

2012

EYLÜL

4 AYDA BİR YAYIMLANIR



### **BAŞKAN'DAN**

**Av. Sema PEKDAŞ**

### **RAPOR**

CMK 250. Maddesi İle Görevli Mahkemeler  
Dosya Tarama Çalışması Sonuç Raporu ve Değerlendirme  
**Av. Özkan YÜCEL**

### **MAKALELER**

İdari Yargıdaki Değişim Sürecinin Baroların Dava Açma  
Ehliyetine Etkileri

**Av. Cem ALTIPARMAK**

Kamu İhalelerinde Temel İlkeler Aykırılık: "Özel Şartnameler"

**Av. E. Barış GÜLDOĞAN**

Adli Tatil veya Çalışmaya Ara Verme Zamanı ve Ödeme Emrine  
Yönelik İtiraz / İptal Davası Açılması Nasıl Uygulanacak?

**Dr. Mustafa ALPASLAN**

İstanbul Protokolü

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele  
veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve  
Belgelendirilmesi için Kılavuz

**Yrd. Doç. Dr. Özgür CAN - Ümit ÜNÜVAR**

### **HAKEMLİ MAKALE**

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Çerçevesinde  
Tehdit Suçunda Yer Alan "Sair Kötülük" Kavramı

**Av. M. Baran SELANİK**

### **YARGI KARARLARI**

İdari Bölüm

Hukuk Bölümü

YIL:77

3

İZMİR BAROSU DERGİSİ

# İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 77 • Eylül 2012 • Sayı: 3 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

## SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan  
Av. Sema PEKDAŞ

## YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Doğan ALPER

## YAYIN KURULU

Av. Alper UYAR  
Av. Anıl GÜLER  
Av. A. Haşim ÖZTÜRK  
Stj. Av. Cansu ANILAN  
Av. Gonca RONA  
Av. Hakan DİMDİK  
Av. M. Ertuğrul PERİM  
Av. Ozan BALIM  
Av. Özkan YÜCEL  
Av. Süleyman AKTAŞ  
Av. Z. Özen İNCİ

## DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Gazikent Üniversitesi Hukuk Fak. İdare Hukuku)  
Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI (İ.Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Prof. Dr. Ziya AKINCI (GSÜ Hukuk Fak. Devletler Özel Hukuku)  
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İ.Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)  
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Huk.)  
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU ( DEÜ Huk. Fakültesi Medeni Hukuk)  
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (DEÜ Huk. Fak. Vergi Hukuku)  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ (İstanbul Medipo Üniversitesi Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Huk.)  
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi Huk. Fak. Anayasa Hukuku)  
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (DEÜ Huk. Fak. Uluslararası Özel Hukuk ve AB Hukuku)  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (Kültür Ü. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (GSÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)  
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Melda SUR (DEÜ Huk. Fak. Devletler Umumi-İş ve Sosyal Güvenlik Huk.)  
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk)

Prof. Dr. Meltem DİK MEN CANIKLIOĞ LU (İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Anayasa Huk.)  
Doç. Dr. Mustafa ALP (DEÜ İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)  
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. B.Bahadır ERDEM (İ.Ü. Hukuk Fak. Devletlerarası Özel Hukuk)  
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Yaş ar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Prof. Dr. Mustafa SAKAL (DEÜ İİBF Maliye Bölümü)  
Prof. Dr. Şük ran ERTÜ RK (DEÜ Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)  
Prof. Dr. Meltem Kutlu GÜRSEL (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Prof. Dr. Yasemin İŞ İKTAÇ (İ.Ü Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)  
Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)  
Prof. Dr. Oğ uz SANCAKDAR (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN (İzmir Ekonomi Üniversitesi Medeni Hukuk)  
Yrd. Doç. Dr. Yaş ar Metin ÖZDEMİR (DEÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri)  
Yrd. Doç. Dr. Beş ir ACABEY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Doç. Dr. Hacı CAN (DEÜ Huk. Fak. Avrupa Birliğ i Hukuku)  
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Üniv. Huk. Fak. Medeni Hukuk)  
Doç. Dr. Sevtap METİN (İ.Ü Hu. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)  
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖG ÜTÇ Ü (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)  
Yrd. Doç. Dr. Tijen Dündar SEZER (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)  
Doç. Dr. Oğ uz Ş İMŞ EK (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)  
Doç. Dr. Gökçe Türkoğ lu ÖZDEMİR (İzmir Üniversitesi Huk. Fak. Roma Huk.)  
Doç. Dr. Ahmet TÜ RK (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku)  
Av. Talih UYAR

#### **YÖNETİM YERİ**

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No: 14

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

**e-posta:** yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

#### **BASIMA HAZIRLIK**

Ayna Reklam Yay. Org. San. Tic. Ltd. Şti.

1447 Sokak No: 6 D: 4 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 464 39 32 - 464 25 29

www.aynareklam.com

#### **BASILDIğ I YER**

Teknofset

5632 Sokak No: 26 Çamdibi / İZMİR

Tel: 0232 458 58 09 (pbx) Faks: 0232 458 54 04

#### **Basım Tarihi**

19 Ocak 2013

**İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır.  
Gönderilen yazılar, yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.  
Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğ u yoktur.**

# İçindekiler

Başkan'dan <b>Av. Sema PEKDAŞ</b> .....	7
--	---

## RAPOR

CMK 250. Maddesi İle Görevli Mahkemeler Dosya Tarama Çalışması Sonuç Raporu ve Değerlendirme <b>Av. Özkan YÜCEL</b> .....	9
---	---

## MAKALELER

İdari Yargıdaki Değişim Sürecinin Baroların Dava Açma Ehliyetine Etkileri <b>Av. Cem ALTIPARMAK</b> .....	51
---	----

Kamu İhalelerinde Temel İlkeler Aykırılık: "Özel Şartnameler" <b>Av. E. Barış GÜLDOĞAN</b> .....	65
--	----

Adli Tatil veya Çalışmaya Ara Verme Zamanı ve Ödeme Emrine Yönelik İtiraz/ İptal Davası Açılması Nasıl Uygulanacak? <b>Dr. Mustafa ALPASLAN</b> .....	87
--	----

İSTANBUL PROTOKOLÜ, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için Kılavuz <b>Yrd. Doç. Dr. Özgür CAN - Ümit ÜNÜVAR</b> .....	90
---	----

## HAKEMLİ MAKALE

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Tehdit Suçunda Yer Alan 'Sair Kötülük' Kavramı <b>Av. M. Baran SELANİK</b> .....	105
--	-----

## YARGI KARARLARI

<b>İdari Bölüm</b> .....	146
<b>Hukuk Bölümü</b> .....	158



## Yazı Günderecekler İçin Bilgi Notu

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.
2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında 12 punto (dipnot, kaynakça, zet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.
6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda n incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.
7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. nc hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları "**biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk**" yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının ha-

kem denetiminde olumlu sonuç alınmasına asla engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerektiğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.
9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.
10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.
11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.
12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.
13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlenmeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

# Başkan'dan

## ■ Sema PEKDAŞ\*

### Değerli Meslektaşlarım,

### Değerli Hukukçular,

Günümüzün baskın kültürünün hızlı ve yüzeysel yaşam akımı olduğunu biliyoruz. Bu akımdan hukukçuların etkilendiği de açık. Oysa hukukçular adalet için çalışırlar ve adalet için aklın ve vicdanın buluşması önemli. Bu çabada düşünmek, öğrenmek, bilmek, muhakeme etmek vazgeçilmezdir. Dolayısıyla hukukçular için araştırma, değerlendirme ve bir konu üzerinde yoğunlaşmanın önemi tartışılmaz. Bu çabaya katkı koyabilmek ve daha kapsamlı bir dergi çıkarabilmek amacıyla yılda üç sayı olarak yayınlanması hedeflenen dergimizin, 2012 yılının 3. sayısıyla yeniden sizlerle birlikteyiz.

Dergimizin bu sayısında; İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi tarafından CMK 250. maddesi ile görevli mahkemelerde görülen davalarla ilgili, çok sayıda avukat ve stajyer avukatla gerçekleştirilen tarama çalışmasının sonuçlarına ilişkin, "CMK 250. maddesi ile Görevli Mahkemeler Dosya Tarama Çalışması Sonuç Raporu" yer almıştır. Rapor çalışması **Av. Özkan YÜCEL** tarafından gerçekleştirilmiştir. Çalışmada yer alan İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezinde görev alan meslektaşlarımıza, incelenmek için dosyalarını çalışmaya sunan meslektaşlarımıza ve stajyerlerimize değerli katkılarından dolayı teşekkür ederiz.

---

\* Avukat, İzmir Barosu Başkanı



Ayrıca dergimizin bu sayısında,

**Av. Cem ALTIPARMAK** tarafından hazırlanan "İdari Yargıdaki Değişim Sürecinin Baroların Dava Açma Ehliyetine Etkileri " başlıklı, **Av. E. Barış GÜLDOĞAN** tarafından hazırlanan "Kamu İhalelerinde Temel İlkelerle Aykırılık: 'Özel Şartnameler'" başlıklı, **Dr. Mustafa ALPASLAN** tarafından hazırlanan, "Adli Tatil veya Çalışmaya Ara Verme Zamanı ve Ödeme Emrine Yönelik İtiraz / İptal Davası Açılması Nasıl Uygulanacak?" başlıklı,

**Yrd. Doç. Dr. Özgür CAN - Ümit ÜNÜVAR** tarafından hazırlanan "İstanbul Protokolü - İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için Kılavuz" başlıklı çalışmaları yer almaktadır.

Yine bu sayımızda **Av. M. Baran SELANİK** tarafından hazırlanan "Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Tehdit Suçunda Yer Alan 'Sair Kötülük' Kavramı" konulu hakemli makaleyi okuyabilirsiniz.

Bu sayımızda da makaleleri, yazıları, çeviri ve gönderdikleri yargı kararları ile katkı sunan yazarlarımıza teşekkür ediyoruz.

Dergimiz Baromuz üyesi yaklaşık 6500 avukata, diğer barolara, üniversitelere ve hukukla ilgili kurum ve kuruluşlara ücretsiz olarak ulaştırılmakta ayrıca İzmir Barosu web sitesinde yayınlanmaktadır. Önemli bir kaynak olabilmesi için çaba gösterilen İzmir Barosu Dergisinin tüm hukukçuların katkısıyla zenginleşeceği, gelişeceği inancındayız.

2013 yılı Mayıs ayı dergimizi "Türk Ticaret Kanunu Özel Sayısı" olarak yayınlamayı planlıyoruz. Bu konuda çalışmaları olan meslektaşlarımızın ve hukukçuların katkısı ile zenginleşecek dergimizin tüm hukukçulara daha yararlı olacağı açıktır. Dolayısıyla dergimize çalışmalarını gönderecek katkıda bulunacak tüm hukukçulara ve meslektaşlarımıza şimdiden teşekkürlerimizi sunmak isterim.

Yeni yayınlarımızda görüşmek üzere, iyi çalışmalar dilerim.

Saygılarımla.

## CMK 250. Maddesi İle Görevli Mahkemeler Dosya Tarama Çalışması Sonuç Raporu ve Değerlendirme\*

■ **Özkan YÜCEL\*\***

### GİRİŞ

CMK 250. maddesi uyarınca görevli savcılık ve mahkemelerin uygulamalarına ve bu uygulamaların yarattığı hak kayıplarına ilişkin bu güne kadar çok şey yazıldı ve söylendi. Akademisyenler ve hukukçular; “*özel yargılama usullerinin*” hukuka ve “*özel görevli savcılık ve mahkemelerin*” doğal yargıç ilkesine aykırı olduklarını, bu mahkemelerce verilen kısıtlama kararlarının, bu mahkemelerin delil toplama yöntemlerinin ve uzun tutukluluk sürelerinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği ve savunma hakkını ortadan kaldırdığını ileri sürerek bu mahkemelere karşı çıktılar.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu da Ekim/2010 Genel Kurulundan sonra, kanunla kurulmuş mahkemeler olmayan CMK 250. maddesi ile görevli/yetkili mahkemelerin kaldırılması gerektiğini savunarak bu yönde çalışmalara başlamıştır.

Bu amaçla kamuoyu oluşturmak için yuvarlak masa toplantıları, paneller ve başka birçok etkinlik gerçekleştirilmiştir.

2011 yılı Nisan ayında 57 Baro Başkanı ve Türkiye Barolar Birliği'nin imzaladığı İzmir Deklarasyonu yayımlanmış ve nihayet 5 Mayıs 2012 tarihinde İzmir'de tüm hukukçuların katılımını amaçlayan ve birçok baronun temsil edildiği veya destek verdiği ulusal çaplı bir miting düzenlenmiştir.

Bu çalışma özel görevli mahkeme ve savcılıkların uygulamalarını, dosyalara yansıyan '*hayatlar*' üzerinden inceleyerek bir rapor oluşturulması düşüncesiyle doğrudan mahkeme dosyaları üzerinde gerçekleştirilen bir çalışmadır. Ulaşılan ve aşağıda açıklayacağımız rakamlar ve değerlendirmeler tümüyle bu çalışmanın bir ürünüdür.

Bu çalışmanın tamamlanmasının üzerinden neredeyse iki yıl geçmiştir. Gerek rakamların hayatla örtüştürülmesi ve anlamlandırılması çabası ve gerekse

---

\* Bu araştırma İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi'nin komisyon üyeleri ve hukukçu çalışanı ile birlikte toplam 53 avukat ve stajyer avukat tarafından yapılmış ve İzmir Barosu üyesi Av. Özkan Yücel tarafından derlenerek değerlendirilmiştir.

\*\* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

aradan geçen zamanda CMK 250. maddesi ile görevli mahkeme ve savcılıkların kaldırılmasına yönelik yasama faaliyetleri nedeniyle bu çalışmanın sonuçları bu güne kadar kamuoyu ile paylaşılmamıştır.

Peki '*neden şimdi*' ?

Bugün, CMK 250. maddesi ile görevli mahkemelerin kaldırıldığı iddiası ile kamuoyu oyalanmaktadır. Bu iddia tam bir kandırmacadan ibarettir. Nitekim özel görevli bu mahkemeler 6352 sayılı “Yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesi amacıyla bazı kanunlarda değişiklik yapılması ve basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesi hakkında kanun”un geçici 2. madde hükmü uyarınca daha önce açılmış olan davaları ile ilgili davalarını halen sürdürmektedir. Öte yandan TMK 10. maddesi gereğince açılan davaların birleştirme kararları yoluyla CMK 250. maddesi ile görevli mahkemelere gönderilmekte olduğu da bir başka gerçektir. Kısacası bu mahkemeler hem yasa gereği fiili varlıklarını sürdürmekte hem de birleştirilen davalar nedeniyle bu mahkemelerin ömrü uzatılmaktadır. İşte tüm bu hususlar göz önüne alınarak bu çalışmanın sonuçları bugün dahi güncelliğini korumaktadır ve kamuoyu ile paylaşılmayı hak etmektedir.

Üstelik CMK 250. madde ile görevli mahkemelerin kaldırılmasına yönelik yasa değişikliği ile CMK 250. maddesi kapsamındaki suçlar aynen TMK 10. maddesine aktarılacak yoluyla esasen yalnızca isim değişikliği yapılmak yoluna gidilmiş ve soruşturma usulleri aynen korunmuştur. Değişen (!) tek şey “Özel Görevli Mahkemeler” yanında bir de “Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri” kurulması olmuştur. Bu suretle yargı sisteminde aynı nitelikteki suçlara bakan iki farklı yargı mercii oluşturulmuş ve yargıda iki başlılığa yol açılmıştır.

Bugün gelinen noktada söylenmesi gereken ise, özel görevli mahkemelerin hukuka aykırı uygulamalarının, uzun tutukluluk sürelerinin, özel soruşturma usullerinin aynen devam ettiği ve aslında bu olağanüstü soruşturma ve kovuşturma biçimine karşı çıkışın isim değiştirdiğidir. Haliyle olağanüstü yargılama usullerinin ve özel yargılama yöntemlerinin kaldırılması için mücadeleye devam edilmesi gerekmektedir.

## **I. AMAÇ VE YÖNTEM:**

İzmir Barosu Yönetim Kurulu CMK 250. maddesi ile görevli savcılık ve mahkemelerin normal zamanların olağan mahkemeleri olmadığını ve çoğu kez iktidarın ideolojik aygıtı gibi çalışan bu mahkemelerin kaldırılması gerektiğini birçok kez kamuoyu ile paylaşmıştır.

Bu anlayışın bir sonucu olarak İzmir barosu İnsan Hakları Merkezince CMK 250. maddesi uyarınca görevli savcılık ve mahkemelerce soruşturma ve

kovuşturma süreçlerinde delil toplama işlemleri, gerçekleştirdikleri uygulamalar ve bunların sonuçlarının tespiti konusunda doğrudan mahkemelerin dosyaları üzerinden bir çalışma yapılmasına ve ortaya çıkacak sonucun kamuoyu ile paylaşılmasına karar verilmiştir.

Söz konusu çalışma tamamen tesadüfi yöntemlerle seçilen 133 adet dosya üzerinde ve bu dosyalarda mevcut iddianemelerdeki bir numaralı sanıklar üzerinden gerçekleştirilmiştir. Buna göre incelenecek dosyaların esas numaraları belirlendikten sonra görevlendirmeler yapılmış ve araştırmacılar tarafından dosya incelenerek belli soruların yanıtlarının tespiti edilmesi istenmiştir.

Bu çalışmada İzmir Barosu İnsan Hakları Merkezi'nin komisyon üyeleri ve hukukçu çalışanları ile birlikte toplam 53 avukat ve stajyer avukat görev almıştır. (\*)

Çalışma 2006 - 2011 yılları arasında özel görevli savcılıklar tarafından soruşturması gerçekleştirilerek 250. madde ile görevli mahkemelerde görülmek üzere iddianame tanzim edilen toplam 133 dosya üzerinden gerçekleştirilmiştir.

Dosyaların yıllara göre dağılımı aşağıdaki tabloda (tablo 1) gösterilmiştir.

Toplam Dosya Sayısı	133		
Dosyaların Yıllara (Esas No) Göre Dağılımı	YIL	ADET	ORAN (%)
	2006	20	% 15,04
	2007	26	% 19,55
	2008	28	% 21,05
	2009	22	% 16,54
	2010	24	% 18,05
	2011	13	% 9,77

Tablo 1- Araştırmada incelenen dosyaların yıllara göre dağılımı

\* Stj. Av. Abdulmecit Yıldırım, Stj. Av. Ahmet Esad Berktaş, Stj. Av. Aypar Altuğ Eroğlu, Stj. Av. Can Okan Demirel, Stj. Av. Ceren Dikmenyıldız, Stj. Av. Emrah Avcı, Stj. Av. Emrah Dertli, Stj. Av. Erdem Manısalı, Stj. Av. Figen Erkal, Stj. Av. Gamze Elmacioğlu, Stj. Av. Gökçen Güven, Stj. Av. Handan Kılınçtırk, Stj. Av. Handan Küçük, Stj. Av. Hasan Kıran, Stj. Av. Hilmi Murat Özmen, Stj. Av. Hülya Cengiz, Stj. Av. İlke Eskicioğlu, Stj. Av. İsmail Yürük, Stj. Av. Kamil Yıldırım, Stj. Av. Mehmet Nesim Yıldırım, Stj. Av. Merve Durmazoğlu, Stj. Av. Merve Fidem Barut, Stj. Av. Muhammet Tuncer, Stj. Av. Murat Can İmre, Stj. Av. Musa Taçyıldız, Stj. Av. Mustafa Boğa, Stj. Av. Necati Serhat Uğurçekiç, Stj. Av. Neslihan Yüce, Stj. Av. Nevzat Tanboğa, Stj. Av. Nilay Meteriz, Stj. Av. Orçun Çelik, Stj. Av. Osman Altuğ Özgür, Stj. Av. Ömer Mallı, Stj. Av. Özden Atas, Stj. Av. Pelin Aktoprak, Stj. Av. Salih Sönmez, Stj. Av. Savaş Yürük, Stj. Av. Seçil Nergiz Karaman, Stj. Av. Serdar Şengün, Stj. Av. Serpil Koyuncu, Stj. Av. Sinan Can Konyalı, Stj. Av. Şerife Çelik, Stj. Av. Tubanur Eker, Stj. Av. Tuğba Erçetingöz, Stj. Av. Tuğçe Bayram, Stj. Av. Yasemin Arslan, Stj. Av. Yavuz Iskender Geredeli, Stj. Av. Yunus Alkan, Stj. Av. Zehra Dinçtoygur

Av. Zeynep Sedef Özdoğan, Av. Zehra Berrin Özer, Av. Mehmet Ali Tunçoğlu, Av. İlker Savran

Söz konusu araştırmada 12 ana başlıkta veri toplanmış ve bu veriler değerlendirilmeye tabi tutulmuştur. Buna göre incelenen dosyalarda yer alan,

- Kısıtlama kararları,
  - Dosyanın incelenmesine yönelik kısıtlama kararları,
  - Müdafî ile görüşmenin kısıtlanmasına ilişkin kararlar,
  - Kararların verilme zamanı,
  - Kısıtlamanın devam etme süresi,
  - Kısıtlamanın kaldırılma şekli,
- Arama kararları
  - Kararı veren merci,
  - Kararın gerekçesi,
  - Aramanın yapıldığı yer,
  - Aramaya katılan kişiler,
  - Bilgisayar kütüklerinde arama,
- Tutuklama kararları,
  - Kararların sayısı,
  - Kararların gerekçeli olup olmadığı,
  - Tutukluluğun kaldırılma zamanı,
  - Tutukluluğun kaldırılma şekli,
  - Tutuklulukta geçen süreler,
- Müdafî yardımı,
  - Müdafî yardımının hangi aşamada sağlandığı,
  - Müdafîlerin hangi işlemlere katıldığı,
- Teşhis
  - Teşhis işlemlerinin kim tarafından yapıldığı,
  - Yapılan teşhis işlemlerinde müdafî bulunup bulunmadığı,
- Yer gösterme,
  - İşlemleri gerçekleştirenler,
  - Cumhuriyet savcısının katılıp katılmadığı,
  - Müdafî bulunup bulunmadığı,
- İletişim tespiti,
  - Kararların gerekçesi,
  - Uzatma kararlarının gerekçesi,

- Hangi aşamada gerçekleştirildiği,
- Öncesinde delil bulunup bulunmadığı,
- Teknik takip,
  - Kararların gerekçesi,
  - Uzatma kararlarının gerekçesi,
  - Hangi aşamada gerçekleştirildiği,
  - Öncesinde delil bulunup bulunmadığı,
- Özel soruşturma yöntemleri ve delil toplama biçimleri,
  - Gizli tanık bulunup bulunmadığı,
  - Gizli soruşturmacı kullanılıp kullanılmadığı,
  - Dosyada ihbar mektubu bulunup bulunmadığı,
  - Varsa bu mektupların şahsi bilgi içerip içermediği,
- Cumhuriyet savcısının bizzat katıldığı işlemler,
  - Hangi soruşturma işlemlerini C. Savcılarının bizzat gerçekleştirdiği,
- İşkence iddiaları,
  - İddialar karşısında yapılan işlemler,
  - Soruşturma yapılıp yapılmadığı,
  - Re'sen yapılan işlem bulunup bulunmadığı,
- Yargılama sonucunda verilen kararlar
  - Mahkumiyet,
  - Beraat,
  - Diğer kararlar,

Açılardan değerlendirmeye tabi tutulmuş ve tüm başlıklar açısından oranlar tespit edilmiş ve inceleme konularında yıllara göre meydana gelen değişimler tespit edilmiştir.

Daha sonra elde edilen veriler tasnif edilmiş, öncelikle konu başlıkları açısından daha sonra ise bu tespitlerin ifade ettikleri sonuç açısından genel bir değerlendirme yapılmıştır.

## **II. ARAŞTIRMADA ELDE EDİLEN SONUÇLARIN KONU**

### **BAŞLIKLARINA GÖRE TASNİF EDİLMESİ**

#### **1. KISITLAMA KARARLARI YÖNÜNDEN TESPİTLER**

İncelemesi gerçekleştirilen 133 dosyadan 52 dosyada kısıtlama kararı verilmesi talebinde bulunulduğu, bu taleplerin 51 tanesinde talebin kabulüne karar verilerek dosyada kısıtlama kararı verildiği görülmüştür. Talebin reddedildiği dosya sayısı ise yalnızca 1 tane dir. (Tablo 2)

Dosya İnceleme Kısıtlaması Talebi Var mı?	Evet	52	% 39,1	Yıl	Yıldaki Top. Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Olduğu Yıldaki Oranı
				2006	20	1	% 5
2007	26	8	% 30,77				
2008	28	7	% 25				
2009	22	11	% 50				
2010	24	16	% 66,67				
2011	13	9	% 69,23				
Dosya İnceleme Kısıtlaması Talebi Varsa Sonucu	Kabul	51	% 38,35	Yıl	Yıldaki Top. Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Olduğu Yıldaki Oranı
				2006	20	1	% 5
2007	26	8	% 30,77				
2008	28	7	% 25				
2009	22	11	% 50				
2010	24	16	% 66,67				
2011	13	9	% 61,54				
Dosya İnceleme Kısıtlaması Talebi Varsa Sonucu	Red	1	% 0,75	Yıl	Yıldaki Top. Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Olduğu Yıldaki Oranı
				2011	13	1	% 7,69

Tablo 2: Dosya inceleme kısıtlaması talepleri ve sonuçlarının yıllara göre dağılımı

Yıllara göre değerlendirme yapıldığında ise 2006 yılında 20 dosyadan 1 tanesinde kısıtlama talep edildiği, talep oranının o yılda incelenen dosyalar karşısında %5 olduğu görülmüştür.

Sonraki yıllarda talep oranları artmaya başlamıştır. 2007 yılında 26 dosyadan 8 tanesinde (%30.77), 2008 yılında 28 dosyadan 7 tanesinde (% 25), 2009 yılında 22 dosyadan 11 tanesinde (%50), 2010 yılında 24 dosyadan 16 tanesinde (% 66,67) 2011 yılına gelindiğinde ise incelenen 13 dosyadan 9 tanesinde (% 69,23) kısıtlama kararı talep edilmiş olduğu tespit edilmiştir.

Görülebileceği üzere, soruşturma evresinde dosyalarda kısıtlama talepleri ve kısıtlama kararları her yıl sürekli olarak artış göstermektedir. 2006 yılında %5 olan oran 2011 yılına geldiğinde %69,23'e ulaşmıştır.

Özel görevli savcılıklar neredeyse her dosyada kısıtlama kararı verilmesini talep eder ve mahkemelerde bu talepleri kabul eder hale gelmiştir.

Üstelik savcılıkların kısıtlama talepleri mahkemelerce derhal karşılanırken aylarca süren soruşturmalarda ancak yasanın aradığı koşul gerçekleştiğinde yani iddianamenin kabulü kararıyla birlikte dosyalardaki kısıtlama kararları sona ermektedir. (Tablo 3)

Nitekim kısıtlama kararı verilen toplam 51 dosyadan yalnızca 1 tanesinde (% 0,75) kısıtlama kararı itiraz üzerine kaldırılmıştır. Kalan 50 dosyada ise kısıtlama kararının kaldırılması için iddianamenin kabulünün beklenmesi gerekmiştir. Bu oran ise (% 99.25)'dir. Kısıtlama kararı verilen hiçbir dosyada savcılık artık gerek kalmadığı düşüncesiyle kısıtlama kararının kaldırılması talebinde bulunmamıştır. Yani kısıtlama kararının resen kaldırılma oranı (%0)'dır. (Tablo 3)

Bu kadar kolay ve sık başvurulmuş kısıtlama kararlarının sona erme şekline ilişkin bu rakamlar da, durumun vehametini artırmaktadır. Araştırma göstermiştir ki, soruşturmaları aylarca süren dosyalarda bile kısıtlama kararları iddianamenin kabulü anına kadar sürmektedir. (Tablo 3)

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım				
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
Dosya İnceleme Kısıtlamasının Kaldırılma Şekli	İtiraz Üzerine	1	% 0,75	2008	28	1	% 0,75	% 3,57
Dosya İnceleme Kısıtlamasının Kaldırılma Şekli	Resen	0	% 0					
Dosya İnceleme Kısıtlamasının Kaldırılma Şekli	İddianamenin Kabulü İle	50	% 37,59	2006	20	1	% 0,75	% 5
				2007	26	8	% 6,02	% 30,77
				2008	28	6	% 4,51	% 21,43
				2009	22	11	% 8,27	% 50
				2010	24	16	% 12,03	% 66,67
				2011	13	8	% 6,02	% 61,54

Tablo 3: Dosya inceleme kısıtlama kararlarının kaldırılma biçimi

Savunma hakkının olmazsa olmazlarından biri olan dosya incelenmesi hakkı bu şekilde kısıtlamaya tabi tutulurken, savunma hakkının bir başka olmazsa olmazı olan müdafî yardımından yararlanma hakkının da bu soruşturmalar sırasında sıkça engellendiği ortaya çıkmıştır. Nitekim incelemeye konu edilen 133 dosyanın 18 tanesinde (% 13.53) müdafî görüşmesinin kısıtlanmasına karar verilmesinin talep edildiği bu taleplerin 17 tanesinin ise (94.44) mahkemelerce kabul edildiği anlaşılmıştır. (Tablo 4)

Söz konusu kısıtlama kararlarının nasıl kaldırıldığı yönünden de inceleme yapılmış ve bu incelemenin sonuçlarına göre müdafî ile şüphelinin görüşmelerine ilişkin kısıtlama kararı verilen 17 dosyada verilen bu kararların tümünün



Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım				
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
Müdafi Görüşme Kısıtlaması Talebi Var mı ?	Evet	18	% 13,53	2007	26	3	% 2,26	% 11,54
				2008	28	2	% 1,5	% 7,14
				2009	22	4	% 3,01	% 18,18
				2010	24	6	% 4,51	% 25
				2011	13	3	% 2,26	% 23,08
Müdafi Görüşme Kısıtlaması Talebi Varsa <input type="checkbox"/> Evet <input type="checkbox"/> Hayır	<input type="checkbox"/> Evet <input type="checkbox"/> Hayır	17	% 12,78	2007	26	3	% 2,26	% 11,54
				2008	28	2	% 1,5	% 7,14
				2009	22	4	% 3,01	% 18,18
				2010	24	6	% 4,51	% 25
				2011	13	2	% 1,5	% 15,38

Tablo 4: Şüpheli - Müdafî görüşmesinin kısıtlanmasına ilişkin taleplerin yıllara göre dağılımı

ancak 24 saatlik sürenin dolması üzerine kendiliğinden kalkmış olduğu anlaşılmıştır. (Tablo 5)

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Müdafi Görüşme Kısıtlaması Talebi Varsa Sonucu	Red	1	% 0,75	2011	13	1	% 7,69
Müdafi Görüşme Kısıtlamasının Kaldırılma Şekli	İtiraz Üzerine	0	% 0				
Müdafi Görüşme Kısıtlamasının Kaldırılma Şekli	Resen	0	% 0				
Müdafi Görüşme Kısıtlamasının Kaldırılma Şekli	Sürenin Dolması ile	17	% 12,78	2007	26	3	% 11,54
				2008	28	2	% 7,14
				2009	22	4	% 18,18
				2010	24	6	% 25
				2011	13	2	% 15,38

Tablo 5: Müdafî-Şüpheli görüşmesinin kısıtlanması kararlarının nasıl kalktığı

Bu rakamlar da göstermektedir ki; son dönemde özel görevli savcılıkları neredeyse her 4 dosyadan 3 tanesinde kısıtlama kararı verilmesini talep etmek-te ve bu talepler de kabul edilmektedir.

Bir başka sonuç ise 2006 yılından 2011 yılına kadarki beş yıllık süreçte savcılıkların kısıtlama kararı verilmesi yönündeki taleplerinden yalnızca bir tanesinin reddedildiğidir.

Ortaya çıkan sonuç gerçekten ürkütücüdür. Zira soruşturması devam eden her dört dosyadan neredeyse 3 tanesinde kısıtlama talep edilmekte ve bu talepler istisnasız yerine getirilmektedir.

Bu da göstermektedir ki, hukukilik denetimi amacıyla getirilen sistem işle-memekte ve savcılıkların talep etmesi halinde bu talepler üzerinde yeterli in-celeme ve değerlendirme yapılmaksızın talepler kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kısıtlama kararlarının hakim tarafından verilmesi gerektiğine ilişkin CMK 153. madde hükmü tamamen şekli bir unsur haline gelmiştir.

Kısıtlama kararlarının tutuklama kararı verilen dosyalarla birlikte değ-erlendirilmesinde ise kısıtlama kararı verilen tüm dosyalarda aynı zamanda tu-tuklama kararlarının da verildiği görülmektedir. Yani, diğer bir söylemle kı-sıtlama kararı verilmiş olduğu için dosyayı inceleme olanağı bulamayan ve bu nedenle dosyadaki deliller hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmayan şüphelilerden savunma yapmaları beklenmektedir. Hakkındaki aleyhe delilleri inceleme olanağına sahip olamayan ve bu delillere karşı lehe delillerini ileri sürme haklarını kullanamayan şüpheliler tutuklanmaktadır. Bu durum silahla-rın eşitliği ve adil yargılanma hakkı dahil olmak üzere bir çok ceza yargılaması ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

Peki soruşturmanın devamı için zorunlu olması beklenen, yani delillerin sağlıklı toplanması amacını güden kısıtlama kararlarının verilmesinden sonra dosyaya ne oranda delil girmektedir? Beklenen odur ki, kısıtlama kararı veril-mesinden sonra çok sayıda delil toplansın ve dosya kısıtlama kararından sonra tekemmül ettirilmiş olsun. Oysa ortaya çıkan rakamlar durumun hiç de öyle olmadığını göstermektedir.

Kısıtlama kararlarının gerekçesi soruşturmanın sağlıklı biçimde yürütüle-bilmesi iken tüm delillerin toplanmış olması nedeniyle iddianame yazımına başlandığı anda bile kısıtlama kararlarının kaldırılmayarak iddianamenin ka-bulünün beklenmesi kısıtlama kararların verilmesi ve uygulanmasındaki key-filiğin ayrı bir göstergesidir.

Soruşturma evresinde dosya incelenmesinin ve dosyadan evrak alınması-nın kısıtlanması, şüpheli ile müdafinin görüşme hakkının kısıtlanması demek, bu dosyalarda savunma hakkının kullanılmasının önüne geçmek, adil yargılan-ma hakkını ihlal etmek demektir.

## **2. ARAMA KARAR VE İŞLEMLERİ YÖNÜNDEN TESPİTLER**

İncelenen 133 dosyanın 103 tanesinde arama kararı verilmiştir. (Tablo 6) Arama kararı verilen dosyaların tüm dosyalara oranı %77,44'tür. Söz konusu dosyaların yıllara göre dağılımına ve o yıllar itibarıyla incelenen dosyaların oranına bakıldığında ortaya çıkan sonuç şöyledir.

2006 yılında arama kararı verilen dosyaların incelenen dosyalara oranı

%70 iken bu oran yıllar içerisinde sürekli olarak artmış ve 2011 yılına gelindiğinde arama yapılan dosya sayısının incelenen dosyalara oranı %84.62'ye kadar çıkmıştır. Yani 2011 yılında incelenen her 5 dosyadan 4 tanesinde arama işlemine başvurulmuştur.

Kriterlere Uyan Dosyaların Yıllara Göre Dağılımı	YIL	İNCELENEN DOSYA SAYISI	UYGUN DOSYA SAYISI	AYNI YILDAKİ DOSYALARA ORANI
	2006	20	14	% 70,00
	2007	26	21	% 80,77
	2008	28	22	% 78,57
	2009	22	18	% 81,82
	2010	24	20	% 83,33
	2011	13	8	% 84,62

Tablo 6- Arama kararı verilen dosyaların yıllara göre dağılımı

Verilen bu arama kararlarının bir kısmında şüpheliye ait ev ve işyerleri ile üçüncü kişilere ait yerlerin aranmasına ilişkin tek bir karar olduğu ve 103 dosyada verilen karar ile 78'si konut 22'si işyeri ve 28'i de üçüncü kişilere ait yerler olmak üzere toplamda 128 ayrı yerde arama işlemi uygulanmıştır. (Tablo 7)

Arama Yapılan Yer	Konut	78	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Yıldaki uygun Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2006	20	14	10	% 50
			2007	26	21	17	% 65,38
			2008	28	22	17	% 60,71
			2009	22	18	11	% 50
			2010	24	20	16	% 66,67
			2011	13	8	7	% 53,85
Arama Yapılan Yer	İşyeri	22	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2006	20	14	2	% 10
			2007	26	21	4	% 15,38
			2008	28	22	2	% 7,14
			2009	22	18	5	% 22,73
			2010	24	20	7	% 29,17
			2011	13	8	2	% 15,38
Arama Yapılan Yer	3. Kişilere ait yer	28	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2006	20	14	4	% 20
			2007	26	21	4	% 15,38
			2008	28	22	8	% 28,57
			2009	22	18	5	% 22,73
			2010	24	20	5	% 20,83
			2011	13	8	2	% 15,38

Tablo 7: Arama kararlarının birden çok yerde uygulandığı dosya sayısı

Yıllara göre değerlendirme yapıldığında ise birden fazla yere ilişkin verilen arama kararları ile

- 2006 yılında 14 dosyada toplam 16 yerde,
- 2007 yılında 21 dosyada toplam 25 yerde,
- 2008 yılında 22 dosyada toplam 26 yerde,
- 2009 yılında 18 dosyada toplam 21 yerde,
- 2010 yılında 20 dosyada 28 yerde,
- 2011 yılında ise 8 dosyada toplam 11 yerde arama yapıldığı anlaşılmıştır.

Bu durum 2006 yılında yalnızca %14,28 olan aynı anda birden çok yerde arama yapılmasına olanak veren kararların sayısının 2010 ve 2011 yılları içerisinde birdenbire arttığını, 2006 - 2009 yılları arasında %20'yi aşmayan oranın 2010 ve 2011 yıllarında birdenbire iki katın üzerinde artarak (2007 yılında oranın %18.04, 2008 yılında % 15.38, 2009 yılında % 16.66) 2010 yılında %40, 2011 yılına gelindiğinde ise %37.50 olarak gerçekleştiğini göstermektedir. (Tablo 8)

Arama işleminin toplam sayısı	Yıl	Arama kararı verilen dosya sayısı	Toplam arama uygulaması sayısı	Ait Olduğu Yıldaki Oranı
	2006	14	16	<b>% 14.28</b>
	2007	21	25	<b>% 18.04</b>
	2008	22	26	<b>% 15.38</b>
	2009	18	21	<b>% 16.66</b>
	2010	20	28	<b>% 40</b>
	2011	8	11	<b>% 37.50</b>

Tablo 8: Aynı kararlar birden çok yerde arama yapılma oranları

Bu artışı anlayabilmek mümkün değildir. CMK 116. maddesine göre arama şüpheli veya sanığın “yakalanabileceği” veya “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe” bulunmasına bağlıdır. Bu koşullar altında aynı anda birçok yerde arama yapılabilmesi için tüm yerlerdeki aramalarda elde edilmesi umulan suç delillerinin nelerden ibaret olduğu ve bu konudaki makul şüphe sebeplerinin ortaya konulması gerekirken bu değerlendirmenin hiçbir zaman yapılmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü araştırmanın ortaya çıkardığı sonuçta göre arama taleplerinin gerekçeleri birbirini tekrar eder mahiyettedir. Ve talepler aynı gerekçeler tekrar edilmek suretiyle kabul edilmiştir.

Bu artış gerek kısıtlama kararları ve gerekse tutuklama kararları ile birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç manidardır. Ortak değerlendirme son

yıllarda yapılan soruşturmalarda bu işlem ve kararlara önceki yıllara oranla çok daha fazla başvurulduğunu göstermektedir.

Gerek Anayasa'nın 20 ve 21. maddeleri ve gerekse CMK.'nın 119. maddesi uyarınca arama kararını vermek yetkisi öncelikle hakime tanınmış bir yetkidir. Diğer arama işlemleri istisna mahiyetindedir ve ancak hakim kararı alınmanın mümkün olmadığı hallerde mümkündür.

Söz konusu arama kararları kararı veren merci yönünden de değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu değerlendirmeye göre toplam 103 arama kararının 58 tanesinin (%56,31) hakim tarafından verildiği tespit edilmiştir. Kalan 45 dosyada ise aramaya ilişkin hakim kararının bulunmadığı anlaşılmıştır. 30 tanesinde (%29.13) C. Savcılığının yazılı emriyle, geriye kalan 15 tanesinde (%14.56) ise kolluk amirinin emriyle gerçekleştirildiği görülmektedir. Yani kısaca arama işlemlerinin neredeyse yarısına yakını hakim kararına dayanmakta, yapılan işlemler sonradan hakim onayına sunulmaktadır. (Tablo 9)

Arama Kararını Veren Mercii	Hakim	58	% 56,31	Yıl	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	14	4	% 20
				2007	21	12	% 46,15
				2008	22	11	% 39,29
				2009	18	8	% 36,36
				2010	20	18	% 75
				2011	8	5	% 38,46
Arama Kararını Veren Mercii	Savcılık	30	% 29.13	Yıl	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	14	8	% 40
				2007	21	7	% 26,92
				2008	22	8	% 28,57
				2009	18	4	% 18,18
				2010	20	1	% 4,17
				2011	8	2	% 15,38
Arama Kararını Veren Mercii	Kolluk amiri	15	% 14.56	Yıl	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	14	2	% 14,28
				2007	21	2	% 9,52
				2008	22	3	% 13,64
				2009	18	6	% 33,33
				2010	20	1	% 5
				2011	8	1	% 12,5

Tablo 9: Arama kararını veren merci yönünden yıllara göre dağılım

Özellikle Cumhuriyet savcılığının yazılı emriyle yapılan arama işlemlerinde hakim kararı alınmamış olması anlaşılabilir değildir. Hakimle savcının aynı adliye binası içerisinde ve hatta bazen yan yana odalarda oldukları düşünüldüğünde, savcılık tarafından kendisine ulaşan arama taleplerini hakime gönderememiş olmasını anlamak mümkün değildir. Bu tür arama emirlerinde

matbu olarak “*gecikmesinde sakınca bulunduğu*”nun ileri sürüldüğü ancak sakınca oluşturan halin ne olduğunun açıklanmadığı da bir başka vakıadır. Yine, Cumhuriyet savcısına dahi ulaşılamadığı gerekçesiyle kolluk amiri tarafından verilen yazılı emirle arama yapılabilmesini de anlamak mümkün değildir. Bugünkü teknolojik koşullarda Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığının ileri sürülüyor olması hele de gözaltı kararı dahil bir çok savcılık talimatının da faksla alındığı göz önüne alındığında en azından Cumhuriyet savcılığında yazılı emir alınmadığının ileri sürülmesi ve neredeyse 5 arama işleminden 1 tanesinin bu yöntemle kolluk tarafından gerçekleştiriliyor olmasının kabul edilmesi de mümkün değildir.

