 101.

oluşturmak için; kısırlaştırma, ötanazi uygulamaları, bilimsel ve askerî amaçlı tıbbî deneyler, patoloji çalışmaları gibi rızaları alınmamış denekler üzerinde insanlık dışı deneyler yapmışlardır.

Bilimsel araştırmalarda sahtecilik ve saptırmayı önlemenin ise, araştırma yapılırken kayıtların dikkatli ve itinalı tutulması, hesapların, bilgisayar programlarının, ölçümlerden elde edilen verilerin gerektiğinde sağlamalarının yapılabileceği bir biçimde ve güvenlik içerisinde saklanması ve talep halinde ise başka araştırmacıların hizmetine sunulması gerekir.²⁵ Bilimsel bilgi üretiminde, verilerin toplanması, arşivlenmesi ve analizi sürecinde, araştırmanın değerini, güvenilirliğini veya tekrarlanabilirliğini azaltan ya da zedeleyen her türlü girişim “bilimsel yaniltma”(scientific misconduct) olarak değerlendirilir. Bilimsel yaniltma ile “iyi niyetli” olarak araştırma sürecinde yaptığı hataların farkında olmadan yapılan disiplinsiz ve düzensiz araştırma(sloppy research) birbirinden farklıdır.²⁶ Bilimsel araştırma aşamasında, hiç yapılmamış bir araştırmayı yapılmış gibi göstermek, deney verilerini manipüle etmek (ortalamadan sapmış olanlarla oynamak, sadece hipotezi destekleyen verileri bildirmek ...) aldatmaca;²⁷ diğer bir ifadeyle bilimsel yaniltmadır. Bilimsel araştırmalar için geçerli olan bilim etiği kuralları, bilimsel yayınlar içinde olarak geçerlidir.

6. Bilimsel Yayınlarda Bilim Etiği Sorunları

Bilgiye en kısa yoldan, kolay, çabuk ve güvenilir bir biçimde ulaşmak bilimsel iletişimde temel kaygı oluşturmaktadır. Bundan dolayı özet gibi, anahtar sözcüklerde önemli bir işleve sahiptir. Bilim adamları sırf kendi çalışmasına karşı sorumlu olmayıp kendi alanlarında yürütülen bilimsel etkinliğe de karşı sorumludur. Bu sebeple de elde ettiği uygun bilgileri en kolay ulaşılabilecek şekilde bilgi havuzuna göndermek zorundadır. Uygun anahtar sözcükleri kullanmakta, bunun için gerekli adım olmaktadır.²⁸

Bilimsel araştırma sonuçları bilim etiği kurallarına uygun olarak açıklanmalıdır. Araştırmaların sonuçları üzerinde yapılan tartışmalarda insafli olarak doğru yorumlar yapılmalıdır. Örneğin, insanın direncini güçlendiren ilaç üretilse bunun yan etkilerinin de tamamının açıklanması gerekir. Sponsor firma çok masraf yaptı yan etkilerinin bir kısmını açıklamayalım düşüncesi bilim etiği ile bağdaşmamaktadır.

²⁵ KANSU, Emin / ERZAN, Ayşe: “Araştırma Yönetimi ve Denetimi”, Bilim Etiği El Kitabı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Sıra No:17, Ankara-2008, s.19.

²⁶ BAŞAĞAÇ GÜL, Tamay: “Sağlık Bilimlerinde Araştırma Etiği”, Bilim Etiği ve Bilim Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2009, s.229.

²⁷ ARDA, Berna: “Sağlık Bilimlerinde Yayın Etiği”, Bilim Etiği ve Bilim Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2009, s.238.

²⁸ OĞUZ, Yasemin Neyyire: “Bilimsel Yayın Etiği”, Klinik Psikiyatri Dergisi, Sayı:2, Ankara-1999, s.155.

Her türlü bilimsel çalışma uygun kurallar çerçevesinde ve bilimsel denetim altında yapılırsa, sonunda muhakkak bilimsel yayın haline getirilmeli konuyla ilgili grupların bilgisine ve değerlendirilmelerine sunulmalıdır. Araştırmanın bilimsel olarak yayını yapılmaz ise, bu araştırma ile ilgili olarak, amacında, planlamasında, veri toplamasında, veri analizinde veya yorumlanmasında bazı problemler olduğu düşünülebilir.²⁹

Bilimsel dergilerde araştırmaların yayınlanabilme durumunda karşılaşılan etik ihlâllere; intihâl (aşırma, plagiarism), uydurmacılık (yalancılık, fraud), sahtecilik ve kör atıf diyebiliriz.

6.1. İntihâl (Aşırma, Plagiarism)

“İntihâl: Bir eseri kısmen veya tamamen kendisine mal etme, söz ve yazı hırsızlığı, eser çalma, edebî hırsızlık”tır.³⁰ İntihâl sadece araştırma eserlerinde değil, ders kitapları, sanat eserleri, müzik eserleri, sinema eserleri, derleme eserlerini de kapsar. Makalesinin çoğu başkasına ait olan; fakat başkasına ait olan kısmının bir iki yerinde göstermelik atıf yapan kişi intihâl yaparak bilim etiği kuralını çiğnemiş olmaktadır. Bazı eserlerde metinlerde yararlandığı eserler dipnotla gösterilmemiş olup, çalışmanın sonunda kaynakça da gösterilmektedir. Daha sonra incelemelerde görülüyor ki, metinler olduğu gibi alınarak tırnak içerisinde gösterilmeden yazılmış veya cümlelerde geçen bazı kelime değişiklikleri yapılmıştır. Bu ise, bilim ahlâkına aykırılık teşkil eder. Bir makalede, atıf yapılan eserler dipnotlarda gösterilmemiş ve sırf kaynakça kullanılmış ise, tamamı şahsın kendi ürettiği çalışma gibi başka yazarlarca o esere atıf yapılır.

Bir başkasının bilimsel çalışmasının tamamını veya bir bölümünü kaynak göstermeksizin yayınlamak bilimsel hırsızlık anlamına gelir ki, buna etik dışı bir eylem demek doğru ve yeterli olmayacaktır. Bu eylemin açık bir ahlâksızlık olarak nitelendirilmesi gerekir.³¹

“Tıp Etiği Ders Notları” isimli çalışmadaki bilgiler, genel bilgiler diye kaynak göstermeden metinlerin iktibâsını (tıpkısının aynısını) yapmak da intihâl olmaktadır. Başkasının eserinden iktibas yapılırsa çift tırnak içerisinde veya farklı punto veya farklı yazı stili ile gösterilmelidir.

İntihal, bir kişinin bir başka kişinin fikirlerini aktarırken, atıfta bulunurken veya alıntı yaparken sorumsuzca davrandığında ortaya çıkmaktadır.

²⁹ KANSU, Emin: “Bilimsel Araştırmalarda Etik İlkeler” Bilim Etiği Sempozyumu, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara-2009, s.166.

³⁰ DOĞAN, D. Mehmet: Büyük Türkçe Sözlük, İz Yayıncılık, 11.Baskı, Ankara-1996, s.548.

³¹ OĞUZ, Neyyire Yasemin: “Bilimsel Yayın Etiği”, Klinik Psikiyatri Dergisi, Sayı:2, Ankara-1999, s.156.

İntihal, bilim adamlarını araştırma yapmak için, motive ettiği, güveni ve işbirliğini sağladığı ve bilim yarışında ödüllendirme olan; onur payı almanın önüne geçmektedir. Ayrıca intihal diğer yazara ilişkin yanlış ve aldatıcı ifadeler içermesinden dolayı, bir sahtekarlık şeklidir.³²

Yazar daha önce yayınlamış olduğu çalışmasını, kısmen ya da tamamen kopya çekerek başka yerde yayınlamasına yinelenen yayım(kendi-kendinden aşırma) adı verilir.³³ Yazar çalışmasını geliştirerek yayınlamak isterse, önceden makalenin aslının yayınlandığı dergi hakkında bilgi vermesi gerekir. Yayımlanan bu çalışmanın bazı bölümlerinden yararlanıp başka bir makale yapmak istiyorsak mutlaka yararlandığımız kendi kaynağımızı bildirmemiz gerekir. Diğer taraftan, daha önce yayınlanmış yayını veya çevirisini herhangi bir bilgi verilmeksizin başka yayın organlarında yayımlamağa yayın tekrarı (duplication) da denmektedir. Yayın tekrarı halinde, her iki yayın organından yazılı izin alınması gerekir.

Dilimleme (Slicing): Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü ve niteliğini bozmadan tek makale olarak yayımlamak olanaklı iken parçalara ayırarak iki veya daha çok sayıda yayın yapılmasıdır.

Başkasının basılı veya elektronik ortamdaki verilerini (grafik, yazı, şekil, gibi) veya sanatsal çalışmalarını olduğu gibi alarak kendi çalışmasının bir bölümüne yerleştirmeye korsanlık(pracy) denir.

Yalnızca farklı ifadeler ve kelimeler kullanarak, başkalarının araştırma hakkında fikirlerini, araştırmanın sonuçlarını kendisininmiş gibi sunmak da bir intihâldir. Bazı çalışmalarda da atıf yapılan kaynağın yayınlandığı dergi, bildiri kitabı ... vb. ilişkin bilgi veya hangi sayısına, sayfasına atıf yapıldığı... vb. konularda eksik bilgi verilmemesi bilim etiğine aykırıdır.

Başka dillerde yazılmış çalışma, makale vb. çevirerek, nasılsa kimse araştırmaz diyerek kendi çalışmasıymış gibi yayınlaması da bilim ahlâkın aykırıdır.

6.2. Uydurmacılık (Yalancılık, Fraud)

“Uydurma, gerçekte hiç yapılmamış deney, ölçüm ya da hesapların varmış gibi gösterilmesi ve bunlara dayanarak bulgu, keşif ya da kuramsal sonuçların ortaya atılması demektir”.³⁴ “Bilimsel yanıltma; araştırmada

³² RESNİK, David B.: Bilim Etiği, İngilizceden Çeviren: Vicdan MUTLU, Ayrıntı Yayınları, İstanbul-2004, s.94.

³³ ERZAN, Ayşe: “Yayın Ahlakı”, Bilim Etiği El Kitabı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Sıra No:17, Ankara-2008, s.43.

³⁴ ERZAN, Ayşe: “Yayın Ahlakı”, Bilim Etiği El Kitabı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Sıra No:17, Ankara-2008, s.44.

bulunmayan verileri üreterek (uydurma-fabrication) veya mevcut verileri değiştirerek (çarpıtma-falsification) yapılabilir.”³⁵

Bilimsel yanıltma, çalışmanın değerini düşürmesi yanında güvenilirliğini de azaltan her türlü davranıştır. Araştırmacı, kasıtlı olarak verileri saptırmakta veya sonuçları değiştirmektedir. Bilimsel araştırma ve uygulamaların usûl veya sonuçlarını kasıtlı olarak saptırmak ve değiştirmek, niteliğini bozacak derecede farklı şekilde sunarak, kullanılmayan araştırma materyalini ve/veya aleti kullanıldı gibi göstermesidir.

Destek(sponsor) alınarak yapılan bilimsel araştırmaların yayınlarında destekte bulunan kişi, kurum veya kuruluşların araştırmada ne derecede katkıda buldukları açık şekilde bildirilmesi gerekir.

6.3. Sahtecilik

“Araştırma verilerinde ya da bu verilerin istatistiksel analizinde, ister daha önce yapılmış kuramsal kestirimleri doğrulama amacı ile, ister araştırmayı finansa eden kurumların belirli çıkar çatışmaları nedeniyle tahrifat yapılması, araştırmacının işine gelmeyen verileri göz ardı etmesi ve tüm bunların sonucu olarak da araştırma sonuçlarının saptırılması, bilim ahlakının en ağır ihlalini teşkil eder.”³⁶

6.4. Kör Atıf (Görmeden Atıf)

Başka bir yazarın bilimsel eserindeki atıfları, kendi makalesinde kullanırken “nakleden” ifadesini kullanmadan, orijinal esere ulaşmış görüntüsü verilerek atıf yapılmasıdır. Tırnak içerisinde yapılan atıflar başkaları tarafından alınırken kör atıf yaptığı anlaşılmayabilir; fakat bilim adamı burada vicdanını sesini dinleyerek orijinal eserden atıf yapmalıdır.

6.5. Hayali Yazarlık (Haksız Yazarlık, Fahri Yazarlık)

Bilimsel araştırmaya ve/veya yayına hiç katkısı bulunmayan kişi veya kişileri, bilimsel çalışmaya dikkat çekmek için mevkileri ya da sıfatları nedeniyle, yazarlar arasında bildirilmesidir. Bazı bilim adamları kendi çalışmalarına diğerlerinin katkısı olmadığı halde dostluklarından dolayı karşılıklı olarak “ben benim çalışmama senin adını, sende bir çalışmaya benim adımla yaz.” diyerek yayınlıyorlar. Bunlar bilim etiğine sığmayan davranışlardır. Bu fiilin maharetmiş gibi de açıklanması kabul edilecek bir durum değildir. Bunun yanında bilimsel çalışma da büyük katkısı olan kişiye yazarlar sırasında hak ettiği yere koymaması da ahlâki ihlâldir.

³⁵ BAŞAĞAÇ GÜL, Tamay: “Sağlık Bilimlerinde Araştırma Etiği”, Bilim Etiği ve Bilim Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2009, s.229.

³⁶ ERZAN, Ayşe: “Yayın Ahlakı”, Bilim Etiği El Kitabı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Sıra No:17, Ankara-2008, s.44.

Bilimsel araştırma ve makalede ortak yapılan çalışmadan katkısı bulunan, kişi ya da kişilerin adlarını çıkarmak etik ihlâldir. Armağan projesinde yer alan akademisyenin yayımlandığında proje isminin yer almaması etik kurallara uymamaktadır.

6.6. Yayıncı Etiği

Yazarın ortaya koyduğu özgün görüşler ve veriler hem yayın sorumlusunun hem de yayın danışmanının vicdani sorumluluğu altındadır. Bu yayının yayınlanana kadar korunması temel etik sorumluluğudur. Danışman aynı veya benzer konuda çalışma yapıyorsa danışmanlığı reddetmesi; bunu da etik açıdan doğru zamanlamada yapması gerekir. Danışman olarak önüne gelen makaleyi uzun süre elinde tuttukten sonra danışmanlığı reddetmek etik açısından uygunsuz davranış olup, böyle bir eylemden hemen sonra benzer içerikte bir yayın ortaya koymak ise danışmanın ahlâkî davranışını kuşkulu hale getirmektedir.³⁷

Hakemli dergilerde, yazara, yayının hangi hakem ya da hakemlere gönderildiği, hakem ya da hakemlere de, yayının kime ait olduğu bildirilmemelidir. Bu gizlilik makale yayılandıktan sonra dahi dergi yetkilileri tarafından söylenmemelidir.

Yayın kurulu, makalenin esasına müessir olmayan kelime ve cümlelerdeki anlam ve imlâ bozukluklarını düzelterek yayınlatabilir.

³⁷ OĞUZ, Neyyire Yasemin: "Bilimsel Yayın Etiği", Klinik Psikiyatri Dergisi, Sayı:2, Ankara-1999, s.158.

Kaynakça

- ADOMEIT, Klaus: Hukuk ve Devlet Felsefesi, Filiz Kitabevi, Tercüme Eden: Halil AKKANAT, İstanbul-2004.
- ARDA, Berna: “Bilim Politikalarını Belirlemede Etik Tercihler; Bilim Tarihinden Bir Örnek”, Bilim Etiği ve Bilim Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2009.
- ARDA, Berna: “Sağlık Bilimlerinde Yayın Etiği”, Bilim Etiği ve Bilim Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2009.
- BAŞAĞAÇ GÜL, Tamay: “Sağlık Bilimlerinde Araştırma Etiği”, Bilim Etiği ve Bilim Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2009.
- BADIOU, Alain: Etik, Tercüme Eden: Tuncay BİRKAN, Metis Yayınları, İstanbul-2004.
- BAYET, Albert: Bilim Ahlâkı, Çeviri: Gülistan Solmaz, Alter Yayıncılık, Ankara-2009.
- CHANGEUX, Jean- Pierre: Etiğin Doğal Kökenleri, Tercüme Eden: Nermin ACAR, Mavi Ada Yayınevi, İstanbul-2000.
- CONEREDA, Jean Patrick: “Etik ve Bilim İnsanları: Araştırmada Kime Güvenmeli”, Bilim Etiği Sempozyumu, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, , Ankara-2009.
- DEMİR, Ömer: Bilim Felsefesi, Vadi Yayınları, 4. Basım , Ankara-2009.
- DOĞAN, D. Mehmet: Büyük Türkçe Sözlük, İz Yayıncılık, 11.Baskı, Ankara-1996.
- ERZAN, Ayşe: “Yayın Ahlakı”, Bilim Etiği El Kitabı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Sıra No:17, Ankara-2008.
- SPINOZA, Benedictus (Baruch): Etika, Tercüme Eden: Hilmi Ziya ÜLKEN, Dost Kitabevi, 2. Baskı, Ankara-2006.
- FRALOV, Ivan: Ivan FRALOV Yönetiminde Bilimler Akademisi; Felsefe Sözlüğü, Tercüme Eden: Aziz ÇALIŞLAR, Cem Yayınevi, İstanbul-1991.
- HANÇERLİOĞLU, Orhan: Felsefe Sözlüğü, 15. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul-2006.
- IRZİK, Gürol/ERZAN, Ayşe:”Bilim Etiği ve Yöntem Sorunu”, Bilim Etiği El Kitabı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Sıra No:17, Ankara-2008.
- İNAM, Ahmet: “Hâlsiz Kalmış Bir Ahlâkın Cehenneminde: Ahlâkı Hak Saklasın Bir Yârim Var İçinde”, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Etik, Sayı:4, 4. Bası, Ankara-2007.

İZGİ, M. Cumhur/ OĞUZ, Yasemin: “Nazi Dönemi Tıp Uygulamaları” Türkiye Klinikleri, Sayı:16, Ankara-2008.

KANSU, Emin/ ERZAN, Ayşe: “Araştırma Yönetimi ve Denetimi”, Bilim Etiği El Kitabı, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Sıra No:17, Ankara-2008.

KANSU, Emin: “Bilimsel Araştırmalarda Etik İlkeler” Bilim Etiği Sempozyumu, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara-2009.

OĞUZ, Neyyire Yasemin: “Bilimsel Yayın Etiği”, Klinik Psikiyatri Dergisi, Sayı:2, Ankara-1999, s.155.

OĞUZ, Neyyire Yasemin / TEPE, Harun/ BÜKEN, Nüket Örnek/ KUCUR, Deniz Kırimsoy: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara-2005.

PIEPER, Annemarie: Etiğe Giriş, Tercüme Edenler: Veysel ATAYMAN, Gönül SEZER, Ayrıntı Yayınları, İstanbul-1999.

RESNIK, David B.: Bilim Etiği, İngilizceden Çeviren: Vicdan MUTLU, Ayrıntı Yayınları, İstanbul-2004.

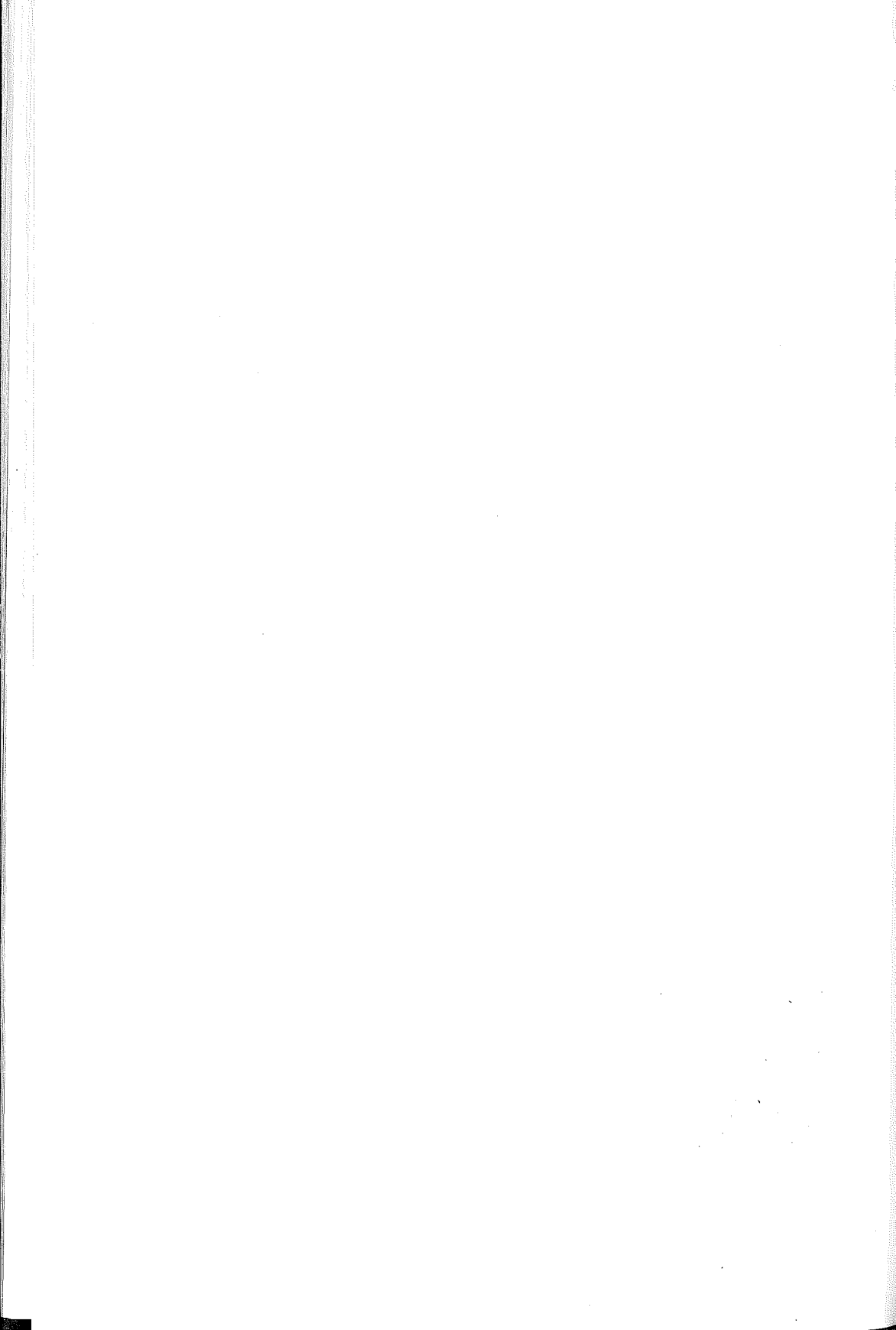
STRÖKER, Elisabeth: Bilim Kuramına Giriş, Tercüme Eden: Doğan ÖZLEM, Ara Yayıncılık, İzmir-1989.

Türkiye Bilimler Akademisi Bilim Etiği Komisyonu Çalışma Esasları. http://www.tuba.gov.tr/habergoster.php?haber=tubagorus_11

URAL, Şafak: “Epistemolojik Açından Değerler ve Ahlâk” Doğu Batı Düşünce Dergisi, Etik, Sayı:4, 4. Bası, Ankara-2007.

YENİŞEHİRLİOĞLU, Şahin: “Ahlâk Üstüne” Doğu Batı Düşünce Dergisi, Etik, Sayı:4, 4. Bası, Ankara-2007.

YILDIRIM, Cemal : Bilim Felsefesi, Remzi Kitabevi, 12. Basım, Ankara-2008.



Müdafii Hakları*
(Rights of the Defender)

Av. Aysun DALKILIÇ**

Özet: Bu çalışmada müdafii hakları incelenirken öncelikle müdafii kavramı ve müdafiiin bağımsızlığı ele alınacaktır. Müdafiiin haklarını kullanması açısından müdafiiin bağımsızlığı önem taşımaktadır. Zira müdafiiin her türlü baskıdan uzak bulunması savunmanın başarıya ulaşması için esastır. Daha sonraki bölümde müdafiiin hakları tek tek incelenecek ve en son bölümde de müdafiiin haklarını kullanabilmesinin önemi ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Müdafii, Savunma Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Müdafiiin bağımsızlığı, AİHM, Ceza Muhakemesi, Şüpheli/Sanık

Abstract: In this study, the notion of the defender and the independence of the defender shall be discussed. The independence of the defender is important from the point of exercising the rights of the defender. For a successful defence, it is obligatory to protect the defence from all pressure. Subsequently, rights of the defender shall be examined and the subject matter shall be analysed in view of the interpretation of the European Court of Human Rights.

Keywords: Defence attorney, right to defense, right to a fair trial, independence of the defender, ECHR, criminal procedure, suspect / defendant

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Avukat, İstanbul Barosu, e-posta: adalkilic@bayraktarhukuk.com

Giriş

Savunma, suçlamaya karşı sanığın yararına yürütülen; onu hukuki ve fiili açıdan korumayı amaçlayan bir faaliyettir¹.

Ceza muhakemesinde savunmanın gerçekleştiğinin kabul edilmesi için, müdafinin faaliyetine mutlaka ihtiyaç vardır. Zira gerekli hukuki bilgiye sahip olmayan, korku ve panik içinde olan şüpheli veya sanık tek başına savunma işlemini gerçekleştiremez. Cumhuriyet savcısı, sanığın aleyhine olan hususların yanında lehine olan hususları da araştırmakla görevlidir, ancak savcıya böyle bir görev verilmiş olması; müdafinin savunma bakımından arz ettiği önemi ortadan kaldırmamaktadır.

Anayasamızın 36. maddesinde müdafii ile savunulmadan doğrudan doğruya söz edilmemiştir. Ancak "herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde savunma hakkı" müdafinin anayasal güvencesi sayılır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin m.6/3-c'de, her sanığın, kendi kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği veya ekonomik gücü yoksa ve adalet gerektiriyorsa, mahkemenin atayacağı bir avukatın yardımından, para ödemediği yararlanma hakkına da sahip olduğu belirtilmektedir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Antlaşma m.14/3-d ile de, benzer biçimde, sanığın müdafiden yararlanması konusunda açık hüküm getirmiştir.

Ceza muhakemesinin temel amacı olan hakikatin ortaya çıkarılması için, müdafii bu süreçte savunma faaliyetini gerçekleştirir ve bu faaliyetini gerçekleştiren müdafie çeşitli haklar verilmiştir. Müdafinin savunma görevini gereğince yerine getirebilmesi için, sanık hakkındaki suçlamayı, leh ve aleyhteki tüm delilleri bilmesi gerekir. Bu sebeple, müdafinin dosyayı inceleme, dosyadan örnek alma, hazır bulunma, sanıkla görüşme ve yazışma, soru sorma, kanun yoluna başvurma ve yaptığı bu hizmetin karşılığı olarak hizmet alma hakları vardır.

Bu çalışmada, müdafinin hakları incelenirken öncelikle müdafii kavramı ve müdafinin bağımsızlığı ele alınacaktır. Müdafinin haklarını kullanması açısından, müdafinin bağımsızlığı önem taşır zira müdafinin her türlü baskıdan uzak bulunması savunmanın başarıya ulaşması için esastır. Daha sonraki bölümde müdafinin hakları tek tek incelenecek ve en son bölümde de müdafinin haklarının kullanılabilmesinin önemi ve özellikle AIHM'nin bu konuya yaklaşımı değerlendirilecektir.

¹ ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2006, 9. Baskı, Ankara, s.189.

I. Müdafî Kavramı ve Müdafîin Bağımsızlığı

A. Genel Olarak Müdafî Kavramı

Müdafi, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatıdır (CMK m.2; YGIY m.4). Müdafî kavramı usul hukukunda sadece ceza muhakemesinde kullanılan ve kanunumuzun özellikle tercih ettiği bir kavramdır².

Hukuk sistemimize göre kişinin müdafî olması için belirli özelliklere sahip olması gerekir. Bu özelliklere sahip olan müdafî, ya sanık tarafından serbestçe tayin edilir ya da belirli durumlarda sanığın müdafîliğini yapması için görevlendirilir.

1. Müdafî Olabilmenin Koşulları

CMK m.2'deki tanımdan da anlaşılacağı üzere, müdafî olmanın ilk şartı kişinin avukat olmasıdır.

Müdafi olabilmek için bazı işler için görev yapmaktan yasaklanmamış olmak gerekir. Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesine göre, avukatlıkla birleşebilen işler dışında, söz konusu maddede belirtilen kişilerin müdafîlik yapması mümkün olmayacaktır. Ayrıca, Av. K. 13 ve 14 maddelerine göre, hâkim veya savcı ile belirli dereceye kadar hısımlık veya evlilik münasebeti olan kişilerin, o hâkim veya savcının baktığı davalarda müdafîlik yapması mümkün değildir. Keza, 14. maddeye göre de bazı görevlerden ayrılanların çeşitli davalar açısından müdafîlik yapması söz konusu olamayacaktır. Bu konuyla ilgili olarak bir diğer hususta, aynı davada evvelce hâkimlik, hakemlik, savcılık, bilirkişilik veya memur olarak görev yapmış kişinin müdafî olamayacağıdır (Av. K. m.38).

2. Müdafîin Seçimi ve Görevlendirilmesi

Müdafi seçme konusunda kural olarak, şüpheli veya sanıklar serbesttir³. Ayrıca bazı durumlarda şüpheli veya sanık için müdafî görevlendirilmesi öngörülmüştür. CMK m. 150'de sayılan hallerde, soruşturma aşamasında ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin istemi üzerine; kovuşturma evresinde ise mahkemenin istemi üzerine soruşturma veya kovuşturma yapıldığı yer barosu tarafından müdafî görevlendirilir (CMK m.156).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinde müdafî görevlendirilecek haller sayılmıştır:

² HAKERİ Hakan, ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 2007, Ankara, s.105.

³ HAKERİ Hakan, ÜNVER Yener, a.g.e., s. 107.

- Şüpheli veya sanığın müdafii seçebilecek durumda olmaması

CMK m. 150/f.1'e göre, şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını ve kendisine müdafii atanmasını istediğini beyan ederse, bu durumda bir müdafii görevlendirilecektir. Buradaki müdafilik, kişinin talebine bağlı bir müdafilik olup, mecburi müdafilik kapsamında değildir.

- On sekiz yaşından küçüklere, sağır ve dilsizlere, malullere müdafii görevlendirilmesi

CMK m. 150/ f.2 gereğince, müdafisi bulunmaması halinde, çocuk, sağır ve dilsizlere veya kendini savunamayacak derecede malul olanlar için bir müdafii görevlendirilecektir. Bu durumda, kişi istemese de bir müdafii görevlendirilmesi söz konusu olacağından, burada öngörülen mecburi müdafilikdir.

- Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar

CMK m. 150/ f. 3'e göre, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı yapılan yargılamalarda, kişinin müdafisi bulunmaması halinde, istemi aranmaksızın müdafii atanacaktır. Böylece, zorunlu müdafilik sistemi kısmen de olsa kabul edilmiştir.

- Diğer Haller

Gözlem altına alınma söz konusu olduğunda (CMK m. 74), tutuklama halinde (CMK m. 101/f. 3), ve sulh ceza hâkimi önündeki sorguda müdafii hazır bulunacaktır (CMK m.91/6).

Eski Ceza Muhakemesi Hukukunda mecburi müdafii sistemi kısmen kabul edilmişti. Eski CMUK m. 138 ikili bir ayırım yaparak, nisbi ve tam mecburilik sistemi diyebileceğimiz bir sistem getirmişti. Buna göre, sanık bir müdafii seçebilecek durumda bulunmadığını beyan ederse, baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilirdi. Talep var ise, artık müdafii tayini zorunluymdu. Talebin aranması bir nisbilik getirmekteydi. Öte yandan şayet sanık, onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak kadar malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine bir müdafii tayin edilirdi. Nihayet sanığın şuurunun tetkiki söz konusu ise ve müdafii yoksa yardım için re'sen kendisine bir müdafii tayin edilmekteydi (CMUK. m.74/2).

Yeni CMK ile mecburi müdafii sistemi istisna olmaktan çıkartılarak kural haline getirilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda atanmış müdafii bakımından sanığa herhangi bir seçme hakkı tanınmamıştır. Örneğin, Almanya'da atanmış müdafilik yapacak avukatların listesi hâkimde bulunmakta ve atanmış müdafileri hâkim tayin etmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, hâkim, geçerli bir sebep olmadıkça sanığın seçtiği avukatı atamaz; ancak geçerli ve makul bir nedenin olduğu hallerde, sanığın seçtiği

avukatı müdafî olarak atamama yetkisine de sahiptir⁴. Kanaatimce, ülkemizdeki sistemin de değiştirilmesi ve en azından Alman sistemindekine yakın bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir. Nitekim insanlar için kendilerini güvende hissetmek önemli bir ihtiyaçtır, bireyler kamusal bir hizmetten yararlanırlarken bile, bu hizmetin mümkün olduğu kadar kendi seçtikleri kamu görevlileri veya yetkililer tarafından yerine getirilmesini tercih ederler.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılamaya ilişkin 6. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde müdafiden faydalanma hakkı iki şekilde ele alınmıştır: Bunlardan ilki, adaletin selameti açısından zorunlu olmadığı halde sanığın isteğiyle bir müdafîin hukuki yardımından faydalanması, diğeri ise onun iradesinin bir önemi olmaksızın kendisinin zorunlu olarak bir müdafîin yardımından faydalandırılmasıdır. Her iki halde de sanığın maddi gücünün yeterli olmadığı hallerde müdafîin ücreti devlet tarafından karşılanacaktır. Dolayısıyla ücretsiz müdafiden faydalanma hakkı, sanığın maddi imkânının bulunmamasıdır.

B. Müdafîin Bağımsızlığı

Müdafîin, görevini gereğince yapabilmesi için bağımsız olması gerekir. Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde de belirttiği gibi, müdafî bağımsız savunmayı temsil eder. Bu sebeple müdafî, sanığa, yargılama ve iddia makamlarına, baroya, üçüncü kişilere ve medyaya karşı bağımsızdır⁵.

1. Şüpheli veya Sanığa Karşı Bağımsızlığı

Sanığın veya şüphelinin savunmasını yapan kişi olmasının yanında, müdafîi bu kişilerden bağımsızdır. Müdafîin sanığa karşı bağımsızlığını ortaya koyan çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, sanığa ve müdafîine ayrı ayrı söz verilir. Bu konu ile ilgili olarak CMK m. 215 ve m.216'da, dinleme ve okunmadan sonra müdafîe diyeceğinin sorulması veya delillerin tartışılması durumunda sanığa ve müdafîine ayrı ayrı söz verileceği hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca, müdafîi sanığın yer alamayacağı bazı muhakeme işlemlerini yapma hakkına sahiptir. Zira CMK m. 201/1'e göre, müdafîi sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere doğrudan soru yöneltebilirken, sanık için bu durum söz konusu değildir.

Müdafîinin bağımsızlığı ile ilgili olarak bir diğer husus da müdafîinin sanığın lehine olmak kaydıyla, sanığın isteğine aykırı davranabilmesidir.

⁴ Ayrıntılı bilgi için, KARAKEHYA Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, 2008, Ankara s. 105 vd.

⁵ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2006, İstanbul, s.171.

2. Yürütmeye Karşı Bağımsızlığı

Avukat, kamu görevlisi veya benzeri bir sıfatla yürütmeye bağlı değildir. Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde bu durum açıkça belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre,

"Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder."

Bu nedenle, yürütme organının müdafie görevi konusunda talimat vermesi veya etkide bulunması mümkün değildir⁶. Avukatlar hakkında görevlerinden doğan veya görevleri sırasındaki işledikleri suçlardan dolayı takibat yapılabilmesi için Adalet Bakanlığı'ndan izin alınma zorunluluğunun bulunması, avukatın yürütmeye karşı bağımsız olmadığı anlamına gelmez. Bu düzenleme avukatlara güvence sağlanması içindir.

3. İddia Makamına Karşı Bağımsızlık

Müdafii, iddia makamını işgal eden savcı karşısında bağımsızdır, savcıdan talimat almaz ve savcının müdafii reddetmezi söz konusu değildir. Müdafinin savcı karşısındaki bağımsızlığının sağlanması için silahların eşitliği ilkesi önem taşır. Zira avukatın bağımsız olabilmesi için avukatın muhakemedeki yetkilerinin savcınınkinden az olmaması gerekir.

Müdafinin savcı karşısındaki bağımsızlığının sağlanması için kabul edilen bir diğer kural da, müdafii hakkında görev suçundan dolayı dava açılmasının, savcının isteğine bırakılmamış olmasıdır. Av. K. 58'e göre, savcının böyle bir soruşturma yapması için Adalet Bakanlığı'ndan izin alması gerekir. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü durumunda ise soruşturma genel hükümlere göre yapılmaktadır (Av. K. m.61).

4. Mahkeme Karşısında Bağımsızlık

Mahkeme başkanının, müdafie karşı duruşmanın yönetimine ve disiplinine ilişkin yetkileri sınırlıdır. Hâkim, duruşmanın disiplinini bozsa bile, müdafii hakkında disiplin hapsine karar veremez. Bu konuda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Avukatlık Kanunu'nda açık hüküm bulunmaktadır. CMK m. 203/3'e göre,

"Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve hakim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhal dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir."

⁶ SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, Avukatın Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 1999, s.44.

Av. K. m. 58/2'de de bu husus açıkça düzenlenmiş ve avukatların tutuklanamayacağı veya disiplin hapsine çaptırılamayacağı belirtilmiştir.

Ancak, mahkeme başkanı duruşmanın disiplinini bozan kişileri mahkeme salonundan çıkartabilir (CMK m.203/2). Bu maddedeki duruşmanın düzenini bozan kişi açıklamasına müdafinin de katılmasının önleyecek bir kural bulunmamaktadır. Bu sebeple, öğretide, yargıcın, müdafii de, duruşma disiplinini bozması durumunda mahkeme salonundan dışarıya çıkartabileceği belirtilmektedir⁷. Ancak nasıl ki, Cumhuriyet savcısı duruşmadan çıkartılmazsa (CMK m.289/1-e) müdafii de duruşmadan çıkartılmamalıdır. Müdafii, CMK m.289/1-e'deki "duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişiler" kapsamındadır. Ancak, CMK m. 188/ f.1'e göre bu kapsama sadece kanunda gösterilen zorunlu müdafiler girmektedir. Ve bunların bulunmaması mutlak bozma sebebi sayılmaktadır.

II. Müdafinin Hakları

A. Müdafinin Dosya İnceleme Hakkı

CMK m.153 gereğince müdafinin dosyayı inceleme hakkı vardır. Söz konusu maddeye göre

"Müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir".

Müdafinin dosyayı inceleme hakkı savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından önem taşır ve avukatın "bilgilere ulaşabilmesi" konusunu düzenler⁸.

Müdafinin dosyayı inceleme hakkı, ona davaya ilişkin kapsamlı bilgi edinmek suretiyle, savunmasını nasıl gerçekleştireceğini saptamak olanağı sunduğu gibi, vekâleti üstlenmek isteyip istemediğine dair karara varabilmesine de yardımcı olur. Bu sebeple, evrak inceleme yetkisinin kullanılması bakımından vekâletname ibrazı gerekmemesi uygun olacaktır. Zira Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrası da buna olanak tanımaktadır. Söz konusu maddeye göre;

"Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur."

Dosyayı inceleme hakkının kullanılması açısından, müdafinin, şüpheli, sanık veya yasal temsilcisi tarafından seçilmiş ya da Baro tarafından görev-

⁷ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, a.g.e., s.173.

⁸ Tasarı Gerekçesi: "Madde: 153: Madde savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından önem taşıyan, avukatın "bilgilere ulaşabilmesi" konusunu düzenlemektedir. Cumhuriyet savcısı, araştırma evresinde dosya esasen elinde bulduğundan, her türlü bilgiye sahiptir."

lendirilmiş olması önemli değildir⁹. Av. K. m. 46/ f.2'e göre müdafiiin stajyeri de dosyayı inceleyebilir.

Ceza davalarında, müdafiiin dosya evrakını incelemesi, savunmasını hazırlayabilmesi ve savunma görevini gereği gibi yerine getirebilmesi bakımından büyük önem taşır.

1. Dosyayı İnceleme Hakkının Kapsamı

Müdafii, davaya ve soruşturmaya ilişkin her türlü kâğıt ve belgeleri inceleyebilir. Bu kâğıt ve belgeler, savcılıkça iddianameye eklenen, kolluğun olaya ilk el koyduğu andan itibaren toplanmış bulunan leh ve aleyhteki tüm belgeler, ses kayıtları, fotoğraflar, adli sicil kaydı, sicil dosyası, davayla ilgili daha önceki hukuk veya ceza davalarının ilamları, raporlar ve istinabe tutanaklarıdır¹⁰. Müdafii, mahkemenin yararlanabileceği ve değerlendirmesinin gerekeceği her belgeyi inceleyebilmelidir, aksi halde savunma hakkı kısıtlanmış olur.

Kanun koyucu, soruşturma evresinde dosya içeriğinin ve belgelerin incelenme yetkisini düzenlemiştir. Koruma altına alınmış olan delillerin müdafii tarafından incelenip incelenmeyeceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. *Yenisey*'e göre, Soruşturma evresinde dosyanın incelenmesi, "delillerin incelenmesini" kapsamaz¹¹.

153. maddenin 2. fıkrasında muhafaza altına alınmış delilden bahsedilmesi bir sınırlama değildir; buradan avukatın tüm dosyayı ve bu arada da tüm delilleri değil de sadece muhafaza altına alınanları görebilir şeklindeki bir yorum yapılması kabul edilemez. Zira savcılık ve onun emrindeki adli kolluk topladığı delilleri muhafaza altına almaya mecburdur; bunları asla kendine saklayamaz¹². Ceza Muhakemesi Kanunu neredeyse tüm ceza muhakemesi işlemlerinde, delil toplama sırasında, örneğin keşifte müdafiiin hazır bulunmasını kabul etmiştir. Müdafiiin toplanırken gördüğü bir delili daha sonra görememesi doğru değildir.

Delillerle, el konulmuş veya dosyada ya da başka bir yerde koruma altına alınmış olan nesnelere kastedilmektedir. Müdafiiin savunmasını tam olarak gerçekleştirebilmesi için bu delilleri inceleyebilmesi gerekir.

Ancak devlet sırrı niteliğindeki belgelerin incelenmesi özellik taşır. CMK m. 125'e göre,

"Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri

⁹ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, a.g.e., s.180.

¹⁰ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, a.g.e., s. 181.

¹¹ KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2006, İstanbul, s.472.

¹² ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, a.g.e., s. 319.

içeren belgeler, ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa geçirilir¹³

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, 125. madde sadece hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir. Tarafların delil olabilecek bir belgeyi hiç görmemelerine rağmen, söz konusu belgenin delil olarak kabul edilmesi, çekişmeli muhakeme ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir ve savunma hakkının kısıtlanmasıdır¹⁴.

2. Dosyayı İnceleme Yeri

Av. K. m.46/ f.2'nin 4667 sayılı Kanundan önceki düzenlenmesinde, müdafinin dosyayı mahkeme kaleminde inceleyebileceği ifade edilmişti. Yeni madde metninde bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda bu konuda hâkimin veya savcının takdiri söz konusu olmaktadır.

Uygulamada müdafî, soruşturma evresinde, dava evrakını, evrak kollukta ise kollukta, savcılıkta ise savcılık kaleminde inceleyebilir.

Müdafinin, koruma altına alınmış delilleri nerede ve nasıl inceleyeceği açıklanmamıştır. Delil, koruma altına alındığı yerde incelenebilecektir. Delilin bir uzmanla birlikte incelenmesinin gerekli olduğu hallerde, müdafî beraberinde uzman kişi de getirebilmelidir¹⁵.

Müdafî, kovuşturma evresinde, dava evrakını ve muhafaza altına alınmış olan delilleri yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt kâtibinin yanında, mahkeme kaleminde inceleyebilir. Bu konuyla ilgili olarak Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte düzenleme bulunmaktadır. Dosyaların inceleme usulü başlıklı 83. maddesine göre;

“Mağdurun, şikâyetçinin, suçtan zarar görenin ve katılanın vekilleri ile müdafî kovuşturma aşamasında dosyayı ve muhafaza altına alınmış delilleri yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt kâtibinin yanında inceleyebilir.”

Almanya'da ise müdafî dava dosyasını evine götürebilmektedir¹⁶.

¹³ Devlet sırrı tanımına CMK m.47/1'de yer verilmiştir. Buna göre, açıklanması, devletin dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır.

¹⁴ KARAKEHYA Hakan, a.g.e., s. 226.

¹⁵ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, a.g.e., s. 181.

¹⁶ MAHMUTOĞLU Fatih Selami, DURSUN Selman, Türk Hukuku'nda Müdafinin Yasaklılık Halleri, 2004, Ankara, s.141.

3. Dosyayı İnceleme Hakkının Kullanılması

a. Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme Hakkı

Müdafinin dosyayı inceleme hakkı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun değişik 143. maddesinde, muhakemenin değişik aşamalarına göre düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, müdafinin hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın suretini harçsız alma yetkisine sahiptir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 1992 reformu öncesine kadar müdafinin dâhil, hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesi uyarınca, dosyasının incelenmesi için müsaade arıyordu. Ancak, 1992 tarihinde yapılan değişiklik ile müdafinin dosyayı izne gereksizince inceleme yetkisi kabul edilmiştir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da paralel olarak müdafinin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilme hakkı kabul edilmiştir.

Kollukta bulunan soruşturma dosyasının incelenebilmesi ve örnek alınabilmesi ile ilgili olarak Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde bulunan hükme göre, "Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir". Müdafinin soruşturma evresinde, soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilmesini ve dilekçe ile müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilmesini, "görevlendirme yazısı" veya "vekaletname ibraz" etmesine bağlayan Kalem Yönetmeliği (m.45/2) ile, kollukta bulunan soruşturma dosyasının müdafinin tarafından incelenebilmesi için, "yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emrini" gerekli gören Yakalama Yönetmeliği (m.22) uygulamada tartışma yaratmaktadır. Ancak bu düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan düzenlemeye açıkça aykırıdır. Zira müdafinin bu hakkını hiçbir izin olmaksızın kullanabilmektedir. Bu sebeple, Danıştay, bu hükümle ilgili olarak, yürütmeyi durdurma kararı vermiştir¹⁷.

b. Kovuşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme Hakkı

Kovuşturma aşamasında, iddianamenin kabulüyle beraber, müdafinin dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir, bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir (CMK m. 153/ f.4).

Dosyayı inceleme hakkının kısıtlanamayacağı an, mülga CMUK 143/1 ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilk şeklinde iddianamenin mahkemeye verilmesi anı idi. 5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle, "iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarih" esas alındı. Değişiklik öncesindeki düzenleme hakların sağlanması açısından daha yerinde idi, zira Kanun burada iddianamenin kabulü şartını aramamakla, "kamu davası açılmadan önce" müdafinin dosyanın bütün içeriğini öğrenme hakkını tanıdı.

¹⁷ Yürütmeyi Durdurma: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 15/12/2005 tarihli ve 2005/762 İtiraz No'lu Kararı ile.

4. İnceleme Yetkisinin Sınırlandırılması

Müdafinin dava dosyasını inceleme hakkı, sanığın özgürlüğüne ilişkin bireysel menfaat ile işlevini iyi bir biçimde yerine getiren ceza yargılamasına dair devlet menfaati ve bu arada dosyanın içeriğinin sınırsız biçimde yayılması suretiyle zarara uğratılabilecek üçüncü kişilerin menfaatleri arasındaki hassas ilişki alanı içinde yer alır¹⁸. Bu yetkinin kapsamının belirlenmesi ve sınırlandırılabilmesi konularında, söz konusu menfaatlerin dengelenmesine dikkat edilmelidir. Zira dosyayı inceleme hakkı, ceza yargılamasındaki en önemli savunma haklarından biridir.

Temel kural, müdafinin hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretinin harçsız alma hakkına sahip olduğudur (m. 153/1).

Müdafinin bu hakkı soruşturma evresinde sınırlandırılabilir. Bu hakkın nasıl sınırlandırılacağı CMK m.153/f.2'de düzenlenmiştir. Buna göre,

“Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcının istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla bu hakkı kısıtlanabilir.”

Bu kısıtlama ancak, incelemenin hazırlık soruşturmasının amacını tehlikeye düşürebilecek olması halinde söz konusu olur. Dosyanın müdafii tarafından incelenmesi durumunda, olayın aydınlatılması güçleşecekse, soruşturma gecikecek veya engellenecekse soruşturmanın amacının tehlikeye girdiği kabul edilmektedir, ancak bu konuda somut kanıtların olması şarttır¹⁹.

Hazırlık soruşturmasını yürüten savcı, bu devrede müdafilerin dosyayı incelemesini soruşturmanın amacı bakımından sakıncalı bulmakta ise, sulh hâkimine başvurmalı ve onun bir yasaklama kararı vermesini istemelidir. Böyle bir karar alındığında, hazırlık soruşturmasında dosya inceleme engellenebilecektir²⁰. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmekten başka bir nedenle, müdafinin dosyayı incelemesi engellenmemelidir.

Hazırlık soruşturması aşamasında takipsizlik kararı verildiğinde de müdafii dosyayı görebilmelidir. Çünkü bu durumda artık hazırlık soruşturması sona ermiştir²¹.

Talep yetkisi savcıda olduğundan, kolluktaki hazırlık evrakının incelen-

¹⁸ SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, a.g.e., s. 260.

¹⁹ CENTEL Nur, Ceza Hukukunda Müdafii, 1994, İstanbul, s. 139.

²⁰ YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 2007, 12. Bası, İstanbul, s. 187.

²¹ MAHMUTOĞLU Fatih Selami, DURSUN Selman, a.g.e., s. 138.

mesinin yasaklanması konusunda, kolluk savcıya başvuracaktır. Savcının bu konudaki talebi üzerine sulh hâkimi, somut delillere dayanarak serbestçe kararını verecektir.

Kovuşturma aşamasında soruşturma aşamasından farklı olarak, müdafinin bu hakkının sınırlandırılması mümkün değildir.

Müdafinin bu hakkı ile ilgili bir kısıtlama da Terörle Mücadele Kanunu'nda yer almaktadır. TMK m. 10/d'ye göre;

“Söz konusu kanun kapsamına giren suçlar açısından müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir”.

Bu hüküm, ölçüt vermediği ve süresi de gösterilmeden inceleme yolunu tamamen kapattığı için, sakıncalıdır²².

5. İncelenmesi Engellenemeyen Belgeler

Müdafinin dosyayı inceleme hakkının kısıtlanması halinde bile birtakım belgeleri müdafinin inceleme hakkı vardır. Bu belgeler CMK 153/f.3'de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre,

“Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

Yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar ise soruşturma evresinde şüphelinin katılmaya yetkili olduğu ve erken dinleme niteliği taşıyan, tanık, bilirkişi dinlemesi, keşif, muayene yapılması gibi işlemlere ilişkin tutanaklardır, yakalanan kişi veya şüphelinin, bu işlemlere katılmış olması şart değildir²³.

Ancak, TMK m.10/d'ye göre, müdafinin bu yetkisinin mutlak bir şekilde kısıtlanabilmektedir ve incelenebilecek veya örnek alınabilecek bir belgeye ilişkin herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Söz konusu maddeye göre;

“Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.”

²² KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, a.g.e., dipnot: 25a, s.473.

²³ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, a.g.e., s. 183.

B. Müdafin Dosyadan Örnek Alma Hakkı

Eski Ceza Usul Kanunumuza göre müdafî, hazırlık evrakı ile dava dosyasındaki evraktan istediğinin bir örneğini harçsız alabilmekteydi. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da paralel olarak müdafîin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilme ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilme hakkı vardır. CMK m. 153/ f.1'e göre,

"Müdafî, soruşturma evresinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir."

Müdafîin dosyadan örnek alabilme hakkı ile ilgili olarak önemli bir düzenleme de Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesidir. 46. maddedeki düzenleme şu şekildedir:

"Avukat, işleri kendi sorumluluğu altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreteri eliyle de takip ettirebilir, fotokopi veya benzeri yollarla örnek alabilir. Avukatın onanmasını istemediği örnekler harca tabi değildir."

..... Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kâğıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez."

Bu maddeye göre müdafî, dosyadan bizzat örnek alabileceği gibi, stajyeri veya yanında çalışan sekreteri aracılığıyla da örnek alabilir. Ancak, stajyerin fotokopi alacağı hallerde, avukatın vekâletnamesinin gösterilmesi gerekir²⁴.

Bu örnekler herhangi bir harca bağlı değildir. Ancak müdafî, aldığı örneğin onanmasını isterse harç ödemek zorundadır.

Kanun, dosyanın incelenmesi için vekâletname aramazken, aynı dosyadan aynı müdafîin örnek alabilmesi için vekâletname aramıştır.

Aynı yönde düzenleme Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesi Dair Yönetmelikte de bulunmaktadır. Yönetmeliğin, dosyaların inceleme usulü başlıklı 83. maddesine göre,

"Mağdurun, şikâyetçinin ve suçtan zarar görenin vekilleri ile müdafî vekâletname ibraz ederek dilekçe ile başvurmaları hâlinde bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilirler."

Müdafîin dosyadan örnek alma hakkı, aynı dosyanın incelenmesi hakkındaki olduğu gibi, CMK m. 153/f.2'e göre, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcının istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla bu hakkı kısıtlanabilir.

²⁴ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, a.g.e., s. 181.

Dosya inceleme yasağı söz konusuysen dosyadan örnek alma öncelikle yasak olmakla beraber, acaba dosyanın incelenmesinin serbest olmasına rağmen dosyadan örnek alma yasaklanabilir mi? Bu konuda ayrıca bir düzenleme olmadığı için, incelemenin serbest olduğu durumda örnek alma da mümkün olmalıdır.

C. Müdafiiin Hazır Bulunma Hakkı

Müdafii, savunma kurumunu temsilen bütün yargılama işlemlerinde hazır bulunmaya yetkilidir; çünkü müdafiiin hazır bulunması, sanığın müdafii yardımından yararlanma hakkının fiilen gerçekleşmesi anlamına geldiği gibi, kurumsal anlamda savunmanın da bir göstergesi olmaktadır²⁵.

Ceza yargılamasında, müdafiiin hazır bulunma hakkının erken aşamada başlaması, insan hakları, hukuk devleti ve savunma hakkı kavramlarına değer verilmesi açısından önem taşır.

1. Hazır Bulunma Hakkının Kapsamı

Hazır bulunma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışılmaktadır. Buna göre, soruşturmada sorguya katılan müdafii sorgu işlemine müdahale edebilecek, sorulan soruları yönlendirebilecek veya sorulan sorulara sanık adına cevap verebilecek midir?

Müdafiiin ifade ve sorgu işleminde hazır bulunabilecek olması, bu işleme gözlemci olarak katılan kişi olduğu anlamına gelmemelidir. Kişinin anlamadığı veya cevaplamak istemediği sorular konusunda müdafiiin görüşünü alabilmesi gerekir. Zira soruşturmanın veya kovuşturmanın her aşamasında müdafiiin şüpheli veya sanığa hukuki yardımda bulunma hakkı vardır ve bu hakkı kısıtlanamaz. Bu durum, CMK m. 149/ son'da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre,

“Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.”

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, hazır bulunma müdafiiin sadece fiziki varlığının bulunması değildir aynı zamanda hukuki yardımda bulunabilmesini de kapsar. Müdafii, ifade almanın düzenini bozmayacak müdahaleler yapabilmeli, örneğin soru sorabilmelidir. Ancak, hukuki yardım, maddi olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez²⁶. Müdafii, şüpheliye tüm yasal haklarını hatırlatabilir ve müdafiiin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir (Gözaltı Yönetmeliği m.23).

Yasada müdafiiin hazır bulunmasının yasaklandığı işlemlerin dışında,

²⁵ MAHMUTOĞLU Fatih Selami, DURSUN Selman, a.g.e., s. 96.

²⁶ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, a.g.e., s. 184.

müdafî bir yargılama süjesi olarak hazır bulunmak yetkisine sahiptir. Sanığın hazır bulunmasının müdafîin hazır bulunmasıyla ilgisi yoktur, sanık hazır bulunmasa da, müdafî hazır bulunabilir²⁷. CMK m.197.'ye göre, sanığın hazır bulunmadığı duruşmalara müdafî katılabilir. Diğer yandan, 244. madde ile gaip olan sanık adına bir müdafîin delil toplama işlemlerine katılabilmesi öngörülmüştür.

2. Hazır Bulunma Hakkının Kullanılması

a. Soruşturma Evresinde Hazır Bulunma Hakkının Kullanılması

Müdafîin, şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi sırasında yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı vardır. (CMK m.149/f.3). Gözaltına alınan şüphelinin, tutuklanma talebiyle sulh ceza hâkimine gönderildiği hallerde, şüpheli talep etmese de, bir müdafî hazır bulundurulmak zorundadır (CMK m.91/6, 101/ f.3).

Müdafîin soruşturma evresinde hangi işlemlerde hazır bulunabileceği Ceza Muhakemesi Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde belirtilmiştir. Buna göre, müdafîin soruşturma evresinde keşif işleminde, tanık ve bilirkişinin erken dinlenmesinde (CMK m.84), soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunma hakkı vardır (CMK m. 85). Ayrıca, şüphelinin evi veya eşyasının aranması sırasında belge ve kâğıtlarına el konulmuş ise sulh ceza hâkimi veya Cumhuriyet savcısı tarafından bu belgeler incelendiği sırada müdafîin de hazır bulunma hakkı vardır (CMK m.122).

Eski Ceza Usul Kanunumuzun 136. maddesi, soruşturmanın her hal ve derecesinde müdafîe başvurulabileceğini ifade ederek, müdafîin hazır bulunmasını düzenlemektedir.

b. Kovuşturma Evresinde Hazır Bulunma Hakkının Kullanılması

Kovuşturma evresinde sanığın yokluğu müdafîin hazır bulunma hakkını ortadan kaldırmaz. Müdafî, sanık hazır bulunmasa da, tüm oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahiptir (CMK m.197). Ayrıca, müdafî de duruşmanın ilk oturumuna çağrılacak olan kişilerdendir (CMK m.175). İhtiyari müdafîin oturumlara gelmemesi, o oturumun yapılmasını engellemez ancak, zorunlu müdafîlik hallerinde müdafîin hazır bulunması şarttır (CMK m.188).

Temyiz incelemesi sırasında, Yargıtay'da yapılan duruşmada müdafîin sanıkla birlikte veya sanık hazır olmaksızın bulunması mümkündür (CMK m.299).

²⁷ YURTCAN Erdener, a.g.e., s. 188.

**c. Teşhiste Müdafin Hazır Bulunup Bulunmayacağı Sorunu:
2008 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı²⁸**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu kararında, 5271 sayılı CMK'nın 150/3. maddesi uyarınca zorunlu müdafii tayini gereken bir suçla ilişkin soruşturma sırasında yapılan teşhiste müdafinin bulunmasının zorunlu olup olmadığı incelenmiştir.

“Somut olayda, şikâyetçinin polis karakoluna müracaat etmesiyle soruşturma evresi başladığından teşhis işleminin soruşturma evresi içinde yapıldığı ve sanıkların yağma suçu şüphelisi olmaları nedeniyle 5271 sayılı CMK'nın 150/3. maddesi kapsamında kendilerine zorunlu müdafii tayini gerektiği konularında bir duraksama bulunmamaktadır. Ancak sorun bu müdafinin hangi işlemlerde ve tabii ki teşhiste hazır bulundurulmasının zorunlu olup olmadığına ilişkindir. 5271 sayılı CMK'nın 149/3. maddesinde, müdafinin ifade alma veya sorgu süresince şüphelinin yanında olma, bunun dışında ise şüpheli ile görüşme ve hukuki yardımda bulunma, 84/1. maddesinde keşifte ve 85/2. maddesinde ise soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunma hakkının bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Bunun dışındaki işlemlerde müdafinin hazır bulunmasına ilişkin Yasada bir düzenleme yer almamaktadır. Teşhis işlemi gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Şüpheli buna pasif olarak katılmakta ve teşhis sırasında herhangi bir beyanı da alınmamaktadır... bu nedenle ifade alma, keşif ve yer gösterme işlemlerinde olduğu gibi müdafinin teşhiste hazır bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde soruşturma aşamasındaki bütün işlemlerde örneğin; gözaltı giriş ve çıkış raporlarının alınması gibi... müdafinin hazır bulunması gerekebilecek hatta başından sonuna kadar gözaltı süresince müdafinin, şüphelinin sürekli yanında bulundurulması gerekebilecektir. Bununla birlikte müdafinin teşhiste bulunmaması, şüphelinin teşhise karşı müdafinin hukuki yardımından yararlanmasına, teşhisten önce veya sonra müdafii ile görüşmesine engel teşkil etmeyeceği de açıktır. Öte yandan uygulamada bazen mağdur veya tanık ile şüphelinin yüz yüze getirilerek karşılıklı beyanlarının alınması şeklinde, dolayısıyla yüzleştirme tarzında icra edilen işlemlere de teşhis denilmektedir. Böyle bir durumda şüpheli, mağdur veya tanık ile şüpheli, mağdur veya tanık ile yüz yüze geldiği ve beyanı alındığı için artık sadece bir teşhis işlemi söz konusu olmayıp aynı zamanda şüphelinin aktif olarak katıldığı ifade alma işlemi gerçekleştirildiğinde bu durumda müdafinin katılımı zorunludur. Bu itibarla, kolluk tarafından şikâyetçiye yaptırılan teşhiste müdafinin bulunması zorunluluğu olmadığı gibi, somut olayda yapılan teşhis

²⁸ Yarg. Ceza Genel Kurulu, E. 2008/6-71, K.2008/85, T. 15.04.2008, www.kazanci.com

işleminde yürürlükteki mevzuata göre herhangi bir usulsüzlük de bulunmamıştır.”

Kanaatimce Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı yerinde değildir. Zira Ceza Usul Kanunumuz savunma hakkı konusunda oldukça hassas davranmış bunun bir sonucu olarak da isteğe bağlı müdafiliğin yanında bazı hallerde zorunlu müdafiliği benimsemiştir. Öte yandan, müdafii şüpheli veya sanık ile vekâletname aranmaksızın her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği de Kanunun 154. maddesinde teminat altına alınmış, yine 151/3. maddesinde de “soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz” hükmü getirilmiştir. Bununla birlikte müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmamaktadır. Bütün bu sebeplerle Kanunun çoğu zaman mahkûmiyetin tek kanıtı olan teşhis işleminde müdafii hazır bulunmasını arzu etmediğini ileri sürmek doğru olmayacaktır. Ayrıca teşhiste müdafii hukuki yardımdan yararlanmasının soruşturmayı zora sokacak ya da soruşturma mercilerinin çalışmasını olumsuz etkileyecek hiçbir etkisi bulunmamaktadır.

3. Hakkın Sınırlandırılması

Müdafii bu hakkının sınırlandırılması sadece bir şekilde mümkün olup, o da hazır bulunmanın kısıtlanması şeklinde değil, bulunacak müdafii sayısına ilişkindir. Kanun koyucu duruşma devresi bakımından sanığın yardımdan faydalanacağı müdafii sayısına ilişkin bir sınırlama öngörülmemişken; soruşturma evresinde ifade alma sırasında sayı sınırlaması getirilmiştir.

CMK 149. maddesi şüpheli veya sanığın soruşturma aşamasında bir veya birden fazla müdafii seçebileceğini belirterek, kural olarak sayı sınırlaması öngörmemiştir. Ancak, soruşturma evresinde ifade alma sırasında en çok üç avukat hazır olabilmektedir. Zira CMK m. 149/f.2'ye göre;

“Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir”.

Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar açısından ise, gözaltı süresince yalnızca bir müdafii hukuki yardımından yararlanılabilmektedir. Aynı Kanunun 10/ c maddesine göre,

“Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken ancak bir müdafii hazır bulunabilir.”

Müdafii görevlendirilmesini düzenleyen 150. maddede yer alan

“Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir.”

şeklindeki ifade “bir” sayısı kullanılmıştır. Doktrinde, buradaki “bir” ifadesinin sayıyı belirtmek için kullanılmadığı, metnin dayandığı ruha bakılması gerektiği ve burada belirtilmek istenenin şüpheli veya sanığın müdafii seçebilme hakkının bulunduğu, fikirleri ileri sürülmüştür²⁹. Baronun müdafii tayinini düzenleyen cümlede de benzer bir durum söz konusudur. Burada da bu konudaki temel kurala istisna getirme amacı olmadığı ve sadece baronun müdafii tayin yetkisini bulunduğu anlatılmak istendiği kabul edilmeli ve söz konusu kural gereği birden fazla müdafii tayin edebilmelidir.

Terörle mücadelede görev alan personelin aleyhine yapılan soruşturma da veya açılan davaların duruşmasında en çok üç müdafii ücreti ödenecektir (TMK m.15/ f.2). Terör suçları sanıklarının yargılanmasında sayı sınırlaması getiren 10. madde ise Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir³⁰.

Sayı sınırlamasının olmaması veya bu konudaki takdirin mahkemeye bırakılması doktrinde eleştirilmiştir. Sayı sınırlamasının olmaması, yargılamanın sürati, duruşmanın ciddiyeti, bazı sanıklar açısından ayrıcalık oluşturduğu, davanın gösteri mahiyetini aldığı gibi gerekçelerle³¹, sınırlamanın mahkemeye bırakılması ise, bu yetkinin uygulamada iyi kullanılmadığı, müdafii aralarında işbölümü yaparak hazırladıkları savunmanın duruşma sırasında sayı sınırlaması ile zayıf duruma düştüğü gibi gerekçelerle eleştirilmiştir. Kanaatimce, müdafii sayısı sınırlı olmalıdır; çünkü müdafii ücretli yapılan bir iştir ve birden fazla sayının kabulü maddi gücü yerinde olan- olmayan ayrımı doğuracaktır, ancak, bazı olayların içeriği ve kapsamı itibarıyla bazı ceza davalarında özellik arz edebilir³².

D. Müdafii Doğrudan Soru Sorma Hakkı

Çelişmeli muhakemenin yapılması ve bunun için de tarafların silahları arasında bir eşitlik olması adil yargılanmanın en önemli gereklerindedir. Tarafların birbirinin tanıklarına soru sorabilmesi muhakemede tam bir çelişmenin sağlanabilmesi açısından önem taşır. Eğer müdafii herhangi bir delil konusunda beyanda bulunma hakkına riayet edilmezse, bu çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlali ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağından adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

CMK'da duruşma sırasında da çelişmenin tam olarak sağlanabilmesi için müdafii doğrudan soru sorma yetkisi verilmiş, bu şekilde tarafların birbirlerinin tanıklarının güvenilirliğini doğrudan inceleme imkânı tanınmıştır. CMK m.201'e göre,

²⁹ MAHMUTOĞLU Fatih Selami, DURSUN Selman, a.g.e., s. 97.

³⁰ 31.03.1992, 1991/18, 1992/20.

³¹ KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1998, 10. Bası, İstanbul, s. 236.

³² Benzer yönde, MAHMUTOĞLU Fatih Selami, s. 100.

“Müdafii, sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilir....Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine mahkeme başkanı karar verir.”

Böylece, müdafii, sanığa, katılana, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere de duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltilme hakkı kabul edilmiştir. Bu durum avukatların uygulamadaki kabul edilmez konumunu düzeltmekle kalmamış; bu suretle maddi gerçeğin, adil yargılanma ilkesi çerçevesinde bulunmasını imkânını yaratmıştır.

Müdafii doğrudan soru sorma hakkı modern Ceza Muhakemesinin temel ilkelerinden olan silahların eşitliği prensibi açısından da önem taşır. Ceza davaları bakımından silahların eşitliği ilkesi savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul olanaklara sahip olmasını güvence altına almaktadır³³. Silahların eşitliği ilkesi kapsamında ortaya çıkan diğer önemli bir hak da, delil ikame edebilme ve karşı tarafın ortaya koyduğu deliller hakkında görüş beyan edebilmeye ilişkin haktır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda duruşma devresine ilişkin olarak, delil ikame edebilme ve ortaya konulan deliller hakkında görüş beyan edebilme bakımından sanığa gerekli imkânların tanındığı görülmektedir. Nitekim mahkemece davet edilmeyen tanıkların doğrudan duruşmaya getirerek onların dinlenmesini sağlama yetkisi sanığa verilmiş (CMK m. 178), hâkim vasıtasıyla tanıklara bilirkişilere ve duruşmaya katılan diğer kimselere soru yönetilebilmesi kabul edilmiş (CMK m.201), duruşma sırasında tüm deliller ortaya konulduktan sonra onlar üzerinde yorum yapma imkânı tanınmıştır (CMK m.215, 216).

E. Müdafii Şüpheli veya Sanıkla Görüşme ve Yazışma Hakkı

Müdafii savunmasını hazırlayabilmesi, şüpheli veya sanıkla görüşmesini ve bilgi alışverişinde bulunmasını gerektirir. Müdafii bu hakkını kullanabilmesi özellikle gözaltına alınma veya tutukluluk hallerinde önem taşır.

Müdafii sınırsız görüşme- yazışma hakkı, savunma amacına yönelik olarak izin verilmiş bir haktır. Ancak bu hakkın kötüye kullanıldığı şüphesinin bulunması halinde, baro veya adli makamlara duyurulması yoluna gidilebilir. Ancak tutukevi görevlileri, görüşme- yazışma hakkının amacı dışına çıkıp çıkmadığını denetlemeye yetkili olmadıkları gibi, bu gerekçeyle müdafii tutuklu sanıkla serbestçe görüşme-yazışma hakkını kullanmasına da engel olamazlar.

1. Görüşme Hakkı

Müdafii şüpheli veya sanık ile görüşme hakkı CMK m. 154'de düzenlen-

³³ KARAKEHYA Hakan, a.g.e., s. 227.

miştir. Buna göre,

“Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir.”

Bu düzenlemeye göre, müdafîin sanık veya şüpheli ile görüşmesinde vekâletname aranmayacaktır. Ancak, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da hükümlü açısından 59. madde ile farklı bir uygulama tercih edilmiştir. Hükümlünün avukatı vekâletname olmaksızın ancak üç kere hükümlü ile görüşebilecektir.

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında, müdafîin, gözaltında veya tutuklu bulunan şüpheli veya sanıkla görüşme ve hukuki yardımda bulunma yetkisi vardır (CMK m.149/3). Şüpheli veya sanık ile sağlıklı bir görüşme, ancak kimsenin girip çıkmayacağı ve şüphelinin de müdafîe güven duyacağı bir ortamda olur³⁴.

2006 yılında 5532 sayılı Kanunla değişen TMK'nun 10. maddesi ile şüphelinin müdafî ile görüşmesi konusunda özel düzenleme getirilmiş, şüphelinin, gözaltı süresince yalnız bir hukuku müdafîin hukuki yardımından yararlanabileceği, gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkının, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabileceği, ancak bu süre içerisinde ifadesinin alınmayacağı, hüküm altına alınmıştır³⁵.

Müdafîin sanıkla görüşmesi ile ilgili olarak görüşme zamanı konusunda, kural olarak müdafî, sanık veya şüpheli ile her zaman görüşebilir. Öncelikle hükümlerde yer alan “her zaman” görüşme ile ilgili olarak bir görüş müdafîinin, sanıkla ancak tutukevinin ziyaret saatleri içinde görüşebileceğini ileri sürmektedir³⁶. Bunun aksine ileri sürülen görüşe göre ise, müdafîin ziyaret saatleri dışında da istediği her zaman sanıkla görüşebilmesi mümkündür. Kanaatimce, müdafî sanıkla, ziyaret saatleri içinde “her zaman”, bunun dışında ise savunma açısından önemli olan bazı durumların ortaya çıkması

³⁴ DOĞAN Erdal, Müdafîlik ve Sanık Hakları, İstanbul Barosu Yayınları, Cep Kitapları 8, 2006, İstanbul, s. 21.

³⁵ 08.02.1996, 18731/91 John Murray- Birleşik Krallık kararında, gözaltında hazırlık soruşturmasının ilk 48 saatinde sanığın avukatla görüştürülmemesi, avukatla görüştürme nedeniyle avukatla savunma hakkı bakımından adil muhakeme hakkının ihaline karar verilmiştir. 06.06.2000, 36408/97 AVERILL-Birleşik Krallık kararı, gözaltında hazırlık soruşturmasında sanığın avukatla görüştürülmemesi, avukatla görüştürmeme nedeniyle avukatla savunma hakkı bakımından adil muhakeme hakkının ihaline karar verilmiştir. Kararlar için bkz., DOĞRU Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.I, a.g.e., s.971. CENTEL Nur, a.g.e., s. 142.

³⁶ CENTEL Nur, a.g.e., s. 142.

halinde "her zaman" görüşebilmelidir.³⁷

Cezaevlerine ziyaret ve girişlerde uyulacak esaslar Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 86. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, müdafiler, tutuklu müvekkilleriyle görüşmek üzere ceza infaz kurumlarına girerlerken duyarlı kapıdan geçmek zorundadırlar. Bu kişilerin üstleri metal detektörlerle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe halinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak avukatlar ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranmazlar. Ayrıca, ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar, incelemeye tabi tutulmaz.

Müdafinin sanıkla görüşme sırasında, ona müdafaanın hazırlanması bakımından önemli olan belgeleri hiçbir izne gerek olmadan verebilmesi gerekir. 5353 sayılı değişiklik kanunu ile bu konuda önemli bazı düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, Ceza Muhakemesi Kanununun 151. maddesinin başlığı "Müdafî görevini yerine getirmede yapılabilecek işlem ve müdafilik görevinden yasaklanma" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere şu fıkra eklenmiştir:

"149. maddeye göre seçilen veya 150. maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanunu'nun 220 ve 314. maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkrafta sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir.

Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, müdafî veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz halinde yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafilik görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, kovuşturmanın niteliği itibarıyla bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkumiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar.

Görevden yasaklama kararı, tutuklu veya hükümlü ile yeni bir müdafî görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir.

Müdafî veya vekil görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez."

³⁷ Yanı yönde, bkz: MAHMUTOĞLU Fatih Selami, a.g.e., s. 129.

Yeterli görüşme imkânına sahip olamayan müdafî ve sanık, savunma bakımından önem arzeden hususları yeterince tartışamayacak ve ortak bir savunma stratejisi belirleyemeyeceklerdir. Sanığın müdafî ile görüşme hakkının kapsamı AİHS'de açıkça düzenlenmemiş ve taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. AİHM Öcalan / Türkiye davasında konuyu ele almış ve sanığın kendisine isnad edilen yüzlerce suç nedeniyle kapsamlı ve zor bir dava olan yargılamada, müdafî ile haftada sadece iki kez ve birer saat görüştürülmesinin adil yargılanma hakkının ihlal ettiğine hükmetmiştir.

2. Müdafîin Yazışma Hakkı

Şüpheli veya sanığın müdafî ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.

Müdafîin şüpheli veya sanığa yazdıklarının, denetlenmeden, açılmadan şüpheliye veya sanığa verilmesi ve şüpheli veya sanığın müdafîine yazdıklarının da aynı biçimde, açılmadan postaya verilmesi gerekir. Denetim sadece, postanın müdafîden gelip gelmediğini veya müdafîe gönderilip gönderilmediğini anlamak için yapılmalıdır³⁸. Ancak, ülkemizde, tutuklu sanık ile müdafîin yazışmaları, hükümlülere gelen ve onların yazdıkları mektupların cezaevi müdürlüğünce inceleneneğine ilişkin Tüzüğün 144 ve 145. maddeleri uygulanarak incelenmektedir. Halbuki Tüzükte, tutuklu sanıkla müdafî arasındaki yazışmalar konusunda hüküm bulunmamaktadır. Bu, savunma hakkının kısıtlanmasından başka bir şey değildir³⁹.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesine göre, bu kanun kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafîin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tutulamaz. Ancak müdafîin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafîine verdiği veya müdafîince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim, kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verebilir. Bu karar itiraza tabidir.

Yazışma konusunda belirtilmesi gereken diğer önemli bir husus da, müdafîin sanıkla olan yazışmalarına el konamayacağıdır. Şüpheli veya bir sanıkla bir avukat arasındaki yazışmalara bu kişilerin yanında olmadıkça el konulamaz (CMK m.126). Bu kapsamdaki yazışmalara, sanık ile müdafî arasındaki mektuplar, kartlar, telgraflar, kitap içindeki veya kart üzerindeki kayıtlar, taslak vb. dâhildir. El konamayacak mektupların, sanığın suçlandığı olayla ilgili olup olmadığı, içerikleri önemli değildir. Yazışmanın soruşturma-

³⁸ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, a.g.e., s. 189.

³⁹ DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, 1982, İstanbul, s. 174-175.

nın başlamasından önce veya sonra gerçekleşmiş olması veya olaydan önce veya sonra yapılmış olması da gerekli değildir⁴⁰.

F. Müdafie Bildirim

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 37. maddesine göre tebligat,

"Bu Kanunda belirtilen özel hükümler saklı kalmak koşuluyla, ilgili kanunda belirtilen hükümlere göre yapılır".

Tebliğat Kanunu'nu m.11/1'e göre, vekil aracılığıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. 1985 tarihinde Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır" cümlesi eklenmiştir. Müdafiiin sanığı temsil etmediği her halde sanığa ayrıca bildirme gerekir ve sadece müdafie bildirme, sanığa bildirme yerine geçmez. Dolayısıyla hazır olmayan sanığın kanun yoluna gitme hakkı tebliğden itibaren başlar⁴¹. Bu nedenle, bir karar hazır bulunan müdafie tefhim edilmiş ise, hazır bulunmayan sanığın kendisine yapılan tebliğden sonra kanun yoluna gidilip gidilmeyeceği sorununun çözmek için, o davada müdafiiin sanığın temsilcisi olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu sebeple, "hazır bulunan müdafie temyiz etmemişse sanığın temyiz hakkı yoktur." diyen CGK'nun 10.03.1986 sayılı kararı yerinde değildir. Müdafiiin sanığın temsilcisi olduğu durumlarda, sadece müdafie bildirme yeterlidir ve ayrıca sanığa bildirme gerekmez (CMK m.37; Tebligat K.m.11/1)⁴². Yargıtay, duruşmadan varestede tutulmasına karar verilmemiş olan sanığın gıyabında verilen hükmün kendisine tebliği gerekeceği görüşündedir⁴³.

Zorunlu müdafiiin yüzüne karşı yapılan tefhim, kendisine zorunlu müdafie atandığından haberdar edilmeyen sanık açısından hukuki sonuç doğurmayacağından temyiz süresini de başlatmaz⁴⁴.

İlgililerin yokluğunda verilen koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, hazır bulunmayan ilgiliye ve dolayısıyla müdafieine bildirilmez (CMK m.35/2).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1991 tarihinde verdiği bir kararda, temyiz mahkemesi önündeki yargılamada sanık avukatına duruşma günü tebliğ edilmeden yapılan duruşmanın ardından temyiz sebebinin reddedilmesini sözleşmenin ihlali olarak kabul etmiştir.⁴⁵

⁴⁰ SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, a.g.e., s. 269.

⁴¹ KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, a.g.e, dipnot: 20, s. 472.

⁴² YİBK, 10.07.1940-7/75, www.kazanci.com

⁴³ Yarg.4. C.D., 13.05.1965-2228/2783, www.kazanci.com

⁴⁴ Yarg.CGK E. 2008/9-7, K. 2008/56, T.18.03.2008, www.kazanci.com

⁴⁵ 19.02.1991 tarihli 11910785 sayılı Alimena-İtalya kararı, karar için bkz., DOĞRU Osman, a.g.e., s. 919.

H. Kanun Yollarına Başvurma Hakkı

Müdafî, sanık lehine kanun yoluna başvurabilir. Müdafî, müdafiliğini üstlendiği kişinin açık arzusuna aykırı olarak kanun yoluna başvuramaz (CMK m.261). Ancak, CMK m.150/ 2 uyarınca Baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafî, müdafiliğini üstlendiği kişinin açık arzusuna aykırı olarak kanun yoluna başvurabilir (CMK m.266/3). Bir diğer taraftan, başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde, şüpheli veya sanık ile CMK m.150/2 gereğince Baro tarafından görevlendirilmiş zorunlu müdafîin iradesi çelişirse, müdafîin iradesi geçerli sayılır (CMK m.266/ 3).

Kanun yolu davalarının açılması belirli yöntemleri gerektirdiğinden, bir uzmanın bunu gerçekleştirmesi daha uygun olur⁴⁶ ve bu sebeple müdafîin sanığı arzusuna rağmen kanun yoluna başvurabilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur.

I. Ücret İsteme Hakkı

Avukatlık ücreti, avukatın hizmetinin karşılığı olan meblağı ifade eder ve iş sahibi ile avukat arasında serbestçe kararlaştırılır (Av.K.,163). Bu tür anlaşmaların yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır (Av. K,163/4).

CMK Yürürlük Kanunu'na göre de, baro tarafından tayin edilen müdafîe, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak ücret ödenir. Bu ücret Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilir ve Adalet Bakanlığı'nın bütçesinden bu amaçla ayrılan ödenekten bu ücretler ödenir. Bu ücret yargılama giderlerinden sayılır (CMK Yürürlük K. m.13). Her yıl yayınlanan tebliğname ile bu miktarlar belirlenmektedir.

Hizmetin iyi biçimde görülebilmesi ve böylece müdafîin yargılamada daha etkin bir hale getirilebilmesi için yeterli ödeneğin ayrılması gerekir.

II. Müdafîin Haklarını Kullanılabilmesinin Önemi

Ceza muhakemesinde, bir insan hakkı olan savunma hakkının tam manasıyla kullanılabilmesi için müdafî gibi teknik hukuk bilgisi ile donatılmış bir yardımcıya ihtiyaç vardır. İddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyetten oluşan ceza muhakemesinde, iddia makamında savcı, yargılama makamında da hâkim vardır; ve her ikisi de belli bir hukuk öğreniminden geçmiş ve bilgilerini staj gibi belirli mesleki çalışmalarla pekiştirmiş uzman kişilerdir. Savunma makamında bulunan ve kural olarak, teknik hukuk bilgisinden yoksun olan sanığı savunacak olan müdafîin de savcı ve hakim gibi hukuk bilgisini pekiştirmiş uzman bir kişi olması gerekmektedir. Özellikle iddia makamı karşısında sanığın savunmada yalnız kalması duru-

⁴⁶ YURTCAN Erdener, a.g.e., s.189.

munda, muhakemede çoğu kez istenilen dengenin ve silahlarda eşitliğin sağlanmasını mümkün kılmayacağından, sanığın bir müdafin yardımından faydalanması, muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi bakımından büyük önem ifade etmektedir⁴⁷.

AİHS m.6'nın 3. fıkrasının (c) bendine göre; suç isnadı altında bulunan kimse, kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödenmeksizin yardımından yararlanabilmek hakkında sahiptir. Kendi kendini veya bir müdafin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkı, sadece duruşma bakımından değil, soruşturma evresi bakımından da geçerli bir haktır⁴⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, yargılamanın adil sayılması açısından, sanığın müdafî yardımından fiilen ve gerçekten yararlanmış olup olmadığı denetlenmektedir⁴⁹. Mahkeme, sorgulamanın başında avukatın yokluğunu adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir.

Adil yargılanma hakkına saygılı olmak ve bunun gerektirdiği usul hükümlerine Ceza Muhakemesi Kanununda yer vermek, söz konusu dengenin, bireyin hak ve özgürlüklerine ilişkin kısmını karşılamaktadır. Sanık veya müdafin savunmasını hazırlamak için zorunlu vasıtalar ve zamana sahip kılınması, müdafin sanık ile temas etmek ve dosyaya ulaşmak olanağının her evrede kabul edilmesi bu hak kapsamında kabul edilmelidir.

Sözleşme'nin amacı; özellikle adil yargılama hakkının demokratik bir toplumda oynadığı önemli rol gereği, söz konusu bent sanığa teorik ve hayali değil, fakat somut ve gerçek bir savunma sağlamayı hüküm altına almaktadır⁵⁰.

Brennan İngiltere'ye karşı (16.01.2002) davasında sanığın bir müdafiden yararlanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Mahkeme'ye göre, adil yargılanma hakkını koruyan 6. madde, yargılama başlamadan önceki evreyi de ilgilendirir. Ancak, olayda müdafî ile görüşmesinin ertelenmesine, suç ortaklarının bilgilendirilmesini engelleme kaygısıyla ve dolayısıyla iyi niyetle karar verildiğine ve bu erteleme döneminde başvuru sahibinin kendisini suçlayacak hiçbir itirafta bulunmadığını dikkat çeken mahkeme 6. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ancak Mahkeme, müdafinin başvuru sahi-

⁴⁷ TOROSLU Nevzat , FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s.135.

⁴⁸ KARAKEHYA Hakan, a.g.e., s.100.

⁴⁹ Kom.R. Can/ Avusturya, 12.07.1984, I/İsviçre, 14.05.1992.

⁵⁰ T İtalya'ya karşı, 12.10.1992.

biyle görüşmeleri sırasında odada daima bir polis bulunduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, sanığın müdafiiyle üçüncü kişilerin iştirme mesafesinin dışında görüşme hakkının adil yargılanma hakkının en temel gerekleri arasında olduğunu bildirmiş ve 6. maddenin f.III c bendinin ihlaline karar vermiştir.

Sanığa sağlanan bu haklar mutlak olmayıp, gereğinde bazı sınırlamalara tabi tutulabilecektir. Bu bentte önemli olan husus sanığın, yargılamanın bir safhası bakımından değil fakat muhakeme faaliyetinin bütünü içinde, fiilen ve gerçekten bir avukatın yardımından, gerektiği şekilde yararlanıp yararlanmadığıdır⁵¹.

Mahkeme, İmbrioscia İsviçre'ye karşı (24.10.1993) davasında, sanığa sahip bulunduğu hakları (konuşmak zorunda olmadığı, isterse avukat çağırabileceği..) tutuklama anında kendisine bildirilmemesini; sanığın duruşmadan önce yapılan sorgulamalarında hazır bulunup, kendisiyle devamlı temas halinde olan; sorgu zabıtları dahil dava dosyasını inceleme olanağına sahip avukatın duruşmaya re'sen davet edilmemiş olmasını; yargılamada, ilgilinin, bent hükmü uygun olarak bir avukatın yardımından gerçek şekilde yararlandığı gerekçesiyle 6. maddenin c bendine aykırı bulmamıştır.

John Murray İngiltere'ye karşı, (08.02.1996) davasında sanığa gözaltı sırasındaki sorgulama esnasında, konuşmak zorunda olmadığı, fakat sükununun aleyhinde yorumlanabileceği söylenmiş ve ilk kırk sekiz saat boyunca kendisinin bir avukatla temasına izin verilmemiştir. Mahkeme bu durumu 6. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir⁵².

Sonuç

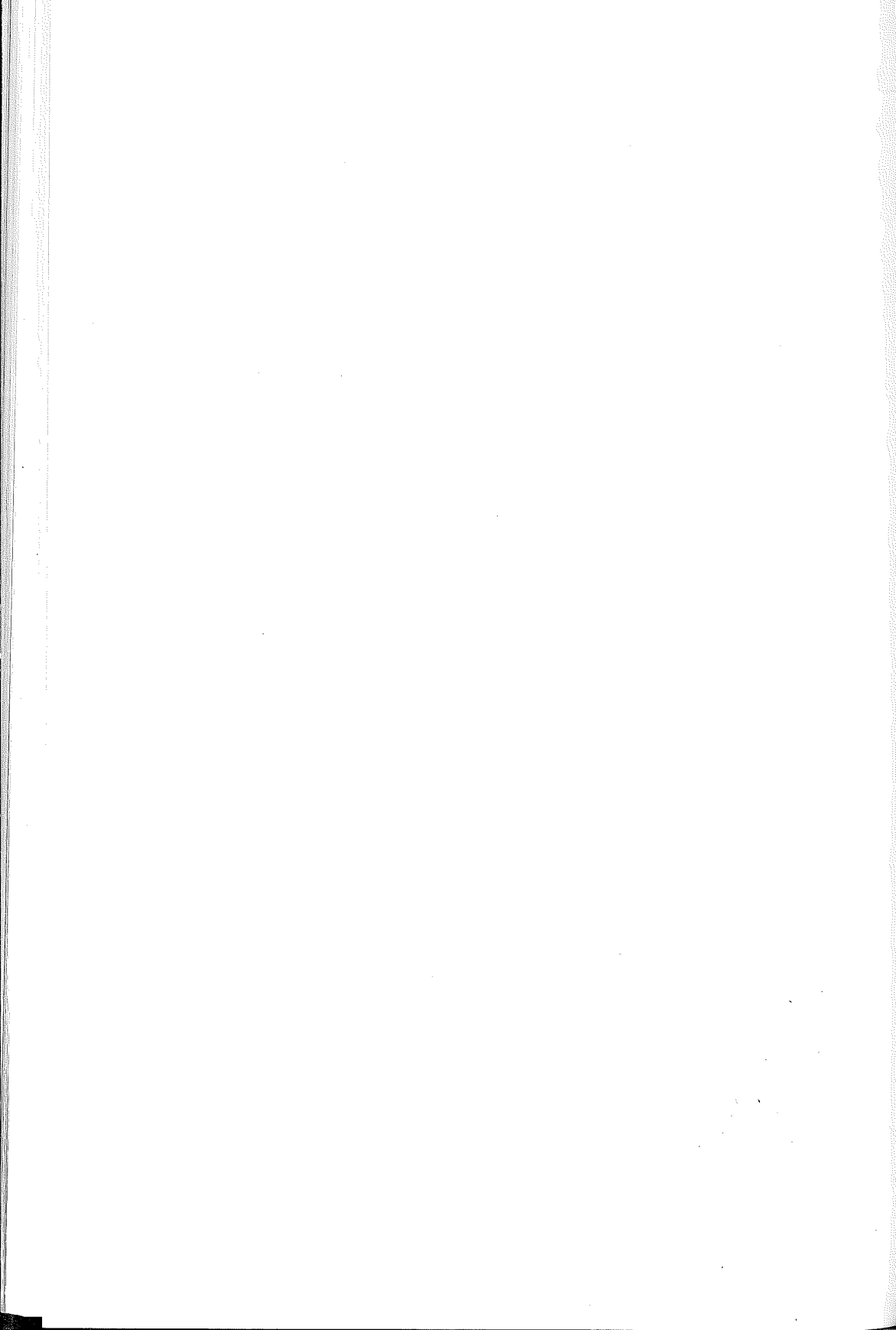
Ceza yargılamasının savunma makamını müdafî temsil eder. Ceza yargılamasının adalete en uygun şekilde işlemesi ve hakikate ulaşılması açısından, müdafî önemli bir rol oynar. Savunmasını tam olarak hazırlayabilmesi ve savunmasını en iyi şekilde yapabilmesi için müdafî bir takım haklar verilmiştir. Bu haklar çeşitli şekillerde Ceza Muhakemesi Kanunumuzda düzenlenmiştir. Bu haklara riayet edilmesi ceza muhakemesi hukukunun önemli ilkelerinden olan silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama açısından belirleyicidir. Ancak uygulamada müdafî bu haklarını kullanırken çeşitli zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu hakların en iyi şekilde kullanılabilmesini sağlamak için öncelikle ceza yargılamasında yer alan her sujeye bu hakların en iyi şekilde anlatılması gerekir. Özellikle avukat arkadaşlarımız kendi sahip oldukları hakları bilmelidirler. Uygulamada karşılaşacakları zorluklara rağmen bu haklarını kullanma konusunda ısrarcı davranmalıdırlar.

⁵¹ Rosa Tripodi İtalya'ya karşı, 14.10.1992.

⁵² S. İsviçre'ye karşı, 28.11.1991.

Kaynakça

- CENTEL Nur, ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2006, İstanbul.
- CENTEL Nur, Ceza Hukukunda Müdafî, 1994, İstanbul.
- DOĞAN Erdal, Müdafilik ve Sanık Hakları, İstanbul Barosu Yayınları, Cep Kitapları 8, 2006, İstanbul.
- DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, 1982, İstanbul.
- HAKERİ Hakan, ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 2007, Ankara
- KARAKEHYA Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, 2008, Ankara.
- KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2006, İstanbul.
- KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1998, 10. Bası, İstanbul.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami, DURSUN Selman, Türk Hukuku'nda Müdafin Yasaklılık Halleri, 2004, Ankara.
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2006, 9. Baskı, Ankara.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, Avukatın Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 1999.
- TOROSLU Nevzat , FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.
- YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 2007, 12. Bası, İstanbul.



*İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi **

(Termination of Employment Contract With a Valid Reason)

*Şule ULUÇ ***

Özet: 4857 sayılı İş Kanunu ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilebilmesi için ILO sözleşmesinde belirlendiği üzere geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir. İş Kanununa getirilen önemli bir yenilik de fesihden önce işçiye savunma hakkının tanınmasıdır. Geçerli sebep geniş kapsamlı bir kavram olduğu için söz konusu kavrama objektif ölçütlere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmış ve madde gerekçesinde bazı örneklerle yer verilmiştir. Bu çalışmada önce kısaca geçerli sebeplerin neler olduğuna değinilecek ardından iş akdinin geçersiz nedenle feshinin sonuçlarına geniş olarak yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İş sözleşmesi, Fesih, İş güvencesi, Geçerli neden, 4857 sayılı İş Kanunu, ILO sözleşmesi

Abstract: *Labor Law Nr. 4857 introduced the obligation of the employer to cite a valid reason when terminating the employment contract with an indefinite term, in accordance with ILO Agreement. An employee's right to defense before the termination of the contract is another important change brought by the Labor Code. Since "valid reason" is a broad term, a suitable content has been tried to assign, in line with objective criteria, and some examples have been provided in the motives of the relevant Article. This study will briefly mention possible valid reasons, and consequences of the invalid termination of contract will be examined in detail.*

Keywords: *Employment contract, termination, occupational guarantee, valid reason, Labor Law Nr. 4857, ILO agreement*

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Avukat, İstanbul Barosu.

I. Giriş

4473 sayılı Kanun ve yürürlükte olan 4857 sayılı Kanun ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilebilmesi için, 158 sayılı ILO sözleşmesinde belirlendiği üzere geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Geçerli sebebin neler olabileceği madde içinde belirtilmiş olup İş Kanunu (İK) m. 18/1 hükmü;

“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”

şeklindedir. Buna göre iş güvencesinin kapsamı dışında kalanların sözleşmelerinin işverence süreli feshinde İK m. 17 uyarınca herhangi bir geçerli sebebin belirtilmesi gerekmezken, iş güvencesinin kapsamındaki sözleşmesinin süreli feshinin İK m. 18 uyarınca geçerli nedenlere dayandırılması gerekir¹. İşveren fesih bildiriminde iş sözleşmesinin **fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmek** zorundadır². Fesih ister haklı nedene isterse geçerli sebebe dayansın, kanunda öngörülen **fesih nedenlerinin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığı bildirilmesi** gerekir. Fesih bildiriminin sonradan yazılı olarak yapılması halinde de mahkeme feshin geçersizliğine karar verecektir. Bununla birlikte gerek 4773 sayılı Kanuna gerekse 4857 sayılı Kanuna göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapsa da herhangi bir sebebe dayandırmadığı fesih işlemi salt bu nedenle geçersiz sayılacaktır³.

İş Kanunu'na getirilen önemli bir yenilik de **fesihden önce işçiye savunma hakkının tanınması**dır. 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 7. maddesine uygun olarak, bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi *davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle* feshedilmek isteniyorsa, önce hakkındaki iddialara karşı savunması alınacaktır. Bunun istisnası İK m.25/2'dir. İşçinin davranışı veya verimden kaynaklanan geçerli nedenle iş akdinin feshi halinde işçinin savunmasının alınmaması feshi geçersiz kılacaktır⁴.

Geçerli sebep geniş kapsamlı bir kavram olduğu için söz konusu kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmış ve madde gerekçesinde bazı örneklere yer verilmiştir. Bu çalışmada önce kısaca geçerli sebeplerin neler olduğuna değinilecek ardından iş akdinin geçersiz nedenle feshinin sonuçlarına geniş olarak yer verilecektir.

¹ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 2006, 3. Bası, İstanbul, s.443.

² Yarg. 9. HD, 07.04.2005, E. 2005/9843, K. 2005/12440.

³ Yarg. 9. HD, 27.10.2003, 2003/18040-18119, ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2005, 1. Bası, Ankara, s.71.

⁴ TUNÇOMAĞ Kenan, CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, 2003, 1. Bası, İstanbul, s.200.

II. Geçersiz Nedenle İş Akdinin Feshi

İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen "geçerli sebepler", İK m.25'te düzenlenen "haklı sebepler" kadar ağır olmayan sebepler olup bu iki fesih türü birbirinden belli başlı nedenlerle ayrılmaktadır. Şöyle ki, işverenin iş sözleşmesini "**geçerli sebeple feshinde**" iş ilişkisini sürdürmek kendisi açısından **beklenemeyecek bir hal** aldığından ihbar önellerine uygun olarak iş akdi feshedilmektedir. Buna karşılık "**haklı sebeple feshite**" işverenin iş ilişkisini sürdürmesi kendisi açısından artık **çekilmez bir hal** aldığından işverenin ihbar önellerini beklemesine gerek kalmadan derhal fesih hakkı doğmaktadır. Bu nedenle geçerli sebepler, haklı sebepler kadar ağırlıklı olmamakla beraber işçinin kendisinden veya işletmeden kaynaklanan, işin ve işyerinin normal işleyişini ve düzenini bozduğu, ciddi boyutlarda olumsuz etkiler yarattığı için iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesine imkan vermeyen sebeplerdir⁵.

İK m.18'de "işçinin yeterliliği veya davranışları" ile "işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri" başlıkları altında yer alan sebepler sınırlı olarak değil, örnek olarak verilmiştir. Geçerli nedenle fesih nedenleri çalışmamızın konusu dışında kalacağından burada sadece hükümet gerekçesinde yer alan örneklerle ve geçerli nedenle feshine ilişkin genel açıklamalara yer verilecek olup onların ayrıntılı incelemesi yapılmayacaktır.

İşçinin yeterliliği veya davranışları işçinin kişiliği ve kapasitesi ile ilgili olan sebepleri oluştururken; **işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler** ise işyeri ile ilgili olmaktadır. İK m. 18'in hükümet gerekçesine bakıldığında işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceğinin ancak yargı kararları ile zaman içinde belirginleşebileceğinin belirtildiği görülmektedir⁶. Ancak madde gerekçesine bakıldığında geçerli sebep kavramını somutlaştırmak için verilmiş bazı örneklerle rastlanmaktadır. Bu örnekler aşağıdaki gibidir⁷:

⁵ DEMİR Fevzi, Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, 2006, Sayı 10, s.469; ÖZMEN Remzi, İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2004, 2. Bası, Ankara, s. 53.

Yarg. 9. HD., E. 2003/16929, K. 2004/5256, T. 17.3.2004; "...davacının işyeri amiri teknisyen Kıymet'in gıyabında ve anılan aleyhe söylenen sözler 1475 sayılı yasanın 17/II. Maddesinde düzenlenen ağırlıkta olmayıp haklı fesih sebebi sayılabilecek nitelikte değildir. Kaldı ki eylem işyerinde çalışmayı, üretim akışını aksatabilecek bir eylem de değildir. Nitekim yeni iş yasasında bu tür davranışlar geçerli fesih nedeni sayılıp haklı fesih nedeni sayılmamaktadır...bu tür bir olay kıdem ve ihbarı hak edecek, ancak işe iadeyi sağlamayacak nitelikte kabul edilmektedir."

⁶ GÜNAY Cevdet İlhan, İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, 2004, 2. Bası, Ankara, s.463; ÖZMEN Remzi, age., s. 53.

⁷ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, m.18, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=823>

A) İşçinin Yetersizliği ve Davranışlarından Kaynaklanan Nedenler

a) **İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler:** Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma⁸, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma⁹; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma¹⁰ halleridir.

b) **İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler:** 25'inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olum-

⁸ Yarg. 9. HD., T. 26.04.2004, E. 2004/3740, K. 2004/15625 "...uzman bilirkişi yardımıyla işyerinde keşif yapılarak, yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul süreçte aynı işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arızı mi yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içeriğinde değerlendirilerek sonuca göre hüküm kurulmalıdır."

Yarg. 9. HD., E. 2005/6727, K. 2005/9573, T. 24.3.2005, "...toplanan delillere göre, davalının belirlediği 201 saniyelik zamanın standart bir çalışma süresi olmadığı, performansın belirli periyotlarla ölçümlendiğinde sağlıklı ve kişiden kişiye değişmeyen sonuçlara ulaşılabileceği bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır."

⁹ Yarg. 9. HD., E. 2005/2061, K. 2005/6417, T. 28.2.2005; "davacının Mayıs 2004 tarihinde üç kez, Haziran 2004 tarihinde dört kez sağlık sorunları sebebiyle viziteye çıktığı anlaşılmaktadır 4857 sayılı yasanın 18. madde gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere örnek verilirken işçinin sık sık hastalanmasından bahsedilmiştir. Somut olayda davacının anılan tarihlerde viziteye çıkması geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmelidir."

¹⁰ Yarg. 9. HD., E. 2003/18257, K. 2003/17985, T. 27.10.2003; "...salt emeklilik fesih için geçerli bir neden olamaz. 4857 Sayılı İş Kanunu ile getirilen iş güvencesinin en önemli nedenlerinden biri feshin en son çare olarak düşünülmesidir. Somut olayda davalı birlik bu tür uygulamalara başvurmamış, aksine giderleri arttırıcı ve yeni personel istihdamı kararları almıştır. Somut bu olgulara göre, işverence gerçekleştirilen fesih, geçerli bir nedene dayanmamaktadır."

Yarg. 9. HD., E. 2003/20222, K. 2003/20604, T. 11.12.2003; "Emekliliğin gelmesi tek başına geçerli fesih nedeni değildir. Davacının, işverenin diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise fesih yoluna başvurulması doğru değildir."

z etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek¹¹; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek işini aksatarak işyerinde dolaşmak¹²; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi çimsizlik göstermek¹³, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi hallerde verilebilir.

Geçerli nedenle fesih için sadece yukarıda belirtilen hallerden birinin meydana gelmiş olması yeterli olmamakta, özellikle **işçinin yetersizliğinden ya da davranışlarından kaynaklanan bir fesih söz konusuysa, işçinin davranışının iş ilişkisinde ve işyerinde olumsuzluklara yol açması gerekmektedir.** İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı veya toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim sürecine ve iş ilişkisine herhangi bir etki yapmıyorsa geçerli bir sebep, dolaşmasıyla geçerli bir fesih sayılmayacaktır¹⁴.

B) İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Kaynaklanan Sebepler

Bu sebepler işyerinin iktisadi amacına ulaşması amacıyla alınan işyeri yönetiminin kararlarına dayanmaktadır. İşletmenin varlığını sürdürmesi, rekabet edebilirliğini geliştirmesi, işgücü maliyetlerinin düşürülmesi, verimliliğin ve karlılığın düşmesinin önlenmesi veya artırılması gibi tedbirlerin uygulanması işyeri yönetiminin alacağı kararların bir sonucudur. İşyerinden

11 Yarg. 9. HD., E. 2004/14165, K. 2005/2615, T. 31.1.2005; "Somut olayda, evli olan davacının işyerinde evli bir bayanla birlikte iken kaçması ve birlikte olması, alkollü araç kullanması nedeni ile sürücü belgesine el konulduğu halde işverenden gizleyerek işverenin aracını kullanması, işçinin davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan geçerli nedenlerdir. Ayrıca bu nedenlerle fesih hakkının hak düşürücü süre içerisinde kullanılmaması, feshin geçerli nedenlerle yapılmadığı anlamına gelmez. Başka bir anlatımla, 6 günlük hak düşürücü süre içinde fesih hakkı kullanılmadığı takdirde, fesih haksız hale gelir, ancak geçersiz hale gelmez."

12 Yarg. 9. HD., E. 2004/28159, K. 2004/29943, T. 30.12.2004; "Verilen görevleri yapmayan, mesaiye geç başlayarak görevini aksatan davacının iş sözleşmesinin feshi haklı fesih olarak kabul edilemez ise de geçerli bir fesih sebebidir."

13 Yarg. 9. HD., E. 2004/27599, K. 2005/1413, T. 24.1.2005; "...işçinin iş sözleşmesinin feshi, davalının diğer bir işçisi ile tartışmasından kaynaklanmaktadır. Şu durumda haklı değil geçerli bir fesihten söz edilebilir. Çünkü burada işçinin davranışı işyerinde olumsuzluklara neden olmaktadır. Bu nedenle de işe iade talebinin reddi gerekir."

Yarg. 9. HD., E. 2004/32207, K. 2005/1541, T. 26.1.2005; "Davacının 10-11-12 Mayıs 2004 tarihlerinde işyerine gelmediği, bu tarihlerde hasta olduğu ileri sürülmesine rağmen rapor ibraz edemediği, gelmediği günlerde, şefi tarafından gelmiş gibi gösterildiği ve bu günlerle ilgili olarak tahakkuk ettirilen ücretleri aldığı anlaşıldığından işverenin feshi geçerli nedene dayanmakta olup davacının işe iade isteğinin mahkemece reddedilmesi gerekir."

14 ÖZMEN Remzi, age., s. 54, DEMİR Fevzi, age., s. 486.

kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir.

a) İşyeri Dışından Kaynaklanan Sebepler: Sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi.

b) İşyeri içi sebepler: Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması, ihtiyaç fazlası¹⁵ gibi sebepler olabilir.

Maddede ayrıca özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar da tek tek ve ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır. Böylece iş yasaları ile özellikle güvence altına alınmış olan bazı hak ve özgürlükler hiçbir şekilde fesih için geçerli bir sebep oluşturamayacaklardır. Bu konu yoruma yer vermeyecek bir biçimde hükme bağlanmıştır.

İşletmeden, işyerinden ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeple fesihte, işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan fesihten farklı olarak işçiye ayrıca bir ihtar çekilmesi ve işçinin savunmasının alınması gerekmemektedir. Her ne kadar işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan fesih hali için de kanunda "işçiye ihtar verilmesi" yönünde bir hüküm olmasa da, kanun ispat yükünü işverene yüklediğinden dolayı, işverenin dürüstlük kuralları dahilinde fesih hakkını kullandığını, *feshin son çare olması* ilkesine uygun hareket ettiğini ispatlaması gerekmektedir. Bu açıdan işverenin işçiye daha önce verdiği ihtarlar ile bu durumu belgelemesi ve haklılığını ispatlaması kolaylaşacaktır¹⁶. İhtarın amacı işçiyi hatalı davranışı konusunda uyarmak ve fesih öncesinde davranışını düzeltmesi amacıyla ona imkan tanımaktır.

¹⁵ Yarg. 9. HD., E. 2003/20076, K. 2003/22156, T. 18.12.2003; "mahkemeye davacının en son çalıştığı ünite ve bu üniteye fesih tarihi itibarıyla çalışan personel sayısı öncelikle edilmeli, tespit edilen personel sayısı ile o ünite için saptanan norm kadro durumu karşılaştırılarak davacının gerçekten ihtiyaç fazlası olup olmadığı belirlenmelidir. Yapılacak bu araştırmalardan sonra şayet davacı ihtiyaç fazlası ise fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmeli, aksi halde isteğin kabulüne karar verilmelidir."

Yarg. 9. HD., E. 2003/23204, K. 2003/22988, T. 29.12.2003; "İşverence yapılan feshin sebebi, kesin ve açık olarak yazılı şekilde açıklanmalıdır. Maddi olgulara göre, feshin işletmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez. Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. İstihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir."

¹⁶ DEMİR Fevzi, age., s. 484.

İş Kanununda önemli bir değişiklik de m. 19/2'ye getirilmiş olup bu madde uyarınca;

“Hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi gibi nedenlerle feshedilemez. Ancak işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.”

Dolayısıyla işçiye muhtelif zamanlarda ihtarlar verilmiş olsa bile işçinin savunması alınmadan yapılan fesih geçersizdir¹⁷. Fesih bildirimiyile birlikte veya fesihden sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılacağı gibi, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshi geçersiz hale getirir¹⁸.

İşyeri içinden ve dışından kaynaklanan sebeplerle işverenin “ihtar” ve “savunma” almadan fesih yoluna gitmesi kanun gerekçesinde işverenden son çare olarak istenmektedir. Bir başka deyişle mahkeme işyerinden kaynaklanan nedenlerle fesih yoluna başvurmadan önce, işverenin fazla çalışmaları kaldırması, işçinin rızası ile çalışma sürelerini kısaltması, bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma yöntemlerinin uygulanması, örneğin yoğunlaştırılmış veya denkleştirilmiş iş günleri veya iş haftaları uygulamasına geçilmesi, işin zamana yayılması, işçileri başka işlerde veya birimlerde çalıştırılması imkanının araştırılması, işçinin yeniden eğitilerek işte kalması, hatta grup (holding) içinde kendisine uygun başka bir iş imkanının sunulması vb. fesihden kaçınma olanaklarının bulunup bulunmadığının araştırılması ve **son çare olarak feshe başvurulması** gerekmektedir¹⁹.

Özetle **işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan fesih**te işçinin savunması alınması gerekirken; **işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedenleriyle fesih**te bu zorunluluk aranmamakta ancak feshin son çare olması ilkesine uygun davranılıp davranılmadığına bakılmakta, böylece iş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş akitlerinin feshinde işçiyi koruma mekanizması getirilmiş olmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi sadece işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedenleriyle sınırlı olarak

¹⁷ Yarg. 9. HD, E. 2004/31375, K. 2005/2841, T. 1.2.2005; “Davalı işveren fesih yazısında, davacının davranışlarına dayanmasına rağmen, 4857 sayılı İş Yasası'nın 19. maddesine göre savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermek gerekir.”

¹⁸ DEMİR Fevzi, age., s. 487.