Arama tedbirine ilişkin düzenlemeler, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi birçok hakkı yakından ilgilendirmektedir. Dolayısıyla uygulamada karşımıza çıkan bu rakamlar göstermektedir ki, yasanın sıkı kurallara bağladığı bu delil toplama yönteminin -yaklaşık yarısı- hukukilik denetiminden uzak gerçekleştirilmektedir. Bunun yasayı dolanmak anlamına geldiğinde şüphe yoktur.

Aramada hazır bulunanlar yönünden yapılan değerlendirmede ise konutta yapılmış olan toplam 78 aramanın yalnızca bir tanesinde C. Savcısının hazır bulunduğu görülmüştür. Yine bu aramaların ancak 5 tanesinde müdafinin hazır bulunduğu anlaşılmıştır. Kamu tanıkları ise 78 konut aramasının yalnızca 47 tanesinde hazır bulunmuştur. (Tablo 10)

Arama Yapılan Yer	Konut	78	% 75.73	Yıl		Uygun	
				Adet	Adet		
				2006		10	
				2007		17	
				2008		17	
				2009		11	
				2010		16	
				2011		7	
Konut Aramasında Hazır Bulunanlar	Kamu Tanığı	47	% 60.25	Yıl	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	10	8	% 40
				2007	17	10	% 38,46
				2008	17	9	% 32,14
				2009	11	7	% 31,82
				2010	16	7	% 29,17
				2011	7	6	% 46,15
Konut Aramasında Hazır Bulunanlar	Müdafii	5	% 3,76	Yıl	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2007	21	1	% 4.76
				2008	22	1	% 4.54
				2009	18	2	% 11.11
				2010	20	1	% 5
				2011	8	-	% 0
Konut Aramasında Hazır Bulunanlar	Savcı	1	% 0,75	Yıl	Yıldaki Toplam Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2010	8	1	% 4,17

Tablo 10: Konut aramasında hazır bulunanlar yönünden yıllara göre dağılım

Aramada hazır bulunanlar yönünden işyeri aramaları değerlendirildiğinde ise toplam 22 işyerinde arama yapıldığı, bu aramalarda C. Savcılarının hiç hazır bulunmadığı, aramaların yalnızca 3 tanesinde müdafî bulunduğu ve kamu tanıklarının ise 12 aramada hazır bulunduğu anlaşılmıştır. (Tablo 11)

Arama Yapılan Yer	İşyeri	22	Yıl	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı	
			2006	2	% 10	
			2007	4	% 15,38	
			2008	2	% 7,14	
			2009	5	% 22,73	
			2010	7	% 29,17	
			2011	2	% 15,38	
İşyeri Aramasında Hazır Bulunanlar	Kamu Tanığı	12	Yıl	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2006	14	1	% 5
			2007	21	1	% 3,85
			2008	22	1	% 3,57
			2009	18	3	% 13,64
			2010	20	4	% 16,67
			2011	8	2	% 15,38
İşyeri Aramasında Hazır Bulunanlar	Müdafî	3	Yıl	Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2006	14		
			2007	21		
			2008	22	1	% 3,57
			2009	18	2	% 9,09
			2010	20		
			2011	8		
İşyeri Aramasında Hazır Bulunanlar	Savcı	1	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2010	24	1	% 4,17

Tablo 11: İşyeri aramasında hazır bulunanlar yönünden yıllara göre dağılım

Konut, işyeri veya diğer kapalı alanlarda aramada C. savcısının aramada hazır bulunması asıldır (CMK 119/4). C. savcısının hazır bulunmadığı anlarda ise kamu tanıklarının hazır bulunmasının sağlanması gerekir. Oysa araştırma yapılan dosyalarda gerçekleştirilen toplam 128 arama işleminin yalnızca 1 tanesinde C. savcısının hazır bulunması yasada belirlenen koşulların asla yerine getirilmediği ve özel yetkili/görevli C.savcılarının soruşturma işlemlerini tü-müyle kolluğun inisiyatifine terk ettiğinin bir başka göstergesidir.

Keza savcının bulunmadığı durumlarda mutlaka bulunması gereken işlem şahitleri ise toplam 128 aramanın 90 tanesine katıldıkları geriye kalan 38 adet arama işlemi sırasında ne C. savcısının ne de kamu tanıklarının hazır bulunmadıkları anlaşılmıştır.

Araştırmanın ortaya çıkardığı diğer bir sonuç ise müdafilerin söz konusu işlemlere katılımları açısından dır.

İlginç olan bir başka sonuç ise toplam 128 arama işleminin yalnızca 8 tanesinde müdafî bulunduğudur. İncelenen dosyalar içerisinde 78 adet konut aramasının yalnızca 5 tanesinde, 22 adet işyeri aramasının ise yalnızca 3 tanesinde müdafilerin hazır bulunduğu görülmektedir.

Sonuçlar içerisinde en ilginç olanı ise 2011 yılında incelenen 13 dosyanın hiçbirinde yapılan arama esnasında müdafî bulunmadığıdır.

Yine incelenen dosyalar içerisinde toplam 16 dosyada aynı zamanda bilgisayar kütüklerinde de arama işlemi de gerçekleştirilmiştir. (Tablo 12)

Söz konusu aramaların yıllara göre dağılımı şöyledir. 2006 yılında incelenen 20 dosyadan hiçbirinde (% 0) bilgisayar kütüklerinde arama yapılmamış olduğu tespit edilmiştir. 2007 yılında 26 dosya içerisinde 4 (% 15.38), 2008 yılında 28 dosya içerisinde 2 (%7.14), 2009 yılında 22 dosya içerisinde 2 (%9.09), 2010 yılında 24 dosya içerisinde 5 (% 20.83), 2011 yılında ise 13 dosya içerisinde 3 dosyada (%23.08) bilgisayar kütüklerinde arama yapılmış olduğu görülmektedir.

Bilgisayar kütüklerinde yapılan aramalar yönünden de 2006 yılında %0 olan oranın yıllar içerisinde artarak nihayet 2010 ve 2011 yıllarına geldiğinde %20'nin üzerine çıktığı görülmektedir. (Tablo 12)

CMK 134. madde hükmüne göre bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama kopyalama ve el koyma (bilgisayarda arama) yapılabilmesinin temel koşulu “*başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması*”dır. Oysa incelenen dosyalardaki tüm bilgisayar aramaları aynı zamanda konut ya da işyeri araması ile birlikte gerçekleştirilmiştir. Bu durum iki yönüyle yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Öncelikle, CMK 116. maddesine göre şüpheli ve sanıkla ilgili yapılacak aramada bir kısım delillere ulaşılabacağı yönünde makul şüphe bulunması halinde bu aramalardan delil elde edileceği düşünüldüğü varsayılacağından ve aramada gerçekten de başka delil elde edilmiş olması halinde artık “*başka türlü delil elde edilemeyeceğinden*” söz etmek mümkün olmayacağı için bilgisayarda arama yapılamayacaktır.

İkinci olarak ise, eğer CMK 116. madde uyarınca yapılacak aramadan delil elde edilemeyeceği düşüncesiyle bilgisayar araması kararı verilmişse bu durumda da 116. madde uyarınca verilen arama kararında hukuka uygunluk yok demektir ve bu aramanın gerçekleştirilmemesi gerekir.

Sonuç olarak; neresinden bakılırsa bakılsın konut veya işyeri araması bitirilmeksizin verilen bilgisayarda arama kararları hukuka aykırı olacaktır. Ancak bu gün uygulama, yasanın lafzını tamamen açacak şekilde ve hukuka aykırı olarak aynı anda birçok delil toplama yönteminin uygulandığı bir yola girmiştir.



Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Yıllara Göre Dağılım			
			Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (Konut için)	Var	16	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2007	26	4	% 15,38
			2008	28	2	% 7,14
			2009	22	2	% 9,09
			2010	24	5	% 20,83
2011	13	3	% 23,08			
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (Konut için)	Konutta	6	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2007	26	2	% 7,69
			2009	22	1	% 4,55
			2010	24	3	% 12,5
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (Konut için)	Kollukta	11	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2007	26	2	% 7,69
			2008	28	2	% 7,14
			2009	22	1	% 4,55
			2010	24	3	% 12,5
			2011	13	3	% 23,08
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (İşyeri için)	Var	8	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2007	26	1	% 3,85
			2009	22	3	% 13,64
			2010	24	4	% 16,67
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (İşyeri için)	Konutta	3	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2009	22	2	% 9,09
			2010	24	1	% 4,17
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (İşyeri için)	Kollukta	5	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2007	26	1	% 3,85
			2009	22	1	% 4,55
			2010	24	3	% 12,5
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (3. Kişilere ait yer için)	Var	4	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2010	24	3	% 12,5
			2011	13	1	% 7,69
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (3. Kişilere ait yer için)	Konutta	1	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2010	24	1	% 4,17
Bilgisayar Kütüklerinde Arama (3. Kişilere ait yer için)	Kollukta	4	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
			2010	24	3	% 12,5
			2011	13	1	% 7,69

Tablo 12: Bilgisayar kütüklerinde arama işlemlerinin yıllara göre dağılımı

### 3. TUTUKLAMA KARARLARI VE TUTUKLULUKTA GEÇEN SÜRE YÖNÜNDE TESPİTLER

2006 - 2011 yılları arasında incelemeye konu edilen toplamda 133 adet dosyanın 108 adedinde tutuklama tedbirine başvurulmuş olduğu tespit edilmiştir. Bu sayı incelenen toplam dosya sayısının %81,2'sine tekabül etmektedir. (Tablo 13) Tutuklama kararı verilen dosyaların oranı yıllar içerisinde %75 - %95 aralığında seyretmektedir. Bir başka deyişle özel görevli savcılıklarca yürütülen soruşturmalarda her 4 şüpheliden en az 3'ü tutuklanmaktadır.

Toplam Dosya Sayısı	<b>133</b>				
Tutuklama kararı verilen Dosya Sayısı	<b>108</b>				
Kriterlere Uyan Dosya Sayısının Toplam Dosya Sayısına Oranı	<b>% 81,2</b>				
Kriterlere Uyan Dosyaların Yıllara Göre Dağılımı	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Adet	Uygun Dosyalara Oranı	Tüm Dosyalara Oranı
	2006	20	16	% 14,81	% 12,03
	2007	26	21	% 19,44	% 15,79
	2008	28	21	% 19,44	% 15,79
	2009	22	21	% 19,44	% 15,79
	2010	24	19	% 17,59	% 14,29
	2011	13	10	% 9,26	% 7,52

Tablo 13: Tutuklama kararı verilen dosyaların yıllara göre dağılımı

Yıllara göre incelendiğinde ise incelenen dosyalardan 2006 yılında ait olan 20 dosyadan 16 tanesinde tutuklama tedbirinin uygulanmış olduğu böylece 2006 yılına dosyalarda oranın %80 olarak oluştuğu anlaşılmaktadır.

2007 yılında 26 dosyada 21 (% 80.76) , 2008 yılında 28 dosyada (% 75), 2009 yılında 22 dosyada 21 (% 95.45), 2010 yılında 24 dosyada 19 (%79.16) ve son olarak 2011 yılına ait incelenen 13 dosyadan 10 dosyada (% 76.92) tutuklama kararı verilmiştir.

Tüm yıllara ait dosyalarda karar gerekçeleri yönünden yapılan inceleme ise toplam 108 dosyanın 2 adedinde gerekçe bulunduğu, kalan 106 dosyanın ise gerekçeden yoksun olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Gerekçeli iki adet tutuklama kararından biri 2007 yılına diğeri ise 2009 yılına aittir.

Gerekçesiz tutuklama kararı verilen dosyaların oranı ise % 98.14'dır. Araştırmaya konu edilen yıllardan 2006, 2008, 2010 ve 2011 yıllarında verilen tutuklama kararları yasal ve yeterli gerekçelerden yoksun olarak verilmiş ve birbirini tekrar eder nitelikte kararlardır. (Tablo 14)

Oranın yüksekliği bu savcılıklarca yürütülen soruşturmalarda özel bazı suçlara ilişkin olduğu ve bu suçların CMK 100/3'te yer alan katalog suçlardan

olduğu ileri sürülebilirse de araştırmadaki diğer bulgular bu değerlendirmeyi geçersiz kılmaktadır.

Bilindiği üzere CMK'nın genel gerekçesinde de özgürlüğün asıl tutuklamanın istisnai olduğu ve tutuklamadan beklenen amacın adli kontrol tedbirleri ile sağlanabilmesi durumunda tutuklama kararı verilmemesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu genel gerekçeye uygun olarak C.savcılarının tutuklama istemlerinde “adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kalacağına ilişkin hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi” gerektiği de CMK 101/1 maddesinin açık hükmüdür.

Yine CMK 101/2 uyarınca tutuklama kararında “hukuki ve fiili nedenlere yer verilir” hükmü ile bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağına ilişkin CMK 34/1 ila Anayasa'nın 141. maddesi birlikte değerlendirildiğinde söz konusu tutuklama kararlarının “ tarafları ve herkesi ikna edecek açıklıkta”, “yeterli” ve “kanunilik denetimine izin verecek açıklıkta” bir gerekçe içermesi gerektiği tartışmasızdır.

Oysa araştırma sonuçları göstermiştir ki; tutuklama kararı verilen 108 dosyanın yalnızca 2 tanesinde yeterli gerekçe bulunmaktadır.

Kalan 106 dosyada verilen tutuklama kararları yasal ve yeterli gerekçeden yoksundur. Bir başka deyişle incelenen dosyaların % 98.14'ünde tutuklama kararları yasal ve yeterli gerekçelerden yoksun olarak verilmiş ve birbirini tekrar eder nitelikte kararlardır. (Tablo 14)

Üstelik TCK 2. maddesinde ifadesini bulan suç ve cezaların şahsiliği prensibi gereğince her sanık için kendi öznel durumları itibariyle değerlendirme yapılması gerekirken inceleme yapılan dosyaların tümünde verilen tutuklama kararları tek bir ortak gerekçeye sahiptir ve kişilerin öznel durumları yönünden herhangi bir ayırım içermemektedir.

Tutuklama kararlarının gerekçesiz olmasına yönelik bu rutin tavır tahliye talepleri konusunda da devam etmiştir. Gerçekten tahliye talepleri de tutuklama gerekçelerinin nerdeyse tekrarı mahiyetindeki gerekçelerle reddedilmiştir. Söz konusu dosyalarda yasa gereği yapılması gereken 30 gün incelemeleri de şekli bir inceleme halini almış ve birbirini tekrar eden gerekçesiz kararlara dönüşmüştür.

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Tutuklama	Evet	108	% 81,2	2006	20	16	% 80
				2007	26	21	% 80,77
				2008	28	21	% 75
				2009	22	21	% 95,45
				2010	24	19	% 79,17
				2011	13	10	% 76,92
				Tutuklama Gerekçeli mi?	Evet	2	% 1,5
2009	22	1	% 4,55				
Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı				
Tutuklama Gerekçeli mi?	Hayır	106	% 79,7	2006	20	16	% 80
				2007	26	20	% 76,92
				2008	28	21	% 75
				2009	22	20	% 90,91
				2010	24	19	% 79,17
				2011	13	10	% 76,92

Tablo 14: Tutuklama kararlarının gerekçe taşıyıp taşımadığına ilişkin tablo

Söz konusu 108 dosyada verilen tutuklama kararlarının gerekçesiz olması yanında tutuklanan kişilerin salıverilme aşamaları yönünden yapılan değerlendirme de ilginç sonuçlar vermektedir. Soruşturma evresinde tutuklanan şüphelilerden yalnızca 3 tanesi soruşturma aşamasında salıverilmiş bir kişi ise tensiple birlikte serbest bırakılmıştır. Bu durum da göstermektedir ki, soruşturma evresinde tutuklanan kişilerin neredeyse tamamı uzun süren soruşturma evrelerine rağmen soruşturma evresinde salıverilmemektedir. (Tablo 15)

Soruşturma evresinde salıverilenlerden 2 tanesi 2008 yılında, bir tanesi ise 2010 yılında salıverilmiştir. Tensiple tahliye edilen sanıkla ilgili olan tek dosya ise 2011 yılına aittir. (Tablo 15)

Soruşturma evresinde veya tensiple birlikte tahliye edilmeyen sanıklardan 60 tanesi kovuşturmanın devamı esnasında tahliye edilmiş, kalan 44 sanığın ise incelemenin yapıldığı tarih itibarıyla tutuk halleri devam etmektedir. Tüm tutuklular yönünden bakıldığında 108 tutukludan 70 tanesinin 1 yıldan fazla süreyle tutuklu kaldığı anlaşılmaktadır. 4 yıldan fazla tutuklu kalanların sayısı ise 20 kişidir. Yani bir başka deyişle tutuklananların neredeyse ¼'ü 4 yıldan fazla süreyle tutuklu kalmıştır.

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım				
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
Tahliye Aşaması	Soruşturma Aşamasında	3	% 2,26	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2008	28	2	% 1,5	% 7,14
				2010	24	1	% 0,75	% 4,17
Tahliye Aşaması	Tensiple	1	% 0,75	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2011	13	1	% 0,75	% 7,69
Tahliye Aşaması	Kovuşturma Aşamasında	60	% 45,11	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	9	% 6,77	% 45
				2007	26	12	% 9,02	% 46,15
				2008	28	13	% 9,77	% 46,43
				2009	22	13	% 9,77	% 59,09
				2010	24	10	% 7,52	% 41,67
				2011	13	3	% 2,26	% 23,08
Tahliye Aşaması	Tutukluluk Devam Ediyor	44	% 33,08	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	7	% 5,26	% 35
				2007	26	9	% 6,77	% 34,62
				2008	28	6	% 4,51	% 21,43
				2009	22	8	% 6,02	% 36,36
				2010	24	8	% 6,02	% 33,33
				2011	13	6	% 4,51	% 46,15

Tablo 15: Yıllara göre tahliye aşamaları

Tüm şüpheli ve sanıklar yönünden bakıldığında 108 tutukludan

- 38 kişinin 1 - 365 (gün) aralığında,
- 29 kişinin 366 - 730 (gün) aralığında,
- 12 kişinin 731 - 1095 (gün) aralığında,
- 6 kişinin 1096 - 1460 (gün) aralığında,
- 13 kişinin 1461 - 1825 (gün) aralığında,
- 7 kişinin 1826 gün 2190 gün aralığında,
- 3 kişinin 2191 - 2555 gün (6 yıldan fazla) aralığında tutuklu kaldıkları anlaşılmıştır.

Tutuklama kararı verilen dosyalarda tutuklama kararından sonra dosyaya yeni delil girip girmediği üzerinden de inceleme yapılmış, sonuçta tutuklama

kararı verilen 108 dosyadan yalnızca 21 tanesinde (%15.79) tutuklamanın gerçekleşmesinden sonra dosyaya yeni delil girdiği anlaşılmıştır. (Tablo 16)

Bu 21 dosyanın 15 tanesinde (% 71.42) tutuklanma gerçekleşmemiş olsa dahi bu delillerin toplanmasında bir zorluk bulunmamaktadır. Yani tutuklamanın toplanacak delilin elde edilmesine herhangi bir katkısı olmamıştır.

Tutuklama kararının verildiği dosyalardan 6 tanesinde ise söz konusu delilin tutuklamadan önce dosyaya girebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu dosyaların oranı %28.58'dir.

Asıl önemli tespit tutuklama kararının verilmesinden sonra dosyaya herhangi bir yeni delil girmeyen dosyalar açısındandır. Bu dosyaların oranı tutuklama gerçekleştirilen tüm dosyalar içerisinde %84.21 olarak gerçekleşmiştir.

Bir başka deyişle tutuklama kararı verilen her beş dosyadan en az dördünde dava açılmasına kadar soruşturma dosyasına herhangi bir yeni delil eklenmemiştir.

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Tutuklanma Kararı ile İddianamenin Düzenlenmesi Arasında Dosyaya Herhangi Bir Delil Girmiş mi?	Evet	21	% 15,79	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	2	% 10
				2007	26	1	% 3,85
				2008	28	5	% 17,86
				2009	22	5	% 22,73
				2010	24	6	% 25
				2011	13	2	% 15,38
Delil Girmiş ise Delilin Tutuklanmadan Önce Dosyaya Girmesi Mümkün müdür?	Evet	15	% 71.42	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	2	% 10
				2008	28	3	% 10,71
				2009	22	4	% 18,18
				2010	24	5	% 20,83
				2011	13	1	% 7,69
Delil Girmiş ise Delilin Tutuklanmadan Önce Dosyaya Girmesi Mümkün müdür?	Hayır	6	%28.58	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2008	28	2	% 7,14
				2009	22	2	% 9,09
				2010	24	1	% 4,17
				2011	13	1	% 7,69

Tablo 16: Tutuklama kararları ile toplanan deliller arasındaki ilişki

Bu durum bile tutuklama kararlarının oransız ve yasanın aradığı koşullar değerlendirilmeksizin verildiğinin bir başka göstergesidir. Tutuklama kararı verilmesinden sonra dosya içerisine eklenen herhangi bir delil bulunmaması halinde tutuklanan kişinin delillere etki edeceğinden söz edebilmek de mümkün olmayacaktır. Bu nedenle CMK m. 100/1-b’de yer alan delillere etki etme riski söz konusu olamayacağından tutuklama kararları da hukuka aykırı hale gelecektir.

Açıklandığı biçimde yasal koşulları taşımayan ve gerekçesiz kararlarla tutuklanan kişilerin uzun bir süre tutuklu kalmaları ve tutuklu kaldıkları bu süre zarfında kısıtlama kararlarının mevcut olması nedeniyle de delillere ulaşamayan sanıkların savunma haklarını ve lehe delillerini toplatma haklarını yeterince yerine getiremeyecekleri de aşıkardır.

Bu durum özel görevli savcılık ve mahkemelerde soruşturulan ve yargılanan kişiler açısından daha en başından adil yargılanma hakkının ve özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Tutuklama kararlarının yerindeligi yönünden kullanılabilir bir başka kıstas ise yargılama sonucunda verilen kararların niteliğidir. İncelemenin yapıldığı tarih olan Nisan 2011 itibariyle 133 dosyadan 64’ünde karar verilmiş olduğu tespit edilmiştir. (Tablo 30)

Soruşturma evresinde bu kadar yüksek oranda tutuklama kararı verilen dosyalarda yargılama sonucunda verilecek mahkumiyet kararlarının da aynı şekilde yüksek oranda olmasının beklenmesi tabiidir. Oysa Nisan 2011 tarihi itibariyle karara çıkan 64’ünden mahkumiyet kararı verilenlerin sayısı 43’tür. Bu dosyalarda üzerinden inceleme yapılan sanıklardan 19 tanesi ise beraat etmiştir. (Tablo 30) Beraat eden ya da hakkında mahkumiyet dışında bir karar verilen sanıkların oranı %30’un üzerindedir (% 32,82).

Yani soruşturma evresinde tutuklanan ve neredeyse tümü bir yıldan fazla süre tutuklu kalan her üç şüpheliden bir tanesi yargılama sonucunda beraat etmektedir. Bu durum bile verilen tutuklama kararlarının ne derece keyfi olduğunun bir başka göstergesidir.

#### **4. MÜDAFİ YARDIMINDAN YARARLANMA YÖNÜNDEN TES- PİTLER**

Araştırmaya konu edilen 133 dosyada sanıklar açısından müdafî yardımından yararlanma hakkı açısından durum değerlendirildiğinde, toplamda 126 sanığın müdafî yardımından yararlandığı ve böyle bakıldığında müdafî yardımından yararlanma oranının % 94 civarında gerçekleştiği, bunlardan 112 tanesinin (%84.21) kollukta ifade alınması esnasında, 8 tanesinin savcılık beyanları sırasında (%6.02), 6 tanesinin ise (%4.51) mahkeme aşamasında müdafî yardımından yararlandığı görülmektedir. (Tablo 17)

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Şüpheli/Sanık Müdafî Yardımından Hangi Aşamada Yararlanmış?	Kolluk	112	% 84,21	2006	20	15	% 75
				2007	26	21	% 80,77
				2008	28	22	% 78,57
				2009	22	20	% 90,91
				2010	24	21	% 87,5
				2011	13	13	% 100
				Şüpheli/Sanık Müdafî Yardımından Hangi Aşamada Yararlanmış?	Cumhuriyet Savcılığı	8	% 6,02
2007	26	2	% 7,69				
2008	28	4	% 14,29				
2009	22	1	% 4,55				
2010	24	1	% 4,17				
Şüpheli/Sanık Müdafî Yardımından Hangi Aşamada Yararlanmış?	Sorgu Hakimliği	0	% 0				
Şüpheli/Sanık Müdafî Yardımından Hangi Aşamada Yararlanmış?	Mahkeme	6	% 4,51	2006	20	1	% 5
				2007	26	2	% 7,69
				2008	28	2	% 7,14
				2010	24	1	% 4,17
				2011	13	13	% 100

Tablo 17: Şüpheli/sanıkların hangi aşamada müdafî yardımı aldıklarına ilişkin tablo

Bu durum ilk bakışta sanıkların bir müdafîin hukuki yardımına başvurabildiklerini göstermekteyse de durum diğer verilerle birlikte değerlendirildiğinde esasen ifade ve sorgu sırasında müdafî bulunmasının şekli nitelikte kaldığı ve savunma hakkının tam olarak kullanılmadığı ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 51 dosyada kısıtlama kararı bulunması nedeniyle müdafîlerin de dosya içeriğine ulaşabilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, 17 kişi açısından aynı zamanda müdafî ile görüşmesinin kısıtlanması kararı verilmiş bulunduğundan bu şüphelilerin 24 saatlik süre içerisinde de müdafî yardımını alması söz konusu olamamıştır. Durum böyle olunca müdafîler yalnızca



müvekkillerinin yanında şeklen bulunmakla yetinebilmiş içeriğini bilmedikleri delillerle ve dosya kapsamı ile ilgili olarak etkin ve yeterli bir hukuki yardım sunmaları da mümkün olamamıştır. Bu haliyle yasanın müdafii bulunabileceğine ilişkin hükmü şekli olarak yerine getirilmiş olmasına rağmen şüphelilerin öz itibariyle etkin ve yeterli bir hukuki yardım almalarının önüne geçilmiştir.

İncelemeye konu edilen tüm sanıklar arasında ise toplamda 7 tanesinin (%5.26) hiçbir aşamada müdafii yardımı almadığı görülmektedir.

İlginç olan bir başka durum ise diğer tespitlerin aksine 2006 yılında yalnızca %75 olarak gerçekleşen müdafii yardımından yararlanma oranının daha sonra artış göstermesi ve 2011 yılında ise kollukta müdafii yardımından yararlanma oranının incelenen dosyalar yönünden %100 olarak gerçekleşmiş olmasıdır.

## 5. TEŞHİS İŞLEMİ YÖNÜNDEN TESPİTLER

İncelenen dosyalarda teşhis işlemi yapıp yapılmadığı yönünden de değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirme de ilginç sonuçlar vermiştir.

İncelenen 133 dosya içerisinde 51 tanesinde soruşturma evresinde teşhis işlemi yapıldığı tespit edilmiştir. Söz konusu dosyaların yıllara göre dağılımı aşağıdaki tabloda gösterilmiştir. Bu tabloya göre toplam dosyaların %38.35'inde teşhis işlemi yapılmıştır. (Tablo 18)

Yıllara göre değerlendirme yapıldığında yıllık bazda oranın %28 ile %38 aralığında olduğu, yalnızca iki yılda oranda sapma meydana geldiği ve teşhis işlemlerinin arttığı, 2006 yılında %45 ve 2008 yılında ise %50 olarak gerçekleştiği görülmüştür.

Esasen teşhis işleminin gerçekleştirildiği dosya sayısından çok işlemin gerçekleşme şekli ilgi çekmektedir. Söz konusu teşhis işlemlerinin ayrıntısına gi-

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım				
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
Teşhis işlemi yapılmış mı?	Evet	51	% 38,35	2006	20	9	% 6,77	% 45
				2007	26	10	% 7,52	% 38,46
				2008	28	14	% 10,53	% 50
				2009	22	6	% 4,51	% 27,27
				2010	24	8	% 6,02	% 33,33
				2011	13	4	% 3,01	% 30,77

Tablo 18: Teşhis işlemi gerçekleştirilen dosyaların yıllara göre dağılımını ve oranlarını gösterir liste

rildiğinde teşhis işleminin gerçekleştirildiği dosyalardan yalnızca 1 tanesinde C. savcısının hazır bulunduğu görülmektedir. Bunun teşhis işlemi gerçekleştirilen tüm dosyalara oranı %1.96'dır. C. savcısı teşhis işlemi gerçekleştirilen dosyaların % 98.04'ünde hazır bulunmamıştır. (Tablo 19) Bu durumun yukarıda alıntı yapılan CMK 151. maddesinin "soruşturma işlemlerinin Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılacağı" hükmüne açık bir aykırılık oluşturduğu ise tartışmasıdır.

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki uygun dosya Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Teşhise Katılanlar	Savcı	1	% 1.96	Yıl	Yıldaki uygun dosya Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2007	10	1	% 10.0
Teşhise Katılanlar	Müdafii	11	%21.56	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2007	10	6	% 60.0
				2008	14	4	% 28.57
				2010	8	1	% 12.5

Tablo 19: Teşhise katılanlar yönünden sonuçlar

C. savcısının teşhis işlemine katılmış olduğu 2007 yılında ise toplam 10 dosyada teşhis işlemi yaptırılmış ve C. savcısı bir tanesine katılmıştır. Buna göre o yıl içerisinde C. savcısının teşhis işlemine katılma oranı ise %10 olarak gerçekleşmiştir.

Yine teşhis işlemlerinden yalnızca 11 tanesinde şüpheli müdafii hazır bulunmuştur. Müdafilerin katıldığı teşhis işlemlerinin oranı ise %21.56 olarak gerçekleşmiştir. Kısacası teşhis işlemi gerçekleştirilen tüm dosyaların %79.44'ünde müdafii de hazır bulunmamıştır.

## 6. YER GÖSTERME İŞLEMİNE İLİŞKİN TESPİTLER

Yer gösterme işlemlerine ilişkin veriler değerlendirildiğinde ise durumları incelenen sanıklar yönünden 133 dosyanın yalnızca 4 tanesinde yer gösterme işleminin yapıldığı, oranın tüm dosyalar içerisinde % 3.01 olarak gerçekleştiği anlaşılmıştır. (Tablo 20)

Bu dört dosyanın iki tanesinde (% 50.0) C.savcıları yer gösterme işleminde bizzat hazır bulunmuşlardır.

Ve yine 4 yer gösterme işleminin bir tanesinde( %25.0) müdafii de hazır bulunmuştur.

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Yer Gösterme Var mı?	Evet	4	% 3,01	2007	26	1	% 3,85
				2008	28	1	% 3,57
				2009	22	2	% 9,09
Yer Göstermeye Katılanlar	Savcı	2	% 1,5	2007	26	1	% 3,85
				2009	22	1	% 4,55
				2009	22	1	% 4,55
Yer Göstermeye Katılanlar	Müdafî	1	% 0,75	2009	22	1	% 4,55

Tablo 20: Teşhise işlemi gerçekleştirilen dosyalar ve teşhise katılanlar yönünden sonuçlar

## 7. İLETİŞİMİN TESPİTİNE YÖNELİK TESPİTLER

Araştırmaya konu dosyalarda iletişimin tespiti açısından da inceleme yapılmış bu inceleme sonuçlarına göre ise 133 dosyanın 70 tanesinde iletişimin tespiti talebinde bulunulduğu anlaşılmıştır. Toplam dosya sayısı içerisinde talepte bulunulan dosya oranının % 52.63 olduğu anlaşılmıştır. Bu taleplerden 69 tanesi hakkında hakim tarafından talebin kabulüne karar verildiği ve yalnızca bir talebin reddedildiği görülmektedir. Talepte bulunulan 70 dosya içerisinde hakim tarafından talebin kabulü oranı %98.57 olarak gerçekleşmiştir ve yalnızca %1.43 oranında dosyada talebin reddine karar verilmiştir. (Tablo 21)

Taleplerin yıllara göre dağılımı incelendiğinde ise; 2006 yılında 20 dosyadan 6'sı için talepte bulunulduğu, oranın % 30 olduğu görülmektedir. Sonraki yıllarda ise 2007 yılında 26 dosyadan 13'ünde (%50), 2008 yılında 28 dosyadan 14'ünde (%50), 2009 yılında 22 dosyadan 14'ünde (%63.64), 2010 yılında 24 dosyadan 15'inde (%62.50), 2011 yılında ise 13 dosyadan 8 tanesinde (%61.54) iletişimin tespiti talebinde bulunulmuştur.

İletişimin tespiti talebinde bulunulup bu talebin reddedildiği tek dosya 2008 yılına aittir. 2008 yılında toplamda 14 dosya için iletişimin tespiti talebinde bulunulduğu bu dosyalardan 13 tanesinde talebin kabul edildiği 1 tanesinde reddedildiği görülmüştür. Yıllık bazda bakıldığında kabul oranının %92.85 olduğu görülmektedir.

Bilindiği üzere iletişimin tespiti CMK 135. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre iletişimin tespiti kararı verilebilmesi için “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” gerekmektedir.

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
İletişimin Tespiti Talebi Var mı ?	Var	70	% 52,63	2006	20	6	% 30
				2007	26	13	% 50
				2008	28	14	% 50
				2009	22	14	% 63,64
				2010	24	15	% 62,5
				2011	13	8	% 61,54
				İletişimin Tespiti Talebi Varsa Sonucu	Kabul	69	% 51,88
2007	26	13	% 50				
2008	28	13	% 46,43				
2009	22	14	% 63,64				
2010	24	15	% 62,5				
2011	13	8	% 61,54				

Tablo 21: İletişimin tespiti talebi bulunan dosyalarda kabul ve red oranlarının yıllara göre dağılımı

Öncelikle yasanın karar için aradığı koşullar tartışmalıdır. Kanunilik ilkesi çerçevesinde yasanın lafzı değerlendirildiğinde, iletişimin tespiti kararı verilebilmesi için iki koşulun birlikte olması gerektiği tartışmasıdır. Bunlardan birincisi “kuvvetli suç şüphesinin bulunması” ikincisi ise “başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması” dır.

Ancak birinin olmadığı ortamda ikincinin olamayacağı da tartışmasıdır. Bir başka deyişle, kuvvetli suç şüphesinden söz edebilmek için ortada suçun varlığını kanıtlayacak bir kısım delillerin olması gerekir. Bu durumda zaten elde delil olması gerekir ki kuvvetli suç şüphesinin varlığından söz edilebilsin. Eğer elde delil varsa bu durumda zaten var olan deliller nedeniyle başka türlü delil elde edilemeyeceğinden de söz etmek mümkün olamayacaktır.

Özel görevli savcılık soruşturmalarında iletişimin tespiti yönündeki kararların çokluğu da dikkati çeken bir başka noktadır. Araştırmaya konu dosyalar içerisinde her 3 dosyadan ikisinde iletişimin tespiti talebinde bulunduğu ve bu taleplerin de çok büyük oranda kabul edildiği görülmektedir. Nitekim talepte bulunan 70 dosyadan 69 tanesinde kabul kararı verildiği, taleplerin yal-

nızca bir tanesinin reddedildiği görülmektedir. Başka bir bakış açısıyla; talepte bulunulan 70 dosya içerisinde talebin kabulü oranı %98.57 olarak gerçekleşmiştir ve yalnızca %1.43 oranında dosyada talebin reddine karar verilmiştir. (Tablo 21)

Taleplerin yıllara göre dağılımı incelendiğinde ise; 2006 yılında %30 olan talep oranının, sonraki yıllarda sürekli artarak %60'ların üzerine çıktığı görülmektedir. Bu artış durumu kısıtlama ve tutuklama kararlarındaki artışla paralellik göstermektedir. (Tablo 22)

İletişimin tespiti talebinin reddedildiği tek dosya 2008 yılına ait olup bu yılda talep kabul oranı %92.85 olarak gerçekleşmiştir. Diğer yıllarda ise hakimler tarafından taleplerin %100 oranında kabul edildiği görülmektedir.

Keza yine inceleme sonuçlarına göre 70 dosyada verilen iletişimi tespit kararlarından yalnızca 21 tanesinin (%30) gerekçe içerdiği, kalan %70 oranında kararın ise gerekçesiz olduğu görülmektedir. (Tablo 22)

İletişimin Tespiti Kararı Gerekçeli mi	Evet	21	% 30.00	Yıl	Yıldaki uygun Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	6	2	% 10
				2007	13	5	% 19,23
				2008	14	5	% 17,86
				2009	14	5	% 22,73
				2010	15	2	% 8,33
				2011	8	2	% 15,38
İletişimin Tespiti Kararı Birден Fazla Kez Talep Edilmişse Karar Gerekçeleri Arasında Fark Var mı?	Evet	0	% 0				

Tablo 22: İletişimin tespiti kararlarının gerekçeli olup olmadığının yıllara göre dağılımı

Gerekçeli kararların ise tümünün nerdeyse birbirinin aynı kararlar olduğu matbu gerekçe içerdiği anlaşılmıştır. Yine devam eder şekilde birden çok iletişimin tespiti kararı verilen dosyalarda ise bu kararların birbirinin tekrarı şeklinde olduğu anlaşılmaktadır.

Dosyadaki delillerin incelenmesinden ise 26 dosyada (%37.68) mevcut delillerin iletişimin tespitinden önce dosyaya girmiş olduğu anlaşılmıştır. (Tablo 23)

Diğer Deliller İletişimin Tespitine Göre Hangi Aşamada Dosyaya Girmiştir ?	İletişimin Tespitinden Önce	26	% 37.68	Yıl	Yıldaki Uygun Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	6	5	% 83.33
2007	13	2	% 15.38				
2008	14	6	% 42.85				
2009	14	6	% 42.85				
2010	15	5	% 33.33				
2011	8	2	% 25				

Tablo 23: İletişimin tespitinden önce dosyaya delil girip girmediğinin yıllara göre dağılımı

Başlangıçta kısıtlama kararı bulunması nedeniyle dosyayı inceleme olanığının ortadan kalkması ve iletişimin tespiti kararlarının da gizli olarak verilmesi nedeniyle belirlenemeyen bu durum yargılama aşamasında delillerin incelenmesiyle açıkça ortaya çıkmaktadır.

Yine araştırma sonuçları göstermiştir ki, iletişimin tespiti kararı verilen dosyaların büyük çoğunluğunda aynı anda teknik takip gerçekleştirilmiştir.

## 8. TEKNİK TAKİBE YÖNELİK TESPİTLER

İncelemeye tabi tutulan 133 dosyanın 54 adedinde teknik takip kararı verildiği ve teknik takip uygulanmış olduğu tespit edilmiştir. (Tablo 24)

Teknik takip uygulanan dosyaların ait olduğu yıl içerisinde incelenen toplam dosyalar karşısındaki oranı:

- 2006 yılında %25 (20 dosyadan 5'i) ,
- 2007 yılında %23.08 (26 dosyadan 6'sı),
- 2008 yılında %39.29 (28 dosyadan 11'i),
- 2009 yılında %50 (22 dosyadan 11'i),
- 2010 yılında %62.5 (24 dosyadan 15'i),
- 2011 yılında ise %46.15 (13 dosyadan 6'sı) şeklinde gerçekleşmiştir.

Bu sonuçlara göre 2006 yılında %25 olan oran giderek artmış ve 2009, 2010 ve 2011 yılları ortalaması %50'nin üzerinde gerçekleşmiştir.

Yine teknik takibe ilişkin bir diğer ilginç sonuç ise tüm teknik takip taleplerinin kabul edilmiş olmasıdır. İncelemeye konu edilen yıllar ve dosyalar itibarıyla teknik takip talebinin reddedildiği herhangi bir dosya söz konusu değildir.

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Teknik Takip Talebi Var mı?	Var	54	% 40,6	2006	20	5	% 25
				2007	26	6	% 23,08
				2008	28	11	% 39,29
				2009	22	11	% 50
				2010	24	15	% 62,5
				2011	13	6	% 46,15
				Teknik Takip Talebi Varsa Sonucu	Kabul	54	% 40,6
2007	6	6	% 100				
2008	11	11	% 100				
2009	11	11	% 100				
2010	15	15	% 100				
2011	6	6	% 100				

Tablo 24: teknik takip taleplerinin yıllara göre kabul ve red oranları

Bilindiği üzere, CMK 140. maddesinde düzenlenen teknik takip de iletişimin tespiti gibi ancak “kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde” mümkündür. Bu nedenle yukarıda iletişimin tespiti başlığında yapılan açıklamalar teknik takip açısından da aynen geçerlidir.

Öte yandan her iki delil toplama yöntemi için de söylenebilecek tek şey iki yöntemin birlikte uygulanmasının mümkün olamayacağı, her iki konuda karar verilen tüm dosyalarda elde edilen delillerin hukuka aykırı olacaktır. Bu delil toplama yöntemlerinden hangisine karar verilirse verilsin bu yöntem sona erdirilmeksizin ve bu yöntemle delil elde edilemediği ortaya çıkmaksızın diğer delil toplama yöntemine karar verilemeyecektir. Çünkü her iki yöntemin de temel koşulu başka türlü delil elde etme imkanı bulunmamasıdır. Örneğin iletişim tespiti kararı verilen bir dosyada bu yol sona erdirilmeksizin başka türlü delil elde imkanı varlığını sürdürüyor olacağından aynı zamanda teknik takip kararı verilemeyecektir. Keza bu durumun tersi de aynen geçerlidir. Teknik takip veya gizli soruşturmacı atanması yolunda karar verilen bir dosyada bu yol sona erdirilmeksizin aynı zamanda iletişimin tespiti kararı verilmesi mümkün değildir.

Yine araştırma sonuçlarına göre devam eden teknik takip taleplerinde ilk karar ile sonraki kararlar arasında gerekçe yönünden herhangi bir farklılık yoktur (Tablo 25).

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım
Teknik Takip işlemi Birden Fazla Talep Edilmişse Karar Gerekçeleri Arasında Fark Var mı?	Evet	0	% 0	

Tablo 25: Teknik takip taleplerinin gerekçeli olup olmadığına ilişkin tablo

Yine teknik takip talebi bulunan dosyaların 19 tanesinde yani %35.18’inde teknik takip talebi öncesinde dosyaya intikal etmiş deliller bulunmaktadır. Özellikle de en yüksek oranda teknik takip talebinin bulunduğu 2010 yılında (%62.5) talepte bulunan dosyaların %40’ında teknik takip talebi öncesinde dosyada deliller mevcuttur. (Tablo 26)

Yani bu koşullar altında zaten dosyaya intikal etmiş deliller bulunması sebebiyle “başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması” şartı oluşmayacaktır. Bu nedenle de yasada belirlenen şekle aykırı olarak verilen bu karar ile bu karara dayanılarak elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır.