¹⁹ DEMİR Fevzi, age., s. 489; Yarg.9. HD., E. 2004/33414, K. 2005/930, T. 13.1.2005; “İşverence siparişlerde azalma meydana geldiği gerekçesiyle davacının iş akdi feshedilmiş ise de işçi çıkarma yoluna gitmeden önce diğer bölümlerde çalışma olanağının olup olmadığı araştırılmadığı, esnek çalışma ve kısa çalışma gibi uygulamalara başvurulmadığı hizmet akdinin feshinin son çare olduğunun kanıtlanmadığı dosya içeriğinden anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü mümkün değildir.”; Aynı yönde; Yarg. 9.HD.,E. 2004/28980, K. 2004/27502, T. 13.12.2004; E. 2004/23993, K. 2005/408, T. 10.1.2005; E. 2004/27949, K. 2005/1429, T. 24.1.2005; E. 2004/28073, K. 2005/3229, T. 7.2.2005.

uygulanmamalı, işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle yapılan fesihlerde de işçiyi başka işlerde çalıştırmak ya da eğitmek gibi yöntemlere başvurulmak suretiyle uygulama alanı bulmalıdır.

III. İş Akdinin Geçersiz Nedenle Feshinin Sonuçları

İş hukuku mevzuatımızda belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedilmesi doğrudan feshin geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır. Bunun için işçinin öncelikle Kanunda belirtilen süre içinde görevli mahkemede dava açması ya da sözleşmede kararlaştırılmışsa aynı süre içinde hakeme başvurarak feshin geçersizliği yönünde karar alması ve kararın tebliğinden itibaren yine Kanunda belirtilen süre içinde işverene başvurması gerekmektedir (İK m.18, 20, 21). Kanunda belirtilen sürelerde iş mahkemesine ya da hakeme başvurmayan ya da dava açmasına ve feshin geçersizliğine karar verilmesine rağmen kesinleşen kararın tebliğinden itibaren 10 gün içinde işverene işe iadesi için başvurmayan işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli hale gelmektedir²⁰.

İş akdinin geçersiz nedenle fesih süreci sonuçlarıyla birlikte aşağıda sırasıyla irdelenecektir.

A) İşçinin Bir Ay İçinde Mahkemeye Başvurması

Fesih sebebinin geçerli olmadığı kanısında olan işçinin, mahkemede bunun geçersizliğine karar verilmesini istemesi ve mahkemece geçersiz feshe karar verilmesi halinde işverene başvurması "*hak düşürücü sürelere*" bağlanmış olup bu sürelere uyulmaması da fiilen ya da hukuken geçersiz sayılan sebebi geçerli hale getirmektedir. Bu süre hak düşürücü nitelikte olduğundan hakim tarafından resen nazara alınacaktır. Bu süre geçirilmesine rağmen işçinin işe iadesini ve bunun doğurduğu hukuki sonuçları isteme hakkı artık yoktur. Ancak *hak düşürücü bir aylık işe iade davası geçmesine rağmen işçinin şartları varsa ihbar ve kıdem tazminatı ile maddi ve manevi tazminat davası açma hakkının saklı olduğu* unutulmamalıdır. Buna göre;

- İşveren işçiyi fesih bildirimini yazılı yapmamışsa,
- İşveren tarafından yazılı bildirim yapılmasına rağmen iş sözleşmesinin fesih nedeni hiç belirtilmemişse ya da açık ve kesin olarak belirtilmemişse,
- Fesih nedeni belirtilmekle beraber geçerli bir sebebe dayanmıyorsa,
- Fesih sebebi geçerli olsa bile işveren bunu ispat edemiyorsa,

işten çıkarıldığı tarihten itibaren bir ay içinde mahkemeye başvurarak feshin geçersizliğini talep eden işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekir²¹. Fesih bildirimini veya işyerinde işe alınmama gibi hizmet akdinin

²⁰ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracetin, age., s. 189.

²¹ DEMİR Fevzi, age., s.492.

feshini gösteren fiili durumu tespit eden tutanak tarihine göre takip eden ayın ertesi günü akşamına kadar işe iade davası açılabilecektir. Bu tarih her türlü yazılı ya da sözlü delille ispatlanabilir.

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre *işveren iş akdini bildirim sürelerine uyarak feshetmişse*, işçi, davayı iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren değil, yasada açıkça belirlendiği üzere *tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde* açmak zorundadır²². Bu görüş sahiplerine göre iş güvencesine ilişkin amaçların ve sonuçların bir an önce gerçekleşmesi için dava açma önelleri kısa tutulmuş olup işçinin en kısa zamanda dava açarak işe iadesinin sağlanması gerekmektedir²³. Ancak doktrinde bu sürenin sözleşmenin sona ereceği önel süresinin bitiminde açılması gerektiğini savunan diğer görüşe göre ise, işçiyi koruma amaçlı iş hukukuna ve kamu düzenini sağlayan usul hukukuna aykırı sonuçlar yaşanmaması açısından önel süresinin dolmasının beklenmesi daha yerindedir. Üstelik işçinin 8 haftalık ihbar öneli süresince günlük 2 saatlik iş arama iznini toplu kullanmayı tercih edeceği, bu süreç içinde dava açmasının ve vekalet vermesinin zor olacağı belirtilmektedir²⁴. Nitekim Yargıtay'ın yıllık izne yönelik olarak vermiş olduğu bir kararda²⁵ henüz doğmamış bir haktan nasıl vazgeçilemiyorsa, iş sözleşmesi sona ermeden sona ermeye bağlı dava açma hakkının doğması ve kullanılması da mümkün olmamalıdır²⁶. Ancak Yargıtay verdiği kararlarda fesih bildirimlerinin ihbar öneli kullanılarak yapıldığı hallerde fesih tarihinin değil, feshin bildirildiği tarihin esas alınması gerektiğini belirtmiştir²⁷.

²² EYRENCİ S., TAŞKENT S., ULUCAN D., age., s. 139; SÜZEK Sarper, age., s. 471; ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 197.

Yarg. 9. HD., E. 2003/20424, K. 2003/20629, T. 11.12.2003; "...düzenlenen süre hak düşürücü süre olup, mahkemece re'sen nazara alınmalıdır. Madde hükmüne göre, fesih tarihinin değil, feshin bildirildiği tarihin esas alınması gerektiği de açıktır. Buna göre davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olduğundan davanın reddine."

Yarg. 9. HD., E. 2005/11229, K. 2005/13350, T. 14.4.2005; "HUMK'un 193.maddesine göre görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren on gün içerisinde görevli mahkemeye başvurularak davaya devam olunabilir. Somut olayda, davacı işçinin dava dilekçesine görevsizlik kararını eklemek suretiyle hak düşürücü sürenin kesilmiş olduğundan açıkça söz etmesi HUMK.un anılan hükmü çerçevesinde süresinde görevli mahkemeye yapılan başvuru olarak değerlendirilmelidir. Böyle olunca görevli mahkemede açılan dava, görevsiz mahkemede açılan davanın devamı olduğundan hak düşürücü sürenin de görevsiz mahkemede davanın açıldığı tarihe göre hesaplanması gerekir."

²³ SÜZEK Sarper, age., s. 471; DEMİR Fevzi, age., s.493.

²⁴ DEMİR Fevzi, age., s.492.

²⁵ Yarg. 9. HD., 23.12.2003 T., 2003/10839 E., 2003/22571 K.

²⁶ UÇUM Mehmet, İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal Hukuk Dergisi, Ekim-Aralık 2004, DEMİR Fevzi, age., s.494.

²⁷ Yar. 9. HD, 10.01.2005 T. 2005/22743 E. 2005/378 K.; Yarg.9. HD., 11.12.2003 T., 2003/20424 E., 2003/20629 K.

İşe iade davası *davalının ikametgahındaki mahkemede veya işin yapıldığı yerdeki iş mahkemesinde* açılabilir²⁸.

İşe iade davası *ancak işçinin işverence işten çıkarıldığı hallerde söz konusu* olup işçinin kendi isteği ile *istifa etmesi* veya haklı sebeple işten ayrıldığı hallerde (İK m.17, 24) açılmadığı gibi tarafların karşılıklı olarak anlaşarak ikale sözleşmesi ile sözleşmeyi tüm unsurlarında mutabık kalarak feshettikleri hallerde de açılmayacaktır²⁹. Yargıtay'a göre ihbar ve kıdem tazminatları tutarı ile sosyal hakların ödenmesi halinde işten ayrılabilceğini dilekçe ile bildiren işçinin bu isteği üzerine sözleşmenin feshi gerçekleştiğinden işe iade isteğinin kabulü doğru değildir³⁰.

İş hukuku öğretisinde işçinin iş güvencesine yani *işe iadeye ilişkin taleplerinin İK m. 20/3 uyarınca seri yargılama usulüne*, bunun dışında kalan *ihbar, kıdem tazminatı ve diğer alacak hakları konusundaki taleplerinin ise İş Kanununa göre sözlü yargılama usulüne* tabi olacağı bu nedenle de söz konusu taleplerin aynı davada görülmesinin mümkün bulunmadığı ileri sürülmüştür³¹. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 11.09.2003 T., 2003/14494 E., 2003/14267 K. Sayılı kararında da bu görüşü doğrulamıştır³².

“İşçinin işe iadeyle ilgili isteklerin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacaklarının da istenmesi halinde, bu talepler yönünden

²⁸ Yarg. 9. HD., E. 2004/25289, K. 2005/114, T. 10.1.2005; “İş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri yer mahkemesinde de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. Bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup, emredici kural olduğundan uyumsuzluğa bu yer mahkemeleri dışında başka mahkemede bakılamaz.”

²⁹ DEMİR Fevzi, age., s.492.

³⁰ Yarg. 9. HD, 27.12.2004 T., 2004/3208 E., 2004/29589 K. Oysa Yargıtay aynı tarihli başka bir kararında (E.2004/32713, K. 2005/1005) işe iade davası açma hakkını ortadan kaldırmayı öngören protokolün geçersizliğine karar vermiştir. Aynı yönde 23.12.2004 T., E. 2004/16670, K. 2004/29135, ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, 2006, 19. Bası, İstanbul, s. 220.

³¹ SÜZEK Sarper, age., s. 479; Yar. 9. HD., E. 2004/22604, K. 2005/1194, T. 24.1.2005; “Davacı, işe iade kararı üzerine, işverene başvurduktan sonra, muaccel hale gelen boşta geçen süre için 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının alacak olarak belirlenmesi ve miktar olarak hüküm altına alınmasını istemiştir. Davacının bu isteği, feshin geçersizliği ve işe iade davasından bağımsız olarak açılan, eda davası niteliğini taşıyan alacak talebidir. Mahkemece, işe iade isteğinden sonra bağımsız olarak açılan bu alacak davasının tespit niteliğinde kabul edilmesi hatalıdır. Davacının boşta geçen süresi 4 aydan fazla olduğuna göre, üst sınır dikkate alınarak 4 aya kadar ücret ve ödenmesi gereken diğer hakları hesap bilirkişisine hesaplatılmalı ve eda niteliğinde hüküm kurulmalıdır. Ayrıca, değer dikkate alınarak nispi karar harcı ve vekalet ücretine karar verilmelidir.”

³² www.kazanci.com.tr

*yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iade ile birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu **davaların ayrılmasına karar verilerek** yargılama yapılmalıdır...Somut olayda mahkemece davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi yanında ihbar tazminatının da hüküm altına alınması hatalıdır.”*

Dava seri muhakeme usulüne göre **iki ay içinde** sonuçlandırılır. Mahkemenin kararı ancak temyiz aşamasından sonra kesinleşir. Yargıtay kararın **temyizi halinde 1 ay** içinde onama kararı verebilecektir veya kararı bozabilecektir³³. Bu **süreler mahkemelere yönelik olduğundan düzenleyici niteliktedir** ve mahkemenin bu süreden sonra verdiği karar da şüphesiz geçerlidir. Dava seri muhakeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte sonuçlanması uygulamada, öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir. Böyle bir durumda işveren işçiyi ister işe başlatmış isterse işe başlatmamış olsun işçi çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmını ve diğer haklarını alabilecektir³⁴.

Yargıtay’a göre işçinin işe iade isteği, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret taleplerini de içerir. Başka bir deyişle **iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret talepleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin sonucu olup mahkemece bu konularda resen karar verilmelidir**³⁵.

Dava harç ve oranları bakımından da her ne kadar işe iade davalarının tespit mi yoksa eda davası mı olduğu hususu tartışmalı olsa da, Yargıtay uygulamasına göre **bu dava tespit davası niteliğinde** olup açılırken maktu başvurma harcı yatırılmalıdır. Karar ve ilam harcı bakımından da Yargıtay bu harçların maktu olarak alınması gerektiği görüşündedir³⁶.

İş güvencesi tazminatı ve çalıştırılmayan dört aylık sürenin ücretine ilişkin hüküm fıkrası tespit niteliğinde olduğundan **ilamlı icraya konulamaz**. Çünkü ilamlı icranın konusu eda hükümleridir. Vekalet ücreti ve yargılama giderleri konusundaki hüküm bir eda hükmü olduğundan ilamlı icraya konulabilir³⁷.

³³ GÜNAY Cevdet İlhan, age., s.465.

³⁴ ÖZMEN Remzi, age., s. 61.

³⁵ Yarg. 9. HD., 11.09.2003, 2003/14994 K., 2003/14267 E.; Yarg. 9. HD., 29.01.2004, 2003/23816 K., 2004/951 E.; Yarg.9. HD., 08.07.2004, 2004/17868 E., 2004/17365 K.; Yarg. 9. HD., 10.01.2005, 2004/20173, E., 2005/178 K.

³⁶ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 200.

³⁷ Yarg. 12. HD., E. 2004/8990, K. 2004/13067, T. 24.5.2004; “İcra takibinin dayanağı olan ilamın hüküm fıkrasının incelenmesinde; yargılama gideri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımların eda hükmünü içermediği anlaşılmıştır. Dayanak ilam

İşe iade davaları bakımından *zamanaşımı* süreleri bakımından şöyle bir ayırım yapılabilir: **Boşta geçen süre ücreti** sözleşmeden doğan ve işverenin temerrüdü nedeniyle ödenmesi öngörülen bir alacak olduğundan **BK m.126 uyarınca 5 yıllık**; işe iade edilmeme halinde ödenecek **iş güvencesi tazminatı ise BK m. 125 uyarınca 10 yıllık** zamanaşımı süresine tabidir³⁸.

B) Mahkemenin Karar Vermesi

İş mahkemesi işe iade davalarında görevsizlik, yetkisizlik, davanın açılmamış sayılması gibi usul yönünden kararlar verebileceği gibi, davanın kabulü ya da reddi şeklinde esas bakımında da karar verebilir. Bunun dışında işe iade davası açıldıktan sonra işverenin işçiyi işe iade etmesi halinde davanın konusuz kalması da söz konusu olabilir. Ancak işçi boşta geçen süre ücretinden vazgeçmedikçe bu konuda karar verilmesi gerekir³⁹.

a) Davanın Reddi Kararı

İşe iade davası sonunda işçinin iddiaları sabit görülmezse dava reddedilir. Davanın reddi halinde işverenin iş sözleşmesini ya feshetmediği ya da feshin kanuna uygun geçerli veya haklı olduğu sonucuna varılacaktır. Bu hüküm işverenin haklı, işçinin haksız olduğu olduğunu belirleyen bir tespit hükmü niteliğindedir⁴⁰.

b) Davanın Konusuz Kalması

İşe iade davalarında yargılama devam ederken işçi iade edilirse davanın konusuz kalıp kalmayacağı hususu tartışmalıdır. Yargıtay önceki kararlarında davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına ve boşta geçen sürenin hüküm altına alınmamasına karar verirken⁴¹ daha sonra görüş değiştirerek görüşünü boşta geçen süre ücretinin ayrıca hüküm

“tespit” niteliğindedir. Olayda 4857 Sayılı Yasanın 21. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi yargılamayı gerektirmekte olup, ilamlı takip yapılamaz.”

38 ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 269.

39 ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 207.

40 ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 207.

41 Yarg. 9. HD, E. 2003/12444, K. 2003/13125, T. 8.7.2003; “işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Gerçekten, anılan yasanın 13/D maddesi “geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlığını taşımaktadır. Geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır.”

altına alınması yönünde değiştirmiştir⁴². Bazı yazarlarca bu görüş desteklenmiş⁴³, bazı yazarlar da işçinin dava sonuçlanmadan işe alınması halinde bunun taraflar arasında yeni bir sözleşme yapılması anlamına geleceğini ve böylece davanın konusuz kalmayacağını savunmuşlardır⁴⁴. Davanın konusuz kaldığından söz edebilmek için her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hiçbir hukuki yararı kalmamış olması gerekir. Davacının taleplerinden birinin herhangi bir nedenle konusuz kalması diğerinin de kalmasını gerektirmez. Davaya devam edilerek esas hakkında karar verilmesi gerekir. Dava konusu olayda işçinin işe iade talebi açısından hukuki yararı kalmamışsa da boшта geçen sürelerle ilişkin ücret talebi konusunda davanın devamında hukuki yararı vardır⁴⁵.

Öğretide baskın görüşe göre; bu halde **işe iade davası kural olarak konusuz kalacaktır** ve işverenin feshin geçersizliğini kabul ettiği ilke olarak kabul edilmelidir. Davacı işçinin yargılama esnasında işe alınması ile feshin geçersizliğinden sonra işe alınması hali aynı sonucu doğuracaktır. Ancak bu durumda iş güvencesi tazminatı artık söz konusu olmayacaktır. Boшта geçen sürelerle ilişkin **en çok dört aylık ücrete hükmedilmesi ise işçinin açıkça feragat etmemiş veya talebini geri almamış olmasına bağlı** kalacaktır. **İşçi feragat etmemişse, boшта geçen sürelerle ilişkin ücret konusunda karar verilmesi zorunludur⁴⁶. Aksi halde işveren işçiyi geri çağırmak suretiyle bu ücretleri ödemekten kendi iradesiyle kurtulabilir⁴⁷.**

⁴² ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 209.

⁴³ ÖZEKES, (Basılmamış Tebliğ), s.16 (ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age s. 209'dan naklen).

⁴⁴ SOYER, M.P., Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s.37, EKMEKÇİ, Ö: Legal, İHSGD 2004, Sayı 1, s.174, (ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 209'dan naklen); Yarg. 9. HD, E. 2004/499, K. 2004/1489, T. 29.1.2004; "Davacı tarafından temyiz incelemesine konu işe iade ve tazminat davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğinde bulunmaktadır. Bu davet feshi ortadan kaldırmaz. Bu nedenle dava şartlarının kalmadığını kabul ederek davanın reddedilmesi hatahdır."

⁴⁵ SÜZEK Sarper, age., s. 484.

⁴⁶ Yarg. 9. HD, E. 2004/31715, K. 2005/2889, T. 2.2.2005; "boшта geçen süre ücreti, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, boшта geçen süre ücretine ilişkin bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlatılmasıyla, önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir. Davanın açılmasına davalı sebebiyet verdiği için davalı lehine vekalet ücreti takdir edilmemesi isabetlidir. Ancak dava konusuz kaldığından, işe iadeye ilişkin davanın reddi hatahdır. Bu durumda davacı işçi, açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boшта geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir."; aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2005/6244, K. 2005/8054, T. 10.3.2005; Yarg. 9. HD, E. 2005/22600, K. 2005/29567, T. 12.9.2005.

⁴⁷ SÜZEK Sarper, age., s. 484.

Boşta geçen süre ücreti feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresi içinde işverene başvurması koşuluna bağlıdır. Zaten yargılama esnasında işe alınan işçi için bu şartlar gerçekleşmiş kabul edilecektir. Kısaca işçi boşta geçen süre ücret ve diğer haklarından açıkça feragat etmedikçe veya bu konudaki talebini geri almadıkça boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının ve yargılama giderlerine kimin mahkum edileceğinin belirlenmesi bakımından feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekir⁴⁸. Kuşkusuz en çok dört aya kadar ücret miktarının hesaplanmasında, fesih tarihinden kararın kesinleşmesine kadar olan süredeki değil, işçinin işe başladığı tarihe kadar geçen süredeki ücreti göz önünde bulundurulacaktır.⁴⁹ Buna karşın işçi işe iade edildikten sonra işe iade davasından feragat etmişse artık önceki feshin geçersizliğinin tespiti karar verilemeyecek ve boşta geçen süre ücretinin belirlenmesine gerek kalmayacaktır⁵⁰.

Bunun dışında işçinin ölümü ya da işyerinin kapanması halinde de dava konusuz kalacaktır. **İşçinin ölümü** halinde dört aylık ücret talebi bakımından da dava konusuz kalacaktır. Zira dört aylık ücret için işçinin süresinde işe başlatılmak için başvurmasına bağlıdır. Mirasçılardan işverene başvurusu iş sözleşmesinin kişiselliği uyarınca mümkün olmayacaktır. Ancak işçi bu başvuruyu yaptıktan sonra işçi ölmüşse o zaman mirasçılar da işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve diğer hakları talep edebileceklerdir. **İşverenin ölümü** halinde ise eğer iş akdi işverenin kişiliği esas alınarak yapılmadıysa ölüm halinde, işyeri külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçecek ve mirasçılara karşı davaya devam edilecektir⁵¹.

Yargılama esnasında ya da işçinin 10 iş günü içinde işe başlatılmak için yapacağı başvurudan önce **işyeri kapatılırsa** işçinin işe iade talebinin bir anlamı olmayacağı gibi, işçi boşta geçen süre ücretini ve tazminatı da isteyemeyecektir. Buna karşılık işçi 10 günlük süre içinde başvurduktan ancak işverene tanınan bir aylık süre dolmadan işyeri kapanmışsa işçi artık boşta geçen süre ücretini talep edebilecektir. Zira işçi işverene başvurmakla ücrete hak kazanmıştır⁵².

⁴⁸ Yarg. 9. HD, E. 2004/448, K. 2004/2029, T. 12.2.2004; "Davacı davasından açıkça feragat etmedikçe, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin 4 aylık ücretini talep edebilmesi için daha önce yapılmış feshin geçerli olup olmadığı konusunda bir karar verilmelidir."

⁴⁹ SÜZEK Sarper, age., s. 484.

⁵⁰ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 211.

⁵¹ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 211.

⁵² ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 212.

c) Davanın Kabulü Kararı

İşe iade davasında işveren feshin haklı veya geçerli nedene dayalı yapıldığını ispatlayamazsa davanın kabulüne karar verilecektir. Mahkemece feshin geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna varılırsa İK m.21 uygulanacaktır. İK m.21'de *işverene işçiyi işe iade* veya *tazminat ödeme seçeneklerinden birini seçme hakkı* tanınmıştır. Buna karşılık *işçi* feshin geçerli olmadığını ileri sürerek mahkemeden *ancak işe iadesini talep edebilecektir*. İşçiye işe iade yerine en az dört aylık en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat talep etme olanağı ve bu yönde bir seçim hakkı tanınmamıştır. Bu konuda *seçim hakkı sadece işverene ait* olup işçiye bu hakkın tanınması işverenin elinden bu seçim hakkını almak anlamına gelir. Aynı şekilde mahkemece de geçersiz feshi karar verildiğinde işe iade yerine tazminata hükmedilemez. Mahkemece öncelikle işçinin işe iadesine, sonra da iadenin işverence kabul edilmemesi halinde işverence ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatına hükmedilir. Bununla birlikte işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar ücretinin ve diğer haklarının ödenmesine karar verilir⁵³.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde iş ilişkisi taraflar arasında başından beri aynen tüm hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder. Dolayısıyla burada mutlak anlamda bir geçersizlikten söz etmek doğru olmayacaktır⁵⁴.

C) İşe İade Edilen İşçinin On İş Günü İçinde İşverene Başvurması

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen *işçi kesinleşen mahkeme ya da özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak* mecburiyetindedir. İşçi bu süre içinde işverene başvurmadığı takdirde yapılan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (İK m.25). Buna karşılık işçi İK m.21/1 ve 3'de yer alan iş güvencesi tazminatı ile en çok dört aya kadar boşa geçen sürelerle ilişkin ücretini talep edemez⁵⁵. Ancak işverenin şartları gerçekleşen ihbar ve kıdem tazminatı ile maddi ve manevi tazminat yükümlülüğü devam eder⁵⁶.

*İşe başlatılmayı istemeyip sadece tazminat ve boşa geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını talep eden işçi başvuruda bulunmamış sayılacaktır*⁵⁷. Bunun gibi işçinin işe *iade talebi ile birlikte iş akdinin*

⁵³ SÜZEK Sarper, age., s. 480-481.

⁵⁴ SÜZEK Sarper, age., s. 481.

⁵⁵ SÜZEK Sarper, age., s. 482.

⁵⁶ DEMİR Fevzi, age., s.496.

⁵⁷ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 257.

feshinden doğan kıdem-ihbar tazminatı ile ödenmemiş ücret gibi işçilik alacaklarını da isteyememesi gerekir. Çünkü hem feshin geçersizliği ile işe iadeyi talep etmek hem de feshin sonucuna bağlı olan tazminatların istenmesi çelişkilidir. İşe iade davası iş ilişkisini ayakta tutmaya yönelik bir dava olduğu halde kıdem ve ihbar tazminatı alacağı davası, iş sözleşmesinin sona erdiğini kabul eden bir davadır. Yargıtay'a göre de işe iade ve kıdem-ihbar tazminatı gibi doğuşu iş akdinin sona ermesine bağlı işçilik hakları birlikte talep edilen davalarda öncelikle **davaların ayrılmasına** karar verilerek işe iade davasının sonucu kesinleşinceye kadar **kıdem ve ihbar tazminatı talepli dava bekletici mesele** yapılacaktır⁵⁸.

Eğer işçi işe iade talebinin yanında sadece hak ettiği halde kendisine ödenmemiş ücretlerini talep ederse; işe iade davası seri yargılama usulüne, ücret alacağı ise sözlü yargılama usulüne tabi olduğundan yine davaların ayrılmasına karar verilmelidir⁵⁹.

Feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde iş akdi herhangi bir kesintiye uğramaksızın devam ediyor sayılır. Nasıl işverenin işçiyi işe başlatmaması fesih niteliği taşıyorsa, aynı şekilde işçinin işe başlamaması da fesih niteliği taşır⁶⁰.

Kanunda belirtilen "**on iş günü**" olarak belirtilen süre de **dava açma süresi gibi hak düşürücü** bir süredir. Bu süre "**kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden**" itibaren başlar. İşçinin bu on gün geçtikten sonra işverene başvurması halinde işveren bu başvuruyu artık kabul etmek zorunda değildir. Fesih bildirimini yapıldığı tarih itibariyle işçi artık o işyerinin işçisi sayılmayacaktır. Eğer işçi on günlük süre içinde işe başlama iradesini işverene bildirmiş ancak bu bildirim on günlük süre geçtikten sonra işverene ulaşmışsa hak düşürücü süre geçmiş olur.

Kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işverene başvurmasına rağmen kötüniyetli işverence bu durumun inkar edilmesi tehlikesi karşısında işçinin işyerine basit bir başvurusu yetmemekte, aynı zamanda bunu ispat etmesi gerekmektedir. Bu riski ortadan kaldırmak isteyen işçi işyeri çalışanlarına tutanak tutturabileceği gibi noter aracılığı ile de başvuru yapılabilir. Ancak bunun da masraflı olması ve tebligatın gecikmeli ya da usulsüz yapılmış olma riski karşısında doktrinde işçinin tebligat amacıyla resmi yerlere başvurusunun yeterli sayılarak ayrıca tebligatın ulaşmasının aranmaması gerektiğini ya da "**işçinin başvuruda bulunması zorunluluğunun**" "**işverenin çağrıda bulunması zorunluluğuna**" dönüştürülmesi gerektiğini, böyle bir çözümün iş güvencesi felsefesine ve işçinin korunması ilkesine daha uygun olacağını ileri süren görüşler yer almaktadır⁶¹.

⁵⁸ <http://www.akader.info/sbard/sayilar/2005Eylül/7.pdf>

⁵⁹ <http://www.akader.info/sbard/sayilar/2005Eylül/7.pdf>

⁶⁰ EYRENCİ S., TAŞKENT S., ULUCAN D., age., s. 143.

⁶¹ DEMİR Fevzi, age., s. 496.

İşçinin işverene Kanunda öngörülen süre içinde başvurması halinde iki ihtimal söz konusu olabilir. İşveren işçiyi işe başlatabilir ya da işe başlatmayıp Kanunda öngörülen tazminatı ödemeyi seçebilir.

a) İşçinin işe başlatılması

İK m.2'ye göre mahkemenin ya da özel hakemin yapılan feshi geçersiz bulması ve işçinin işe iadesine karar vermesi durumunda, **işveren karar tarihinden itibaren bir ay içinde** işçiyi işe başlatmak zorundadır. Aksi halde işçiyi tazminat ödemekle yükümlü olacaktır.

Dava seri muhakeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte uygulamada davanın sonuçlanması Kanunda öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir. Ancak dava uzasa dahi işveren işçiyi ister işe başlatmış, isterse başlatmamış olsun kararın kesinleşmesine kadar **işçinin çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini** ve diğer haklarını ödemekle yükümlü olacaktır⁶². Ancak işe başlatmamanın sonucu olan iş güvencesi tazminatını ödemekten kurtulacaktır.

İK m.20/1'deki dört aylık sürenin öngörülmesinde işçinin iş mahkemesinde dava açması için gereken İK m.20/3'teki dava açma süresi esas alınmıştır. Ancak ülkemizde davaların aylarca ve hatta yıllarca sürdüğü ve feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde iş akdinin hiç kesintiye uğramadan devam ettiğinin kabul edildiği düşünüldüğünde, işçinin korunması prensibini temel alan iş hukukunda işçiyi çalıştırılmadığı bu sürenin sadece dört aya kadar olan kısmının ücretinin verilmesinin pek de adilane bir çözüm olmadığı ortadadır. Nitekim doktrinde pek çok yazar tarafından da bu görüş ileri sürülmüştür⁶³.

Bu dört aylık ücret işçinin işine son verilmese idi dört aylık süre içinde elde edeceği giydirilmiş ücret olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁶⁴. Maddedeki "diğer haklar" ifadesi de bunu göstermektedir⁶⁵. Bunun gibi işçi iade edilen işçi yeni işe alınan işçi gibi değerlendirilmeyerek **geçersiz sayılan fesih tarihinden işe başlatıl-**

⁶² EYRENCİ S., TAŞKENT S., ULUCAN D., age., s. 141.

⁶³ SÜZEK Sarper, age., s. 487, EYRENCİ S., TAŞKENT S., ULUCAN D., age., s. 141, GÜZEL Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, 116.

⁶⁴ Yarg. 9. HD, E. 2003/19181, K. 2003/19777, T. 1.12.2003, "Feshin geçersizliğinin kabulü halinde işçinin Mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve "diğer hakların" kendisine ödeneceği düzenlenmiştir. Dosya içeriğinden davacının ikramiye ve yemek ücreti haklarının olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu hakları nazara almadan brüt çıplak ücret üzerinden karar vermesi ve miktar belirlemesi hatalıdır."

⁶⁵ EYRENCİ S., TAŞKENT S., ULUCAN D., age., s. 142.

dığı tarihe kadar yürürlüğe giren tüm zamlardan yararlandırılacaktır⁶⁶. Diğer yandan Yargıtay iş güvencesi tazminatında olduğu gibi boşta geçen süreye ilişkin ücretin süre itibariyle saptanması ile yetinilmesini, miktar olarak belirlenmemesi gerektiğini kararlaştırılmaktadır⁶⁷.

İşveren süreli fesih hakkını kullanırken bildirim sürelerine uymak yerine bu sürelerle ilişkin ücreti peşin vermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmiş (İK m.17/5) ve işçinin hak ettiği kıdem tazminatını ödemiş olabilir. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde ise yapılan bu ödemeler hukuki dayanaktan yoksun kalır. Dolayısıyla bu ücretlerin işçi tarafından işverene iadesi, işçiye ödenecek boşta geçen sürelerle ilişkin ücretten mahsubu gerekir⁶⁸. İşçiye ödenmiş bulunan ihbar ve kıdem tazminatının işçi tarafından iade edilmemesi halinde bunlar ancak dava ya da icra takibi gibi yasal yollarla işçiden tahsil edilebilecektir. İşverenin işçiyi işe başlatmaması şarta bağlı tutulamayacağından dolayı ödenmiş bulunan ihbar ve kıdem tazminatının işverene geri ödenmesi koşuluna da bağlı tutulamaz. Bu tarz bir davet işe başlatmanın hukuki sonuçlarına neden olacaktır⁶⁹.

Gerek doktrinde gerekse Yargıtay uygulamasında kabul edildiği üzere boşta geçen süreye ilişkin ücretler işçinin işverene başvurması ile muacceliyet kazandığından, faizin başlangıcının dava tarihi değil işçinin işverene başvurduğu tarih olarak kabulü gerekir⁷⁰.

⁶⁶ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 260.

⁶⁷ Yarg. 9. HD, E. 2004/5846, K. 2004/5621, T. 22.3.2004, "4857 sayılı Kanunda özel hakem yolu ile çözümlenebilecek uyuşmazlıklar feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı olarak belirlenmiş olup, kalan diğer uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir. Özel hakem kararlarında işe başlatmama halinde tazminata ve dört aya kadar boşta geçen süre için ücret alacağına miktar belirtilmeden karar verilmesi gerekir."

Yarg. 9. HD, E. 2003/19348, K. 2003/19644, T. 20.11.2003, "4857 s. yasanın 21. maddesinin 3. fıkrasında, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği öngörülmüştür. Bu madde hükmüne göre ücretin süresinin kesin olarak saptanması ve tutarının gösterilmesi de doğru değildir."

⁶⁸ SÜZEK Sarper, age., s. 482.

⁶⁹ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 260.

⁷⁰ Yarg. 9. HD, E. 2003/18733, K. 2003/18729, T. 6.11.2003, "1475 sayılı İş Kanununun 4773 sayılı Kanunla değişik 13/D maddesinde, tazminatın alt ve üst sınırları gösterilmiştir. Davacının kıdemi 4 yıl 6 ay 12 gündür. Buna göre gerekçe dahi gösterilmeden tazminatın alt sınırdan ayrılarak 8 ay olarak belirlenmesi fazladır. Tazminat miktarı belirlenirken davacının brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılmalı; ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır. Öte yandan en çok 4 aylık ücret alacağı işçinin işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olacaktır faiz başlangıcı da bu tarih olmalıdır. Yazılı şekilde ücret alacağına dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de hatalıdır."

İşçinin bir ay içinde eski işine ya da bu mümkün değilse unvan ve diğer özelliklerine uygun benzer bir işe verilmesi gerekir. İşçinin eski işinden farklı ve diğer işinden daha ağır bir işe başlatılmak istenmesi halinde işçi bu işe başlamak zorunda değildir. İşçi bu koşullarda işyerinde çalışmak istemezse işveren geçersiz feshin sonuçlarına katlanacaktır. İşveren işçiyi eski işine iade etmekle birlikte bir süre sonra iş koşullarını değiştirirse 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır⁷¹.

b) İşçinin İşe Başlatılmaması

İK m.2 uyarınca mahkemece feshin geçersizliğine karar verilir ve işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmazsa iş akdi bu bir aylık işe başlatma süresinin dolması tarihinde veya bu süre içinde işverenin işçiyi işe başlatmaya yönelik irade açıklamasıyla feshedilmiş sayılır. Böyle bir durumda işveren için bazı yükümlülükler doğacaktır:

i. İK m.21/4 uyarınca işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmişse ya da bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse bu sürelerle ait **ihbar tazminatının** ayrıca ödenmesi gerekecektir.

ii. Bununla birlikte işçinin işe başlatılmamasıyla iş akdi işverence feshedilmiş olduğundan işçiye ödenmeyen **kıdem tazminatının** da ödenmesi gerekir.

iii. İşçiye bu hakları daha önceden ödenmişse geçersiz sayılan fesih ile işe başlatılmama tarihi arasında geçen sürede iş akdi devam ettiğinden ve bu süre de işçinin kıdeminden sayılacağından söz konusu sürenin **getireceği farkların da işçiye ödenmesi gerekecektir⁷²**.

İşçinin işverence işe başlatılmama tarihinde iş akdi sona ermiş sayılacağından işçinin ihbar ve kıdem tazminatı da bu tarihteki **giydirilmiş ücret** esas alınarak hesaplanacaktır. Dolayısıyla işçinin çalıştırılmadığı süre içinde meydana gelen zam ve tavan artışları da göz önünde bulundurulacaktır. Ancak işçinin **çalıştırılmadığı sürenin hepsi değil sadece kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücrete tabi süre esas alınmalıdır⁷³**.

iv. İşçi ister işe alınsın isterse alınmasın işveren mahkeme kararının kesinleşmesine kadar işçinin **çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş olan ücret ve diğer haklarını** ödemek zorunda kalacaktır⁷⁴.

⁷¹ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 261.

⁷² ÇELİK Nuri, age., s. 229.

⁷³ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 262.

⁷⁴ GÜNAY Cevdet İlhan, age., s.469.

İşçinin boшта geçen süresinin dört aydan fazla olması ve ücrette de sonradan artış olması halinde dört aylık sürenin hangi tarihten itibaren başlatılacağı konusu önemlidir. Söz konusu sürenin **işçinin fiilen işten ayrıldığı yani çalıştırılmadığı tarihten itibaren**, iş sözleşmesi önel verilerek bitirilmişse önelin bitim tarihinden itibaren başlaması gerekir. Dava önel içinde sonuçlanır ve kesinleşirse boшта geçen süre olmayacağından ücrete de karar verilemeyecektir. Ancak kararın kesinleşmesine kadar **çalıştırılmadığı süre varsa bu durumda önelin bitiminden itibaren anılan süre başlayacaktır. İşçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık sürede yürürlüğe giren zamlar söz konusu ücretin belirlenmesinde dikkate alınacaktır.** Bu süre içinde iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile ya da işyeri uygulamasından doğan ikramiye, giyim ve yakacak yardımı gibi haklar da hüküm altına alınmalıdır. Ancak işçinin fiilen çalışmasına bağlı olarak yapılan ulaşım, yemek giderleri gibi yardımlar talep edilemeyecektir⁷⁵.

En çok dört aylık ücretten sigorta priminin de kesilmesi gerekmektedir. Nitekim Sosyal Sigortalar Kurumu işçinin boшта kaldığı en çok dört aylık süre ücreti ve diğer haklardan prim alınmasını ve bu sürenin hizmetten sayılacağını kabul etmektedir. En çok dört aylık ücretten işçinin gelir getirici bir işte çalışması halinde işsizlik ödeneğinin de kesilmesi gerekir⁷⁶.

Geçersiz fesihle bulunduğu saptanan işveren işçiyi işe başlatmazsa İK m.21/1 ve 21/2 uyarınca **en az dört aylık en çok sekiz aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı** ödemek zorunda kalacaktır. Şayet fesih işçinin sendika üyeliğine, sendikal faaliyetlerine ya da işyeri sendika temsilciliğine dayanıyorsa hükmedilecek iş güvencesi tazminatı SK m.30/2 uyarınca işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır.

İş güvencesi tazminatına hükmedilmesi için işçinin bunu ayrıca talep etmesi gerekmez⁷⁷. Çünkü bu tazminat işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmesinin bir sonucudur⁷⁸.

İş güvencesi tazminatı **bir ayın sonundaki çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanmalı**, ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır⁷⁹.

⁷⁵ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 265-268.

⁷⁶ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 269.

⁷⁷ Yarg. 9. HD., E. 2003/14994, K. 2003/14267, T. 11.9.2003; "İşçinin işe iade isteği, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boшта geçen süreye ait ücret taleplerini de içerir. Bir başka anlatımla, iş güvencesi tazminatı ve boшта geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi, bu hususlar işe iadenin sonucu olup, mahkemece bu konularda da karar verilmelidir."

⁷⁸ GÜZEL Ali, age., 108.

⁷⁹ Yarg. 9. HD., E. 2003/12544, K. 2003/16689, T. 9.10.2003.

İşverenin mahkemenin kesinleşen iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmaması durumunda ödeyeceği tazminat, işçinin on günlük süre içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işçinin işe alınmaması durumunda muaccel olacaktır⁸⁰. İşe iade kararına rağmen işçinin işe başlatılmaması **halinde bu kararın işçiye tebliğ edildiği tarihte emsal işçinin ücreti** hangi düzeye gelmişse o ücret esas alınarak dört ile sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödenmelidir. **İşveren daha önce işe iadeyi reddetmediği takdirde bir aylık işe başlatma süresinin sona erdiği tarihte tazminatın ödenmemesi halinde faiz işlemeye başlayacaktır.** Bu bir aylık sürenin sonu zamanaşımı yönünden de başlangıç noktasıdır⁸¹.

İş güvencesi tazminatın işleyecek faiz işçinin işe iade edilmediği tarihten itibaren işlemeye başlarken; dört aylık süreye kadar ödenecek ücret ve haklara işleyecek faiz, hükmün kesinleştiği, en geç kesin hükmün işverene tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır. Zira bu dört aya kadar olan ücret ve haklar işçinin süresinde işverene başvurması koşuluyla ve işverenin işçiyi işe başlatmasından bağımsız olarak belirlenmiştir. Kanunda bu tazminat için özel bir faiz öngörülmediğinden yasal faiz uygulanmalıdır.

Doktrinde işe başlatmama tazminatına yasal faizin işe başlatma talebinin reddi tarihinden itibaren yürütülmesini, boşta geçen sürelerle ilişkin ücret faizinin ise kesinleşen mahkeme kararının öğrenildiği tarihten itibaren on günlük süre içinde işverene yapılan başvuru tarihinden itibaren yürütülmesi gerektiğini ileri sürenler vardır⁸².

Yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadına göre **tazminatın süre olarak belirlenmesi yeterli olup rakamsal olarak tutarın gösterilmesine gerek bulunmamaktadır.** Dolayısıyla boşta geçen süre alacağı ve tazminata hükmedilmesi tespit niteliğinde olduğundan bunların kaç aylık ücret tutarında olduğu belirlenecek, ayrıca tazminat miktarı ve tahsile ilişkin hüküm kurulmayacaktır⁸³. Tazminat miktarının tespit edilmesinde işçinin kıdemi, fesih nedeni, şekli gibi hususlar dikkate alınacaktır⁸⁴. Yerel mahkeme dört aylık alt sınırdan

⁸⁰ EYRENCİ S., TAŞKENT S., ULUCAN D., age., s. 141.

⁸¹ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 263.

⁸² ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 263.

⁸³ Yarg. 9. HD., E. 2004/21961, K. 2005/110, T. 10.1.2005.

⁸⁴ Yarg. 9. HD., E. 2003/20205, K. 2003/20627, T. 11.12.2003, "...davacının hizmet süresine ve akdin fesih şekline göre, 4857 sayılı Kanununun 21/2 maddesindeki tazminatın, davacının dört aylık ücreti tutarında ödenmesi gerektiğinin belirlenmesi uygun bulunmuştur."

Yarg.9. HD., E. 2003/20229, K. 2003/20605, T. 11.12.2003, "Davacının hizmet süresi 1 yıl 2 ay 2 gündür çalışma süresine göre tazminat 4 ay brüt ücreti tutarında belirlenmelidir."

ayrılarak daha yüksek bir miktara karar verdiğinde mutlaka bunun gerekçesini de belirtmek zorundadır.

Burada da işverenin işçiyi eski işinden farklı ve durumunu ağırlaştıran başka bir işe başlatmayı istemesi halinde işçi bu işe başlamak zorunda değildir. İşçi bu koşullarda işyerinde çalışmak istemezse işveren geçersiz feshin sonuçlarına katlanacaktır⁸⁵.

D) Geri Dönmek İstemeyen İşçinin Hakları

İş sözleşmesi feshedilen işçinin feshin geçersizliği iddiası ile işe iade davası açması halinde dava süresince başka bir işte çalışması ve ücret geliri elde etmesi mümkün ve sıkça rastlanan bir durumdur. Nitekim işçi çalışmasa dahi, emekli maaşı ya da koşulları varsa işsizlik sigortası kapsamında gelir elde etmesi de söz konusu olabilmektedir. Yasada başka işyerinden elde edilen ücretin dört ayla sınırlı ücreti etkileyip etkilemeyeceğine değinen açık bir hüküm bulunmamaktadır⁸⁶. Bu nedenle doktrinde iki görüş mevcuttur:

a) Başka İşten Elde Edilen Ücretle Mahsup Edilmesi Şeklindeki Görüş

Bu görüş savunucularına göre boшта geçen zamana ilişkin ödeme tazminat değil, boшта geçen süreye ilişkin ücret kaybının karşılanmasını sağlayan tutardır. Aksi düşünce işçiyi iş sözleşmesi feshedilmeseydi elde edilemeyecek olduğu bir miktara kavuşturur ki böyle bir sonuç feshin karşı koruma müessesesinin amacıyla da bağdaşmaz. İşçinin anılan süre içinde başka işte çalışması durumunda BK m.325 uyarınca mahsup esasının uygulanması gerekir⁸⁷.

Yarg. 9. HD., E. 2003/18919, K. 2003/18913, T. 10.11.2003, "Fesih nedeni, emekliliğe hak kazanma ve tazminatların ödenmiş olması karşısında işe başlatılmama halinde ödenecek tazminat 4 aylık ücret olarak belirlenmiştir."

Yarg. 9. HD., E. 2003/23029, K. 2004/1414, T. 29.1.2004; "işe iade tazminatı miktarının 4857 s.Y. m. 21/1 hükmünde belirlenen sınırlar arasında kıdem ve fesih nedeni gibi hususlar göz önüne alınarak belirlenmesi gerekir."

⁸⁵ ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 264.

⁸⁶ BİLGİLİ Abbas, Fesihten Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmemesi Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, 2006, Sayı 12, s.1422.

⁸⁷ SOYER Polat, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları İçindeki Tebliğ Metni, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2005, s. 63; ÖZEKES Muhammed, İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, s.492.

b) Başka İşten Elde Edilen Ücretin Dört Aylık Ücreti Etkilemeyeceği Görüşü

Bu görüş savunucularına göre, maddede işçinin “çalışmadığı” değil “çalıştırılmadığı” süreden söz edildiğine göre, dava sırasında işçi başka bir yerde çalışsın veya çalışmasın bu parayı alacaktır. Boşta geçen süreler için ücret ve diğer haklardan işçi sanki hiç ara vermemiş gibi yasa gereği yararlanacaktır. Ücret açısından işçinin çalışmak istemesine rağmen işverenin işçiyi çalıştırmaması işverenin temerrüdü anlamına gelir. Bu yorumdan işçinin fesihden sonra başka işyerinde çalışmış olmasının bu ücrete hak kazanmaya engel teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Zaten işe iade davalarının pek çoğunun dört aydan daha uzun bir sürede sonuçlandığı düşünüldüğünde, işçinin çalıştırılmadığı bu sürenin yasayla dört ayla sınırlandırılmasına ilave olarak, dört aylık ücretin bir de BK m.325 uyarınca mahsuba tabi tutulması işçinin ikinci bir fedakarlığa katlanması demektir⁸⁸.

III. Düzenlemenin Mutlak Emrediciliği

Kanunun getirdiği bu düzenleme mutlak emredici nitelikte olup İK m.21/son uyarınca;

“Bu maddenin birinci, ikinci, üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”

Yasanın gerekçe hükmüne göre de maddede öngörülen tazminatların arttırılmaması için, bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır⁸⁹. Örneğin iş güvencesi tazminatı sözleşmeyle arttırılamayacak, dört-sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat söz gelimi bir yıllık ücret tutarına çıkarılamayacaktır. Mutlak emredici nitelikteki bu hüküm ile tarafların sözleşme serbestisi sınırlandırılmış, *işçi lehine de olsa* adı geçen hükümlerin değiştirilmesi yasaklanmıştır⁹⁰. Toplu iş sözleşmesi ile de işe başlatılmama halinde ödenecek *iş güvencesi tazminatı miktarı* ile *çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret miktarı* değiştirilemez. Ayrıca *işverene tanınan bir aylık düşünme süresi* ve *işçiye tanınan on günlük başvuru süresi de iş sözleşmesi ile değiştirilemez*⁹¹.

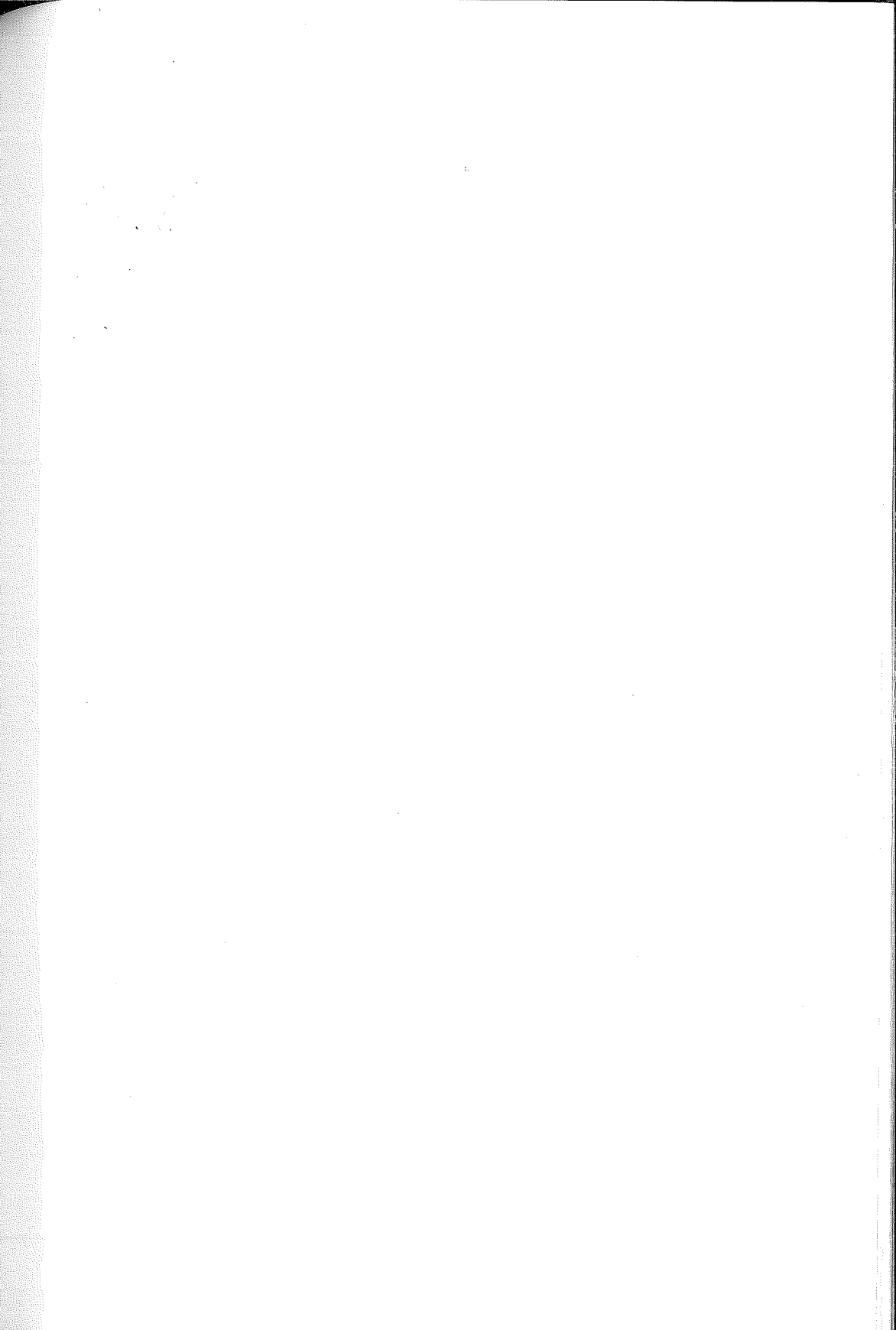
⁸⁸ BİLGİLİ Abbas, age., s.1425-1427; ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, age., s. 267.

⁸⁹ ÖZMEN Remzi, age., s. 61.

⁹⁰ ÇELİK Nuri, age., s. 231; SÜZEK Sarper, age., s. 490.

⁹¹ Yarg. 9. HD., E. 2003/21992, K. 2004/258, T. 19.1.2004; “İş Kanunu’nun, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı düzenleyen hükmü emredici nitelikte olup, işe başlatılmama halinde belirlenecek tazminat yasal sınırlar içinde aylık çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanmalı ve asgari sınırdan uzaklaştırılması halinde de gerekçesi ve nedeni açıklanmalıdır. Bu itibarla Toplu İş Sözleşmesinde fesih sonucuna bağlanan ve cezaî şart niteliğinde olan 3 yıllık giydirilmiş ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatının işe başlatılmama tazminatı olarak hüküm altına alınması kanuna aykırıdır.”

amaçlı olarak getirilmiştir. Bununla birlikte geçerli ve makul nedenlere dayanmak ve Kanunda öngörülen fesih prosedürüne riayet etmek koşuluyla, işverene işçinin davranışları ve yetersizliğine ya da iş, işletme ya da işyeri gereklerine dayanan sebeplerle işverenin girişim özgürlüğüne uygun olarak iş akdini feshetme hakkı tanınmıştır. Bunun gibi geçersiz nedenle feshe dayalı sonuçlar sadece otuz ya da daha fazla işçi çalıştıran işyerlerindeki en az altı aylık kıdemi olan işçilere tanınarak, iş güvencesi kapsamı dışında kalan küçük ölçekli işyerleri için iş akdini serbestçe feshetme olanağı tanınmıştır.



***Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının
Üçüncü Kişilere Karşı Sahip Olduğu Haklar ****

***(Exclusive Distributorship Agreement and Rights of
the Exclusive Distributor Against Third Parties)***

Esen İRTEM **

Özet: Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcının, malın dağıtımıyla ilgili birçok konuda tasarruf yetkisini elinde tutarken, malların dağıtım riskini tek satıcıya yüklemektedir. Bununla birlikte; mallarını yabancı bir pazarda dağıtmak isteyen yapımcının, o ülkenin hukukunu, dilini veya kültürünü bilmemesinden dolayı alacağı riski, yapımcı nezdinde en aza indirmektedir. Ayrıca uluslararası ticarete, her bir ülkede tek bir dağıtım merkezinden ihracatın sağlanması ve ticari ilişkilerin tek bir elden yürütülmesi yine yapımcı nezdinde hem risksiz ve maliyeti daha düşük olacak, hem de yönetim ve iletişim ile ilgili emekten tasarruf imkânı sağlayacaktır. Bu çalışmamızda bağımsız bir tacir yardımcılığı olan tek satıcılık müessesesi detaylı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tek satıcılık, tüccar, Borçlar Hukuku, acente, şube, bayilik, dağıtım sözleşmesi.

Abstract: *Exclusive distributorship agreements, while maintaining the discretion of the producer in several aspects of distribution of goods, leave the risk to the distributor. Moreover, they minimize the risk of the producer who wants to sell goods in a foreign market, but lacks knowledge on the foreign state's law, language and culture. Additionally, exporting and organizing all trade relations through a single distribution centre is risk free and cost efficient for the producer. The producer also has the opportunity to economize management and communication costs. In this study, exclusive distributorship, a kind of the independent trader-assistancy, shall be examined in detail.*

Keywords: *Exclusive distributorship, trader, law of obligations, agency, branch establishment, distributorship, distribution contract.*

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibarıyla güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Avukat, İstanbul Barosu.