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Uygun Adet	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Diğer Deliller Teknik Takibe Göre Hangi Aşamada Dosyaya Girmiştir ?	Teknik Takipten Önce	19	%35.18	2006	5	2	% 40
				2007	6	0	% 0
				2008	11	5	% 45.45
				2009	11	6	% 54.54
				2010	15	6	% 40
				2011	6	0	% 0

Tablo 26: Teknik takip talebinden evvel dosyada delil bulunup bulunmadığına ilişkin tablo



## 9. CUMHURİYET SAVCISININ BİZZAT KATILDIĞI İŞLEMLER YÖNÜNDEN TESPİTLER

Bilindiği üzere CMK 251/1. maddesi “250’nci madde kapsamına giren suçlarda soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır.” hükmünü amirdir.

Oysa bu açık ve amir düzenlemeye rağmen incelenen dosyaların tümünde bir soruşturma işlemi olan ifade alma işlemini öncelikle kolluğun gerçekleştirdiği ve C. savcılarının 2 arama ve 2 tane yer gösterme ve 1 tane de teşhis işlemi olmak üzere toplamda 5 soruşturma işleminde hazır buldukları diğer tüm işlemlerin kolluk marifetiyle gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. (Tablo 27)

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım				
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Tüm Dosyalara Oranı	Ait Old.Yıldaki Oranı
Savcılığın Bizzat Katıldığı İşlemler	Arama	2	% 1,5	2006	20	1	% 0,75	% 5
				2010	24	1	% 0,75	% 4,17
Savcılığın Bizzat Katıldığı İşlemler	Yer Gösterme	2	% 1,5	2007	26	1	% 0,75	% 3,85
				2009	22	1	% 0,75	% 4,55

Tablo 27: Cumhuriyet savcısının bizzat katıldığı işlemler

Tabloda C. savcılarının hazır buldukları işlemlerin ilgili dosyalara oranı %15 olarak gerçekleşmiş görünmektedir. Ancak dosya üzerinden yapılan değerlendirme elbette ki gerçek oranı vermeyecektir. Yapılan işlemlerden araştırmaya konu edilenlerinin sayı olarak tespiti halinde; 133 ifade işlemi, 103 arama işlemi, 51 teşhis işlemi, 4 yer gösterme işlemi, olmak üzere toplam 291 işlemde C.savcılarının katıldığı işlem sayısının 5 olarak gerçekleştiği görülecektir ki, bu da oran olarak % 1,71 oranına tekabül etmektedir.

Görüleceği üzere özel görevli/yetkili savcılıklar yasa ile kendilerine yüklenmiş olan “soruşturma işlemlerini bizzat yürütme” görevini kolluğa devretmiş durumdadırlar. Bu nedenle söz konusu soruşturmaların birer kolluk soruşturması olduğunu veya kolluğun soruşturmayı yönlendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

## 10. ÖZEL SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ VE DELİL TOPLAMA BİÇİMLERİNE YÖNELİK TESPİTLER

Yapılan inceleme sonucunda ortaya çıkmıştır ki, özel görevli mahkemelerin soruşturmalarının ¼'ünün dayanağı ihbar mektuplarıdır. Ve bu ihbar mektuplarının büyük çoğunluğu (%75,19) ihbarcının kişisel bilgilerini içermeyen isimsiz mektuplar şeklindedir. 133 dosyanın 33'ünde ise (% 24.81) soruşturmanın temel dayanağının ihbar mektubu olduğu anlaşılmıştır. (Tablo 28)

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Dosyada Varolanlar	Gizli Tanık	5	% 3,76	2007	26	1	% 3,85
				2008	28	2	% 7,14
				2009	22	1	% 4,55
				2010	24	1	% 4,17
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Dosyada Varolanlar	Gizli Soruşturmacı	2	% 1,5	2006	20	1	% 5
				2010	24	1	% 4,17
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Dosyada Varolanlar	İhbar Mektubu/E-Postası	33	% 24,81	2006	20	7	% 35
				2007	26	4	% 15,38
				2008	28	11	% 39,29
				2009	22	4	% 18,18
				2010	24	5	% 20,83
				2011	13	2	% 15,38
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
İhbar Mektubu/E-Postası Varsa İsim ve Kişisel Bilgi İçeriyor mu?	Evet	7	% 21.21	2006	20	2	% 10
				2008	28	1	% 3,57
				2009	22	1	% 4,55
				2010	24	3	% 12,5
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
İhbar Mektubu/E-Postası Varsa İsim ve Kişisel Bilgi İçeriyor mu?	Hayır	26	% 78.79	2006	20	5	% 25
				2007	26	4	% 15,38
				2008	28	10	% 35,71
				2009	22	3	% 13,64
				2010	24	2	% 8,33
				2011	13	2	% 15,38

Tablo 28: Soruşturmayı başlatan işlemler ve soruşturma sırasında kullanılan delil elde etme yöntemleri ne ilişkin tablo

Özel görevli savcılıklar bu isimli mektuplara dayanarak suretiyle soruşturma başlatmış ve kişisel bilgileri içermediği için ihbarcının ifadesine başvurulmadığından, iddiaları araştırmak üzere özel soruşturma ve delil toplama yöntemlerine başvurmuştur. Bunlar içerisinde teknik takip ve iletişimin tespiti neredeyse tüm dosyalarda karşımıza çıkmaktadır. İncelemesi gerçekleştirilen 133 dosyanın 5 tanesinde gizli tanık, 2 tanesinde gizli soruşturmacı bulunduğu anlaşılmıştır.

Söz konusu ihbar mektuplarının yalnızca 7 tanesinde ihbarcının kimliğine ilişkin kişisel bilgi bulunduğu kalan 26 dosyada ise (%75.19) soruşturmayı başlatan ihbarcının kişisel bilgilerinin mevcut olmadığı tespit edilmiştir.

İhbar mektubuna dayalı soruşturmanın incelenen iki yıl için yüksek bir oran oluşturduğu da yapılan tespitler arasındadır.

Böyle özellikli bir soruşturmanın önemli bir kısmının kişisel bilgileri dahi yer almayan ihbar mektuplarına dayanılarak gerçekleştirilmiş olması soruşturmanın ne kadar dayanaksız olduğunun en önemli göstergelerinden biridir. Ayrıca böyle bir soruşturma yönteminin toplumda yer alan bireylerde önemli bir güvensizlik duygusuna yol açacağı da tartışmasızdır. Özellikle 2008 yılında soruşturmanın %39,29'unun, 2010 yılında ise %20,83'ünün bu şekildeki ihbar mektuplarına dayanıyor olması üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

Gerçekliği konusunda herhangi bir bilgi olmayan ihbarcısının tespit edilemediği, suçun işlendiğine ilişkin kim tarafından dile getirildiği belli olmayan iddialar dışında kanıt bulunmayan suçlamalar sebebiyle konut dokunulmazlığı, iletişimin gizliliği, özel hayatın gizliliği dahil olmak üzere birçok hak ve özgürlükler ihlal edilmektedir. Bir an için söz konusu ihbarların gerçek dışı olduğu düşünülürse, iddialar nedeniyle hakkında birçok olağanüstü delil toplama yöntemine başvuru kişileri açısından önemli mağduriyetler yaratılmakta, bu soyut iddialar nedeniyle tutuklama dahil olmak üzere bir çok hak kaybı yaşanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, özellikle de kişisel bilgiler içermeyen dilekçelerin işleme konulmaması ve kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması gerekmektedir.

## **11. İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE İDDİALARI YÖNÜNDE TESPİTLER**

İncelenen dosyalarda işkence ve kötü muamele iddiasının bulunup bulunmadığı ve bu iddialar karşısında ne gibi işlemler yapıldığı da değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu inceleme sonucunda 133 dosyanın 14 tanesinde durumu incelenen sanıklar yönünden işkence ve kötü muamele iddiasında bulunduğu anlaşılmıştır. (Tablo 29)

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
İşkence - Kötü Muamele İddiası Var mı?	Evet	14	% 10,53	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	5	% 25
				2007	26	3	% 11,54
				2008	28	2	% 7,14
				2009	22	2	% 9,09
				2010	24	1	% 4,17
				2011	13	1	% 7,69
İşkence-Kötü Muamele İddiası Varsa Yargılama Dosyasında Bununla İlgili Ne İşlem Yapılmış ?	Şikayet	6	% 4,51	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	3	% 15
				2007	26	2	% 7,69
				2008	28	1	% 3,57
İşkence-Kötü Muamele İddiası Varsa Yargılama Dosyasında Bununla İlgili Ne İşlem Yapılmış ?	İhbar	2	% 1,5	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	1	% 5
				2007	26	1	% 3,85
İşkence-Kötü Muamele İddiası Varsa Yargılama Dosyasında Bununla İlgili Ne İşlem Yapılmış ?	İşlem Yapılmamış	6	% 4,51	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	1	% 5
				2008	28	1	% 3,57
				2009	22	2	% 9,09
				2010	24	1	% 4,17
				2011	13	1	% 7,69

Tablo 29: İşkence Kötü muamele iddiaları ve bu iddialar karşısında yapılan işlemler

Mevcut haliyle işkence ve kötü muamele iddiasında bulunan dosyaların inceleme gerçekleştirilen tüm dosyalara oranı %10.53'tür. İncelemenin dosyadaki belli şüpheli/sanıklarla bağlantılı olarak gerçekleştirildiği ve sonuçların bu şüpheli/sanıkları kapsadığı düşünüldüğünde dosyada bulunan ve üzerinde inceleme gerçekleştirilmeyen diğer şüpheli ve sanıklar yönünden de benzer iddiaların gündeme gelebileceği düşünüldüğünde oranın artmasına kaçınılmaz olarak bakmak gerekecektir.

Mevcut iddialar yönünden ise söz konusu iddialar yönünden 6 dosyada (% 42.86) iddialar yönünden hiçbir işlem yapılmamış olduğu tespit edilmiştir.

Söz konusu dosyalardan 6 tanesinde (% 42.86) müdafiler tarafından şikayette bulunduğu, geriye kalan 2 dosyada ise (% 14.28) mahkeme veya savcılıklar tarafından soruşturma mercilerine ihbarda bulunduğu tespit edilmiştir.

Bir başka deyişle işkence ve kötü muamele iddiaları karşısında bu iddiaların ileri sürüldüğü dosyaların % 85,72'sinde savcılık veya mahkemelerce herhangi bir işlem yapılmamıştır.

Araştırma sonuçları göstermiştir ki, herhangi bir suç işlendiği haberini alan savcılıklar derhal gerekli soruşturma işlemlerini başlatarak iddianın gerçekliğini araştırmak ve gerçek olması halinde failerin cezalandırılması amacıyla kamu davası açmakla yükümlü iken, söz konusu iddialar kolluğa yöneldiğinde tümüyle isteksizleşmekte ve görmemiş gibi yapma yolunu seçmektedirler.

## 12. YARGILAMA SONUCUNDA VERİLEN KARARLARA YÖNELİK TESPİTLER

İncelemenin yapıldığı tarih olan Nisan 2011 itibariyle incelemeye tabi tutulan 133 dosyadan 64 dosyada karar verilmiş olduğu tespit edilmiştir. (Tablo 30)

Kriterin Dahil Olduğu Başlık	Kriter	Kriteri Taşıyan Dosya Sayısı (Tüm dosyalar içinde)	Tüm Dosyalara Oranı	Yıllara Göre Dağılım			
				Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
Yargılama Sonucu Sanık Hakkında Verilen Karalar	Beraat	19	% 14,29	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	4	% 20
				2007	26	4	% 15,38
				2008	28	7	% 25
				2010	24	4	% 16,67
Yargılama Sonucu Sanık Hakkında Verilen Karalar	Mahkumiyet	43	% 32,33	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2006	20	14	% 70
				2007	26	8	% 30,77
				2008	28	11	% 39,29
				2009	22	6	% 27,27
2010	24	4	% 16,67				
Yargılama Sonucu Sanık Hakkında Verilen Karalar	Diğer	2	% 1,5	Yıl	Yıldaki Top.Dos. Adedi	Uygun Adet	Ait Old.Yıldaki Oranı
				2009	22	2	% 9,09

Tablo 30: Kovuşturma sonucunda karar verilmiş olan dosyalar ve verilen kararlara ilişkin tablo

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ:

Yukarıda başlıklar halinde açıklanan dosya tarama sonuçları CMK 250. maddesi ile görevli savcılık ve mahkemelerin karar ve uygulamalarının yıllar içinde şekillenışı ve yol açtığı sonuçlar hayatın içinden verilerle, mahkeme dosyalarına yansıyan tutanak ve kayıtlarla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Yukarıda yer alan değerlendirmelerin ortaya koyduğu sonuç çok açık ve nettir. 2005 yılında değişen Ceza Muhakemesi Kanunu ile günlük hayatımıza giren bir kısım uygulamaların birey ve toplum hayatı üzerindeki etkileri çok net bir biçimde anlaşılmaktadır.

Elde edilen verilerin ışığında;

Özel görevli/yetkili savcılık ve mahkemelerin 2006 - 2011 yılları arasındaki serüveninde birçok hak ihlalinin ve hukuka/yasaya aykırılığın yer aldığı görülmektedir.

Bir yandan dosyalarda kısıtlama kararlarının sıklıkla verildiği, neredeyse tüm dosyalarda iletişimin tespiti, teknik takip, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi olağan olmayan delil toplama yöntemlerine başvurulduğu, öte yandan şüpheli ve sanıkların işkence iddialarının etkin ve yeterli bir soruşturmaya tabi tutulmadığı ve hatta deyim yerindeyse görmezden geldiği düşünüldüğünde CMK 250. maddesi ile görevli savcılık ve mahkemelerin karar ve eylemleri ile birçok hukuka aykırılığın altına imza attıkları açıkça ortaya çıkmaktadır.

Tüm araştırma sonuçları birlikte değerlendirildiğinde ise ortaya çıkan sonuç şudur; özel görevli savcılık soruşturmalarında dosyaların çoğunluğunda ve her yıl gittikçe artan oranda kısıtlama kararı verilmekte, neredeyse tüm dosyalarda iletişimin tespitine yer verilmekte ve aynı zamanda teknik takip uygulanmakta ve savcılıklar tarafından bizzat gerçekleştirilmesi gereken tüm soruşturma işlemleri kolluk tarafından gerçekleştirilmektedir.

Ve yine ortaya çıkmaktadır ki; söz konusu mahkemeler özel delil toplama ve soruşturma yöntemlerine sıklıkla başvururken şüpheli ve sanık haklarını görmezden gelmekte, savunma hakkını hiçe saymakta ve adil yargılanma hakkı dahil olmak üzere bir çok hakkı ihlal etmektedirler.

**6352 SAYILI “YARGI HİZMETLERİNİN ETKİNLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI VE BASIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ HAKKINDA KANUN”UN 75. MADDESİ İLE TERÖRLE MÜCADELE KANUNU (TMK) 10. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN UYGULAMAYA ETKİSİ:**

CMK 250. maddesi gereğince yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar nedeniyle hukukçuların, baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin artan tepkileri ve yine kamuoyunda bu mahkeme ve savcılıklar aleyhine oluşan tepkiler nedeniyle CMK 250, 251 ve 252. maddesinde değişiklik yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir.

Ancak yapılan değişikliğe bakıldığında bunun gerçek bir değişiklik olmadığı, CMK 250 ve devamı maddelerinin bir yer değişikliğine tabi tutulmak suretiyle (neredeyse) aynen Terörle Mücadele Kanunu (TMK) 10. maddesi içerisine alındığı görülmektedir.

CMK 250. maddesi ile görevli savcılık ve mahkemeler yerine TMK 10. maddesi ile görevli savcılık ve mahkemeler (Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri) ihdas edilmiştir.

Bölge Ağır Ceza Mahkemelerinin bakmakla görevli oldukları suçlar yönünden bir değerlendirme yapıldığında ise bu suçlar açısından da hiçbir değişiklik yapılmamış olduğu görülecektir. Nitekim CMK 250. maddesinde yer alan ve bu mahkemelerin görevini belirleyen;

*“a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu,*

*b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,*

*c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),”*

şeklindeki hükmün aynen TMK 10. maddesine aktarıldığı görülmektedir. Getirilen tek değişiklik a bendine **“suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama”** suçunun da eklenmiş olmasıdır.

Bu suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda tutukluluk süresinin iki kat uygulanacağına ilişkin hüküm de TMK 10. maddesinde aynen korunmaktadır.

Bu suçların yargılamasını sürdürecekt mahkemelerin belirlenmesi yönünden yetki de öncesinde olduğu gibi Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'na bı-

rakılmış ve böylelikle Mahkemelerin Kanunla kurulması gerektiğine ilişkin Anayasa hükmüne aykırılık sürdürülmüştür.

Soruşturma işlemlerinin bizzat Cumhuriyet savcılarınca yapılması gerektiği, müdafii ile görüşme hakkının 24 saat süreyle kısıtlanması, gözaltı süresinin 48 saat uygulanması, yalnızca bir yakınına bilgi verilmesi, davanın güvenlik gereğiyle nakli gibi hususlar da TMK 10. maddesinde aynen korunmuştur.

Görülebileceği üzere, TMK 10 maddesi ile tüm soruşturma ve kovuşturma usulleri ve kısıtlamalar aynen korunduğu gibi iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik CMK m. 135, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin CMK m.139 ve teknik araçlarla izlemeye ilişkin CMK m. 140. maddesinde getirilmiş olan sanık lehine düzenlemeler de kaldırılmıştır. Nitekim söz konusu değişiklikle TMK 10/3-h maddesi “*h) Ceza Muhakemesi Kanununun 135’inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139’uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140’uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Lehe bir değişiklikmiş gibi kamuoyuna sunulan ve CMK 250. madde ile görevli mahkemelerin kaldırıldığı iddiası ile ortaya konan bu değişikliklerin özgürlük veya haklar açısından herhangi bir lehe değişiklik içermediği görülmektedir.

Öte yandan söz konusu kanunun Geçici 2. maddesi de gerçek niyeti ortaya koyar mahiyettedir. Söz konusu Geçici 2. maddenin 4, 5, 6, ve 7. bendleri CMK m.250 - TMK m.10 ilişkisine daırdır. Madde hükmünün ilgili bölümleri aynen şöyledir.

## GEÇİCİ MADDE 2-

“.....

*(4) Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlükten kaldırılan 250’inci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen mahkemelerde açılmış olan davalara, kesin hükümlerle sonuçlandırılıncaya kadar bu mahkemelerce bakmaya devam olunur. Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 10’uncu maddesinin kovuşturmaya ilişkin hükümleri bu davalarda da uygulanır.*

*(5) Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 251’inci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Cumhuriyet savcılarını yürütmekte oldukları soruşturmalara, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca Terörle Mücadele Kanunu’nun 10’uncu maddesi uyarınca görevlendirilen Cumhuriyet savcılarını göreve başlatılıncaya kadar devam ederler.*



(6) *Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla açılmış olan davalarda, sanığın taşıdığı kamu görevlisi sıfatı dolayısıyla hakkında soruşturma yapılabilmesi için izin veya karar alınması gerektiğinden bahisle durma veya düşme kararı verilemez.*

(7) *Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250'nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır."*

Görüleceği üzere söz konusu değişiklikte, CMK 250. madde ile görevli mahkemeler kaldırılmamış ve bu mahkemelerin ellerindeki davalar sonuçlanıncaya kadar görevli olmaya devam etmeleri sağlanmıştır. Yine bu mahkemelere TMK 10. madde uyarınca kovuşturma yapma yetkisi verilmiştir.

Aynı durum CMK 250. maddesi ile görevli savcılıklar için de geçerlidir.

Değişikliğin belki de tek iyi yanı olan kamu görevlilerinin bu mahkemelerde yargılanması için izin veya karar alınmasına yönelik değişiklik dahi söz konusu Geçici 2. maddenin 6. fıkrası ile geçmişte yargılanmasına başlanan kişiler yönünden engellenmiştir.

Usul hükümlerinin derhal uygulanması gerektiğine ilişkin temel hukuk kuralı Geçici 2. madde ile rafa kaldırılmış ve hukuki durumları ve statüleri aynı olan kişiler yönünden salt haklarında yürüyen soruşturmanın tarihi farklı olduğu gerekçesiyle farklı uygulamaya gidilmiştir. Bu da TCK'nın 3. maddesinde yer alan "*adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi*"nin ihlali anlamına gelmektedir.

Söz konusu değişikliğin bir anlam içermediğinin diğer bir göstergesi de Geçici 2. maddenin 7. bendinde yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre CMK 250. maddeye yapılmış olan atıflar TMK 10. maddesine yapılmış sayılacaktır. Yani değişen bir şey yoktur. Gidilen sonuç aynı yalnızca ad değişiktir.

Kısaca söylemek gerekirse, yapılan değişiklikte *zarf* değişmiş *mazruf* aynı kalmıştır. Bu da demektir ki; özel yargılama usullerine karşı mücadelede sadece ad değişmiş, mücadelenin boyut ve kapsamı değişmemiştir.

# MAKALELER



## İdari Yargıdaki Değişim Sürecinin Baroların Dava Açma Ehliyetine Etkileri

### ■ Cem ALTIPARMAK\*

“Siyaset ehli” değişse de sıradanlığın ve aynılığın hüküm sürmeye devam ettiği, klişelerle kodlanmış bir siyaset ikliminde yaşıyoruz. Bu yüzdendir ki, bu iklimin ürettiği herhangi bir olguyu merkezine alan her türlü söylem, analiz, eleştiri ve kritik de kaçınılmaz olarak “klişenin” sıradanlığına teslim oluyor. Eleştirilen olgunun değişmezliği ve sürekliliği, olguya yönelik söylemi de -haklılık payı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın- değersizleştiriyor.

Bu yazının konusunu oluşturan baroların ehliyet sorunu da işte bu tarz bir klişeleşme sürecinin; “Yargıdaki yapısal değişiklikler”in bir tezahürü olarak, baroların gündemine gelmiş bulunuyor.

Burada araya girip söylemek gerekir ki, “baroların gündemine gelmiş bulunuyor” derken, bu cümlemin nezaketen telaffuz edildiğini de itiraf etmek gerekir. Çünkü başta İzmir Barosu olmak üzere, çevre ihlallerine duyarlılık gösterip dava açan ve sayıları bir elin parmaklarını geçmeyen birkaç baro dışında, ne diğer baroların ve ne yazık ki Türkiye Barolar Birliği’nin, özellikle idari yargıda yaşanan ehliyet sorununu umursadığı söylenebilir.

Klişeleşen tespitimize dönersek; bilindiği üzere, özellikle Anayasa’da yapılan son değişiklikler sonrası yargı/HSYK camiasında yaşanan mobilizasyon, “Yargıdaki yapısal değişiklikler” cümlesi ile izah edilmeye çalışılmaktadır. Yargıdaki yapısal değişiklikten maksadın ise -haydi itiraf edelim- AKP’nin, Anayasa referandumunun akabinde, kritik ilk derece mahkemeleri ile yüksek yargı mevkilerine, siyasi programına uygun düşecek hakim/savcı ekibini yerleştirme iddiasına işaret etmek olduğu açıktır.

Son dönemlerde yargı âlemi üzerine yapılan politik münazaralarda, sözkonusu olguya o kadar çok atıf yapılmıştır ki, atfolunan da atıf cümlesi de aynı hızla sıradanlaşmıştır. Olgunun sıradanlaşmasına ve sözün değersizleşmesine rağmen, tespitin yanlış olduğunu söylemek mümkün müdür?

Yine burada araya girip söylenmelidir ki bu yazı, HSYK’nın ve yargı cami-

\* Avukat, İzmir Barosu Kent ve Çevre Komisyonu Üyesi  
Çevre ve Ekoloji Hareketi Avukatları Üyesi

asının bir başka iktidar grubunun temsilcisi olarak algılandığı geçmiş dönemlere methiyeler düzmeye, o dönemi güzellemeye hiç de niyetli değildir. “*Yapısal değişiklik*” denilen şey AKP dönemi ile başlamamıştır. Lakin AKP’nin, bu değişikliği nihayete erdirmek konusunda geçmiş tüm hükümetlerden çok daha maharetli olduğunu da teslim etmek gerekir.

Bununla birlikte, yargıda yapısal değişiklik vurgusunda bir haklılık payı olup olmadığını hamasete düşmeden belirleyecek olan şey ise, değişen hakim/savcı kadrolarının yargı kararlarına nasıl etki ettiğini tespit etmekten geçmektedir. Yani klişeleşmiş bir tespiti, yine bir başka klişe ile test etmekten başka çaremiz yok: “*Hakimler kararları ile konuşurlar*”.

Yüksek yargı içtihatlarının ve mahkeme kararlarının geçmiş 30 yılını karşılaştırma imkanına eriştiğimizde, ülkedeki politik değişikliklerin mahkeme kararlarına nasıl yansındığını, yüksek yargı ve mahkeme kararlarının, ülkedeki hangi politik kırılmalar sonrası değişmeye başladığını, bu değişimde yeni kadroların ne derece payı olduğunu, ne tür kararların hangi değişiklikler sonrası ortaya çıktığını, hakim/savcı kadrolarının sistem içindeki rotasyonunu ve bu rotasyonların kararlara etkisini somut verilerle tespit ettiğimiz anda, kararları ile konuştuğu iddia olunan yargının, siyaset ile olan ilişkisinin müthiş bir fotoğrafını çekme şansını da yakalamış olacağız.

Şüphesiz ki bu tür bir çalışmanın, her bir farklı hukuk disiplini açısından ayrı ayrı yürütülmesi, yargının politik rüzgarların etkisine ne derece açık olduğunun, ne sıklıkta ve şiddette enfekte olduğunun tespiti açısından, çok yerinde bir çalışma olacaktır.

Bununla birlikte, konuyu biraz daha somutlaştırmak açısından, yazıyı idari yargının durumu ile sınırlayıp, yazının merkezini, insan ve çevre hakları mücadelesinde idari yargının aldığı pozisyona, bu mücadelenin bir parçası ve savunucu örgütü olarak baroların dava açma ehliyetlerinin ellerinden alınmasına yol açan idari yargı kararlarına ayıracağız.

Gerçekten de, yargıdaki yapısal değişikliklerden ne anlaşılması gerektiğinin doğru tespit edilmesi için, öncelikle Türkiye’de hukuk yapmanın ne anlama geldiğinin, hukukun ikili yapısının doğru tespit edilmesi şarttır.

Türkiye idare geleneği açısından hukuk yapma-uygulama süreci, idarenin bir takım kurallara uymayı ya da bazı davranış şekillerinden vazgeçmeyi taahhüt etmesi kadar, aynı zamanda o kuralları dolanma faaliyeti olarak ortaya çıkmaktadır.

Türkiye’de çevre ihlallerine karşı hukukun etkili bir savunuculuk yöntemi olarak kullanılmaya başlanması, daha doğru bir tespitle bu yöntemin kamu-

yunda görünür hale gelmesi, 1990'lı yılların ikinci yarısına tekabül etmektedir. 1990'lı yıllarla birlikte Türkiye, küresel enerji politikalarının bir yansıması olarak nükleer enerji tartışmalarıyla, Mersin Akkuyu'da yapılacak nükleer santralin ihale edilmesinin ardından tanışmıştır.

Yine bu yıllarda Muğla Kemerköy (Gökova), Yeniköy ve Yatağan termik santrallerinin çevresel etkisini ve yarattığı tahribatı gözardı eden uygulamalara karşı açılan davalar; siyanürlü altın aramaya karşı çıkan Bergamalı köylülerinin AİHM'e ulaşan hukuk mücadelesi, 1990'lı yıllarda gündeme oturan davalardan bir kaçı oldu.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası nitelikli mahkemelerin, bu gibi davalara yönelik olarak vermiş olduğu, Türkiye aleyhindeki hak ihlali kararları, basın ve kamuoyunda yankı buldu. Çevre ihlallerine karşı hukuk ve dava yolunun bir savunuculuk yöntemi olarak gelişmesine katkı sağladı.

Bununla birlikte, yukarıda ifade edilen savunuculuk pratiğinden zarar gördüğünü düşünen yatırımcı sınıf ve bu sınıfın temsilciliğini yürüten siyasi irade, bu pratiğin kendi iktidar alanlarında yarattığı "*mağlubiyetlerden*" kendi lehine dersler çıkarmasını bildi. Bu derslerin sonucunda:

- Savunuculuk mücadelesinin temel dayanağı olan çevre mevzuatı revize edildi. Kapsamı çevre aleyhinde sonuçlara yol açacak şekilde daraltıldı ve esnetildi. Çevre mevzuatında yapılan değişiklikler sonucunda, hukuk ve adalet sistemi, çevrenin ve doğanın tahribi yolunda bir araç haline getirildi.

- Çevrenin korunması hususunda, kendisine yasal sorumluluklar yüklenen idare, bu sorumluluğunu görmezden geldi ve çevresel sorunların yol açtığı toplumsal maliyeti göz ardı etti.

- İdareye karşı açılan davalarda, yargı süreçleri, yatırımcının savunuculuğunu idarenin üstlendiği bir yargılama istikametinde yol aldı. İdarenin desteklediği şirketlerin yatırımları adeta "*milli menfaat*" haline getirilirken, bu "*menfaate*" karşı duran hak savunucuları ise vatan haini olmakla itham edildi.

- Politik bir tercih ile yatırımcının yanında yer alan devlet, idari ve yargısal mekanizmasını ve güvenlik güçlerini, çevre ihlallerinden mağdur olan ya da olma riski taşıyan vatandaşlarının karşısına dikmekten çekinmedi;

- Devletin jandarma ve polis gücü, hak ihlallerine karşı çıkan savunuculara yönelik operasyonlarla, yatırımcı için '*sahayı temizlerken*', bazı medya organları ve kimi akademik çevreler, bu *temizliğin* toplumsal alanda meşrulaştırılması görevini üstlendi.

## İdari Yargıdaki Değişim Sürecinin Barolara Etkisi:

Görülebileceği üzere, yukarıda ana başlıklarla vermeye çalıştığımız değişim sürecinin, birçok alanda, farklı sonuçlara yol açması ve özellikle savunuculuk mekanizmalarında tahribata yol açması kaçınılmazdı. Bu tahribattan etkilenen kurumların başında ise barolar geliyor.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76 ve 95. maddelerinde yer alan “*hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma*” düzenlemesi nedeniyle, adeta bir kamu savunuculuğu görevi de yüklenen barolar, uzun yıllardan bu yana, insan hakları, kent ve çevre hakları ihlalleri gibi konularda davalar açmakta ve elde ettikleri kararlarla, kent, çevre ve insan hakları hukukunun gelişmesine ciddi katkılar sunmaktalar.

Baroların, özellikle çevre ihlallerine yol açan idari işlemlerin engellenmesi ve iptali amacıyla açtığı davalar, kaçınılmaz olarak barolar ile İdari Yargı'nın yollarının sık sık kesişmesine yol açmaktadır. İptal davasında davacının rolünün, hukuka aykırı işlemleri ortadan kaldırmak suretiyle, idarenin hukuka bağlılığını sağlamak ve böylece hukuk düzenini korumaktan ibaret olduğu dikkate alındığında, iptal davası - hukuk devleti ve baroların hukukun üstünlüğünü koruma görevi arasındaki üçlü ilişki, oldukça berrak bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ne var ki bu ilişki ve denge, politik iradenin idari yargı kurumunda, tercihleri doğrultusunda yaptığı değişiklikler sonrası ciddi bir dejenerasyon sürecine girmiştir.

Başbakan Yardımcısı Bülent Arınç'ın, dönemin Yargıtay Başkanı Nazım Kaynak'ın ardından sınıf arkadaşı Hüseyin Hüsnü Karakullukçu'nun Danıştay başkanlığına seçilmesi sonrası söylemiş olduğu “*Kurban olduğum Allah verdikçe veriyor*” sözleri<sup>1</sup>; Danıştay'ın 144. kuruluş yıldönümü nedeniyle TBMM'de verilen kokteylde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Taner Yıldız'ın, nükleer santrallere ilişkin kendisine sorulan bir soru üzerine, “*Bu konuda yasamanın, yürütmenin ve yargının yeknesak bir halde olduğunu görüyoruz. Bu bizim için sevindirici bir durum. Bu Türkiye'nin meselesi, hepimizin meselesi... O yüzden yasama, yürütme ve yargının tüm mensuplarına teşekkür ediyoruz*” demesi; akabinde, Danıştay Başkanı Karakullukçu'nun aynı soruyu “*Ne varsa durduruyoruz. Yok, durdurma yok artık. İlerleme var... Devletin, milletin lehine ne varsa yapılacak. Bunun lamı cimi yok. Öyle bir şey mi var? Onu durdur, bunu durdur. Durdurduk ne oldu?*” şeklindeki yanıtlaması<sup>2</sup>; yeni dönemde, yasama, yürütme ve yargının iç içe girdiği yeni bir ilişki biçimini müjdeliyordu (!).

1 <http://www.ntvmsnbc.com/id/25221404/> - 09.06.2011

2 <http://www.haberturk.com/gundem/haber/741543-danistay-baskanindan-nukleer-espri-11.05.2012>

Bu yeni dönemin Baroların savunuculuk faaliyetlerine yönelik olumsuz etkisi, çok geçmeden kendisini gösterdi.

İlk olarak, İzmir ve Balıkesir Baroları'nın 2011 yılı Mayıs ayı içerisinde ayrı ayrı olarak açtıkları, Gebze - Orhangazi - İzmir Otoyolu'nun ÇED raporu alınmadan inşaata başlamasına yönelik idari kararın ve ÇED Yönetmeliği'nin geçici 3. maddesinin iptal için açtıkları davada, Danıştay 14. Dairesi, İzmir Barosu için vermiş olduğu 15.07.2011 tarih ve 2011/13296 E. - 2011/450 K. sayılı ve Balıkesir Barosu için vermiş olduğu, 21.09.2011 tarih ve 2011/13742 E. - 2001/796 K. sayılı kararda, aynı gerekçelerle, her iki baronun da dava ehliyetlerinin bulunmadığına karar verdi.

Danıştay 14. Daire Başkanı'nın "*Baroların; mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır. Çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konularda dava açma ehliyetinin bu durum göz önünde bulundurulurken geniş yorumlanmak suretiyle saptanacağı, coğrafi alana bağlı kalınmayacağı, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır*" serhiyle, karşı oy kullandığı iki kararda da Danıştay 14. Dairesi, "*Baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden, Baronun avukatlık mesleğini ilgilendirmeyen ve avukatlık ortak menfaatlerini koruma amacı dışında kalan işlemleri dava konusu etmesi durumunda, bu davaların subjektif ehliyet koşulunun bulunmaması nedeniyle reddedileceği tabiidir*" diyerek, baroların bu tür davaları açamayacaklarını belirtti.

14. Daire'nin bu görüşüne göre barolar, hukukun üstünlüğü ve insan hakları ile ilgileneceklerdir, lakin bu ilgilene sadece ve sadece "*avukatın hukuki üstünlüğü*" ve "*avukatın insan hakkı*" konuları ile sınırlı olacaktır. Baroların subjektif ehliyeti konusunda böylesine zorlama bir yorumu hukuk dünyasında kabul edecek bir otorite var mıdır acaba?

Şüphesiz ki 14. Daire'nin bu kararları olduğu yerde durmadı. Hemen Danıştay Dergisi'nde yayınlandı. Ülkedeki farklı idare mahkemeleri'ne gönderildi ve neticede, kararın üzerinden geçen iki yıllık süre içinde, barolar tarafından açılan birçok benzer nitelikteki davada, ehliyetten ret kararları yağmaya başladı. İşte bunlardan bazıları:

- Danıştay 6. Dairesi, 29.11.2011 tarih ve 2009/15828 E.- 2011/4896 K. sayılı kararında, Bursa Barosu'nun açtığı imar planı iptali istemli davada, Bursa 1. İdare Mahkemesi'nin davayı kabul yönünde verdiği kararını, 14. Daire kararına atf yaparak, Baronun iptali istenen işlemle kişisel, güncel ve meşru bir hakkının ihlal olmadığı, yani bu tür davaları açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesi ile bozdu.



• Hemen akabinde, bir ay sonra, Bursa 1. İdare Mahkemesi, 27.12.2011 tarih ve 2011/1249 E. - 2011/1839 K. sayılı kararında, Bursa Barosu'nun Cargill şirketi ile ilgili bir başka plan iptali davasında, -Danıştay 6. Daire'nin daha önce vermiş olduğu ehliyetten ret kararının da etkisinde kalarak- bu sefer işi Danıştay'a bırakmadan, aynı gerekçelerle Baro'nun ehliyetli olmadığına karar verdi.

• Ankara 3. İdare Mahkemesi, 20.03.2012 tarih ve 2012/385 E. - 2012/415 K. sayılı kararında, İzmir Barosu'nun, demokratik gösteri ve eylemlerde kolluk tarafından kullanılan kimyasal gazların kullanımının yasaklanması istemli başvurusunun davalı idare tarafından reddine ilişkin idari işlemin iptali amacıyla açmış olduğu davada, İzmir Barosu'nun dava ehliyetinin bulunmadığına karar verdi.

• Yine Danıştay 6. Dairesi, 27.06.2012 tarih ve 2010/1097 E. - 2012/3815 K. sayılı kararında, Edirne Barosu'nun Trakya'nın geleceğine dönük yaşamsal karar ve notlar içeren 1/100.000 Ölçekli Trakya Alt Bölgesi Ergene Havzası Revizyon Çevre Düzeni Planı'nın iptali istemli açtığı davada, esasa girmesine, keşif ve bilirkişi incelemesi yapmasına rağmen, geçen 2 yılın sonunda, dava konusu plan dolayısıyla Edirne Barosu'nun menfaatinin ihlal edilmediği gerekçesiyle ehliyet yönünden ret kararı verdi.

Yine bu kararda, Danıştay 6. Daire Başkanı'nın, *“Bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının menfaat ilgisini kurdukları idari tasarrufları, iptal davası yoluyla idari yargı önüne getirmelerinin, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin sağlanmasıyla hukuk devletinin gerçekleştirilmesine hizmet edeceği; soruna bu açıdan bakıldığında, idari yargıya özgü bir dava türü olan iptal davasını açan gerçek veya tüzel kişilerin, dava açmakla ulaşmak istedikleri amaç bakımından klasik anlamda “davacı”dan farklı olduğu tartışmasızdır. Aksi yönde bir anlayış, iptal davasının ön koşullarında olan “menfaat ihlali”ni, “hak ihlali”ne yaklaşan bir tarzda yorumlama sonucu yaratır ki, bu durumun ne idari yargının varlık nedeni ile, ne de yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı açıktır...”* gerekçesi ile karşı oy kullanması, dikkate değer olmakla birlikte, sonucu değiştirmedir.

• Danıştay 8. Dairesi, 28/6/2012 tarih ve 2012/5253 E. - 2012/5939 K. sayılı kararında, Antalya, Aydın, Balıkesir, Bursa, Çanakkale, İzmir, Manisa ve Muğla Baroları'nın ortak açtıkları, Zeytincilik Yönetmeliği'nde değişiklik yaparak, zeytinlik sahaları başta madencilik olmak üzere, tarım dışı faaliyetlere açan idari düzenlemenin iptalini amaçlayan davada, baroların dava ehliyeti olmadığına karar verdi.

• Ve son olarak, İzmir 4. İdare Mahkemesi, 17.10.2012 tarihinde verdiği 2011/1204 E. - 2012/1812 K. sayılı kararında, İzmir'in Karşıyaka İlçesi sınırlarında, İzmir kent merkezine kuş uçuşu 5 - 6 km. mesafede olan bir alanda işletilmesi düşünülen Arapdağı altın madeni için verilen işletme ruhsatın ÇED kapsamı dışında tutulmasına dair kararın iptali için İzmir Barosu'nun açtığı davada, davanın iki yıla yakın bir süredir esastan devam etmesi ve dava edilen işlem ile ilgili yürütmenin durdurulması kararı verilmiş olmasına karşın, İzmir Barosu'nun bu davayı açma ehliyetinin bulunmadığına karar verdi.

İşin enteresan yanı, ehliyetten ret kararı verilen bu kararın çoğunun, aynı tornadan çıkmışçasına, aynı kelime ve cümlelerle yazılmış olmasıdır. Tıpkı, Danıştay 14. Dairesi'nin Gebze - Orhangazi - İzmir Otoyolu ile ilgili olarak açtığı davada vermiş olduğu ehliyetten ret kararına dair gerekçeyi, kes - kopya - la - yapıştır yoluyla, cümlesi cümlesine kendi kararına taşıyan Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin biber gazı kararında olduğu gibi...

Bu kararların birinde dahi, mahkemeler, davanın içerik ve boyutunu, bu içerik ve boyutun insan ve çevre hakları ile olan ilişkisini, baroların hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumak ve bu kavramlara işlevsellik kazandırma görevinin bu davalarda ne anlama geldiğini irdeleme gereği duymamışlardır.

Bu ülkeyi ilgilendiren birçok yasal düzenlemenin hazırlanmasında söz sahibi olan, yasama organı tarafından görüşüne başvurulmuş, hukukun, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında ve geliştirilmesinde vazgeçilemez ve devredilemez görev ve sorumlulukları olan savunmayı ve onun örgütlü gücü olan baroları, herhangi bir esnaf örgütünün dar kalıplarıyla yorumlamaya ve bundan sonuç çıkarmaya çalışmak, uluslararası hukuk ve Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlüklere saygılı bir yargılama alanından geriye gidişin göstergesi olması açısından, çok tehlikeli bir gelişmedir.

Oysa Baroların ehliyet sorununun sorun olmaktan çıktığına dair, geçmiş 10 yıllık süre içinde, özellikle Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ve Danıştay Daireleri tarafından verilmiş onlarca içtihat bulunmaktadır. Ardan 10 yılı aşkın bir süre geçtikten sonra, Danıştay Dairelerinin ve idare mahkemelerinin yeniden baroların ehliyetini tartışmaya açmış olması, yapısal değişiklik ile ne anlaşılması gerektiğine en çarpıcı örnektir.

Bu içtihatlardan bazılarında burada yer vermek, konunun anlaşılması açısından yerinde olacaktır:

• İzmir Barosu'nun Mimarlar Odası ile birlikte açmış olduğu Kordonboyu'nun, kordon otoyolu olarak dolgu yöntemiyle ortadan kaldırıl-

masına ilişkin idari işlemin iptali davasında, Danıştay 6. Dairesi, 1998 yılı Kasım ayında davanın kabulüne karar vermiş, ve bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu onama kararı ile kesinleşmiştir. Bu davada; İzmir Barosu'nun dava ehliyetinin bulunup-bulanmadığı tartışma konusu dahi yapılmamıştır. (*Danıştay 6. D. 24.11.1998 gün ve 1997/3489 E., 1998/5794 K.*)

• Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi T.A.Ş.'ye ait 5 çimento şirketindeki kamu hisselerinin bir özel firmaya satışına dair Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada; davacı olan Türkiye Barolar Birliği'nin davacı olabilme ehliyeti tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonunda; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2001 Mayıs ayında verdiği kararla, Türkiye Barolar Birliği'nin "davayı açmaya ehliyeti bulunduğu" karar verilmiştir. (*DİDDK.04.05.2001 gün ve 2001/315 E.-2001/420 K.*)

• Zonguldak'ın Alaplı İlçesi'ne bağlı Aydınayla köyü sınırları içinde kal-ker üretimi yapan şirketin üretimini esasında çevreye verdiği zararın giderilerek, üretiminde mevzuata uygunluğunun sağlanması, aksi takdirde işletme ruhsatının iptali istemli Zonguldak Barosu'nun açtığı davada, DİDDK'nın 2001 yılı Eylül ayında verdiği kararda Baro'nun dava ehliyetinin bulunduğuna karar verilmiştir. (*DİDDK., 14.09.2001 gün ve 2001/176 E., 2001/624 K.*)

• "Uludağ Kış Sporları Merkezi" ile ilgili işlemin iptali için açılan davada; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2003 yılı Haziran ayında verdiği kararda, Bursa Barosu'nun, yargı kararının uygulanmadığını öne sürerek dava konusu işlemin iptali istemiyle açtığı davada menfaat ilgisi bulunduğuna karar verilmiştir. (*DİDDK.06.06.2003 gün ve 2002/925 E., 2003/409 K.*)

• Yine Bursa Barosu tarafından, Orhangazi Açmätepe'de bulunan bazı par-sellerin Çimento Fabrikası Sanayi Alanı olarak belirlenmesine dair 1/25.000 ölçekli plan değişikliğine ilişkin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı işleminin ip-tali istemiyle açılan davada; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2004 yılı Nisan ayında verdiği kararda; hukukun üstünlüğünü ve kamu yararını koruma görev ve yükümlülüğü taşıyan meslek kuruluşu olan Bursa Barosu Başkanlığı'nın dava açma ehliyeti bulunduğuna karar verilmiştir. (*DİDDK 29.04.2004 gün ve 2001/553 E., 2004/528 K.*)

• DİDDK, 2004 yılı Kasım ayında verdiği kararında, tarihli daha sonraki bir kararında da, İzmir ili, Bergama İlçesi, Ovacık - Çamköy - Narlıca köyleri mülki hudutları dahilinde, bir madencilik şirketi tarafından siyanür liçi yöntemiyle altın çıkarılması amacıyla kurulan işletmenin faaliyetine izin verilmesine ilişkin 29.3.2002 günlü Bakanlar Kurulu Prensip Kararı'nın İzmir Barosu Başkanlığı tarafından, kesinleşmiş yargı kararını etkisiz hale getirmeyi amaç-ladığı ve çevre sorunlarına neden olabilecek nitelikte olduğu gerekçesi ile ip-

tali istemiyle açılan davada, “...*hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumakla görevli bulunan Baronun yargı kararının uygulanmadığını ve çevre sorunlarına yol açtığını öne sürdüğü bu idari işlemle menfaat ilgisinin bulunduğu açık olması nedeniyle bakılmakta olan davayı açmakta ehliyeti bulunduğu...*” karar vermiştir. (DİDDK., 7.10.2004 gün ve E. 2004/2163, K. 2004/788.)

• DİDDK, 2005 yılı Nisan ayında verdiği kararında, Sağlık Bakanlığı Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin ‘Örgün Eğitim Dışına Çıkarma’ başlıklı 41. maddesinin (d) bendinde yer alan “*fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak*” hükmü ile 46. maddesinde yer alan “*Uyarma, kınama ve mahrumiyet cezalarına itirazda bulunulamaz*” hükmünün, Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesine, kişinin dokunulmazlığı ilkesine, özel hayatın gizliliği ilkesine, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesine aykırı olduğu, öğrenim özgürlüğünü engellediği, söz konusu 41. maddenin (d) bendinde bekaret kontrolü yönünden var olan sakıncanın Genelge ile giderilemeyeceği, Yönetmeliğin bu hükmünün keyfi uygulamalara neden olabileceği ve dolayısı ile Yönetmeliğin 46. maddesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle İstanbul Barosu Başkanlığı tarafından iptali istemiyle açılan davada; “...*1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun Baro Yönetim Kurulu’nun görevlerinin sayıldığı 95. maddesinin 21. bendinde, Yönetim Kurulu’nun hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğunun belirlendiği, dolayısı ile hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunmakla görevli olan Baronun dava konusu işlemle menfaat ilgisinin açık olduğu...*” gerekçesiyle İstanbul Barosu’nun dava ehliyetini kabul etmiştir. (DİDDK., 7.4.2005 gün ve E. 2003/417, K. 2005/234.)

• Danıştay 6.Dairesi’nin 2008 yılı Mayıs ayında verdiği YD kararında, Muğla Bodrum Yarımadası’nın Bakanlar Kurulu Kararı ve Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişme Bölgesi Olarak Belirlenmesinin İptali İle Yürütülmesinin Durdurulması İstemi olarak, Muğla Barosu Başkanlığı’nın açmış olduğu davada, Muğla Barosu’nun yukarıda ifade edilen ve kanundan kaynaklanan görevleri kapsamında, dava ehliyetinin bulunduğuna karar vermiştir. (Danıştay 6. D. 20.05.2008 gün ve 2007/545 E.)

• DİDDK, 10.12.2009 tarihli yeni bir kararında, yüksek öğrenime girişte katsayı puanı uygulamasının kaldırılmasına yönelik kararın iptali amacıyla İstanbul Barosu’nun Danıştay 8. Dairesi’ne açtığı davayla ilgili olarak, davalı idarenin, davacı Baro Başkanlığı’nın dava açma ehliyetinin bulunmadığına yönelik itirazını, oldukça geniş bir perspektifte ve Baroların dava ehliyeti konusunda DİDDK’nın şu ana kadar verdiği içtihatları da karşılaştırarak değerlendirme fırsatı bulmuş ve “...*Eşitlik ilkesinin zedelendiği, kazanılmış hakların çiğnendiği, Anayasa’ya ve yasalara aykırı düzenleme yapıldığı, yargı*

*kararlarının uygulanmadığı savıyla açılan bu davada, işlemin hukuki niteliği ile hukukun üstünlüğünü koruma görev ve yükümlülüğü bulunan davacı Baro Başkanlığı'nın iddiaları birlikte dikkate alındığında davacının dava konusu kararlarla menfaat ilgisinin bulunduğu...” karar vermiştir. (DİDDK.,10.12.2009 gün ve 2009/1005 E.)*

• Son olarak, önemi nedeniyle özellikle sona bıraktığımız çok yeni tarihli, 31.01.2012’de verilen bir DİDDK kararını burada mutlaka dile getirmemiz gerekmektedir. Söz konusu karar, içinde Bursa Barosu’nun da yer aldığı, TMMOB’a bağlı birçok mühendis odası Bursa şubeleri, Bursa Tabip Odası, Eczacılar Odası, Diş Hekimleri Odası, çeşitli sivil toplum kuruluşları ve şahıslardan oluşan geniş katımlı bir davacı grubunun, Başbakanlık ile Kültür ve Turizm Bakanlığı aleyhinde açmış olduğu bir iptal davası ile ilgilidir.

Danıştay 6. Dairesi, 25.12.2006 gün ve E:2006/1842 - K:2006/6612 sayılı kararı ile davanın kabulüne ve işlemin iptaline karar vermiştir. Danıştay 6. Daire’nin bu kararı, temyiz incelemesi amacıyla DİDDK’nın önüne gelmiş ve DİDDK, 21.02.2008 tarih ve E:2007/581 - K:2008/235 sayılı kararı ile Danıştay 6.Dairesi’nin kararını onamıştır. Gerek Danıştay 6. Dairesi’nde görülen dava gerekse DİDDK’da görülen temyiz aşamasında Bursa Barosu’nun dava açma ehliyeti tartışma konusu olmamıştır.

Ne var ki davalı idareler, bu kez de DİDDK’nın onama kararına karşı yine DİDDK’ya karar düzelme talebinde bulunmuşlardır.

DİDDK’nın 31.01.2012 tarihinde yapılan oturumunda, daha önce gündeme gelmeyen Bursa Barosu’nun dava açma ehliyeti üzerine usul tartışması açılmış, yapılan oylamada, 35 üyeli DİDDK’nın, İkinci Daire üyesi iki, Beşinci Daire üyesi dört, Sekizinci Daire üyesi iki, Onbirinci Daire üyesi iki, Onikinci Daire üyesi bir, Onüçüncü Daire üyesi iki, Ondördüncü Daire üyesi iki ve Onbeşinci Daire üyesi iki hakim olmak üzere, toplam 17 üyesi, davacı Bursa Barosu’nun dava açma ehliyeti bulunmadığı yönündeki oylarına karşı, 18 üyenin Bursa Barosu’nun dava açma ehliyetinin bulunduğu yönünde karar vermesi üzerine, davanın esasına geçilmiş ve davalı idarelerin karar düzeltme talebi reddedilmiştir.

Görüleceği üzere, DİDDK’nın bu kararında Bursa Barosu’nun dava açma ehliyeti, 18’e 17 gibi son derece kritik bir oy oranı ile kabul edilmiştir. Söz konusu karar tarihinden sonra geçen süre içinde, oylama esnasında lehe oy veren kimi üyelerin emekli olması, DİDDK’da temyiz incelemesi için sıra bekleyen, baroların dava açma ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle reddolunan davaların temyiz incelemesi esnasında, heyetin yeni üyelerle nasıl şekilleneceği ve söz konusu oy oranının ne şekilde değişeceği, haklı bir merak uyandırmaktadır.

Kaldı ki, DİDDK'nın 31.01.2012 tarihli bu kararına rağmen, yukarıda açıkladığımız üzere, Danıştay 6. ve 8. Daireleri ile Ankara 3. ve İzmir 4. İdare Mahkemeleri, 2012 yılının üçüncü, altıncı ve onuncu aylarında, yani sözkonusu DİDDK kararından sonra, Bursa Barosu'nun açmış olduğu davaya benzer nitelikli iptal davalarında, Antalya, Aydın, Balıkesir, Bursa, Çanakkale, Edirne, İzmir, Manisa ve Muğla Baroları'nın dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı yolunda kararlar vermekten çekinmemişlerdir.

“Yasa Koyucu” Ne işe Yarar ?

Hukuk Fakültesinde okuyan her öğrencinin öğreneceği ilk kurallardan birisi de yasaları sadece lafzıyla değil ruhuyla da değerlendirmek ve yasa koyucunun neyi amaçladığını dikkate almaktır. Peki, bir yasal düzenlemeye kim ruh üfler? Yasa Koyucu kimdir?

Şüphesiz ki bu soruya, dahil olduğunuz ideolojik-politik çerçeve içinde vereceğiniz oldukça çok ve farklı cevap bulunmaktadır. Bununla birlikte, herhangi bir politik angajmana mahal vermeden söylemek gerekirse, siyaset bilimi “*Yasa Koyucu*” denilen şeyin, “*Meclis İradesi*” olduğunu söylemektedir. Yani, -yine seçme ve seçilme üzerine herhangi bir polemige girmekten uzak kalarak ifade etmek gerekirse- seçmen iradesinin, vekilleri eliyle somutlaştığı “*Parlamento*”.

Bu tespiti yaptıktan sonra, baroların ehliyeti konusunda karanlıklar kapısını açan Danıştay 14. Dairesi'nin kararına döner isek; kararda aynen şöyle denmektedir: “*Baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden, Baronun avukatlık mesleğini ilgilendirmeyen ve avukatlık ortak menfaatlerini koruma amacı dışında kalan işlemleri dava konusu etmesi durumunda, bu davaların subjektif ehliyet koşulunun bulunmaması nedeniyle reddedileceği tabiidir*”.

İşte bu “*tabiidir*” kelimesindeki vurgu, verdiği kararın doğruluğuna duyulan güven tınısı, kanunun ruhunu değil ama idari yargıdaki yeniden yapılanmanın ruhunu açık etmektedir.

14. Daire'nin kararından yapmış olduğumuz sözkonusu alıntı, yukarıda izah edildiği gibi, benzer nitelikli davalarda baroların ehliyetinin bulunmadığının şablon gerekçesi haline getirildiğinden, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76 ve 95. maddesinde ifade edilen “*hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma*” görevinin ne anlama geldiğinin, ne amaçla Avukatlık Kanunu'nda yer aldığının bir kez daha ve ciddi bir şekilde izah edilmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Gerçekten de sözkonusu kararlarda, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu md.76 ve 95'te yer alan düzenlemelerin, "...Baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi..." gerektiği, iddia edilmektedir.

Bu çerçevede şunu açıklıkla söylemeliyiz ki gerek 14. Daire, gerekse 14. Daire'nin bu kararını dayanak yapan diğer mahkeme ve daireler, aslında Yasa Koyucu'nun yani TBMM çatısı altında cisimleşmiş iradenin yerine geçerek, Yasa Koyucu'nun barolara "*hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma*" görevi verirken neyi amaçladığını, bu iradenin ne olması gerektiğini, yani kanunun ruhunu kendisi belirlemeye çalışmaktadır. Bu durum, açık bir irade gaspı halidir ve aynı zamanda Anayasal suçtur.

Barolara "*hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma*" görevini getiren yasal düzenleme, 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı "*Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" ile mümkün olmuştur.

Bu Kanun ile 1136 Sayılı Kanun'da değişikliğe gidilmeden önce de, gerek 1136 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu'nda, gerekse 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda, barolara avukatlık mesleğinin geliştirilmesi kapsamında zaten yasal görevler yüklenmiştir. Yani Yasa Koyucu, 4667 sayılı Kanun ile hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma düzenlemesini yapmamış olsaydı dahi, baroların mesleğin gelişimiyle ilişkin görevlerine dair birçok yasa maddesinin bulunduğu, gözden kaçırılmamalıdır. Somut olarak örnek vermek gerekirse:

• Yürürlükten kalkan 3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu'nun baro yönetim kurullarının görev ve yetkilerini düzenleyen 73. maddesinin (A) bendinde, "*Avukatlık vakar ve haysiyetinin muhafazasına, mesleğin adalet gayelerine uygun olarak sadakat ve şerefle icrasına nezaret etmek*"; mesleğin geliştirilmesi kapsamında barolara yüklenen bir görev olmuştur.

• Aynı şekilde, 4667 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmasından önceki haliyle 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun baroların kuruluş ve niteliklerini düzenleyen 76. maddesinin ilk paragrafında, "*Barolar; bu kanunda yazılı esaslar uyarınca meslek hizmetleri görmek, mesleki ahlak ve dayanışmayı korumak, avukatlığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amacıyla kurulan tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır*" denilmek suretiyle;



• Baro yönetim kurullarının görev ve yetkilerini düzenleyen 95. maddesinin 1. bendinde “*Avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, meslek adalet amaçlarına uygun olarak bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamak*”;

• Ve aynı maddenin 4. bendinde, “*Meslekî ödevler hususunda baro mensuplarına yol göstermek ve onlara bilgi vermek ve meslekî görevlerin yapılıp yapılmadığını denetlemek*”; denilmek suretiyle Baroların mesleğin gelişimindeki görevleri bir kez daha vurgulanmıştır.

Görüleceği üzere, Yasa Yapıcı’nın 4667 sayılı Kanun ile barolara “*hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma*” görevini yüklemesinin ardında, “*...Baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi*”nin dışında bir niyeti ve iradesi olduğu açıktır.

Gerçekten de 4667 sayılı Kanun’un 46. maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 76’ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

*“Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.”*

Yine 4667 sayılı Kanun’un 55.maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun, baro yönetim kurullarının görevlerini düzenleyen 95’inci maddesinin (4) numaralı bendi “*Mesleki ödevler hususunda baro mensuplarına yol göstermek ve onlara bilgi vermek ve mesleki görevlerin yapılıp yapılmadığını denetlemek, mesleğe ve meslek mensuplarına yönelik hak ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşlarını savunmak, bu konularda her türlü yasal ve idari girişimde bulunmak*” şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya eklenen (21) numaralı bentle, baro yönetim kurullarına şu görev yüklenmiştir:

*“21. Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak,”*

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, Yasa Yapıcı’nın 4667 Sayılı Kanun ile baroların mesleki işlerine dair görevlerini hem daha detaylı bir şekilde düzenlediğini ve bunun yanında barolara **Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak,**” görevi ve yetkisi verdiğini, açıkça görmekteyiz.

Yani Yasa Koyucu, 4667 sayılı Kanun ile barolara “*hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma*”



görevini yüklerken, mesleğin iç işleyişinin ya da mesleki gelişiminin düzenlenmesi niyetinden farklı bir irade ile hareket etmektedir.

Bu durumda, Yasa Koyucu'nun, yani TBMM'nin bu düzenlemeyi yaparken taşıdığı iradenin, yani kanunun yapılış amacının/ruhunun ne olduğunun iyi tespit edilmesi, baroların dava ehliyeti sorununun çözümünde önemli bir noktayı işgal etmektedir.

Yasa Koyucu'nun iradesinin ne şekilde somutlaştığını görmek için bakacağımız yer, şüphesiz ki TBMM Genel Kurulu tutanaklarıdır. 4667 sayılı Kanun hakkındaki Meclis görüşmeleri 01.Mayıs.2001 Salı günü, 21. Dönem 3. Yasama Yılı'nın 94. Birleşimi'nde gerçekleşmiştir.

Bu birleşimin ikinci oturumunda, 4667 sayılı Kanun tasarısını hazırlayan Adalet Komisyonu üyesi milletvekilleri söz alarak, Avukatlık Kanunu'nda yapılan düzenlemeler ile ilgili olarak gerekçelerini Meclis'e anlatmışlardır. Komisyon adına söz alan Doğru Yol Partisi Amasya Milletvekili Ahmet İyimaya, Barolara hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma görevini niye yüklediklerini şu şekilde ifade etmiştir: *Değerli arkadaşlar. Bu noktada dikkatlerinize sunmam gereken bir husus, Barolar ve Barolar Birliği'nin şu ana kadar avukatlık tarihimizde üstlenmediği bir görev veriliyor kendilerine; o da, insan haklarının korunması ve insan haklarının Baro bakımından ve o araçla üstünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması görevi. Bu görev, gerçekten, bu yasaya reform mührünü veya damgasını vurdurtacak önemli bir yeniliktir. İnsan haklarının ihlal edildiği hallerde - ceza olsun, hukuk davası olsun, diğer davalar olsun, eylem olsun, işlem olsun, hatta yasa olsun- Barunun ve Barolar Birliği'nin doğrudan müdahale hakkı ortaya konulmaktadır. O hakla, o yetkiyle donatılmış olmaktadır ki, Türk insan haklarının, bizim insan hakları rejimimizin dönüştürmesini sağlayacak önemli manivelalardan, dinamiklerden birisidir...*" (94. Birleşim Tutanakları, shf. 52 - 54).

Avukatlık yasası'nın görüşüldüğü Meclis Görüşme Tutanakları toplam 99 sayfadır ve bu tutanaklar içinde, yukarıdaki alıntının haricinde, Baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma görevinin ne anlama geldiğini ifade eden onlarca benzer görüş bulunmaktadır. Sözkonusu tutanaklara TBMM'nin internet sayfası üzerinden ulaşmak mümkündür.

Yukarıda yazmış olduklarımız ve bu yazdıklarımızın gerekçesini oluşturan mahkeme kararları, kanuni düzenlemeler ve TBMM görüşme tutanakları, baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma görevinin gereği olarak, tartışmasız bir şekilde sahip olduğu dava açma ehliyeti konusunda lafla peynir gemisi yürütmek isteyen İdari Yargı'nın, iş ruha geldiğinde, Mephistofeles ile pazarlığa tutuşan Faustus'tan bir farkının kalmadığını ortaya koymaktadır.

## Kamu İhalelerinde Temel İlkelere Aykırılık: "Özel Şartnameler"

■ E. Barış GÜLDOĞAN\*

10.07.2012 - İzmir

### GİRİŞ

İdare, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ülke içinde ve dışında kamu kesimi ve özel kesimle mal ve hizmet alım satımı, kiralama gibi ilişkiler kurmakta ve bu ilişkilerini belli bir usul dairesinde yürütmektedir. İdari usulün özel bir yansıması olarak da nitelendirilebilecek olan ihale usulü, kamunun ihtiyaçlarının en iyi şekilde karşılanmasını sağlamak için öngörülmüş bir yoldur. Bu yolla, çoğu kez tek yanlı işlemler yaparak bireylerle karşı karşıya gelmekten kaçınan idarelerin, belirli bir sistem dahilinde faaliyetlerini sürdürmeleri, böylece güvenilir ve şeffaf idare hedefine ulaşmalarının amaçlandığı söylenebilir.

Dünyanın birçok gelişmiş ülkesinde idarenin işlem ve eylemlerinin önceden belirlenmiş bir usulde yapmasının sağlanması yönündeki taleplerin karşılanması amacıyla, birbirinden farklı olarak görünen idari faaliyetlerin mümkün olduğu kadar aynı şekil ve usul kurallarına bağlanmasının gerekli ve yararlı olduğu gerek hukuk teorisi gerekse hukuk politikası açısından kabul edilerek "İdari Usul Kanunu" adı altında yasal düzenlemeler yapılmış ve uygulamaya geçmiştir.<sup>1</sup>

Ülkemizde ise idari işlemin yapılış usulü genel ve idari usul kanunu altında düzenlenmemiş, birkaç özel düzenleme dışında tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır. Mevzuatımızda, idari usul öngören kanunlar Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu gibi kanunlardır. Bunların dışında idarenin çalışma usulleri yargı içtihatları sonucu belirlenen ilkeler doğrultusunda bizzat idare tarafından belirlenmektedir.<sup>2</sup>

İdari usul bakımından, idarenin açıklığı, tek yanlı karar alma sürecinde gizliliğin kaldırılması, idari işlemlerin yapılması usulünün "saydamlığa" kavuştu-

\* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1 Gürsel Özkan, "İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa'da İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:II, S:1-2, 1998, s.281

2 Gürsel Özkan, a.g.k., s.286

rulmasıdır. “Açıklık” ile, idarenin tek yanlı işlem yapma gücü karşılıklı olarak dengelenecektir. Böylece, idare daha sağlıklı karar alma imkanına kavuşmuş olacaktır. Buna karşılık işlemin yapılaş sürecini görebilen, izleyebilen, katılabilen bireyin “güveni” artacaktır.<sup>3</sup>

Duran, idare usulünün ilke ve esaslarını şu şekilde sıralamaktadır: Açıklık ilkesi, katılım ilkesi, inceleme ve araştırma ilkesi, dürüstlük ve içtenlik ilkesi, hukuki güvence ilkesi ve en sonunda hepsini etkileyen denge ilkesi. Denge ilkesi ile kastedilen, usuli kuralların düzenlenmesinde bireylerin hak ve özgürlükleri ile idarenin sorumlulukları arasında dengenin gözetilmesi gerektiğidir.<sup>4</sup>

2886 sayılı kanunda ihalenin açıklık içinde yürütülmesi gerektiği belirtilerek, idari usulün en önemli ilkesi ve şeffaf yönetimin güvencesi olan “Açıklık İlkesi”ne ihalenin yapılmasında temel ilke olarak yer verilmiştir. 4734 sayılı kanunda ise, açıklık kelimesi yerine yukarıda belirttiğimiz “Saydamlık” kelimesi kullanılmış; ayrıca ihalelerde güvenilirliğin esas olduğu vurgusuyla da, idarenin, sorumluluğunu yerine getirmede hassasiyetle hareket ederek bireylerle güven vermesi gerektiği temel ilke olarak benimsenmiştir.

İdarenin sözleşme yapmasının oluşum safhası aleniyet, yani açıklık prensibinin doğal bir neticesi olan ilanla başlar. Aleniyetin ikinci vasıtası da ihale işlerinin aleni yapılmasıdır.<sup>5</sup> Açıklık ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak; her iki kanunda gerek ihalenin yapılmasından önce gerekse de ihalenin yapılması sırasında kapsamlı kurallara yer verilerek, ihalenin açıklık içinde yürütülmesinin amaçlandığı görülmektedir. Örneğin, ihalenin ilanı 2886 sayılı kanunun 17. maddesinde, 4734 sayılı kanununda 13. maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiş, ilgililerin çok sayıda katılımı ve geniş kitlelerin bilgilendirilmesi amaçlanmıştır.

4734 sayılı kanunda, ihalenin daha geniş kesim tarafından duyulması, isteklilerin ihale için öngörülen bilgi ve belgeleri daha iyi hazırlayabilmesi amacıyla ilan süreleri uzun tutulmuş ve genel olarak ihalelerin Resmi Gazete’de ilan edilmesi esası benimsenmiştir. Yine, Kamu İhale Kanununda normal ilan usulleri yanında, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) imkanı da getirilmiştir.

Devletin ve idarenin menfaati idare sözleşmelerine çok sayıda isteklinin katılmasını gerektirmektedir. Esasen, aleniyetten ve bunun esaslı bir şekli olan ilandan maksat da budur. Bu itibarla, gerek Devlet İhale Kanunu’nda gerekse

3 Gürsel Özkan, “İdari Usul”, s.28

4 Lütfü Duran, “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s. 28

5 Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları III, İstanbul Hak Kitabevi, 1967, cilt 3, s.1620

de Kamu İhale Kanununda ihaleye rekabet serbestisi içinde çok sayıda isteklinin katılımını sağlamak temel ilke olarak kabul edilmiştir. Rekabet serbestisini ihlal edecek fiil ve davranışlar, ister kamu görevlisinden isterse ihaleye katılacak olandan gelmiş olsun suç sayılmıştır. Nitekim, 4734 sayılı kanunun "Yasak Fiil ve Davranışlar" başlıklı 17. maddesinde, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak yasaklanmış, fiil ve davranışın niteliğine göre cezai müeyyideler öngörülmüştür.<sup>6</sup>

Bu çalışmada, kamu ihalelerinin yasalarla belirlenen temel ilkeleri çerçevesinde hazırlanması gereken ihale şartnamelerinin, temel ilkelere aykırı bir şekilde hazırlanarak belli bir ve/veya birkaç ihale katılımcısını işaret eden "Özel Şartnameler" konusu incelenecektir.

## 2- DEVLET İHALE KANUNU

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 1.maddesinde kanunun kapsamı gösterilmiştir. Buna göre "*Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.*"

2886 sayılı Kanun, öncelikle genel bütçe ile idare edilen dairelerin (Örneğin, TBMM Başkanlığının, Cumhurbaşkanlığının, Başbakanlığın, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Sayıştay, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ve tüm bakanlıkların) sözleşmelerine uygulanacaktır. Ayrıca, 2886 sayılı Kanun katma bütçeli idarelerin (Örneğin, Karayolları Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, DSİ Müdürlüğü, YÖK ve Üniversiteler) sözleşmelerine de uygulanacaktır.

Mahalli idarelerden İl Özel İdareleri ve Belediyeler 2886 sayılı kanun kapsamında sayılmakta iken, diğer bir mahalli idare olan köyler kanun kapsamına alınmamıştır.

### Devlet İhale Kanunu'nda Öngörülen Temel İlkeler

2886 sayılı yasada "İlkeler" başlıklı ikinci maddesinde, Devlet İhale Kanunu'nun temel ilkeleri belirtilmiştir. Buna göre "*Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır.*"

Yine yasanın beşinci maddesinde "İhaleye Katılabilme Şartları" başlıklı maddesine göre "*Bu kanuna göre yapılacak ihalelere katılabilmek için kanuni*

6 Aydın Akgül, Devlet İhale Kanunu'ndan Kamu İhale Kanununa, s.1,4

*ikametgah sahibi olmak, gerekli nitelik ve yeterliği haiz bulunmak, istenilen teminat ve belgeleri vermek zorunludur.”*

Buna göre, 2886 sayılı yasaya göre yapılacak olan ihalelerde öngörülen temel ilkeler Őunlardır:

### **I-Rekabet İlkesi**

Bu ilke ile ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılması ve isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmadan tekliflerini yapabilmeleri amaçlanmıştır. Bu sayede idarenin ihaleyi en uygun Şartlarda yaparak kamu zararının önlenmesi hedeflenmiŐtir.

Rekabet ilkesinin gerçekleŐmesini engellemeye yönelik çeşitli fiiller için, yasanın 83 ve devamı maddeleri gereğince çeşitli müeyyideler öngörülmüştür.

Bu bağlamda yasanın, yönetimin gereksinimleri giderilirken, ilgililer arasında rekabeti sağlayacak yöntemlerin uygulanmasını benimsediğini söyleyebiliriz. Rekabeti bozucu davranışlar kimden gelirse gelsin suç sayılmıştır.<sup>7</sup>

### **II-Açıklık İlkesi**

Açıklık ilkesi ile yapılacak ihalelerin gizli kapılar arkasında yapılması engellenmek istenmiştir. Bunun için, yasada özel haller için öngörülen istisnalar dışında, yasanın 17. maddesinde ihalenin yapılacağı yerdeki ilanlar, diğer Őehirlerde yapılacak ilanlar, Resmi Gazete ile yapılacak ilanlar Şeklinde getirilen düzenlemeler ile herkesin yapılacak ihalelerden haberdar edilmesi amaçlanmıştır.

### **III-Uygun Şartlarda ve Zamanında Karşılanması İlkesi**

Bu ilkeyle ihale sonucunda en uygun bedelin bulunması amaçlanarak ihalenin kamuya en az külfet veya en iyi gelir getiren bedeli teklif edende bırakılması sağlanmak istenmiştir. Kanunun 28. maddesinde artırmalarda uygun bedelin, tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere teklif edilen bedellerin en yükseği olduğu, eksiltmelerde uygun bedelin tahmin edilen bedeli geçmemek Şartı ile, teklif edilen bedellerin tercihe layık görüleni olduğu belirtilmiştir.

2886 sayılı yasanın 2. maddesinin 4. fıkrasına göre “*İhaleler kesin zaruret olmadıkça işin mahiyetine göre en uygun fiyatla temini mümkün olan mevsimlerde yapılır.*” hükmü getirilerek, yapılacak ihalelerden en uygun teklifin elde edilebilmesi için ihale konusu iş için en uygun teklifin alınacağı mevsimde ihalelerin yapılması ilkesi benimsenmiştir.

---

7 Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1991, s. 178

#### IV- Gerekli Niteliği ve Yeterliliği Haiz Bulunmak İlkesi

2886 sayılı yasanın "İhaleye Katılabilme Şartları" başlıklı 5.maddesinde belirtilen ihaleye katılabilme için gerekli niteliği ve yeterliliği haiz bulunmak gerektiği belirtilmiştir. Yasanın 16. maddesine göre, bu nitelik ve yeterliliklerin neler olacağına şartnamede gösterileceği hükme bağlanmıştır.

#### 3- KAMU İHALE KANUNU

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 1. madde hükmü ile kanunun amacı kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu vurgulanmıştır.

4734 sayılı kanunun 2. maddesinde ise kanun kapsamında olan kuruluşlar şu şekilde belirtilmiştir: Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler veya tüzel kişiler, KİT'ler, sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunla kurulmuş ve kendilerine özel kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar, bağımsız bütçeli kuruluşlar, yukarıda sayılan kuruluşların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

Köyler, 4734 sayılı yasa kapsamına alınmamıştır.

4734 sayılı yasa kapsamında olan kurumların mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri bu kanun hükümlerine göre yürütülecektir.

4734 sayılı kanunun "Uygulanmayacak Hükümler" başlıklı 68. maddesinin (a) bendinde "Bu kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı" belirtilmiştir.

Bu hüküm ile 4734 sayılı kanunun, 2886 sayılı kanunu tamamen yürürlükten kaldırmadığı, sadece 2886 sayılı yasanın kapsamını daralttığını görmekteyiz. Bu durumda 4734 sayılı kanuna tabi idarelerin, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde 4734 sayılı kanun hükümleri uygulanmakta, belirtilen işler dışında satım ve kiraya verme gibi konularda ise 2886 sayılı kanun hükümleri uygulanmaya devam etmektedir.

Bu da kamu kurumları için iki ayrı ihale kanununun uygulanmaya devam ettiği gibi iki başlı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu konunun en yakın za-

manda giderilerek tüm kamu ihalelerinin tek yasa altında düzenlenmesi gerekmektedir.

### **Kamu İhale Kanununda ngrlen Temel İlkeler**

4734 sayılı kanunun ‘‘Temel İlkeler’’ başlıklı 5. maddesinde yasa kapsamında yapılacak olan ihalelerde temel ilkeler sayılmıştır. Buna göre, idareler bu kanuna göre yapacakları ihalelerde,

I. Saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlayacaklardır.

II. Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birarada ihale edilemeyecektir.

III. Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara blnemeyecektir.

IV. deneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye ıkılamayacaktır.

İhaleye katılmak için yeterlilik şartları yasanın 10. maddesinde sayılmıştır.

Bu çalışmada yasanın bu temel ilkelerine aykırı olarak hazırlanan özel şartnameler incelenecektir.

### **4- şARTNAMELER**

4734 sayılı yasanın 12. maddesinde şartnameler düzenlenmiştir. Buna göre, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanır veya hazırlattırılabilir.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan Teknik şartnamelerde yer verilir. **Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır.**

Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. **Belli bir marka, model, patent, menēei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.**

Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde "veya dengi" ifadesine yer verilerek şartıyla marka veya model belirtilebilir.

## 5- ÖZEL ŞARTNAMESLER

Yasanın bu hükmüne göre, şartnamelerde belirlenecek olan teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği engellemeyecek, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün isteklileri için fırsat eşitliğini engellemeyecektir.

Yine, Teknik Şartnamelerde teknik özellikler ve tanımlamalara yer verilirken, belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemeyecek ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.

Ancak, buna rağmen hazırlanan şartnamelerde belirtilen teknik kriterler ve tanımlar yakından incelendiğinde, bu teknik kriter ve tanımlamaların belli bir veya birkaç firmayı işaret ettikleri görülebilmektedir.

Bu durum, ihaleye tek veya sınırlı sayıda isteklinin katılmasına sebep olmakta ve dolayısıyla saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri engellenmektedir.

Uygulamada "Özel Şartnameler" olarak ifade bulan bu durum, ihale öncesinde ihaleye katılmak isteyen, genellikle bir ve bazen de firmaların anlaşması ile birden fazla isteklilerin, ihale komisyonunda yer alan bir veya birden fazla kişi ile önceden anlaşarak yarattıkları bir durumdur.

Örneğin, ihale için aranan biyosidal ilacın etkinlik süresinin 40 gün olacağı teknik şartnameye yazılmaktadır. Aynı özellikleri taşıyan ve etkinlik süresi 40'in altında olan (misal 30, 35 gün) başkaca biyosidal ilaçlar piyasada bulunmaktadır. Şartnamede biyosidal ilacın etkinlik süresinin 40 gün olacağını yazılmış olması sebebiyle etkinlik süresi 40'in altında olan biyosidal ilaçlara sahip diğer firmalar ihalelere katılmamaktadır. Biyosidal ilaçlara ruhsat veren Sağlık Bakanlığı nezdinde yapılacak olan bir araştırma ile 40 gün etkinlik süresine sahip olan ilacın sadece bir veya sınırlı sayıda firmada bulunduğu anlaşılabilmektedir. Tabii burada şu husus ön plana çıkmaktadır. 40 gün etkinlik süresi arayan kamu kurumu, sözkonusu biyosidal ilacı 10 veya 15 gün aralıklarla veya daha kısa sürelerle uygulamaktadır. Yani, ilacın uygulanmasından sonra 40 gün beklenmemektedir. Bu durumda, teknik şartnamede biyosidal ilacın etkinlik süresinin 40 gün olması gerektiği ile ilgili maddenin yer almasının hiçbir anlamının olmadığı çok net bir şekilde anlaşılmaktadır.

Örnekteki olayda ihaleye katılan istekli sayısının az olması sebebiyle, söz-



konusu ilaç, değerinin çok üstünde bir bedel ile kamu kurumuna satılmaktadır. Teknik Şartnameye konulan bu hüküm ile rekabet, eşit muamele, kaynakların verimli kullanılması ve ihtiyaçların uygun Şartlarda karşılanması temel ilkele-  
rinin açıkça ihlal edildiği çok net bir Şekilde anlaşılmaktadır.

## 6- İHALELERE KARŞI BAŞVURU YOLLARI

İhale aşamasında yapılan bu zel Şartnameler ile ilgili olarak yasal başvuru yollarına gidilebilir.

2886 sayılı kanuna göre ihale, işin istekliler arasından seçilecek birisi ze-  
rine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan **sözle-  
meden önceki işlemleri** ifade etmektedir.

4734 sayılı kanuna göre ihale, mal veya hizmet alımları ile yapım işleri-  
nin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale  
yetkilisinin onayını **müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan iş-  
lemleri** ifade etmektedir.

2886 sayılı kanuna göre yapılan ihalelere karşı yapılacak Şikayet veya iti-  
razlarla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

4734 sayılı yasaya göre, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylem-  
ler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının  
muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu  
kanunda belirtilen Şekil ve usul kurallarına uygun olmak Şartıyla Şikayet ve  
itirazın Şikayet baŐvurusunda bulunabileceklerdir.

Şikayet ve itirazın Şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi  
zorunlu idari başvuru yollarıdır.

Şikayet başvuruları idareye, itirazın Şikayet başvuruları kuruma hitaben  
yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır.

Şikayet ve itirazın Şikayet başvuruları kanunun 55 ve 56. maddelerinde  
açıkça gösterilmiştir.

Kanunun 57. maddesine göre, Őikayetler ile ilgili Kamu İhale Kurum tara-  
findan verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava ko-  
nusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür.

İhalelere Yönelik BaŐvurular Hakkında Tebliğin 17. maddesine göre “4734  
sayılı kanunun 57. maddesi uyarınca Kurul kararları idare yargı mercilerinde  
dava konusu edilebileceği...” hükme bağlanmıştır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 01.11.2001 tarih ve 2001/2801 E - 4934 K sayılı kararına göre "...devlet ihalesinde sözleşmenin yapılması aşamasına kadar ortaya çıkan çekişmelerin giderilme yeri idari yargı, sözleşmenin yapılmasından doğan uyumsuzlukların çözüm yeri adli yargıdır."

## 7- KAMU İHALE KURUMU

4734 sayılı kanunla verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve malî özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kamu İhale Kurumu, bu kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir.

Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık Maliye Bakanlığıdır. Kurumun merkezi Ankara'dadır. Kurum, görevini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.

Kamu İhale Kurumu; Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşur. Kurumun karar organı biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere dokuz üyeden oluşan Kamu İhale Kuruludur. Kurul Başkanı, Kurumun da başkanıdır. Kurul kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz.

## 8- KAMU İHALE KURULUNUN EMSAL KARARLARI

### a) Şartnamede Tek Firmanın İşaret Edilmesi - 1

"İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle; teknik şartnamenin 3.1'inci maddesinde; *"Anatomik olarak lezyon lokalizasyon ve füzyon görüntüleme için BT sistem dedektörü en az 16 sıralı (slice) olmalı veya flat dedektör teknolojisine sahip olmalıdır. SPECT sistemi ile entegre olmalı ve tam bir uyum içerisinde çalışmalıdır."* düzenlemesinin yapıldığı, bununla **bir firmanın, çok ucuz ürünleri teklif edebildiği, bundan dolayı diğer firmaların rekabet etme imkânı bulunmadığı**, flat dedektör özelliğinin mühim bir teknolojik özellik olmadığı gibi sadece tek firmada bulunduğu, bu ibarenin, firmalar arası rekabeti engellemekle kalmayıp, aynı olmayan iki teknolojiyi birlikte tuttuğu, bir SPECTBT sisteminde diagnostik, spiral bir BT sisteminin olması ile flat dedektör bir teknolojiye sahip olması arasında farklar bulunduğu, firmalarının bu farklılıklardan dolayı ve de SPECTBT üreticisi tüm firmaların cihaz portföylerinde 16 kesitli SPECTBT olmasından kaynaklı idareye zeyilname talebinde bulunduğu, talebin kabul edilmesi hâlinde rekabetin sağlanabileceği iddia edilmektedir.

...teknik şartnamenin şikâyete konu maddesindeki düzenlemenin rekabeti engelleyici nitelikte olduğu ve ihalenin iptalini gerektirdiği..." (27.06.2012/ UH.I-2682)

## b) Şartnamede Tek Firmanın İşaret Edilmesi - 2

“İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle; ihalenin 1. kalem biyokimya alımı için 13.04.2012 tarihinde zeyilname talebinde bulunulduğu, idarenin cevabının ihale saatinden sonra ellerine ulaştığı için ihaleye teklif veremedikleri, **ihalede belirtilen cihaz hızlarının azaltılmasında Roche Diagnostics firmasının teklif ettiği cihaz hızlarının birebir yazıldığı** ve açık bir şekilde avantaj sağlayacak şekilde değiştirildiği, 1. kalem Biyokimya grubuna Roche Diagnostics A.Ş. firmasından başka teklif verilmediği, rekabet ortamı oluşturulamadığı ve hastanenin mevcut çalıştığı sistemden daha küçük ve yavaş bir sistem alındığı ve yaklaşık 40.000 TL kamu zararına yol açıldığı, gerçek rekabet ortamının oluşturulması adına ortak cihaz hızlarının yer aldığı bir şartnamenin oluşturulması ve bu gerekçelerden ötürü de ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibi idareye verdiği şikâyet dilekçesinde, teknik şartnamenin bir firmaya avantaj sağlayacak şekilde düzenlendiğini, B.1 maddesindeki ana cihaz fotometrik hızının 800 test/saate düşürülmesi durumunda rekabetin artacağını iddia ettiği ve kuruma verdiği itirazın şikâyet başvuru dilekçesinde de bu doğrultuda iddiada bulunduğu anlaşılmıştır.