Giriş

Avrupa'da, yüzyılımızın özellikle son çeyreğinde, ekonomi ve sanayi alanında yaşanan gelişme ve değişimler, ciddi sermaye birikimine sebep olmuştur. Bu sermaye birikimi ve gelişmeler ülkeler arasındaki sınırları ortadan kaldırarak dünya ticaret hacmini genişletmiş, dünya ülkelerinin birbirleri ile olan ticari ilişkilerini geliştirmiştir. Bu anlamda işletmelerdeki merkez kavramı eski önemini yitirmiş, rekabet artmış, "pazar" anlayışı büyük ölçüde değişmiştir. Netice olarak; büyük çaptaki seri üreticiler, potansiyel müşterilerine ulaşmak için, sadece çeşitli ülkelerde katıldığı fuar veya panayırıları değil, bizzat müşterinin ayağına giderek, üstelik bunu da söz konusu ülke pazarını üreticiden daha iyi tanıyan yardımcıları¹ vasıtasıyla yapmaya başlamışlardır.

Bu seri üretici kesimi, esas olarak üç farklı yoldan pazarlara ulaşmayı hedeflemiştir. İlk olarak; hukuki, idari ve ekonomik açıdan çalışma şartları ve politikası tamamıyla işletmeye bağlı olan kişi (seyyar tüccar / satış memuru) ya da birimler (şube) aracılığıyla hedef piyasalara girmeye başlamışlardır. Bu anlamda üretici, ulaşmak istediği yerlerde bir seyyar tüccar memuru görevlendirerek veya şube açarak ya da yavru şirket kurarak bizzat hedeflenen ülke pazarına girebilmiştir. İkinci bir yol da, bağımsız birer girişimci olan acentelik ve tellallık müesseseleri olmuştur. Bunlar sayesinde üretici taraf yatırım riskine, acente de malı satın alma riskine katlanmamıştır. Değişik coğrafyalara ulaşmanın üçüncü yolu ise idari, hukuki ve ekonomik açıdan bağımsız bir tacir yardımcısı olan dağıtıcılar² olmuştur.

Bu çalışmamızda detaylı olarak incelenecek olan tek satıcılık müessesesi de bağımsız bir tacir yardımcılığı olup yukarıda belirtilen gelişmeler ve gereksinimler neticesinde ortaya çıkmıştır.

Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcının³, malın dağıtımıyla ilgili birçok konuda tasarruf yetkisini elinde tutarken, malların dağıtım riskini tek satı-

¹ Tacirin faaliyetlerini yürütürken emek ve mesaisinden yararlandığı kimselere "tacir yardımcısı" denilmektedir. Tacir yardımcılarının bir kısmı tacirin gözetimi ve denetimi altında, talimatları doğrultusunda emek ve mesai harcaıyıp, tacire bağımlı olarak çalışırken, bir kısmı da çalışma şartlarını ve mesaisini kendisi ayarlayarak tacirden bağımsız çalışmaktadır. Bağımlı tacir yardımcıları sırasıyla; ticari mümessil (BK m. 449-452), ticari vekil (BK m. 453-456) ve seyyar tüccar memurudur (BK m. 454, 456). Bağımsız yardımcıları ise; tellal, acente, dağıtıcı ve komisyoncudur. Detaylı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi N., Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 407 vd.

² Bkz. KORAH, Valentine, O'SULLIVAN, Denis, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules, Hart Publishing 2002, s. 1 vd.

³ Bu çalışmanın devamında da belirtileceği üzere tek satıcılık sözleşmesinin bir tarafını oluşturan üretici; duruma göre yapımcı, toptancı, dağıtıcı vs. olabilecektir. Biz, yalnızca kavram karışıklığını engellemek adına, çalışmamızın devamında bu tarafı "yapımcı" olarak tanımlayacağız.

cıya yüklemektedir. Bununla birlikte; mallarını yabancı bir pazarda dağıtmak isteyen yapımıcının, o ülkenin hukukunu, dilini veya kültürünü bilmesinden dolayı alacağı riski, yapımıcı nezdinde en aza indirmektedir. Ayrıca uluslararası ticarete, her bir ülkede tek bir dağıtım merkezinden ihracatın sağlanması ve ticari ilişkilerin tek bir elden yürütülmesi yine yapımıcı nezdinde hem risksiz ve maliyeti daha düşük olacak, hem de yönetim ve iletişim ile ilgili emekten tasarruf imkânı sağlayacaktır⁴.

1. “Tek Satıcılık” Kavramı ve Türk Hukukundaki Yeri

1.1 “Tek Satıcılık” Kavramı

Uygulamada tek satıcılık teriminden başka birçok farklı terim kullanılmaktadır. Ancak, Türk Hukukunda Hâkim, 818 sayılı Borçlar Kanunu (“BK”) m.18 uyarınca tarafların arasındaki ilişkiyi nitelendirirken, tarafların kullandıkları sözcük ve ifadelerle bağlı kalmaksızın evvela onların gerçek iradelerine bakacak, bunu araştıracaktır⁵. Bu bağlamda Hâkim; bu ilişkinin şekillendiği sözleşmeden doğan borçların ne şekilde ifa edildiğini, bu sözleşmenin içeriğinin ve uygulanmasının tek satıcılık sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi için temel unsurları içerip içermediğini inceleyecektir. Sözleşmenin yorumlanmasına rağmen hala ilişkinin nitelendirilmesinde bir şüphe mevcutsa, taraflarca verilen ismin ancak bu halde bir öneminin olabileceği düşünülmektedir⁶. Bu durumda taraflarca ilişkinin nitelendirilmesinde tercih edilecek ifadenin, istisnai olarak da olsa bir önemi olduğundan, bu terimin sözleşmenin özelliklerini yansıtması gerekmektedir.

Örneğin; “*temsilci*” ifadesinin kullanılmasının, sözleşmenin hukuki niteliğine ters düştüğünden ve tek satıcının hiçbir şekilde yapımıcının temsilcisi olmadığından bahisle “*temsilci*” kavramını içeren kavramlardan kaçınılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Zira aşağıda detaylı olarak inceleneceği gibi tek satıcı mallarını kendi adına ve hesabına satmaktadır. Hatta tek satıcının yapımıcıyı temsil etme yükümlülüğü bile bulunmamaktadır⁷.

Uygulamada ve çeşitli Yargıtay kararlarında “bayilik” teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Hâlbuki bu kavram da satış sözleşmesine bağlanarak tek satıcılığın niteliğine aykırı düşer. Ayrıca aşağıda detaylı olarak açıklandığı üzere bayilik kavramı esasında bir üst kavram olup münhasırlık

⁴ Bkz. GÖKYAYLA, Cemile Demir, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, İstanbul 2005, s. 27, 28.

⁵ Bkz. OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Basım, İstanbul 2000, s. 141-145.

⁶ GÖKYAYLA, Cemile Demir, a.g.e., s. 31.

⁷ GÖKYAYLA, Cemile Demir, a.g.e., s. 30. Alman İmparatorluk Mahkemesi ise konuya ilişkin verdiği bir kararda tek satıcı için “tek temsilci olarak adlandırılan” şeklinde bir ifade kullanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 5.

özelliğini haiz değildir. Örneğin Yargıtay'ın 1997 yılında vermiş olduğu bir kararda, tek satıcı, sözleşme bölgesinde, sözleşme konusu malların başka satıcılar tarafından satılmakta olduğundan dolayı haksız rekabet hükümlerine göre diğer satıcılara karşı açmış ve temyiz incelemesi sonucunda dava kabul edilmiş fakat aralarındaki sözleşme bayilik sözleşmesi olarak adlandırılmıştır⁸. Benzer şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2001 yılında vermiş olduğu bir kararda, tek satıcı tarafından sözleşme konusu malları, yapımcıdan başka bir şirketten, sözleşme konusu bölgede satması durumunda yapımcı tarafından sözleşmenin haklı nedenle feshinin mümkün olacağına karar verirken sözleşmeden bayilik sözleşmesi olarak bahsetmiştir⁹.

Doktrinde “*münhasır acente*” terimi de kullanılmaktadır. Her ne kadar acentelik ile benzerlik içerse ve sözleşmenin özellikle kurulması veya sona ermesi hususunda kıyasen acentelik hükümlerinin uygulanması söz konusu olsa da üretici ile tek satıcının arasındaki iç ilişkide ve bunun dışı yansımalarında acenteden farklı bir niteliği vardır. Acente, sözleşme yapma yetkisini haiz olsun olmasın¹⁰, yapımcının temsilcisi niteliğinde olup, sözleşme yapma yetkisi olduğu takdirde bile yaptığı sözleşmelerin bizzat tarafı değildir. Bu sözleşmenin tarafı yine yapımcı olmakta ve sözleşme yapılan üçüncü kişi (müşteri) de bunu bu şekilde bilmekte, ona göre sözleşme yapmaktadır. Ancak tek satıcı, tamamen kendisi adına ve hesabına sözleşmeye taraf olacaktır. Bu nedenle “*münhasır acente*” diye nitelendirilen bir tek satıcı, acente gibi yapımcının temsilcisi olmadığı halde, onunla sözleşme ilişkisine giren müşteri, bizzat yapımcı ile sözleşme yaptığını düşünebilecektir.

Sonuç olarak; bu sözleşmenin en önemli özelliği, tek satıcıya “*münhasırlık*” hakkı vermesidir. Söz konusu sözleşmeye “*tek satıcılık sözleşmesi*” veya

⁸ Yargıtay 11. HD, T. 8.4.1997, E. 1997/684, K. 1997/2611; Kaynak, www.kazanci.com.tr

⁹ YHGK, T. 4.7.2001, E. 2001/19-526, K. 2001/572. Benzer nitelikte kararlar için bkz. Yargıtay 19. HD, T. 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959; Yargıtay 11. HD, T.28.2.1991, E. 1989/6619, K. 1991/1333; Yargıtay 7. CD, T. 23.6.2003, E. 2003/1938, K. 2003/5210; Kaynak, www.kazanci.com.tr

¹⁰ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (“TTK”) 116. maddesi uyarınca, acenteliğin iki türü olduğundan bahsetmek mümkün olabilecektir; (i) aracı acente ve (ii) sözleşme yapma yetkisine sahip acente. Sözleşme yapma yetkisine sahip olan acente, müşterilerle, üretici nam ve hesabına sözleşmeler yapma yetkisine de sahiptir. Bu acentelerin yaptığı sözleşmeler müşterileri ve üreticileri bağlar. Bu bakımdan acentenin doğrudan temsil yetkisi vardır. Buna karşılık aracı acente üretici adına sözleşme kuramamakla beraber, sadece sözleşmelere aracılık edebilecektir. Detaylı bilgi için bkz. KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 2003, s. 39; KINACIOĞLU, Naci, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 1963, s. 76 ve ALIŞKAN, Murat, GENÇTÜRK, Muharrem, “Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK'nun 129. Maddesine Göre Komisyona Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente ile Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı” isimli makalenin yer aldığı Ünal Tekinalp'e Armağan, Bilgi Toplumunda Hukuk, İstanbul 2003, s. 19-41.

“münhasır yetkili satıcılık sözleşmesi”, aradaki ilişkiye de “tek satıcılık” veya “münhasır yetkili satıcılık” denilmesi isabetli olacağı¹¹ kanısında olduğumuzdan bu çalışmamızda bu kavramlar tercih edilmektedir.

Günümüzde genelde tek satıcılık sözleşmesi temelinde belli üretim özelliklerine, müşteri çevresine ve piyasada tanınan, yüksek değerli bir markaya sahip, teknik açıdan karmaşık ve seri halde imal edilen malların pazarlanması ve sürümünü arttırmak amacıyla yapılmaktadır. Özellikle tanınmış markaya sahip bir takım tüketim malları veya lüks mallar da (porselen, ayakkabı, kumaş, çikolata, bira vs.) bu sözleşmenin konusunu oluşturabilmektedir. Bu sayede yapımçı, kendisi bir pazarlama örgütü kurmaksızın, belli bölgelerdeki bağımsız tek satıcıların onun mallarını tanıtmaya, sürümünü arttırmaya, bakım ve yedek parça bulundurma hizmetleri yapmasından yararlanmakta, tek satıcılar da kendilerine tanınan tekel olanağını değerlendirmektedirler. Mal ve hizmetlerin tüketiciye, orijinal nitelikte arz edilebilmesinin yegâne yöntemi **franchise** dağıtım ve sürüm sistemidir. Mal veya hizmetlerde yeknesaklık ve kalite standardının korunmasında, sağlayıcının üretim, pazarlama ve dağıtım sürecindeki kontrol yetkisi son derece önemlidir. Bu yüzden, yeknesaklık ve kaliteyi koruyan tedbirlerle bir marka imajının oluşması ve tüketici tercihlerinin yönlendirilmesi amacı ve hedefi, sağlayıcıyı franchise sistemine yönlendirmektedir. Franchise sözleşmesi, franchise verenin, bağımsız bir işadamı olan franchise alanı, bir lisans çerçevesinde, onun kabul ettiği reçeteye uygun olarak, mal veya hizmet üretimi ya da sunumunda yetkili kıldığı sözleşme türüdür¹². Bu sözleşmeler genelde tek satıcılık sözleşmeleriyle birlikte anılmaktadır. Zira tek satıcılık veren üretici, sözleşme konusu mallarını veya hizmeti belirli bir kalite standardında sunmak isteyeceğinden dağıtıcı veya bu zincirin son halkaları ile franchise sözleşmeleri imzalanır.

1.2 Tek Satıcılığın Türk Hukukundaki Yeri

1.2.1 Dağıtım Sözleşmeleri

Mal veya hizmetlerin hedef pazarlara şube, ofis, yavru şirket, acente, dağıtım gibi çeşitli yollarla ulaştırılması mümkündür. Bu araçlardan dağıtım sözleşmeleri, farklı türleriyle, mal veya hizmet pazarlamasında önemli bir yer tutar. Türk Hukuku bakımından tek satıcılığın bir dağıtım sözleşmesi olarak yerinin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Ancak özellikle rekabet hukukunda da “tek elden dağıtım”¹³ terimini kullanması ile beraber dağıtım sözleşmeleri bakımından bir terim problemi ortaya çıkmıştır.

¹¹ İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 7.

¹² Bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku, BATİDER, C. XXII, 2003, s. 114, 115.

¹³ Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan, RG. 04.09.1997 – 23100, Mülga 1997/3 sayılı “Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği”.

Dağıtım kavramı ile bir malın üretiminden nihai kullanıcıya erişinceye kadar kat ettiği yolda gerçekleşen tüm ilişkiler, faaliyetler ve yöntemler ifade edilir. Dağıtıcı ise başka bir işletmeciye ait malların sürümünü desteklemeyi üstlenen işletmeci olarak tanımlanabilir¹⁴. Acente¹⁵, komisyoncu, ticari temsilci, franchising ve bayilik sözleşmeleri, Türk Hukuku bakımından dağıtım sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır. Dağıtım sözleşmelerinin bir tarafında sağlayıcı bulunur. Sağlayıcı; üretici, toptancı, ithalatçı, yapımçı veya bir dağıtım şirketi olabilir. Sözleşmenin diğer tarafında ise dağıtıcı; toptan veya perakende satıcı bulunmaktadır.

Türk Hukukunda dağıtım sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde de dağıtım sözleşmesinin kendisine özgü sözleşmelerden (*sui generis*) olduğu ittifakla kabul edilmektedir¹⁶. Bununla birlikte, Türk Hukukunda¹⁷ ve yabancı hukukta dağıtım sözleşmesinin “*tek satıcılık*” veya “*münhasır satış sözleşmesi*” anlamında kullanıldığı görülmektedir¹⁸. Bu kavram karmaşasına son vermek adına tek satıcılık sözleşmelerinin tanım ve unsurlarına geçmeden önce benzer diğer hukuki kurumlara kısaca değinmenin faydalı olacağı kanısındayız.

Öncelikle üst kavramımız olan dağıtım sözleşmelerini iki kategoride toplamak mümkündür: Basit dağıtım sözleşmesi ve münhasır (bölge koruması içeren) dağıtım sözleşmesi. **Basit dağıtım sözleşmesi**, bir teşebbüsün (sağlayıcı, ithalatçı, üretici, toptancı, yapımçı) anlaşma konusu mal veya hizmetleri, sürekli olarak yeniden satmak / sunmak amacıyla diğer bir teşebbüse (alıcı) temin etmesi ilişkilerini düzenleyen sözleşmedir. Basit dağıtım sözleşmeleri, münhasır müşteri ve bölge kısıtlamaları içermez. Bu nedenle basit dağıtım sözleşmelerini, tek satıcılık (münhasır dağıtım sözleşmeleri) olarak nitelendirmek mümkün değildir¹⁹. Sağlayıcı, başta kendisi, dağıtıcının bölgesinde doğrudan satış yapabileceği gibi, diğer dağıtıcıları vasıtasıyla da satış yapabilecektir. Bu anlamda sağlayıcı, dağıtıcının bölgesine başka dağıtıcılar tayin edebilecektir. **Münhasır dağıtım sözleşmesi** ise, bir teşebbüsün (sağlayıcı, ithalatçı, üretici, toptancı, yapımçı) anlaşma konusu mal

¹⁴ GÖKYAYLA, Cemile Demir, a.g.e., s. 32.

¹⁵ GREEN, Robertson, Commercial Agreements and Competition Law, s. 548 vd. Yazar bu eserinde dağıtım başlığı altında münhasır dağıtım, münhasır satın alma, münhasır satış, acente ve franchising anlaşmalarına yer vermiştir.

¹⁶ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Basım, İstanbul 1990, s. 39; YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 2. Basım, İstanbul, 2001, s. 14.

¹⁷ Bkz. POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul, 1998, s. 173.

¹⁸ Rekabet Kurulu'nun kararlarında da “dağıtıcı” kavramının “distribütör”, “toptancı”, “tek satıcı”, “bayi” gibi kavramlarla aynı anlamda kullanıldığı gözlenmektedir.

¹⁹ Bkz. DERINGER, Tessin, Commercial Agency and Distribution Agreements under EEC Antitrust Law, s. 108.

veya hizmetleri, sürekli olarak, belirli bir yer veya bölgede, yeniden satmak / sunmak amacıyla, diğer bir teşebbüse (alıcı) temin etmesi ilişkilerini düzenleyen sözleşmedir. Münhasır dağıtım sözleşmesinde münhasır dağıtıcıya belirli bir coğrafi alan veya müşteri grubu tahsis etmek şarttır. Bu tür ilişkilerde öncelikle sağlayıcı, dağıtıcısının bölgesinde doğrudan satış yapmama yükümlülüğü altına girmiştir. Ayrıca sağlayıcının, münhasır dağıtıcısının bölgesine, diğer dağıtıcıların satış yapmalarını engelleme yükümlülüğü altına girmesi ya da onların müşterilerinin de ilgili bölge yahut müşteri grubuna sözleşme konusu mal veya hizmetleri temin etmelerini engelleyecek önlemler alma borcunu taahhüt etmesi mümkündür.

1.2.2 Tek Satıcılık Sözleşmesinin Bazı Dağıtım Sözleşmeleri Bakımından Yeri

1.2.2.1 Bayilik Sözleşmesi

Çalışmamızın konusunu oluşturan tek satıcılık sözleşmesi de münhasır dağıtım hakkı tanınan bir bayilik sözleşmesidir. Tek satıcılık sözleşmesi, sağlayıcının, bağımsız bir tacir olan tek satıcıya, belirli bir bölgede yeniden satmak amacıyla ürün temin etmesini konu edinen ve bu çerçevede karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir sözleşmedir²⁰. Tek satıcılık ilişkisinin temel özelliği, sağlayıcının belirli bir yer veya bölgede, sadece tek satıcıya, ürünlerinin yeniden satış hak ve yetkisini vermesidir. Buna karşılık tek satıcı da faaliyetlerini kendisine tanınan bölgede yoğunlaştırarak satış ve sürümü artırma yükümlülüğü altına girer. Tek satıcının aktif olarak kendisine tahsis edilen yer veya bölge dışında satış yapması yasaktır. Her ne kadar bayilik sözleşmelerinde de bayi, bu çerçeve sözleşme ile kendi nam ve hesabına sözleşme konusu malların dağıtımını üstlense de, burada tek satıcılık müessesesinde bulunan münhasırlık bulunmamaktadır. Bayilik sözleşmesinde münhasır bir satış hakkına ilişkin yükümlülükler, bu sözleşmenin niteliğinden çıkarılamaz. Bu sebeple tek satıcılık bayilik çerçevesinde olup ondan farklı olarak münhasırlık özelliğine sahip bulunmaktadır.

Buna karşılık Yargıtay, 2001 yılında vermiş olduğu bir kararında²¹, yerel mahkemenin sözleşmede münhasır satış hakkı verildiğine ilişkin bir ibare olmadığına dayanarak vermiş olduğu, üreticinin sözleşme bölgesinde doğrudan satış yapabileceğine ilişkin kararı bozmuştur. Yüksek Mahkeme aynı kararda, sözleşmede gerçekten münhasır satış hakkı verilip verilmediğini incelemekten çok, tek satıcılık sözleşmesinin tanımından hareket ederek, tarafların başka türlü bir dağıtım sözleşmesi yapmış olamayacağından mevzu bahisle, üreticinin, sözleşme bölgesinde doğrudan satış yapması nedeniyle üreticiyi tazminata mahkûm etmiştir. Hâlbuki söz konusu kararda; tarafların arasındaki ilişkinin incelenmesi, iradelerinin yorumlanması neticesinde aradaki ilişkinin bayilik sözleşmesi de olabileceği yorumuna yer verilebilirdi.

²⁰ Bkz. POROY, Reha / YASAMAN, a.g.e., s. 173; İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e, s. 14.

²¹ Yargıtay 19. HD., T. 11.10.2001, E. 2001/2685, K.2001/6382; Kaynak, YKD. 2003/1 s.78,79.

1.2.2.2 Acentelik Sözleşmesi

Tek satıcılık ve acentelik müesseseleri doktrinde, uygulamada ve özellikle ticari hayatta en çok karıştırılan müesseseler olmaktadır. Bu sebeple öncelikle aşağıda bu iki müessesenin temel benzerlik ve farklılıkları maddeler halinde özetlenecektir.

Bu iki müessesenin arasındaki önemli **benzerlikler** şu şekilde özetlenebilir:

(i) Hem tek satıcı hem de acente tacir sıfatını haizdir ve yapımçıya / müvekkile ticari mümessil, ticari vekil işletme çalışanı veya benzeri tacir yardımcıları gibi bağımlı değildir;

(ii) Acente ve tek satıcı, tacirin ürettiği veya sunduğu mal veya hizmetlerin sürümü yahut sunumuna yönelik faaliyetlerde bulunur;

(iii) Yapımçı her iki sistemde de asgari alım veya satım miktarları, hedefleri veya başkaca kotalar koyma hakkına sahiptir;

(iv) Yapımçı, bu kota veya hedeflerin gerek acente gerekse tek satıcı tarafından gerçekleştirilememesi durumunda taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin arz ettiği özelliklere bağlı olarak sözleşmenin feshi de dâhil olmak üzere cezai şart, zararların tazminini talep ve dava açma gibi yollara başvurabilecektir²²;

(v) Yapımçı, söz konusu kota veya hedeflerin gerçekleştirilmesi durumunda hem acente hem de tek satıcıya prim, fazladan ücret veya diğer teşvik türlerini vermekte serbest olacaktır;

(vi) Her iki sistemde de acente veya tek satıcıya, acente veya tek satıcının faaliyetlerinin sınırlandırılacağı bir bölge tahsis edilmesi mümkündür;

(vii) Tekel hakkı her iki sistemde de mümkün olup, tekel hakkının söz konusu olduğu durumlarda yapımçı doğrudan faaliyet veya başka acente veya tek satıcılar atamak yoluyla tekel hakkını ihlal etmemekle yükümlü olacaktır;

(viii) Her iki ilişki de süreklilik arz etmektedir ve her iki ilişkinin temelinde güven unsuru yer almaktadır;

(ix) Hem tek satıcı, hem de acentenin yapımçıya karşı sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır²³;

(x) Acentelik ilişkisini düzenleyen hükümlerden bazıları bünyesine elve-

²² Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 71.

²³ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 5, 6.

rişli olduğu sürece kıyasen tek satıcılık ilişkisine de uygulanmaktadır²⁴ ve söz konusu yaklaşım yeni Türk Ticaret Kanunu tasarısında da benimsenmiştir;

(xi) Her iki sistem kapsamında da yapımçı; acente veya tek satıcılarına destek sağlama ve onlarla işbirliği yapma yükümlülüğü altındadır²⁵;

(xii) Sözleşmenin acente veya tek satıcının herhangi bir kusuru olmaksızın sona erdirildiği bütün hallerde, acente veya tek satıcı, makul bir tazminat talep edebilecektir ("*Portföy Tazminatı*").

Bu iki müessesenin arasındaki önemli **farklılıklar** ise aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

(i) Acente ve tek satıcı bağımsız tacirler olmakla birlikte acente yapımçının aracı veya temsilcisi, tek satıcı ise daha çok iş ortağı görünümündedir;

(ii) Acente satışları müvekkil adına ve hesabına yaparken, tek satıcı ürünleri kendi nam ve hesabına yeniden satışa konu etmektedir;

(iii) Tek satıcının kazancı, malın satın alınması ve yeniden satımı arasındaki farktan oluşurken acentenin kazancı, faaliyetleri karşılığında müvekkil tarafından ödenen ücretten (prim) oluşur;

(iv) Acente ilişkisinde acentenin asli borcu müvekkilin işlerini görme ve menfaatlerini koruma şeklinde tezahür ederken tek satıcının asli borcu faaliyet gösterdiği bölgedeki satışları artırmak ve yapımçının bölgedeki rekabetçi konumunu güçlendirmektir²⁶;

(v) Acentelik ilişkisinde rekabet etmeme esas, rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunmaması istisna iken (TTK m. 118), tek satıcılık ilişkisinde taraflarca açık bir şekilde öngörülme durumuyla herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmayacaktır²⁷;

²⁴ Özellikle şu hususlara işaret edilebilir: acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde, acentenin tazminat isteme hakkı (TTK m. 134) ve acentelik sözleşmesinin haklı sebeplerle feshini düzenleyen hükümleri (TTK m. 133), tek satıcılık sözleşmelerinde de uygulanacaktır. Ayrıca tartışmalı olmakla birlikte belirsiz süreli tek satıcılık sözleşmesinin feshi bildirim süresi, kıyasen acentelikle ilgili TTK m. 133 hükmü doğrultusunda tespit edilebilir.

²⁵ Bkz. KAYIHAN, Şaban, a.g.e., s. 161; İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 89 vd.

²⁶ Ancak müvekkilin acenteye akdedeceği sözleşmeyle acenteye belirli bir süre içinde belirli bir asgari satım miktarı hedefini tutturma borcu yüklemesi mümkündür. Böyle bir borcun söz konusu olmadığı durumlarda acentenin müvekkilin işlerini görmek ve menfaatlerini korumak için kendinden beklenebilecek olan özen ve çabayı sarf etmesi, borcunu gereği gibi ifa ettiğinin kabulü için yeterli olacaktır.

²⁷ Ancak yine de unutulmamalıdır ki; tek satıcı için rekabet etmeme yükümlülüğünün varlığı şarttır.

(vi) Tek satıcılık sisteminde ürünlerin satışına ve piyasaya arzına ilişkin riskler tek satıcıya ait iken acentelik ilişkisinde söz konusu risklerin ister müvekkil isterse acente üzerinde olması kararlaştırılabilir;

(vii) Tek satıcı ve acente bağımsız birer tacir olmakla birlikte, acentenin bağımsızlığı tek satıcıya göre daha sınırlıdır²⁸;

(viii) Acentenin yapımıcıyı temsil yetkisi bulunurken, tek satıcının yapımıcıyı temsil yetkisinden söz edilemez²⁹;

(ix) Acente olağan masrafları kendisi karşılar, fakat olağanüstü masrafları müvekkilden isteyebilirken (TTK m. 127), tek satıcı tüm masrafları bizzat karşılamak durumundadır;

(x) Yapımıcının talimat verme hak ve yetkisi acentelik ilişkisinde tek satıcılığa nazaran daha geniştir;

(xi) Acentelik sisteminde acentenin ürünlerin bakım ve onarımına ilişkin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, tek satıcı ürünlere ilişkin satış sonrası hizmetleri müşteriye sağlamakla ve bu doğrultuda gereken stok ve personeli bulundurmakla yükümlüdür³⁰.

Görüldüğü üzere; tek satıcılığın acentelik veya acentelik müessesesinin özel bir çeşidi olarak da nitelendirilmesi doğru değildir. Zira temelde acente, daima iş sahibinin hesabına faaliyet gösterir. Buna karşılık tek satıcı ise bağımsız olarak kendi adına ve hesabına iş görmektedir.

1.2.2.3 Komisyonculuk

Komisyon; BK m. 416 uyarınca, vekilin kendi adına ve müvekkili hesabına kıymetli evrak veya taşınır eşya alım ve satımını üstlenmesidir³¹. Her iki müessese de müvekkilin / üreticinin malım satmak hususunda aynı ekonomik amaca hizmet etmektedir. Ancak; komisyoncu da tek satıcı gibi kendi namına hareket ederken tek satıcıdan farklı olarak faaliyetini kendi hesabına değil, müvekkili / üretici hesabına yürütür.

Bu durumda yaptığı muamelelerden sağlayacağı muhtemel kazancı da müvekkiline / üreticisine vermekle yükümlüdür. Komisyoncunun kazancı,

²⁸ Doğal olarak acentelikteki kabz (TTK m. 120) ve sözleşme yapma yetkisi (TTK m. 121) ile müvekkilin açık talimatı olmayan hallerde talimat alma yükümlülüğüne (TTK m. 124/f.2) ilişkin kısıtlamalara tek satıcılık ilişkisinde rastlanmaz. Detaylı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 9.

²⁹ Bkz. POROY / YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku Beta Yayınları, 9. Bası, 2001, s. 174.

³⁰ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 76-78.

³¹ Yargıtay 11. HD., T. 17.1.1974, E. 1974/73-5188, K. 1074/74-63; Kaynak, YKD. C. I, sayı 3 s. 76 vd.

ücrettir. Tek satıcının kazancı ise, bu aradaki farktan sağladığı kar olmaktadır. Ayrıca komisyoncu yaptığı masrafları talep hakkını haiz iken tek satıcının böyle bir hakkı mevzu bahis değildir.

Komisyoncunun sürümün artırılması için faaliyette bulunmak yükümlülüğü yokken tek satıcının satışı artırma çabası bulunmalıdır.

Komisyoncu nezdinde mevcut malların mülkiyeti müvekkile / üreticiye ait iken, tek satıcının elindeki malların mülkiyeti yine kendisine aittir.

Ayrıca komisyon sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurmazken tek satıcılık sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisinden meydana gelmektedir.

2. Tek Satıcılık İlişkisinin Tanımı ve Unsurları

2.1 Tek Satıcılık Tanımı

Tek satıcılık müessesesinin, Türk Hukukunda olduğu gibi, yabancı hukuklarda da, yakın zamana kadar yasal bir zeminde tanımlanmamıştır. Bu tanım genel olarak doktrin ve içtihatlardan yararlanılarak yapılmıştır. Burada dikkat edilen husus genel olarak karara konu ilişkinin hukuki niteliğinin açık ve doğru biçimde saptanması olmuştur. Bu hususta özellikle tek satıcının münhasırlık özelliği (özellikle Belçika ve Alman öğretisi ve yargı kararlarında), belirli bölgede ve belirli mallara ilişkin yapımının denetimi ve markası altında faaliyet göstermesi (Fransa'da) gibi kistaslar ele alınmıştır. Örneğin Alman Resmi Gazetesi'nde 11.5.1942 yılında yayımlanan bir kararda, davalının müşterileri ile ilişkilerini kendi adına ve hesabına kurduğu, ayrıca belirli bir bölge için davacının tek (inhisarı) temsilciliğini üstlendiği ve bu bölge içerisinde sadece davacının mamullerini satmayı taahhüt ettiği tespit edilmiştir. Bu durumdan Alman Federal Mahkemesi'nin çıkardığı sonuç ise aradaki ilişkinin tek satıcılık ilişkisi olduğudur³².

Görüldüğü üzere; tek satıcı kavramını her şeyden önce iki özellik belirlemektedir. Bunlardan ilki, tek satıcının kendi adına ve hesabına hareket etmesi; ikincisi ise yapımçı ile tek satıcı arasında yapılan ve belli bir bölge için tek satış hakkı koşulunu içermesi zorunlu olan geniş bir müessesedir.

Türk Hukukunda ise doktrinde tek satıcılık sözleşmelerinin genel kabul gören tanımı şöyledir³³:

"Yetkili satıcılık sözleşmesi, yapımçı (sağlayıcı, ithalatçı, üretici, toptancı) ile tek satıcı (dağıtıcı) arasında hukuki ilişkileri düzenleyen,

³² İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 13 atfina istinaden Alman Resmi Gazetesi, DR 1942, 1226, 1227 ve benzeri kararlar için bkz. BGH NJW 1957, 1026; 29. 4. 1958 tarihli karar, BGH NJW 1958, 1138 ve BGH, WM 1972, 725. Detaylı bilgi için bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 8-14.

³³ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Basım, İstanbul 1990, s. 27; YAVUZ, a.g.e., s. 14, 15.

çerçeve niteliğinde sürekli öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımçı, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü artırmak için faaliyette bulunmayı üstlenir.”

Görüldüğü üzere; tek satıcılık sözleşmesinin tarafları genellikle sözleşme konusu ürünlerin yapımcısı ile tek satıcıdır. Ancak bazı durumlarda, ürünlerin ana dağıtıcısı veya sağlayıcısı da tek satıcılık sözleşmesi yapabilir.

2.2 Tek Satıcılık İlişkisinin Unsurları

Doktrinde genel olarak benimsenen ve yukarıda belirtilen tanım uyarınca tek satıcılık sözleşmesinin esaslı unsurları şunlardır³⁴:

2.2.1 Belirli Bir Bölgede Satış Tekeli (Münhasır Satış Hakkı) Tanınması

Satış tekeli hakkı; tek satıcıya belli bir bölgede (*tekel bölgesi*) sözleşme konusu ürünleri sadece kendisinin satmasını ve üreticinin, yapımıcının tekel bölgesine doğrudan satış yapma hakkının olmamasını ifade eder³⁵. Bu tekel hakkının en basit halidir (*“basit satış tekeli”* veya *“basit tekel hakkı”*). Ancak üretici, ilerleyen bölümlerde de detaylı olarak inceleneceği üzere, doğrudan satış yapmama yükümlülüğüne ek olarak, başka bölgelerdeki tek satıcıların da söz konusu tekel bölgesine doğrudan satış yapmama yükümlenmesini sağlamayı yükümlenebilir (*“kuvvetlendirilmiş satış tekeli”* veya *“nitelikli tekel hakkı”*) veya herhangi bir üçüncü kişinin tekel bölgesine satış yapmasını engelleyecek önlemleri almayı yükümlenebilir (*mutlak satış tekeli*)³⁶.

Tekel bölgesi coğrafi olarak belirlenebileceği gibi (ülke, bölge, şehir vb.), müşteriler bazında da belirlenebilir (zincir mağazalar, butikler, perakendeciler, süper marketler, satış noktaları veya “corner”lar gibi). Bu nedenle ürünün niteliğine göre yapımıcının belli bir bölgede zincir mağazalara veya süper marketlere doğrudan satış yapması ve tek satıcıya sadece perakende mağazalara satış yapma hakkı tanınması tekel hakkını zedelemesiz³⁷.

³⁴ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Basım, İstanbul 1990, s. 28 vd.; YAVUZ, Cevdet, a.g.e., s. 15 vd.; İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 14 vd.

³⁵ Burada yapımıcının doğrudan satış yapmama yükümlülüğüne, söz konusu tekel bölgesinde şube açmaması da dâhil olacaktır. Detaylı bilgi için bkz. GÖKYAYLA, Cemile Demir, a.g.e., s. 41,42,43.

³⁶ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 24; İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 93 vd.

³⁷ Yapımçı tek satıcıya aynı zamanda, zaman veya sözleşme konusu mallar bakımından da bir münhasır satış hakkı verebilmektedir.

Tek satıcının yetki ve hareket alanı tekel bölgesi ile sınırlıdır. Bu bölge dışına doğrudan veya dolaylı olarak aktif satış yapamaz.

Tek satıcı, bu tekel hakkı sayesinde kendisine verilen sözleşme bölgesinde marka içi rekabet ile karşılaşmaksızın tek başına satış yapmaktan dolayı menfaat sağlayacaktır. Buna karşılık yapımıcının menfaatine olarak söz konusu tekel bölgesinde malların satılması için yoğun bir çaba harcayacaktır. Yargıtay da 2001 yılında verdiği bir kararda tek satıcılık sözleşmesinin olup olmadığını incelenmesi sırasında tekel hakkından bahsetmiş ve bu hakkın varlığını aramıştır³⁸.

2.2.2 Süreklilik Taşıyan Bir Sözleşmenin Bulunması

Her dağıtım sözleşmesi gibi tek satıcılık sözleşmesi de, tek satıcı ile yapımcı arasında sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Bu sözleşmelerde birel (münferit) edimlerin ifası değil, geniş bir zaman dilimine yayılmış sürekli bir edim topluluğunun ifası söz konusudur. Bu özelliğinin en önemli sonucu da; taraflar arasında yalın bir borç ilişkisine göre çok daha yoğun, artan bir güven ilişkisinin kurulması ve dürüstlük kuralının bu sözleşme bakımından özel bir önem arz etmesidir. Bu açıdan sözleşmenin belirli bir süre ile sınırlı veya belirsiz süreli olarak yapılmasının önemi yoktur. Bu nedenle tek satıcılık sözleşmesine sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin genel ilkeler uygulanır³⁹.

2.2.3 Çerçeve Sözleşme Özelliği

Tek satıcılık sözleşmesi tarafların tüm ticari ilişkilerini düzenleyen bir çerçeve sözleşme niteliğindedir. Bu çerçeve sözleşmede tarafların hak ve asli borçları düzenlenir. Taraflar arasında somut bir satım ilişkisinden ziyade gelecekteki satışlara ilişkin sözleşmelerin genel şart ve koşulları çerçeve olarak çizilir. Bu sayede bir yandan satıcının yapımıcının dağıtım örgütleriyle bütünleşmesi sağlanır, diğer yandan da yapımıcının tek satıcıyı destekleme yükümlülüğü ve tek satıcıya yapılacak indirimler belirlenir. Dolayısıyla uygulamada genellikle tek satıcılık sözleşmesinin yanında, bunlardan hukuken bağımsız niteliği haiz birel satım sözleşmeleri imzalanabilir.

Yargıtay da 2000 yılında vermiş olduğu kararında tek satıcılık sözleşmesinin çerçeve niteliğini;

“... münhasır lisans (tek satıcılık) sözleşmesi, yapımcı (sağlayıcı) ile tek

³⁸ Yargıtay 11. HD., T. 1.11.2001, E. 2001/7859, K. 2001/8456; Kaynak, www.kazanci.com.tr

³⁹ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 68, 151 vd; TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 15.

satıcı (tek elden dağıtıcı) arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde ve sürekli bir sözleşme”

ifadesiyle belirtmiştir⁴⁰.

2.2.4 Kendi Adına ve Kendi Hesabına Davranma

Tek satıcı hem hukuki hem de ekonomik açıdan bağımsızdır. Tek satıcı; tek satıcılığını yaptığı ürünü yapımcıdan kesin olarak satın alır ve daha sonra kendi adına ve hesabına, tüm riskleri kendi üzerine alarak kendi müşterileri olan üçüncü kişilere satar. Bu satıştan doğan kar, zarar ve riziko kendisine aittir. Bu nitelik yukarıda da belirtildiği üzere, tek satıcıyı müvekkilliği hesabına hareket eden acente ve komisyoncu gibi diğer tacir yardımcılarında ayırır⁴¹. Bu nitelikten yola çıkarak, doktrinde tek satıcı, kural olarak temsil yetkisi olmayan bağımsız bir tacir yardımcısı olarak kabul edilmektedir⁴².

Tek satıcının sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satması, ayrıca tek satıcının bu malların mülkiyetini yapımcıdan satın alma yoluyla iktisap ettiğini de açıkça ortaya koyar. Tek satıcı ile yapımcı arasında kurulan tek satıcılık sözleşmesi ile tek satıcı ile onun alıcıları arasında kurulan satım sözleşmeleri birbirinden ayrılır. Dolayısıyla acentelik müessesesinde olduğu gibi malları satın alan müşterilerle yapımcı arasında doğrudan veya dolaylı herhangi bir sözleşmesel ilişki kurulmamaktadır.

Tek satıcılık sözleşmesinde genel olarak uygulamada;

- tek satıcının sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına dağıttığı açıkça ifade edilir;
- tek satıcının yapımcıyı temsil yetkisine sahip olmadığı belirtilir; ve
- tek satıcının acente veya komisyoncu değil, tek satıcı olduğu açıkça ortaya konulur.

Tek satıcı kendi adına ve hesabına hareket ettiğinden dolayı dağıtım için yaptığı masrafları yapımcıdan talep edemez. Masraflarını alış-satış fiyat farkından (gelirinden) karşılar. Dolayısıyla acentenin ücret hakkına ilişkin TTK m.128 vd., tek satıcılık sözleşmesine uygulanmaz. Acente, aracılık ettiği ücretler bakımından bir ücret / provizyona hak kazanırken, tek satıcı yapımcıdan aldığı ve kendi müşterilerine sattığı malların bedelleri arasındaki farktan gelirini karşılar.

⁴⁰ Yargıtay 11. HD., T. 9.11.2000, E. 2000/7381, K. 2000/8746; Kaynak, www.kazanci.com.tr

⁴¹ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 38 vd.

⁴² Bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1998, s. 191.

2.2.5 Pazarlama, Satış ve Sürümü Artırma Faaliyetinde Bulunmak

Tek satıcının tekel hakkına karşılık sözleşme konusu malların pazarlama, satış ve sürümünü artırma borcu vardır. Bu borç çoğu zaman sözleşmelerde kendisini asgari satın alma yükümü olarak gösterir. Yapımcıya düşen satış kısıtlamaları ancak tek satıcının tekel bölgesinde yoğun bir pazarlama, satış ve sürüm artırma çalışmasına girişmesiyle dengelenebilir. Tek satıcı bu amaçla reklâm yapar, müşteri ilişkilerini geliştirir, satış sonrası servis ve bakım hizmetleri sağlar⁴³.

3. Tek Satıcılık Sözleşmesinin Özellikleri

3.1 Tek Satıcılık Sözleşmesinde Şekil

Tek satıcılık sözleşmesi, kanunda düzenlenmiyor olmasından ötürüdür ki, acentelik sözleşmesinde olduğu gibi herhangi bir geçerlilik şartına tabi değildir. Bu itibarla taraflar tek satıcılık sözleşmesini istedikleri şekilde yapmakta serbesttirler. Tek satıcılık sözleşmesi yazılı veya sözlü, açık veya örtülü olarak yapılabilir. Uygulamada teyit mektubu ile yapıldığı görülmektedir. Ancak sözlü veya örtülü olarak yazılan sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi ve ispat hukukunda doğuracağı diğer sorunlardan dolayı sözleşmenin yazılı olarak yapılması faydalı olacaktır.

3.2 Tek Satıcılık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcıya belirli bir yer veya bölge tahsis edilir ve yapımcı bu bölgeye doğrudan veya başka tek satıcıları vasıtasıyla müdahale etmeme yükümlülüğü altına girer. Bu yükümlülüğü dengelemek üzere tek satıcıda kendisine ayrılan yerde satış ve sürümü artırma borcunu yüklenmektedir. Bununla birlikte yapımcı ve ana dağıtıcı sözleşmeyle kararlaştırılan süre boyunca tek satıcıya ürün temin etmek, tek satıcı da söz konusu malları teslim almak ve bedeli ödemek yükümlülüğü altına girer. Bu yüzden tek satıcı yapımcı ve ana dağıtıcının adeta iş ortağı gibi hareket eder. Bu özellikleriyle, yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere, tek satıcılık ilişkisinin hem acente hem de satım ve adi ortaklık ilişkisinin özelliklerini taşıdığı görülür⁴⁴. Ancak kanunda belirtilen sözleşme türlerinin hiçbirinde bulunmayan tipik karakteristik unsurlara sahip olduğundan acente, satım veya adi ortaklık sözleşmeleri gibi sözleşmelere benzerlikleri bulunsun da "karma sözleşme" olarak nitelendirilemeyecektir.

Tek satıcılık sözleşmesinde bulunan; tek satıcının hukuki anlamda temsilci olarak değil de bağımsız olarak ve kendi hesabına faaliyette bulunması, satılacak malın miktarının çoğu zaman daha baştan belli olmaması, tek

⁴³ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 67.

⁴⁴ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 15.

satıcının kendi bölgesinde yapımcının sürümünü artırma yükümlülüğünü haiz olması gibi özellikler bu sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran ve *atipikleştiren* unsurlardır. Şu halde tek satıcılık sözleşmesini kendisine özgü "*sui generis*" bir sözleşme olarak nitelendirmek mümkündür⁴⁵.

3.3 Tek Satıcılık Sözleşmesinin Tarafları

Tek satıcılık sözleşmeleri değişik dağıtım kademelerinde geçerli olmak üzere birden fazla kademeli olarak (toptancı, dağıtıcı, perakendeci, yapımcı, üretici) kurulabilir. Tek satıcılık sözleşmeleri bir ithalatçı ile toptancı arasında yapılabileceği gibi bir toptancı ile perakendeci arasında da yapılabilmektedir. Önemli olan tek satıcılık hakkını alan tarafın kendisine ayrılan münhasır bölgede, sözleşmeye ait edim yükümlülüklerini ifa etmesi, buna karşılık üretici / yapımcı / toptancı / dağıtıcı tarafın da bu satış tekelini tek satıcıya verip sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülükleri ifa etmesidir.

4. Tek Satıcılık Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları

4.1 Tek Satıcının Yükümlülükleri

4.1.1 Satın Alma ("Alım") Yükümlülüğü

Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcının alım yükümlülüğü sözleşmenin asli borçlarından birini oluşturmaktadır⁴⁶. Bu sözleşmede yapımcının mamullerinin belli bir kısmının tek satıcı tarafından alımı açıkça düzenlenebilir. Bu türden bir asgari alım yükümlülüğünün kararlaştırılmış olması, bir yandan tek satıcıyı daha gayretli çalışmaya sevkederken diğer yandan da yapımcının mallarını sürekli bir şekilde pazarlayabilmesini ve ilerideki üretim veya kendi üreticisinden alım planlarını belirleyebilmesini sağlar. Böylece yapımcı, kendisi açısından pazarda risk sayılabilecek konjonktürel, mevsimsel veya tüketici tercihine bağlı dalgalanmaları bertaraf edebilir. Fakat asgari alım yükümlülüğünün sözleşmede düzenlenmesi zorunlu değildir. Böyle bir düzenleme olmasa bile sözleşmenin anlam ve amacı böyle bir mecburiyeti gerekli kılar.

Tek satıcılık sözleşmelerinde asgari alım yükümlülüğün ihlali durumunda sözleşmeyi fesih hakkı düzenlenmektedir. Çerçeve niteliğindeki bu sözleşmenin yerine getirilmesi açısından bu kadar önemli bir yükümlülüğün ihlali, fesih için haklı neden teşkil eder. Bu sebeple tek satıcı kendi tekelinde olan bölgede yeterince faaliyet gösterememesi nedeniyle kararlaştırılan miktarda sürüme erişememişse yapımcı sözleşmeyi ihbarsız olarak feshedebilecektir. Yapımcı bu durumda bir ifa davası açarak zarara uğramış olduğunu kanıtlaması gerekmeksizin sözleşmede kararlaştırılmış bulunan asgari miktardaki malın alınmasını ve bedelinin ödenmesini talep edebilecektir⁴⁷.

⁴⁵ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Basım, İstanbul 1990, s. 39; YAVUZ, Cevdet, a.g.e., s. 14.

⁴⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. www.urteb.org

⁴⁷ İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 68 vd.

Fesih hakkının yanında sözleşmede ayrıca tek satıcıya yapılan indirimin azaltılması da düzenlenebilir. Bir başka yaptırım ise sözleşmede cezai şartın düzenlenmesidir. Şayet cezai şart düzenlenmemiş ve tek satıcı sözleşmede düzenlenen asgari alım yükümlülüğünü yerine getirmiyor ise, yapımcı kural olarak tazminat talebinde bulunabilecektir.

Kendi adına ve hesabına hareket eden tek satıcı, sözleşmede satın alınacak ürün miktarı ayrıca belirtilmemiş olsa dahi, hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde, sözleşme konusu ürünleri satın alma yükümlülüğü altındadır. Ancak tek satıcı satın aldığı ürünlerin bedelini ödemede temerrüde düşmemelidir. Aksi halde yapımcı satın alma tekliflerini reddetmekte haklı olacağı gibi sözleşmeyi de feshedebilecektir⁴⁸.

4.1.2 Satış ve Sürümü Artırmak İçin Çaba Gösterme Yükümlülüğü

Tek satıcı tekel hakkının karşılığı olarak kendisine ayrılan yerde, satış ve sürümü artıracak faaliyetlerde bulunmalıdır. Bu faaliyetlerin çerçevesi sözleşmede belirtilmemişse tek satıcı bizzat bu faaliyetlerin içeriğini ve kapsamını, pazar şartlarını, tüketici ihtiyaçlarını ve ekonomik durumlarını dikate alarak basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü çerçevesinde belirleyecektir⁴⁹.

Tek satıcı, sadece müşterilerin gereksinimlerini karşılamakla yetinmeli, bunun dışında onlarda ek bir talep arzusu (satın alma arzusu) uyandırmalı ve bu sayede sürümün artmasını sağlamalıdır. Bu kapsama müşteri potansiyelinin artırılması, sürekli ve yeni müşteriler kazandırılması da girmektedir.

Satış ve sürümün artırılmasında, müşteri ihtiyaçlarının esas alınması, bu doğrultuda işyerinin konumu, büyüklüğü, çalışan personelin niteliği, yeterli sayıda olup olmaması önemlidir. Mallar müşterinin istekleri doğrultusunda satışa sunulmalıdır. Sadece yapımcının menfaatine yaptığı masraflar hariç⁵⁰ yaptığı tüm masraf ve harcamalar kendi cirosunu ve kazancını arttırmaya yönelik olduğundan dolayı kendisine ait olacaktır.

Tek satıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmesinde etken olan araçlardan birisi de reklam faaliyetleri olacaktır. Tek satıcının karının yüzde kaçının reklam masrafları için ayrılacağına kadar her detay sözleşmede belirlenebileceği gibi, böyle bir yükümlülük hiç belirlenmemiş bile olabilir. Bu durumda tek satıcı en azından sözleşme bölgesindeki yerel kitle haberleşme araçları vasıtasıyla yapımcı markanın reklamını yapmalıdır. Bu husus, tek

⁴⁸ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 17.

⁴⁹ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 72.

⁵⁰ Bu durumda tek satıcı, sadece yapımcının menfaatine yaptığı masrafları vekaletsiz iş görme hükümlerine giderek talep edebilecektir.

satıcının sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünün niteliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu konuda bir tartışma da tek satıcının kendi adını veya firma adını ya da markasını ürünün üzerine koyma hakkına sahip olup olmayacağına ilişkindir. Bu durumda tek satıcı, yapımıcının işaretini veya markasını kaldırmadığı sürece kendi markasını da koyabilmektedir. Zira tek satıcının işareti malın nerede yapıldığını değil hangi yollardan satışa sunulduğuna ilişkindir.

Bunların yanında, malların tanıtılması ve teşhiri amacıyla düzenlenen fuar ve sergilere katılım da reklam faaliyetlerinin bir bölümünü oluşturacaktır. Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, bu fuar ve sergilere katılım masrafları da yine tek satıcıya ait olacaktır.

4.1.3 Satış Sonrası Hizmetleri Yerine Getirme Yükümlülüğü

Yapımıcının mallarının iyi pazarlanması, sürümünün artırılması, özellikle sonradan bakım ve tamir gerektirebilecek motorlu veya elektrikli araçlar bakımında, tek satıcının satış sonrası hizmetleri yerine getirme yükümlülüğünü üstlenmesiyle mümkün olur. Tek satıcının bu yükümlülüğün altına girmesinin diğer önemli bir sebebi de kendisine sözleşme bölgesinin korunması hususunda verilen güvencedir. Tek satıcı, sözleşme bölgesindeki satışların sadece kendisi tarafından yapılacağına ilişkin gerekli güvenceye sahip olmadan, yapımıcı için satış sonrası hizmetleri yerine getirme yükümlülüğünü üstlenmeyecektir.

Profesyonel olarak servis sağlama yükümlülüğü ise tek satıcılık sözleşmesinde şarta bağlı bir yükümlülüktür. Sözleşmede kararlaştırılmamışsa tek satıcının ayrı bir tamir atölyesi kurma zorunluluğundan söz edilemez⁵¹. Tek satıcı sözleşmede kararlaştırılmışsa satışa konu olan ürünlerin bakım ve tamiriyle ilgili hizmetleri sağlamak zorundadır. Ayrıca, tek satıcının bakım ve tamir için de ayrı bir atölye bulundurmasını, bu yükümlülüğü eksiksiz olarak tek satıcının yüklenmesini isteyen yapımıcı, bu hususu çerçeve tek satıcılık sözleşmesinde ayrıca bir maddede düzenleyebilir veya bu hususa ilişkin ayrıca bir sözleşme yapabilir. Tek satıcının bu husustaki yükümlülükleri özellikle yapımıcının markasının tanınması ve daha yaygın hale gelmesi hususunda önem taşır.

Sözleşmede düzenlenmiş olan bu yükümlülük tek satıcı tarafında ihlal edilirse yapımıcı tek satıcıdan ifayı talep edebileceği gibi ayrıca tazminat da talep edebilecektir. Şayet bu yükümlülük sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek nitelikte ihlal edilmişse, sözleşmenin feshi yoluna da gidilebilecektir⁵².

Yargıtay'ın 1996 tarihinde vermiş olduğu kararında da Yargıtay, tek satı-

⁵¹ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 77, 78.

⁵² Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 78,79.

cının perakende satış noktalarına gerekli servisi verecek sayı ve nitelikte dağıtım aracı ve servis elemanı sağlama yükümlülüğünün sözleşmede açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen tek satıcının bu yükümlülüğe aykırı davranarak bu araçları elden çıkarmasını sözleşmeye aykırılık olarak görüp yapımçı firma lehine karar vermiştir⁵³

4.1.4 Yapımcının Talimatlarına Uygun Hareket Etme Yükümlülüğü

Tek satıcı bağımsız bir tacir olmakla birlikte yapımcının marka imajının korunması, satış ve sürüm politikasının geliştirilmesi amaçlarına hizmet edecek ilke ve talimatlarına uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülük esasında tek satıcılık sözleşmesinin sürekli bir iş görme sözleşmesi olma niteliğinden, tek satıcının yapımcının menfaatlerini koruma yükümlülüğünden ve vekâlet ile acentelik ilişkilerinde düzenlenen talimatlara uygun hareket etmeye ilişkin hükümlerin kıyasen yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

Yapımcının talimat verme hakkı sözleşmede açıkça düzenlemese bile mevcuttur. Yapımçı, bireysel satış işlemlerine, tek satıcının çalışma şartlarına müdahale edemeyeceği gibi, dürüstlük kurallarına aykırı olarak onun menfaatlerini ihlal eden talimatlar da veremeyecektir⁵⁴. Zira tek satıcının talimatlara uyma yükümlülüğü, onun kendi adına ve hesabına faaliyet gösterme özelliği ile beraber değerlendirilmelidir. Yapımçı, tek satıcının yükümlülüklerini yerine getirirken uyacağı bir takım genel ilkeleri belirler. Ancak münferit satış işlemlerinin yerine getirilmesi hususunda talimat vermez.