Anılan teknik görüşte cihaz hızının 800 test/saate düşürülmesinin rekabeti olumlu etkileyeceği ve verilen hizmetin kalitesi, verimliliği ve etkinliği, ölçülmesi istenen parametreler açısından bir dezavantaj oluşturmayacağı belirtilmekte olup, ihalenin inceleme konusu 1’inci kalemine sadece bir isteklinin katılmış olması ve söz konusu isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenmesi hususunun da göz önünde bulundurulması sonucunda; teknik şartnamenin rekabeti engelleyici düzenlemeler içerdiği, mevcut haliyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5 ve 12’inci maddelerine aykırılık içerdiği, bu nedenle başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.” (20.06.2012/ UM.I-2542)

## c) Şartnamede Tek Firmanın İşaret Edilmesi - 3

“İhale konusu işe ait teknik şartnamenin genel özellikler ana başlığı altında yer alan 5. maddesinde “*fan rotoru yardımcı motora akupule edilmiş olan şanzımana bağlı olacak, yardımcı motor ile şanzıman arasında otomotiv tip tek diskli bir kuru kavrama sistemi bulunacaktır*” denildiği, bu düzenlemeye ilişkin olarak idareden bu maddenin “*fan rotoru uygun kapasitede bir kavrama sistemi ile yardımcı motora akupule edilecektir*” şeklinde değiştirilmesi için talepte bulunulduğu, bu konuda diğer idarelerce (Karayolları Genel Müdürlüğü, DHMİ, Hava Kuvvetleri Komutanlığı ve belediyeler) aynı ürüne ilişkin olarak hazırlanan teknik şartnamelerde önerdikleri ibareye yer verildiği ve böylece ihalelere daha çok katılımın sağlandığı, pek çok farklı sistem bulunmasına rağmen

men şartnamede sadece şanzımanlı sistemin şart koşulmasının ihaleye katılımı ve rekabeti engellediği,

Teknik şartnamenin boya ana başlığı altında yer alan 2. maddesinde "Bunun için üretici firma tesisinde kumlama kabin ve teşkilatının bulunması şarttır" denildiği, halbuki yol süpürme vb. üst yapı üreticilerinin hiçbirinin taşıyıcı araç (kamyon) imalatçısı olmadığı gibi, şartnamede bahsedilen TSE ve Sanayi Bakanlığının yeterlilik ve uygunluk belgelerinde de bu şarta yer verilmediği, **ülkemizde bir firma hariç hiçbir yol süpürge makinesi imalatçısında bu tesisin mevcut olmadığı**, kumlama sisteminin araçların üst yapısında bulunan kazanların boyanmasından önce yapıldığı, bu işlemlerin diğer firmaların tesislerinde gerçekleştirildiği, söz konusu sistemin kurulmasının çok maliyetli olduğu gibi yasal bir zorunluluğunun da bulunmadığı, sonuç olarak yıllık 200 adet üretim yapan ve araçlarını yurt dışına da ithal eden firmalarının teknik şartnamede yer alan söz konusu aykırılıklar nedeniyle bu ihaleye teklif vermediği iddialarına yer verilmiştir.

Sonuç olarak, yukarıda belirlenen mevzuata aykırılıkların düzeltici işlemlerle giderilemeyecek nitelikte olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali gerekmektedir..." (21.05.2012/UM.I-2172)

#### **d) Şartnamede Tek Firmanın İşaret Edilmesi - 4**

"1) Kapalı sistem katater seti ve aspirasyon trakeal kapalı sistem seti için idare tarafından hazırlanan **teknik şartnamelerde Kimberly - Clark Ballard marka ürünü tarif eden** ve sadece anılan marka ürünlerde yer alan 95 cm H<sub>2</sub>O basınç ve "peep seal" düzeneğinin talep edildiği, söz konusu düzenleme nedeniyle anılan 2 kalemin ihalesinde rekabet ilkesinin sağlanmasının mümkün olmadığı,

2) Kapalı sistem katater seti ve aspirasyon trakeal kapalı sistem seti için idare tarafından hazırlanan teknik şartnamelerde yer alan "önerilen sistemin etkinliği hakkında uluslararası literatürde yayımlanmış klinik makale bulunmalıdır." düzenlemesi nedeniyle piyasa yeni çıkan veya halen üretilmekte olan ancak herhangi bir bilimsel çalışmaya konu olmamış ürünlerin ihaleye katılımının engellediği,

İddialarına yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan hüküm ile teknik görüş yazısında yer alan açıklama birlikte değerlendirildiğinde, teknik şartnamelerin şikayete konu edilen maddelerinde yer alan düzenlemelerin rekabeti engelleyici ve ihaleye katılımı daraltıcı nitelik taşıdığı sonucuna varılmıştır." (30.04.2012/UM.II-1943)

### e) Şartnamede Marka Ve Model Yazılması

“İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle; ihalenin 2 ve 3. kalemlerine ait teknik şartnamenin 2. maddesinde marka ve model yazıldığı, Helixone’nun Polisulfan niteliğinde bir mebran olup Fresenius firmasınınca üretildiği, Polyamix’in değiştirilmiş yapıda Polisulfan mebran olduğu ve Gambro firmasınınca üretildiği, Rexbrane’ın da Polisulfan yapıda bir mebran olduğu ve Asahi firması tarafından üretildiği ve Türkiye’de pazarlandığı, ancak idarenin Polisulfan mebranlı olan bu ürünlerin ticari markalarını şartnamesinde belirterek firmalarının polisulfan mebranlı Hiadylena marka diyalizörlerle ihaleye katılımlarının engellendiği, bu hususun da rekabeti engellediği iddialarına yer verilmiştir.

...Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 09.01.2009 tarih 965 sayılı 2009/01 nolu Genelgesinin 1. maddesinde; “*Ünitelerinde sentetik hemodiyaliz mebranı tercih edecek hekimlerin şartnamelerinde tek bir veya iki alt sentetik grubu değil de “mebran materyali tam sentetik olmalıdır” şeklinde tüm grubu içerecek şekilde şartname düzenlemeleri rekabet şansını artıracaktır.*” ifadesine yer verilerek idarelerin teknik şartnameleri hazırlarken dikkat etmesi gereken husus ile ilgili düzenleme yapılmıştır.

...Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğünden alınan teknik görüşe istinaden idarece **teknik şartnamenin 2. maddesinde yapılan düzenlemenin belli firmaların ürünlerine yönelik olduğu** anlaşılmış olup, söz konusu düzenlemenin bu haliyle 4734 sayılı kanunun 5 ve 12. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından başvuru sahibinin bu konudaki iddiası yerinde bulunmuştur.” (27.06.2012/UM.I-2685)

### f) İhale Konusu Malın Teslim Süresinin Kısa Tutulması

“İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle; ihale dokümanındaki cihazın teslim süresine ilişkin düzenleme ve teknik şartnamede yer verilen cihaz özelliklerinin ihaleye katılımı daraltarak rekabeti engellediği, özellikle teknik şartnamenin 1.1 - 1.8 arası, 2.3, 2.4, 2.5, 3.1, 3.2, 4.1, 4.2, 4.3, 5.9, 6.1 maddelerinin ihaleye katılımı genişletecek şekilde değiştirilmesi gerektiği, **cihaz teslim süresinin 7 (yedi) gün gibi çok kısa bir süre olarak belirlendiği, cihaz üretimlerinin yurt dışında yapıldığı, bu nedenle 7 gün içinde ithal edip teslim etmenin mümkün olmadığı**, bu şartlarda yeni cihaz teslim edilmesinin mümkün olmadığı, ancak ikinci el cihaz teslim edilebileceği, ihale dokümanının 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5 ve 12. maddelerine aykırılık içerdiği iddialarına yer verilmiştir.

İnceleme konusu ihaleye tek isteklinin katıldığı ve ihalenin bu istekli üye-

rinde bırakıldığı anlaşılmıştır. Bu nedenle, anılan teknik görüşten, teknik şartnamedeki; "Cihazın teslim süresi, sözleşmeden sonra yedi (7) gün içerisinde olacaktır." düzenlemesinin ihaleye katılımı ve rekabeti olumsuz etkilediği..." (21.05.2012/UH.I-2181)

#### **g) Teknik Şartnamenin Kısıtlı Sayıda Firmayı İşaret Eder Nitelik Tasıması 1**

"2) Teknik Şartname düzenlemelerinin en düşük teknolojiye sahip MR cihazları ile en üst teknolojiye sahip cihazları aynı şartlar altında rekabet etmeye zorladığı, 1.5T MR cihazlarının ihaleye iştirakine engel teşkil ettiği, **teknik şartnamede yer alan düzenlemelerin kısıtlı sayıda üretici firmayı işaret eder nitelik taşıdığı**, bu sebeple adil rekabet koşullarının oluşumunu önemli ölçüde engellediği,

İddialarına yer verilmiştir.

İdarece, "36 Aylık MR Görüntüleme Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak, akademik kuruluştan alınan teknik görüş ve ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler dikkate alındığında, teknik şartnamenin 2.1.5 ve 2.6.8. maddelerinde yer alan düzenlemelerin rekabeti engelleyici nitelikte olduğu, bu nedenle başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır." (30.04.2012/UH.III-1904)

#### **h) Teknik Şartnamenin Kısıtlı Sayıda Firmayı İşaret Eder Nitelik Tasıması 2**

"1) Teknik şartnamenin 2.3.7. maddesinde "1 adet paralel görüntülemeye uyumlu en az 8 kanallı meme koili verilecektir." düzenlemesinin yer aldığı, ancak Philips firmasının ürün portföyünde 8 kanallı meme bobininin mevcut olmadığı, bu nedenle söz konusu düzenlemenin Philips marka MR cihazlarının teklif edilme imkânını ortadan kaldırdığı,

2) Teknik şartnamenin 2.4.3. maddesinde "Sistemde en az 16 bağımsız alıcı band (receiver) olacaktır. Sistem en az 32 kanala upgrade edilebilmelidir." düzenlemesinin yer aldığı, ancak teknik şartnamenin 2.3. maddesinde tanımlanmış bobinler incelendiğinde, sadece 2.3.5. maddede nörovasküler çalışmalar için uygun bobinin 16 kanallı olacak şekilde tanımlandığı, diğer bobinlerin çoğunun ise 8 kanal ve altında kanal sayısına sahip bobinler olarak tanımlandığı, ancak uygun ve yüksek kanal sayısına sahip bobinlerle birlikte kullanılmadığı sürece yüksek alıcı kanal sayısına sahip bir MR sisteminin hiçbir faydasının olmayacağı, bu nedenle teknik şartnamenin "Alıcı - Verici Bobinleri ve Elektronik Sistemi" başlıklı 2.3'üncü maddesinin 2.3.4., 2.3.5.,

2.3.6., 2.3.7., 2.3.8., 2.3.9., 2.3.10., 2.3.11 ve 2.3.12'nci maddelerinin yeniden düzenlenmesi gerektiği,

3) Teknik Şartnamenin 2.7.1. maddesinde "...Sistemin standart yazılım paketinde: ...Echoplanar (EPI) ve dinamik ŐalıŐmalar yapılabilmelidir. Sistemde single ve multishot EPI (Echo Planar Imaging) yapılabilmelidir. Verilen EPI yazılımları gelişmiş EPI görüntüleme yazılımları olacaktır. Bu yazılımlarda Echo Train Length=ETL veya EPI faktörü minimum 256 olacaktır. En son hızlı görüntüleme tekniklerine ait özellikler belirtilip, tekliflere eklenecektir..." düzenlenmesinin bulunduğu, ancak tüm MR sistemlerinde elde edilebilecek EPI faktörünün maksimum değerinin 255 olduğu, Philips firmasının ürün kataloglarında da 1 - 255 arasında olmak üzere en fazla 255 farklı EPI faktörünün seĀebileceđinin belirtildiği, bu nedenle söz konusu düzenlemenin "Philips" marka MR cihazlarının ihaleye iştirakine engel teşkil ettiği,

4) Teknik Şartnamenin 2.7.14. maddesinde yer alan "Sistemde difüzyon tensor görüntüleme ve difüzyon traktografi yapılabilmelidir. En az 150 farklı düzlemde (yönde) harekete hassas gradientler kullanarak difüzyon görüntüleme yapılabilmelidir..." düzenlenmesinin "Philips" marka 1.5T MR cihazlarının ihaleye iştirakine engel teşkil ettiği ve rekabeti engellediği,

iddialarına yer verilmiştir.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemlerle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali gerekmektedir. (30.04. 2012/UH.III-1858)

### **i) Şartnamede Tavsiye Niteliğindeki Belgelerin Aranması**

"İdarece hazırlanan ihale konusu; "Kalıcı (rezidal) sıvı formundaki formülasyonda insektisit" Teknik Şartnamenin 6. maddesinde; "*formülasyon ve/veya aktif maddeler WHOPEs spastifikasyonlarına uygun olmalı ve/veya EPA kayıtlı olmalıdır. Üretici firmaya ait fiziksel ve kimyasal WHOPEs onaylı spastifikasyon belgeleri WHO/Sİ... referans numarası belirtilerek veya EPA sertifikası ile birlikle ibraz edilecek ve bu belgeler ihale dosyasına eklenecektir.*" düzenlemesi yer almaktadır.

4734 sayılı kanununun 12. maddesinde, "...ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dökümanının bir parĀası olan teknik Şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar iĀermeyecek ve bütün istekliler iĀin fırsat eşitliği sağlanacaktır.

*Teknik Şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslar arası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu Şartnamelerde*

*teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellikle tanımlamalara yer verilmeyecektir...*" hükmü yer almaktadır.

Anılan şikayet konusu ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüne daha önce sorulmuş olan görüşe verilen cevaptaki; *"Bakanlığımız halk sağlığı alanında kullanılan pestisit ve pestisit benzeri maddelere üretim ve ithal izni vermektedir. Bakanlığımız tarafından WHO-PES belgesi istenmemektedir. Bilindiği gibi WHO spesifikasyonları tavsiye niteliğinde olup, pestisitlerin kullanımı, dağıtımı ve üretimi ile ilgili temel konuların desteklenmesi için oluşturulmuştur. Her ülke pestisitinin özel amaçlı kullanıma uygunluğunu, etiket bilgilerinin kapsamı gibi konulara kendi ülke koşullarına uygun olarak karar vermektedir."* hususları belirtilmiştir.

Yapılan inceleme sonucunda, Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünden gelen görüş yazısı ve WHO-PES spesifikasyonlarının özellikleri, Kamu İhale Kurulu'nun aynı yöndeki kararları birlikte değerlendirildiğinde, sözkonusu ihalenin *"Kalıcı (rezidüal) sıvı formundaki formülasyonda insektisit"* kısmına ilişkin düzenlemenin ihaleye katılımda rekabeti engelleyici nitelikte olduğu anlaşıldığından..... iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." (03.11.2008/UM-III-4489)

#### **j) Yeterliliğin Belirlenmesinin Rekabete Aykırı Olması**

"Mesleki ve teknik yeterliliğin belirlenmesine ilişkin olarak ilanın "4.2.i" ve idari şartnamenin "7.3" maddesinin "7.3.1" alt maddesindeki *"istekli en az 200 yatak üzerinde Sağlık Bakanlığına ait bir Eğitim Hastanesi ve bir Üniversite Hastanesinin otomasyon işlemini gerçekleştirmiş ve halen desteğini veriyor olmalıdır. İstekli sözkonusu hastanelerden alacağı referans yazılarını teklifinde sunmalıdır."* şartını öngören hükmün 4734 sayılı kanunun Temel İlkeler başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası ile anılan kanunun 10. maddesinin (b) bendinin 2. alt bendine, ayrıca Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 38. ve 44. maddesine aykırıdır." (26.08.2003/UK.Z-368)

#### **k) Rekabeti Engelleyici Tercih Sebebi Belirlenmesi**

"4734 sayılı kanunun 5. maddesinde ise, ihalelerde rekabetin sağlanması ilkesi benimsenmiştir. Bu hüküm gereğince idarelerin, yaptıkları ihalelerde rekabeti engelleyici katılım şartları belirlememeleri gereklidir.

İdari şartnamenin "7.3.4" maddesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kullanılacak kriterler arasında yer alan *"Şirket merkezinin İstanbul'da olması tercih sebebidir."* şartının bulunması rekabeti engelleyici bir unsur olup, 4734 sayılı kanunun Temel İlkeler başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir." (26.08.2003/UK.Z-368)



## l) Tüm Malzemenin Aynı Marka Olması Şartının Aranması

“İdari şartnamede “...cihaz ve kitlerin CE veya ISO belgeleri akredite bir kurum tarafından verilmiş olmalıdır. **Tüm kitler aynı marka olmalıdır** ve çalışabilmesi için birbirinin alternatifi olabilen en az iki adet HPLC cihazı bulundurulmalıdır...” düzenlemesi bulunmaktadır.

Konuya ilişkin olarak teknik görüş alınmasına ihtiyaç duyulmuş olup, 07.07.2006 tarih ve 7491 sayılı yazı ile akademik bir kuruluşa, ihalenin 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144. kalemlerine ait ilan metni ve teknik şartnamenin ilgili bölümleri gönderilerek, sözkonusu kalemlere ilişkin teknik şartnamede yer alan düzenleme hakkında gerekli incelemenin yapılması talep edilmiştir. Akademik kuruluşun 17.07.2006 tarih ve 20074 sayılı yazı ekinde “...yapılan incelemelerde, iş akışı ve maliyetlerdeki avantaj nedeniyle laboratuvar sarf malzemeleri alımlarında bazı kitlerin bir arada ihaleye çıkılması kamu yararına olmasına rağmen, sözkonusu şartnamede tüm kitlerin aynı marka olması şartının aranması rekabet koşullarını sağlamadığı kanısına varılmıştır...” denilmektedir.

Alınan teknik görüş doğrultusunda; ihaledeki şikayete konu kalemlerin aynı marka olması koşulunun rekabeti engellediği ve idarece bu konuda yapılan düzenlemenin 4734 sayılı kanunun 5. maddesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varıldığından, başvuru sahibinin bu konudaki iddiası yerinde görülmüştür.” (24.07.2006/UM.Z-1761)

## m) Kiralama Yoluyla Araç Temininin Önünün Tıkanması

“İdari şartnamenin “7.2.2” maddesinde “İstekli, şartnameye göre bulundurması gereken makinelerin (5 yaşından büyük olmaması gerekir) en az %30’unun kendisine ait olduğunu gösteren faturalar ile bu makinelerin kayıtlı olduğunu gösteren demirbaş kayıt defterinin aslı veya Noter tasdikli sureti ihale dosyasına konacaktır.” hükmünün bulunması, **taahhüt veya kiralama yoluyla piyasadan rahatça temin edilebilecek araçların taahhüt olarak teklif edilmesine izin verilmemesi ihaleye teklif verebilecek isteklilerin ihaleye katılımına engel olmaktadır.** Bu durum, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. maddesinde ifade edilen rekabet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca, Hizmet Alımları Uygulama Yönetmeliğinin 46. maddesinin ikinci fıkrasında makine tesis ve ekipman için kendi malı olma şartının aranmaması esas kabul edilmiştir. İdari şartnamede yer alan “7.2.2” maddesi ile aynı yönetmeliğin 46. maddesine aykırı olduğu tespit edilmiştir.” (02.09.2003/UK.Z-384)

## 9- ÖZEL ŞARTNAMELERDE SORUMLULUK

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. maddesinde belirlenen Temel İlkelere aykırı davranışlar suç teşkil etmektedir. Bu sorumluluk ihaleye katılan istekliler ve kamu görevlileri için ayrı ayrı incelemek gerekir.

### A) İSTEKLİLERİN SORUMLULUKLARI

#### • 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Gereğince

#### Yasak fiil veya davranışlar

**Madde 17-** İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu kanunun 4. kısmında belirtilen hükümler uygulanır.

### İhalelere Katılmaktan Yasaklama

**Madde 58-** 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.

## İsteklilerin Ceza Sorumluluğu

**Madde 59-** Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hkmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak Şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında 1. fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58. maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

## B) KAMU GÖREVLİLERİNİN SORUMLULUKLARI

İhalede görev alacak komisyon başkan ve yeleri oy ve kararlarından sorumludurlar. Bu husus 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 6. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

### • 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Gereğince

#### Görevlilerin Ceza Sorumluluğu

**Madde 60-** İhale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve yeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin; 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılır ve hkmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir.

## **Bilgi ve Belgeleri Açıklama Yasağı**

**Madde 61-** Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60. maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır.

## **• 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu Gereğince**

### **Ödenek Üstü Harcama**

**Madde 70-** Kamu zararı oluşturmamakla birlikte bütçelere, ayrıntılı harcama programlarına, serbest bırakma oranlarına aykırı olarak veya ödenek gönderme belgelerindeki ödenek miktarını aşan harcama talimatı veren harcama yetkililerine, her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemeler toplamının iki katı tutarına kadar para cezası verilir.

### **Kamu Zararı**

**Madde 71-** Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın olduğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.

• **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Gereğince**

**Görevi Kötüye Kullanma**

**Madde 257.** - (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

• **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Gereğince**

**Denetimindeki Teşebbüsten Menfaat Sağlama Yasağı**

**Madde 30** - Devlet memurunun, denetimi altında bulunan veya kendi görevi veya mensup olduğu kurum ile ilgisi olan bir teşebbüsten, doğrudan doğruya veya aracı eliyle her ne ad altında olursa olsun bir menfaat sağlaması yasaktır.

• **Anayasa Gereğince**

**2. Görev ve Sorumlulukları, Disiplin Kovuşturulmasında Güvence**

**Madde 129-** Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

**C) İSTEKLİLERİN VE KAMU GÖREVLİLERİNİN ORTAK SORUMLULUKLARI**

• **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Gereğince**

**İhaleye Fesat Karıştırma**

**Madde 235.** - (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya

hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin "ihaleler ile yapım ihalelerine" fesat karıştıran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye 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 ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

(3) 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.

(4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile 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 mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.

## 10- SONUÇ

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun asıl çıkarılış amacı, yapılacak ihalelerde rekabet ortamı sağlanarak, en uygun teklifin elde edilmeye çalışılmasıdır. Bu amaçla, ihale yapacak olan kurumlar istekliler arasında eşit muameleyi ve güvenilirliği sağlayarak devlet kaynaklarının verimli kullanılmasına dikkat etmek zorundadırlar.

İyi bir ihale düzeninin kurulmasında, ihale ilke ve kurallarının işleyişi önemlidir. İhaleyi yapan idareler, ihaleye katılımın en geniş biçimde gerçekleşmesinin sağlanması için temel ilkelere uymak zorundadırlar.

Dolayısıyla, Kamu İhale Kanununun hazırlanma amacının en iyi şekilde gerçekleştirilebilmesi için, idarelerin ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu kılınması gerekli görülmektedir. İdareler, ihale ilanlarına, teknik ve idari şartnamelere rekabeti kısıtlayıcı mevzuatla tanınan hakları yok sayıcı maddeler koyamazlar.

Temel ilkelerin çerçevesi olduğu kuralların gereği olarak idarelerin, istekli ve başvuru sahiplerinin lehine veya aleyhine olabilecek davranışlardan çekinmeleri, tüm rekabet ortamını zedeleyebilecek subjektif ve indiyici muamelelerden kaçınmaları, ayrıca kamu sözleşmelerinin tarafları olarak “idare ve isteklilerin” sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduklarını göz ardı etmemeleri yerinde olacaktır.<sup>8</sup>

Gerek ihale katılımcısı ve gerekse de kamu görevlisi tarafından kamu ihalelerindeki temel ilkelere aykırılık, açık bir şekilde kamu zararı doğurmaktadır. Zaten kıt kaynaklarla halka hizmet etmek için uğraşan kamu kurumları, bu özel şartnamelerle ihtiyaçlarını uygun şartlarla karşılayamamakta ve kaynaklarını verimli kullanamamaktadır.

Özel şartnameler, genellikle ihale süreci başlamadan evvel istekli ve kamu görevlisi tarafından uygun şartlarda uzlaşmalar sağlanarak, çoğu zaman bilinçli olarak hazırlanmaktadır.

Bu durum, kanunlara saygılı bir şekilde ihalelere katılmak isteyen diğer isteklilerin haklarını ihlal etmekte ve rekabet ortamının oluşmasını engellemektedir. Ticari faaliyetini sürdürmek isteyen iyiniyetli firmalar için, iflas etmek veya aynı yöntemi uygulayarak Özel Şartnamelerin hazırlanmasını sağlamak gibi bir tercih sözkonusu olmaktadır. Bu da, adalet adına son derece tehlikeli bir durumdur.

Özel şartnameler akabinde yapılan ihalelerde, daha uygun şartlarda satın alınabilecek olan mal, yapı veya hizmet, değerinin çok üstünde satın alınmaktadır. Bu da göstermektedir ki, özel şartnameler ile kamu kaynakları özel çıkarlar uğruna feda edilmektedir.

Özel şartnamelerin hazırlanması aynı zamanda hem istekli ve hem de kamu görevlisi adına cezai sorumluluğu da doğurmaktadır. Ceza Mahkemelerinde yargılanan bu tür suçlarda, savcı, hakim ve bilirkişilerin Özel Şartnamelerin tespiti noktasında sıkıntılar yaşadığını görmekteyiz. Bu nedenle, ihale öncesinde hazırlanan bu Özel Şartnameler ceza hukukundan çoğu zaman nasibini alamamaktadır.

8 Sadettin Doğanıyığıt, Kamu İhale Kanunu, 10.baskı, s.157

## Adli Tatil veya Çalışmaya Ara Verme Zamanı ve Ödeme Emrine Yönelik İtiraz / İptal Davası Açılması Nasıl Uygulanacak ?

### ■ Mustafa ALPASLAN\*

Çalışmaya ara verme veya adli tatil, 2577 sayılı İYUK'nun 61. maddesine göre her yıl ağustos ayının 1. günü başlar ve Eylül ayının 5. gününe kadar devam eder. Adli tatilin bitiminden itibaren süreler 7 gün uzar. Mevzuatımızda adli tatilin süresi konusunda yargı mercileri arasında birliktelik bulunmamaktadır.

6183 sayılı AATUHK'nun 58. maddesi hükmüne göre kendisine ödeme emri tebliğ edilen mükellefler bu ödeme emrine karşı dava açabilirler. 6183 sayılı AATUHK'nun 58. maddesi hükmüne göre tebliğ edilen ödeme emirleri için 7 gün içerisinde genel olarak dava açılması mümkündür. Dava açmada ileri sürülebilecek sebepler arasında böyle bir borcun olmadığı veya borcun kısmen ödendiği ya da ödeme emrinin muhatap olarak yanlış tebliğ edildiği iddiaları ileri sürülebilir.

6183 sayılı AATUHK'nun 58. maddesi hükmüne göre ödeme emrine karşı 7 gün içinde dava açılmaması halinde ödeme emri kesinleşir. Ancak, 2577 sayılı İYUK'nun 8. maddesine göre, kendisine ödeme emri tebliğ edilen kişiler "çalışmaya ara verme" dönemlerinde dava açma süreleri 7 günden daha farklı bir sürede dava açabilirler. Örneğin, kendisine 2 ağustosta ödeme emri tebliğ edilen bir amme borçlusuna bu ödeme emri için çalışmaya ara verme dolayısıyla 11 eylüle kadar dava açabilecektir.<sup>1</sup> Bu nedenle, çalışmaya ara verme veya adli tatil ödeme emrine karşı dava açma açısından süre uzatıcı bir etkiye sahiptir.<sup>2</sup>

Mükellefler veya kendisine ödeme emri tebliğ edilen potansiyel amme borçlusuna kişiler, açtıkları davaları kaybettikleri takdirde ödeme emri kapsamındaki borçtan ayrıca bir de %10 "haksız çıkma zammı" ödemek durumundadırlar. Böylece, ödeme emrine karşı lüzumsuz dava açma eğilimlerinin önüne geçilmek istenilmektedir. Kendisine ödeme emri tebliğ edilen vergi borçluları 7 gün içerisinde işbu ödeme emrine karşı işbu davayı açmak istemedikleri takdirde yine 7 gün içerisinde "mal bildiriminde" bulunmak zorundadırlar. Mal beyanı şekli ise, maktu formlarla yapılarak ilgili vergi dairesine 7 gün içerisinde verilmesi zorunludur. Mal beyanı konusunda ise, 6183 sayılı kanunun 10.

\* Dr., SMMM

1 ALPASLAN Mustafa - SAKAL Mustafa, "Vergi Yükümlüsünün Hakları ve Vergi Dairesi Tarafından Mükelleflere Yollanan Belgeler Üzerinde Açıklama Gereği", Maliye Postası Dergisi, 15 Şubat 2009, s. 167-168

2 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ALPASLAN Mustafa - SAKAL Mustafa, "Vergi Hukuku Uygulanması (I), Makale, İnceleme ve Yorumlar", Ocak 2008, s. 328-329.



maddesinde yer alan menkul ve gayrimenkul mallar, hak veya alacaklar mal beyanı olarak beyan edilebilir.

2577 sayılı İYUK'nun 8/3 maddesine göre, bu kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu süreler, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren 7 gün uzamış sayılır. Bu hüküm, 2577 sayılı İYUK'ta yazılı bütün süreleri, dava açma sürelerini, idarenin veya davacıların cevap sürelerini, dilekçe ret nedeniyle davanın açılmamış sayıldığı durumlarda dilekçelerin yenilenme süresini, itiraz veya temyiz sürelerini, karar düzeltme sürelerini de içerir. Örneğin, 15 Temmuz günü tebliğ edilen vergi/ceza ihbarnamesine karşı 30 günlük dava açma süresinin son günü olan 14 Ağustos adli tatile rastladığından, süre 11 Eylül mesai saati bitimine kadar uzayacaktır. Buna karşılık, 7 Ağustos günü tebliğ edilen vergi/ceza ihbarnamesine karşı dava açma süresinin son günü 6 Eylül olduğundan ve bu tarih adli tatile denk gelmediğinden bu durumda dava açma süresi uzamaz ve 6 Eylül günü dava açma süresi biter.<sup>3</sup>

2575 sayılı Danıştay, dava açma süresinin son gününün adli tatilin bitmesiyle 7 günlük uzama süresi arasında kabul etmesi durumunda sürenin uzama-yacağına karar vermiştir:

*“Vergi mahkemesinde dava açma süresinin son gününün çalışmaya ara verme zamanının bitim tarihi ile 5-12 Eylül tarihi arasında (7/9/1989) rastlaması halinde süre 12 Eylül mesai saatine kadar uzamaz. Sürenin bittiği tarihten (7/9/1989) sonra açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi gerekir.”<sup>4</sup>*

*“Mükellefe tebliğ olunan ihbarnameye karşı 7/9/1994 gününde açılan davada 2577 sayılı İYUK'nun 8/3 maddesi ve aynı kanununun 61/1 maddesine göre süre aşımı vardır.”<sup>5</sup>*

2577 sayılı İYUK'nun 8/3 maddesinin adli tatil nedeniyle uzayacağını belirttiği süreler, aynı kanunda yazılı sürelerdir. Bu durum 2577 sayılı İYUK kapsamında olmayan dava açma süreleriyle ilgili düzenlemelerin adli tatilden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda tartışılarda neden olmuştur. Başka bir anlatımla, diğer kanunlardaki “dava açma süreleri”nde adli tatil nedeniyle sürenin uzayıp uzamayacağı konusunda tereddütler vardır. Örneğin, ödeme emrine karşı dava açma süresi 2577 sayılı İYUK'da değil, 6183 sayılı kanunda yer almaktadır. Bu sürenin sonunun adli tatile rastlaması durumunda sürenin uzayıp uzayamayacağı tartışmalıdır.<sup>6</sup>

Yüksek mahkeme Danıştay, ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davalara, idari davalarda olduğu gibi, özel kanunlarda öngörülen özel sürelerin son günün çalışmaya ara verme zamanına (adli tatile) rastlaması durumunda da sürenin uzayacağını kabul etmektedir.

3 DOĞRUSÖZ Bumin, Vergi Yargısında Adli Tatil ve Dava Açma Süresine Etkisi, Yaklaşım, S.165, Eylül 2006, s.227

4 Dnş. 3. D.nin, 11/03/1991 gün ve E:1990/2977-K:1991/1003 sayılı kararı. CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu, Ankara, Ekim 2005, s.394

5 Dnş. 11. D.nin, 13/11/1995 gün ve 1995/2766-3082 sayılı kararları.

6 AĞAR Serkan, Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Şubat 2009, Ankara, s.99

“Kamu alacağıının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrine karşı 7 gün içinde dava açılacağı 6183 sayılı kanunun 58. maddesi gereğidir. 2577 sayılı İYUK'nun 7/1 maddesinde yer alan, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde dava açma süresinin vergi mahkemelerinde 30 gün olduğuna ilişkin kural ile özel kanunlarda öngörülen süreler saklı tutulmuş, 8/3 maddesinde de bu kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa, bu sürelerin ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren 7 gün uzamış sayılacağı kurala bağlanmıştır. Çalışmaya ara verme süresinde biten sürelerin uzayacağına ilişkin bu düzenleme, özel bir düzenlemedir. Bu nedenle, bitimi çalışmaya ara verme zamanına rastlayan sürenin, özel kanunlarda öngörülen dava açma süresi olması halinde de uzayacağı açıktır. Çalışmaya ara verme zamanına rastlayan 11/8/1997 tarihinde tebliğ edilen ödeme emrine karşı 7 gün içinde olmamakla birlikte uzamış süre içinde dava açıldığı anlaşıldığından, davanın süre aşımı noktasından reddine ilişkin ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.”<sup>7</sup>

“İdarece, ödeme emrine karşı dava açma süresi geçirildikten sonra davanın açıldığı ileri sürülmekte ise de, 2577 sayılı İYUK'nun 8/3 maddesinde bu kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu sürelerin ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren 7 gün uzamış sayılacağı hükme bağlandığı, çalışmaya ara verme süresi içinde tebliğ edilen ödeme emrine karşı yine ara verme süresi içinde davanın açıldığı görüldüğünden davanın süresinde açılmadığı yolundaki iddiada isabet bulunmamaktadır.”<sup>8</sup>

Netice olarak, kendilerine ödeme emirleri tebliğ edilen asli amme borçluları veya potansiyel kamu borçluları (ikincil amme borçluları) ödeme emri tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içerisinde mutlak surette dava açmak zorundadırlar. Dava açma süresi adli tatile tekabül eden durumlarda 5 Eylül'e kadar dava açılması gerekmektedir. Ancak, 5 Eylül'den sonra dava açma süresi (7) gün daha uzayabilmektedir.

Diğer taraftan, üzerinde durulması gereken önemli bir başka konu da şudur: kendisine ödeme emri tebliğ edilen mükellef veya kanuni temsilciler veya potansiyel kamu borçluları ödeme emrine karşı vergi dairesine yazılı müracaat ederek bu ödeme emirlerinin düzeltilmesini talep etmeleri halinde dava açma süresi etkilenmeyecektir. Başka bir ifade ile, ödeme emrine karşı mutlak surette iptal davası vergi mahkemesinde açılmalıdır. Aksi halde, vergi dairesine yapılan düzeltme başvurusu dava açma süresini etkilemez. Konuyla ilgili yüksek mahkeme Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda da belirtildiği üzere, ödeme emrinin tebliği üzerine vergi dairesine başvurulmasının, ödeme emrine karşı dava açılabilmesi için geçerli ve 7 gün olan dava açma süresini etkilemeyecektir.<sup>9</sup>

7 DVDDK; 21/04/2000 tarih ve E:1999/447-K:2000/159 sayılı kararları.

8 Dnş. 3.D.nin, 21/05/1987 gün ve E:1987/773-K:1316 sayılı karar.

9 Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı, 20.06.2008 gün ve E:2008/124-K:2008/372 sayılı karar.

## İSTANBUL PROTOKOLÜ

### İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için Kılavuz

#### ■ Özgür CAN<sup>1</sup> - Ümit ÜNÜVAR<sup>2</sup>

İşkencenin araştırılması ve belgelendirilmesi için Birleşmiş Milletler (BM) tarafından onaylanmış ilk uluslar arası kılavuz olan İstanbul Protokolü (İP) işkencenin önlenmesinde en etkin araçlardan biridir. 3 yıllık bir analiz, araştırma ve yazım süreci sonucunda; 15 ülkeden 40 kurum ve örgütün görev aldığı, 75 hekim, psikolog, hukukçu, insan hakları aktivistlerinin ortak çalışmasının ürünüdür. 2000 yılında BM belgesi olarak kabul edilmiş, 2001 yılında altı farklı dilde basılmıştır.

#### İstanbul Protokolünün amacı

İşkence ve kötü muamelelerin etkin bir şekilde araştırılması ve belgelene-  
mesi için uluslar arası standartları oluşturmak;

Devletlerin uyması gereken minimum standartları belirlemek;

Devletlerin bireyleri işkence ve kötü muameleden etkin bir şekilde koru-  
masını sağlamak;

Faillerin eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi ve cezalandırılmalarını sağ-  
lamak;

Siyasi sığınma başvurularını desteklemek;

İnsan hakları araştırma ve gözlemlerini desteklemek;

İşkence mağdurlarının tedavisinde yapılması gerekenleri belirlemek;

Kişilerin, güvenlik güçlerinin ve adli görevlilerin iddiası olmadığı durum-  
larda bile olası yaralanmaları ve tacizi değerlendirmek;

İşkence ve kötü muamelelerin fiziksel ve ruhsal delillerini belgelemek;

---

1 Dokuz Eylül Ü.T.F. Adli Tıp AD, Yrd. Doç. Dr, İzmir

2 TİHV, Adli Tıp ve Patoloji Uzmanı, İstanbul

Bölgesel işkence uygulamalarını saptamaktır.

Ek olarak; işkence izlerini raporlamaması, görmezden gelmesi için zorlanan sağlık çalışanları ya da benzer biçimde karar verme durumunda olanlar için uluslar arası referans ve dayanak kaynağıdır. Ya da eksik veya yanlış belgeleme yapıldığı iddia edildiğinde bu raporların incelenmesi ve değerlendirilmesi için yine uluslar arası düzeyde yol göstericidir.

### **İstanbul Protokolünün önemi**

Protokol işkence ve kötü muamelenin soruşturulması ve belgelendirilmesi için oluşturulmuş ilk uluslar arası belgedir. Sağlık çalışanları, hukukçular, karar verme konumunda olanların; işkencenin etkin araştırılması, soruşturulması ve belgelenmesi konularında eğitilmelerini sağlar. Kılavuz kuralları ve minimum standartları ile baskılara maruz kalan sağlık çalışanı, hukukçu ve karar verme konumunda olan kişileri objektif desteklemek için referans ve dayanak noktası sağlar.

### **İşkence Yasağı ve Önemi**

İşkence yasağı; işkence sadece bireyin fiziksel ve ruhsal sağlığına zarar verdiği için değil, tüm toplumun iradesi ve onurunu da yok etmeyi amaçladığı için uluslar arası toplumun ortak hakkıdır. Uluslar arası hukukta “**işkence görmeme hakkı**” net olarak tarif edilmiştir.

*Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezalara Karşı Sözleşme* işkenceyi en net biçimiyle yasaklar. Benzer şekilde bölgesel sözleşmeler olan; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi* de işkence görmeme hakkını tanımıştır. Böylece işkence yasağı tüm evrensel ve bölgesel temel insan hakları metinlerinde tanınmış ve koruma altına alınmıştır.

İşkence yasağının demokratik toplumların en temel değerlerinden birini koruduğu ve bu nedenle olağanüstü durumlar dahil olmak üzere hiçbir istisnasının bulunmadığı belirtilmiş, işkence yasağına “mutlak” nitelik kazandırılmıştır.

Mutlak bir şekilde yasak olan işkencenin tanımı İşkenceye Karşı Sözleşmede şöyledir;

*“İşkence, bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa*

*dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmî sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir edimdir”*

Uluslararası belgeler ve belgelerin devletler tarafından uygulanmasını denetleyen mekanizmalar bir eylemin işkence yasağı içine girip girmediğini belirlemek üzere bazı kıstaslar ortaya koymaktadır.

Bunlara göre; bireye verilen her türlü acı ve ıstırapın kasıtlı olması, kişiye uygulanan muamelenin aşırı bir fiziksel veya ruhsal acı ve ıstırap vermesi, özel bir amacın olması, failin kamu görevlisi sıfatının olması veya bu sıfatla hareket etmesi ya da bu kişilerle bağlantısının olmasıdır.

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. maddesi;

*“Hiç kimseye işkence ya da insanlık dışı ya da onur kırıcı bir davranış ya da ceza uygulanamaz”*

diyerek sadece işkenceyi değil, insanlık dışı ya da onur kırıcı bir davranış ya da ceza uygulanmasını da yasaklamaktadır.

Bahsedilen uluslar arası sözleşmeler ulusal hukukumuzda göre Türkiye taraf ise yasa hükmündedir. Anayasanın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası insan hakları belgeleri yasa hükmündedir ve bunların Anayasaya aykırılığı dahi ileri sürülemez.

Bununla birlikte işkence yasağı ulusal yasalarda da bildirilmiştir. Anayasa madde 17;

*“Kimseye işkence eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz”.*

Türk Ceza Kanununda işkence yasağı; TCK madde 94;

İşkence

*(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılamaya veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(2) Suçun;*

*a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,*

*b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, İşlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*

*(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.*

### **İstanbul Protokolünün Hukuki Önemi**

Protokol uluslar arası bir sözleşme değildir. BM tarafından onaylanmış ve hükümetleri işkence ile mücadelede yararlı bir araç olarak kullanılması konusunda güçlü bir şekilde tavsiye edilmiştir. Protokol uluslararası insan hakları sözleşmelerinin denetim organlarıncı sıkça referans verilmekte ve devletlerin İstanbul Protokolüne göre etkili soruşturma yürütmesi tavsiye edilmektedir. Protokol uluslar arası sözleşmelerde çok kısa olarak tarif edilen işkence yasağının ve mutlaklığının yetkin ve bağlayıcı bir açılımıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) denetleme organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında sıkça İstanbul Protokolü anılmakta ve referans verilmektedir. Mahkeme; işkence ve kötü muamele iddialarının belgelenmesi ve soruşturulması konusunda İP'nü bir uluslararası standart olarak kabul eder ve Türkiye de dahil olmak üzere devletlere sorumluluklar yükler.

Kuşkusuz AİHS'ne taraf devlet olarak Türkiye'nin de İstanbul Protokolüne uygun soruşturma yapma yükümlülüğü vardır.

Anayasa 90. madde bunu çok net bir şekilde ifade etmektedir;

*“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.*

Anayasanın 90. maddesi uyarınca bağlayıcı olan Birleşmiş Milletler sözleşmeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ilgili mahkeme kararları ve iç hukuktaki emredici düzenlemelere göre İstanbul Protokolü; hem devlet hem de ilgili tüm uygulamacılar (hekim, hakim, savcı, avukat, kolluk görevlileri, karar verici konumunda olan) için bağlayıcıdır.