4.1.5 Sadakat Yükümlülüğü

Tek satıcı, kendi menfaatleriyle birlikte yapımcının menfaatlerini de korumalıdır. Tek satıcının yapımcının menfaatlerini koruma yükümlülüğüne aykırı davranması, taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldıracak nitelikte olursa, yapımçı haklı nedenlere dayanarak sözleşmeyi feshedebilecektir. Bu yükümlülüğün ihlalinin haklı nedenle fesih sebebi oluşturacağı hususu, Yargıtayımızın 2001 tarihinde vermiş olduğu kararda şu şekilde belirtilmiştir⁵⁵:

“... Tek satıcılık sözleşmelerinin niteliği gereği başka firmalara ait mal satışının az ya da çok olması sözleşmeye aykırılık yönünden önem taşımaz. Başka firmanın malının bir kez ve çok az miktarda satılmış olması dahi tek satıcının sadakat yükümlülüğüne ters düşer ki bu hal sözleşmeye aykırılık oluşturduğundan haklı fesih sebebi sayılır.”

⁵³ Yargıtay 19. HD, T. 23.3.1996, E. 1995/11898, K. 1996/2975; Kaynak, AKİPEK, Şebnem, KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2000, s. 597.

⁵⁴ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 20.

⁵⁵ YHGK, T. 4.7.2001, E. 2001/19-526, K. 2001/572; Kaynak, www.kazanci.com.tr

Belirtmek gerekir ki esas olarak acentelik hükümlerinde düzenlenen ve fakat konumuz açısından da geçerli olan bilgi verme (TTK m. 124/I), talimatlara uygun hareket etme (TTK m. 124/II)⁵⁶, rekabet etmeme (TTK m. 118), sır saklama (TTK m. 57/b.8) yükümlülükleri sadakat borcunun türevleri konumundaki borçlardır⁵⁷.

4.1.6 Bilgi Verme Yükümlülüğü

Tek satıcının bu borcu, sürümü artırma çabalarının doğal bir uzantısı olarak da görülebilir. Tek satıcı, belli bir süre içinde pazarlanabilecek olası mal miktarı ve satış tahminleri, gerçekleşmesi beklenen tüketim oranı, söz konusu piyasanın durumu, koşulları ile satış ve sürüm faaliyetlerinin seyri, gerçekleştirilen reklam faaliyetleri ile müşteri servisi hizmetleri hakkındaki bilgileri yapımcıya vermek zorundadır. Ancak tek satıcı müşteri isimlerini saklı tutabilecektir. Zira müşteri çevresinin oluşması her ne kadar yapımcının markasına bağlı olsa da bu hususta esas etken tek satıcının şahsi çaba ve faaliyetleri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu değer, tek satıcının tasarrufu altında olmalı, fakat sözleşmede bunun aksi taraflarca kararlaştırılabilmelidir⁵⁸.

Tek satıcı bilgi verme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmez ve bu durumu uzun süre devam ettirirse, tek satıcı ile yapımcı arasında kurulması gereken güven ilişkisi zedelenir ve yapımcı tarafından sözleşme haklı nedene dayanarak feshedilebilir. Ancak haklı nedenle fesih sebebinin oluşabilmesi için bu yükümlülüğün uzun süre ihlal edilmesi ve ihlal sonucunda sözleşmenin amacının ciddi oranda tehlikeye düşmesi gerekmektedir. Sözleşme amacını ciddi şekilde tehlikeye düşürmeyen ihlallerde yapımcıya tazminat talep hakkının tanınması, tek satıcılık sözleşmesinin mahiyetine daha uygun düşecektir.

4.1.7 Sır Saklama Yükümlülüğü

Tek satıcı yapımcının menfaatlerini koruma yükümlülüğünün bir uzantısı olarak, yapımcının ticari sırlarını saklamak zorundadır. Bu yükümlülüğün konusunu oluşturan "ticari sır" kavramı genel olarak; söz konusu işin görülmesine ya da işletmeye özgü olan, diğer çevrelerde hiç uygulanmayan veya çok az uygulanabilen ve gizli tutulması işletme açısından önemli olan konuları kapsamaktadır. Örneğin pazarlama yöntemleri, tedarik kaynakları, üretim metotları gibi konular somut olayın özelliğine göre işletme sırrı olarak değerlendirilebilecektir.

⁵⁶ Bkz. POROY/YASAMAN, a.g.e., s. 176.

⁵⁷ Bkz. KAYIHAN, Şaban, a.g.e., s. 97 vd.

⁵⁸ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 76.

Bu yükümlülük sözleşme süresince ve hatta sözleşmeden sonra da devam eder. Bu durum aynı zamanda, tek satıcılık sözleşmesinin süreklilik arz eden bir borç ilişkisi olması özelliğini ortaya koyar⁵⁹.

Tek satıcının bu yükümlülüğünün ihlali ya bu sırların kendisi tarafından yapımcı aleyhine değerlendirilmesi ile, ya da üçüncü kişilere açıklanması ile olur. Sırrın başkasına iletilmesi durumunda sırdan yararlanma amacının varlığının bir önemi kalmayacaktır. Bu sebeple bu yükümlülüğün ihlali incelenirken, sadece sırdan yararlanma unsuru göz önüne alınmamalıdır.

Tek satıcı sözleşme süresi içinde bu yükümlülüğünü ihlal ederse yapımcı, ihbarsız olarak sözleşmeyi feshedebilecektir. Ayrıca tek satıcının kusurlu davranışı söz konusu olduğundan yapımcı tazminat talebinde de bulunabilecektir.

Sırrın sözleşmenin sona ermesinden sonraki bir dönemde açıklanması durumunda da tek satıcının tazminat ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Ancak bunun için yapımcının zararını kanıtlaması veya en azından zarar edildiğinin inandırıcı bir şekilde ortaya konulabilmesi gerekmektedir.

4.1.8 Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Tek satıcının sahip olduğu rekabet etmeme yükümlülüğü onun satışı arttırma ve sürüme yönelik bütün çabalarını yapımcının ürünleri üzerinde yoğunlaştırmasını konu edinen bir borçtur. Bu nedenle tek satıcı, yapımcının ürünleriyle aynı veya benzer nitelikteki ürünleri satmaktan kaçınmalıdır. Burada TTK m. 118 hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür⁶⁰. Söz konusu madde şu şekilde düzenlenmiştir:

"Aksi yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı için birden fazla acente tâyin edemeyeceği gibi; acente dahi aynı yer veya bölge içinde, birbirleriyle rekabette bulunan mütaaddit ticari işletmeler hesabına aracılık yapamaz."

Ancak rekabet etmeme ilkesi, yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere, acenteye göre vazgeçilemeyecek nitelikte bir yükümlülüktür. Zira acentelikte, müvekkil yazılı olarak kararlaştırmak şartıyla tahsis edilen yerde başka acentelik tesis edebileceği gibi, acente de rekabet halindeki tacirler adına ve hesabına acentelik faaliyetleri yürütebilir. Fakat tek satıcılık ilişkisinde, tek satıcıya ayrılan yere, başka tek satıcılar tayin edilemeyeceği gibi, tek satıcı da bu bölgede rakip ürünleri satamayacaktır. Aksinin kabulü, tek satıcıya belirli bir yer tahsisi ve buradaki sürümü artırma yükümlülüğüne ters düşer⁶¹.

⁵⁹ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 82.

⁶⁰ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 83.

⁶¹ Sözleşmeyle aksinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 84.

Tek satıcının sözleşme konusu ürünlerle aynı kullanım amacını taşımayan ya da benzer olmayan ürünleri satması rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz.

Tek satıcılık sözleşmesinin bitiminden sonrası için de rekabet düzenlemeleri yapılabilir. Bu düzenlemelerin BK m. 350⁶² hükmüne kıyasen yazılı şekilde yapılması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur. Ayrıca rekabet yasağının özellikle zaman, yer ve konu bakımından sınırlandırılması gerekmektedir (BK m. 349)⁶³.

4.2 Yapımcının Yükümlülükleri

4.2.1 Düzenli Olarak Mal Gönderme Yükümlülüğü

Yapımcı tek satıcının ürün talebini karşılamak zorundadır. Tek satıcılık ilişkisinde, tek satıcıya yapımcı tarafından belirli bir yer tahsis edilmekte ve tek satıcı, yapımcının ürünleriyle aynı nitelikteki rakip ürünleri orada satmamaktadır. Bu yüzden yapımcının, tek satıcının ürün taleplerini karşılama yükümlülüğünün, tek satıcının kendi bölgesinde rakip ürünleri de satamaktan kaynaklanacak kazanç kaybını bu yolla karşılama hak ve yetkisine dayandığı söylenebilir⁶⁴. Ancak taraflar, sözleşme ile teslim yükümlülüğünün sınırlarını belirlemiş olabilirler. Yine de, beklenen veya kararlaştırılan miktarın üstünde siparişle karşılaşan tek satıcının bütün taleplerinin yapımcı tarafından karşılanması, yapımcının üretim planlamasını, satış ve sürüm hedeflerini zorlayabilir. Bu halde, teslim yükümlülüğünün kapsamı dürüstlük kuralları çerçevesinde belirlenmeli, yapımcının bu siparişleri karşılamaması halinde iyi niyet ve güven çerçevesinde yapımcının teslim yükümlülüğünü ifa etmediği sonucuna varılmamalıdır⁶⁵.

4.2.2 Tek Satıcıyı Destekleme Yükümlülüğü

Hal ve şartlara göre yapımcı, tek satıcıya teknik destek veya finans yardımı sunmak zorunda olabilir. Tek satıcının satış ve sürümü artırma yükümlülüğünü hakkıyla yerine getirebilmesi, yapımcının tek satıcıyı desteklemesine, onu bilgilendirmesine ve onunla işbirliği yapmasına bağlıdır. Yapımcı, üretimde ortaya çıkan değişiklikler (üretim şekli ve teknolojisindeki farklılıklar, paketleme ve reklâm giderleri gibi), bunların fiyatlara yansımaları konusunda tek satıcıyı bilgilendirmelidir. Reklâm için malzeme ve yer temini, kullanma ve bakım kılavuzları, müşterilere temin edilecek broşürler, istihdam edilecek nitelikli personelin eğitimi, reklâm ve pazarlama gibi

⁶² BK m.350, açıkça "rekabet memnuiyetini, sahit olmak için tahriri mukaveleye merbut olmak lâzımdır" düzenlemesiyle yazılı şekilde tabi tutmuştur.

⁶³ TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 22.

⁶⁴ Bkz. POROY/YASAMAN, a.g.e., s. 176; TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 23.

⁶⁵ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 34.

konularda, yapımıcının dağıtıcıya yardımcı olması, destekleme yükümlülüğünün genel çerçevesini oluşturur.

Bu yükümlülüğün kapsamı, sadakat borcu ve taraflar arasındaki güven ilişkisine göre belirlenecektir⁶⁶. Yapımıcının destekleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, tek satıcıya, borçlunun kusurlu davranışı sonucu karşı tarafın tazminat hakkının düzenlendiği BK m. 96 hükmüne göre tazminat isteme hakkı verir.

4.2.3 Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Yapımıcının rekabet etmeme yükümlülüğü temelde iki borcu içerir: (i) yapımıcının tek satıcının bölgesine doğrudan satış yapmama yükümlülüğü ("*basit tekel hakkı*"), (ii) yapımıcının tek satıcının bölgesine, diğer dağıtıcıların satış yapmalarını engelleme yükümlülüğü ya da onların müşterilerinin de ilgili bölge yahut müşteri grubuna, sözleşme konusu mal veya hizmetleri temin etmelerini engelleyecek önlemler alma borcu ("*nitelikli tekel hakkı*").

Basit Tekel Hakkı

Yapımcı, sözleşmede açıkça düzenlenen durumlarda tek satıcının satış bölgesinde belirli müşterilere doğrudan satış yapabilme yetkisine sahip olabilecektir. Yapımıcının, tek satıcının bölgesine doğrudan satış yapma hakkının bulunduğu bu gibi durumlarda, tek satıcıya herhangi bir ücret ödeyip ödemeyeceği hususunun sözleşme hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir⁶⁷. Şayet sözleşmede bu yönde herhangi bir düzenleme yapılmamışsa, kural olarak tek satıcının böyle bir hakkının olmadığı kabul edilir.

Diğer taraftan, yapımıcının, tek satıcının bölgesine doğrudan satış yapma hakkı kararlaştırılmamışsa onun, kural olarak, bu hakka sahip olmadığı kabul edilmelidir⁶⁸. Bu konuda Yargıtay da 2001 yılında vermiş olduğu kararında açıkça bu durumu şu şekilde belirtmiştir:

*"... Aksi kararlaştırılmadıkça, yapımcı, tek satıcının sözleşme bölgesinde doğrudan satış yapma hakkına sahip değildir"*⁶⁹

Ancak özel bir takım istisnai durumlarda yapımıcının tek satıcının münhasır bölgesinde doğrudan satış yapabileceği kabul edilebilir. Örneğin; müşterinin kendisinin o malı tek satıcıdan almayı reddedip doğrudan yapımcı-

⁶⁶ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 89.

⁶⁷ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 95.

⁶⁸ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 95; TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 25, 26.

⁶⁹ Yargıtay 19. HD., T. 11.10.2001, E. 2001/2685, K. 2001/6382; Kaynak, www.kazanci.com.tr

dan almayı talep ettiği durumlarda yapımcının bu bölgede sözleşme hükümlerinin aksine doğrudan satış yapması mümkün olabilecektir.

Öte yandan, bazı tek satıcılık sözleşmelerinde, ilgili bölgedeki tek satıcıya bir risturn ödemek kaydıyla öteki satıcılara, söz konusu bölgede satış yapma olanağı tanınabilmektedir.

Yapımcının doğrudan satış yapmama yasağına aykırı davrandığı durumlarda, tek satıcı BK m. 96 uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir. Zira yukarıda adı geçen 2001 tarihli Yargıtay kararında da, sözleşme bölgesinde doğrudan satış yapan yapımcıya karşı davacı tek satıcı, BK m. 96'ya dayanarak tazminat talep etmiştir. Ancak böyle bir talebin kabul edilebilmesi için tek satıcının zarara uğramış olması ve yapımcının kusurunun bulunması gerekmektedir. Bu sebeple örneğin, müşteri eğer malı yapımcıdan almamış olsaydı, söz konusu bölgedeki tek satıcıdan da almayacak idiyse, yapımcıdan bu malın alınması tek satıcı nezdinde bir zarara yol açmayacak, dolayısıyla tazminata hak kazanamayacaktı. Bu yükümlülüğe aykırılık, sonuç olarak sözleşmenin amacının gerçekleşmesini tehlikeye sokacak boyutlara varırsa, tek satıcı sözleşmeyi haklı nedene dayanarak feshedebilecektir.

Nitelikli Tekel Hakkı

Yapımcı, yukarıda açıklanan yükümlülüğüne ek olarak, diğer tek satıcılarına da sözleşme konusu bölgeye satış yapmama borcunu yükleyebilir.

Nitelikli tekelin bir diğer halinde ise yapımcı, tek satıcılarına kendi bölgeleri dışına satış yapmalarını yasaklamakla yetinmez, ayrıca o tek satıcılara, müşterilerinin, diğer tek satıcılarının bölgesine satış yapmalarını engelleyici önlemler alma borcunu da yükler. Böylece tek satıcının bölgesi, öncelikle yapımcının diğer tek satıcılardan, sonra da onların müşterilerinden doğabilecek olabilecek satışlara karşı korunmuştur⁷⁰.

Nitelikli tekel hakkı ihlal edilen tek satıcı, BK m.110'da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükmüne dayanarak, yapımcıdan tazminat talep edebilecektir. Hatta tek satıcı, şayet diğer satıcılardan ve / veya müşterilerinden de bu taahhüt alınmışsa, üçüncü kişi yararına şartın düzenlendiği BK m. 111/II uyarınca, bu üçüncü kişilere karşı da tazminat talebinde bulunabilecektir⁷¹.

Son olarak, bir görüşe göre şayet yapımcı tek satıcılarla yaptığı sözleşmelere, öteki tek satıcıların bölgelerinde satış yapmama ve müşterilerine de yaptırmama yükümlülüğünü koydurmamışsa, tek satıcı kendi bölgesinde satış yapan öteki tek satıcılara veya onların müşterilerine karşı BK m.41/II

⁷⁰ Bu husus ayrıca çalışmamızın yukarıki bölümlerinde "mutlak satış yetkisi" olarak tanımlanmıştır.

⁷¹ Bu konudaki detaylı bilgi, çalışmamızın, tek satıcılık sözleşmesinin rekabet hukuku bakımından incelendiği aşağıdaki bölümlerinde mevcuttur.

haksız fiil hükmüne dayanarak ve eğer şartları varsa TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine (TTK m. 56 vd.) dayanarak da istem de bulunabilecektir.

5. Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

5.1 Genel Olarak

Tek satıcılık sözleşmesi, niteliği itibariyle sözleşme taraflarının üçüncü kişilerle ilişkilerinde kısıtlama içerdiğinden dolayı, rekabet hukuku kapsamında incelenmesi gereken sözleşmelerdir.

Tek satıcılık sözleşmesi ile tek satıcı, sözleşme ile kendisine bırakılan alanda tek başına faaliyette bulunmaya (mutlak alan koruması) yetkilidir. Böylece tek satıcı söz konusu bölgede, sözleşme konusu malları pazarlayan ve dağıtan tek el olup başka üçüncü kişiler tarafından bu malların bu bölgede pazarlanması veya dağıtılması mümkün olmayacaktır. Böylece yapımçı, münhasıran tek bir satıcıya malı satmakla yükümlü olduğundan, bu tek satıcının rakipleri, adı geçen yapımçıdan mal satın alamayacakları gibi, sözleşme konusu mallarla rekabete giremeyeceklerdir. Aynı şekilde tek satıcı da sözleşme süresi boyunca adı geçen yapımçının rakiplerinden mal satın alamayacak, adı geçen yapımçıdan malları satın alma yükümlülüğüne sahip olacaktır. Böylece tek satıcılık sözleşmesi, rekabeti, hem sözleşmenin tarafları hem de üçüncü kişiler açısından etkilemektedir.

Bu durumda esas sorun sözleşmeden doğan bir tekel hakkının sözleşme ilişkisine dayanarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi noktasında oluşmaktadır.

5.2 Tek Satıcılık Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Durumu

5.2.1 Borçlar ve Ticaret Hükümleri Bakımından Durum

Tek satıcılık sözleşmesi yukarıda detaylıca açıklandığı üzere tek satıcı ile yapımçı arasında yapılan dikey bir anlaşmadır. Bu anlaşmada üçüncü kişiler somut olaya göre o malın varsa diğer yapımçıları, o bölgede satış yapan diğer satıcılar ya da müşteriler olabilecektir.

Tek satıcının sözleşmeden kaynaklanan tekel hakkı farklı derecelerde olabilmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, sözleşmeye taraf olan yapımçı, sözleşme konusu münhasır bölgede doğrudan doğruya satış yapmama yükümlülüğü altına girmiş olabilir ki bu zaten asgari bir tekel hakkını oluşturacaktır⁷².

⁷² Bkz. İNAN, T. Nurkut, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Makaleler, BA-TIDER/İNAN, Ankara, 1993, s.60.

Ayrıca yapımçı, kendisinden mal alan diğer tek satıcıların ve / veya onların müşterilerinin, sözleşme konusu bölgede satış yapmayacaklarını taahhüt edebilir. Bu durumda yapımçı, sözleşme ilişkisi içine girdiği üçüncü kişileri (diğer tek satıcılar ve / veya müşterileri) ile ayrı ayrı sözleşmeler ile bağlamak yükümlülüğü altındadır. Yapımçı, bu borcuna riayet etmezse, sözleşmenin niteliğine göre tek satıcı BK m.110 (başkasının fiilini taahhüt) veya BK m. 111 (üçüncü kişi lehine şart) hükümlerine dayanabilecektir. BK m. 110'a göre;

“Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. (...)”

Dolayısıyla, yapımçının, üçüncü kişi konumundaki diğer tek satıcıların, tekel bölgesinde satış yapmamacılarını sağlama borcu BK m. 110'a tabi olacaktır. Diğer bir deyimle tek satıcının talep hakkı yalnızca yapımçıya karşı olacaktır.

Şayet yapımçı diğer satıcıları ile sözleşmeler yaparak onları ve onların müşterilerini, tek satıcının tekel bölgesinde satış yapmama borcu altına sokmuş ise, burada artık üçüncü kişi lehine şart söz konusu olacaktır. BK m.111'e göre;

“Kendi namına akit yapan bir kimse, üçüncü şahıs lehine bir borç şart etmiş ise, o borcun ifasını talep etmek hakkını haizdir.

Üçüncü şahıs veya o borçta üçüncü şahsa halef olanlar dahi, iki tarafın niyetine veya örf ve âdete tevafuk ettiği takdirde, borcun ifasını şahsan talep edebilirler. (...)”

Bu durumda ise tek satıcı, yukarıda belirtilen BK m.111/II'deki şartlar olduğu takdirde üçüncü kişilere karşı da talep hakkı kazanacaktır.

Yapımçı ile hiçbir şekilde sözleşmesel bir ilişkisi olmayan veya sözleşme konusu malları başka biçimlerde (örneğin başka yapımıcılardan) sağlamış bulunan ve kendi tekel bölgesi içinde bu malları satan satıcılara karşı tek satıcının her hangi bir hakkı olamayacaktır. Zira tek satıcılık sözleşmesinin taraflar arasında meydana getirdiği hukuki ilişki olan sözleşme ilişkisi nişbi bir ilişki yaratır. Bu durumda tek satıcı, üçüncü kişilere karşı, yapımçı ile arasındaki tek satıcılık sözleşmesine dayanarak başvuramayacaktır⁷³.

Tek satıcının üçüncü kişilere karşı mevcut olabilecek talep hakkını genel haksız fiil kurallarına dayandırmak da düşünülebilir⁷⁴. Genel olarak haksız fiil BK m.41/I'de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

⁷³ Yukarıda belirtilen BK m. 111/2 hükmü şartları gerçekleşmişse, bu hüküm istisna tutulmalıdır.

⁷⁴ Aksi görüşte bkz. İNAN, T. Nurkut, a.g.e., s.60.

“Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.”

Fakat burada üçüncü kişinin, tek satıcının tekel bölgesinde satış yapmasının hukuka aykırı olduğu söylenemeyebilir. Tek satıcı her ne kadar sözleşmeden doğan tekel hakkını üçüncü kişilere karşı ileri süremeyecek olsa da eğer şartlar oluşmuşsa, esas olarak, BK m.41/II hükmüne veya gene haksız fiil niteliğinde olan ve TTK m.56’da düzenlenen haksız rekabet hükümlerine başvurabilecektir. BK m.41/II ise şu şekilde düzenlenmektedir:

“Ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.”

Doktrinde bu fıkranın uygulama alanının oldukça dar olduğu ve ancak aynı maddenin, yukarıda belirtilen ilk fıkrasının uygulama alanı olmadığı durumlarda bu ikinci fıkraya başvurulduğu görüşü egemendir⁷⁵. Hukuka aykırılık değil sadece ahlaka aykırılığın söz konusu olduğu, daha da önemlisi özel kastın bulunduğu zamanlarda bu maddenin uygulanma imkanı doğacaktır. Bu özel kast normal kasttan farklı olarak failin zararını istemiş olma şartı olacaktır. Şayet üçüncü kişi sadece tek satıcıya zarar vermek amacıyla tekel konusu ürünleri satışa arzetmiş ise, bu eylemin ahlaka aykırı olması koşulu ile zararın tazmini söz konusu olabilecektir. Ancak tek amaç kar elde etmek ise bu durumda bu özel kasttan söz edilemeyecektir ve bu fıkra da uygulanamayacaktır.

Haksız rekabete ilişkin olarak düzenlenen TTK m. 56’da ise haksız rekabet şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir.”

Görüldüğü üzere bu hüküm MK m.2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması esasına dayandırılmıştır. Dolayısıyla ilk şart hukuken korunan bir hakkın varlığı olmalıdır. Bu hak, söz konusu düzenlemeye göre “rekabet” hakkı olacaktır. Bu hakkı ihlal eden kimse, bu ihlali, hukuka aykırı bir eylem ile örneğin başkasının ticari sırrını çalarak veya ifşa ederek yaptıysa zaten büyük olasılıkla başka hukuki gerekçelerle de sorumlu olurken diğer taraftan TTK m.57’de sayılan hallerden biri uyarınca (TTK m.57/b.8) da haksız rekabet fiilini işlemiş sayılacaktır. Ancak esas sorun, kişinin eyleminin hukuka aykırılık taşımadığı durumlarda ortaya çıkacaktır. Bu durumlarda genellikle doktrin ve mahkeme kararlarında çeşitli ilkeler esas alınmaktadır. Tek satıcılık sözleşmelerinde de en çok kullanılan ilkelerden biri “emek ilkesi”dir. Netice olarak ortada, tek satıcının belki de uzun yıllardır kendi emeği ile yaratmış olduğu bir pazar payı, ortamı (tanıtım, reklam, satış sonrası servis

⁷⁵ İNAN, T. Nurkut, a.g.e., s.61

vs.) varken, üçüncü kişi, bu tek satıcı ile orantılı bir emek sarfetmeksizin, tek satıcının yarattığı bu ortamdan çıkar elde edebilmektedir.

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 11. HD'nin 1.3.1991 tarihinde verdiği karar önem arz etmektedir⁷⁶. Karara konu olan olayda Davacı vekili, aslında Japon malı olan ve Almanya'da üretilen (X) marka bilgisayarların Türkiye'deki tek satıcısının 1984 yılından beri müvekkili olduğunu ve bu süre içinde söz konusu (X) markası ile elektronik ürünlerinin müvekkilince pazarlandığı belirtmiştir. Buna rağmen, davalı şirketin de aynı (X) marka ürünleri Amerika'dan getirip ve ayrıca da orijinallliğini bozarak pazarladığını, bu şekilde müvekkilinin tek satıcılık hakkının ihlal edilerek haksız rekabet oluşturulduğunu ileri sürerek bunun önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili ise, dava konusu ürünlerin dava dışı şirketçe ithal edildiğini, müvekkilinin onlardan aldığı malları sattığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece davanın reddine dair tesis edilen karar Yargıtay 11. HD tarafınca onanması üzerine davacı vekilleri bu defa karar düzeltme isteminde bulunmuşlardır. Kararın düzeltilmesine ilişkin açılan söz konusu davada bu sefer aynı Yargıtay dairesi, tek satıcılık kavramı ve sözleşmenin nisbiliği ilkesi üzerinde durmuş ve *bu ilkenin katı bir kural olarak uygulanmasının her zaman doğru bir sonuç vermeyeceğinden yola çıkarak, tek satıcının, yapımçıya ait ürünleri o bölgede tanıtmakta ve pazarlamadaki özel çabaları ile o ürün piyasasında önemli bir yer tuttuktan sonra, bir başka firmanın tek satıcısının yarattığı bu olanak ve pazardan yararlanarak, yapımçı bir firma dışında bir başka firmadan aynı ürünü getirerek az bir emek ve sermaye ile bu pazardan yararlanması da hukuken korunması mümkün olmadığına kanaat getirmiştir. Sonuç olarak bu şekildeki bir hareketin, TTK m.56 maddesinde ifadesini bulan hüsnüniyet kurallarına aykırı bir şekilde iktisadi rekabetin yapılması olduğunu, anılan madde uyarınca bu nevi eylemler iktisadi rekabetin suistimali kabul edilerek bir haksız rekabet teşkil edeceğini hükme bağlanmıştır.*

Görüleceği üzere, her ne kadar tek satıcılık sözleşmesinin üçüncü kişiler nezdinde değerlendirilmesi hususunda, aynı Yargıtay dairesi içinde bile görüş ayrılıkları bulunsa da, sözleşmenin nisbiliği ve ticaret yapma özgürlüğüne dayanarak kişilerin tek satıcılık sözleşmesi kapsamına giren ürünleri Türkiye'ye diledikleri gibi getirip satabileceklerini kabul etmek her zaman doğru ve adil sonuçlar vermeyecektir. Söz konusu rekabet hakkı dahi kullanılırken bireyler hukuka ve ahlaka aykırı davranmamalıdır. Ancak tek satıcılık sözleşmesine konu olan malın üçüncü kişiler tarafından sözleşme bölgesi içinde satılması, başlı başına haksız rekabeti oluşturmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, somut olayı incelenmeli ve ancak diğer şartların varlığı halinde haksız rekabetin ihlaline karar verilmelidir. Sadece tek satıcının emeğinin ihlali de yeterli olmayabilecektir. Örneğin yukarıda verilen kararda Yargıtay, yukarıdaki açıklamaları yaptıktan sonra, bunlara ek olarak *söz konusu cihazların davalı tarafça hatalı olarak değiştirilmesi nedeniyle arıza-*

⁷⁶ Yargıtay 11. HD., E. 1991/171, K. 1991/1406; Kaynak, www.kazanci.com.tr

lanması ve ayrıca davalının pazarladığı aynı markalı cihazlarda bizzat davacı tarafından geliştirilen ve chip adı verilen parçaların kopyasının bulunduğunu, dolayısıyla davacının tek satıcılık özelliği dikkate alınmasa dahi davalı tarafın bu eylemlerinin davacıya karşı TTK.nun 57/b.5 maddesindeki haksız rekabetin unsurlarını oluşturacağını hükme bağlamıştır. Görüldüğü üzere emek ilkesi gibi tek bir ilke somut olarak ve tek başına tek satıcıya sınırsız ve süresiz bir tekel tanınamakta, somut olaya göre başka şartlara da bakılmaktadır.

5.2.2 Rekabet Düzenlemeleri Bakımından Durum

Tek satıcılıkta rekabetle ilgili en önemli endişe, münhasır bölgeye başka tek satıcılar atanamaması, dolayısıyla marka içi rekabetin özellikle toptancı seviyesinde azalması, hattâ ortadan kaldırılmasıdır. Zira, sağlayıcının, tek satıcıya tahsis edilen bölgede, başka bir tek satıcı tayin etmeme yükümlülüğünü üstlenmesi, aynı markanın tek satıcıları arasındaki rekabeti kısıtlayacaktır. Aynı şekilde tek satıcıların da kendilerine tahsis edilen yer veya bölge dışına aktif satışları yasaklandığından, bu durum piyasa paylaşımı anlamına gelecek ve doğal olarak bir rekabet ihlâli oluşturacaktır. Bu hal özellikle tek satıcıların yapımçıya karşı diğer tek satıcıların bölgesine satış yapmama yükümlendikleri durumda⁷⁷, daha etkili ve önemli sonuçlar doğurur. Bu durumun öncelikle piyasa / pazar paylaşımına yol açacağı, sonra da fiyat tespitiye sonuçlanacak bir ilişkiye bürüneceği söylenebilir.

Tek satıcılık ilişkisini karakterize eden özelliklerden birisi, ona belirli bir yer veya bölge tahsis edilmesi zorunluluğudur. Gerçi, acentenin de tekel hakkına (TTK m. 116, 118) sahip olduğu dikkate alındığında, tekel hakkının, tek satıcılığa özgü bir özellik sayılmayabileceği görüşü de doktrinde savunulmaktadır⁷⁸.

Tekel hakkı, acentelik ilişkisinde vazgeçilemez bir hak olmamakla birlikte, tek satıcılık ilişkisinin temel unsurlarından birisidir. Yapımcı, ürünlerinin satış hakkı için tek satıcıya, belirli bir yer veya bölge tahsis etmek zorundadır. Uygulamada tek satıcıyı güçlendirmek ve dolayısıyla satışları artırmak düşüncesiyle, bölge sınırlarının olabildiğince geniş tutulduğu görülmektedir⁷⁹. Yapımcı, tek satıcıya tahsis ettiği bölgeye, başka tek satıcılar atamama hattâ tekel şartları çerçevesinde, başka bölgelerdeki diğer tek satıcılarının bu bölgeye satış yapmalarını engelleme yükümlülüğü altındadır.

Tekel hakkı yer, zaman ve sözleşme konusu mal veya hizmetler itibarıyla sınırlandırılmalıdır⁸⁰. Fakat tek satıcılık ilişkisi, süreklilik arz edecek bir

⁷⁷ Bu halde paralel ticaretin engellendiği de söylenebilir.

⁷⁸ TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s.14.

⁷⁹ TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s.3.

⁸⁰ İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 109; TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s.3.

tanıtım, plânlama, yatırım ve organizasyon sürecini gerektirdiğinden, mâkul sayılabilecek bir süreyi kapsamalıdır. Özellikle tek satıcının tanıtım, organizasyon gibi faaliyetleri sonucunda yapmış olduğu yatırım harcamalarının karşılanması ve mâkul bir kar elde edebilmesi için gerekli olan süre, tanınması gereken tekel hakkının asgari süresi olmalıdır.

Tekel hakkının kapsamına girecek ürünler, sağlayıcının bütün ürünleri olabileceği gibi, bir kısım ürünleri de olabilir. Tek satıcının bilgisi dahilinde olan ve sözleşmede açıkça gösterilmeyen ürünler (çeşitler), tekel hakkının kapsamı dışında değerlendirilmelidir⁸¹.

Tek satıcıya yönelik tekel (rekabet etmeme) borcu, tek satıcının, satış ve sürüme yönelik bütün çabalarını yapımıcının ürünleri üzerinde yoğunlaştırmasına yönelik bir borçtur. Bu yüzden tek satıcı, yapımıcının ürünleriyle aynı veya benzer nitelikteki ürünleri satmaktan kaçınmalıdır. Burada yine acentelik ilişkisinde tekel hakkının düzenlendiği, TTK 118 hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür⁸².

Ancak, tekrar hatırlatmak gerekirse, acentelikte, müvekkil, yazılı olarak kararlaştırmak şartıyla tahsis edilen yerde başka acentelik tesis edebileceği gibi, acente de rekabet halindeki tacirler hesabına aracılık edebilir. Halbuki, tek satıcılık ilişkisinde, tek satıcıya ayrılan yerde, başka tek satıcılar tayin edilmesi mümkün olmadığı gibi, tek satıcı da rakip ürünleri satamaz. Aksinin kabulü, tek satıcıya belirli bir yer tahsisi ve buradaki sürümü arttırma yükümlülüğüne ters düşer⁸³. Tek satıcının, sözleşme konusu ürünlerle aynı kullanım amacı taşımayan ya da benzer olmayan ürünleri satması rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz. Bu halde sağlayıcıya ait menfaatlerin zedelenmesinden de söz edilemez.

Tek satıcılık sözleşmeleri, tarafların ekonomik faaliyetlerini, sözleşme gereği olduğu, tarafların bunu kendi iradeleri ile kararlaştırmış olduklarından dolayı, haksız biçimde kısıtlamasa da yukarıda belirtildiği gibi üçüncü kişilerin ekonomik özgürlüklerini de kısıtlamaktadır. Bu kısıtlamanın nasıl ve nereye kadar olması gerektiği hususu rekabet hukuku bakımından önem taşır. Burada üçüncü kişilerden kasıt; (i) yapımıcının, sadece tek satıcıya mal gönderme yükümlülüğünden dolayı mal gönderemediği diğer satıcılar, (ii) tek satıcının alım yükümlülüğünden dolayı kendilerinden mal almadığı diğer yapımıcılar ve (iii) sözleşme bölgesinde bulunan ve sözleşmeye konu malları sadece o bölgede faaliyette bulunan tek satıcıdan satın alan müşterilerdir.

Burada tek satıcılık sözleşmesinde karakteristik olan taahhüt ve yükümlülükler, taraflar dışında kalan bu üçüncü kişilere karşı bir boykot ya

⁸¹ TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s.2, 3; İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s.109 vd.

⁸² İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s.83.

⁸³ Sözleşmeyle bunun aksinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 84.

da onlara mal gönderilmesinin durdurulması gayesiyle düzenlenmemiştir. Tek satıcının kendi pazarının güvence altına alınması amaç olup, üçüncü kişilerin rekabet dışı, pazar dışında bırakılması amaç değildir.

Görüldüğü üzere tek satıcılık sözleşmesi hem sözleşme tarafları nezdinde hukuki olarak, hem de sayılan üçüncü kişiler nezdinde hukuki olarak veya olmayarak, rekabeti sınırlayıcı hükümler içermektedir. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların düzenlendiği RKHK m. 4 uyarınca;

“Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.”

Tek satıcılık sözleşmesinde yer verilen rekabet kısıtlayıcı hükümler, kural olarak yukarıda verilen RKHK m.4’e aykırılık oluşturuyorsa geçersiz sayılır. Bu madde, hem yatay hem de dikey anlaşmalara uygulanır. Böylece, daha önce de belirtildiği gibi dikey bir anlaşma olan tek satıcılık sözleşmesi için de aynı madde uygulama alanı bulacaktır.

Belirtmek gerekir ki, RKHK m.4/II/e’de rekabeti sınırlayan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara örnek sayılırken; “Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak ve yükümlülükler ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması” ifadesi yer almıştır. Burada münhasır bayilikten kasıt tek satıcılık sözleşmesi olup, tek satıcılık sözleşmesi, 4. maddedeki genel yasaklamadan değil, sadece “e” bendinde düzenlenmiş bulunan yasaklamadan muaf tutulmuş olacaktır.

Rekabet Kurulu’nun tek satıcılık sözleşmelerini nasıl ve hangi yönlerden incelediğini de anlayabilmemiz açısından bir kararını incelemenin faydalı olacağı görüşündeyiz.

2004 tarihli Örnek Rekabet Kurulu Kararı⁸⁴

Rekabet Kurulu’nun 2004 tarihli kararına konu olayda şikayet eden taraf olan tek satıcı, şikayetini esas olarak, sözleşmenin tek satıcıyı zorda bırakan ve rekabeti sınırlayan düzenlemeler içermesi nedeniyle RKHK’a aykırı olduğu ve yapımının rasyonel gerekçelere dayanmaksızın anlaşmayı sona erdirip mal vermeyerek tek satıcıyı zarara uğrattığı ve bu şekilde hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçelerine dayanmıştır. Ayrıca tek satıcı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için batık maliyet niteliğinde birçok yatırım yapmış, depolar kiralayıp promosyon mallar dağıtmış, nakliye araçlarını kiralamış ve çeşitli tanıtım faaliyetlerinde bulunmuştur.

⁸⁴ Rekabet Kurulu, T. 19.10.2004, No. 04-66/946-224; Kaynak, www.rekabet.gov.tr

Rekabet Kurulu, ilk olarak taraflar arasındaki tek satıcılık sözleşmesini RKHK bakımından incelemiştir. Buna göre, sözleşmenin somut olayın şartları uyarınca 10 yıllık ve yıllık 30 bin ton mal satış koşuluna göre imzalanmasında ve "Başka İş Yapma Yasası" başlığı altında bir rekabet yasağı düzenlemesinin getirilmesinde bir aykırılık görmemiştir. Ayrıca sözleşmenin yapımca tarafa yeniden satış fiyatı belirleme gücü verip vermediğini tespit edebilmek için sözleşmenin ilgili hükümlerini yorumlamış ve netice olarak böyle bir durumun söz konusu olmadığını, kaldı ki olduğu düşünülse bile, bu düzenlemenin yatay düzlemde rekabeti ne şekilde sınırlandırdığının tek satıcı tarafından belirtilmesi ve gösterilmesi gerekirken bunun yapılmadığını, halbuki Rekabet Hukuku'nun amacının piyasa oyuncularını değil, rekabetin kendisini korumak olduğunu belirtmiştir.

Ayrıca sözleşmede rekabet etmeme yükümlülüğünün sözleşmenin feshinden sonra da devam edeceğine dair hükmün geçersiz olduğuna karar vermiştir.

Son olarak yapımıcının mal vermeyi reddettiği iddiasını incelemiş, bunun ancak rasyonel ekonomik gerekçelere dayanmaması ve bu eylem sonucunda sağlayıcı ya da alıcı seviyesinde rekabetin engellenmesi durumunda RKHK m. 6 kapsamında bir hakim durumun kötüye kullanılması olduğunu belirtmiştir. Buna göre, yapımıcının, tek satıcının sözleşmenin bedelinin bir kısmını oluşturan çeklerle ödeme gerçekleşmediği gerekçesine dayanmasının ve netice olarak yapımıcının sözleşmeyi feshedip bayilere malların direkt olarak yapımca olarak sağlanmaya başlanmasını RKHK'a aykırı görmemiştir. Bilakis Rekabet Kurulu kararında, üretim ve dağıtımın daha planlı yürütülmesi, çifte karın önlenmesi ve fiyatların aşağı çekilmesi ve sonuçta tüketicilerin bundan ciddi faydalar sağlaması bakımından faydalı olacağı görüşünü benimsemiştir.

Bununla beraber, dikey anlaşmalar rekabete olan faydaları nedeniyle, çeşitli grup muafiyet tebliğleri ile RKHK'un 4. maddesindeki rekabet yasaklamalarından belirli sınırlar dahilinde muaf tutulmaktadır. Bunlardan biri de konumuzla ilgili olarak, 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyetleri Tebliği'dir.

2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyetleri Tebliği

Tek satıcılık sözleşmelerinin hükümlerinin üçüncü kişiler nezdindeki durumu, yukarıda belirtilen RKHK'nun ilgili maddelerinin yanında, bu Tebliğ'deki düzenlemeler de dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Bu Tebliğ'in uygulanabilmesi için öncelikle RKHK m. 4 kapsamına giren bir dikey anlaşmanın varlığı gerekmektedir. Bu dikey anlaşmanın da bu maddeye aykırı olup olmadığının yorumlanması, ancak dikey anlaşmanın ya amacı ya da etkileri bakımından yapılacak incelemeyle belirlenebilir.

Bu Tebliğ'de oldukça geniş bir muafiyet gurubu öngörülmüştür. Muafiyet kapsamına girecek sözleşmelerin düzenlenmesi yerine, "çekirdek sınırlamalar" da denilen, caiz olmayan rekabet sınırlamalarının yer aldığı bir "kara liste" düzenlemesi yapılmıştır. Bunlar, RKHK m. 4 kapsamındaki sözleşmelerin tamamını muafiyet kapsamından çıkararak sınırlamalar ile, RKHK m. 5'de sadece ilgili hükümlerin muafiyetten yararlanmasını engelleyen rekabet yasaklarına ilişkindir. Bu Tebliğ ile taraflar, muafiyetten yararlanamayacak olan sözleşme hükümleri dışında istedikleri düzenlemeleri yapabilecekler ve söz konusu sözleşmeler yasak hükümler içermedikçe doğrudan muafiyetten yararlanabileceklerdir.

Bu Tebliğ'in kapsamına, üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüs arasında belirli mal ve hizmetlerin alımı, satışı veya yeniden satışı amacıyla yapılan her türlü anlaşmalar ("dikey anlaşmalar") girmektedir. Görüleceği üzere; (i) iki veya daha fazla teşebbüs taraf olmalı, (ii) anlaşmaya taraf teşebbüsler, üretim veya dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet gösteriyor olmalı, ve (iii) anlaşmanın belirli bir mal alımına veya hizmetlerin sunumuna, satımına veya yeniden sunum veya satımına ilişkin yapılmış olması gerekmektedir. Örneğin; sağlayıcı konumundaki üretici ile toptancı arasındaki anlaşma (basit dikey anlaşma), hammadde üretici ile bu hammaddeyi kendi üretiminde kullanan üretici arasındaki tedarik anlaşması, üretici, dağıtıcı ve nihayet ürünleri müşterilere satan perakendeci arasında imzalanan üçlü anlaşma vs. dikey anlaşmalar kapsamında bu Tebliğ'de düzenlenen şartlar halinde muafiyetten yararlanabileceklerdir.

Bu anlaşmalar bir mal alımına veya hizmet sunumuna ilişkin olabilir. Ancak Tebliğ uyarınca başka bir grup muafiyet tebliği kapsamına giren sözleşmelerde bu Tebliğ hükümleri uygulanmayacaktır⁸⁵. Sonuç olarak Tebliğ, tek satıcılık sözleşmelerine, franchise sözleşmelerine ve RKHK m. 4 kapsamına giren acentelik sözleşmelerine uygulanabilecektir.

AB'nin konuya ilişkin mevzuatında, tek satıcılık sözleşmelerinin grup muafiyetinden yararlanabilmesi için tek satıcının malları veya hizmetleri satın aldığı pazardaki payının %30'u geçmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla pazar payı %30'u geçen alıcılarla yapılacak tek satıcılık sözleşmeleri, sadece somut olayın şartlarına göre bireysel muafiyetten yararlanabileceklerdir. 2007 yılında Tebliğ'in 2. maddesinde yapılan değişiklik neticesinde bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, yapımıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetle-

⁸⁵ Örneğin tek satıcılık sözleşmeleri bakımından 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği mevcut olduğundan, bu alana ilişkin olarak yapılan tek satıcılık sözleşmelerdeki düzenlemelerin muafiyet kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi bakımından bu özel Tebliğ esas alınacak, 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği hükümleri dikkate alınmayacaktır.

ri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanacaktır.

Ayrıca tek satıcılık sözleşmesinin bu gurup muafiyetinden yararlanabilmesi için Tebliğ'in 4. maddesinde sayılan sınırlamalardan herhangi birini içermiyor olması gerekmektedir. Bunlar kısaca şu şekilde sıralanmıştır;

“...

a) Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi;

b) Aşağıdaki haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi,

1) Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması,

2) Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması,

3) Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması,

4) Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların sözkonusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması;

c) Seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması;

d) Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi; ve

e) Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması.”

Yukarıda sıralanan sınırlamalar da dahil olmak üzere tüm Tebliğ hükümleri incelendiğinde, çalışmamızın başlarında da açıklanan tek satıcılık sözleşmesinde tarafların mevcut hak ve yükümlülükleri de daha iyi ortaya çıkmaktadır. Özellikle tarafların rekabet etmeme yükümlülüğü, bu Tebliğ kapsamında da değerlendirilmelidir. Örneğin yapımcının tek satıcının bölge-

sinde doğrudan veya dolaylı satış yapmama yükümlülüğü bu Tebliğ kapsamında, Rekabet Hukuku bakımından da değerlendirildiğinde, Tebliğ'in 4/b fıkrasının lafzi yorumu bize yardımcı olacaktır. Bu hükümde yukarıda belirtildiği gibi dağıtım bölgesine ve müşteri guruplarına ilişkin olarak, sadece alıcı bakımından gereken sınırlamalardan bahsetmektedir. Böylece müşteri gurubuna ve sözleşme bölgesine ilişkin olarak satıcı aleyhindeki sınırlamalar rekabet yasağından muaf tutulmuştur. Satıcının belirli bir bölgede ya da belirli bir müşteri gurubuna malların dağıtımını için sadece tek bir alıcıya mal sağlama yükümlülüğü (münhasır satış hakkı) ve de yapımıcının doğrudan satışlarının yasaklanması, Tebliğ anlamında yasaklayıcı bir çekirdek sınırlama olmayacaktır.

Aynı şekilde, tek satıcının başka yapımıcının sözleşme konusu mallarla aynı nitelikteki mallarını dağıtamayacağı veya satamayacağına ilişkin, tek satıcının rekabet etmeme yükümlülüğü de bu Tebliğ bakımından değerlendirilmelidir. Zira bu Tebliğ uyarınca da rekabet etmeme yükümlülüğü, tek satıcının anlaşma konusu mal ve hizmetlerle rekabet eden mal ve hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür.

Tebliğ'in 5/a hükmü uyarınca alıcı için öngörülen belirsiz süreli veya süresi 5 yılı aşan rekabet etmeme yükümlülükleri muafiyetten yararlanamayacaktır. Ayrıca sözleşmenin ya da rekabet yasağının, feshedilmemesi halinde otomatik olarak uzayacağına ilişkin kayıtlar, Tebliğ anlamında belirsiz süreli rekabet etmeme yükümlülüğü olarak anlaşılacaktır. Ancak her biri beşer yıllık yapılmış zincirleme tek satıcılık sözleşmeleri belirsiz süreli rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira burada taraflar rızaen her 5 sene, rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hükmü onaylayıp imzalamaktadırlar.

6. Tek Satıcılık İlişkisinin Sona Ermesi ve Sonuçları

6.1 Tek Satıcılık İlişkisinin Sona Ermesi

Tek satıcılık genellikle belirsiz süreli olarak akdedilir, zira bunda hem yapımıcının hem de tek satıcının menfaati vardır. Tek satıcılar sözleşmenin gereği olarak yapımıcının mallarını satmak, satış mekânı açmak ve düzenlemek zorundadırlar. Ayrıca müşteri hizmetlerini yerine getirmek için yatırım yapmak zorunda olduklarından, kısa süreli bir sözleşme ile bu yatırımlarını amorti edemezler. Aşağıda tek satıcılık sözleşmesinin sona erme halleri incelenecektir.

6.1.1 Sözleşme Süresinin Sona Ermesi

Belirli bir süre için yapılan sözleşmelerde, öngörülen sürenin nihayeti ile sözleşme tarafların her hangi bir bildirimde bulunmalarına gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Tarafların sözleşmede belirledikleri süre eğer bir

– iki yıl gibi kısa bir süre ise, özellikle tek satıcı bundan zarar görecektir. Zira tek satıcı, yapımcı ile arasındaki ilişkiyi devam ettirebilmek için çeşitli yatırımlarda bulunacaktır ve kısa süreli bir sözleşme ile bunları amorti etmesi zor olacaktır. Bu endişelere binaen uygulamada genellikle sözleşme içeriğine sözleşmenin uzatılması ile ilgili hükümler konulmaktadır. Buna göre, uygulamada genelde tek satıcılık sözleşmelerinde, sözleşmenin sona ermesi taraflardan birisi sözleşmeyi yenilemek istemediğini bildirmezse, sözleşme belirli bir süre için kendiliğinden uzayacağı hükmü düzenlenir⁸⁶.

6.1.2 Belirsiz Süreli Sözleşmenin Feshi

Tek satıcılık sözleşmesinde belirli bir süre saptanmamışsa ya da belirli süre saptanmış olmasına rağmen sözleşme zımnen yenilenmiş ise belirsiz süreli sayılır. Sözleşme süresinin belirsiz olması tarafların sürekli olarak bu sözleşme ile bağlı kalacakları anlamına gelmez. Eğer sözleşmede feshe ilişkin bir düzenleme varsa fesih prosedürü buna göre işleyecektir. Sözleşmede hüküm yoksa hukukumuzda da yasal bir düzenleme olmadığından sözleşmenin feshine ilişkin ihtilafı hâkim hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda çözümlenecektir. Bütün belirsiz süreli sözleşmelerde taraflara ileriye etkili olarak sözleşmeyi fesih etme imkânı tanınmıştır. Önemli olan bu hakkın nasıl kullanılacağıdır. Zira her somut olayda feshi ihbar süresi farklılık arz edecektir. Burada hakim, taraflar arasındaki ilişkiye bakarak, sözleşmenin her iki tarafın da zarar görmeyeceği makul süresini tayin edecektir. Taraflardan birinin olağan fesih hakkını kullanması hakkın kötüye kullanılması olarak addedilirse, fesih geçersiz sayılmalıdır⁸⁷.

Yargıtayın 1992 yılında vermiş olduğu kararına konu olan olayda; tek satıcı, sözleşme bölgesi dışına satış yaparak sözleşmeyi ihlal etmiş ve yapıcı buna karşılık süresiz olarak imzalanmış olan tek satıcılık sözleşmesini haklı sebebe dayanarak feshetmiştir (olağanüstü fesih). Fakat bu fesih beyanından sonra yapıcı tek satıcıya mal tedarikine devam ettiği için dolaylı mahkeme bu fesih beyanını geçerli saymamıştır. Aynı kararda Yargıtay ayrıca süresiz olarak imzalanan bu sözleşmede diğer bir fesih yolunun (olağan fesih) önceden ihbar vererek sebepsiz olarak yapılabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla mahkeme uyarınca yapılması gereken, yapıcının ne kadar süre önceden ihbarla sözleşmeyi sona erdirmesi gerekeceğinin tespiti olmaktadır⁸⁸.

⁸⁶ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 140.

⁸⁷ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 152.

⁸⁸ Yargıtay 11. HD, T. 15.1.1992, E.1990/1959, K. 1992/96; Kaynak, AKİPEK, Şebnem, KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, a.g.e., s. 598 ve 599.

6.1.3 Haklı Nedenle Fesih

Olağanüstü fesih, sözleşmenin süresi belirli olsun veya olmasın sözleşmenin haklı bir sebebe dayanılarak süresinden önce ve ileriye yönelik olarak sona erdirilmesidir. Haklı nedene dayanan taraf ihbarsız olarak sözleşmeyi feshedebilir. Burada önemli olan nokta “*haklı sebebin*” tayinidir. Hukukumuzda tek satıcılık sözleşmeleri düzenlenmediğinden burada da yine haklı sebebin neler olabileceğini hâkim tayin edecektir. Haklı nedenle fesihten söz edilebilmesi için bu sebebin taraflar için sözleşmenin devamını beklenemez hale getiren ağırlıkta bir vakıa olması gerekir. Örneğin, tek satıcıya tanınan satış tekeli hakkının yapımçı tarafından ihlali, tek satıcının kendisine ayrılan bölgede başka yapımçı için faaliyet göstermesi, tek satış bölgesinin sözleşmeye aykırı olarak tek satıcı aleyhine daraltılması vb. sözleşmenin feshedilmesinde haklı neden teşkil eder⁸⁹.

Yukarıda sayılan haller dışında, tek satıcının ölümü veya fiil ehliyetini yitirmesi yahut yapımıcının ya da tek satıcının iflasi hallerinde de, acentelik sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak, tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesi gerektiği kabul edilmelidir. Fakat yapımıcının ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesinde aynı sonucu savunmak isabetli olmaz. Zira yapımıcının mirasçıları veya kanuni temsilcileri, tek satıcıya karşı sözleşmeden kaynaklanan borçları yerine getirmekle yükümlüdürler⁹⁰.

Yargıtayımız, 2003 tarihinde vermiş olduğu tek satıcılık sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin vermiş olduğu kararında da; yapımıcının bilgisi dahilinde olmadan yapımçı dışındaki firmalarla ticari ilişkide bulunan tek satıcının sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı ödemesine ve yapımçı lehine sözleşmenin haklı nedenle feshine karar vermiştir⁹¹

6.2 Tek Satıcılık İlişkisinin Sona Ermesinin Sonuçları

Daha önce de belirtildiği üzere, Türk hukukunda tek satıcılık sözleşmesinin ihlalinden dolayı taraflar BK m. 96 maddesi gereğince tazminat isteminde bulunabilirler. Bu ise ancak sözleşme yükümlülüklerinin ihlalinden doğan zararlara tekabül etmektedir.

Buna ek olarak, Türk hukukunda genel olarak tek satıcılık sözleşmesinin yapımçı tarafından, herhangi bir haklı sebebe dayanılmaksızın feshedilmesi halinde, hakkaniyetin gerekli kıldığı ölçüde tek satıcının denkleştirme tazminatı (“*Portföy Tazminatı*”) isteme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Zira sözleşmenin sona ermesi, özellikle tek satıcılar için ekonomik yönden ağır sonuçlar doğurmaktadır. Denkleştirme isteminin kabul edilmesi için

⁸⁹ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 156.

⁹⁰ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s.32.

⁹¹ Yargıtay 19. HD, T. 16.07.2004, E. 2004/5503, K. 2004/8325; Kaynak, KENDİGELEN, Abuzer, Hukuki Mütaalalar, Cilt V:2003, İstanbul, 2006, s. 80-92.

tek satıcının, müşterilerin hissedilebilir derecede artmasına katkısı bulunduğu ve tek satıcının pazarlama çabalarından artık yapımıcının kendi başına fiilen yararlanacağı hususları hesaba katılmalıdır⁹². Tek satıcının bu hakkının kapsamı, sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi yüzünden uğranılan zararın tazmini değil, sözleşmenin sona ermesi sonucunda müşteri çevresini kaybeden ve ekonomik bakımdan güç durumda kalan tek satıcının bu yüzden bir denkleştirme talep etmesidir.

Doktrinde “portföy hakkı”, “portföy tazminatı”, “portföy akçası”, “denkleştirme istemi”, “denkleştirme talebi” ve çoğunluğun “müşteri tazminatı” olarak ifade ettiği bu tazminat türünü, Yargıtay’ın da TTK m. 134/II’yi kıyasen uygulayarak benimsediği görülmektedir⁹³.

Kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme olan tek satıcılığa uygulanacak kurallar, onun karşılıklı iki tarafa borç yükleyen, sürekli bir borç ilişkisi doğuran çerçeve sözleşme niteliği ve bazı unsurların satım, acentelik ve adi ortaklıkla taşıdığı benzerlikler göz önünde tutularak bulunacaktır⁹⁴. Diğer bir ifadeyle, kendisine özgü yapısı olan sözleşmelere, mahiyetlerine uygun düştüğü oranda, benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümleri kıyas yoluyla uygulanır. Türk doktrininde ve Yargıtay kararlarında, acentelik sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemelerin, özellikle tek satıcılık sözleşmesinin kurulmasına ve sona ermesine ilişkin hususlarda kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁵. Ancak Türk hukukunda acente için dahi kanunda açıkça portföy tazminatı talebi hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle, tek satıcıya portföy tazminatı talep hakkı tanınması ancak hâkimin kanundaki boşluğu MK m. 1’e göre doldurması suretiyle mümkün olabilecektir⁹⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda da “denkleştirme istemi” olarak düzenlenen hükmün “hakkaniyete aykırı düşmedikçe” sona eren tek satıcılık ile benzeri diğer sürekli sözleşme (dağıtım) ilişkilerine de uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir (TTK Tasarı m. 122/b.5).

⁹² Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Basım, İstanbul 1990, s. 59; ERDEM, Ercüment, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı), Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 91-118.

⁹³ Yargıtay 11. HD., T. 20.06.1996, E. 1996/2084, K. 1996/4544; Kaynak, ARKAN, Sabih, a.g.e., s. 210, 211.

⁹⁴ Bkz. İŞGÜZAR, Hasan, a.g.e., s. 28-30.

⁹⁵ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Basım, İstanbul 1990, s. 40; TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 15; İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 165, 176, 177; 11. HD. 15.01.1992 T., 90/1959 E., 92/96 K. sayılı kararda tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesinde TTK m. 133 hükmünü kıyasen uygulamıştır.

⁹⁶ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batider, C. XI, 1982, s. 23.

*Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinde Geçerlilik Şartları **
(*Validity Terms in Suretyship and Guarantee Contracts*)

*Deniz Merve ERSOY PINAR ***

Özet: Bu çalışmada şahsi teminat çeşitlerinden garanti ve kefalet sözleşmelerinin geçerlilik şartları üzerinde durulacaktır. Kefalet sözleşmesi Borçlar Kanunu'muzda geniş bir düzenleme alanı bulmaktadır. Ancak garanti sözleşmesi BK m. 110'a dayandırılan ve bütün sözleşmeler için öngörülen geçerlilik şartlarının dışında özel geçerlilik şartlarına tabi olmayan bir sözleşmedir. Bu çalışmada BK çerçevesinde kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına değinilecek, bununla birlikte doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde şekillenen garanti sözleşmesine ait geçerlilik şartları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi, Borçlar Hukuku, şahsi teminat, aynı teminat, geçerlilik şartı.

Abstract: *In this study, the suretyship and the guarantee contracts, which constitute two types of personal guarantees, shall be analyzed. The suretyship contract is extensively regulated by the Code of Obligations. However, the guarantee contract is based only on Article 110 of the Code of Obligations and it does not offer particular validity terms, other than general provisions. In this study, the suretyship contract as defined in the Code of Obligations shall be examined, and the validity terms of the guarantee contract shall be analysed in view of the jurisprudence and the case law of the Supreme Court.*

Keywords: *Suretyship contract, guarantee contract, law of obligations, personal guarantee, real guarantee, validity terms*

* Bu makale 2009 tarihinde hazırlanmış olup, hazırlanmasında söz konusu tarih itibariyle güncel olan mevzuat ve kaynaklar esas alınmıştır.

** Avukat, İstanbul Barosu, e-posta: deniz.pinar@nsn-law.com

Giriş

Alacaklılar, borçlular ile giriştikleri hukuki muamelelerde, borçlunun borcunu ifa etmeme ihtimaline karşılık, kendi alacaklarını güvence altına almak için genellikle teminat isterler. Teminatlar taşınır ya da taşınmaz rehni gibi aynı teminatlar olabileceği gibi, garanti yahut kefalet gibi şahsi teminatlar da olabilir.

Bu çalışmada, şahsi teminat çeşitlerinden, garanti ve kefalet sözleşmelerinin geçerlilik şartları üzerinde durulacaktır. Bilindiği gibi kefalet sözleşmesi Borçlar Kanunu ("BK") m. 483 ve devamında düzenleme alanı bulmuşken; garanti sözleşmeleri, Borçlar Kanunumuzda yahut mevzuatımızda bulunan başka bir kanunda, bütün özellik ve hükümleri ile düzenlenmemiştir. Her ne kadar doktrinde garanti sözleşmesinin BK m. 110'da düzenlenen başkasının fiilini taahhütten başka bir nitelik taşımayan bir hukuki müesseye olduğu fikri genellikle kabul ediliyor olsa da, bu hükmün bahsi geçen sözleşmeye uygulanacak bütün şartları açıklamak için yeterli olmadığı açıktır.

Aşağıda Borçlar Kanunumuz çerçevesinde kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına değinilecek, bununla beraber doktrin ve Yargıtay Kararları çerçevesinde şekillenen garanti sözleşmesine ait geçerlilik şartları üzerinde durulacaktır.

I. Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunmasının, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi

Bilindiği gibi kefalet sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda tanımlanmış ve düzenlendiği hükümler içinde sözleşmenin geçerliliğine ilişkin muhtelif hükümler yer almıştır. Bunlardan bir tanesi de BK m. 485/f.1/c.1'de düzenleme alanı bulan "*Kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder.*" hükmüdür. Oysaki garanti sözleşmesi biraz evvel yukarıda da belirtildiği gibi kaynağını yalnızca BK m.110'daki "*Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.*" düzenlemesinden alır.

Bu bağlamda, Kanundaki açık düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olduğu ancak garanti sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi için, geçerli bir asıl borcun bulunmasına gerek olmadığı görülmektedir. Nitekim kefalet sözleşmesinin fer'i, garanti sözleşmesinin bağımsız niteliğe sahip olması da bunun sonunda ortaya çıkar. Aşağıda bu husus ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Kefalet Sözleşmesi Açısından

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için hukuken geçerli bir asıl borcun bulunması şarttır. Hatta asıl borcun varlığı yeterli olmayıp asıl borcun geçerli olması da gerekmektedir¹. Asıl borcun başlangıçtaki imkânsızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık, şekil eksikliği, muvazaa gibi sebeplerle batıl veya hukuken geçersiz olması halinde kefalet sözleşmesi de geçersiz olur. Kefilin asıl borçla ilgili kesin hükümsüzlük nedenini bilmesi kefaletin geçersizliğini etkilemez². Öte yandan esas borcun sonradan geçerlilik kazanması, kesin hükümsüz olan kefalet sözleşmesinin geçerlilik kazanmasına yol açmaz³.

Asıl borcun gabin veya hata gibi sebeplerle iptal edilebilir olması halinde kefalet borcunun sonucu asıl borçlunun iptal yetkisini kullanıp kullanmamasına bağlıdır. Asıl borçlu iptal yetkisini kullanmadığı süre boyunca kefalet borcu da varlığını korur, ancak asıl borçlunun asıl sözleşmeyi iptal etmesi halinde kefil de borcundan kurtulmuş olur.

Sınırlı ehliyetsizin taahhüt etmiş olduğu asıl borca kanuni temsilcisinin icazet vermesi durumunda bu borcu doğuran sözleşmedeki eksiklik tamamlanmış olduğu gibi kefalet sözleşmesi de sağlıklı bir şekilde varlığını sürdürmeye devam eder. Ancak sınırlı ehliyetsizin, kanuni temsilcisinin icazet vermemesi halinde eksik sözleşme kesin hükümsüz hale gelir, kefalet borcu da sona erer. Ancak, kefil bizatihi kendisi söz konusu yenilik doğurucu hakları kullanmak suretiyle asıl borcu geçersiz hale getiremeyeceği⁴ gibi bu sebeple kefalet sözleşmesini hükümsüz hale de getiremez.

İptal veya icazet yetkileri kullanılmıncaya dek kefilin geçici olarak kefalet borcunu ifa etmekten kaçınması mümkündür. Hatta kefil bunu yapmakla yükümlüdür⁵. Zira kefil, ödemeyi reddetme hakkının bulunduğunu, kendi kusuru olmaksızın bilmediğini ispat edemezse, borcu ödemesi halinde asıl borçluya rücu hakkını yitirir.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer Kanun hükmü de BK m.485/f.1/c.3'tür: "*Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vâkıf ise muteber olur.*" Buna

¹ ZEVKLİLER, Aydın; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri; 7. Baskı; Seçkin Yayınları; Ankara, 2002; s. 393.

² YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler; Yenilenmiş 7. Bası; Beta Yayınları; İstanbul, 2007; s. 832.

³ ÖZEN, Burak; Kefalet Sözleşmesi; Vedat Kitapçılık; İstanbul, 2008; s. 114.

⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 832.

⁵ DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat; Les Garanties Indépendantes Examinées à la Lumière des Règles Relatives au Cautionnement; Staempfli Editions SA; Berne, 2006; s. 145.

göre kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda asıl borca ilişkin sözleşmenin hata veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlu yönünden bağlayıcı olmadığını biliyorsa, ve buna rağmen kefalet sözleşmesine taraf olduysa kefalet geçerli olur. Burada Kanun koyucunun amacı, bu şekilde teminat veren kişilerin, esas olarak kefalette buldukları inancıyla hareket etmeleri sebebiyle, Kanun koyucunun kefil korumak için öngörmüş olduğu hükümlerden yararlandırmaktır⁶. Başka bir ifadeyle, esas itibarıyla Kanun koyucu bu hükmü vazetmemiş olsaydı, bu şekilde meydana getirilmiş bir hukuki muamele kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilmeyecekti. Ancak burada Kanun koyucunun getirmiş olduğu açık düzenleme ile güvence veren tarafta olan kişi kefile tanınan korumadan yararlanacaktır. Bu şekilde kefile tanınan korumadan BK m. 485/f.I/c.3 uyarınca garanti veren de faydalanacaktır⁷.

Asıl borcun kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olması gerekmez; asıl borcun kefalet borcunun talep edildiği anda mevcut olması yeterlidir⁸. **Şarta bağlı ve müstakbel borçlara** da kefalet mümkündür. Nitekim bu husus BK m.485/f.I/c.2'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre: "*Müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallâk bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hulûlü ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefalete raptolunabilir.*" Buradaki "müstakbel zamana muzaf" deyimini vadeye bağlı bir borcu işaret etmektedir⁹. Burada kastedilene örnek olarak, uygulamada sıklıkla görülen cari hesap sözleşmeleri ve bankaların verecekleri kredilere verilecek kefalet sözleşmeleri gösterilebilir. Müstakbel borçlar ile geciktirici şarta müteallik borçlar için verilen kefaletlerde, kefalet borcu sözleşmenin kurulmasıyla doğar, ancak kefalet sözleşmesi müstakbel borcun doğduğu veya geciktirici şartın gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade eder¹⁰. Bozucu şarta bağlı kefalette ise şart gerçekleştiği zaman kefalet borcu sona erer.

Eksik borçlar hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Ancak İsviçre'de zaman aşımına uğramış borçlara ve kumar ve bahis borçlarına kefalet mümkündür. Doktrindeki bazı yazarlara göre, bizim hukukumuzda da zaman aşımına uğramış bir borca kefil olmayı engelleyecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹¹. Ancak bir kimsenin, zaman aşımına uğradığını bildiği bir borç için, asıl borçlunun zaman aşımını def'ini ileri sürmesi halinde dahi sorumlu olacağını alacaklıya karşı taahhüt etmesi, garanti sözleşmesi niteliğini taşır. Bilindiği gibi kefaletle ilişkin hükümler bu sözleşmelere kıyas yoluyla dahi uygulanamaz.

6 ARAL, Fahrettin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri; Genişletilmiş 3. Baskı; Yetkin Yayınları; Ankara, 2000; s. 447.

7 ARAL, a.g.e., s. 447.

8 ZEVKLİLER, Aydın; a.g.e., s. 393.

9 ARAL, a.g.e., s. 447.

10 YAVUZ, a.g.e., s. 833.

11 ARAL, a.g.e., s.447; YAVUZ, a.g.e., s. 833.

Kumar ve bahis borçları için de kefil olmak mümkündür. Ancak kefil dava edilemezlik def'inden önceden feragat edemez. Kefil dava edilemezlik def'ini ileri sürmeksizin borcu öderse asıl borçluya rücu hakkından yoksun kalır.

2. Bağımsız Garanti Sözleşmesi Açısından

Bilindiği gibi garanti sözleşmeleri söz konusu olduğunda durum kefalet sözleşmelerinden tamamen farklıdır. Zira, garanti sözleşmesi diğer tüm sözleşmelerden ve bu bağlamda asıl sözleşmeden bağımsızdır. Garanti sözleşmesi ile yalnızca borçlunun borcunu ödeyememe durumu değil borcun varlığı ve geçerliliği de kapsama alanına alınır¹².

Sonuç itibariyle, asıl sözleşme şekil eksikliği, ehliyetsizlik, muvazaa ve benzeri sebeplerle geçersiz olsa bile garanti sözleşmesi geçerliliğini korur. Ancak tarafların asıl sözleşmenin geçersizliği halinde garanti sözleşmesinin de geçersiz hale geleceğini kararlaştırmış olmaları halinde yahut asıl sözleşmenin ahlaka ve adaba aykırılığı nedeniyle geçersiz olması halinde garanti sözleşmesi de geçersiz hale gelir. Çünkü üçüncü kişinin taahhüt edilen fiilin kanuna, emredici hükümlere veya ahlak ve adaba aykırılığı halinde zarara yol açan durum her zaman bunun yapılmasının veya yapılmamasının sonucu olacağından, sözleşme bütün durumlarda kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır¹³.

II. Esas Bakımından Geçerli Bir Garanti Yahut Kefalet Sözleşmesinin Bulunması

Kefalet sözleşmesi de garanti sözleşmesi de esas bakımından Borçlar Kanunumuzda öngörülen geçerlilik şartlarına tabidir. Bu itibarla iki sözleşmenin de sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırı olarak yapılabilmesi mümkün değildir. Aşağıda kefalet ve garanti sözleşmelerinde ehliyet, irade sakatlıkları ve temsil kavramlarına değinilecektir.

1. Kefalet Sözleşmesi Açısından

Kefil olma ehliyeti açısından bir değerlendirme yapıldığında öncelikle ifade etmek gerekir ki geçerli bir kefaletin doğması için kefilin hukuki muamele ehliyetinin bulunması gerekmektedir. Bunun için kefilin ergin, mümeyiz ve kısıtsız olması gerekmektedir.

Eğer kişi tam ehliyetli değilse kefalet sözleşmesi yapamayacağı gibi onun adına yasal temsilcisi olan veli veya vasi de bu sözleşmeyi yapamaz. Bilindiği gibi Medeni Kanun ("MK") m. 449 uyarınca "*Vesayet altındaki kişi*

¹² DEVELİOĞLU, a.g.e., s. 147.

¹³ YÜCE, Melek Bilgin; Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi; Vedat Kitapçılık; İstanbul, 2007; s. 64.

adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır." Bu hükme göre vesayet altındaki küçükler ve kısıtlılar için kefalet sözleşmesi yasak işlemlerdendir. Vesayet altındaki kişiler kefalet sözleşmesi yapamacağı gibi, bunların yasal temsilcileri de onlar yerine kefalet sözleşmesi imzalayamaz. Öte yandan yasal temsilcinin izninin yahut icazetinin olması da kefalet sözleşmesine geçerlilik kazandırmaya yetmez. Ayrıca vesayet ve denetim makamlarının izni de sözleşmeye geçerlilik vasfını sağlayamaz. MK m. 342/f.III uyarınca kefil olma yasası velayet altındaki küçükler için de geçerlidir.

Bu durum göstermektedir ki vesayet yahut velayet altındakilerin kefil olma ehliyetine getirilen kısıtlamanın boyutları fiil ehliyetine getirilen sınırların ötesine uzanmakta ve hak ehliyetinin sınırlanması niteliğini kazanmaktadır¹⁴.

Sınırlı ehliyetsizler açısından MK m. 453'e göre, belirli bir mesleğin gereği olması durumunda Kefalet Sözleşmesine taraf olunabilmenin kabulü gerekir. Daha açık bir ifadeyle sınırlı ehliyetsizin mesleği icabı girişmiş olduğu faaliyetler açısından kefalet vermesi gerekli olduğu hallerde bu kişilerin kefalet sözleşmesine taraf olabileceğinin kabulü gerekir.

Yasal danışmanı olan kişi de MK m. 429/f.I/b.9 uyarınca yasal danışmanın izni olmadıkça kefil olamaz. Bir kişiye kayyım tayin edilmiş olmasının kişinin kefalet sözleşmesini imzalaması açısından bir sakıncası bulunmamaktadır. Ancak İİK m.290 uyarınca bir kişiye konkordato için verilen sürenin ardından o kişinin kefil olma ehliyeti sınırlanır. Böyle bir kişi tarafından yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olur. Fakat bir kişinin iflas etmesi onun kefil olmasına engel değildir. Ne var ki hakkında iflas açılmış kişiyle kefalet sözleşmesi yapan alacaklı, alacağını iflas masasına karşı ileri süremez. Talebine ancak iflas kaldırıldıktan sonra kefiliden talep edebilir.

Tüzel kişiler açısından bakıldığında ise burada ifade edilmesi gereken husus, özel hukuk tüzel kişileri ve ticaret şirketlerinin kuruluş işleminde belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak kefil olabilecekleridir.

Son olarak Borçlar Kanunu Tasarısının ("BKT") kefil olacak evli kişiler için getirdiği sınırlamadan bahsetmekte fayda vardır. BKT m. 584 uyarınca *"Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.*

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez."

¹⁴ ÖZEN, a.g.e., s.131.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 494 üncü maddesi göz önünde tutulmuş ve bir takım istisnalar getirmek suretiyle esas olarak evli kişilerin eşlerinin rızası olmaksızın kefalet borcu altına girmeleri önlenmek istenmiştir. Öte yandan verilecek olan bu rızanın da en geç sözleşmenin kurulması anında verilmesi aranmıştır.

Kefalet sözleşmesinde kefilin *irade sakatlıklarından* biri sebebiyle durumu öğrendikten sonra 1 yıl içinde sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür. Kefalet sözleşmesinde esaslı **hata**, borçlunun şahsına, asıl borca veya yapılan sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olabilir¹⁵. Aynı şekilde yalnız doğacak borçlar için kefil olduğunu sanan bir kişinin mevcut borçlara da kefil olduğu ileri sürülürse, o da esaslı hata iddiasında bulunabilir¹⁶. Konu hakkında tasarıda bir hüküm bulunmaktadır. İsviçre Borçlar Kanundan ("İBK") esinlenerek getirilmiş olan BKT m.589/f.III hükmü şöyledir: "Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur." Kefilin asıl borçlunun ya da birlikte kefil olduğu kimselerin ödeme gücünde, başka teminatların varlığı konusunda yanılması gibi durumlar saik hatası niteliği taşıdığı için ancak BK m. 24/f.I/b.4'te sayılan şartların varlığı halinde göz önüne alınabilmektedir¹⁷. İBK m. 510/f. I ile getirilen bir hüküm ile kefile asıl borçlunun mali durumu hakkında yanılma saik hatasının varlığı halinde bu sebebe dayanarak kefalet sözleşmesinden dönme hakkı tanınmıştır¹⁸. Türk Hukukunda esaslı saik hatasının varlığının kabul edilebilmesi için gerçekleşmesi beklenen 2 şart bulunmaktadır. Bunlar, kefil kefalet sözleşmesini kurmaya iten düşüncenin akdin kurulması açısından belirleyici, esaslı unsur olması; iş hayatındaki dürüstlük kuralları gereğince hataya düşülen hususun kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemesini haklı göstermesi ve alacaklı tarafından kefilin bu düşüncesinin etkisi altında kefalet sözleşmesini imzaladığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasıdır.

Alacaklının yahut onun bildiği ya da bilmesi gereken hallerde üçüncü bir şahsın **hilesi** sonucu kefalet sözleşmesini kuran kefil bu durumu öğrenmesinden itibaren 1 sene içinde sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir. Fakat alacaklının bilmediği ya da bilebilecek durumda olmadığı hile, kefile sözleşmeyi iptal edebilme hakkı vermez. Ancak yapılan hilenin kefilde esaslı hataya yol açması halinde kefilin buna dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür¹⁹.

Burada açıklanması gereken bir husus da alacaklının kefil aydınlatma

¹⁵ ARAL, a.g.e., s.449.

¹⁶ YAVUZ, a.g.e., s.835.

¹⁷ GRASSİNGER, Gülçin Elçin; Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları; Alfa Basım Yayın; s. 82.

¹⁸ GRASSİNGER; a.g.e., s. 83.

¹⁹ ÖZEN, a.g.e., s.156.

yükümlülüğü olup olmadığıdır. BU konuda çeşitli görüşler bulunmakla birlikte esas olarak alacaklının böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Fakat alacaklının kefilin sorması üzerine açıklama yapması gereken konularda ya da gerçeği açıklasaydı kefilin kefalet sözleşmesine taraf olmayacağını bildiği durumlarda açıklamada bulunması zorunludur²⁰. Bunun dışında borçlunun ödeme gücü ve kredibilitesi hakkında araştırma yapma yükümlülüğü kefil üzerindedir. Alacaklının kefilin menfaatlerini korumak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır²¹. Hatta alacaklı kefilin sorularını yanıtlamaktan dahi kaçınabilir. Fakat cevap vermeye başladığı takdirde cevaplarının özenli ve doğru olması gerekir²². Fakat Bankalar söz konusu olduğunda kefil olacak kişinin bilgilenmemiş ve deneyimsiz kişi olabilmesi ihtimaline bağlı olarak alacaklı Banka'nın bilgi verme yükümlülüğü olduğu da savunulmaktadır.

Esas borçlunun alacaklının temsilcisi gibi hareket ettiği durumlarda 3. kişinin hilesi değil alacaklının hilesi söz konusudur²³.

Bir kimse alacaklının yahut üçüncü bir kişinin **ikrah** olarak nitelendirilebilecek bir davranışı yüzünden kefil olma iradesini açıklamışsa, kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilir. Kefil kendisinin veya bir yakınının, hayatına, sağlığına, namusuna veya malvarlığına yönelik önemli bir tehlikeyle kısa bir süre içinde karşılaşacağına inandırıldıysa bir ikrah söz konusudur (BK m.30/f.I). Ancak bir hak yahut bir yetkinin kullanılacağı dile getirildiyse burada ikrahtan söz etmek için bu kişinin aşırı bir çıkar elde ediyor olması aranır.

Örneğin bir alacaklı bir kimsenin yakını hakkında icra takibinde bulunacağını dile getirerek ondan kefil olmasını istiyor ise bunun ikrah olarak değerlendirilmesi için bu kişinin bu durumdan çok büyük miktarda çıkar sağlıyor olması aranır. Ancak alacaklının kişinin yakınına ceza takibatı başlatacağını söyleyerek kefil olmasını istemesi halinde kamusal çıkarların gerçekleşmesi için tanınmış bir yetkinin kişisel çıkarlar için kullanılması söz konusu olduğundan bu durumun ikrah olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁴.

Kefalet sözleşmesinin *temsil* yoluyla da kurulması mümkündür. Türk Hukukunda genel vekâletname bir kişinin temsil yoluyla Kefalet Sözleşmesine taraf olması için yeterlidir. Ancak kefalet sözleşmesinde kefilin şahsının büyük önem taşıması sebebiyle dolaylı temsil yoluyla kefaletin yapılmaması

²⁰ ARAL, a.g.e., 450.

²¹ DEVELİOĞLU, a.g.e., s.190.

²² GRASSINGER, a.g.e., s. 89.

²³ ÖZEN, a.g.e., s.157.

²⁴ ÖZEN, a.g.e., s.163.

gerekir²⁵. Ancak durumun önemi göz önünde bulundurularak, mutad hallerin dışında genel vekâletnamedense özel vekâletname aramak daha faydalı olacaktır²⁶. Öte yandan temsil yetkisinin ne şekilde tanınacağına ilişkin hukukumuzda henüz hüküm bulunmamakla beraber BKT m.583/f.II/c.1 ile “Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaa dinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.” hükmü getirilerek kefilin kendisini temsil ettirmek için temsilciye özel yetki vermesi ve bunu kefalet sözleşmesinin uyması gerekli olan şekil şartlarına uygun olarak yapması aranmıştır.

2. Bağımsız Garanti Sözleşmesi Açısından

Kefalette ehliyet, irade sakatlıkları ve temsil hususunu anlattıktan sonra şimdi de garanti sözleşmesi kapsamında aynı hususlara tekrar değineceğiz.

Her sözleşmede olduğu gibi garanti sözleşmelerinde de sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların ehil olması gerekir. Garanti sözleşmelerinde özel bir *ehliyet* kuralı getirilmediği için burada genel ehliyet kuralları geçerliliğini korumaktadır. Bu durumda garanti verenin ehliyetsiz olması halinde sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Garanti verenin sınırlı ehliyetsiz olması halinde ise işlem askıda geçersiz olacaktır. Görüldüğü gibi bu noktada garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi farklılık göstermektedir. Zira kefalet sözleşmesi Kanun’da ayrıntılı olarak düzenlenerek velayet ve vesayet altında olan kişilerin kefil olamayacağı, veli ve vasilerin de bu konuda her hangi bir izin yahut icazet verme yetkisinin olmadığı hatta vesayet ve denetim makamlarının izin vermesinin dahi sözleşmeyi geçerli hale getiremeyeceğini yukarıda izah etmiştik. Esas olarak kefalet sözleşmesine göre daha ağır sorumlulukların doğmasına yol açan garanti sözleşmesinin de benzer bir düzenlemeye tabi tutulması gerekirdi ancak, Medeni Kanun’un ilgili hükümleri *numerus clausus* olduğu için bu hükümlerin garanti sözleşmelerine de uygulanabilmesi mümkün değildir.

Garanti sözleşmesinin de, garanti verende hasıl olan *irade sakatlıklarından* biri sebebiyle durumu öğrendikten 1 yıl içinde sözleşmeyi iptal edilmesi mümkündür. Esas olarak kefalet sözleşme için anlatılanlar özel olarak kefalet sözleşmesi için bir özellik arzetmediğinden garanti sözleşmesi için de genel olarak geçerlidir.

Garanti sözleşmelerinin de *temsilci* aracılığıyla yapılmasında sözleşmenin geçerliliği açısından herhangi bir sakınca yoktur.

²⁵ YAVUZ, a.g.e., s.835.

²⁶ ARAL, a.g.e., s.451.

III. Şekil Şartı

Şekil şartı Kanunumuzda kefalet sözleşmesi için öngörölmüş ancak geniş bir düzenleme alanı olmayan garanti sözleşmeleri için öngörölmemiş bir diğer husustur. Bu sebeple kefaletin geçerliliği yazılı sıhhat şekline ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede gösterilmesine bağlı olduğu halde, garanti sözleşmesi bu gibi şekil şartlarına tabi değildir²⁷. Aşağıda kefalet sözleşmesinin bağlı olduğu şekil şartlarından bahsedilecek sonrasında da garanti sözleşmesine kısaca değinilecektir.

1. Kefalet Sözleşmesi Açısından

BK m. 484 uyarınca “*Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes’ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkihtir.*” Maddeden de anlaşıldığı üzere kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde aktedilebilmesi için sözleşmenin yazılı şekilde hazırlanması ve sorumlu olunacak miktarın belirlenmesi gerekmektedir. Daha açık bir ifade ile burada öngörülen şekil ispat şartı olmayıp geçerlilik şartıdır. Amaç kefilin düşünmeden ağır riskler altına girmesini önlemek ve onu korumaktır²⁸. Buradaki şekil geçerlilik şartı olduğu için; taraflar tanık dinleterek, yemin ederek ya da bizzat kendileri ikrarda bulunarak kefaletin varlığını kanıtlasalar dahi ortada yazılı bir şekil olmadıkça kefalet geçerli olmaz^{29,30}. Kefilin ödeme yapmış olması dahi kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez. Kefalet sözleşmesini geçerli zannederek ödeme yapmış olan kefil, BK m.62 uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiği iadesini talep edebilir. Ancak kefilin kefalet sözleşmesini geçersiz olduğunu bilerek yaptığı ödeme elden bağışı oluşturur ve verilen şeyin iadesi istenemez³¹.

Kefalet sözleşmesinde yazılı şeklin ispat değil bir geçerlilik şartı oluştur-

²⁷ AKMAN, Sermet; Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirlerinden Ayıran Temel Kriterler; Hüseyin Ülgen’e Armağan; Vedat Kitapçılık; İstanbul, 2007; s. 1672.

²⁸ ARAL, a.g.e., s.451.

²⁹ ZEVKLİLER, a.g.e., s.395.

³⁰ Ancak Yargıtay Yarg. 11. HD. T. 3.12.2002, E. 2002/6465, K. 2002/11252 sayılı kararında şu hükme varmıştır: “Niteliği bu şekilde tespit edilen kefalet sözleşmesinde, kefil olan davacının kefil olduğu miktar belirtilmediği gibi, limitle bağlı olmaksızın sorumlu olacağı kararlaştırılmıştır. Bu durumda BK.nun 484. maddesi uyarınca, kefilin sorumlu olacağı miktar belirtilmediğinden, davacının kefaleti geçersizdir. Ne var ki, davacı taraf dava dilekçesinde müvekkilinin 550.000.000,-TL.lık krediye kefalet verdiğini kabul ettiğine göre, davacının iade istemi bu miktara göre belirlenmesi gerekmektedir.”. Hükümden de anlaşıldığı üzere Yargıtay bu kararında, davacı dava dilekçesinde ikrarda bulunduğu için geçersiz bulmuş olduğu kefalet sözleşmesinin hüküm ifade etmesine izin vermiştir.

³¹ REİSOĞLU, Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında kefalet; Ankara, 1992; s.45. (YAVUZ, a.g.e., s.837’den naklen.)

masının bir diğer sonucu da şekil şartlarına uygun şekilde yapılmış olan sözleşmenin kaybolması yahut imha edilmesi halinde de sözleşmenin geçerliliğini sürdürmesi, ancak ispatın HUMK m.288'e göre yapılmasıdır³².

Şekil şartına uyulmaksızın yapılmış olan kefalet sözleşmeleri, başlangıçtan itibaren hüküm doğurmaz, geçersizliğini her ilgili ileri sürebileceği gibi yargıç da re'sen göz önünde bulundurmak zorundadır³³.

Kefaletin sadece bazı şartları için şekil koşuluna uyulmamışsa, iyiniyet kurallarına göre bu kısım olmadan tüm sözleşmenin yapılamayacağı tarafların farazi iradesine uygun olmadıkça sadece ilgili kısım geçersiz olacaktır³⁴.

Sözleşmede mutlaka "KEFALET" deyimine yer verilmesi mecburiyeti yoktur, ancak sözleşmeden kefilin fer'i olarak sorumluluk yüklendiğinin anlaşılması gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesinde alacaklının imzasının bulunup bulunmaması önem taşımaz, geçerlilik şartına konu olan kefilin imzasıdır³⁵. Kefalet sözleşmesinde alacaklının kim olduğunun belirtilmesi de zorunluluk değildir, ancak borçlunun kim olduğunun açık bir şekilde belirtilmesi gerekir. Zira kefalet sözleşmesi açısından asıl borcun borçlusunu büyük önem taşımaktadır.

Kefalet sözleşmesinin kapsamını kefilin yükümlülüğüne ilişkin objektif ve sübjektif açıdan esaslı noktalar oluşturmaktadır. Kefalet senedinde, kefalet beyanı, asıl borcun ferdileştirilmesi ve kefilin sorumlu olacağı tutarın gösterilmesi objektif açıdan esaslı noktaları oluşturur³⁶. Kefalet sözleşmesinin metni, kefilin alacaklıya karşı asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde şahsen sorumlu olacağına dair hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanını kapsamalıdır³⁷. Yazılı şekil içinde asıl borcun, borcun miktarının, borçlunun ve kefaletin illetinin gösterilmesi gerekmektedir. Bunlar gösterilmemişse yazılı şekle uyulmuş olsa dahi sözleşme geçersiz kabul edilir. Ancak bu öğelerden bazılarının eksikleri diğer öğeler yardımıyla doldurulabiliyorsa sözleşmenin geçerliliği etkilenmez.

Kefalet konusu asıl borcun kefalet sözleşmesinde ferdileştirilmesi gerekmektedir. Yani hangi borca kefil olunduğunun kefalet sözleşmesinden açık bir şekilde anlaşılması gerekmektedir. Özellikle asıl borcun alacaklısı ve borçlusunu arasında birden çok borç ilişkisi varsa kefilin hangi borca kefalet

³² YAVUZ, a.g.e., s.837.

³³ OĞUZMAN, Kemal; BARLAS, Nami; Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar; Beta Yayınları; 9. Bası; İstanbul, 2002; s.142.

³⁴ ZEVKLİLER, a.g.e., s.395.

³⁵ ARAL, a.g.e., s.452.

³⁶ TAŞDELEN, Nihat; Kefalet Sözleşmesinde Şekil; Oğuz İmregün'e Armağan; Vedat Kitapçılık; İstanbul, 1998; s.741.

³⁷ TAŞDELEN, a.g.m., s.733.

ettiğinin bilinmesi büyük önem arz etmektedir. Kefilin asıl borçlunun her türlü borcu için verilen kefalet geçerli değildir³⁸. Başka bir ifadeyle kefalet verildiği anda kefaletin hangi borç için verildiğinin belirlenebilir olması gerekmektedir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut kefalet geçerli değildir³⁹. Öte yandan borcun hangi borç olduğunun belirlenmesi de yeterli değildir, kefilin sorumlu olacağı miktarın da sözleşmede açıkça gösterilmesi gerekmektedir⁴⁰. Kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutarın kapsamına anapara dışında borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçları, akdi faizler ile dava ve takip masrafları da girer. Esas borcun ne kadar olduğunun sözleşmede belirtilmesi ise zorunlu değildir. Fakat bunun belirtilmesi borcun ferdileştirilmesi açısından faydalı olabilir.

Eğer kefaletin türü kefilin sorumluluğunu ağırlaştıracak nitelikte ise kefalet senedinde yer alması bir geçerlilik şartıdır⁴¹. Kefaletin çeşidi sözleşmede gösterilmediği takdirde kefalet adi kefalet olarak kabul edilir. Kefilin durumunu ağırlaştıran diğer subjektif unsurların da sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesinin dili konusuna gelindiğindeyse, bilindiği gibi "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun" para ve ticaretten men cezası getirmektedir. Ancak bu Kanun sözleşmelerin Türkçe yapılmaması halinde geçersiz olacağına dair bir hüküm içermemektedir. Ancak Yargıtay sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesini geçerlilik şartı saymakta ve yalnızca uluslararası deyimlerin yabancı dilde kullanılabileceğini kabul etmektedir. Ancak burada belirtmek gerekir ki Yargıtay taraflardan biri yahut ikisinin farklı tabiyette olması halinde yabancı dilde düzenlenmiş sözleşmeyi de geçerli saymaktadır⁴².

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da kefalet vadinin şeklidir. Asıl borçlunun alacaklıya karşı olan borcuna kefil olma vaadi de yazılı şekilde olmalıdır⁴³. Kefalet vaadi alacaklı ile yapılabileceği gibi borçlu ile de yapılabilir. Kefalet vaadi kefalet senedinde bulunması gereken esaslı noktaları kapsamalıdır.

Son olarak Tasarıda kefalet sözleşmesinin şekli 583. maddede düzenleme alam bulmuştur. Buna göre: "*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedik-*

38 Yarg. 13. HD. T. 3.12.1991; E. 1991/7229; K. 1991/10997 (www.kazanci.com.tr)

39 Yarg. 13. HD. T. 3.12.1991; E. 1991/7229; K. 1991/10997 (www.kazanci.com.tr)

40 Burada kefilin sorumlu olduğu miktarın kefalet sözleşmesinde sayı ile gösterilip gösterilmeyeceği hususuna değinmek gerekir, Yargıtay 1944 tarihli bir içtihadınca kefalet sözleşmesinden anlaşılabilir olmayı yeterli saymışsa da yeni ve yerleşmiş içtihadında kefilin sorumlu olduğu miktarın sayı ile gösterilmesini aramaktadır.

41 TAŞDELEN, a.g.m., s.753.

42 Yarg. 11. HD. T.7.10.1986; E.4231/K. 5032 (ARAL, a.g.e.; s. 453'ten naklen)

43 TAŞDELEN, a.g.m., s.740.

çe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”

Şekle uyulmadan yapılan kefalet sözleşmelerinin tahville garanti sözleşmesi haline dönüşüp dönüşmeyeceği hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay'ın kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına uyulmaksızın yapılan sözleşmeleri başkasının fiilini taahhüt sözleşmesi olarak ayakta tutulabileceğini öngören kararları bulunmaktadır⁴⁴. Ancak kanaatimizce kendisine çevrilen işlemin doğurduğu sonuçlar çevrilen işlemin sonuçlarından daha ağır olduğu için böyle bir yaklaşımın kabul edilmesi doğru değildir.

2. Bağımsız Garanti Sözleşmesi Açısından

Yukarıda da belirtildiği gibi garanti sözleşmeleri için öngörülmüş bir şekil şartı söz konusu değildir. Ancak uygulamada ispat kolaylığı sağlaması açısından garanti sözleşmelerinin de yazılı şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Garanti sözleşmeleri asıl borcu doğuran sözleşme şekle tabi olsa dahi herhangi bir şekle tabi değildir⁴⁵.

Yargıtay 2001 tarihinde oldukça ilginç bir karar⁴⁶a hükmetmiştir. Kararda Yargıtay 13. HD. “Her ne kadar davalı S... A.Ş. satış sözleşmesinde satıcı tarafında yer almamış ise de taşınmazın davacıya satışından önceki reklam ve tanıtım aşamalarında dağıtılan ve örnekleri dosyada bulunan broşürlerde satıcı A... A.Ş.yle birlikte bu davalının adı da zikredilerek dileyenlerin bu evlere “S... farkıyla” sahip olabilecekleri şeklinde ifadelere yer verildiği, yine dosyaya örneği sunulan ve “değerli yöneticiler” şeklinde başlayan tanıtım yazısında da “yoğun iş ortamının vermiş olduğu stres ve yorgunluğunu atabilmeniz için S... nın sizler için hazırladığı A... Doğa Evleri projemizi sunuyo-

⁴⁴ Yarg. 15. HD. T. 06.07.1989, E. 1989/391, K. 1989/3267; Yarg 15. HD. T. 10.12.1990, E. 1990/2070, K. 1990/5376 (TAŞDELEN, a.g.m., s.761'den naklen)

⁴⁵ DEVELİOĞLU, a.g.e., s.141; Yarg. 19. HD. T. 13.06.1995, E. 1994/4559, K. 1995/5295 (www.kazanci.com.tr)

⁴⁶ Yarg. 13. HD. T. 24.6.2002, E. 2002/3720, K. 2002/7696 (www.kazanci.com.tr)

ruz" ifadesinden sonra *satılacak villaların konum ve özelliklerinin belirtildiği, alıcıların başvurularını kendisi kabul ederek tahsilatı da bizzat yaptığı, bu işlem ve davranışlarıyla alıcılar üzerinde satma konu taşınmazların tanıtımlarında belirtilen özelliklere sahip olduğunun kendisince garanti ve tekeffül edildiği şeklinde bir intiba oluşturup satıcı firmaya beslenen güvenin bu şekilde pekiştirmesini sağladığı böylece satın alma kararının verilmesinde etkili olduğu, toplanan delillerden açıkça anlaşılmaktadır. Açıklanan olgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde davalı S... A.Ş.nin diğer davalı satıcının ediminden doğabilecek tüm rizikoları davacıya karşı üstlendiği, eş söyleyişle bu yönde bir garanti verdiği kuşkudan uzak biçimde Tespit edilmektedir. Bu davalının açıklanan davranışı hukuksal açıdan BK.nun 110 maddesi çerçevesinde 3. şahsin fiilini taahhüt niteliğindedir.*" hükmüne vararak yalnızca reklamda oynamış olan bir kişinin dahi garanti sözleşmesine taraf olduğuna hükmetmiştir. Buradan da anlaşıldığı üzere Yargıtay garanti sözleşmesinin kurulması için bir şekil şartı aramamakta hatta reklamlarda geçen bir ifadenin bile garanti sözleşmesi olarak değerlendirilebileceğine hükmetmektedir.

Öte yandan garanti sözleşmelerinde garantörün sorumlu olduğu miktarın belirtilmesi hususu da Yargıtay kararlarında tartışılmıştır. Ancak bu hususta Yargıtay geniş bir yorum yapmaktan kaçınmış ve belirsizliğin garantisinin olamayacağına hükmetmiştir. Bununla ilgili olarak Yargıtay bir kararında *"Garanti sözleşmelerinde kefalette olduğu gibi garanti edenin sorumlu olacağı belirli bir miktarın gösterilme koşulu bulunmamaktadır. Ancak, belirsizliğin garantisi olmayacağından garanti edenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için sözleşme kurulduğu anda neyin garanti edildiğinin sözleşme içeriğinden anlaşılabilmesi gerekir."* hükmüne varmıştır⁴⁷. Zira Yargıtay'ın aynı dairesi bir başka kararında da benzer şekilde *"Para borçlarında da uygulanabileceği kabul edilen üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğindeki garanti sözleşmelerinde kefalette olduğu gibi garanti edenin sorumluluk limitinin gösterilmesi zorunlu değil ise de, garanti sözleşmesi belli bir riski garanti etmelidir. Garanti sözleşmesinin düzenlendiği anda garanti edilen edimin belirlenmiş olması ya da edimi belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez. Garanti verenin, sonradan yapılan limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki bu değişikliklerin garanti verene bildirilmesi ve onun da buna ses çıkarmamış olması gerekir. Garanti verenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni birtakım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır."* hükmünü vermiş ve garanti sözleşmesinin de belli bir riski garanti etmesini aramıştır⁴⁸. Aynı kararda *"Belirsizliğin*

⁴⁷ Yarg. 19. HD. T. 09.05.2003, E. 2002/7948, K.2003/4962 (www.kazanci.com.tr)

⁴⁸ 19. HD. T. 28.04.2000, E. 2000/14, K. 2000/3252 (www.kazanci.com.tr)

garantisi olmaz. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden “doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz.” hükümlerine de yer verilmiştir.

Garanti sözleşmesinin hiçbir geçerlilik şartına tabi olmaması sözleşmenin hızla ve kolayca kurulabilir olmasını sağlamaktadır. Bu sebeple şahsi teminatlar içinde garanti sözleşmesi pratik olması sebebiyle sıklıkla tercih edilmektedir.

Sonuç

Yukarıda anlatılanlar ışığında son söz olarak burada tekrar belirtmek gerekir ki kefalet sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda geniş bir düzenleme alanı bulan bir sözleşme tipidir. Oysa ki garanti sözleşmesi BK m. 110’a dayandırılan ve bütün sözleşmeler için öngörülen geçerlilik şartlarının dışında özel geçerlilik şartlarına tabi olmayan bir sözleşmedir. Bu sebeptendir ki uygulamada garanti sözleşmeleri özellikle ticari hayatta bilhassa bankalar tarafından sıklıkla kullanılmaktadır.

Kaynakça

- AKMAN, Sermet; Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirlerinden Ayıran Temel Kriterler; Hüseyin Ülgen'e Armağan; Vedat Kitapçılık; İstanbul, 2007.
- ARAL, Fahrettin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri; Genişletilmiş 3. Baskı; Yetkin Yayınları; Ankara, 2000.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat; Les Garanties Indépendantes Examinées à la Lumière des Règles Relatives au Cautionnement; Staempfli Editions SA; Berne, 2006.
- GRASSİNGER, Gülçin Elçin; Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları; Alfa Basım Yayım.
- OĞUZMAN, Kemal; BARLAS, Nami; Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar; Beta Yayınları; 9. Bası; İstanbul, 2002.
- ÖZEN, Burak; Kefalet Sözleşmesi; Vedat Kitapçılık; İstanbul, 2008.
- REİSOĞLU, Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında kefalet; Ankara, 1992.
- TASDELEN, Nihat; Kefalet Sözleşmesinde Şekil; Oğuz İmregün'e Armağan; Vedat Kitapçılık; İstanbul, 1998.
- YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler; Yenilenmiş 7. Bası; Beta Yayınları; İstanbul, 2007.
- YÜCE, Melek Bilgin; Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi; Vedat Kitapçılık; İstanbul, 2007.
- ZEVKLİLER, Aydın; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri; 7. Baskı; Seçkin Yayınları; Ankara, 2002.

Paysahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları

(The Restriction on the Transfer of Shares Introduced by Shareholders Agreement)

*Berk DEMİRKOL **

Özet: Yatırımcılar, yatırım yaparken beraber hareket ettikleri girişimcilerin, paylarını tanımadıkları kimselere devretmelerini istemezler. Şirketle ilgili yapılan yatırım çerçevesinde, paysahiplerinin paylarını serbestçe devretmesine engel konulması gündeme gelmektedir. Pay devrinin kısıtlanması çeşitli yollarla sağlanabilir. Pay devrinin kanun hükümleri, esas sözleşme hükümleri (bağlam) ve ortaklar arasında kimi borçlandırıcı işlemlerle kısıtlanması mümkündür. Bu çalışmada ilk olarak paysahipleri sözleşmelerinin genel özelliklerini ele alarak, paysahipleri sözleşmeleri ile ne gibi pay devir kısıtlamaları getirilebileceği üzerinde duracağız. Ardından paysahipleri sözleşmeleri yoluyla getirilen pay devir kısıtlamalarını bağlam hükümleri ile karşılaştıracamız ve bu iki devir kısıtlamasının etkileşimini inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Paysahibi, pay devri, paysahipleri sözleşmesi, öncelik hakkı, önalım hakkı, alım ve satım hakkı.

Abstract: *Investors do not want the entrepreneurs, with whom they work, to transfer their shares to people that they aren't aware of. Thus, restrictions*

* LLM (MIDS), LLM (Galatasaray), Cambridge Üniversitesi Doktora Öğrencisi, e-posta: bdemirkol@gmail.com

Bu makale Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı'nda, Yard. Doç. Dr. Ali Dural'ın "Ticaret Hukukunda Pay Devir Kısıtlamaları" adlı dersi kapsamında sunum olarak hazırlanmış; sunum sırasında gelen yorumlara göre düzeltmeler yapılarak son haline kavuşturulmuştur. Makalede atfı yapılan mevzuat ve literatür Ekim 2008'de son olarak güncellenmiştir.

Sunumun hazırlanması sırasında ve daha sonra yaptığı eleştirilerle bu çalışmanın ortaya çıkmasını sağlayan Yard. Doç. Dr. Ali Dural'a bir kez daha teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Ayrıca makalenin yayımlanması aşamasında desteğini esirgemeyen Dr. Pınar Memiş Kartal'a da teşekkür ederim.

Son olarak, derslerine büyük bir zevkle girdiğim, öğrencisi olmaktan gururlandığım, değerli Hocam Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a bu makaleyi armağan etmekten mutluluk duyuyorum.

on transfer of shares are common. This restriction can be applied in several ways. Transfer can either be restricted by statutory law, by clauses of association or through some promissory transactions between partners. Primarily, while discussing the general provisions of the shareholders agreement, we shall dwell on what kind of restrictions can be introduced in a shareholders agreement. We shall also compare the transfer restrictions of shares brought by the shareholders agreements, with the provisions of clauses of association and examine the interaction of these two types of transfer restrictions.

Keywords: *Shareholder, transfer of shares, shareholders agreement, primacy, preemption right, promissory transactions*

Giriş

Özellikle büyük yatırımcılar, kurdukları veya daha geniş bir tabirle yatırım yaptıkları şirketleri kontrolleri altında tutmak isterler. Bu kontrolün bir aygıtını da şirketin yabancılaşmaması oluşturur. Bir başka deyişle, yatırımcılar, yatırım yaparken beraber hareket ettikleri girişimcilerin, paylarını tanımadıkları kimselere devretmelerini istemezler¹. Örneğin bir aile şirketi kurulacağı zaman, aile üyeleri, diğer üyelerin paylarını aile dışından, tanımadıkları kişilere devretmelerini ve bu şekilde şirket üzerindeki aile kontrolünün kaybolmasını arzulamazlar².

İşte bu sebeplerle, şirketle ilgili yapılan yatırım çerçevesinde, pay sahiplerinin paylarını serbestçe devretmesine engel konulması gündeme gelmektedir. Pay devrinin kısıtlanması, sadece yukarıda anılan sebeplerle olmayabileceği gibi, hukuk düzeninde, bu tip kısıtlamalar çeşitli yollarla sağlanabilir. Pay devrinin kanun hükümleri, esas sözleşme hükümleri (bağlam) ve ortaklar arasında kimi borçlandırıcı işlemlerle kısıtlanması mümkündür.

Çalışmamızda, özellikle bu son kısıtlama yolunu inceleyeceğiz. Ortaklar arasındaki bu borçlandırıcı işlemlere, pay sahipleri sözleşmeleri denilmektedir. Pay sahipleri sözleşmelerinde, az önce de belirtildiği gibi, pay devir kısıtlamalarının öngörülmesi mümkündür. Bu kısıtlamanın başlıca nedeni de, yine yukarıda belirttiğimiz gibi, şirketin yabancılaşmasına izin vermemek, şirkete yabancı ortak girmesine engel olmaktır.

Hemen belirtelim ki, öteki pay devir kısıtlamaları ile pay sahipleri sözleşmelerinde düzenlenebilecek öteki konular, çalışmamızın kapsamına girme-

¹ Gül Okutan Nilsson, Anonim Ortaklıklarda Pay sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, sh. 77; Sébastien Prat, Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, Paris 1992, sh. 20, vd.

² Prat, pay sahipleri sözleşmesinin, pay sahiplerinin birlikteliğinin (alliance) çimentosu olduğunu ifade etmektedir; Prat, sh. 275.

mektedir. Öte yandan, her ne kadar ayrı olarak incelemeyecek olsak da, pay sahipleri sözleşmeleri yoluyla getirilen pay devir kısıtlamalarını bağlam hükümleri ile karşılaştıracamız ve bu iki devir kısıtlamasının etkileşimini inceleyeceğiz (çalışmamızın üçüncü bölümü). Ancak bunu yapmadan önce, ilk olarak pay sahipleri sözleşmelerinin genel özelliklerini ele alacağız (çalışmamızın birinci bölümü), ardından da, pay sahipleri sözleşmeleri ile ne gibi pay devir kısıtlamaları getirilebileceği üzerinde duracağız (çalışmamızın ikinci bölümü):

I. Paysahipleri Sözleşmelerinin Özellikleri

Paysahipleri sözleşmeleri ile getirilen pay devir kısıtlamalarını inceleyebilmek için, önce bu kısıtlamaların yer aldığı sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejim irdelenmelidir. Bu ise, ancak paysahipleri sözleşmelerinin hukuki niteliği ile buna bağlı olarak, paysahipleri sözleşmelerinin taraflar arasında doğurduğu sonuçlar, son olarak da, bu sözleşmelerin taraflar dışındaki kişilere etkilerinin incelenmesi ile mümkün olabilir.

A. Paysahipleri Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Rejim

Çalışmamızın giriş bölümünde de belirtildiği gibi, bir şirkete yatırım yapan büyük girişimciler, yapılan yatırım ile şirkete ve diğer paysahiplerine karşı sadece ortak sıfatını kazanmayı istememektedirler. Her ne kadar, yeterli görünmeyen bu sistem, aslında “anonim” kelimesinin altında yatan fikir olsa da, bir ortak, gerek şirkete, gerekse de diğer ortaklara karşı belli bir pozisyon edinmek, şirketin işleyişi, diğer ortakların davranışı ile ilgili kimi taahhütler almak da ister. Çalışmamızın bu bölümünde, önce bu taahhütlerin esas sözleşme ile karşılanıp karşılanamayacağını, ilk olarak esas sözleşmenin özelliklerini ele alarak inceleyeceğiz.

1. Esas Sözleşmenin Özellikleri

Şirketle ilgili unsurların, şirketin çalışma sahasının, şirketin yapılmasının öngörüldüğü hukuki işlem, esas sözleşmedir³. Esas sözleşme, şirketin korporatif yapısını ortaya koyar⁴ ve şirketin bir tür anayasasıdır⁵. Mevzuata uymak şartıyla, şirket, bu metne göre yürütülür.

³ Esas sözleşmenin başlıca iki fonksiyonu vardır: organizasyon fonksiyonu ve şirkete diğer şirketlerden ayıran bireyselleştirme fonksiyonu. Bu kavramlar ile ilgili daha detaylı bilgi için, bkz. Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmeleri, İstanbul 2001, sh. 12. Esas sözleşmenin bunun dışında da fonksiyonları bulunmaktadır (örneğin kamuya açıklık sağlama işlevi).

⁴ Okutan Nilsson, sh. 95.

⁵ Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, sh. 515; Okutan Nilsson, sh. 88, özellikle yazarın atıfta bulunduğu Alman Federal Mahkemesi kararı.

Esas sözleşme, tarafı olan şirket kurucularına tek bir borç yükler: sermaye koyma borcu. Söz konusu tek borç ilkesi, anonim şirketler hukukunun temel ilkelerinden biri olup konumuzla çok büyük bir bağı vardır. Bu sebeple bu ilkeyi daha yakından incelemek gerekir.