### **İşkence Yasağında Devletlerin Yükümlülükleri**

Uluslar arası temel insan hakları sözleşmelerinde mutlak olan işkence ya-

sağı, uluslar arası sözleşmelerin denetleme mekanizmalarınca devletlere bir takım görevler yükler.

İşkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin araştırma ve incelemelerin İstanbul Protokolü'nde belirtilen standartlara uygun biçimde yapılmasının sağlanması gerekmektedir.

- **İşkence yapmama yükümlülüğü;** Yapma, teşvik ve rıza gösterme gibi "icrai" fiillerde; Göz yumma gibi "ihmali" fiillerde bulunmama.

- **Önlenmeye ilişkin yükümlülükler;** Etkin yasal, idari, hukuki ve diğer tedbirlerin alınması; işkencenin suç haline getirilmesi; iade/teslim yasağı; eğitim.

- **İhlal gerçekleşikten sonraki yükümlülükler;** İhlal gerçekleştiğinde etkin bir şekilde soruşturulması; sorumluların saptanması; yargılanma ve cezalandırılması; mağdurlara telafi sağlanması.

AİHS'nin denetleme mekanizması olan AİHM'sinin etkin soruşturma ilkeleri kapsamında alınmış kararlarında soruşturmanın İstanbul Protokolü ilkelere uygun olması, hakimlerin yine İstanbul Protokolüne uygun yüksek etik ve bağımsızlık ilkesiyle hareket edip, uygun ve etkin bir şekilde muayene ve belgeleme yapması istenmiştir.

AİHS'nin 46. maddesinde;

*"Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir"*

şeklinde bildirilmiştir. Sözleşmenin tarafı olarak AİHM kararlarına uymak zorunda olan Türkiye için de İstanbul Protokolü bağlayıcıdır.

### **İstanbul Protokolünün İçeriği**

- Giriş
- Uluslararası hukuki standartlar
- Etik belgeler
- İşkencenin soruşturulması
- Görüşmede temel ilkeler
- İşkencenin fiziksel delilleri
- İşkencenin psikolojik delilleri

## Ekler

- Ek 1. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine İlişkin İlkeler
- Ek 2. Tanısal testler
- Ek 3. İşkence ve kötü muamelelerin belgelendirilmesi için anatomik çizimler
- Ek 4. İşkence ve kötü muamelenin tıbbi değerlendirmesine kılavuzluk eden ilkeler.

## Prensipier

İşkencenin araştırılması, soruşturulması ve belgelendirilmesinde şartlar;

- Etkin ve bağımsız bir araştırmanın yapılması;
- Araştırmacıların konularında yetkin, deneyimli ve yüksek etik değerlere sahip olması;
- Araştırmacı otoritenin yetkilendirilmesi;
- İşkence mağduru iddiası olan, soruşturmacılar ve ailelerinin güvenliğinin sağlanması;
- İşkence mağduru iddiası olan ve yasal temsilcisinin tüm duruşmaları izlemesi ve ilgili bilgilere ulaşmasının sağlanması;
- Varolan soruşturma prosedürleri yetersiz kaldığında bağımsız soruşturma komisyonları tarafından tarafsız soruşturmaların yapılması;
- İvedilikle raporların hazırlanması;
- Kişiyi özel sağlık değerlendirmelerinin yüksek etik standartlarda olması;
- Tıbbi raporun tam manasıyla gizliliğinin sağlanması;
- Tıbbi raporun en azından aşağıdakileri içerecek şekilde ivedilikle ve doğru olarak hazırlanması;
  - *Görüşme koşulları:* Rapora konu olan kişinin adı ve muayene sırasında yer alan diğer kişilerin adları, muayene saati ve tarihi, yeri, kurumun niteliği ve adresi, kişinin muayeneye edildiği sıradaki du-



rumu, muayeneye getirilirken ya da muayene sırasında herhangi bir kısıtlamaya tabi olup olmadığı, muayene sırasında güvenlik güçlerinin olup olmadığı, eşlik edenlerin tutum ve tavırları, muayene ortamına ait diğer bilgiler;

• *Detaylı öykü:* Kişinin kendi anlatımıyla iddia edilen işkence ve kötü muamele yöntemleri, zaman, yakınmalara ait öykünün ayrıntılı kaydı;

• *Fizik muayenedeki tüm fiziksel ve ruhsal bulguların kaydı:* Gerekli tıbbi tetkik ve konsültasyon sonuçları, tüm yaraların renkli fotoğrafını da içeren tüm bulguların kaydı;

• *Tespit edilen bulguların olası işkence kötü muamele ile meydana gelme olasılığı hakkında yorum:* muayene bulgularının işkence kötü muamele iddialarını uyumluluk düzeyleri açısından değerlendirilmesi, gerekli tüm tıbbi ve psikolojik tedavi ve kontrol muayene önerilerinin de ayrıca bildirilmesi;

• *Hazırlayan kişilerin kimlik kaydı:* Muayeneyi yapanların açık kimlikleri ve imzası.

### **Raporlama Üzerine Genel Bilgiler**

Değerlendirme yaparak, kendi görüşünü yansıtan bağımsız bir rapor ivedilikle hazırlanmalıdır.

Raporun kolayca okunması ve anlaşılması önemlidir. Tıbbi ve teknik dilden kaçınılmalıdır. Kullanılan dil geniş bir kesim tarafından anlaşılır olmalıdır.

Muayeneyi gerçekleştiren hekim raporunda tüm bulgular ile ilgili görüş bildirmelidir. İşkence öyküsü ile tüm fiziksel ruhsal bulguların uyumluluğu birlikte değerlendirilmelidir.

**İşkence ve kötü muamele iddialarında tıbbi değerlendirme talebi** Savcılık tarafından resmi yazılı taleple yapılmalıdır, aksi halde İstanbul Protokolü yapılan tıbbi değerlendirmelere ilişkin raporların geçerli olmayacağını belirtir (İP p.123). Savcının yazılı emriyle hareket etmedikleri takdirde kolluk kuvvetlerinin tıbbi değerlendirme istekleri geçersiz kabul edilmelidir.

İşkence mağduru olduğu iddia edilen kişi veya avukatı veya akrabaları tıbbi değerlendirme talep etme hakkına sahiptir.

Kişiler ikinci veya alternatif bir tıbbi değerlendirme raporu alma hakkına sahiptir.

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği madde 9'a göre; hazırlanan **gözaltı giriş** raporunun bir örneği muayeneye getirilen kişiye, biri Savcılığa iletilmek üzere kolluğa verilir, bir örnek de hekimin kurumunda arşivlenir. **Gözaltı çıkış** raporunun 2 örneği de doğrudan Savcılığa iletilir, kişi ya da avukatı bir örneği Savcılıktan alabilir, bir örnek soruşturma dosyasına eklenir, üçüncü örnek hekimin kurumunda arşivlenir. Bu raporların düzenlenmesinde ve C. Savcılığına gönderilmesinde 5271 sayılı CMK, madde 157'de belirtilen gizlilik kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşunca alınır.

Ulusal ve uluslararası hukuk kuralları yanı sıra müvekkilin uymak zorunda olduğu etik kurallar da bulunmaktadır. Hekimlik mesleğinin konusunu oluşturan kişilerin bedensel ve ruhsal sağlığı, doğrudan yaşam ve beden bütünlüğüne ilişkin olduğundan mesleğin yürütülmesi konusunda hem iç hukukta, hem de evrensel boyutta pek çok etik kural getirilmiştir.

Dünya Tabipler Birliği (DTB) birçok bildirgesinde, hekimlerin bakım ve tedavi görevleri ele alınmıştır. Bu bildirgeler, tutuklular ve suçlu olduğu iddia edilen kimseler de dahil olmak üzere doktorların daima hastaları için en iyi olanı yapmakla yükümlü olduklarını açıkça ifade etmektedir. Bu görev sık sık **profesyonel bağımsızlık** kavramı aracılığıyla dile getirilmektedir.

**Profesyonel bağımsızlık kavramı; doktorların kendilerine uygulanabilecek baskılara karşı en iyi tıbbi tedavi şekline sadık kalmalarını gerektirmektedir.**

DTB'nin *Uluslararası Tıbbi Etik Kuralları*, doktorların “*mesleki ve ahlaki bağımsızlık* içinde, şefkatle ve insan onuruna saygılı” biçimde tıbbi bakım vermekle görevli olduklarını vurgulamaktadır. Doktor, sadece hastanın çıkarına göre davranmakla görevlidir ve hastalarına sadakat gösterme yükümlülüğündedir.

DTB tarafından yayınlanan *Tokyo Bildirgesi* ve *Hekimlerin Bağımsızlığı ve Mesleki Özgürlük Bildirgesi*, hiç bir şüpheye yer bırakmayacak kadar açık bir biçimde, doktorların başkalarının çıkarları olursa olsun **hastanın çıkarları** doğrultusunda davranmak için özgür olmakta ısrarcı olmaları gerektiğini ifade etmektedir.<sup>1</sup> İşverenlerin, cezaevi yetkililerinin veya güvenlik güçlerinin talimatları da başkalarının çıkarları arasındadır. Bildirge, doktorların “hasta veya yaralı olanlara gerekli tıbbi bakımı vermeyi reddeden veya tıbbi bakımı sınırlayan herkese karşı hastalarının sağlık gereksinimlerini savunacak veya temsil edecek **profesyonel bağımsızlığa** sahip olmalarını” da gerekli görmek-

---

1 DTB tarafından 1986 yılında kabul edilmiştir.

tedir. Uluslararası Hemşirelik Kuralları Konseyi'nde hemşireler için de benzer kurallar getirilmiştir.

DTB, doktorların bakım sağlama görevini hasta haklarını tanıyarak bir başka biçimde daha ifade etmiştir. **Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi**, **ayrım gözetmeksizin** herkese gerekli sağlık bakımı hakkı tanıır ve doktorların hastaların iyiliği doğrultusunda davranmaları gerektiğini tekrar eder.<sup>2</sup> Bildirgeye göre **hastaların özerkliği ve adil bir biçimde muamele yapılacağı** hakkında garanti verilmeli, hem doktorlar hem de tıbbi bakım sağlayanlar hasta haklarını ön planda tutmalıdır. **“Yürütme organının, hükümetin veya herhangi bir idari merci veya kurumun bu hakları hastalara tanımayı reddetmesi durumunda hekimler, bu hakları garanti altına almak ya da bu hakların verilmesini sağlamak için gerekli yollara başvurmalıdırlar”**.

**Kişiler, etnik kökenleri, politik inançları, milliyetleri, cinsiyetleri, dinleri ya da kişisel özellikleri ne olursa olsun gerekli sağlık bakımını alma hakkına sahiptirler; belli bir suçla suçlanan ya da bir suçtan dolayı hüküm giyen kişiler de gerekli tıbbi bakımı ve hemşirelik hizmetlerini almak konusunda diğerleriyle eşit haklara sahiptir. Bildirge, hastalar arasında ayırım yapmanın kabul edilebilir tek kıstasının, hastaların tıbbi ihtiyaçlarının görece aciliyeti olduğunu vurgulamıştır.**

**Türk Tabipler Birliği (TTB)** tarafından kabul edilmiş olan **Hekimlik Meslek Etiği Kuralları**, 33. maddesinde hekimler yönünden “başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere tüm insan hakları belgelerine ve hekimlikle ilgili ortak kurallara uyma” yükümlülüğü öngörmektedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler ve yukarıda özetlenen DTB ilkeleri bu nedenle tüm hekimler yönünden olduğu gibi müvekkil açısından da uyulması zorunlu kurallardır.

TTB Meslek Etiği Kuralları, 7. maddesinde sağlık hizmeti verilmesinde ayrıcalık yapılmasını açıkça yasaklamaktadır.

*Hekimin Yansızlığı*

*Madde 7-Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.*

2 DTB tarafından 1931 yılında kabul edilmiştir; Eylül 1995'te yapılan 47. Genel Kurul'da değişiklik yapılmıştır.

## İPUÇLARI

Hastanın adli olgu değerlendirme ve raporlama işleyişi hakkında bilgilendirilmesi, bu raporun adli makamlara gönderileceği, raporun kendi sağlık durumu ile ilgili bir bilirkişi raporu olduğu, gizlilik ve sır saklama yükümlülükleri ile bunlara ilişkin sınırlılıkları olduğunu belirtmesi, hastasını ortaya çıkabilecek olası yararlar (raporun, hukuksal süreçlerde delil olabileceğini) ve yaşanabilecek muhtemel sorunlar (örn; kendisini hukuksal olarak zor durumda bırakacak bilgileri hekimle paylaşmaması) konusunda yeterli bilgilendirilmesi, hastanın özgür seçim ve iradesi ile karar verdiğinden emin olunması gerekmektedir.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve İstanbul Protokolü'nde belirtilen ilkelere göre, özellikle alıkonuların muayenelerinde, hasta yazılı onam vermek isteyebilir ancak muayene olmak isteyebilir. Hastaya yazılı onam almak için baskı uygulamamalı ve ısrar edilmemelidir. Onamın tam bir aydınlatma ile yapıldığı ve “sözel” olarak alındığı raporda belirtilmelidir. Bu olayda, hastanın yaşı da dikkate alındığında veli/vasi onayının da istenmesi gerekebilir ancak kendisi hakkında karar verme yeterliliği bulunan 18 yaş altı kişilerin de kararlarına uyulması gereklidir. Kendi yararına karar alma yeterliliği olmayan kişilerin veli ya da vasisinin kararına uyulmalıdır.

### **İP neden bağlayıcıdır? Yasal bir düzenleme midir?**

İP, BM İnsan Hakları Komisyonu İP ilkelerini (Ek I) 20 Nisan 2000'de benimsemiştir.

2001 yılında BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından eğitim serisinden (No.8) basılmıştır.

BM İnsan Hakları Komisyonu - 2003 kararında; Adli tıp bilimlerinin; işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezalandırmasının delillerini saptamada önemli bir araç olduğu ve İstanbul Protokolü'nde belirtildiği gibi kapsamlı, hızlı ve tarafsız soruşturma ve belgeleme süreçlerinin yerleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

İP bir sözleşme değildir ancak uluslararası hukukun bir parçasıdır.

İP'nda belirtilen ilkelere uyulmadığı takdirde uluslararası mahkemeler ve mekanizmalar ilgili devletler hakkında yaptırıma gidebilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işkence ve kötü muamele iddialarının belgelenmesi ve soruşturulması konusunda İP'nü bir uluslararası standart olarak kabul eder ve Türkiye de dahil olmak üzere devletlere sorumluluklar yükler.

Anayasa m. 90 uyarınca bağlayıcı olan Birleşmiş Milletler sözleşmeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ilgili mahkeme kararları ve iç hukuktaki emredici düzenlemelere göre İstanbul Protokolü; hem devlet ve hem de ilgili tüm uygulamacılar (hekim, hakim, savcı, avukat, kolluk görevlileri) için bağlayıcıdır.

## İPUÇLARI

**Travma mağdurlarının adli tıbbi değerlendirmeleri için standart adli rapor formlarının kullanılması ve eksiksiz doldurulması halinde hekimlik meslek etiği değerleri, İstanbul Protokolü ve yasal mevzuatta belirtilen ilkelerle uyumlu bir raporlama yapılmış olacaktır.**

Standart form kullanımının iki önemli amacı ve yararı bulunmaktadır: tüm sağlık kuruluşlarında uygulama birlikteliği sağlamak; daha da önemlisi, adli hekimlik hizmeti sunan kişilere rehberlik ederek hastaların adli tıbbi yönden muayene ve değerlendirilmelerinin eksiksiz yapılmasını sağlamak, hastayı biyopsikososyal bir varlık olarak değerlendirerek, İstanbul Protokolü ilkelerine uygun değerlendirme ile adli hekimlik hizmeti sunanların olası hatalarını ve bundan doğacak mağduriyetlerini en aza indirmektir.

**Standart adli rapor formları kullanılmadığında veya eksik doldurulduğunda hekimler hastanın medikolegal (adli tıbbi) yönden değerlendirmesi konusunda basit özen ve dikkati göstermediği, görevini yapmadığı, tıbbi uygulama hatası yaptıkları gibi iddialarla karşılaşmakta ve soruşturma/kovuşturmaya uğramaktadır.**

Standart formlar kullanılmadığında, ülkemiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve İstanbul Protokolü ilkelerinin ihlal edildiği yönündeki kararlarıyla da karşı karşıya kalmaktadır.

**Teşekkür:** Bu bölümün yazımında “İstanbul Protokolü Eğitim Programı; Adli Tıp Uzmanı Olmayan Hekimler, Hakimler ve Savcuların Bilgi Düzeyini Yükseltme” projesi kapsamında TTB tarafından yayınlanmış kitaplardan yararlanılmıştır. Emegi geçenlere teşekkür ederiz.

## Kaynaklar

1. İstanbul Protokolü. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için Kılavuz. Birleşmiş Milletler Yayınları, Eğitim Seri No:8. Cenevre, 2001:1.
2. Arıcan N, Korur Fincancı Ş, Özkalıpçı Ö, Berber MS, Tecer A, Ünüvar Ü. İşkence için Tıbbi Değerlendirme El Kitabı. TTB İstanbul Protokolü Eğitimleri Projesi Yayını. Mucize Matbaacılık, Ankara, 2009.
3. Altıparmak K, Özdemir B, Üçpınar H. İşkencenin Önlenmesine İlişkin Hukuk El Kitabı. TTB İstanbul Protokolü Eğitimleri Projesi Yayını. Mucize Matbaacılık, Ankara, 2009.
4. Arıcan N, Baykal T, Biçer Ü, Ekizoğlu O, Korur Fincancı Ş, Özkalıpçı Ö, Berber MS, Tecer A. İşkence İçin Tıbbi Değerlendirme Akış Şeması. TTB İstanbul Protokolü Eğitimleri Projesi Yayını. Mucize Matbaacılık, Ankara, 2009.
5. Özkalıpçı Ö, Şahin Ü, Baykal T, Korur Fincancı Ş, Akhan O, Öztop F, Lök V. İşkence Atlası. Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 52, Agora Kitaplığı, İstanbul, Aralık, 2007.



# HAKEMLİ MAKALE



## Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Tehdit Suçunda Yer Alan ‘Sair Kötülük’ Kavramı

### ■ M. Baran SELANİK\*

*Legis tantum interest, ut certa sit  
ut absque hoc nec justa esse possit*

*(Belirlilik olmazsa, o yasanın adil olması da mümkün değildir.)  
Francis Bacon (1561-1626)*

### GİRİŞ

Ceza hukuku, suç kapsamı içine giren eylemler ile bunlara uygulanacak cezaları inceleyen<sup>1</sup> ve bunlara ceza hukukuna özgü hukuki sonuçlar bağlayan hukuk dalıdır. Hukuk düzenleri, ceza hukuku aracılığıyla, ait olduğu toplum ve yaşanan dönem itibariyle yaşamsal bakımdan önemli olan değerleri ihlal eden fiilleri suç haline getirir. Böylece, bu fiilleri gerçekleştirmek isteyen kişileri eylemlerini yapmadan caydırmayı ve düzeni henüz bozulmadan korumayı, işlenmesi halinde ise toplumda meydana gelebilecek olan huzursuzluğu ortadan kaldırmayı amaçlar.

Suçta ve cezada kanunilik ise hangi eylemlerin suç olduğunun ve bu eylemlerin yapılması durumunda uygulanacak yaptırımların kanunla açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirten, toplumda yaşayan bireylerin hukuki güvenliğini sağlamaya yönelik olarak kabul edilmiş evrensel bir hukuk kuralıdır. İlke, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturur.<sup>2</sup> Aynı zamanda da hukuk devleti ilkesini ceza hukukunda somutlaştıran bir prensip olup, bireyi devlete karşı koruma amacı güder.<sup>3</sup>

Bu ilke, usulüne uygun olarak ilan edilecek kanunlar ile bireyin hangi hareketinin suç oluşturduğunu ve suç oluşturan bu hareketin hangi nitelik ve ağırlıkta bir cezaya çarptırılacağını önceden bilmesini ve hareketlerini ona göre ayarlamasını amaçlar.

\* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1 <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi: 09.07.2012).

2 AYM, 03.11.2011 tarih, 2010/1 E. ve 2011/149 K. sayılı ilamı.

3 İÇel, Kayıhan / Donay, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Birinci Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, s 71.

Çalışmamızda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap ikinci kısmında belirtilen kişilere karşı suçlardan yedinci bölümde hürriyete karşı suçlar arasında yer alan 'tehdit' suçunun (TCK m. 106) unsurlarından olan ve maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde bulunan 'sair bir kötülük' kavramının ceza kanunlarında yer almasını, suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirmeye çalışacağız.

Çalışmamızın ilk kısmında; suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimi ile anlamı ve sonuçları bakımından kısaca değerlendirilmesi yapılacaktır.

İkinci kısımda ise kötülük kavramının ne olduğu bulunmaya çalışılacak, kavramın ceza kanunları açısından açık ve belirli olup olmadığı belirlenmeye çalışılacaktır. Kötünün ne olduğu, kimler için hangi anlamlara geldiği, araştırabildiğimiz ölçüde değerlendirilmeye çalışılacaktır. Tarihsel olarak kısaca bazı filozofların kötülük ve ahlak konusundaki düşüncelerine göz atılacak ve kötülük kavramının kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi yapılacaktır.

## SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ, ANLAMI, TARİHÇESİ, SONUÇLARI

### I. ANLAM

Devlet, her alanda olduğu gibi kişilerin temel haklarına da önemli ve olumsuz müdahalelerde bulunma ve toplum yaşamını kendi gücü ve isteği doğrultusunda yönlendirme gücüne sahiptir. Özellikle kişinin özgürlüğünden ve belli temel haklarından yoksun bırakılması sonuçlarının olduğu ceza hukuku alanında devletin bu gücünü sınırsızca kullanması düşünülemez. Kişilerin temel hak ve hürriyetlerini kullanmalarına engel olmaması için çağdaş devlet ve toplum anlayışının geldiği ve gerektirdiği seviye ve "hukuk devleti ilkesi"<sup>4</sup> gereğince, devlet bu gücünü kullanırken belli sınırlar çerçevesinde hareket eder. Bu sınırların en başında suçta ve cezada kanunilik ilkesi gelmektedir. Bu ilke, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarındandır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç adı verilen hareketlerin ve bu hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde uygulanacak yaptırımların, yani cezaların, kanun ile açıkça belirlenmesi ve bunların usulüne uygun olarak ilan edilmek

4 Türkçe'deki "hukuk devleti" terimi Almanca *Rechtsstaat* teriminin birebir çevirisi ise de Anglo - Amerikan siyasi ve hukuk geleneğindeki *rule of law* terimi hukukun egemenliği anlamına gelir ve hukuk devleti, hukuku olan devlet değil hukukun egemen olduğu devleti ifade eder.

<http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/38.say%C4%B1/04%20-%20DR%20M.%20NED%C4%B0M%20BEKR%C4%B0.pdf> (Erişim Tarihi 10.07.2012).

Erdoğan, Mustafa, (2001), *Anayasal Demokrasi*, Ankara, Siyasal, s. 93.

suretiyle herkes tarafından öğrenilmesini temin eden ilkedir.<sup>5</sup> Yani kısaca, yasada gösterilmeyen fiiller suç olmadığı gibi, suça da yasada gösterilen cezadan başka bir ceza verilemez. İlke, kişileri, durumlarının ve davranışlarının hukuki karşılıkları hususunda “öngörülebilir” durumda tutarak kendilerini hukuken güvende hissetmelerini sağlar.<sup>6</sup> Yani kısaca, yasada gösterilmeyen fiiller suç olmadığı gibi, suça da yasada gösterilen cezadan başka bir ceza verilemez.

İlke, Anayasa ve TCK’da kendisine açık olarak yer bulur. Anayasamızın 38. maddesinin 1. fıkrasında “*Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*” denilerek “suçun yasallığı (nullum crimen sine lege)”, üçüncü fıkrasında da “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” denilerek, “cezanın yasallığı (nulla poena sine lege)”<sup>7</sup> ilkesi getirilmiştir (Kanunilik ilkesini Latince formülüyle ilk defa Alman Hukukçu Feuerbach kullanmıştır). 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesinin 1. fıkrasında da “*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz*” şeklinde yer almaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin temel amacı, kişilere yasak eylemleri önceden bilmelerini sağlayarak, hareketlerini buna göre düzenlemek ve yönlendirmek olanağının verilmesidir.<sup>8</sup> Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kişi temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahalede bulunan eylemlerden hangilerinin suç kabul edilmesi ve bu eylemlere karşılık hangi cezaların öngörülmesi faaliyetinde kişileri keyfiliğe karşı koruyan en önemli güvencedir. İlkenin güvence fonksiyonunu ifa edebilmesi, kanun koyucunun suç teşkil eden fiili bütün unsurlarıyla kanunda tanımlamasına ve cezasını da aynı şekilde kanunda öngörmesine bağlıdır.<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda ilkenin amacının ve dayanağının, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri ve böylece temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamak düşüncesi olduğunu belirtmiştir.<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi daha da ileri giderek bir ka-

- 
- 5 **Dönmezer, Sulhi/Erman**, *Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım, C:1*, 5. Bası, İstanbul 1973, s.20; **İçel**, Kayıhan/**Donay**, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap*, 4. Bası, İstanbul 2005, s.75; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2005, s.35-36; **Şen**, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1*, İstanbul 2006, s.13; **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1*, 2. Bası, Ankara 2008, s.54. Ayrıca “*biçimsel kanunilik ilkesi*” ve “*öze ilişkin kanunilik ilkesi*” şeklindeki ayırım için bkz. **Toroslu**, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008, s.39.
- 6 **Altındiş**, Mehmet (2008), *Hukuki Güvenlik İlkesi*, Yasama Dergisi, sayı 10, s. 60 vd.
- 7 **AYM, 2007/43 E, 2009/51 K, 12.03.2009 Tarih**
- 8 **Dönmezer/Erman**, s.20; **Centel, Nur/Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 46.
- 9 **Özgenç**, İzzet / **Şahin**, Cumhur, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001, s. 15
- 10 **AYM, 2006/154 E, 2009/35 K, 26.02.2009 Tarih** ‘...Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri

rarında<sup>11</sup> kanunilik ilkesini içeren Anayasa'nın 38. maddesini fail lehine daha geniş yorumlamış ve fiilin yapıldığı sırada kişinin eylemini gerçekleştirirken mağdur sayılan kişinin rızasının olduğunu haklı nedenlerle düşünmesini kanunilik prensibi olarak değerlendirmiştir. Kanımızca bu karar isabetli değildir. Kanunilik ilkesini geniş yorumlamamak gerekir. İlkenin anlamı çok açıktır; suç ve cezalar kanunla açık bir şekilde düzenlenir. Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirttiği üzere karşı tarafın eylemlerine dayanarak kişinin kendi eyleminin suç oluşturmayacağı kanaatine varmasının kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirilmesi, bizce ilkenin güvence fonksiyonunu zayıflatmaktadır. İlke sadece eylemi yapan için değil, mağdur için de güvence fonksiyonu işlevi görür. Ayrıca kanunu bilmemenin mazeret sayılmadığı bir hukuk sisteminde hangi hareketlerin cezasızlık sebebi olduğunu bilmek gerekecektir. Hemen belirtelim ki kanunu bilmek için ilerleyen bölümlerde belirteceğimiz üzere kanunların yeterince açık ve belirli bir şekilde yapılması gerekecektir. Gerçekten de, kanun tarafından belirlenip suç haline getirilmemiş bir hareketten dolayı birey hakkında kamu davası açılması ve ceza verilmesi halinde ceza adaleti rastlantılara, keyfiliklere, hakimlerin vicdanlarına terk edilmiş olur. Zira gerçekleştirdiği hareketin suç olup olmadığını ve cezayı gerektirip gerektirmediğini önceden bilme olanağına sahip olmayan kişinin, hareketlerinde özgür olabileceğinden bahsedilemez.<sup>12</sup>

---

ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır. Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "*Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın "açık", "anlaşılır" ve "sınırlarının belli olması"nın zorunlu kılar. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamaktadır... benzer kararlar için bkz. **AYM, 2006/93 E, 2009/88 K, 18.06.2009 Tarih; AYM, 2001/3 E, 2005/406 K. 01.2005 Tarih; AYM, 2003/92 E, 2007/25 K, 15.03.2007 Tarih**

11 **AYM, 2006/17 E, 2009/33 K, 26.02.2009 Tarih**

12 **Ersoy, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2002, s.21; **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt 1, Ankara 2006, **Turhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.132.

Bu nedenlerle suçta ve cezada kanunilik ilkesi fertler bakımından bir güvence fonksiyonuna sahiptir.<sup>13</sup> Suç ve ceza yaratma yetkisinin yasama organında olduğunu dile getiren kanunilik ilkesi, kişilerin yapmamaları gereken fiilleri bilip buna göre davranmalarını sağlayarak ceza hukukunun toplum ile kişileri koruma amacını birleştiren ve her iki unsurun düzenli bir şekilde var olmasını temin eden bir ilkedir.<sup>14</sup>

Suç ve cezanın kanunla koyulması gerektiğinden başka bunu ancak milletin egemenliğini kullanan yasama organının yapması gerekir. Yürütme organına bu yetkinin tanınması siyasi sonuçları çok büyük ve muhalifleri için olumsuz sonuçlara yol açacak düzenlemelerin yapılmasına yol açar. Yine bu yetkinin yargı organına verilmesi halinde de yargı organı hem suçu ve cezasını koyup hem de yargılamayı yapar duruma gelir ki bu da tarafsızlığını ortadan kaldırır.

Suç ve cezaların önceden kanunla açık olarak ortaya konulması ise ceza hukukunun amaçlarından olan genel önleyiciliğin de yerine getirilmesi sonucunu doğurur.

## II. TARİHSEL GELİŞİM

### A. Genel Olarak

Ceza hukukunun olmazsa olmazlarından olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi bu önemine rağmen ceza hukuku tarihinde oldukça yeni sayılır. Gerçekten de ilkenin pozitif hukuk kuralları halini alması çok eski değildir. Avrupa’da ilkeye yer veren ilk kanun 1787 Avusturya Ceza Kanunu’dur. İlk Anayasa ise 1791 Fransız Anayasası’dır. Türk hukukunda ise 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu ve 1876 Anayasası ilk defa bu ilkeye yer vermiştir. Temel hak ve özgürlükler açısından bu kadar hayati önem taşıyan bir ilkenin hukuka bu kadar geç girmesinin başlıca sebebi olarak toplumların ve devletlerin, ceza hukukunda keyfiligi ön planda tutmasını görmekteyiz. Özgürlük düşüncesinin 1789 Fransız İhtilali ile ateşlendiğini ve sonrasında yayılmaya başladığını da göz önüne alırsak ilkenin hukukta kendine geç yer bulmasının nedenini anlarız.

İnsanlık tarihinin en başından beri toplumlar, düzeni bozanları cezalandırmışlardır. Bu cezalandırmalar yazılı bir metne göre değil de örf ve adetlere

13 **Önder**, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C:1, İstanbul 1989, s.103 vd.; **Özgenç**, İzzet, “*Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu*”, KHUKA, Y:3, S:2-3, Haziran-Ekim 2000, s.90 vd. **Özbek**’e göre, hem Anayasa ile belirlenmiş ve hem de ceza kanunu ile yasallaşmış olan kanunilik ilkesi ceza hukukunun hukuk devletine uygunluğunun bir garantisidir. Bkz. **Özbek**, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)*, Cilt I Genel Hükümler- Madde 1-75, 3. Baskı, Ankara Şubat 2006, s.157.

14 **Dönmezer**, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Beta, İstanbul 1994, C 1, s. 17

göre yapılmıştır. Örneğin Romalılar 12 Levha Kanunlarını ortaya çıkarmadan önce yıllar boyunca atalarından gelen teamül ve adetlere göre toplumlarını idare etmişlerdir. Bu örf ve adetlerin süre gelen değişimi ve gelişimi sonucunda rahip hukukçular ve 12 Levha Kanunları ortaya çıkmıştır.<sup>15</sup> Ancak, doğal olarak, kanunilik ilkesinden söz etmek doğru olmaz. Nitekim örf ve adetlerin egemen olduğu ve hepsinden öte kıyasın mevcut olduğu bir ilkel hukuk sisteminde suçta ve cezada kanunilik ilkesi de kendine yer bulamamıştır.<sup>16</sup>

Kanunilik ilkesinin ilk kez 1215 tarihli Magna Carta Libertatum<sup>17</sup>'da yer aldığı söylene<sup>18</sup> de derebeyleri krallara karşı korumak amaçlı hazırlanmış olan bu belge sadece derebeyler açısından tabii hakim ilkesi getirmiş ve yine derebeylerle sınırlı olmak üzere kral karşısında onlara kişisel güvenlik sağlamıştır. Bu nedenle kanunilik ilkesinin ilk kez söz konusu belgede geçmiş olduğunun kabulü yanlıştır.<sup>19</sup> Yine kanunilik ilkesinin ilk kez Magna Carta Libertatum'da geçmediğini iddia eden başka bir görüşe göre ise bu belgenin, özgür bir kişinin sadece bir yargılamadan sonra verilecek kararlar veya kanun uyarınca tutuklanabileceği ve hapsedilebileceği ifade etmektedir, bu nedenle de suçta ve cezada kanunilik ilkesini değil, fakat muhakeme hukuku ile ilgili olarak kişi dokunulmazlığının güvencesi temin eder, demektedir.<sup>20</sup>

Kanunilik ilkesini Avrupa'da ilk defa ortaya koyan Fransız düşünür Montesquieu'dur.<sup>21</sup> Kendisi, kişi özgürlüğünün güvence altına alınabilmesinin ancak devletin müdahale alanının sınırlarının belirlenmesine bağlı olduğunu, yani kişi özgürlüğüne getirilecek sınırların kanunla yapılması gerektiğini, belirtmiştir. Yine İtalyan hukukçu ve filozof Cesare Beccaria da Suçlar ve Cezalar Hakkında<sup>22</sup> adlı kitabında, hakimlerin, vatandaşları kanun tarafından önceden gösterilmeyen ceza ile cezalandırılmayacağı ve kanunları yorumlamayacağını dile getirmiştir.<sup>23</sup>

- 
- 15 **Erdoğan**, Belgin/**Tahiroğlu**, Bülent, *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul 2000, s.38 vd.
  - 16 **Joseph**, Plescia, *Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini*, (Çev. **Tamer Güven**, Diler), M. Keman Oğuzman Anısına Armağan, Beta Yay., İstanbul 2000, s. 925 vd.
  - 17 1215 yılında imzalanmış bir İngiliz belgesidir. Papa III. Innocent, Kral John ve baronları arasında, kralın yetkileri hususunu karara bağlamak amacıyla imzalanmıştır. Kralın bazı yetkilerinden feragat etmesini, kanunlara uygun davranmasını ve hukukun kralın arzu ve isteklerinden daha üstün olduğunu kabul etmesini zorunlu kılıyordu. [http://tr.wikipedia.org/wiki/Magna\\_Carta](http://tr.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta) (Erişim Tarihi 07.07.2012)
  - 18 **Önder**, s.107.
  - 19 Aynı yönde görüş için bkz. **Demirbaş**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2007, s. 109.
  - 20 **Alacakaptan**, Uğur, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara 1958, s.3. Aynı yönde bilgi için bkz. **Tosun**, Öztekin, "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", İÜHF, C:XXVII, S:1-4, İstanbul 1962, s.48.
  - 21 **Montesquieu**, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, (Çev:F.**Baldaş**), İstanbul 1998
  - 22 **Beccaria**, *Cesare Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev: **Sami Selçuk**), Ankara2004, İmge.
  - 23 **Artuk**, Mehmet Emin, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 89 vd.

Kanunilik ilkesi, ilk defa 1776 Amerikan Anayasasında (Virginia, Maryland) yer almış ve bunu İmparator 2. Joseph'in 1787 Avusturya Ceza Kanunu ve 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, daha sonra da 1794 Prusya Genel Ülke Kanunu izlemiştir. 1791 ve 1793 Fransız Anayasaları ve 1810 Fransız Ceza Kanunu'nda ve kanunlaştırma hareketleriyle birlikte diğer kanunlarda da yer almıştır.<sup>24</sup>

Kanunilik ilkesi çağımızda çağdaş toplumların başta Anayasaları<sup>25</sup> olmak üzere diğer kanunlarında ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>26</sup> (m. 11/b.2), Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi<sup>27</sup> (md 15/1) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>28</sup>nde (m. 7/b.1) de yer almaktadır.

## B. Türk Hukukunda

Osmanlı Devleti'nde İslam ceza hukuku geçerliydi. Kuran'da düzenlenen, Allah'a ve kişilere karşı işlenen suçların yanında bir de taziren cezalandırılan suçlar vardı (hakkında ayet veya hadis gereği bir hüküm bulunmayan, takdirin yargılayana bırakılması). Ülül-emr (padişahın vazife verdiği ve İslamiyet'in emir ve yasaklarını kişilere anlatan kimseler) tarafından suç sayılıp cezalarının belirlendiği bir sistemde suçta ve cezada kanunilik ilkesinden söz edilemezdi. Çünkü hangi fiillerin taziren cezalandırılacakları çoğu kez önceden saptanmadığından ve bu konuda kadınlara geniş takdir yetkisi verildiğinden, tazir, İslam hukukunda keyfilige yol açan bir uygulama olarak yer almıştır.

Batının baskısından kurtulmak amacıyla ilan edilen 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu'nda, cezada kanunilik ilkesine yollama yapılmış ve bu şekilde, kanunilik ilkesinden söz edilen ilk metin olmuştur. Ancak suçta kanunilik ilkesine ne burada ne de 1840 ve 1851 Ceza Kanunlarında yer verilmiştir. 1858 Ceza Kanununda da 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi açıkça düzenlenmemiştir. 1876 Anayasası m. 10'da '*Hürriyet-i şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse, kanunun tayin ettiği sebep ve surette maada bir bahane ile*

24 Özbek, s. 109.

25 Federal Almanya Anayasası md. 103; Finlandiya Anayasası md. 8; Belçika Anayasası md. 14; Yunanistan Anayasası md. 7; İtalya Anayasası md. 25; İspanya Anayasası md. 25

26 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. Türkiye tarafından kabul edilerek 27 Mayıs 1949 tarihinde 7217 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

27 BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. 23 Mart 1976 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 15.08.200 tarihinde imzalamıştır.

28 Avrupa Konseyi ülkeleri tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 18 Mayıs 1954 tarihinde kabul etti.



*mücazat olunamaz.*' şeklindeki kanunilik ilkesine ilk defa açık bir şekilde yer verilmekle birlikte, 1909 değişikliği ile maddenin 2'nci cümlesi *'Hiç kimse şer ve kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile tevkif ve mücazat olunamaz'* şeklini almış ve bu haliyle kanunilik ilkesini zayıflatmıştır. Aslında Anayasa'nın 113'üncü maddesinde yer alan *'Hükümetin emniyetini ihlal ettikleri idare-i zabitanın tahkikatı mevsuk ası üzerine sabit olanların memaliki mahrusa-ı şahanedan ihraç ve teb'id etmek münhasıran Zat-ı Hazret-i Padişahinin yedi iktidarındadır'* hükmü karşısında m. 10'un anlamı kalmamıştır.<sup>29</sup>

Her ne kadar metinde kanunilik ilkesine yer verilmiş olsa da, bu dönemde şer'i hukuk uygulandığından kanunilik ilkesinin tam manasıyla uygulamaya geçirildiğinden bahsedilememektedir.<sup>30</sup>

1924 Anayasası'nda kanunilik ilkesine açık bir şekilde yer verilmemekle birlikte, 1961 Anayasası'nın 33. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde ilke açık bir şekilde yer almıştır. 765 sayılı TCK'nin 1/1 maddesinde de ilke açıkça düzenlenmiştir.

1924 Anayasası'nın 68'inci maddesi; *"Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına müzar olmayacak her türlü tasarrufta bulunmaktır. Hukuku tabiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tespit ve tayin edilir."* şeklindedir. Doktrinde bazı yazarlar bu düzenlemeden suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anayasal bir ilke olduğunun savunulamayacağını belirtmişlerdir.<sup>31</sup>

1961 Anayasası'nın 33'üncü maddesinde; *"Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir filden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Kimse kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Ceza sorumluluğu şahsidir. Genel müsadere cezası konulamaz."* denilmiştir.

29 **Demirbaş**, s. 110, **Dönmezer/Erman**, s. 50

30 **Önder**, s.108. Bilgi için ayrıca bkz. **Yarsuvat**, Duygun, *Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası*", İÜHF, C:XXIX, S:3, İstanbul 1963, s.549.

31 **Sarıca**, Ragıp, *Türkiye'de İcra Uzmanın Tanzim Salahiyeti*, İstanbul 1943, s.71.

Suçlar kişi özgürlüğünü sınırlandırdığı için bu maddenin suçta ve cezada kanunilik ilkesini içerdiğini, dolayısıyla ilkenin Anayasal bir ilke olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri süren karşı görüş için bkz. **Dönmezer**, Sulhi, "İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç İhdası, Ana yasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcaben Karar", İÜHF, C:XXVIII, S:1, İstanbul 1962, s.243. Dönmezer/Erman'a göre, 1924 Anayasası'nda bu yönde açık bir hüküm yoktur. Ancak 68'inci maddeden dolayısı ile bu ilkenin anlaşılması mümkündür. Bkz. **Dönmezer/Erman**, s.55-56. Aynı yönde görüş için bkz. **İçel/Donay**, s.80-81; **Yarsuvat**, s.551.