TTK m. 405 / f. 1 gereğince, pay sahibi, payların çıkartılması sırasında tayin olunan ve payların itibari değerinden başka bir borca girmeye esas sözleşme ile dahi mecbur tutulamaz. Buna göre, yukarıda da belirttiğimiz gibi, sermaye koyma borcu, paysahibinin tek borcudur. Paysahibine dolaylı ve doğrudan bir şekilde, başka bir yükümlülük yüklenemez. Bu nedenle, esas sözleşme ile paysahibine yüklenen diğer yükümlülükler, bu ilkeyi ihlal edebilir⁶. Bu hükmün, paysahibinin borcunu kısıtlamasından dolayı, payı satma-alma gibi borçların esas sözleşme yoluyla paysahibine yüklenmesi halinde bu hükümler kesin hükümsüz olacaktır⁷. Bu hüküm emredici nitelikte olup aksi esas sözleşme ile kararlaştırılamaz.

Öte yandan bu ilkenin kimi istisnaları mevcuttur. Bunlardan biri agiolu paylardır. Bir diğer istisna, TTK m. 405 / f. 3 anlamındaki tali yükümlülüklerdir. Bağlamla kuvvetlendirilmiş gerçek olmayan önalım hakkı (öncelik hakkı) da istisnalar arasında sayılmaktadır⁸.

⁶ Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2003, sh. 584, vd; Okutan Nilsson, sh. 16.

Anılan son yazar, korporatif alanda (anonim şirketler hukuku alanında) getirilen bu kısıtlamanın, tarafların aralarında yapacakları borçlar hukuku sözleşmeleri ile aşılabileceğini belirtmektedir. İşte bu yolla, ortaklığa karşı (korporatif alanda) tek bir borcu olan paysahiplerinin birbirine karşı (borçlar hukuku anlamında) borç altına girmesi mümkün olmaktadır. Aynı yönde, Philippe Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, 5. Bası, Paris 1996, sh. 69, özellikle dn. 2'deki yazarlar.

Paysahiplerinin sadakat borcunun olup olmadığı ise tartışmalıdır. Doktrinde bu borç paysahiplerinin bireysel borcu olarak değil, kolektif borcu olarak incelenmektedir. Dolayısıyla da, bu borcun tek borç ilkesinin kapsamına girmediği ileri sürülmektedir. Alman ve İsviçre hukukunda, genel davranış kuralı anlamındaki sadakat yükümlülüğünü geçecek derecede bir borç olarak görülmesine rağmen, Türk hukukunda, sadakat borcu, ancak MK m. 2 kapsamında bir genel davranış yükümlülüğü olarak görülmekte ve ötesi (bağımsız bir borç şeklinde, örneğin paysahibinin toplantıya katılması gerekmesi gibi edimler) tek borç ilkesi gereğince reddedilmektedir. Bu konuda bkz. Okutan Nilsson, sh. 33, vd, özellikle sh. 36, dn. 47 (Türk hukukundaki baskın görüş) ve 48 (Türk hukukunda azınlıkta kalan görüş).

⁷ Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 488, 585.

⁸ Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 488; Sinan Yüksel, Payscaleleri Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, sh. 131. Bu ve diğer kimi istisnalar için bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 586; Okutan Nilsson, sh. 32, vd.

Aslında bu son hal, tam anlamıyla bir istisna oluşturmamaktadır; çünkü çalışmamızın son bölümünde daha da yakından inceleyeceğimiz üzere, burada tek borç ilkesinin istisnalarından kabul edilmeyen bir bağlam hükmü öngörülmüştür ve herhangi bir yolla bu bağlam hükmünün nasıl işleyeceği kararlaştırılmıştır.

Bunun dışında, şirketin anayasası olarak kabul edilen bu hukuki işlem, yapıldığı anda bu hukuki işleme taraf olan kişileri değil, mevcut şirket pay-sahiplerini bağlar⁹.

İşte şirketin korporatif yapısını ortaya koyan ve şirkete her ortak olan kişiyi bağlayan bu hukuki işlem, şirket ortaklarına tek bir borç yüklemektedir. Ortak veya kurucuların, pay iktisap ederken, diğer pay sahiplerinden edinmek istedikleri taahhütler, bu hukuki işlem vasıtasıyla yapılamayacaktır¹⁰.

2. Esas Sözleşme ile Karşılanmayan Unsurlar

Esas sözleşmenin tek borç doğurmasının, şirketin (müstakbel) ortaklarının, ortak sıfatıyla edinmek istedikleri kimi menfaatleri sağlayamayacağını yukarıda belirttik¹¹. İşte bu nedenle de, şirket ortakları, kendi aralarında ortaya koymak istedikleri hukuki rejimi, şirketin korporatif yapısını öngören bir ticaret hukuku sözleşmesi olan ve adeta şirketin anayasası niteliğindeki esas sözleşme ile değil, kendi aralarında yapacakları bir başka hukuki işlem-

Dolayısıyla burada esas sözleşme ile öngörülen husus aslında tek borç ilkesine gerçek anlamda bir aykırılık getirmemektedir. Aksi halde, zaten, kanun tarafından öngörülmemiş bir istisna olacağı için, hüküm doğurması mümkün olmayacaktı.

⁹ Moroğlu, sh. 523; Bahtiyar, sh. 13, sh. 228.

¹⁰ Okutan Nilsson, sh. 96, vd. Yazar bu hükümlerin ortaklık hukukuna değil, borçlar hukukuna tabi olduğunu belirtmektedir. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir; Yarg. 11. HD, T. 23.2.1995, E. 1994/7138, K. 1995/1522.

¹¹ Ancak şunu da belirtelim ki, esas sözleşmede önalım hakkının düzenlenmesinin tek borç ilkesine aykırı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır (Bahtiyar, sh. 251). İsviçre doktrininde baskın görüş, esas sözleşmede öngörülen (esas sözleşmesel) önalım hakkının, tek borç ilkesine aykırılık oluşturmayacağı yönündedir (Bahtiyar, sh. 251, dn. 91'deki yazarlar; sh. 263, vd., sh. 263, dn. 132'deki yazarlar). Bahtiyar ise (Bahtiyar, sh. 252), esas sözleşmede önalım hakkının öngörülmesinin tek borç ilkesine aykırı olmadığı, çünkü bunun bir borçlar hukuku sözleşmesinin konusu olduğu, tek borç ilkesinin korporatif borçları düzenlediğini belirtip esas sözleşmede böyle bir hükmün yer almasının, bu hükmün niteliğini değiştirmeyeceğini savunmaktadır. Yazarın bu ifadelerinin tam olarak nasıl anlaşılması gerektiği çok açık değildir; ancak kanımızca bu açıklamalar, bizim görüşümüze göre, "esas sözleşmede önalım hakkının öngörülmesinde bir mahzur yoktur, ancak bu hükümler bir borçlar hukuku hükmü niteliğinde olacağı için, ancak taraflarını bağlayacaktır", şeklinde anlaşılması gerekir. Bu halde önalım hakkı, şirketin yeni ortaklarını bağlayamayacak, bu sebeple de, yeni bir ortağa yapılan satımda, bu ortağa karşı herhangi bir talepte bulunulamayacaktır. Aslında yazarın da bu görüşte olduğu daha sonraki açıklamalarından anlaşılmaktadır (Bahtiyar, özellikle sh. 260, vd.).

Karşılaştırmalı hukukta ise, Alman hukukunda önalım hakkının esas sözleşmeye konulamayacağı genel olarak kabul edilmektedir (Bahtiyar, sh. 262 ve sh. 262, dn. 128'deki yazarlar).

le yaratabilirler¹². Söz konusu bu ikinci hukuki işlem, özel bir işlem olarak, hukuk sistemimizde öngörülmüş değildir¹³. Dolayısıyla, böyle bir işlem yapmak isteyen taraflar, bunu genel hükümler dairesinde, bir borçlandırıcı işlem olarak yapabilirler. İşte buna, uygulamada paysahipleri sözleşmesi denilmektedir.

Amacı bir şirketin paysahiplerinin bu sıfatlarına dayanarak, kendi aralarında, bu ilişkiye özgü bir hukuki rejim ortaya koyarak hak ve borçlar doğurmak olan bu sözleşmenin yapılmasındaki bir diğer neden de, ticari sır teşkil edebilecek hususların esas sözleşmeye yazılarak alenileştirilmesinin engellenmesidir¹⁴. Buradan da anlaşılabilir üzere, esas sözleşme ile düzenlenebilen hususlar konusunda da paysahipleri sözleşmesi yapılabilir¹⁵. Ancak bu durum paysahipleri sözleşmesinin niteliğini (kimler arasında ve hangi kapsamda hüküm doğuracağını) değiştirmeyecektir.

¹² Merle, sh. 69; İsmail G. Esin / S. Tunç Lokmanhekim, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003, sh. 77.

Esas sözleşme dışında, paysahiplerinin kendi aralarında yapacakları işlemlerle, ortakların birbirlerine karşı borç altına girmesi, şirketler hukukuna hakim tek borç ilkesine aykırı değildir. Bu ilke yalnızca, esas sözleşmesel düzlemde geçerlidir. Taraflar ister şirketle, ister şirketin ortakları ile borçlar hukuku anlamında hukuki ilişkiye girip bu düzlemde yükümlülük altına girebilirler. Bu yönde bkz. Okutan Nilsson, sh. 40; Ömer Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.1 Hukuki Mütalâalar, Kitap 5, İstanbul 1995, sh. 62; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 587.

Yüksel ise, esas sözleşmeye önalım veya öncelik hakkı gibi hakların konulamamasını, anonim ortaklıklardaki tek borç ilkesine değil, esas sözleşmenin korporatif yapıda olmasına ve "kanun tarafından bu sözleşmeye verilen hukuki nitelik, işlev ve etki" ile söz konusu hakların bağdaşmamasına bağlamaktadır. Bir başka deyişle, esas sözleşmenin korporatif niteliğinden dolayı, bu sözleşme objektif normlar koymaktadır ve kural olarak paysahipleri ile şirket arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Oysa önalım, öncelik hakkı gibi haklar, sübjektif nitelikli ve paysahiplerinin birbiri ile arasındadır. Bu konuda bkz. Yüksel, sh. 151, vd; özellikle sh. 153.

Bizim bu konudaki görüşümüz ise, öncelik ve önalım haklarının kimi durumlarda paysahiplerine bir borç yüklemekte olduğu ve bu nedenle tek borç ilkesini ihlal ettiği, ama daha önemlisi, bu hakların özellikle tek borç ilkesinin kaynağı olan, şirketler hukukunda paysahiplerini bağlayan hükümlerin korporatif nitelikte olması ile bağdaşmadığı yönündedir. Bir başka deyişle, biz Yüksel'in görüşüne katılıyoruz; ancak Yüksel'den farklı olarak, tek borç ilkesi ile esas sözleşmenin korporatif nitelikteki hükümlere yer vermesini iki çok farklı durum olarak nitelendirmiyoruz; çünkü tek borç ilkesi de, aslında esas sözleşmenin korporatif nitelikte olmasının bir sonucudur ve tek borç ilkesi ile amaçlanan, sadece paysahibinin tek bir borcunun olduğu belirtmek değil, aynı zamanda paysahibinin diğer paysahipleri ile değil, şirketle hukuki ilişkiye girdiğinin vurgulanmasıdır.

¹³ Okutan Nilsson, sh. 73.

¹⁴ Esin / Lokmanhekim, sh. 66.

¹⁵ Esin / Lokmanhekim, sh. 67.

3. Paysahipleri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Paysahipleri Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

Uygulamada paysahipleri sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme, az önce de belirtildiği gibi, aslında genel hükümlere tabi olan bir borçlandırıcı işlemdir. Bu noktada söz konusu bu borçlandırıcı işlemin hukuki niteliğini daha ayrıntılı olarak incelemek gerekir.

En başta belirtmek gerekir ki, Ticaret Kanunu'nda, bu sözleşme ile ilgili herhangi bir düzenleme olmadığı için¹⁶, bu sözleşmenin bir ticaret hukuku sözleşmesi olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu sözleşmeye, genel hükümler olan borçlar hukuku hükümleri uygulanacaktır¹⁷. Bunun sonucu olarak da,

¹⁶ Ticaret Kanunu Tasarısı m. 577'de limited şirketlerde, şirketle ilgili korporatif hükümleri aşan, ortaklara tek borç ilkesinin ötesinde borçlar yükleyen ve aslında şu anki hukuk düzenimizde, ticaret hukuku sözleşmelerinde yer alması düşünülemeyecek, ancak bir borçlar hukuku sözleşmesinin doğurabileceği hükümlerin esas sözleşmede öngörülebileceği belirtilmiştir. İşte bu noktadan sonra, limited ortaklıklarda, bu tip hukuki işlemler ile ilgili bir hüküm olmasından mütevellit, maddede yer alan şartlara uyulduğu sürece, bu hükümler bir ticaret hukuku sözleşmesine konu olabilecektir.

Bir ticaret hukuku sözleşmesi olan esas sözleşmeyi, borçlar hukuku sözleşmelerinden ayıran en temel özelliklik, bu hukuki işlemin etki alanıdır. Esas sözleşme, şirketin anayasası niteliğinde olduğu için ve kanunda bu şekilde düzenlendiği için, burada yer alan ve esas sözleşmesel hüküm niteliğinde olan hükümler (esas sözleşmede yer alan, ama hukuken almaması gereken hükümler değil), şirketin mevcut ve gelecekteki ortaklarına karşı hüküm doğururlar. Bir başka deyişle, esas sözleşme, sadece o sözleşmeyi akdedenleri değil, şirketin tüm ortaklarını bağlar.

¹⁷ Paysahipleri sözleşmesinin bu niteliği, uyuşmazlık halinde davanın açılacağı mahkemenin tespitinde de rol oynayacaktır. Uyuşmazlığın değerine göre, dava sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemesinde açılacaktır; bu husus görev kuralına göre belirlenecektir. Ancak asliye hukuk mahkemesinde açılması gereken bir davanın ticaret mahkemelerinin işbölümüne girip girmediği tartışılmalıdır. Bir başka deyişle, uyuşmazlığın konusunun değeri davanın asliye hukuk mahkemelerinde açılmasını gerektiren hallerde, bu dava asliye ticaret mahkemelerinde mi, yoksa asliye hukuk mahkemelerinde mi açılmalıdır?

Bir davanın ticari nitelikte olup olmadığını TTK m. 4 hükmü açıklamıştır. Bu hüküm ticari davaların mutlak ve nsibi ticaret davası şeklinde incelenmesini gerektirmektedir. Kanun hükmünde yer alan ve tarafların yaptıkları işten gayri olarak, uyuşmazlıkta bulunan özellikler gereğince davanın ticari dava sayılmasını gerektiren haller mutlak ticari davalardır. Örneğin TTK'da düzenlenen hususlardan doğan davalar ticari dava niteliğindedir. Bu nedenle, uyuşmazlığın anonim ortaklığın esas sözleşmesinden çıkması halinde, dava ticari nitelik kazanacaktır. Ancak yukarıda da andığımız üzere, esas sözleşmede esas sözleşmesel olmayan nitelikte kimi düzenlemeler yer alıyorsa, bu halde, uyuşmazlığın esas sözleşmeden çıktığı söylenemez; çünkü bu halde, uyuşmazlık şeklen esas sözleşme niteliğindeki bir işlemde, ama hukuken adi bir borçlar hukuku ilişkisinden çıkmaktadır. Bu halde, paysahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, ayrıca TTK'da düzenlenen hükümlerle bir ilişki taşıyorsa (paysahipleri sözleşmesinin

esas sözleşmenin aksine, bu sözleşmenin değiştirilmesi kural olarak, ancak tarafların oybirliği ile (daha doğrusu burada alman bir karar olmadığı için, tarafların tümünün aynı yöndeki iradesi ile) mümkündür¹⁸. Çalışmamızın ilerleyen noktalarında da inceleneceği üzere, paysahipleri sözleşmesi niteliğinde olan, tek borç ilkesini ihlal eden ve daha da önemli olarak şirketin korporatif yapısına yönelik olmayan hukuki ilişkileri düzenleyen hükümlerin esas sözleşmede yer alması halinde bile, bu hükümler esas sözleşme hükmü olarak değil, paysahipleri sözleşmesi hükmü olarak değerlendirilecektir¹⁹.

Paysahipleri sözleşmesi hükmü niteliğindeki düzenlemenin esas sözleşmenin metninde öngörülmesi bu durumu değiştirmeyecektir. Kaldı ki, bu durumda, esas sözleşmede yer alan paysahipleri sözleşmesi hükmü, bir esas sözleşme hükmü olarak değerlendirilmeyecek, dolayısıyla şirket ortaklarını değil, ancak bu sözleşmeyi akdeden tarafları bağlayacaktır. Şirketin kuruluşunda esas sözleşmede yer alan paysahipleri sözleşmesi niteliğindeki hükümlerin tarafları, şirketin kurucularıdır. Dolayısıyla, esas sözleşmede yer alan paysahipleri sözleşmesi niteliğindeki hükümlerin değiştirilmesi, ancak bu sözleşmeyi akdetmiş olan, şirket kurucuları tarafından değiştirilebilecektir. Aslında bu sonuç garip karşılanmamalıdır; çünkü zaten bu sözleşme şirketin kurucuları arasında hüküm doğurmaktadır (sadece şirketin kurucuları

yanında, esas sözleşmede bağlam hükmünün de yer alması halinde ve davada bu bağlam hükmünün de ele alınması durumunda, az önce dile getirdiğimiz ayrık durum gerçekleşecektir), mutlak ticari dava olarak kabul edilemez.

Paysahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların ticari davaya konu olabilmesinin ikinci yolu, iki tarafı için de uyuşmazlığın ticari nitelik taşımasıdır (nisbi ticari dava). Bunun için de, paysahipleri sözleşmesinin ve bu sözleşmede öngörülen devir işlemi gibi işlemlerin bu sözleşmenin ortaklarının ticari faaliyetine girmesi gerekmektedir. Bu ise, tarafların tacir olması ile mümkün olmaktadır. Bir başka deyişle, paysahipleri sözleşmesinin tarafları gerçek kişi tacir veya tüzel kişi tacir olmadığı sürece, uyuşmazlığın nisbi ticari dava niteliği kazanması mümkün olmayacaktır. Örneğin, tacir olmayan 5 ortağın kurduğu bir anonim şirkette payların devri ile ilgili bir paysahipleri sözleşmesi akdedilmesi halinde, ortaklar arasında, daha doğrusu paysahipleri sözleşmesinin tarafları arasında, bu sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıklar nisbi ticari davaya konu olamayacaktır (çünkü davanın tarafları açısından uyuşmazlık ticari bir nitelik taşımamaktadır, çünkü taraflar tacir değildir; olaydaki tacir, tarafların ortak olarak kurdukları şirkettir). İşte paysahipleri sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, mutlak ticari davanın konu edilebileceği ayrık durumların söz konusu olmaması halinde ve davanın taraflarının tacir olmadığı durumlarda (tacir olmayan gerçek kişi olmaları durumunda veya ticaret alanı çok farklı bir gerçek kişi tacir olması halinde), dava ticari nitelik taşımayacak, bu nedenle de, asliye hukuk mahkemesinde açılması gerekecektir (asliye ticaret mahkemesinde değil; iş bölümü yönünden).

Hemen belirtelim ki, bu davalar nisbi harca tabidir ve bu davalarda yazılı yargılama usulü uygulanır.

¹⁸ Georges Ripert / René Roblot, *Droit Commercial*, C. 1, 16. Bası, Paris 1996, sh. 893.

¹⁹ Bu konuda bkz. Yarg. 11. HD, T. 23.2.1995, E. 1994/7138, K. 1995/1522.

söz konusu bu borçlandırıcı işleme taraf oldukları için; pay sahipleri sözleşmesi niteliğindeki hükmün esas sözleşmede yer alması halinde, şirketin tüm kurucuları pay sahipleri sözleşmesine taraf durumdadır)²⁰.

Paysahipleri sözleşmesinin diğer özelliklerine geçmeden önce, bu sözleşmenin esas sözleşmeden bir diğer farkına da deyinmek, bu aşamada yerinde olacaktır. Esas sözleşme, şirketin kurulmasından önce hazırlanır ve bu sözleşmenin tescil edilmesi gerekir. Tescilden önce, bu sözleşmenin tarafları, bir sözleşme üzerinde anlaşmışlardır (gelecekte esas sözleşmeyi oluşturacak sözleşme). Dolayısıyla taraflar bu aşamada bile kendi aralarında bir hukuki işlem yapmaktadırlar. Aslına bakılırsa, bu da bir ticaret hukuku sözleşmesi değildir (çünkü ticaret hukuku sözleşmesi olan esas sözleşme, bir ticaret hukuku tüzel kişinin varlığını gerektirir, oysa bu aşamada bir ticaret hukuku tüzel kişisi olmadığı gibi, ileride böyle bir kişinin olup olmayacağı da belli değildir). Yapılan bu hukuki işlem, bir adi ortaklık sözleşmesidir²¹. İşte bu noktada, paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme ve bu sözleşmeye dayanak olan adi ortaklık sözleşmesi ayrılır. Adi ortaklık sözleşmesinde, karşılıklı ve

²⁰ Yarg. 11. HD, T. 6.5.1982, E. 1982/1551, K. 1982/2136 sayılı kararında, Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesi, esas sözleşmedeki önalım hakkını düzenleyen hükmü, ayrı bir paysahipleri sözleşmesi olarak değerlendirmemiştir. Bu nedenle de, ilgili daire, esas sözleşmede öngörülen önalım hakkını düzenleyen maddenin değiştirilmesini, normal bir esas sözleşme değişikliği olarak değerlendirmiştir. Bu davada tartışılan husus, söz konusu değişikliğin, bir kazanılmış hakka ilişkin olup olmadığı ile ilgilidir. İlgili daire, esas sözleşmede öngörülen önalım hakkının kazanılmış bir hak niteliğinde olmadığını ileri sürmüştür, bu nedenle de, ilgili esas sözleşme hükmünün değiştirilmesini, adi nitelikteki bir esas sözleşme değişikliğine tabi tutmuştur.

Kanaatimizce, ilgili dairenin bu görüşü yerinde değildir. Çünkü esas sözleşmedeki önalım hakkı ile ilgili hüküm, esas sözleşmesel (korporatif nitelikte) bir hüküm değil, bir borçlar hukuku hükmüdür. Bu nedenle de, önalım hakkı, korporatif bir düzenimde kazanılmış bir hak sağlamsa bile (çünkü korporatif nitelikte değildir), borçlar hukuku anlamında bir yenilik doğuran hak yarattığı için, hak sahibinin onayı olmadan kaldırılamaz. Bir başka deyişle, önalım hakkının esas sözleşmede düzenlendiği bir halde, bu hakkı düzenleyen hüküm, sadece ve sadece şirketin kurucularının (ortaklarının değil; çünkü bu sözleşme ortaklar değil, kurucular arasında hüküm doğurur) tamamının aynı yöndeki irade beyanı ile değiştirilebilir.

²¹ Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 586; Moroğlu, sh. 522; Bahtiyar, sh. 33, vd.; Nami Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, sh. 110. Hemen belirtelim ki, esas sözleşmenin tescil edilmesinden önce, gelecekte şirket ortakları olacak kişilerin girmiş oldukları hukuki ilişki iki aşamada incelenebilir. Bunlardan ilki, şirketin kurulmasına karar verme, tarafların kimi konularda anlaşması aşamasıdır. İkinci aşama ise, esas sözleşmenin hazırlanıp imzalanmasından sonra, bu sözleşmenin tescili anına kadar geçen süredir. Doktrinde bu süre zarfında, tarafların "ön ortaklık" içinde oldukları kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Bahtiyar, sh. 45; Yüksel, sh. 18. Yazar, ön ortaklığa adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır (Yüksel, sh. 19). Bu konuda ayrıca bkz. Barlas, sh. 112, vd.

birbirine uygun irade beyanları yoktur. Adi ortaklık sözleşmesi, buna taraf olan kişilerin aynı yönde iradelerini ortaya koydukları bir sözleşmedir. Bir başka deyişle, adi ortaklık sözleşmesinin iki tane tarafı da olsa, burada çok taraflı bir sözleşme mevcuttur. Taraflar bu sözleşmede, satım, vekalet, istisna sözleşmelerinde olduğu gibi karşılıklı veya bağış sözleşmesinde olduğu gibi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme değil, işleme taraf olan her kişinin aynı edimi yerine getirmesi yönünde bir hukuki işlem kurmaktadırlar. Bir başka deyişle burada edimler birbirinin karşılığını teşkil etmez, edimler arasında bir değişim ilişkisi yoktur. Katılanlar Bahtiyar'ın da belirttiği üzere²², ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere sözleşmeyi kurmaktadırlar²³.

Oysa pay sahipleri sözleşmesi, her ne kadar bu sözleşmeyi ikiden çok sayıda taraf akdedebilse de, karşılıklı borç yükleyen ve haklar doğuran bir sözleşmedir²⁴; bu nedenle bilateral bir sözleşme olarak kabul edilmelidir²⁵. Gerçekten de, pay sahipleri sözleşmesinde, taraflardan birinin paylarını bir başkasına devretmesi halinde, önce satım teklifini ortaklardan birine yapması gerekmesi veya ortakların belli yönde oy kullanmalarının gerekmesi, tarafların beraber, aynı edimi yerine getirmeleri demek değildir. Aksine bu durumda, taraflar birbirlerine karşı yükümlülükler yüklenmişlerdir (bu yükümlülüklerin, her iki taraf için de aynı olması, durumu değiştirmemektedir). Bu sebeple pay sahipleri sözleşmesi, karşılıklı ve birbirine uygun irade

²² Bahtiyar, sh. 63.

²³ Aynı yönde, Turgut Kalpsüz, *Adi Şirket*, Türk Hukuk Ansiklopedisi, C. 1, Ankara 1962, sh. 204; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 54, vd; Bahtiyar, sh. 64, vd.

²⁴ Yüksel, pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen edimlere göre, bu sözleşmenin nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır (Yüksel, sh. 53, vd). Biz de yazarın bu görüşüne katılıyoruz. Ancak biz, bu çalışmada pay sahipleri sözleşmesi yoluyla getirilen pay devir kısıtlamalarını incelediğimizden, sadece bu edim bakımından, pay sahipleri sözleşmesinin hukuki niteliğini inceliyoruz.

²⁵ Tekinalp ise, bu sözleşmenin ağırlıklı olarak bir adi ortaklık sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 587. Bilindiği üzere adi ortaklık sözleşmesi, bilateral değil, multilateral bir sözleşmedir (esas sözleşmenin de multilateral bir sözleşme olduğu yönünde bkz. Moroğlu, sh. 515). Dolayısıyla biz bu görüşün, en azından pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen pay devir kısıtlamaları açısından uygun olmadığını düşünüyoruz.

Öte yandan, şunu da belirtelim ki, pay sahipleri sözleşmesinde, özellikle şirketin geliştirilmesi için konulan hedefler, ortak yükümlülükler gibi konuları düzenleyen hükümler birer adi ortaklık hükmü olarak kabul edilebilir. Ancak önalım, alım, öncelikli alım gibi hakların tanındığı hükümler, kanımızca, adi ortaklık hükümleri olarak değerlendirilemez; çünkü bunlarda iradeler birbirine paralel olmadıkları gibi, aynı noktada da birleşmemektedirler; buradaki irade beyanları karşılıklıdır.

Önalım hakkı tanınması gibi pay sahiplerinin karşılıklı olarak birbirine tahhütte buldukları haller açısından, pay sahipleri sözleşmesinin iki taraflı bir sözleşme olduğu yönünde, ayrıca bkz. Okutan Nilsson, sh. 79.

beyanı ile kurulur. Oysa az önce de belirttiğimiz gibi, esas sözleşme ve onun öncesindeki adi ortaklık sözleşmesi, karşılıklı değil, aynen bir hukuki işlem olan kararda olduğu gibi, aynı noktaya yönelmiş irade beyanları ile kurulmaktadır²⁶.

Paysahipleri sözleşmesinin kuruluşunu inceledikten sonra, hukuki niteliği ile bir diğer özelliğine değinelim. Bu sözleşme ile taraflar birbirlerine karşı yükümlülük altına girmektedir. Paysahipleri sözleşmesi isimsiz bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bir başka deyişle, paysahipleri sözleşmesi, ortaklık hakkı veya aynı hak yaratmaz, alacak hakkı yaratır. Öte yandan bu alacak hakkının konusu, ortaklık hakkının devri olabilir. Yine de, bu durum, onun sadece bir alacak hakkı doğurduğu gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle de, paysahipleri sözleşmesinin etkisi nisbidir, mutlak değildir; sadece bu hakkı doğuran kişiye karşı, bu hakkın tanındığı kişi tarafından ileri sürülebilir. Buradan çıkan sonuç, paysahipleri sözleşmesi hükümlerinin, bu sözleşmeye taraf olmayan anonim ortaklığa, ortaklık organlarına ve yine taraf olmayan diğer paysahiplerine karşı ileri sürülemeyeceğidir²⁷.

Anonim ortaklığın paysahipleri sözleşmesine taraf olması ve bu işlemin doğuracağı sonuçlar tartışmalıdır²⁸. Ortaklık ile paysahipleri arasında çeşitli sebeplerle sözleşme yapılabilir. Ancak biz bu çalışmanın amacı doğrultusunda, bütün bu olasılıkları incelemeyeceğiz. Ortaklığın iç ve dış işleyişi ile ilgili konularda yapılacak düzenlemeye bağlayıcılık tanımak amacıyla, ortaklık paysahipleri sözleşmesine taraf kılınabilir. Paysahipleri arasındaki pay devir kısıtlamaları ile ilgili düzenin işlerlik kazanması amacıyla ortaklığın bu sözleşmeye taraf olması, buna örnek olarak verilebilir.

Çalışmamızın paysahipleri sözleşmesi ile getirilen kısıtlamaların bağlamla birlikte uygulanması bölümünde de ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, esas sözleşmede bağlamın öngörüldüğü hallerde, bu bağlamın nasıl uygulanacağı ile ilgili bir düzenleme paysahipleri sözleşmesinde getirilebilir. Özellikle, pay devir kısıtlaması öngörülen hallerde, bu kısıtlamaya işlerlik kazandırılması amacıyla bağlam da öngörülmüşse, paysahipleri sözleşmesine ortaklığın taraf kılınmasıyla, bağlamın nasıl yorumlanması gerektiği konusunda bir düzenleme getirilebilir; böylece bağlamın keyfi bir şekilde değil, ancak paysahipleri sözleşmesi gereğince, pay devir kısıtlamalarına

²⁶ Esin / Lokmanhekim de bu sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olmadığı görüşündedir. Ancak yazarlar bu görüşlerini, bu sözleşmedeki *affectio societatis* yokuşuna bağlamaktadırlar. Bu konuda bkz. Esin / Lokmanhekim, sh. 67.

²⁷ Okutan Nilsson, sh. 79, 277, vd.

²⁸ Ortaklığın bu sözleşmeye taraf olabileceği yönünde, bkz. Okutan Nilsson, sh. 312, dn. 109'daki yazarlar.

Çalışmamızın kapsamına girmemekle birlikte, belirtmekte yarar görüyoruz ki, paysahipleri sözleşmesi yoluyla yapılan oy sözleşmelerine ortaklığın taraf olması, özellikle İsviçre'de kabul edilmemektedir. Bu konuyla ilgili olarak bkz. Okutan Nilsson, sh. 313, vd. ve sh. 313, dn. 112, vd.

uyulmayan hallerde uygulanması sağlanabilir²⁹. Pay defterine bir ortağın kaydedilmemesi (bağlam hükümlerinin uygulanması) kural olarak yönetim kurulunun yetkisine giren bir haldir ve yönetim kurulunun yetkisine giren hallerde, ortaklığın paysahipleri sözleşmesine taraf olması konusunda bir sakınca bulunmamaktadır³⁰. Bu durumda, ortaklık paysahiplerinin karşısına bir üçüncü kişi olarak çıkmakta, böylece ortaklık bir borç ilişkisine girmektedir³¹.

B. Paysahipleri Sözleşmelerinin Doğurduğu Sonuçlar

Yukarıda, paysahipleri sözleşmesinin, bir borçlar hukuku sözleşmesi olmasından dolayı, nisbi bir hak doğurduğunu dile getirdik³². Paysahipleri sözleşmesinin doğurduğu hakkın sadece bu hukuki işleme taraf olan kişi tarafından, sadece bu işleme taraf olan kişiye karşı ileri sürülebilmesi, onu esas sözleşmeden ayırır. Çünkü esas sözleşmeden doğan haklar, kişinin o sözleşmeye taraf olmasından değil, paysahibi olmasından, bir başka deyişle bir statüden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ortak, esas sözleşmeye dayanarak, ancak esas sözleşmenin tarafı olmadan da (kurucu ortak olmadan da), kimi haklar edinebilir ve bunları ileri sürebilir. Yine bu kişinin ileri sürdüğü hak, ortak sıfatında olan kişiye veya doğrudan şirkete yöneliktir. Şirket esas sözleşmenin tarafı olmadığı gibi, hakkın ileri sürüldüğü kişi de, esas sözleşmenin âkitlerinden olmak zorunda değildir.

Oysa paysahipleri sözleşmesinde, bir paysahibi, diğer bir paysahibine karşı bir hak ileri süremez, sadece bu sözleşmenin tarafı, şartları gerçekleştiği sürece, yine bu sözleşmenin diğer tarafına karşı bir hak ileri sürebilir. Buradaki kriter bir statü değil, tamamen bir borçlar hukuku sözleşmenin tarafı olma durumudur. İşte bu özelliğinden dolayı, paysahipleri sözleşmesinin etkisi nisbidir.

Etkisinin nisbi olması, paysahipleri sözleşmesinin kural olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği anlamına gelmektedir³³. Sözleşmenin ifasında bu özellik önemli bir rol oynar. Çünkü kural olarak sözleşmeler aynen ifa edilir. Bir borçlandırıcı sözleşme, konusu imkansızlaşmadığı sürece hak sahibinin rızası veya icra yoluyla aynen ifa edilebilir. Ancak, özellikle pay devir kısıtlamalarına uyulmaması halinde, sözleşmeye aykırılık ile sözleşmenin konusunun sübjektif olarak imkansızlaşması aynı anda olur. Çünkü bir

²⁹ Okutan Nilsson, sh. 313.

³⁰ Okutan Nilsson, sh. 314.

³¹ Okutan Nilsson, sh. 315.

³² Bu sözleşmeler sonucunda, sözleşmenin taraflarının şirkete karşı değil, diğer âkit paysahiplerine karşı bağlandıkları yönünde, bkz. Eddy Wymeersch, *About Techniques of Regulating Companies in the European Union, Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford 2004, sh. 154.

³³ Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 587.

taraf pay devir kısıtlamasına uymamakla, kendisine ait olan bir payı üçüncü kişiye devretmiş, dolayısıyla söz konusu hak üzerindeki tasarrufunu kaybetmiştir (hem borçlandırıcı, hem tasarruf işleminin yapıldığı durumlarda). İşte bu sebeple, pay devir kısıtlamasını konu alan paysahipleri sözleşmelerine aykırılık halinde, artık borçlunun borcunu aynen ifa etmesi imkanı kalmadığı için, sübjektif imkansızlık dolayısıyla, BK m. 96, vd.'na dayanarak, alacaklının, zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmelidir³⁴. Bu halde, alacağın konusu ortaklık hakkı üstündeki tasarruf hakkı üçüncü kişiye geçmiştir. Alacaklı, ortaklık hakkının yeni sahibi olan üçüncü kişiye başvuramayacağına göre, borçludan zararının tazminini talep etme haricinde başka bir imkanı yoktur. Hemen belirtelim ki, yeni malikin, ortak sıfatını kazanması, paysahipleri sözleşmesine dayanılarak ona karşı bir hak ileri sürülmesine yol açmaz; çünkü burada paysahipleri sözleşmesine dayanılarak ileri sürülen hak, ortaklık statüsüne değil, taraflar arasında nisbi bir ilişki kuran bir borçlar hukuku ilişkisine dayanmaktadır.

Söz konusu bu ilişkide, bir tarafa sadece bir alacak hakkı (çoğu durumda yenilik doğuran bir hak) tanınmış olmasının bir sonucu olarak, alacak hakkı sahibi, borçlunun tasarrufunda bulunan şey üzerinde yapacağı tasarrufa karışamaz. Alacak hakkı sahibinin, borçludan sadece talep hakkı vardır; ancak borçlu, borcun konusu üzerinde serbestçe tasarruf yapabilir³⁵.

C. Paysahipleri Sözleşmelerinin Üçüncü Kişilere Etkisi

Paysahipleri sözleşmesinin bir borçlar hukuku sözleşmesi olmasından dolayı, bu sözleşme ile hak kazanan kişiye sadece nisbi bir hak tanındığı³⁶, hak sahibinin kural olarak, bu ilişkiye dayanarak üçüncü kişilere başvuramayacağını yukarıda dile getirdik³⁷.

Alacaklının hakkının korunması, dolayısıyla hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için doktrinde kimi yollar önerilmiştir. Bu yolları incelemek üzere, konumuz olan pay devir kısıtlamaları ile ilgili bir örnekten hareket edelim. Paysahipleri sözleşmesinde, ortağın payını satmadan önce diğer ortaklara payı satın alma önerisinde bulunması yükümlülüğünün düzenlenmesi durumunda, ortağın bu yükümlülüğe uymadan payını devretmesiyle, paysahipleri sözleşmesine taraf olan âkitlerin payların devredildiği üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir hak bulunmakta mıdır?

³⁴ Okutan Nilsson, sh. 392.

³⁵ Alacaklının, borçlunun hakkı üzerinde tasarrufta bulunmasını engellemesinin tek yolu, bu hak üzerinde ihtiyati tedbir aldırmaaktır. Paysahipleri sözleşmesinde, edim üzerinde alınacak ihtiyati tedbir, pay devir kısıtlamalarında değil, daha çok oy sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır.

³⁶ Paysahipleri sözleşmesi ile tanınan öncelik hakkı, önalım hakkı gibi hakların, bu sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiyi düzenlediği ve bu sözleşmeye konu edilen payların devredilmesi halinde, şirketin onay vermesi gibi herhangi bir mekanizmanın aranmadığı yönünde, bkz. Ripert / Roblot, sh. 912.

³⁷ Ayrıca bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 587.

Genel kuralın, alacaklının üçüncü kişiye başvuramaması yönünde olduğunu belirttik. Bu noktadan sonra doktrinde, alacaklının böyle bir imkanı olabilmesi için getirilen önerileri inceleyeceğiz.

Söz konusu paysahipleri sözleşmesi hükmü, doğrudan esas sözleşmeye konursa, böyle bir imkan (paysahipleri sözleşmesinin tarafının üçüncü kişiye başvurması) söz konusu olabilecek midir? Hemen belirtelim ki, söz konusu hüküm, her ne kadar esas sözleşmeye kalsa da, gerçek anlamda bir esas sözleşme hükmü olmayacaktır³⁸. Çünkü bu hüküm esas sözleşmenin korporatif yapısına, hukuki niteliğine ve işlevine aykırı bir şekilde (hatta kimi yazarlarca tek borç ilkesine de aykırı olarak³⁹) taraflar arasında bir hukuki ilişki düzenlemektedir⁴⁰. Bu nedenle, bu hüküm esas sözleşmeye yazılsa bile, bir esas sözleşme hükmü olarak değil, bir borçlar hukuku işlemi olarak değerlendirilecek; sadece tarafları arasında hüküm doğuracaktır⁴¹. Borçlar hukukuna tâbi bu sözleşmeyi Esin / Lokmanhekim tarafından kabul edildiği gibi⁴², tek borç ilkesinin bir istisnası olarak benimsemek çok doğru olmayacaktır: paysahipleri sözleşmesi, esas sözleşme ile aynı düzlemde olmadığı için, bu iki sözleşme arasında kural-istisna ilişkisi yoktur. Bu iki sözleşme farklı sözleşmeler olup birbirinin istisnasını oluşturmaz.

Tartışılabilir bir diğer yol ise⁴³, payı devralan üçüncü kişinin iyiniyetinin yok edilmesi ile paysahipleri sözleşmesinden doğan hakkın ona karşı ileri sürülmesidir. Üçüncü kişinin iyiniyetinin yok edilmesi, üç yolla yapılabilir: 1- hükmün esas sözleşmeye konması, 2- paysahipleri sözleşmesinin sicile kaydedilmesi, 3- pay devrinin kısıtlanmasına ilişkin bir işlemin, ortakların öncelikli alım hakkının bulunduğuunun hisse senetlerine yazılması. Hemen belirtelim ki, sicile şerh edilip üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıran nisbi hakların kanunlarda öngörülmesi gerekir⁴⁴. Ticaret sicilinde⁴⁵

³⁸ Okutan Nilsson, sh. 83; Bahtiyar, sh. 247.

³⁹ Dn. 11'deki tartışma.

⁴⁰ Esin / Lokmanhekim, sh. 67.

⁴¹ Yarg. 11. HD, T. 23.2.1995, E. 1994/7138, K. 1995/1522; Okutan Nilsson, sh. 98.

⁴² Esin / Lokmanhekim, sh. 69.

⁴³ Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 490.

⁴⁴ Reha Poroy / Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 10 Bası, İstanbul 2004, sh. 189. Yazar, ticaret sicilinin hukuki dayanağı olmayan bir hususta sırf kayda dayanılması yoluyla hak sağlayamayacağını belirtmektedir. Aynı yönde, Bahtiyar, sh. 231.

Bu konuda ayrıca bkz. M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medeni Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2007, sh. 123; Okutan Nilsson, sh. 74; Yüksel, sh. 157.

⁴⁵ Ticaret sicili genel olarak, TTK m. 26 – m. 40 arasında düzenlenmiştir. Ancak hangi hakların tescil edileceği, söz konusu hakkın düzenlendiği yerde özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin, TTK m. 41, vd.'nda düzenlenen ticaret unvanı, Ticari İşletme Rehni Hakkında Kanun'da düzenlenen ticari işletme rehni, TTK m. 300'de düzenlenen anonim şirketin esas sözleşmesinde tescil edilmesi gereken hususlar gibi (tescil edilebilecek hususlarla ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz. Poroy / Yasaman, sh. 184).

paysahipleri sözleşmesinde öngörülebilecek pay devir kısıtlaması öngören önalım hakkı, öncelik hakkı gibi hakların şerh edilebileceği ile ilgili herhangi bir belirleme mevcut değildir⁴⁶. Üstelik, hukuk düzeninde, iyiniyet, sadece tasarruf yetkisi eksik olan kişilerden yapılan iktisaplarda, kanun koruyorsa bir anlam ifade eder (MK m. 3)⁴⁷. Halbuki verdiğimiz örnekte, malikten yapılan bir iktisap söz konusudur; iktisap eden üçüncü kişi kötü niyetli olsa bile, malikten, yani tasarruf yetkisi eksikliği olmayan bir kişiden⁴⁸ payı iktisap etmektedir. Bu nedenle iktisabı korunur. Dolayısıyla, hak üzerinde bir borçlar hukuku sözleşmesi ile getirilen kısıtlama, şerh ile etkisi güçlendirilmedikçe, isterse pay senedini üstüne yazılsın⁴⁹, yazılan bu ifade, hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır⁵⁰.

Önerilen son yol ise⁵¹, paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir

⁴⁶ Ticaret Kanunu'nda, Medeni Kanun'da olduğu gibi önalım hakkının şerh edilmesiyle, bu hakka etkisi güçlendirilmiş nisbi hak statüsü kazandıran bir hükmün olmadığı yönünde, bkz. Yarg. 11. HD, T. 23.2.1995, E. 1994/7138, K. 1995/1522. Aynı yönde Bahtiyar, sh. 249. Bu sebeple yazar, önalım hakkı sahibinin başvurabileceği tek yolun tazminat talep olduğunu belirtmektedir.

Gerçekten de, Türk Ticaret Kanunu'nda genel olarak değil, ama özel olarak hangi hakların tescile konu olacağı belirtilmiştir. Ancak bu hakların arasında önalım/ahım/öncelikli ahım/satım gibi hakların şerhi düzenlenmemiştir. Kaldı ki, ticaret siciline herhangi bir hakkın şerh edilmesi de öngörülmüş değildir.

İşte bu nedenlerle, munzam etki olarak adlandırılan ve güçlendirilmiş nisbi hak yaratan şerh, paysahipleri sözleşmelerinde pay devir kısıtlaması yaratılması amacıyla kullanılmayacaktır; böyle bir şerh ticaret siciline tescil edilemeyecektir. Bunun da nedeni, sicilin olumlu etkisinin ancak kanunda sayılan hallerde mümkün olmasıdır. Ancak çalışmamızda incelediğimiz, önalım hakkı gibi hakların şerh edilmesi, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş değildir.

Sonuç olarak Bahtiyar'ın da belirttiği üzere, uygulamada esas sözleşmenin tamamı tescil edilse bile, sicile kaydı ve ilanı gerekmeyen bir hususun tescil edilmiş olması halinde, sicilin olumlu etkisinin ortaya çıkması mümkün olmayacak ve bu hükümler üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmeyecektir (Bahtiyar, sh. 231).

⁴⁷ Hukuk düzeninde iyiniyetin başka fonksiyonları da vardır; örneğin sebepsiz zenginleşme halinde sebepsiz olarak zenginleşen kişinin tazminat borcu, zenginleşenin iyiniyetli olup olmamasına göre farklı olarak hesaplanır. Ancak biz burada, hakların kazanılması anlamında iyiniyetin rolünden bahsediyoruz.

⁴⁸ Bu durumun da kimi istisnaları olabilir. Örneğin iflas etmiş kişi, iflas masasına girmiş malları üzerinde tasarruf yapamaz (Oğuzman / Barlas, sh. 159).

⁴⁹ Bu öneride bulunan yazarlar için, bkz. Bahtiyar, sh. 273, dn. 167.

⁵⁰ Bahtiyar, sh. 273.

⁵¹ Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 490. Yazar yukarıda ve buradaki yollar haricinde, pay senetlerinin bir banka gibi güvenilir bir kişiye tevdi edilmesi ve her satımda, devir sınırlamasının bildirilmesi zorunluluğunun getirilmesi yolunu da ele almıştır. Ancak yazarın takip eden açıklamalarından da anlaşılacağı üzere, bu yol etkisizdir, çünkü payların üçüncü kişiye devrine engel olmamaktadır. Aynı yönde, Bahtiyar, sh. 274.

kısıtlamasının, bağlam ile desteklenmesidir. Bu yola çalışmamızın son bölümünde değineceğiz.

Üçüncü kişinin paysahipleri sözleşmesinin borçlusundan yapacağı iktisap karşısında, bu sözleşmenin alacaklısının üçüncü kişiye karşı bir talep hakkı, ancak BK m. 41 / f. 2'nin kapsamına giren hallerde doğar⁵². Bu hallerde, üçüncü kişi, kasten, sırf paysahipleri sözleşmesinin alacaklısına zarar verme kastıyla hareket etmektedir⁵³. İşte bu durum bir haksız fiil teşkil eder ve tazminat sorumluluğu doğurur. Doktrinde kimi yazarlar⁵⁴, tazminat hukukunda aynen tazminin mümkün olması sebebiyle, bu halde, alacaklının, üçüncü kişinin iktisap ettiği payların kendisine devrini talep edebileceğini ileri sürmektedir. Ancak kanımızca bu durumda, zarar ile haksız fiili oluşturulan davranış birbirine karıştırılmaktadır⁵⁵. Her ne kadar üçüncü kişi payları devralmakla paysahipleri sözleşmesinin alacaklısını zarara soksa da, zarara neden olan bu ihlal ile kaybolan ekonomik menfaatin miktarı (zararın miktarı) farklı iki kavramdır. Zarar, devre konu payların ekonomik değerinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, payları devralmak isteyen alacaklı, bu payları iktisap edebilmek için bir ücret ödeyecektir (bu ücret, payların ekonomik değeridir; zarar ise, şirkette tek başına karar alabilme gibi bir başka menfaat ile ilgilidir, bunun için de zararın miktarı, payların ekonomik değeri ölçüsünde değil, söz konusu diğer menfaatin değerinin ölçüsünde oluşur). Hatta kimi hallerde, böyle bir devir olsa bile, zarar ortaya çıkmayabilir. Bu nedenle, böyle bir durumda zarara neden olan fiil olmakla beraber, tanınan önalım hakkına aykırı olarak payların üçüncü kişiye devredilmesi, zararın konusunu oluşturmayacağı için, zararın payların alacaklıya devredilmesi yoluyla aynen tazmini mümkün olmayacaktır (çünkü aynen tazmin edilmesi gereken husus zararın konusunu oluşturan menfaattir). Kaldı ki, hakimin böyle bir devir kararı verebilmesi de kanımızca mümkün değildir⁵⁶.

⁵² Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 587; Bahtiyar, sh. 279.

⁵³ BK m. 41 / f. 2'nin uygulanabilmesi için, bu şekilde bir kastın bulunması yönünde, bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh. 482.

⁵⁴ Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, sh. 587; Okutan Nilsson, sh. 393, vd; Bahtiyar, sh. 282 ve sh. 282, dn. 200'deki yazarlar.

⁵⁵ Örneğin bir kişi, kasten bir başka kişinin hiçbir manevi değeri olmayan vazosunu kırarsa, bu halde haksız fiile yol açan davranış bu vazonun kırılması, zarar ise, bu vazonun değeri kadar olacak ve yeni bir vazonun zarara uğrayana verilmesi ile borç tazmin edilebilecektir. Ancak üzerinde önalım hakkı tanınan payların bir başka kişiye devredilmesi halinde, zarara neden olan davranış bu payların devri olmakla beraber, zarar, söz konusu devrin konusunu oluşturan payların değerinden farklıdır, daha fazla veya az olabilir. Hatta bu halde hiçbir zarar meydana gelmemiş de olabilir. Öte yandan, bir paysahibi için, şirketi tek elden yönetebilecek kadar payların sahibi olmak önemli bir menfaattir. Paysahipleri sözleşmesinin ihlali, bir âkidin bu menfaatini engellemekteyse, zarar, devre konu payların ekonomik değerinden daha yüksek de olabilir.

⁵⁶ BK m. 41 / f. 2 gereğince, zararını payları devralan üçüncü kişiden tazmin etmek

Pratik hayatta ise, paysahipleri sözleşmesine uyulmasının istendiği halde, sözleşmeye yüksek miktarda⁵⁷ bir cezai şartın koyulması halinde, borca aykırı davranan taraf, karşı tarafın zararını tazmin etmek durumunda olmayacak; doğrudan, sözleşmede belirlenen cezai şartı ödemek zorunda kalacaktır. Böylece, borca aykırı davranan kişi, yaptığı aykırılığın, karşı tarafta zarara sokmadığını ileri süremeyecek ve cezai şarta çarptırılacaktır⁵⁸.

İsteyen paysahipleri sözleşmesinin alacaklısının bu hakkına dayanarak hakim tarafından aynen tazminat kararı verilmesinin kanımızca mümkün olmamasının sebebi, hem zararın aynen tazmininin, zararı oluşturan davranışın geriye alınması veya alacaklının bu davranış sonucu hak sahibi kılınmasından farklı olması, hem de bu halde zarara uğradığını iddia eden paysahipleri sözleşmesinin alacaklısının, payları BK m. 41 / 2'ye dayanarak hiçbir semen ödemedi devralabilmesinin hukuka aykırı olmasıdır. Buradaki sorun, önalım hakkı paysahipleri sözleşmesine dayanan bir hakka sahip olan paysahibinin, hiçbir masrafta bulunmadan payları devralmasının hukuk sisteminde mümkün olamamasıdır. Üstelik bu durumda, payları devralmak için ödemede bulunan üçüncü kişi, payları karşılıksız devretmek zorunda kalmaktadır.

Hakimin, BK m. 41 / f. 2 gereğince zararı oluşan paysahipleri sözleşmesinin alacaklısına, söz konusu payların devredilmesi kararını verirken, bu alacaklının, payları iktisap etmiş üçüncü kişiye belli bir ödemede bulunması yönünde bir hükme varabilmesi durumunda, yukarıda ele anılan ikinci sorun ortadan kalkacaktır. Ancak böyle bir kararın hakim tarafından verilmesi bize mümkün değildir; çünkü bu halde, hakim davacıyı belli bir borç altına sokmaktadır: karar sonucunda, alacaklı, payları devralırken, belli bir semen ödeme borcuna girmektedir. Hakim, böyle bir kararla, adeta bir sözleşme kurmakta, davalı ve davacı için karşılıklı edimler öngörmektedir. Böyle bir karar, olsa olsa, hukuk sisteminin öngördüğünden farklı çözüm yolları benimsenebilen tahkim yargılaması sonucunda verilebilir. Bu halde, tarafların hem tahkim anlaşması yapması, hem de uyuşmazlığın kanun sisteminden farklı bir yolla, dostane çözüm yoluyla çözülmesi yönünde iradesinin olması gerekir.

Öte yandan BK m. 41 / f. 2'nin kapsamına bile girmeyen bir olayda, öncelikli alım hakkı çığneden tarafın açtığı davada, bu tarafın sözleşmenin hükmen ifası talebinin kabul edilmemesinin ardından, bu talebin kabul edilmesi amacıyla, davacının satın alma iradesini bildirmesinin ardından, Yargıtay, sözleşmeyle bu konu hakkında öngörülen prosedürün yürütülmesi ve semenin belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten de kararda, söz konusu bu işlemlerle ilgili süreç tamamlanmadan, payların davacıya hükmen teslim edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, davacının payları öncelikli olarak alma hakkı olduğunun tespit edilmemesi nedeniyle, karar bozulmuştur (Yarg. 11. HD, T. 29.11.2001, E. 2001/7448, K. 2001/9429). Yargıtay'ın bu kararında, esas sözleşmede bağlam hükmü olduğundan bahsedilmemiş, sadece bir önalım / öncelikli alım hakkının üzerinde durulmuştur. Kanımızca, önalım / öncelikli alım haklarının ihlali halinde, böyle bir davayı açmak mümkün olmayacaktır (hele hele bu davada BK m. 41 / f. 2'ye dayanılmamışsa). Bunun nedeni, davanın yöneltildiği yeni paysahibi, paysahipleri sözleşmesine, bir başka deyişle, önalım / öncelikli alım hakkının öngörüldüğü ve bu borcun dayanağını teşkil eden borçlar hukuku sözleşmesine taraf değildir. Bu nedenle de, bu üçüncü kişiye karşı, söz konusu sözleşmeye dayanarak bir talepte bulunulamaz.

⁵⁷ Ancak bu cezai şartın mahkemelerce "yazılmamış sayılacak" derecede yüksek olmaması gerekir.

⁵⁸ Cezai şart, tarafların paysahipleri sözleşmesinin öngördüğü sisteme uymalarını sağlamak açısından önemli bir rol oynamaktadır. Cezai şartın yüksek olduğu

Fransız hukukunda, şirketlerin şeffaflığını sağlamak amacıyla, 2 Ağustos 1989 tarihli kanun ile, bir pazarda tedavül gören hisse senetleri düzenlenmiş bir şirketin pay sahipleri arasında, payın devri ile ilgili kimi yükümlülükler getirilmesi halinde, bu pay sahipleri sözleşmesinin kıymetli menkul değer borsasının konseyine, yayınlanmak üzere iletilmesi gerekmektedir. Ancak bu yükümlülüğe uymamanın herhangi bir yaptırımını düzenlenmemiştir⁵⁹.