1982 Anayasası'nın 38/1 maddesi; “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*”

5237 sayılı TCK'nın 2'nci maddesinde; “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*” denilerek suçta ve cezada kanunilik ilkesi açık bir biçimde belirtilmiştir.<sup>32</sup>

### III. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNE YÖNELİK OLUMSUZ ELEŞTİRİLER

Burada ilkenin sonuçlarına geçmeden önce küçük bir alt başlık açıp ilkeye yönelik olumsuz eleştirilere kısaca göz atacağız.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kimi nedenlerden dolayı savunulamayacağını, bu ilkenin kaldırılması gerektiğini belirten görüşler de vardır. Buna göre, toplum huzuru ve yararı bireyin güvenliğinden ve hürriyetinden daha önce gelir. Ancak kanunilik ilkesi gereği bireyin özgürlüğü korunurken toplum bundan zararlı çıkar. Bir başka eleştiri de kanunla her zaman her suç tipinin ayrıntılı olarak düzenlenemeyeceğidir. Bu durumda hâkim, kanuna değil hukuka göre karar vermeli; kanunda bulunan eylemleri hukukun amacına göre yorumlayarak kanunun lafzı ile bağlı olmadan karar verebilmelidir. Yani hakimler sadece kanunda yazanları bildiren bir araç olmamalıdır.<sup>33</sup> Hukuka saygı kanuna saygıdan önce gelmelidir. Çünkü en iyi kanun koyucu bile eksik düzenleme yapabilir. Bundan ötürü hâkim adaletin dağıtılmasında aktif olarak görev almalı kanunda yer alan boşlukları ve cezalandırılması gereken hareketleri hukuk çerçevesinde doldurmalıdır. Asıl adaletsizlik ise sadece kanunda yazmıyormuş gibi cezalandırılması gereken bazı hareketlerin cezasız kalması halinde doğ-

32 Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sadece ceza kanunu açısından kabul edilmesi olanaksızdır. Kabahatler için de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Kabahatler Kanunu'nda TCK'dakilere nazaran daha hafif nitelikteki eylemlere yer verilmiştir. Buradaki düzenlemeler sayesinde idare tarafından birtakım yaptırımlar uygulanabilmektedir. Kabahatler Kanunu'nda kanunilik ilkesi TCK'daki kadar belirgin şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle kanunilik ilkesinin Kabahatler Kanunu için de geçerli olup olmadığı yönünde doktrinde tartışmalar vardır. Ancak kanımızca kanunilik ilkesinin Kabahatler kanunu açısından da kabulü zorunludur. Nitekim bu kanunda idare sınırlı da olsa ceza ve suç yaratma yetkisine sahiptir. Kişilere olan yaptırımı hafif nitelikte de olsa kişinin özgürlüklerine yapılan müdahalenin az veya hafif olup olmadığına bakılmaksızın Kabahatler Kanunu bakımından da ilkenin kabulü gerekir. Tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz. **Mahmutoglu**, Fatih Selami, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi*, Kazancı Yay., İstanbul 1995.

33 **Can**, Osman, “*Belirtilik İlkesine Anayasal Bakış*”, AÜHF, C:IX, S:1-2, (2005), s. 91.

muş olacak<sup>34</sup>; bunu bilen kişiler hareketlerinin kanuni tanımın dışında kalmasına özen göstererek, bu hareketlerinin cezasız kalmasını sağlayacaklardır.<sup>35</sup>

Kaldı ki, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kişi özgürlüğü ile olan ilişkisi de mutlak değildir. Örneğin İngiltere’de bu ilke kanunda yer almamasına rağmen İngiltere’de kişi özgürlüğünün olmadığından bahsedilmesi mümkün değildir.<sup>36</sup> Yukarıdaki düşüncelere olduğu gibi bu düşüncelere de katılmak mümkün değildir, İngiltere’de yıllardan beri süre gelen bir uygulamanın sonucunda toplum neyi yapıp neyi yapmaması gerektiğini bilmektedir. Bu da bir nevi kanunilik ilkesi kabul edilebilir. Aktarmaya çalıştığımız düşüncelerden ilginç bir tanesi ise kanunda belirsiz ifadelerin zaten kullanıldığı ve bu nedenle ilkenin işlevsel olduğundan bahsedilemeyeceğidir.<sup>37</sup> Kişilerin özgürlüklerinden ve haklarından daha az mahrum bırakıldığı bir hukuk düzeninin amaçlanması ve olumsuzlukların düzeltilmesi için çalışılması gerekirken, böyle bir nedenle ilkeye karşı çıkan görüşlere katılmıyoruz.

Çok kısa açıkladığımız bu nedenlerden dolayı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kabul edilmemesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur.

#### IV. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

##### A. Genel Olarak

5237 sayılı TCK’nın 2. maddesinin başlığındaki haliyle kanunsuz suç ve ceza olmaz şeklinde ifade edilmiş olan bu ilkenin esası, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kişilerin yasak fiilleri yani özgürlüklerinin sınırlarını önceden bilmelerini sağlama düşüncesine dayanır. Böylece kişiler hareketlerini buna göre düzenlemek imkanını bulur ve bu yönden de bu ilkeler bireysel özgürlüğün en önemli güvencesini oluştururlar. Buna suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu denilmektedir.<sup>38</sup>

34 İlkeye yönelik bu yöndeki eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tosun**, Suçların Kanuniliği, s.52 vd.; **Önder**, s.110; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.139 vd.

35 **Özbek**, s.158.

36 Ancak *Tosun*’a göre; İngiltere gibi hak ve özgürlüklerin uzun süreden beri garanti altına alınmış olduğu ülkelerde bu prensibe yer verilmese de olur. Çünkü bu ülkelerde hak ve özgürlüklerin kamu fikri, basın hürriyeti, hâkim teminatı gibi diğer başka bazı kalkınmaları bulunur. Bkz. **Tosun**, Öztekin, “Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku”, İÜHFİM, C:XXX, S:1-2, İstanbul 1964, s.28. Aynı yönde görüş için bkz. **Ancel**, Marc, (Çev: Sadık Tüzel), “Muâsir Mevzuatta ‘Kanunsuz Ceza Olmaz’ Kaidesi”, Adliye Ceridesi, 29-II, 72 (1938), s.1331 vd. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Munday**, Roderick, (Çev:Zeynel T. **Kangal**), “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, İÜHFİM, C:LXI, S:1-2, Y:2003, s.441.

37 **Özbek**, s.157.

38 **Koca**, Mahmut/ **Üzülmöz**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara 2008, s. 38

İlkenin, bu fonksiyonunu yerine getirebilmesi için zaman içinde ortaya çıkmış bir takım sonuçları vardır. Bu sonuçların bir kısmı kanun koyucuya, bir kısmı yargıca, bir kısmı da hem kanun koyucuya hem de yargıca yöneliktir. İlkenin sonuçları; kıyas yasağı, örf ve adete göre suç yaratılması ve ceza konulması yasağı (yargıca yönelik), ceza kanunlarının geçmişe yürümesi yasağı (hem kanun koyucuya hem de yargıca yönelik), belirlilik ilkesi (kanun koyucuya yönelik) ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratması yasağıdır.<sup>39</sup>

Hemen yukarıda saydığımız sonuçlarından önce ilkenin en önemli sonucu, adından da anlaşılacağı üzere, kişilerin hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalelerin önceden kanunla düzenlenmesi gerektiğidir. Erkekler ayrılığı ilkesini de göz önünde bulundurarak, kanun koyucunun, bu yetkisini hiçbir kurum veya kişiye devretmeyecek şekilde düzenlemelerde bulunması insan hakları ve çağdaş hukuk düzeninin gereğidir.

## B. Kıyas Yasağı (Lex Stricta)

Kıyas, kanun koyucu tarafından kanunda suç olarak düzenlenmemiş bir fiilin, kanunda suç olarak düzenlenmiş başka bir fiile benzetilerek cezalandırılması veya bir nesnenin bir suç konusuna benzetilerek cezalandırma yoluna gidilmesidir. TCK'da kıyas yasaktır. Kıyasın bir diğer türü ise hukuka göre kıyastır. Hukuka göre kıyasta suç oluşturmayan bir eylem, kanunda yer alan benzer bir suça benzetilerek değil, hukuk sisteminin genel esaslarına dayanılarak cezalandırılır.<sup>40</sup> Nasyonal Sosyalist hukuk sistemi, hukuka göre kıyasa izin vermemekteydi. Buna göre, hukukun tek kaynağını kanun oluşturmaz. Kanunun yanında toplumdaki hukuki düşünce, halkın sağduyusu ve siyasi örgütlenmenin temel ilkeleri de hukukun kaynağı olarak kabul edilmekte ve bu ilkelere aykırı davranışlar da cezalandırılabilirdi.<sup>41</sup> Yine Sovyet Rusya'da 1917 yılındaki ihtilal ile Çarlık yıkıldıktan bir süre sonra aynı yönde bir uygulama yürürlüğe koyulmuş ve 24 Kasım 1917 tarihli bir Kararname ile "sosyalist

39 Koca/Üzülmez, s. 40

40 Dönmezer/Erman, s.28 vd.; Önder, s.130; İçel/Donay, s.86; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 178.; Centel/Zafer/Çakmut, s.54; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2005, s.117.

41 Gerçekten de 15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu m.2, cezanın ancak kanun tarafından tayin edileceğini kabul etmiş iken; 28 Haziran 1935'te yürürlüğe giren kanun, Alman Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesini değiştirmiş ve kıyas yasağını kaldırmıştır. Maddeye göre; "Kanunun cezalandırdığı yahut kanunun esas prensiplerine ve halkın salim duygularına nazaran cezalandırılması lazım bir fiili işleyen kimseye ceza verilir. Eğer bu fiil hakkında tatbik edilecek hiçbir metin mevcut değilse fiil, esas fikri kendisine en ziyade yaklaşan metne göre cezalandırılır." Buna karşın II. Dünya Savaşı'nın sonunda Nasyonal-Sosyalist Almanya'nın savaşı kaybetmesi üzerine müttefik devletlerce kurulan Kontrol Komisyonu 30.01.1946 tarihinde kıyasa olanak sağlayan bu hükmü kaldırmış, daha

*hukuk şuur*”una aykırı olmayan kanunların uygulanacağı, diğerlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir.<sup>42</sup>

Üzerinde kısaca durmamız gereken bir nokta da kıyasın lehe yapılıp yapılamayacağıdır. 765 sayılı TCK’da açık olarak kıyas yasağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle aleyhe kıyas yasağının varlığı üstünde bir tartışma olmamıştır. Ancak doktrinde bazı yazarlar lehe kıyasın da kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bu görüşe göre, cezayı hafifletme, kaldırma ve cezadan vazgeçme gibi konularda kıyasa başvurulabilirdi. Bu görüşe göre kıyas yasağının temel nedeni, kanunda belirtilmeyen cezanın verilmesinin önüne geçmektir. Ancak lehe kıyasın söz konusu olduğu hallerde kişiye ceza verilmemekte ya da ceza hafifletilmektedir.<sup>43</sup>

5237 sayılı TCK’nın 2. maddesinin 3. fıkrasında kıyas yasağı açık olarak düzenlenmiştir. Maddeye göre; “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” Bu madde ile kıyas yasağı 765 sayılı TCK’dan farklı olarak gerek aleyhe ve gerekse lehe kıyasın yasak olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca TCK’nın 61’inci maddesinin 10’uncu fıkrası da bu görüşü desteklemektedir. Söz konusu madde uyarınca; “*Kanunda açıkça yazılı olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*” O halde, kanunda yazılı hallerin dışında cezalar arttırılamayacağı gibi eksilti-

---

sonra Alman Ceza Kanunu’nda gerçekleştirilen değişikliklerle birlikte kanunilik ilkesi tüm sonuçları ile kabul edilmiştir. Bkz. **Önder**, s.111; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.154, dpn.105. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Donnedieu de Vabres**, Henri (Çev: **Dönmezer**, Sulhi/ Şensoy, Naci), “Nasyonal-Sosyalist Ceza Hukukunun Kaynakları ve Cezalandırmada Kast ve İradeyi Esas Alan Nasyonal-Sosyalist Ceza Hukuku”, İÜHFİM, C:VIII, S:3-4, 1942, s. 574 vd. Ayrıca bkz. Schröder, Friedrich-Christian, (Çev: Ozansü, Mehmet Cemil), “Federal Yargıtay ve Nulla Poena Sine Lege Prensibi”, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No.5, Ankara 2006, s.403 vd.

42 <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/viewFile/4773/4338> (Erişim Tarihi: 14.07.2012).

43 Bu yönde görüş için bkz. **İçel/Donay**, s.88; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan, “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu II. Kitap, Ankara 2004, s.332; **Mahmutoğlu**, Fatih Selami, “*TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş*”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Ankara 2004, s.361; **Soyaslan**, s.118; **Parlar/Hatipoğlu**, s.67-68; **Bayraktar**, Köksal “*Faial Nedamet*”, İÜHFİM, C:XXXIII, S: 3-4, İstanbul 1968, s.122 vd.; **Soyaslan**, Kıyas, s.959 vd.; **Artuk**, Mehmet Emin/**Çınar**, Ali Rıza, “*Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu II. Kitap, Ankara 2004, s.71.

lemeyecektir de. Bu da lehe kıyasın da yasak olduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amaçlarından birinin keyfilikçi önlemek ve adaletsizlikleri ortadan kaldırmak olduğu aşikardır. Oysa kıyas yoluyla bir kişinin eylemine ceza verilmesinden vazgeçilirken aynı eylemden dolayı bir başka kişi ceza alabilecektir. Bu da keyfi bir uygulama demek olup yine adaletsiz uygulamaların doğmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir.<sup>44</sup>

Kıyasın, bir olaya ilişkin hukuk kuralının, kanun tarafından düzenlenmemiş benzer bir olaya uygulanması olduğunu belirtmiştik. Bu şekilde, kanunun bir normuna dayanılarak, kanunda hiç bulunmayan başka bir norm meydana getirilmektedir. Burada kanun boşluklarının meydana çıkarılması ve doldurulmasına yönelik olarak hakim hukuk yaratması söz konusudur. Bu nedenle kıyas, yorumdan farklı bir faaliyettir. Yorum, kanunun esas fikrini, kanun koyucunun gerçek iradesini, normun anlamını belirlemek için yapılan fikri bir faaliyet iken, kıyas esas fikrin geliştirilip, genişletilerek benzer yeni bir kural meydana getirilmesini ifade etmektedir. Yorum faaliyetinde, mevcut bir kanun hükmünün anlamı ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır. Kanun hükmünün sınırını yine kanun sistemi içinde belirlemeye çalışılmaktadır. Yani yorum, kıyas değildir. Kaldı ki 5237 sayılı TCK'nin 2. maddesinin 3. fıkrasında da suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu da göstermektedir ki yorum ile kıyas aynı şey değildir. Zira kıyas ile amaçlanan, kanunda düzenlenen normun anlamını ortaya çıkartmak değil, kanunda bulunan boşlukları doldurmaktır.<sup>45</sup>

Kıyas ile ilgili bir başka tartışma ise kıyasın sadece TCK'da suç tiplerinin düzenlendiği özel hükümler bakımından mı yasak olup olmadığı meselesidir. Yani ceza kanunlarının genel kısmı bakımından da kıyasın yasak olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde genel hükümler bakımından failin ancak lehine kıyas yapılabileceği, lehe olan kanunun uygulanmasının istisna oluşturması gibi genel hükümlerde failin lehine kıyas yapılmasının mümkün olduğunu savunanlar vardır.<sup>46</sup> Bu görüşe göre özellikle genel hükümler alanında cezayı hafifleten, cezalandırmayı önleyen veya ortadan kaldıran sebeplerin uygulanmasında ve hukuka uygunluk sebeplerinde, failin lehine olarak, kıyas yasağı yoluyla genişletme mümkündür.<sup>47</sup>

Yukarıda kısaca değinilen bu görüşe katılmak mümkün değildir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği kıyas yasağı sadece tipikliğin unsurlarını değil

---

44 **Özbek**, s.159.

45 **Koca/Üzülmez**, s.44

46 **Erem/Danışman/Artuk**, s. 92-93; **İçel/Donay**; s. 85 vd; **Tezcan, Durmuş/ Erdem**, Mustafa Ruhan, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin Görüşü*, Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, İstanbul 2004, s. 156; **Özgenç**, s. 116.

47 **Özgenç**, s. 117.

kusurluluk, cezayı ortadan kaldıran kişisel sebepler, hukuka aykırılık, objektif cezalandırılabilme koşulları ve tüm yaptırımlar yönünden mevcuttur. Kanunilik ilkesi, kişiler için bir güvence fonksiyonu işlevi gördüğü gibi, genel önlemeye de hizmet etmektedir. Kanunda suç karşılığında öngörülen cezanın kıyas yoluyla failin lehine hafifletilmesi, ilkenin genel önleme amacıyla bir zafiyet oluşturmaktadır.<sup>48</sup>

### C. Örf ve Adete Göre Suç Yaratılması ve Ceza Konulması Yasağı (Lex Scripta)

Ceza hukuku, kişinin salt insan olması nedeniyle sahip olduğu en temel haklarına müdahalede bulunması nedeniyle özel hukuktan ayrılır. Özel hukukta örf ve adetler de kanunlardan ayrı olarak bağımsız bir hukuk kaynağı olarak kabul edilir.<sup>49</sup> Ceza hukukunda ise kişinin en başta özgürlüğü yönünden ağır yaptırımlar yer aldığı için kişi güvenliği her şeyden önce gelir. Hukuki güvenlik ise yasak olanın herkesin anlayabileceği bir dile, önceden, herkesin öğrenebileceği şekilde, açık olarak gösterilmesine bağlı olduğundan ceza hukukunda örf ve adetin doğrudan kaynak değeri yoktur. Bu nedenle kanunda suç olarak belirtilmeyen bir fiilin işlenmesi halinde örf ve adet yolu ile kişiye ceza verilemez. Yine örf ve adet ile suç yaratılamaz, yürürlükte bulunan kanuna göre suç olan bir fiil suç olmaktan çıkartılamaz. Ayrıca örf ve adetin cezayı ağırlaştırıcı bir niteliği de bulunmamaktadır.<sup>50</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalar kanun yapılırken örf ve adetlerden yararlanılamayacağı anlamına gelmemelidir. Kanun koyucu, bir kanun yaparken örf ve adetlerden yararlanabilir. Ayrıca ceza kanununun yorumunda da örf ve adete başvurulabilir.

### D. Ceza Kanunlarının Geçmişe Yürümesi Yasağı (Lex Praevia)

Ceza kanunlarının zaman itibariyle uygulanmasıyla ilgili bir konu olan geçmişe yürüme yasağı, aslında failin aleyhine olarak geçmişe yürüme yasağı olarak formüle edilmiştir. Failin fiili işlediği sırada kanunda belirlenmiş olan cezayı göz önüne almış olduğu kabul edilir. Fiil işlendikten sonra yapılan yeni düzenlemelerle fiile karşılık gelen ceza miktarı artırılır veya failin yapmış olduğu eylem suçun ağırlaştırıcı hali olarak düzenlenirse, failin bunları bilmesi

48 Aynı yönde görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 45.

49 **Akıntürk**, Turgut, *Medeni Hukuk*, İstanbul 2008, Beta Yay., 13. Bası, s. 53. Gerçekten de 4721 sayılı Türk Medeni Kanun md. 1/1'de "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre... karar verir" denilmektedir. Ayrıca hukukun yürürlüğü ve kaynakları hakkında bilgi için bkz **Aral**, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 2007, Filiz Yay., s. 86 vd.

50 **Koca/Üzülmez**, s. 42-43

durumunda da aynı fiili yapacağını kabul etmek olanaksızdır. Fiili işlediği sırada cezalandırılmayacağını bilen kişi, sonradan yapılan değişikliklerle bu fiil nedeniyle cezalandırılırsa, kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun anlamını yitirdiği görülür.

İşlendiği anda yürürlükteki kanunlara göre suç sayılamayan bir fiil cezalandırılmaz (nullum crimen sine lege praevia), şeklinde açıklanan bu yasak 5237 sayılı TCK m. 7/1’de kendine vücut bulmaktadır. Esasen 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesinde düzenlenmiş olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi ceza kanunlarının geriye yürütmesine engeldir.<sup>51</sup> Siyasi bakımdan da bu yasağın çok önemli sonuçları vardır. Hükümetlerin başa geldiklerinde, muhaliflerini geçmişte yaptıklarından dolayı cezalandırması ve intikam almasının önü de bu yasakla birlikte kesilmek istenmektedir.

Ceza kanunlarının geriye yürütmesi yasağı, lehe olan kanunun geçmişte yürütmesine bir engel oluşturmaz. Lehe olan kanununun faile uygulanacağı 5237 sayılı TCK madde 7/2’de açıkça düzenlenmiştir. Burada akıllara hangi hükmün failin lehine olacağı sorusu gelse de 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrası bir hüküm koymuştur. Bu hükme göre failin lehine olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların (765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK) ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

### E. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç Yaratması Yasağı

Bir eylemin suç sayılabilmesi için, her şeyden önce o eylemin haksızlık unsurlarının nelerden ibaret olduğunun tarif edilmesi gerekir. Bu tarifin ise yasa organı tarafından kanun adı altında yapılan soyut, genel, objektif, kişiye özgü olmayan nitelikte tasarruflarla yapılması gerekmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin en büyük sorunu belki de uygulamada idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratmak suretiyle kanunilik ilkesini delmesidir.

İdarenin soyut, nesnel ve herkes için geçerli olan genel düzenlemeler içeren, uyulması zorunlu işlemlerine “düzenleyici işlem” adı verilmektedir.<sup>52</sup> Söz konusu bu düzenleyici işlemlerden bazıları olan kanun hükmünde kararname (m.91), tüzük (m.115) ve yönetmelik (m.124) kaynağını Anayasa’da bulmak-

51 Centel/Zafer/Çakmut, s. 55-56.

52 Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2006, s.152 vd.; Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2003, s.99 vd.; Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2003, s.63 vd.



tadır. Ancak idarenin düzenleyici işlemleri bunlarla sınırlı değildir. İdarenin “kararname”, “tebliğ”, “karar”, “genelge”, “sirküler”, “tamim” vs. gibi değişik isimler altında da düzenleyici işlem yapması mümkündür.<sup>53</sup> Bu metinler, bir kanunu açıklamaya veya uygulamasını göstermeye yöneliktir. Bunlardan başka kanunla verilen yetkiye dayalı olarak yürütme organınca çıkartılan kanun hükmünde kararname de vardır.<sup>54</sup>

Kanunilik ilkesi gereğince, yaptığı fiiller nedeniyle kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakacak veya kişiye çeşitli yaptırımlar getirecek düzenlemeler ancak kanunla yapılır. Bu kanunu ise yetkisini 1982 Anayasası'nın 7. maddesinde alan kanun koyucu yapar.

Kanundan başka idarenin işlemleriyle suç ve ceza yaratılması da kanımızca mümkün değildir. Kanun koyucunun cezayı koyup sınırları belirlemesi ancak suçun tanımını yapmayı yürütmeye-idareye bırakması söz konusu olmamalıdır. Bu apaçık bir yetki devridir. Kanun koyucu, ne kadar ağır işleyen bir sistemi olsa da kişi hak ve özgürlüklerine direkt müdahalede bulunan düzenlemeleri kendisi yapmalıdır.

Düzenlenecek konuların miktar olarak çok olması, buna karşılık yasama organının ağır işlemesi ancak toplumu ilgilendiren bazı konularla ilgili hızlı davranılması gerekliliği veya bazı konuların düzenlenmesinde uzmanlığın gerekmesi ya da yasama organının küçük işlerle vakit kaybetmesinin doğru olmadığı gibi bu ve benzeri sebeplerle kanun dışındaki metinlerle de suç yaratılabilmelidir<sup>55</sup>, denilse de bu durumda kanunilik ilkesinin güvence fonksi-

53 **Kuzu**, Burhan, *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul 1987, s.73 vd.; **Günday**, s.99; **Özbudun**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2004, s.231. Esasen bu işlemlerin bir adı olmakla beraber, bunlar Anayasada gösterilmemiş olduğu için “adsız” olarak nitelendirilebilmektedir. Bkz. **Teziç**, s.63 vd.; **Özay**, İl Han, *Gün Işığında Yönetim*, İstanbul 2004, s.428 vd; **Gözler**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 5. Bası, Bursa 2008, s.497.

54 **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.144; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.56-57.

55 Kanunilik ilkesi, suç ve cezaların yalnızca kanunlarla yaratılmasını gerektirmekte olduğu halde kanunları şekli (yasama organı tarafından yapılan düzenlemeler) ve maddi (yapan organın önemi olmaksızın genel, sürekli ve nesnel düzenlemeler) kanunlar olarak ayırıp maddi kanunları da kanun saymak söz konusu idari düzenlemelere ilişkin yapay bir gerektirir. Diğer yandan, yasama organının yavaş işlemesi de yürütmenin suç ve ceza yaratılmasına gerekçe olamaz. Aksi takdirde yürütme organının bir kanun koyucu gibi tüm konuları düzenleyebilecek şekilde yasama organının yerine ikame edilmesi yolu da açılabilir. Yürütme organı, değil suç ve ceza yaratma, her hususta yasama organının düzenlemeleri çerçevesinde işlevini gerçekleştirmeli ve yetkilerini kullanmalıdır. Pratik faydalar düşünülebilir ancak yasama organı ne kadar yavaş çalışırsa çalışsın, temel hak ve özgürlükler, yürütme organının suç ve ceza yaratmasıyla kazanılacak hızdanda daha önemlidir. Ayrıca, kanunlar soyut ve genel olduğundan bir ihtiyaç olarak doğan, yürütmenin ayrıntı ve teknik konulardaki düzenlemeleri suç yaratma değil soyut olarak düzenlenmiş bulunan konuların somutlaştırılmasıdır. Son olarak, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin



yonunun bir anlamı kalmayacağına da kabulü gerekir. İdarenin sürekli olarak suç tanımlarını değiştirme veya yeni suç yaratma yetkisini kullanması durumunda kişiler neyi yapıp neyi yapmamaları gerektiğini takip edemez duruma gelirler. Dolayısıyla kişiler bakımından güvencesiz bir ortam doğar.<sup>56</sup>

Düzenlenecek konular, kişi temel hak ve özgürlükleri olduğunda, hangi nedenle olursa olsun, kanun koyucunun bazı konularda cezaları öngörüp suçun unsurlarının tanımlanmasını idareye bırakması, demokratik toplumlarda yapılmaması gereken bir olaydır. Örneğin; Federal Almanya Anayasası'nın 104. maddesinin 1. fıkrasında<sup>57</sup> “*Kişinin özgürlüğü, ancak usulüne uygun olarak çıkarılmış bir yasayla ve o yasada öngörülen şekillere uymak suretiyle kısıtlanabilir.*” denilmek suretiyle idarenin düzenleyici işlemleri ile suç veya ceza koyması yasağı anayasal güvence altına alınmıştır. İsviçre ve Almanya Anayasalarında bizim Anayasamıza göre çok daha esnek hükümler olmasına rağmen<sup>58</sup>, adı geçen ülkelerin demokratikleşme aşamasında bizden çok daha önde oldukları düşünüldüğünde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zayıflama-yacağı ortaya çıkmaktadır.

Kanun Hükümünde Kararnameler<sup>59</sup> için ayrı bir parantez açmak gerekir. KHK'ler 1961 Anayasası'na 1971 değişiklikleriyle girmiştir. KHK hukuksal açıdan kanunla eş değerdedir. Ancak KHK çıkarma yetkisi kanun koyucunun değil, yürütme organınıdır. Yürütme organı Anayasa'nın 91. maddesi gereğince, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak kaydıyla (Olağanüstü dönemlerde veya sıkıyönetim hallerinde KHK'lerin konusunda bir sınırlama yoktur. Başka bir deyişle bu dönemlerde KHK ile suç ve ceza yaratılabilmesi mümkündür) temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevlere müdahalede bulunacak şekilde KHK çıkaramaz. Ancak yine de kanun koyma

---

kanunlar gibi yayınlanmaları da yürütme organı tarafından suç yaratılmasına meşruluk kazandırmaz. Aksi takdirde bu şekilde yayınlanacak her türlü metinle suç yaratılabilmenin de mümkün olduğu söylenebilecektir. Özgenç, “beyaz hüküm”lerle kanunilik ilkesinin “dolanıldığını” ifade etmektedir. Bkz. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 105; **İçel/Donay**, (1999), s. 110; **Şen**, Ersan *Çevre Ceza Hukuku*, Kazancı Yay, İstanbul 1994, s. 101; **Yıldız**, Ali Kemal, *Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması*, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 1051 vd.; **Erman**, Sahir *Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı Dersleri*, İstanbul 1967, s. 12. İdarenin düzenleyici işlemlerle suç yaratması özellikle hızla değişen ekonomik alanda dikkati çekmektedir. Bkz. **Erman**, Sahir, *Ticari Ceza Hukuku, C:1*, İstanbul 1984, s.33.

56 Bu yönde bilgi için bkz. **İçel/Donay**, s.110; **Özbek**, s.160; **Can**, s.113 vd.; **Yıldız**, Ali Kemal, “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması”, Prof.Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.1043 vd.

57 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> (Erişim Tarihi 15.07.2012)

58 [http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2005\\_IX\\_5.pdf](http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2005_IX_5.pdf) (Erişim tarihi 15.07.2012)

59 KHK deyiimi Fransızların “Decrets-lois” kavramının karşılığıdır. KHK'ler hakkında kısa bilgi için bkz **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., 7. Basi, İstanbul 2005, s. 358 vd.

yetkisini normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan Anayasa'nın 7. maddesinden alan kanunkoyucunun bu yetkisini, sınırlarını kendisi çizmesine rağmen başka bir organa kullandırması Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık teşkil eder mi? Bu sorunun cevabını doktrin büyük bir çoğunlukla hayır olarak vermiştir<sup>60</sup>. Bu yine de üzerinde durulması gereken bir konudur.

Her ne kadar idarenin düzenleyici işlemleri ile suç veya ceza yaratmasının kabulü mümkün olmamakla birlikte, aksi yöndeki eğilim 91. maddedeki sınırlamaların tüzük, yönetmelik, sirküler vb. idarenin düzenleyici işlem yapma yöntemlerine uygulanmayacağını düşünmektedir. Bunu kabul etmek kişinin temel hak ve hürriyetlerinin çiğnenmesi sonucunu doğurur. Yine normlar hiyerarşisi göz önüne alındığında üst basamakta olan KHK için tanınmamış bir yetkinin alt basamaklarda olan işlemler için zımnen de olsa tanındığını kabul etmek hukuk mantığı açısından hiç de doğru değildir. Bu düzenlemeler için açıkça koyulmuş bir yasak olmasa da Anayasa'nın 7, 13, 38 ve 91. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşmaktayız.

Anayasa Mahkemesi 1963 tarihli bir kararında<sup>61</sup> suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından cezada kanunilik ilkesini mutlak bir şekilde kabul etmiş; buna karşın, yasama organının kanunla sınırlarını çizdiği ve cezasını da belirlediği konular hakkında yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratmasını somut olayda kanunilik ilkesi açısından yasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme 1993 tarihli başka bir kararında<sup>62</sup> ise yukarıda belirtilen kararın aksi yönünde görüş bildirmiştir. Yine Mahkeme 1998 tarihli bir başka kararında<sup>63</sup> ise kararname ile suç oluşturulmasını yasaya aykırı görmemiştir. Bunlar gibi Anayasa Mahkemesi'nin zaman içinde değişen birçok kararı mevcuttur.

YCGK da, 27.05.2003 gün, 2003/7-154 E. ve 2003/170 K. sayılı ilamında suç ve cezanın ancak kanun ile konulabileceğini, bu konuda kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılmasına olanak bulunmadığını belirtmiştir<sup>64</sup>. Yargıtay daha yeni tarihli bir diğer kararında da aynı konuya değinmiştir. Söz

60 Aksi yönde görüş için **Sağlam**, Fazıl, *Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı*, Ankara, 1984, s. 265-266.

61 **AYM, 1963/4 E, 1963/71 K, 28.03.1963 Tarih** [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=33&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=33&content=) (Erişim Tarihi 15.07.2012)

62 **AYM, 1993/5 E, 1993/25 K, 06.07.1993 Tarih** [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=1068&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1068&content=) (Erişim Tarihi 15.07.2012)

63 **AYM, 1997/53 E, 1998/62 K, 08.10.1998 Tarih** [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=1430&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1430&content=) (Erişim Tarihi 15.07.2012)

64 Benzer yönde karar için **YCGK, 2000/7-3 E, 2000/32 K, 22.02.2000 Tarih**

konusu kararda, kanunsuz suç ve ceza olamayacağından, sanığın marka hakkına tecavüze ilişkin eyleminin 556 sayılı KHK ile suç saymanın mümkün olmayacağına değinilmiştir<sup>65</sup>.

Nihayet 5237 sayılı TCK'nın 2/2 maddesinde de konu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.”. Gerek kanun hükmünde karamame ile gerekse tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi idarenin diğer düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak öğretilerde bu yönde bir hükme ceza kanununda yer verilmesinin işlevsel olmadığı; söz konusu bu düzenlemenin daha sonra çıkarılacak özel bir kanunla bertaraf edilebileceği ve idareye düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratma yetkisi tanınabileceği; bu sebeple bu yönde bir düzenlemeye ceza kanunu yerine Anayasa’da yer verilmesinin çok daha anlamlı olacağı belirtilmektedir<sup>66</sup>.

Kısaca ifade etmeye çalıştığımız nedenlerle, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında temel hak ve özgürlüklere müdahale olanağı verecek düzenlemenin yasama organı tarafından yapılan genel, soyut, sürekli, objektif, kişiye özgü olmayan, nitelikte belirli bir yasa olması gerekir. Yine, Anayasa'nın 7. maddesinde hayat bulan yasamanın devredilmezliği ilkesi, yasa ile yasama organınca düzenlenmesi gereken bir alanın başka bir organa, yani yürütme organına bırakılmamasını öngörür<sup>67</sup>.

## F. Belirlilik Özelliği (Lex Certa)

Ceza Kanununun, kanunilik ilkesi yönünden üstüne düşen görevi yerine getirmesi için, ancak suçun unsurlarını, cezasını ve cezayı etkileyen nedenlerini yeterli belirlilikte tarif etmesi gerekir. Suç teşkil eden insan davranışlarının ve bunlar için öngörülen yaptırımların nelerden ibaret olduğu açıkça ve herkesin anlayabileceği şekilde kanunla belirlenmelidir<sup>68</sup>. Bu çerçevede fiilin suç olup olmadığı, hangi cezanın verileceği konusunda tereddüde yer veren hükümler kanunilik ilkesine ve onun güvence işlevine aykırıdır.

65 Karar için bkz. YKD, C:35, S:4, Nisan 2009, s.778 vd.

66 **Toroslu, Nevzat/Ersoy, Yüksel**, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004, s.7.

67 *Özbudun*'a göre yasama yetkisinin devredilmezliğiyle yasaklanan, her şeyden önce yasa adı altında veya bu adı taşımaya bile yasayla eş değerde ya da yasa gücüne sahip hukuksal işlemler yapma yetkisinin devredilmesidir. Düzenleyici işlemin, mevcut yasa hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir yasal düzenleme bulunmayan bir alanda asli yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapması durumunda böyle bir işlemin de idarenin türevselliği ilkesi karşısında yasa niteliğinde görülmesi gerektiğini belirtmekte ve dolaylı olarak böyle bir düzenleyici işlemin yasama yetkisinin devredilmezliği temel ilkesini ihlal edeceğini belirtmektedir. **Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 4. Bası, Ankara, s. 175 vd.

68 **Koca/Üzülmez**, 40. Belirlilik ilkesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Can**, s.96 vd.

Kanunkoyucu, suç olarak öngördüğü fiili açıkça tanımlamalıdır.<sup>69</sup> Eylemin suç oluşturup oluşturmayacağı konusunda tereddüt olmamalıdır. Kanunda açıkça suç olarak tanımlanmamış bir fiil nedeniyle hakim önüne gelen olayda kişiye bir yaptırım öngöremez. Bunu yapması kıyas yapması anlamına gelir. Dolayısıyla belirlilik ilkesi kıyas yasağını da kapsamına almaktadır. Yapılan davranış toplum düzeninin devamı bakımından ne kadar katlanılmaz olursa olsun, kanunda suç olarak açıkça tarif edilmemişse, böyle bir davranışta bulunan kişinin cezalandırılması düşünülemez. Aksi takdirde, hakim, kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal eder, kendisini kanunkoyucu konumuna getirmiş olur. Bu ise Anayasa'ya açık aykırılık teşkil eder<sup>70</sup>.

Suçları tespit eden kanun hükümlerinin tanımlamaları belirli<sup>71</sup> olmalı, yani açık ve seçik nitelik göstermeli, farklı anlamlara gelen, belirsiz ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır. "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" ilkesinin geçerli olması nedeniyle, kanunların toplumun eğitim düzeyi göz önüne alınarak yapılması gerekir<sup>72</sup>. Suç ve cezaların belirli ve açık olması, yalnızca hukukçular gibi belli bir eğitimden geçmiş ve birtakım teknik bilgiye sahip kişiler için olursa kişilerin hukuki güvenliğinden söz edilemez<sup>73</sup>. Ancak İHAM bir kararında<sup>74</sup>, karara konu olayda geçen kanun maddesinin, başvuruların gerektiğinde hukuki görüş almalarından sonra tutumlarını düzenlemelerini sağlayabilecek açıklıkta olduğunu ifade etmiş ve başvuruları bizce haksız olarak reddetmiştir. Eğer bir kanun maddesi yukarıda da açıkladığımız üzere hukuki görüş almadan anlaşılamiyorsa belirlilik ve dolayısıyla kanunilik ilkesinden bahsedemeyiz. Kişiye kanunu anlaması için yardım almasını öneren görüşü kabul etmek de bu nedenle mümkün değildir. Kanunların ve özellikle de ceza kanunlarının toplumun günlük yaşantısında kullanmadığı teknik terimlerle yazılmaları kişilerin kendi özgürlüklerinin sınırlarını ve eylemlerinin sonuçlarını bilmemelerine yol açar. İnsanlar hangi davranışların suç olduğunu bilmek suretiyle, bunların dışında kalan davranışlarda bulunma özgürlüğüne sahip olacaktırlar. Bu anlamda, ceza kanunları hem özgürlüğün sınırını, hem de güven-

69 İHAM'ye göre önemli olan kuralın yazılı olması değil bireyler açısından ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasıdır. S.W. v Birleşik Krallık Başvuru No: 20116/92 Karar tarihi: 22.11.1995 prg 35.

70 Koca/Üzülmez, s. 41.

71 Açık ve kesin olarak sınırlanmış veya kararlaştırılmış olan, muayyen. [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5002a283913589.52616536](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5002a283913589.52616536) (Erişim Tarihi 15.07.2012)

72 Anayasa Mahkemesinin benzer yönde kararı için bkz. **AYM, 1993/42 E, 1994/72 K, 27.09.1994 Tarih** "...Yasayı bilmemenin özür sayılmayacağı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre yasanın herkesçe anlaşılacak ölçüde açık olması da bunun doğal sonucudur..."

73 Beccaria, s. 41.

74 Erdoğan - İnce v. Türkiye, Başvuru no: 25067/94, 25068/94, 08.07.1999 tarihli karar

cesini teşkil etmektedir<sup>75</sup>. Ceza kanunlarının da asıl amacı kişileri haklarından mahrum etmek değil, haklarının sınırlarını bilmelerini sağlamaktır.

Belirlilik ilkesine uymayan bir kanun, kişi hak ve özgürlüklerine Anayasamızın (38.maddesi gereğince) meşru görmediği bir müdahale anlamına gelir.

5237 sayılı TCK'nın bazı hükümlerinin belirlilik ilkesine uygun olarak düzenlenmediğini görmekteyiz. Örneğin TCK'nın 305. maddesinde düzenlenen 'Temel Milli Yararlara Karşı Faaliyette Bulunmak İçin Yarar Sağlama' suçunda kullanılan kavramların kapsamı oldukça geniştir. Yine Kanununun 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçunun maddi unsuru bir kimsenin eziyet çekmesine yol açmaktır. Ancak hangi eylemlerle bir kimsenin eziyet çekmesine yol açılabileceği kanunda belirtilmiş değildir. Bu sebeple düzenlemenin ucu açık olup kanunilik ilkesini zayıflatıcı bir nitelik taşımaktadır<sup>76</sup>.

Gerçekten de her biri oldukça belirsiz ve anlamı kişilerin dünya görüşüne göre farklılık arz edebilen bu terimleri bir suçun tanımında kullanmak belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır<sup>77</sup>. Dolayısıyla bu durum hem maddenin uygulanmasında çelişkilere yol açacak hem de hakime geniş takdir hakkı vermesi ve hatta hangi davranışların suç sayılacağını hakime bırakması nedeniyle kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Öte yandan, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak alt ve üst sınırları belirlenmiş cezalar bakımından bu iki sınır arasındaki açıklığın makul bir düzeyde olması gerekir. Alt ve üst sınırların çok açık olması kanunilik ilkesini ihlal eder. Örneğin TCK'nın 85. maddesinde düzenlenmiş olan taksirle öldürme suçunun alt sınırı iki yıl, üst sınırı ise on beş yıl hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Somut olayda hâkim veya mahkeme iki yıl hapis cezası verebileceği gibi on beş yıl da hapis cezası verebilir. Farklı sanıklar hakkında çok farklı ağırlıkta cezaların doğmasına imkân bulunmaktadır. Bu durumun da kanunilik ilkesine aykırı olduğu açık bir biçimde ortadadır. Benzer durum TCK'nın 94. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş olan işkence suçu bakımından da geçerlidir<sup>78</sup>.

Almanya Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları kanunların belirli olmasından neyi anlamamız gerektiği konusunda yol göstericidir. Mahkeme 'Çocuklara Zararlı Eserlerin Yayımı Hakkında Yasa'ya ilişkin bir kararında<sup>79</sup> karara konu normun, düzenlendiği halinden daha belirli ve açık bir şekilde düzenlenme-

75 Koca/Üzülmez, s. 42.

76 Özbek, s.159.

77 Artuk, Mehmet Emin, *Yeni Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri*, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Y:2, 2005/5, s.13

78 Özbek, s.159.

79 Almanya Anayasa Mahkemesinin atf yapılan tüm kararları için, **Can**, s. 96-97.

veya imkân vermemesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı olmadığını kabul etmiştir<sup>80</sup>. Mahkeme'ye göre kanun koyucu genel ve soyut düzenlemeye elverişli olanı kanunlaştırmalı<sup>81</sup>, yani koyulan norm, kendisine göre biçimlenecek olan yaşımsal alanın düzenlenmesini, belirsizliği nedeniyle imkansız kılmamalıdır<sup>82</sup>. Ancak bu yaşamsal alanın daha somut ifadelerle düzenlenebilir olması, belirlilik ilkesine aykırılık sonucunu doğurmaz. Çünkü düzenleme her halükarda yasayla olmalı ve yasa da genel-soyut niteliğini kaybetmemelidir. Mahkeme çok da yerinde olan bir başka kararında ise normun belirlilik oranının temel haklara yaptığı müdahale ile doğru orantılı olması gerektiğini bildirmiştir. Yani kanun maddesi, kişi hak ve özgürlüklerine ne oranda müdahalede bulunuyorsa, o oranda da belirli olmalıdır<sup>83</sup>.