Yine Fransız hukukunda kabul edilen bir görüşe göre, pay sahipleri sözleşmesinin ihlali halinde, taraf tazminat isteyebileceği gibi, hakimin zararı ortadan kaldırmak için olaya özgü tedbirler de alabilmesinin mümkün olmasından hareket ederek, pay sahipleri sözleşmesinin borçlusunun paylarını devir işleminin iptalinin de istenebileceği belirtilmiştir⁶⁰. Aslında benzer bir hüküm BK m. 43'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, halin icabına göre hakim, tazminatın niteliğine karar verebilir. Ancak kanımızca, BK m. 43'e dayanarak, yapılmış olan pay devir sözleşmesinin iptalini talep etmek, sözleşmelerin nisbiligi ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca, bu durumda, madenin hakimin tazminatın niteliğini öngörebilmesine izin vermesine rağmen, burada hakimin, "sözleşme koyucu" gibi hareket etmesi ve sözleşmenin iptaline karar vermesi, tazminat hukukunun yaptırımlarını da aşacaktır. Bu sebeplerle, bu görüşün en azından Türk hukukunda uygulamasının olamayacağı görüşünderiz⁶¹.

hallerde, taraflar pay sahipleri sözleşmesine aykırı davranmayı göze alamazlar. Tarafların cezai şartın öngörüldüğü hallerde, borca aykırı davranması halinde, cezai şart, aynı zamanda açılacak bir davada istenecek talebin de net bir şekilde hesaplanmasını sağlayacaktır.

Biz çalışmamızda, özellikle cezai şartın yer almadığı hukuki ilişkileri inceleyeceğiz. Bunun nedeni, cezai şartın sorunu oldukça etkin bir şekilde çözmesi ve bizim de pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamaları ile ilgili diğer tartışılacak hususları ele almak istememizdir.

⁵⁹ Bu konuda bkz. Merle, sh. 714; Ripert / Roblot, sh. 910.

⁶⁰ Prat, sh. 283, vd. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere, Fransız hukukunda hakimin, Türk hukukunda olduğu gibi tazminatın niteliğine karar verebilmesinden farklı olarak, hukuka aykırı fiilin önüne geçebilmesi mümkün olmakta ve yapılmış sözleşme iptal edilebilmektedir (Türk hukukunda benzer bir kurum, eşya hukukunda bulunmaktadır). Ancak bu sözleşmenin iptal edilmesinin ardından, pay sahipleri sözleşmesinin alacaklısının payları iktisap edebileceği söylenemez. Bu durumda, devir sözleşmesinin öncesindeki status quo'ya dönülmüş olacaktır.

⁶¹ Prat, ilerleyen bölümde, bu mekanizmanın özellikle BK m. 41 / f. 2 benzeri hallerde uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu konuda, bkz. Prat, sh. 284, vd. Bu konudaki tartışmalar için bkz. yukarıdaki tartışmalar.

Kanımızca, bu şekilde Türk hukukunda sözleşmenin iptalinin istenebileceği tek durum şu olabilir: payları devralan kişi ile payları devreden önalım veya öncelikli alım hakkı borçlusu, bu işlemi BK m. 41 / f. 2 gereğince değil, BK m. 41/f. 1 gereğince, hukuka aykırı bir şekilde önalım veya öncelikli alım hakkının alacaklısını zarara uğratacak şekilde yapmaları halinde, bu sözleşmenin aslında aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmesinden dolayı, zarar gören alacaklı, zarara uğra-

II. Öngörülebilir Devir Kısıtlama Halleri

Paysahipleri sözleşmesiyle öngörülebilir devir kısıtlamaları, dolayısıyla diğer paysahiplerine tanınabilecek hakların başlıcaları şu şekilde kabul edilmektedir: öncelik hakkı, önalım hakkı, alım ve satım hakları⁶². Çalışmamızın bu bölümünde, bu halleri sırasıyla ve ana hatlarıyla inceleyeceğiz. Hemen belirtelim ki, paysahipleri sözleşmesi ile pay devir yasakları da öngörülebilir⁶³; ancak bu tip yasaklar çalışmamızın kapsamına girmeyeceği için, burada incelenmeyecektir.

A. Öncelik Hakkı

Öncelik hakkı, payını devretmek isteyen kişiye, payını başkasına devretmeden ve devre ilişkin her türlü müzakereye başlamadan önce, diğer ortaklara, devretmeyi düşündüğü payların satın alınması teklifinde bulunma borcu yükler ve böylece öncelik hakkının tanındığı sözleşmenin alacaklısına, bu payların yenilik doğuran bir irade beyanı ile alınması hakkı tanınmış olur⁶⁴. Bir başka deyişle, payını devretmek isteyen kişi, bir başkasına payını satmak üzeredir. Ancak paysahibi payını üçüncü kişiye devretmeden önce, paysahipleri sözleşmesinde öngörülen düzenleme uyarınca, sözleşmenin âkitlerine payın satın alınmasını teklif etmelidir. Ortaklar teklifi kabul ederlerse, bu durumda paysahibi, payını, teklifi yapan âkitlere devretmelidir⁶⁵.

Ortak, paysahipleri sözleşmesinde öncelik hakkı öngörülmüş olmasına rağmen, payını bir üçüncü kişiye devretmeden önce, diğer âkitlere bu yönde bir teklifte bulunmazsa, paysahipleri sözleşmesinden doğan borcuna aykırı

masına sebep olan akdin ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Bu halde, zarar gören kişi, davasını söz konusu devir sözleşmesinin her iki tarafına yönelik açacaktır (davanın tek bir kişiye yönelik olarak açılması halinde, yukarıda yaptığımız eleştiri uyarınca, hakim sözleşme koyucu olarak hareket edecek ve sözleşmenin nisbi niteliğine aykırı bir şekilde karar vermek durumunda kalacaktır). Ancak hemen belirtelim ki, BK m. 41 / f. 1'e dayanmak, f. 2'ye dayanmaya nazaran daha kolay gözükse de, f. 2, üçüncü kişinin, kasten bir kişinin zarar görmesi yönünde hareket etmesini yeterli görürken, f. 1, zarar verenin fiilinin hukuka aykırı olmasını aramaktadır. İşte bu sebeple de, BK m. 41 / f. 1'e başvurmak oldukça güçtür; çünkü pay devir sözleşmesinin taraflarının bir devir sözleşmesi yapmaları, her ne kadar bu sözleşmenin taraflarından birinin borcuna aykırılık teşkil etse de, diğer tarafın (payları devralan kişinin) durumunda bir borca aykırılık yoktur. İşte bu nedenle, BK m. 41 / f. 1'e başvurarak, pay devir sözleşmesinin iptalinin istenmesi yoluyla, bu payların iktisap edilmesi de mümkün olmayacaktır.

⁶² Ancak bu hakların dışında da, paysahipleri sözleşmesi ile getirilen kimi pay devir kısıtlamaları bulunmaktadır. Bu gibi haller için, bkz. Esin / Lokmanhekim, sh. 79.

⁶³ Yüksel, sh. 126, vd.

⁶⁴ Öncelik hakkına doktrinde gerçek olmayan önalım hakkı da denilmektedir. Bu yönde bkz. Bahtiyar, sh. 246, vd; Yüksel, sh. 131.

⁶⁵ Öncelik hakkı, çeşitli şekillerde öngörülmüş olabilir. Bu haller için bkz. Yüksel, sh. 132, vd; Prat, sh. 99, vd.

davranmış olur. Bu halde, artık pay üzerindeki hak üçüncü kişiye geçeceği için, borçlunun borcunu ifa etmesi subjektif imkansızlık halindedir. Subjektif imkansızlık hali borçlar hukukunda ayrıca düzenlenmiş değildir. Bu sebeple, (kusurlu) subjektif imkansızlığa, genel borca aykırılık hükümleri uygulanır (BK m. 96, vd.).

Paysahipleri sözleşmesinin borçlusu, sözleşmenin diğer taraflarına⁶⁶ bu yönde bir teklifte bulunmakla borcundan kurtulur. Ancak bu teklif, teklifin yöneldiği kişilere yenilik doğuran bir hak sağlar (böylece paysahipleri sözleşmesinin borçlusu yeni bir statü altına girer). Bu kişiler, tek taraflı irade beyanları ile bu hakkı kullanmakla satın sözleşmesini kurarlar⁶⁷. Bu durumda da, paysahibi, payını devretme borcu altına girer. Bu arada payını bir üçüncü kişiye devretmişse, yine borcuna aykırı davranmış olur.

Bir başka olasılık ise, böyle bir teklifin ardından, paysahipleri sözleşmesinin alacaklılarının, borçlunun paylarını almaya niyetlenmemesidir. Bu halde, borçlu borcundan kurtulmuş olacak ve paylarını dilediği kişiye devredebilecektir⁶⁸.

Üçüncü kişilerden gelen teklif üzerine, borçlunun herhangi bir fiyat belirlemeden alacaklılara bir teklifte bulunması halinde, borçlu, paysahipleri sözleşmesinin diğer taraflarından gelen tekliflerdeki fiyatı beğenmezse, paylarını satmayabilir. Ancak bu halde, paylarını, tekliflerin altındaki bir fiyata üçüncü kişilere devredemeyecektir⁶⁹. Paysahipleri sözleşmesinde öncelik hakkı, geri dönülmez bir hak olarak da öngörülmüş olabilir; bu halde, borçlu, sözleşmeye taraf ortaklardan gelen tekliflerle bağlı olacaktır⁷⁰.

Âkitlerin öncelik hakkını kullanabileceği sürenin belirlenmesi pratik açıdan önem arz eder. Süre belirlenmemişse, alacaklıların haklarını hangi

⁶⁶ Burada "bir ortak, diğer ortaklara" ifadesini kullanmıyoruz; çünkü borçlu ortak, paysahipleri sözleşmesine taraf olmakla borçlu sıfatını, alacaklı ortak da, bu sözleşmeye taraf olmakla alacaklı sıfatını kazanır. Bu sözleşme sadece tarafları arasında borç/hak doğurmaktadır; genel olarak ortaklara bir hak/borç doğurmamaktadır.

⁶⁷ Öncelik hakkı, taraflara çeşitli şekillerde tanınmış olabilir. Öncelik hakkı nedeniyle teklifte bulunan paysahibinin aleyhine yenilik doğuran hakkın doğması için payların fiyatının belli olması gerekir. Bu belirleme daha önce paysahipleri sözleşmesinde net olarak yapılmış olabileceği gibi, paysahipleri sözleşmesinde üçüncü kişiden teklif alan alacaklının, aldığı teklifteki fiyat üzerinden bu satın sözleşmesinin kurulacağı da belirtilmiş olabilir (bu halde, ortak, alınan teklifteki fiyatla bağlıdır).

⁶⁸ Ancak paysahipleri sözleşmesinde payların devri için bir fiyat belirlenmemiş ve paylarını devretmek isteyen paysahibi, alacaklılara öncelik haklarını kullanabilmeleri için bir fiyat belirlemişse, satın alma teklifinin gelmemesi üzerine üçüncü kişilere yapılacak devir, bu fiyattan düşük bir semen üzerinden yapılamaz.

⁶⁹ Okutan Nilsson, sh. 211.

⁷⁰ Okutan Nilsson, sh. 212.

noktadan itibaren kaybedecekleri tartışma konusu olacaktır. Bir başka deyişle, paylarını devretmek isteyen paysahibi, konuya ilişkin bildirim yaptıktan sonra, ne kadar süre teklifi ile bağlı kalacaktır? Paysahipleri sözleşmesi, isimli bir sözleşme olmadığı gibi, hukukumuzda öncelik hakkı ile ilgili genel bir düzenleme de mevcut değildir. Önalım hakkına ilişkin ve özellikle de taşınmazları konu alan eşya hukukundaki düzenlemelerin ise, şirketler hukukuna doğrudan uygulanamayacağı aşikardır. Bu düzenlemelerin, özellikle süreler açısından, kurumların taşıdığı nitelik farklılıklarından dolayı, kıyasen de uygulanması kanımızca mümkün değildir. Bu halde, sözleşmede ayrı bir düzenleme olmaması halinde, hakim MK m. 2'yi göz önünde bulundurarak, makul bir süreyi tespit edecek; makul süre içinde yapılmayan bildirimler, paylarını devretmek isteyen ortağı bağlamayacaktır. Ancak makul sürenin tespiti oldukça muğlak olduğu ve hakimin takdirine kaldığı için, bu sürenin paysahipleri sözleşmesinde belirtilmesi, hem bu hakkı kullanacaklar, hem de bu hakkın aleyhine kullanılacağı paysahipleri sözleşmesinin tarafları açısından daha iyi olacaktır. Böylece, paylarını devretmek isteyen kişi, öncelik hakkının kullanılması için öngörülen sürenin aşılması halinde, herhangi bir riske girmeden paylarını devredebilecektir.

Bir diğer önemli nokta, borcuna aykırı hareket etmek istemeyen tarafın, öncelik hakkı olan bütün paysahiplerini, paylarını devretme iradesini taşıdığından haberdar etmesidir. Özellikle haberdar edilmesi gereken birçok âkit varsa, söz konusu bildirim borcunu daha kolay bir şekilde yerine getirmek için, ortaklığın bir organı, bildirim makamı olarak seçilebilir. Paysahibinin ortaklığa, ortaklığın da, öncelikli alım hakkı olan ortaklara bildirimini nasıl yapacağı paysahipleri sözleşmesinde dikkatlice ele alınmalıdır. Söz konusu prosedürde eksik bırakılan hususlar, ilerleyen aşamalarda, paylarını devreden tarafın aleyhine sonuçlar doğmasına neden olabilir. Ortaklığın bir organının bildirim makamı olarak görevlendirilmesi halinde, (paysahipleri sözleşmesinde öngörülen prosedüre uygun) yapılan bildirim, hem bir uyumsuzluk halinde, paylarını devretmek isteyen paysahibinin bildirim borcunu yerine getirdiğini ispatlamasını kolaylaştıracaktır, hem de özellikle çok sayıda ortağın varlığı halinde, öncelik hakkına sahip ortakların hepsine bildirimini ulaştırılması sağlanmış olacaktır. Üstelik herhangi bir ortağın aksine, ortaklık diğer ortakların adres değişiklikleri gibi, paysahipleri sözleşmesinin alacaklıları hakkındaki güncel gelişmeleri kolaylıkla takip edebilecektir. Her ne kadar, payların hamile yazılması halinde, ortaklık ortakları takip etme şansını kaybetse de, paysahipleri sözleşmesinin tarafları, adres değişikliği gibi bilgilerini güncellemeleriyle, ya da ortaklığın web sayfasında gerekli açıklamaların yayınlanması gibi bir prosedürün benimsenmesiyle, paysahipleri sözleşmesi çerçevesinde yapılması gereken bildirimler zamanında, tüm âkitlere ulaştırılabilecektir.

Paysahipleri sözleşmesinde bu iki önlemin alınmadığı hallerde, paylarını devreden ortağın, gerekli bildirimlerde bulunmasına rağmen, kimi hallerde, BK m. 96, vd. hükümlerine aykırı hareket ettiği (yeterli süre beklemediği için

ya da bildirimini bir âkide ulaşmaması nedeniyle) ileri sürülebilir. Bu halde, söz konusu pay sahibinin tazminat sorumluluğu doğabilecektir. Halbuki, bu iki önlem alınırsa, söz konusu riskler bertaraf edilmiş olacaktır.

B. Önalım Hakkı

Önalım hakkı, pay sahipleri sözleşmesinin borçlusuna (payını devretmek üzere üçüncü kişi ile hukuki ilişkiye giren kişi), hakkını üçüncü kişiye devretmek üzere yaptığı işleminden sonra, belli bir süre içinde, pay sahipleri sözleşmesinin alacaklısının kendisine yönelteceği tek taraflı ve yenilik doğuran irade beyanı ile, payları bu hakkı ileri süren kişiye daha önce yaptığı işlemle aynı şartlarda devretmesi borcu yükler⁷¹.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, önalım hakkı, pay sahipleri sözleşmesinin alacaklısına, yenilik doğuran bir hak tanır. Bu hak, borçlunun payını başkasına devretmesi ile ve ancak bu andan itibaren ileri sürülebilir hale gelir. Öte yandan, önalım hakkını düzenleyen Medeni Kanun, bu hakkı sadece taşınmazlara ilişkin bölümde düzenlemiştir⁷².

Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin bir sorun bulunmaktadır. Önalım hakkı, ancak borçlunun hakkı devretmesinden sonra kullanılabilir. Dolayısıyla önalım hakkının kullanılabilmesi için hakkın devredilmesi zorunlu unsurdur. Bu hak devredildikten sonra, üçüncü kişi bu hakkı (hak sahibinden) iktisap eder ve ortaklık hakkını kazanır. Bu noktadan sonra, pay sahipleri sözleşmesinin alacaklısı, borçlusuna karşı söz konusu yenilik doğuran hakkı ileri sürse bile, artık bu kişi hak sahibi olmadığı için, borcunu ifa edemez; subjektif imkansızlık⁷³ durumunda olur. Aynı şekilde alacaklı, üçüncü kişiye de bu hakkı ileri süremez; çünkü üçüncü kişi ile alacaklı arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır⁷⁴.

⁷¹ Bahtiyar, sh. 245; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, C. 4, Bölüm 1, Eşya Hukuku (ZGB m. 680-701), Bern 1975, m. 681, N. 19; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, Bölüm 1, 3. Bası, Ankara 1984, sh. 260.

⁷² Önalım hakkının, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde, diğer malvarlıksal haklar için de tanınabileceği ve bunların arasında ortaklık payların da bulunduğu hakkında, bkz. Yüksel, sh. 137, özellikle sh. 137, dn. 377'deki yazarlar. Önalım hakkıyla ilgili sadece taşınmazlarda öngörülen düzenleme, uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanabilecektir. Ancak çoğu durumda, pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen önalım hakkı, bu düzenlemenin yapısına uygun olmayacağı için, Medeni Kanun'daki hükümlerden yararlanılamayacak, hakim boşluğu MK m. 1 gereğince doldurması beklenecektir.

⁷³ Kavram için bkz. M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, sh. 299, vd. Subjektif imkansızlık kavramının içeriği ve özellikle BK m. 117'ye konu teşkil edip etmeyeceği doktrinde tartışılmaktadır. Ancak yazar, bu tartışma üzerinde çok durmadan, imkansızlığın borçlunun kusuru ile yaratılmış olup olmadığı ile ilgilenmektedir (Oğuzman / Öz, sh. 428, vd.).

⁷⁴ Tandoğan, sh. 266.

Önalım hakkının düzenlendiği taşınmazlarda, tapu siciline yapılacak şerh ile alacaklı, nisbi hakkını, üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir hale gelmektedir (etkisi güçlendirilmiş nisbi hak). Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, hukukumuzda sicillere yapılacak şerhler sınırlı sayıdadır. Kanunda öngörülen haller dışında şerh konamaz, şerhin etki doğurması mümkün olmaz. Sadece taşınmazlarda, önalım hakkına ilişkin şerh kurumu düzenlenmiştir; ortaklık payı devrinde ise böyle bir düzenleme mevcut değildir. Hukukumuzda, hakları sınırlandıran hükümler, başka kurumlara kıyasen uygulanamaz. Bu sebeple, taşınmazlardaki şerh düzenlemesinin, pay devrine kıyasen uygulanması mümkün değildir.

Bütün bu sebeplerle, önalım hakkının kullanılması, her halde subjektif imkansızlıkla karşılaşacaktır⁷⁵. Ancak bu noktada borçlu aleyhine tazminat sorumluluğuna gidilebilir mi? Bir başka deyişle, borçlunun burada kusurlu olduğu kabul edilebilir mi?

Borçlu söz konusu devir işlemini iradesi ile yapmıştır. Ancak borçlunun bu devri yapmama borcu olmadığı gibi, yukarıda da belirtildiği üzere, ancak borçlu bu devri yaptığı sürece önalım hakkı gündeme gelebilir, aksi halde zaten ileri sürülebilecek bir hak söz konusu değildir. Bir başka deyişle, pay-sahipleri sözleşmesinde öngörülen önalım hakkının ileri sürülebilmesi için

⁷⁵ Önalım hakkının kullanılması ile ilgili su yüzüne çıkan bu sorun, doktrinde ve Yargıtay kararlarında, paysahipleri sözleşmesi ile getirilen önalım hakkının, öncelikli alım hakkı olarak değerlendirilmesine neden olmuştur (örneğin Yarg. 11. HD, T. 29.11.2001, E. 2001/7448, K. 2001/9429). Ancak, bu iki hak birbirinden ayrı iki kurumdur. Her ne kadar, paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamalarında öncelikli alım hakkı tanımak çok daha mantıklı ise de, bu paylar üzerinde önalım hakkı da tanımlanabilir. Ancak bu haklar üzerinde önalım hakkı tanınmış olması halinde, önalım hakkının kullanılmasını sağlayan payların devri işleminin ardından bu hakkın nasıl ileri sürüleceği sorunsalı doğmaktadır. Kanımızca, bu noktada payları devreden, kimi önlemler alabilir. Buna örnek olarak, aynen öncelikli alım hakkında olduğu gibi, paylarını devretmeden önce, paysahipleri sözleşmesinin alacaklılarına paylarını devredeceğini belirtebilir, hatta bu kişilerden paylarını devretmesi halinde, bu hakkı ileri sürmeyecekleri yönünde, haklarından feragat ettikleri yönünde bir yazı da alabilir. Bir diğer önlem ise, payları devrettiği kişi ile yapacağı anlaşma uyarınca, gerektiği durumlarda, payları geri almasının öngörülmesidir. Dolayısıyla, önalım hakkının, öncelikli alımdan bağımsız olarak kullanılması mümkün, ama bir o kadar da çetrefillidir. Bu nedenlerle, biz önalım hakkı ile getirilen pay devir kısıtlamalarını ayrı bir hal olarak değerlendirmekle birlikte, paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamalarında öncelikli alım hakkının öngörülmesinin daha mantıklı olduğunu düşünüyoruz.

Belirtmekte yarar var ki, aynen öncelikli alım hakkında olduğu gibi, önalım hakkında da, borçlunun ileride borcuna aykırı davrandığının ileri sürülmesinin önüne geçebilmek amacıyla, paysahipleri sözleşmesinde, hem söz konusu hakların ne kadar süre içinde kullanılacağına belirlenmesi, hem de gerekli bildirimlerin nasıl yapılacağına dair bir prosedürün benimsenmesinde yüksek derecede yarar vardır.

pay devrinin yapılması şarttır. Borçlunun bu şartı gerçekleştiren işlemi ile, pay sahipleri sözleşmesini kusurlu davranışı ile ihlal ettiği söylenebilir mi? Bu ikilem yüzünden, şerhle korunmayan önalım hakkının ölü doğmuş bir hak olduğu ileri sürülebilir. Bu halde, baştan beri, böyle bir borcun ifasının imkansız olması nedeniyle, pay sahipleri sözleşmesinin ilgili hükmünün kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılabilir mi?

Kanımızca bu halde, borçlu subjektif imkansızlık altında olmakla birlikte⁷⁶, bu imkansızlığı kendi kusuru ile yaratmıştır. Bunun için, borçlunun subjektif imkansızlığa düştüğü anı belirlemek gerekir. Borçlu baştan beri subjektif imkansızlık altında değildir, çünkü payların maliki olarak, paylar üzerinde tasarruf hakkı bulunmaktadır. Ancak önalım hakkı, payın üçüncü kişiye devri ile (borçlunun tasarruf hakkını kaybettiği anda) kullanılabilir hale gelmektedir. İşte bu anda, borçlu için bir subjektif imkansızlık hali söz konusu olacaktır. Bu subjektif imkansızlık ise, borçlunun iradesi ile meydana gelmiştir. Çünkü borçlu özenli bir davranışla, bu imkansızlığın önüne geçebilir⁷⁷. Bu nedenle imkansızlık haline düşen borçlunun, kusurlu davrandığı ileri sürülebilir. BK m. 117'nin karşıt anlamı ve BK m. 96 gereğince, borçlu kusuru ile düştüğü imkansızlık durumundan dolayı, alacaklının uğradığı zarardan sorumlu olacak ve bu zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır⁷⁸. Öte yandan

⁷⁶ Bu halde baştan imkansızlığı düzenleyen BK m. 20 anlamında da imkansızlık yoktur. Çünkü bu imkansızlık türü, baştan beri objektif imkansızlığı düzenlemektedir. Bu halde, borçlunun borcunu baştan beri ifa etmesi mümkün olmayacağı için, borç doğmayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. Oğuzman / Öz, sh. 426, 299, vd. Ayrıca, BK m. 20'nin kapsamına baştan yaratılan subjektif imkansızlık halinin girmediği yönünde, Oğuzman / Öz, sh. 427, dn. 63. Dolayısıyla, borçlu borcundan BK m. 20'yi ileri sürerek kurtulamayacaktır.

⁷⁷ Payların devredildiği üçüncü kişiden geri alınmasına yönelik hükümlerin pay devir sözleşmesine konulması hali buna örnek olarak verilebilir. Bir başka hal ise, borçlunun önalım hakkı sahiplerine, aynen öncelik hakkında olduğu gibi, satımdan önce bir bildirimde bulunması ve bundan sonuç alınmaması üzerine tasarrufta bulunmasıdır. Bu halde, bildirimde cevap vermeyen alacaklılar, devir işlemi gerçekleştikten sonra harekete geçerse (bildirime cevap vermemek öncelik hakkı tanındığı hallerde hakkın kaybına yol açmaktadır, ancak önalım hakkı, ancak devir işleminin gerçekleşmesi ile kullanılabilir hale gelmektedir), artık bu durumda, alacaklıların haklarını kötüye kullandığı ileri sürülebilecektir.

⁷⁸ Oğuzman / Öz, sh. 428. Yazarın da belirttiği üzere, doktrinde bu halde tazminat sorumluluğunun doğması konusunda bir tartışma yoktur. Ancak tartışma, borcun imkansızlık nedeniyle sona erip ermediği konusundadır. Ağırlıklı görüş, kusurlu imkansızlık halinde, borcun sona ermediği, ancak muhtevanın değişeceği yönündedir; bu halde edimin yerini tazminat borcu alacaktır. Ancak yazara göre, kusurlu imkansızlıkta da, borç sona erer. Mamafih kusurlu imkansızlıkta, BK m. 96 gereğince, alacaklının uğradığı zararın borçlu tarafından tazmin edilmesi sorumluluğu yok olmayacağından, alacaklı yine, uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir.

Öte yandan doktrindeki bir diğer görüşü savunan Eren ise, subjektif imkansızlığın borcu hiçbir halde sona erdiremeyeceğini belirtmektedir. Yazara

BK m. 44 gereğince⁷⁹, bu imkansızlığın yaratılmasında, pay sahipleri sözleşmesinde önalım hakkını öngörürken, bu hakkın yaratacağı sorunlarla ilgili önlem almayan alacaklının payı ve bilgisinin de olması nedeniyle, müteraffik kusurdan bahsedilebilir. Bu durumda, borçlunun tazmin borcu, hakimin kanaatine göre, alacaklının kusuru oranında indirilebilecektir.

Önalım hakkının borçlusunun özen borcundan dolayı, payını üçüncü kişiye devrederken, alacaklının, önalım hakkını kullanması ihtimalini göz önüne alarak, pay devir işleminde, kendisine alım veya geri alım hakkının tanınması yoluna gidebileceğini yukarıda belirtmiştik. Ancak, yenilik doğuran bu hakları şarta bağlamaktan kaçınmak gerekir; çünkü hukukumuzda kural olarak bu mümkün değildir⁸⁰. Dolayısıyla bu önlem, devir işleminin tarafları arasında, yenilik doğuran hakların şarta bağlanmadan öngörülmesiyle alınmalıdır.

Yarg. 11. HD'nin bir kararını⁸¹, bu aşamada ele almayı, Türk hukukunda önalım hakkı ile ilgili tartışmaları pratik ve teorik açıdan değerlendirmek amacıyla yerinde buluyoruz. Karara konu olayda bir pay sahipleri sözleşmesi bulunmakta ve yukarıda bizim de önerdiğimiz gibi, yapılan satım işlemi ortaklık organlarına bildirilmektedir.

Söz konusu kararda, yerel mahkemenin verdiği karar, davanın yöneltildiği kişiler açısından temyiz mahkemesinde ele alınmış ve olayda zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu, davacı pay sahipleri sözleşmesinin taraflarının önalım hakkını kullanabilmek için, davayı aynı zamanda şirkete karşı da yöneltmesi gerektiği düşünülmüş ve bundan dolayı, yerel mahkemenin verdiği karar bozulmuştur. Biz de önce bu sebebi, ardından da, temyiz mahkemesinin değinmediği mahkeme kararındaki diğer hususları inceleyeceğiz.

İlk olarak, Yargıtay'ın bozma gerekçesini inceleyelim. Yargıtay, pay sahipleri sözleşmesine dayanan önalım hakkının kullanılabilmesi için, hele hele bu hakkın kullanılmasında şirket organlarının görevlendirildiği durumlar-

göre, subjektif imkansızlık nedeniyle, borçlunun borcunu ifa edememesi halinde, borçlu BK m. 96'nın şartları gereğince sorumlu olacaktır (unutulmamalıdır ki, bu şartlardan biri de borçlunun kusurudur; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, sh. 1248, vd.). Oğuzman / Öz ise, örneğin mülkiyeti üçüncü kişiye geçen malın mülkiyetinin tekrar borçlu tarafından kazanılmayacağı açık olmadıkça, imkansızlık hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini belirtmenin ötesinde subjektif imkansızlığa uygulanacak rejim hakkında net bir fikir ortaya koymamaktadır (Oğuzman / Öz, sh. 427). Daha önce de belirtildiği üzere, yazar, kusurlu/kusursuz imkansızlık ayırımı üzerinde durmakta, ancak subjektif imkansızlığın kapsamı hakkında daha geniş bilgi vermemektedir.

⁷⁹ BK m. 98 / f. 2 gereğince, haksız fiillerden doğan sorumlulukla ilgili hükümler, kıyasen borca aykırılık nedeniyle doğan sorumluluğa da uygulanır.

⁸⁰ Oğuzman / Barlas, sh. 128.

⁸¹ Yarg. 11. HD, T. 21.3.2002, E. 2001/10782, K. 2002/2577.

da, söz konusu şirketin zorunlu dava arkadaşı olması gerektiğini belirtmiştir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Payscaleli sözleşmesine her ne kadar şirket taraf olabilse ve hatta şirket, sözleşmede öngörülen hakların kullanılmasında bildirim makamı olarak görevlendirse de, pay sahipleri sözleşmesinde alacak ve borç, sözleşmeye taraf olan şirket ortakları arasında doğar. Dolayısıyla davanın, şirketin dava arkadaşı yapılmadan, doğrudan pay sahipleri sözleşmesine taraf ve pay devri yapan ortaklara karşı açılması gerekir. Ancak bildirim makamının şirket olduğu hallerde, devri yapan taraflar bildirim pay sahipleri sözleşmesine uygun olarak şirkete yapmışlarsa, artık söz konusu bu ortakların sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu durumda, pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklanan "bildirim makamı borcunu" yerine getirmeyen şirketin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu halde de, diğer ortakların zorunlu dava arkadaşı yapılmasına gerek yoktur.

Yerel mahkemenin kararını incelediğimizde, mahkemenin önalım hakkının kullanılma süresi olarak, Medeni Kanun'un taşınmazlardaki önalım hakkının kullanılma süresini benimsediğini görmekteyiz. Bu husus tartışılabilir. Kanımızca, pay sahipleri sözleşmesinden doğan ve taşınmazlarda birlikte mülkiyet sebebiyle doğan önalım hakkı birbirinden tamamen farklı niteliktedir. Bu sebeple, taşınmazlar için öngörülen düzenleme, pay sahipleri sözleşmesinde doğrudan uygulanamayacağı gibi, bu hükümlerin kıyasen uygulanması halinde de, mahkemenin doğru bir düşünce silsilesi ortaya koyması gerekmektedir. Kararda bu çıkarsamanın arkasındaki mantığa ne yazık ki ulaşamadık.

Mahkeme kararında, davacının hisse senetlerinin bedelini davalılara ödemesi şartıyla, devre konu payların devrinin iptaline ve davacıya devrinin yapılmasına karar verilmiştir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanımızca, bir mahkeme bu şekilde şarta bağlı bir karar veremez. Bu karar, bir tespit kararı olmadığına göre, nasıl icra edilecektir? Üstelik daha önce de belirttiğimiz üzere, pay sahipleri sözleşmesi bir borçlandırıcı sözleşmedir ve sadece tarafları arasında alacak-borç doğurur. Bu sözleşmeye dayanarak üçüncü kişilere karşı bir talepte bulunulamaz. Oysa söz konusu kararda pay sahipleri sözleşmesinden hareket edilerek üçüncü kişilere karşı bir hüküm kurulmuştur. Kararın bu kısmının eleştiriye açık üçüncü noktası, Türk hukukunun, mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimsenin, malikin kaçınması halinde, mülkiyetin hükmen geçirilmesini hakimden isteyebileceğini düzenleyen tek hükmü, MK m. 716'da öngörülmüş olup bu hükmün uygulama alanı taşınmaz mülkiyeti ile sınırlıdır. Ne eşya hukukunda, ne ticaret hukukunda, ne de borçlar hukukunda bu hükme bir atıf bulunmaktadır. Bu hüküm bir istisna hükmüdür; diğer istisna hükümleri gibi, dar yorumlanmalı ve bu hükümden hareket edilerek kıyas yapılmamalıdır. Bu hüküm ancak öngörüldüğü taşınmaz mülkiyeti ile ilgili olarak uygulanabilecektir. Ne bu hükme dayanarak, ne de sanki bu hüküm Türk hukukunda, her türlü hak ile ilgili genel bir prensip ortaya koyuyormuşçasına bir yorum yapılabilir. Bu sebeplerle mahkeme, pay devrinin iptaline ve

daha sonra önalım hakkı sahibi lehine devrin kurulmasına hükmedemez; olsa olsa imkansızlaşan edim nedeniyle tazminat sorumluluğuna hükmedebilir.

Ele aldığımız bu karar, kanımızca teorik açıdan sağlam temellere dayanmamakla birlikte, uygulamada, paysahipleri sözleşmesi ile tanınan önalım hakkının, mahkeme kanahyla “güvence altına” alındığını; payın üçüncü kişiye devrinin iptal edilip paysahipleri sözleşmesinin alacaklısı tarafından – semeni mukabilinde – iktisap edilmesine olanak tanındığını göstermektedir.

C. Alım ve Satım Hakları

Alım ve satım hakları da birer yenilik doğuran haktır ve paysahipleri sözleşmesinde öngörülebilir. Bu haklar kullanıldığında, hakkı kullanan ile hakkın yöneldiği kişi arasında bir satım sözleşmesi kurulmuş olur. Yenilik doğuran hak tanınan kişi, bu hakkı, sözleşmede herhangi bir sınırlama bulunmadığı sürece dilediği anda kullanabilir. Özellikle şirkette iki ayrı fikrin eşit halde savunulması sebebiyle oluşan yönetim boşluğunda bu hak kullanılır⁸².

Ancak kanımızca, bu haklar pay devrini kısıtlamamaktadır. Pay devir kısıtlamasının anlamı, bizce, bir kişinin payım üçüncü kişiye devretmek isterken, bunu gerçekleştirememesinin hukuki nedenidir. Oysa alım ve satım haklarında, üçüncü bir kişiye yapılacak devir gündemde yokken bile, söz konusu hakkın kullanılmasında herhangi bir engel yoktur. Kanımızca, bu bir pay devir kısıtlaması değil, paysahipleri sözleşmesi ile getirilen, pay devir olanaklarından biridir⁸³. Bu sebeple, bu kurumları daha ayrıntılı olarak incelemeyeceğiz.

III. Paysahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları ve Bağlam

Çalışmamızın bu bölümünde esas sözleşme (bağlam) ve paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamalarını birlikte ele alacağız. Bu bölüm, iki alt bölümden oluşmaktadır: iki pay devrinin karşılaştırılması ve bu iki pay devrinin beraber kullanılması.

⁸² Okutan Nilsson, sh. 224; Yüksel, sh. 143, vd.

⁸³ Alım ve satım hakları, payını devretmek isteyen bir paysahibinin, bu tasarrufu yapacak veya yapmış olması ile ilgili olmadan kullanılabilir. Bu haklar, paysahipleri sözleşmesinin taraflarına, payı kimi hallerde devretme veya devralma zorunluluğu getirmektedir; ama payını üçüncü kişiye devretmek isteyen paysahibine bir sınırlama getirmemektedir. Getirilen bu kısıtlama payın devri değil, doğrudan pay üzerindedir. Bu halde, paysahibi, payını üçüncü kişiye devretme iradesinden bağımsız olarak, payı üzerinde genel bir sınırlamaya tâbi tutulmaktadır. Öte yandan bu sınırlamanın, aynı değil, bir borçlar hukuku sınırlaması olduğunu hatırlatmakta fayda buluyoruz.

A. Bağlamdan Farkları

Çalışmamızın özellikle ilk bölümünde, paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme arasında yaptığımız farklar, paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamaları ile bağlam arasındaki farkların temelini oluşturmaktadır⁸⁴.

1. Kaynağı

Bağlam, esas sözleşmede öngörülen pay devir kısıtlamasıdır. Paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamaları ise, bir borçlar hukuku sözleşmesinde öngörülmektedir.

Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Şirketin esas sözleşmesinde, paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamaları (öncelikli alım, önalım, alım gibi) öngörülmüş olabilir. Ancak bu hükümler, daha önce de açıklandığı üzere, birer esas sözleşme hükmü değil, paysahipleri sözleşmesi hükmü olarak değerlendirilecek ve sadece esas sözleşmeyi imzalayan taraflar (şirketin kurucu ortakları) arasında hüküm doğuracaktır.

Bu yönde bir hükmün sonradan esas sözleşmeye konması halinde, genel kurulda bu yönde oy veren kişiler, bu taahhütle herkesin bağlı olacağını düşünmektedir. Oysa getirilen düzenleme bir paysahipleri sözleşmesi niteliğinde olduğu için, sadece bu yönde oy veren kişileri bağlayacaktır. Bu durumda, lehte oy veren kişiler haksız yere bir taahhüt altına girmiş olmaktadır. Bu sebeple, karar oybirliğince alınmadıkça, pay devir kısıtlamasının bu şekilde getirilmesi halinde, doktrinde getirilen kısıtlamanın hüküm doğurmayacağı savunulmaktadır. Ancak, kimi paysahipleri arasında, paysahipleri sözleşmesi yapılarak (esas sözleşme değiştirilmeye çalışılmadan) bu yönde bir düzenlemenin öngörülmesinde bir engel yoktur.

2. İlişkinin Tarafları

Bu iki kısıtlamayı ileri sürebilecek kişilerle bu kısıtlamaların ileri sürülebileceği kişileri karşılaştıralım. Paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamaları, ancak paysahipleri sözleşmesinin bir tarafınca, başka bir tarafına karşı ileri sürülebilir; çünkü bu bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve sadece tarafları arasında hüküm doğurur. Oysa bağlam, şirketin yetkili organı tarafından, her yeni paysahibine karşı ileri sürülebilir. Bunun nedeni ise, esas sözleşmenin, bu sözleşmenin taraflarını değil, şirketi ve şirketin ortaklarını bağlamasıdır; çünkü bu bir ticaret hukuku sözleşmesidir ve şirketin örgütlenmesi ile ilgili hükümler ortaya koyar. Bu nedenle, kimi istisnalar dışında, doğrudan şirketin ortakları ile ilgili değil, "şirkette pay sahipliği statüsü" ile ilgili hükümler ortaya koyar. Bir başka deyişle, ortağın kişiliği ile ilgilenilmez; ortaklar, ancak payların sahibi olmakla, dolaylı olarak hak kazanılır.

⁸⁴ Bu yönde bir karşılaştırma için, ayrıca bkz. Bahtiyar, sh. 257.

3. Öngörülen Durum

Bir diğer fark, bu iki sınırlamanın konusu ile ilgilidir. Paysahipleri sözleşmesi ile getirilen sınırlama, bu sözleşmenin sahiplerine payları alma hakkı tanırken, bağlam hükümleri, diğer ortaklara böyle bir hak tanımaz. Aslına bakılırsa, paysahipleri sözleşmesinde bir kısıtlama değil, bir hak düzenlenmiştir (kısıtlama, hakkın kullanılmasından doğar). Bağlamda ise, bir hak değil, bir kısıtlama düzenlenmiştir. Ancak bu kısıtlamadan herhangi bir hak doğmamaktadır. Paysahipleri sözleşmesi ile öngörülen pay devir kısıtlamalarında, taraflara payları belli durumlarda alma hakkı tanınmaktadır (bu hak genel olarak bir yenilik doğuran hak şeklinde ortaya çıkmaktadır). Bağlamda ise, şirkete, paysahibinin yaptığı pay devrini pay defterine kaydetmeme hakkı tanınmıştır. Bu gerçek bir kısıtlamadır. Ancak, ne şirkete, ne de ortaklara payların alınması ile ilgili bir hak tanınmıştır⁸⁵.

4. Uygulanabilecek Hal

Paysahipleri sözleşmesi ile her türlü payın devri kısıtlanabilirken, bağlamın öngörülebilmesi için, devri kısıtlanan payların nama yazılı olması gerekir⁸⁶.

5. Yaptırım

Her iki kurumun yaptırımı farklıdır. Paysahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamalarında, bu kısıtlamaya uyulmadan pay bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde, bu devir geçerlidir ve hüküm doğurur, üçüncü kişi ortaklık payını kazanır ve normal bir paysahibi gibi şirkete karşı haklarını kullanır. Bu durumda, paysahipleri sözleşmesinin hükümlerini ihlal eden, payları devreden kişi, bu paylarla ilgili kimi haklar tanıdığı "alacaklı" paysahiplerine karşı girdiği taahhüdü ihlal etmiş olur. Bu bir borca aykırılık durumudur ve borçlu, doğurduğu zararı tazmin etmelidir. Sözleşmede ayrıca cezai şart da öngörülmüş olabilir. Bu halde cezai şart da yerine getirilmelidir.

Bağlamda ise, şirkete pay devrinin pay defterine yazılmaması hakkı tanınmıştır. Bu halde, Türk doktrininde kabul edilen bölünebilirlik teorisine göre, her ne kadar paylar, devralan tarafından iktisap edilmiş olsa bile, bu kişi paysahipliği sıfatını şirkete karşı kazanamaz. Dolayısıyla bu kişi, paysahipliğine bağlanan hakları şirkete karşı kullanamayacaktır⁸⁷.

⁸⁵ Bu ifadenin tek bir istisnası olduğu ileri sürülebilir: TTK m. 418 / f. 4. Ancak bu hükümde de, şirket ortaklarına, payları alma hakkı tanınmamakta, sadece maddede sayılan kişilerin payı iktisap etmesi halinde, payın devrinin pay defterine yazılması bir şarta tabi tutulmaktadır. Bu halde bile, söz konusu kişiler, payı, devri talep eden ortaklara devir etmek borcu altına girmezler.

⁸⁶ Yüksel, sh. 149. Yazar, bağlamın uygulanabileceği halleri, daha ayrıntılı olarak incelemiştir.

⁸⁷ Yüksel, sh. 150, vd.

Görüldüğü gibi, bağlamda yaptırım devralan ile ilgiliyken, pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamalarında, payı devreden yaptırımı tabi olur. Üstelik bağlamda devralan, en azından şirkete karşı payları devralmış kabul edilmezken, pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamasına rağmen payları devralan üçüncü kişi, devraldığı hakları hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan kullanabilmektedir.

B. Bağlamla Birlikte Uygulanması

Bir önceki alt bölümde de incelendiği üzere, pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamaları ile bağlam birbirinin yerini tutan değil, aksine birbirinden tamamen bağımsız iki kurumdur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu iki ilişkinin tarafları farklı kişilerdir (birinde şirket ortakları, diğesinde ise, pay sahipleri sözleşmesinin tarafları). Ancak bu farklı gruplar bir-biri ile çoğu durumda kesişmektedir. En azından şirketin kuruluşunu takip eden zamanda, bu iki grup tam anlamıyla kesişmektedir (pay sahipleri sözleşmesi tüm pay sahipleri ile beraber akdedildiği müddetçe). İşte bu iki farklı ilişkinin olası aynı tarafları, her iki kurumun da getirdiği kısıtlamalardan birlikte yararlanmak isteyebilirler; çünkü aksi halde özellikle pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamalarının etkisiz kalma olasılığı vardır⁸⁸. İşte bu bölümde, bu iki hukuki kurumun birlikte kullanılması halini inceleyeceğiz⁸⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamaları, bir kısıtlamadan çok, ilişkinin bir tarafına haklar, diğer tarafına da borçlar tanıyan bir ilişkidir (burada aslında her iki taraf da aynı kişilerden oluşmaktadır, aynı haklar ve borçlar her kişi için öngörülmüştür). Yukarıda da belirttiğimiz üzere, borçlunun borcuna uymaması halinde, alacaklı ancak zararının tazminini talep edebilecek, söz konusu devre engel olamayacaktır.

İşte alacaklının söz konusu devre engel olabilmesinin yolu, bu kısıtlamanın, gerçek bir kısıtlama olan bağlam ile güçlendirilmesidir. Pay sahipleri sözleşmesinin borçlusu, borcuna aykırı olarak payını üçüncü kişiye devretse bile, üçüncü kişinin, şirket esas sözleşmesinde bağlamın öngörülmüş olmasından dolayı, pay sahipliği hakkı, şirket tarafından pay defterine kaydedilmeyeceği için, şirkete karşı kullanılamayacaktır. Elbette söz konusu bu üçüncü kişi, bölünebilirlik teorisi gereğince ve pay sahipleri sözleşmesinin nisbi sonuçlar doğurmasından dolayı, payların sahibi olacaktır. Ancak bağlam yüzünden, bu payları gerçek anlamda kullanamayacaktır. Genel hayat düzeninde, hiçbir üçüncü kişi bu duruma düşmek istemeyecek, dolayısıyla bu iki kısıtlamaya rağmen, üçüncü kişinin payları alması çok istisnai hallerde

⁸⁸ Bu hükümlerin etkisiz kalmaması için cezai şart öngörülebilir.

⁸⁹ Bu noktadan sonra, her iki kurumun da, aynı kişilerce kullanılabilmesinden yola çıkıyoruz; bir başka deyişle, her iki kurumun da taraflarının farklılaşmadığı aşamadaki düzenle ilgili olarak çalışmamıza devam edeceğiz.

karşımıza çıkacak ya da devreden pay sahibi paylarını çok ucuza satmak zorunda kalacaktır. Oysa aynı kişi, paylarını çok daha uygun bir fiyata şirket ortaklarına satabilir. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmesinin ihlali, hem fiilen mantıksız olacaktır, hem de hukuken üçüncü kişi ortaklık paylarını kazansa bile, bu durumu şirkete karşı ileri süremeyecektir. Böylece, pay sahipleri sözleşmesi ile öngörülen sistem fiilen de bağlayıcı hale gelecektir.

Ancak bu durumda, şirket, öngörülen kısıtlamayı kötüye kullanabilir. Paylarını devretmek isteyen ortak, bir üçüncü kişi ile belli bir fiyatta anlaşmıştır. Ancak şirkette bağlam vardır. Şirketin pay sahipleri ise, üçüncü kişinin bağlam hükümlerinden dolayı, fiyat kıracağını, malikin ise bu fiyata mülkiyeti devretmeyeceğini biliyordur. Düşük fiyattan yapılacak bir satım sözleşmesinde ise, zaten şirket ortakları pay sahipleri sözleşmesinden doğan haklarını kullanmayı planlamaktadırlar. İşte bu halde, şirketten ayrılmak isteyen pay sahibi mağdur duruma düşecektir. Bu durumdan şu şekilde kurtulabilir: devri yapmak üzere üçüncü kişi ile anlaşan pay sahibi, pay sahipleri sözleşmesine uygun hareket ederek, yapacağı satım sözleşmesinde bedeli, diğer pay sahiplerine de bildirir. Onlardan cevap alamaması halinde, üçüncü kişiye paylarını devreder. Bu durumda şirketin bağlam hükümlerine dayanarak, üçüncü kişiyi pay defterine kaydetmemesi halinde ise, bağlamın konuluş amacının pay sahipleri sözleşmesini uygulamak olduğu, devreden bu sözleşmeye uygun hareket ettiği, herhangi bir teklif gelmemesi üzerine de paylarını üçüncü kişiye devrettiği ileri sürülüp mahkemeden üçüncü kişinin pay defterine kaydedilmesi istenebilir⁹⁰.

Çalışmamızda en son olarak da, pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen pay devir kısıtlamalarına uyulması amacıyla getirilen bağlamın nasıl getirileceğini inceleyeceğiz.

Bilindiği üzere, TTK m. 418 / f. 1'de, esas sözleşmede öngörülen sebeplere dayanarak, şirketin devir keyfiyetini pay defterine kayıttan imtina edebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu devir keyfiyetinin esas sözleşmede öngörülmesi mümkündür. Bu halde, pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen hakların uygulanması amacıyla ortağın satım teklifi yapmamasından dolayı bağlam hükümlerinin uygulanacağı ve bu halde kayıttan imtina edilebileceği düzenlenebilir. Açıkça, hangi halde kayıttan imtina edilebileceği şeklinde bir düzenleme benimsenebileceği gibi, esas sözleşmede pay sahipleri sözleşmesine yapılacak bir atıfla da bu hüküm düzenlenebilir. Ancak özellikle ilk halde şöyle bir sorun vardır. Bilindiği üzere, esas sözleşmede, ancak korporatif

⁹⁰ Pay sahipleri sözleşmesi şirketi bağlayan bir sözleşme değildir (şirketin de pay sahipleri sözleşmesine taraf olması hali dışında). Dolayısıyla, pay sahipleri sözleşmesine dayanarak, yönetim kurulu bu yönde bir karar almaya zorlanamaz. Kaldı ki, esas sözleşmede öngörülen bağlamda herhangi bir sebep gösterilmemişse, şirketin pay defterine kayıtlı ilgili bir takdir hakkı vardır. Öte yandan hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki veya şirketin pay sahiplerinin pay sahipleri sözleşmesini akdeden kişiler olduğu durumlarda, mahkeme kaydın yapılmasını emredebilecektir; Okutan Nilsson, sh. 395, vd.

konular düzenlenebilir. Oysa pay sahipleri sözleşmesinde yer verilen hususa burada da yer vermek, sanki bir borçlandırıcı işlemin esas sözleşmeye girdiği şeklinde değerlendirilebilir (bu şekilde yapılacak bir yorum kanımızca hatalı olacaktır; çünkü buradaki hüküm, bağlamın kullanılma şartları ile ilgilidir). Kanımızca hatalı da olsa, böyle bir riskten kaçınmak için, esas sözleşmede ya pay sahipleri sözleşmesindeki kısıtlamaya yapılacak atıfla yetilmeli, ya da TTK m. 418 / f. 2 gereğince bir sebep gösterilmemeli, ama pay sahipleri aralarında yapacakları bir işlemle, m. 418 gereğince konulan bağlamın nasıl uygulanacağını kararlaştırmalıdır⁹¹. Ancak son halde, tarafların bu yoruma sadık kalmaması halinde, esas sözleşmeye değil, sadece bir borçlandırıcı işleme aykırı hareket edilmiş olacaktır. Yine de belirtmek gerekir ki, bu yoruma aykırı hareket edilmesi sonucunda, pay defterine kayıttan imtina edilirse, menfaati olan kişiler, açacakları dava ile, söz konusu yorumun nasıl yapılacağını kanıtlamak suretiyle ve dürüstlük kuralına dayanarak, yönetim kurulunun (üyelerin pay sahipleri sözleşmesine taraf olmaları şartıyla) bu yorumla bağlı olduğunu ileri sürebilirler. Ancak pay sahipleri sözleşmesine taraf olmayan yönetim kurulu üyeleri, bu yorumla bağlı değildir.

Sonuç

Şirketler hukukunda, pay sahipleri sözleşmesi ile de pay devir kısıtlamaları öngörülebilir. Ancak bu hükümler, sadece taraflarını bağladığı gibi, ancak nisbi haklar yaratırlar. Dolayısıyla üçüncü kişilere karşı kural olarak ileri sürülemezler. İşte bu durumun yaratacağı sıkıntıların aşılması amacıyla, pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamaları, bağlam hükümleri ile beraber kullanılabilir. Bu sayede, iki kurumla yapılan kısıtlama, hem sözleşmesel, hem de korporatif sonuçlar doğuracağı için, çok daha etkin bir sınırlama sağlanmış olur. Pay sahipleri sözleşmesi ile öngörülen düzenin ve tanınan devir kısıtlamaları hallerinin güvence altına alınabilmesi için getirilebilecek bir diğer önlem, pay sahipleri sözleşmesinde cezai şartın öngörülmesidir. Böylece pay sahipleri sözleşmesini ihlal eden taraf, sadece verdiği zararını tazmin etmek durumunda kalmayacak, cezai şart ile öngörülen miktarın tamamını ödemek zorunda kalacaktır. Cezai şartın pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen hakların yaptırımı olarak öngörülmesi, bu sözleşmeye taraf olan ortakların, sözleşmeyi ihlal etmesinden caymasına neden olacaktır. Dolayısıyla cezai şartın, sözleşmenin ihlalinden cayılması konusunda bir fonksiyonu vardır.

Hukuken ihlalinin tazminat sorumluluğu doğurduğu pay sahipleri sözleşmelerine pratikte uyulmasının sağlanabilmesi için, kanaatimizce, hem esas sözleşmeye konulacak bağlam hükümleri ile birlikte bir pay devir kısıtlaması sistemi öngörülmesi (böylece devralan şirkete karşı pay sahibini sıfatını kazanamayacak, devir işlemi ancak taraflar arasında geçerli olacaktır), hem de sözleşmede cezai şartta yer verilmelidir. Bu çift koruma ile, pay sahipleri sözleşmesine riayet edilmesi sağlanabilecektir.

⁹¹ Fransız hukukunda da, bu yönde düzenlemeler geçerli kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Prat, sh. 221, vd.

Kaynakça

- Bahtiyar, Mehmet: Anonim Ortaklık Anasözleşmeleri, İstanbul 2001
- Barlas, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003
- Esin, İsmail G. / Lokmanhekim, S. Tunç: Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003
- Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar, C. 4, Bölüm 1, Eşya Hukuku (ZGB m. 680-701), Bern 1975
- Merle, Philippe: Droit commercial, Sociétés commerciales, 5. Bası, Paris 1996
- Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2007
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000
- Okutan Nilsson, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2003
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 10 Bası, İstanbul 2004
- Prat, Sébastien: Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, Paris 1992
- Ripert, Georges / Roblot, René: Droit Commercial, C. 1, 16. Bası, Paris 1996
- Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, Bölüm 1, 3. Bası, Ankara 1984
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993
- Teoman, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C.1 Hukuki Mütalâalar, Kitap 5, İstanbul 1995
- Wymeersch, Eddy: About Techniques of Regulating Companies in the European Union, Reforming Company and Takeover Law in Europe, Oxford 2004
- Yüksel, Sinan: Paysahipleri Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi

34755 Ataşehir - İstanbul