Belirlilik ilkesi ile ilgili kısma son vermeden önce 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin gerekçesine de kısaca bir göz atmakta fayda vardır. Gerekçeye göre kanunsuz suç ve ceza olmaz hükmü, kanunkoyucunun açık suç hükmü koymasına yani fiili bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Bu ifadelerin belirlilik ilkesi ile taban tabana zıt olduğu aşıkardır<sup>84</sup>. Bu durumda öncelik her zaman lafzındır. Gerekçeler kurucu iktidarların subjektif iradelerinin açık göstergeleridir. Lafız bu kadar açık ve belirgin iken gerekçeye gitmek Anayasamızın sistematigi ve anlam bütünlüğü içinde mümkün değildir<sup>85</sup>.

80 BVerfGE C. 90 s.16 vd

81 BVerfGE C. 57, s.22

82 BVerfGE C: 49, s.181, C: 59, s.114

83 BVerfGE C: 83, s.145

84 1982 Anayasamız 1961 Anayasamızın anayasal uygulamalarına, bu uygulamaların yol açtığı nispeten daha iyi durumdaki özgürlük ortamına bir tepki olarak ortaya çıktığı, bu nedenle otorite-özgürlük ilişkisinde ağırlığı otoriteye vermiş olduğu bilinen bir gerçektir. Otorite ile özgürlüklerin karşı karşıya gelmesi ise demokratik toplumlarda karşılaşıcağımız bir olgu değildir. Devletin temel amacı öncelikle yurttaşlarının temel hak ve özgürlüklerini korumaktır.

Daha somut bir ifadeyle özgürlükler bir önceki Anayasa'ya göre daha ileri düzeyde sınırlandırılmış Geçici 15.madde ile temel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren 669 yasa ve 139 KHK anayasallık denetimi dışına çıkartılmıştır. (**Tanör**, Bülent, *Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu*, 3. Bası, İstanbul 1994, s. 182; Alan, Nuri, *Anayasanın İdari Yargıda Somutlaştırılması*, Danıştay Dergisi, Sayı 92 (1997), s 1-25.)

85 Anayasa koyucunun iradesini bize yansıtan ilk kaynak olan gerekçenin Anayasa'nın sistematik yorumuna (ya da Anayasa'nın bütünlüğüne) ters sonuçlar vermesi durumunda anayasal metodolojik açıdan takip edilmesi gereken yöntem, sistematik yorumun önceliğidir. Çünkü gerekçeler kurucu iktidarın subjektif iradesini yansıtırken Anayasa'nın sistematigi objektif bir sahip niteliğe sahip olmaktadır. Anayasa'nın tekil unsurlarının ilişkileri ve karşılıklı bağımlılıkları, yalnızca tekil normu değil aynı zamanda normun parçası olduğu bütünsel bağlamı görmeyi de zorunlu kılar. Tüm anayasal normlar diğer anayasal normlarla çelişkiye meydan vermeyecek biçimde yorumlanmalıdır. Anayasa'nın anlam bütünlüğünden ve sistematiginden ortaya çıkmayan bir istisna, Anayasa'nın anlam bütünlüğünü ve sistematigini parçalayacak biçimde yalnızca madde gerekçelerine dayandırılmaz.

## TEHDİT SUÇUNUN UNSURLARINDAN OLAN ‘SAİR KÖTÜLÜK’ KAVRAMININ SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

### I. ‘SAİR KÖTÜLÜK’ KAVRAMI

Kanunların yapımında toplumun örf ve adetleri, değer yargıları, ahlak kuralları da evrensel hukuk kuralları kadar göz önüne alınır, alınmalıdır da. Her ülkenin kanunları kendine göre öznel yargılar taşır. Bu, toplumların ve insanların farklılıklarının bir gereğidir. Öyle ki aynı ülkede yapılacak yeni kanunlar bile eski kanunlara göre büyük değişiklikler getirir. Yaşanılan çağa göre insan hak ve özgürlüklerinin günümüzde geldiği nokta dikkate alınarak ve tabii ki toplumun istekleri ve yaşantısı ve hepsinden önemlisi ahlak kurallarına bakılarak düzenlemeler yapılır.

Ceza kanunları yapılırken de ahlak kuralları ile örf ve adetlerden yararlanır. Ancak bu, yukarıdaki bölümde de aktardığımız üzere kanunlar yapıldıktan sonra örf ve adetlere göre suç ve ceza yaratma anlamına gelmediği gibi suçta ve cezada kanunilik ilkesine de herhangi bir aykırılık teşkil etmez. Özellikle ceza kanunlarında toplumun her kesiminin anlayabileceği ve toplumun her kesiminin inançlarına, düşüncelerine, yaşam tarzlarına uyan düzenlemeler yapılmalıdır. Çalışmamızın konusunu oluşturan 5237 sayılı TCK’nın 106/1. maddesi 2. cümlesinde yer alan ‘*sair kötülük*’ kavramının yukarıda kısaca belirttiğimiz gerekliliklere ne kadar uyduğu ise çok tartışmalıdır. Tehdit suçunun günlük hayatta çok sık karşılaşılabilecek bir suç türü olduğu göz önüne alındığında bu kadar belirsiz bir ifadenin ceza kanunundaki bir düzenlemeye nasıl konu olduğunu anlamak mümkün değildir.

#### A. Kötülük Nedir?

Açıklamalarımıza başlamadan önce çalışmamızın ana konusu olan kötünün anlamını bilmemizde yarar var. Kötü, istenilen, beğenilen nitelikte olmayan, hoş gitmeyen, fena, iyi karşıtı, zararlı, tehlikeli, kişi veya toplum üzerinde olumsuz etkileri olan<sup>86</sup>, demektir. İnsanlık tarihinin başından beri kötülüğün

---

Tarihsel yorum dahil olmak üzere tüm yorum kurallarının sınırını lafız oluştururken ve lafız da istisna öngörmeyen bir açıklıkta iken gerekçeden istisna çıkarmak Anayasa’nın 11. maddesi karşısında kabul edilmesi mümkün olmayan *contra legem* (kanuna karşı) hukuk yaratma anlamına gelecektir.

Bu nedenle 38. maddenin gerekçesi, maddenin lafzı, anlam ve amacı, Anayasa’nın sistematigi ve anlam bütünlüğünün ulaştığı sonuca aykırı bir sonucu doğurması anayasal hermenetik kurallarına uymamaktadır. Bkz. **Can**, s, 102-105.

86 [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5013d35c3d5f06.66689236](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5013d35c3d5f06.66689236) (Erişim Tarihi 26.07.2012)



ne olduğu konusunda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Kötülük dendiğinde dört hususun göze çarptığı ve akıllara geldiği görülür<sup>87</sup>:

a- Ahlâkî kötülük. Günah gibi çoğunlukla nedeni insan olan kötülükler.

b- Fiziksel acılar ve günah ya da başka bir nedenle duyulan keder yani ıstırap ve üzüntü.

c- Fizikî kötülük. Hastalık, hortum, deprem vs.

d- Metafiziksel kötülükler.

Bu dört maddeye bakıldığında da a, b ve d şıklarındaki kötülük kavramının ahlak ve inançlar ile ilgili olduğu görülmektedir. Bu nedenle günümüze kadar olan süreçte ahlak olgusunun nasıl ele alındığına, yorumlandığına, tartışıldığına ve ne sonuca varıldığına kısaca değinmeyi ve sonrasında 'sair kötülük' kavramının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediğini tartışacağız.

## B. Kötülük Kavramı Üzerine Tarihsel Olarak Kısa Bir Değerlendirme

İnsanın ortaya çıktığı andan itibaren hayatın bir parçası haline gelen kötülük kavramı çağdan çağa, toplumdaki topluma, insandan insana değişik anlamlar kazanmıştır. Kötülük kavramının genişliğini kavrayabilmek için önce iyilik kavramının ne olduğuna bir göz atmak gerekmektedir. İyi nedir sorusunun cevabı; herkesin davranış ilkesi olarak kendisinin belirlediği veya kabul ettiği şeydir<sup>88</sup>.

Binlerce yıldır, Antik Yunan medeniyetinden günümüze kadar her düşünür iyi olanın ne olduğu konusunda durmadan fikir üretmişlerdir. Buradan, iyi olan şeyin her çağda her toplumda farklılık gösterdiğini düşünebiliriz. Bazı düşünürler (Sokrates, Platon, Farabi vs.), toplumdaki topluma ve insandan insana değişen bu kavramların aslında tüm evrende bir olduğunu ve kim nasıl düşünürse düşünsün sonunda herkesin aynı noktaya geleceğini belirtmektedirler. Yani onlara göre iyi ve kötü nesnel kavramlardır ve hayatta iyi ve kötü tektir. Nesnel düşünceye göre ahlak kuralları insandan bağımsız bir şekilde varlığını sürdürmektedirler. İnsan o değerleri keşfeder. Nesnelci ahlak taraftarı olan bir dindar için varlıklardaki veya olaylardaki iyi ve kötü değeri Tanrı tarafından verilmiştir ve insan da bu değerleri ortak bir şekilde elde edebilir. Çünkü nes-

87 <http://www.ilafdergi.hitit.edu.tr/files/2.10.pdf> (Erişim Tarihi 26.07.2012)

88 **Türkeri**, Mehmet, "Etik Tarihindeki Temel 'Doğal Yasa' Anlayışları ve Bu Anlayışlardaki Dini Unsurlar", Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 2005 yılı XXII, s. 135-164 <https://docs.google.com/gview?url=http://deu.mitosweb.com/browse/79052/22-7.pdf&chrome=true> (Erişim Tarihi 20.07.2012).



neldir. Kişilere göre değişen bir durum yoktur. İnsan değerleri keşfedendir, belirleyen değildir. Tanrı değerleri koyarken nesnelerdeki ve olaylardaki değerlerde keyfi davranmaz. Çünkü her biri birer yaratılmış varlık olan olaylar ve nesnelere yaratılış sırasında ahlaki değer ile paralel yaratılmışlardır. Tanrı yaratırken varlıklara kendisiyle ve akılla çelişen ahlaki değerler koymaz. Dolayısıyla değerler ister akılla bulunsun ister Tanrı'nın emir ve yasaklarıyla alınmış olsun her ikisinde de aynı değer yargısına ulaşılır. Nesnel ahlak teorisi bu şekilde özetlenebilir<sup>89</sup>. Mevlana'nın felsefesinde ise insanın bilinç sahibi bir varlık olması önem taşır. İnsanda iki türlü "ben" vardır. Birisi özel "Ben", ötekisi "Aşkın ben"dir. Özde ben herkeste ayrı ayrıdır. Herkesin ayrı bir özelliği vardır. Herkesin mizacı, tutkuları ve yapısı değişiktir. Ancak "Aşkın ben" tanrılık bir yetenektir. O herkeste ortaktır. İnsan hayatına aşkın benin buyrukları egemen olursa, davranışlar erdemli olur. Geniş ölçüde bedeninin tutkularına bağlı olan özel ben, insana egemen olursa davranışlar kötü yönde gelişir. O halde insanı yücelten asıl öğe aşkın bendir. Bu da herkeste ortaktır<sup>90</sup>. Mevlana'da da diğer teist düşünürlerde olduğu nesnelci bir ahlak anlayışı vardır<sup>91</sup>.

Nesnelci düşünceye karşılık bir kısım filozof (Aristippos, Nietzsche, Sartre vs.) ise bu kavramların öznel olduğunu kişiden kişiye değişmesi kadar normal bir durumun olmayacağını savunur. Buna göre filozoflar evrensel bir ahlak yasasının olduğunu kabul edenler ve reddedenler olarak ayrılırlar. Öznelci ahlak taraftarı olan bir dindar için ise varlıklardaki veya olaylardaki iyi ve kötü değeri yine Tanrı tarafından varlıklara ve nesnelere verilmiştir. Ancak Tanrı bu değerleri koyarken tamamen keyfidir. Ve 'değer' de sadece Tanrı koyduğu için değerlidir. Yoksa varlıkların veya olayların değerli oluşu Tanrı ile veya aklın doğası ile ilgili değildir. Bu nedenle biz, akılla Tanrı'nın koyduğu değerleri anlayamayız. İyi ve kötü yargılarını bilmenin yolu Tanrı'nın neye iyi neye kötü

---

89 Detaylı bilgi için bkz. <http://e-dergi.atauni.edu.tr/index.php/SBED/article/viewFile/117/111> (Erişim Tarihi 26.07.2012)

90 **Çubukçu**, İbrahim Agah'ın Mevlana ve Felsefesi konulu yazısının tamamı için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/731/9291.pdf> (Erişim Tarihi 28.07.2012)

91 Teistlerin ahlak ve kötülük anlayışlarına karşı kendi argümanlarını geliştirmiş olan ateist anlayışta ise öznel bir ahlak anlayışı göze çarpmaktadır. Nitekim onlar kötülük problemini Tanrı'nın varlığını en büyük soru işareti olarak görmekte-dirler. "Kötülük problemini ileri sürenler Tanrı'nın varlığı için ciddi sıkıntılar ortaya koymakla birlikte sonuç itibarıyla Tanrı inancı karşısında geri adım atma durumunda kalmıştır." (**Topaloğlu**, Aydın, *Teizm yada Ateizm*, Kaknüs Yay., İstanbul, 2001) "Bu konuda sorulan temel soru, iyiliklerle kötülüklerin yaratıcısı aynı mıdır yoksa ayrı mıdır? Kökü tarihin karanlık devirlerine, belki de "İlk Yaratılış" a kadar uzanan bu soru, çözümünü hiç de kolay olmayan kötülük probleminin doğmasına neden olmuştur. Kötülük problemi Ortaçağ filozofları tarafından da ele alınmış ve tartışılmıştır. Ancak onlar, problemin çözümünü Tanrı'da ya da maddede değil, kötülük kavramını yorumlamada bulmuşlardır. Ortaçağ düşünürlerinin söz konusu görüşlerinden şu ortak sonucu çıkarmak mümkündür. Kötülüklerin reel varlığı yoktur, onlar, yokluğa, eksikliğe ve belirsizliğe ilişkin hususlardır, dolayısıyla da kötülük problemi sadece bir "sözde-problem"dir." (**Yasa**, Metin, *Tanrı ve Kötülük*, Elis Yay., Ankara, 2003)

dediğini bilmektir. Aksi takdirde insan kendi başına iyi ve kötü yargısına ulaşamaz. Dindar özneliliği bu şekilde özetlemek mümkündür<sup>92</sup>.

Ahlak, genellikle insanların kendisine göre yaşadıkları bir ilkeler topluluğu, kurallar toplamı anlamına gelir. Böylece bir meslek ahlakından, bir siyasal ahlaktan, hatta bir evlilik ahlakından söz etmek mümkündür<sup>93</sup>.

Sokrates'e<sup>94</sup> göre ahlak bir bilgidir ve öğrenilebilir, bunun sonucu olarak da ahlaksızlık bir bilgisizliktir. Buna göre hiç kimse bilerek ve isteyerek kötülük yapmaz. Kötülük yapan ve doğal olarak ahlaksızlık yapan kimse bilgisiz kimsedir. Ahlâk, uyulması gereken birtakım "kurallar bütünü" olarak adlandırıldığında, her şeyden önce bu kuralların neler olduğunun ya da başka bir ifadeyle neyin iyi, neyin kötü olduğunun bilinmesi gerekir. Bu, ahlâkî davranışın "bilgi" boyutunu oluşturur. Biz bilmeden bir davranışa koyulmayız. Bir davranışı "iyi" gördüğümüzden onu yapmaya koyulur, "kötü" gördüğümüzden dolayı da ondan uzak dururuz. Sokrates, bilginin kendisini de erdem olarak görüyordu. Çünkü doğru bilgiye sahip olmadan doğru eylem ortaya çıkmaz. Çıkmış ise, bu ahlâkî değeri olmayan, bilinçsizce bir eylemdir. Yine bundan dolayı Sokrates, kimsenin bile bile kötülük işlemeyeceğini söylüyor, biri kötülük işliyorsa, onun kötü olduğunu bilmediğinden işliyordur, diyordu. Bu yaklaşımda "iyi"ye dair bilgi, ahlâkî eylemin ön koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>95</sup>. Hocası Sokrates gibi Platon'a<sup>96</sup> göre de ahlaki doğrular, insanların arzu ve eğilimlerinden bağımsız, nesnel varlıklara karşılık olan nesnel doğrulardır. Ahlaklılığın temelini de bilgi oluşturur<sup>97</sup>.

Aristoteles'e<sup>98</sup> göre ise, doğal olarak herhangi bir özelliğe sahip olan her şey, başka türlü bir alışkanlık edinemez. Örneğin doğal olarak aşağı doğru inen taşı, biri binlerce kez yukarı doğru atarak alıştırmaya çalışsa bile, taş yukarı doğru gitmeye alışamaz. Ne de alev aşağı doğru gitmeye alışabilir. Alevin yukarı yükselmesi, yukarı atılan taşın da yere düşmesi tabiatı gereğidir. Ya da başka bir ifadeyle, bir doğa kanunudur. Bu nedenle, Aristoteles'e göre doğal yapısı gereği başka türlü olan her şey, onun zıddına bir alışkanlık edinemez<sup>99</sup>.

92 **İzmirli**, İsmail Hakkı, *Yeni İlm-i Kelam*, Umran Yay., Ankara 1981

93 **Arslan**, Ahmet, *Felsefeye Giriş*, Adres Yay., 8. Bası, Ankara 2005, s. 132

94 Sokrates (M.Ö 469-M.Ö 399) Antik Yunan filozofu

95 **Güngör**, Erol, *Ahlâk Psikolojisi ve Sosyal Ahlâk*, Ötüken Yay., İstanbul 1995, s. 41vd.

96 Platon (M.Ö 427-M.Ö 347) Antik Yunan filozofu

97 **Arslan**, ag.e. s. 156

98 Aristoteles (M.Ö 384- M.Ö 322), Antik Yunan filozofu

99 **Aristoteles**, *Nikomakhos'a Etik*, (Çev. **Babür**, Saffet) Bilgesu Yay., Ankara 2007  
İbn Miskeveyh, Aristoteles'in burada dile getirdiğimiz düşüncelerini şöyle bir kıyasla formüle eder: "Bütün huyların değiştirilmesi mümkündür. Değiştirilmesi mümkün olan hiçbir şey tabiattan gelmez. O halde hiçbir huy tabiattan gelmez. **İbn Miskeveyh**, *Ahlâkî Olgunlaştırma*, (Çev. **Şener**, Abdulkadi/ **Tunç**, Cihat/ **Kayaoğlu**, İsmet), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yay., Ankara 1983, s.38.

Ahlâkî yatkınlıkların yönlerini değiştirmek mümkün olduğuna göre, bunların tabiatla bir ilgisi yoktur. Aristoteles'e göre "erdemler ne doğal olarak, ne de doğaya aykırı olarak edinilir; Onları edinebilecek bir doğal yapımız vardır, alışkanlıkla da onları tam olarak geliştiririz. Bunları daha önce potansiyel olarak taşıyoruz, daha sonra da etkinlikleri gerçekleştiriyoruz. Ahlâkî erdemleri ise, diğer sanatlarda olduğu gibi, daha önce etkinlikte bulunarak kazanırız; çünkü öğrenip yapmamız gereken şeyleri, yapa yapa öğreniriz<sup>100</sup>. Yani insanlar ahlaki kuralları da eğitimle öğrenir. Bunun sonucu olarak da ahlaki kurallar birer bilgidir. Yani Aristo'da da hocasının hocası Sokrates'te gördüğümüz gibi ahlakın bir bilgi olduğunu ve var olan bu bilgiyi bizlerin eğitimle öğrenebileceği düşüncesini, görürüz. Kısacası Aristoteles'te de evrensel bir ahlak olgusunun var olduğunu görmekteyiz.

Sokratesçi okullardan Kiniklere göre ise toplumsal hayat ve bu hayatın yarattığı kurumlardan (zenginlik, evlilik vb.) karşı kayıtsız kalırsak mutlu olabiliriz. Yeryüzünde asıl olan kötülüktür. Bu nedenle yeryüzünün nimetlerinden kaçınılması gerekir. Büyük İskender'e kendisinden istediği bir şey olup olmadığını sorduğunda 'güneşimi kapatıyorsun, gölge etme başka ihsan istemem' diyen Sinoplu Diyojen<sup>101</sup> Kiniklerin felsefesini çok açıkça ortaya koyar. Hazdan, bir düşmandan kaçır gibi kaç, düşüncesiyle yeryüzünün bütün nimetlerinde kötülük olduğunu düşünmektedirler. Sokratesçi olduklarını iddia eden bir diğer okul ise Kirenelilerdir. Kirenelilere göre en yüksek iyi, hazdır. En önemli temsilcileri olan Aristippos<sup>102</sup> hazzı en yüksek değer olarak görür<sup>103</sup>. Görüldüğü gibi aynı düşünürün yolundan gittiklerini söyleyen iki farklı okulda bile iyinin ve kötünün anlamı aynı değildir.

Sofist bir filozof olan Protagoras<sup>104</sup>, iyinin ve doğal olarak kötünün nesnel olmadığını ileri sürer. Ona göre iyi kişiye göredir<sup>105</sup>. İnsan her şeyin ölçüsüdür, sözleri iyinin de kötünün evrensel olamayacağını yani evrensel bir ahlak anlayışından bahsedilemeyeceğini ortaya koyar. Ancak bireysel iyinin olması ve buna yönelmek egoistlik değildir. Çoğu kez bireylerin iyi anlayışı ile toplumların iyi anlayışının nasıl ilişkilendirilmesi gerektiği araştırılmıştır. Bununla birlikte Protagoras etik biliminde bireye bağlı özneliği ilk öne süren kişidir;

100 **Uysal**, Enver, *Değerler Üzerine Bazı Düşünceler ve Bir Erdem Tasnifi Denemesi: İnsanı Erdemler-İslâmî Erdemler*, UÜİFD Cilt: 12, Sayı:1, 2003, s. 51-69 [http://home.uludag.edu.tr/users/ucmaz/PDF/ilh/2003-12\(1\)/M3.pdf](http://home.uludag.edu.tr/users/ucmaz/PDF/ilh/2003-12(1)/M3.pdf) (Erişim Tarihi 26.07.2012)

101 Diyojen (M.Ö. 412 ya da 404 -M.Ö. 323) Kinik felsefesinin öncüsü filozof.

102 Aristippos ( M.Ö 435- M.Ö 386) Antik Yunan filozofu.

103 **Arslan**, a.g.e s. 150-151

104 **Protagoras** (M.Ö 481-M.Ö 420), Antik Yunan sofist filozof.

105 **Capelle**, Wilhelm, *Sokrates'ten Önce Felsefe / Fragmanlar - Doksografalar*, (Çev: **Özügül**, Oğuz) Pencere Yay., İstanbul, 2006, s. 23; **Gökberk**, Macit, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1996, s. 43.

ona göre göreceli değerlendirmelerin yapılması bir etik prensibi olarak ortaya çıkmaktadır<sup>106</sup>. Yani sosyal ahlakın kanunları değişkendir ama sosyal koşullar değiştikçe farklı zaman ve toplumlarda farklı etik kurallarının geçerli olması doğaldır. Bu görecelilik prensibi, yanlışlıkla veya bilerek insan öldürmenin, kasten ya da aç kalan birinin bir somun ekmek çalmasının farklı yer ve zamanlarda farklı değerlendirilmesini doğal hale getirir<sup>107</sup>. Bundan anladığımız üzere değerler (iyi, güzel, faydalı, doğru, bunların tersi için de geçerli) rölatifdir. Aynı çağda toplumdaki topluma aynı toplumdaki çağdan çağa değişir. Farklı toplumlar ve çağlar aynı değerden başka şeyler anlıyor veya aynı şeye bazen iyi deyip herkesçe yapılması istiyor bazen de kötü deyip yasaklıyor<sup>108</sup>. Bu değerler durumdan duruma da farklılık gösterir. Çölde susuz kalan biri için su, ormanda karanlıkta kalan biri için ateş çok değerlidir. Normal koşullarda ise bu değere sahip olmadıkları ortadadır<sup>109</sup>.

Ahlaki iyilik ve kötülükle ilgili bir başka görüş ise faydacılıktır. Faydacılık, D. Hume<sup>110</sup>, J. Bentham<sup>111</sup>, S. Mill<sup>112</sup> gibi ünlü İngiliz filozofları tarafından ileri sürülen ve özellikle Anglosakson ülkelerde büyük kabul gören bir ahlak kuramıdır. Yapılmış bir eylemin doğru veya yanlış olduğunu belirlemek için nesnel ölçütler ortaya koymaya çabalamışlardır. Bentham'ın formülüne göre faydacılık, en çok sayıda insana en büyük miktarda mutluluk sağlayan eylem, doğru eylemdir. Mutluluk ise haz anlamında kullanılmıştır. Yine faydacılık toplumdaki bütün insanların hepsinin eşit olarak görülmesi ve ortaya çıkan toplam hazzın herkese eşit olarak bölünmesi gerektiğini savunur. Faydacılığın ortaya çıktığı döneme baktığımızda bu düşüncenin nedenini daha iyi anlarız. Faydacılık 17 ve 18. yüzyıl İngiltere'sinde yani burjuvazinin ortaya çıkıp yönetimde söz sahibi olmak istedikleri ve yöneticilerle eşit haklara sahip olmak düşüncelerini dile getirdikleri bir dönemde ortaya çıkmıştır. Buna mukabil, Nietzsche<sup>113</sup> bu eşitlikçi-demokratik ahlak görüşünü savunan Mill'i beyinsiz olarak tanımlamıştır. Nietzsche'ye göre her insan eşit değildir. Bazı insanların mutluluğu veya mutsuzluğu diğerlerine göre daha önemlidir<sup>114</sup>.

Kant'a<sup>115</sup> göre ise çıkar ahlakı diye bir şey yoktur. Yani ona göre ahlak,

106 Şerif, M. M., *Yunan Düşüncesi (İslam Düşüncesi Tarihi)*, (Çev: Turhan, Kasım), İnsan Yay., İstanbul, 1990, C. 1, s. 112

107 <http://www.flisdergisi.com/sayi11/79-101.pdf> (Erişim Tarihi 26.07.2012)

108 Kuçuradi, Ioanna, *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu, Türk Felsefe Dizisi: 6, Ankara 1998 s. 9-10.

109 Arslan, a.g.e. s. 123

110 David Hume, (1711-1776), İskoç filozof, ekonomist ve tarihçi.

111 Jeremy Bentham (1748-1832), İngiliz filozof, hukukçu ve toplum reformcusu.

112 John Stuart Mill (1806-1873) İngiliz filozof, politik ekonomist.

113 Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900), Alman varoluşçu filozof.

114 Arslan, a.g.e. s. 164

115 Immanuel Kant (1724-1804) Alman filozof

insanların doğal arzularını ve eğilimlerinin doyurulması değildir. Kant bir hümanisttir. Ahlakın kaynağının insani olmayan bir dış etken olmadığı savunur. Ahlakın kaynağı Tanrı bile değildir. Ona göre insan otonom bir varlıktır. Yani o kendi yasasını kendi koyar ve kendi koyduğu yasasına itaat etmesi de onun özgürlüğüdür. Kant için ahlakın kaynağı insandır ancak bu kaynak insanın bütün duyguları değil sadece aklıdır<sup>116</sup>. Kant'ın bu düşüncesi de ahlakın kişiden kişiye değişeceğini ortaya koymaktadır. Ancak kanımızca en güzel yorumu Baudrillard<sup>117</sup> yapmıştır. Ona göre “güzel ya da çirkin, doğru ya da yanlış, iyi ya da kötü terimleriyle değerlendirme yapmak bir parçacığın hızını ve bulunduğu yeri aynı anda ölçmek kadar olanaksızdır<sup>118</sup>. Farklı kavramlar ya da yorumlar her zaman vardır, olacaktır da. Bunların arasında seçim yapmanın hiçbir mantıksal yanı yoktur. Farklı yorumlar farklı insanlara, farklı yaşamlara, farklı dünyalara karşılık gelir<sup>119</sup>. Nitekim, Nietzsche'ye göre de, “varlığımızı yargılayacak, ölçecek, kıyaslayacak ya da mahkûm edecek (...) hiç bir şey yoktur,”<sup>120</sup>.

Spinoza'da<sup>121</sup> da iyi ve kötünün anlamı diğer filozoflardan farklıdır. O, insanın kendi varlığını koruması ya da sürdürmesi ifadesinden, bir insanın kendi güçlerini ve imkânlarını gerçekleştirmesini anlamaktadır. Bu bağlamda erdem, her organizmanın sahip olduğu özel imkânların açılıp gelişmesi olduğuna göre, insanın erdemli olması, “en çok insan olduğu, insani niteliklerini en fazla geliştirdiği bir duruma ulaşmış olması demektir.<sup>122</sup>” Ona göre iyi deyince, bizi, kendi önümüze koyduğumuz insan doğası modeline adım adım yaklaştıracak bir araç olduğunu kesinlikle bildiğimiz, sevincin her türünü, sevince yardımcı olan, ona götüren her şeyi anlamak gerekir. Kötü deyince de, o modele benzememizi engellediğini kesinlikle bildiğimiz, acı ve kederin her türünü her şeyi anlamalıyız. Çünkü biz, bir şeyi iyi olduğu için arzu etmiyoruz; o arzu ettiğimiz için iyidir. Bunun sonucu olarak nefret ettiğimiz şeyi de kötü olarak değerlendiririz. Buna göre, her insan kendi duygu ve düşüncelerine dayanarak neyin iyi neyin kötü olduğuna karar verebilir. Böylece bir insanın ilgileri, duyguları ve arzuları kendi dışındaki nesnelere daha değerlidir<sup>123</sup>.

Açıklamaya çalıştığımız kadarıyla, kişiden kişiye değişen kötülük ve benzeri kavramların ceza kanunlarında bulunması ve bu kavramlara dayanılarak

116 Arslan, a.g.e. s. 169

117 Jean Baudrillard (1929-2006), Fransız postmodernist düşünür ve sosyolog.

118 Baudrillard, Jean, *Kötülüğün Şeffaflığı “Aşın Fenomenler Üzerine Bir Deneme”*, (Çev. Abora, Emel/ Ergüden, Işık), Ayrıntı Yay., İstanbul, 1995, s. 12

119 <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2007-1-5.pdf> (Erişim Tarihi 26.07.2012)

120 Nietzsche, Frederich, *Putların Alacakaranlığı*, (Çev. Kaytan, Hüseyin), Akyüz Yay., İstanbul 1991, s. 38.

121 Baruch Spinoza (1632-1677), Hollandalı rasyonalist filozof

122 Fromm, Erich, *Erdem ve Mutluluk*, (Çev. Ayda Yörükan), İşbankası Yay., 1999, s.39

123 <http://e-dergi.atauni.edu.tr/index.php/SBED/article/viewFile/117/111> (Erişim Tarihi 26.07.2012)

insanlar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı hüküm tesis edilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik özelliği ile ne kadar örtüşmektedir? Belirlilik özelliğine göre kanunlarda yer alan ifadelerin herkes tarafından anlaşılacak şekilde seçilmesi ve muğlak ifadelerin kullanılmaması gerekmektedir. TCK'nın hem 2. maddesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilmesi hem de 106. maddesinde yüzyıllardır çözümlenememiş bir kavrama yer verilmesi kanunilik ilkesini açık aykırılık teşkil etmez mi?

Son olarak toplumumuzun çok büyük bir kısmını oluşturan<sup>124</sup> Müslüman kesimin inancına da göz atmakta fayda var. Bu nedenle İslam dini açısından da ahlakın varlığına ve niteliğine kısa da olsa değinmemiz gerektiğini düşünmekteyiz.

Kur'an'da, "Nefse ve ona birtakım kabiliyetler verip de iyilik ve kötülüklerini ilham edene yemin ederim ki, nefisini kötülüklerden arındıran kurtuluşu ermiş, onu kötülüklerle gömen de ziyan etmiştir.<sup>125</sup>" "Biz ona iki göz, bir dil ve iki dudak vermedik mi? Ona iki yolu (doğru ve eğriyi) göstermedik mi?"<sup>126</sup> "Gerçek şu ki, biz insanı karışık bir nutfeden (erkek ve kadının sulbünden, spermden) yarattık; imtihan edelim diye kendisini işitir ve görür kıldık. Şüphesiz biz ona (doğru) yolu gösterdik, ister şükredici olsun ister nankör.<sup>127</sup>" "Şeytan onlara yaptıkları işleri güzel gösterip onları doğru yoldan çıkardı. Oysa bakıp görebilecek durumdaydılar<sup>128</sup>." denilmektedir.

Bu ayetlerden çıkardığımız sonuca göre İslâm dini için insan, Allah tarafından yaratılan, kendisine hayatını idame ettirebilmesi ve çevresindeki olay ve olguları anlayabilmesi için birtakım mezzetler verilen varlıktır. İnsan bu yetenekleriyle nesnelere tanır ve çevresiyle ilişki kurar. İnsan, yine bu yetenekleriyle kendisi için faydalı olanı bulur ve yaşamını bu faydalı ve doğru bilgiye göre devam ettirir. Yine Kur'an'da "Allah, size, sınırlarını bildirmeyi ve sizi sizden evvel geçenlerin yollarına hidayet etmeyi ister.<sup>129</sup>" "Onlar Allah'ın hidayet ettiği kimselerdir, öyleyse sen de onların gittikleri yola tabi ol<sup>130</sup>." denilerek insanlara kendilerinden önce ve Kur'an'ın emirlerine uyarak, ahlaklı ve doğru yaşamış kimselere uymaları söylenir. Bu son iki ayetten İslam dininde evrensel ahlak kurallarının olduğunu anlamaktayız. Ancak yukarıdaki dört ayette ise insanlara kendilerine verilen akıl ile kendileri için en doğru olanı seçmeleri söylenmiştir.

124 %98 gibi çok yüksek oranda bahsediliyor. [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%9Ckelere\\_g%C3%B6re\\_M%C3%BCsl%C3%BCman\\_n%C3%BCfusu](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%9Ckelere_g%C3%B6re_M%C3%BCsl%C3%BCman_n%C3%BCfusu) (Erişim Tarihi 29.07.2012)

125 Şems suresi, 91/7-10

126 Beled suresi, 90/8-10

127 İnsan suresi, 76/2-4

128 Ankebut suresi, 29/38

129 Nisa suresi, 4/26

130 En'am suresi, 6/90

Yukarıda belirttiğimiz ayetlere göre toplumumuzun çok büyük bir kısmını oluşturan Müslüman kesimin inancı için de ahlakın evrensel olduğu asıldır<sup>131</sup>. Ancak en başta belirttiğimiz dört ayette (ki bizim karşımıza çıkan ayetlerden sadece) kişilerin kendi akıllarını kullanarak kendileri için en doğru olanı bulmaları istenmiştir. Buradan da aslında İslam dini açısından da ahlakın tam anlamıyla evrensel olmadığını anlamaktayız. Çünkü evrensel bir ahlak kuralının var olması demek, insanların eninde sonunda bu ahlak kurallarına ulaşacağı anlamına gelir ki, Sokrates de böyle düşünmektedir. Ancak bu durumda bütün insanların kendi akıllarını kullanarak aynı şeye ulaşacakları anlamı çıkmaktadır ki bu ne derece mantıklıdır? Bizce, farklı çevrelerde yetişmiş, farklı eğitimler almış, farklı kitaplar okuyup farklı ideolojiler benimsemiş insanların eninde sonunda aynı noktaya ulaşacakları düşüncesi yerinde değildir. Nitekim çalışma konumuz olan 'sair kötülük' kavramının ne olduğunu açıklayacak materyaller İslam dininde de bizce tartışmalıdır. Kısaca değinmeye çalıştığımız bu bölümde, toplumumuzu oluşturan en büyük kesimin inancının bile kendi içinde (bize göre) çelişkiler taşıması, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan düzenlemelerin yapılmasında daha özenli davranılmasını gerektirir.

## II. SAİR KÖTÜLÜK KAVRAMININ SUÇTA VE CEZADA KANUNLİK İLKESİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Yukarıdaki bölümde kısaca açıklamaya çalıştığımız şekliyle kötülük kavramı aynı çağda yaşamış düşünürlere göre bile farklılık göstermektedir. Bize göre de örf ve adetlerin, kişinin sahip olduğu sosyal imkânların ve içinde bulunduğu hayat şartlarının aynı dönemde var olmuş toplumlarda değişiklik göstermesi, insanların aldıkları eğitimin ve edindikleri tecrübelerinin farklılığı ahlâk kurallarının da farklı olmasına yol açmaktadır.

Bir toplumda her kesim neyin iyi olduğu konusunda farklı görüşlere sahipse birbirlerini nasıl ikna edeceklerdir? Daha güçlü olanın güçsüz olanı ezerek kendi görüşünü kabul ettirmesi ne kadar ahlaklıdır?<sup>132</sup> Ahlak, toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar bütünü olduğundan, toplumsal yaşam var oldukça ahlak da varlığını devam ettirir, yani ait olduğu toplumsal yaşayış tarzı değiştiğinde ahlak kuralları da değişime uğrar. Sınıflı toplumlarda değişik sınıflar, değişik dünya görüşlerini ifade etmektedir. Bir sınıfın değer yargıları, başka bir sınıfın değer yargılarıyla çelişmektedir. Egemen sınıf ise kendi çıkarlarını koruyan değer yargılarını, toplumun bütün sınıflarının çıkarlarını gözetiyormuş gibi göstererek ahlak kuralları halinde topluma dayatır, bunun sonucunda

---

131 **Draz**, Abdullah, *Kur'anın Anlaşılmasına Doğru*, (Çev. **Akdemir**, Salih), Mim Yay., Ankara 1983, s. 93.

132 **Arslan**, a.g.e.s. 126



kendi değer yargıları yasa olarak yaptırım gücüne kavuşmuş olur. Buna göre TCK'da yer alan kötülük ifadesi kime göre kötülük sorusunu sormamıza yol açmaktadır.

Ahlak iyi, adaletli, kötü, doğru, yanlış olanı gösterir, göstermeye çalışır. Ancak bu kavramlar kişiden kişiye değiştiği gibi çoğu zaman iki kişide birbirine zıt anlamlar da ortaya çıkar. Örneğin özel mülkiyetin insan hayatına girmesiyle yeni bir ahlaki kural ortaya çıkmıştır: Çalmamalısın! Çalmamak evrensel bir ahlak yasası olarak kabul edilebilir mi? Kişinin ideolojisine göre bu sorunun cevabı değişir. Zira üzerine yüzlerce eser verilmesine rağmen ahlak konusunda henüz kesin bir yargıya ulaşılabilmemiş değildir. Kaldı ki ahlak kişiden kişiye, mekana ve zamana göre değişen bir kavramdır. Böyle bir kavrama dayanılarak kişilere ceza verilmesinin kamu düzenini nasıl sağlayacağı sorusu tartışılmaya değerdir.

Bilindiği üzere ceza yalnızca toplumda düzeni sağlamak için veya düzenin bozulmaması için caydırıcılık sağlasın diye verilmez, verilmemelidir. Kişinin topluma geri kazandırılması da en az toplumun düzeni kadar ön planda olmalıdır. Bu durumda kötülük yaptığını kabul etmeyen bir kimseye tehdit suçundan ceza verildiğinde, ceza hukukunun amacı hangi oranda sağlanacaktır? Sadece kamu vicdanının rahatlaması herhangi bir kimsenin topluma geri kazandırılmayacak olmasından daha mı önemlidir? Bu soruların cevapları da kötülük kavramı gibi her hukukçuya, her insana göre değişmektedir. Kanunkoyucunun kendi düşüncesinden başka her hangi bir düşünceyi göz önüne almadan bu düzenlemeyi yaptığı açıktır.

Ailesinden sürekli şiddet görmüş, bu nedenle ne annesine ne babasına karşı herhangi bir sevgi saygı beslemekte olan bir çocuk düşünelim. Bu çocuğa, eğer şunu yapmazsan babana iftira ederim, onu hapse attırırım diyen bir kişi tehdit suçunu işlemiş olur mu? Yani, kötülük kastıyla hareket eden birinin bu amacını bilmeden de olsa gerçekleştirememiş olması kişiye yine de tehdit suçundan ceza verilmesini gerektirir mi? Daha doğrusu karşısındakinin dünya görüşüne göre kendisine yapılan bir kötülük değilse yine de eylemi yapan cezalandırılacak mıdır? Mevcut düzenlememizde, kişiye karşı kötülük yaptığı düşüncesiyle hareket etmesine karşılık söylediği şeyin karşısındakine herhangi bir şekilde ne maddi olarak ne de manevi olarak bir kötülük oluşturmayacağını bilmese dahi o kimseye tehdit suçunu işledi denilerek ceza verilecektir! Bu durumda bir nevi kişinin düşüncesi cezalandırılmaktadır. Peki, uyuşturucu bağımlısı bir kişiye istediğini yapmaması karşılığında uyuşturucu vermeyeceğini söyleyen kimse tehdit suçunu işlemiş olur mu? İşte burada kanuna göre sair bir kötülük vardır. Ama bu kötülüğün başka bir insanda işe yaramayacağı aşikârdır.

Tehdidin katılan üzerinde ciddi korku yaratacak elverişlilikte olup olmadığı olay ve koşullara göre belirlenmelidir<sup>133</sup>. Tehdit fiili, kişinin ruh dinginliğini

---

133 Yargıtay 2. CD 2008/19032 E, 2009/14214 K, 09.04.2009 tarihli kararı.



bozan, iç huzurunu, bilinç ve irade özgürlüğünün ihlal eden bir olgudur. Fiilin mağdurun üzerinde ciddi bir korku yaratabilmesi açısından sonuç almaya objektif olarak elverişli, yeterli ve uygun olması gerekir. Ayrıca tehdidin somut olayda muhatap üzerinde etkili olması şart değildir<sup>134</sup>. Failin tehdit suçunu işlemiş olması için mağdurun bundan etkilenip etkilenmediğinin önemi yoktur. Objektif olarak failin sözlerinden veya davranışlarından mağdurun etkilenmesi aranmakta, öznel olarak tehdidin yöneldiği kişinin bundan etkilenip etkilenmemesi çok da önemli görülmemektedir. Yani tehdidin gerçekleşip gerçekleşmemesi, muhatap üzerinde etkili olup olmamasına bağlı tutulmamalıdır görüşü benimsenmiştir. Ancak Yargıtay ve doktrinin bu tutumu kanaatimizce yerinde değildir. Kanun koyucu ceza kanunundaki düzenlemenin mevcut haliyle, yukarıda da belirttiğimiz üzere, bazı durumlarda failin düşüncesini cezalandırmaktadır. Yargıtay tehdit suçuyla ilgili bazı kararlarında “bu senedi imzalamazsan yuvanı dağıtırım imzalamaya mecbursun”<sup>135</sup>, “sizi buradan sürdüreceğiz evi yaptırmayız”<sup>136</sup>, “belanı bulacaksın”<sup>137</sup>, “yanına gelersen seni yalağa basarım”<sup>138</sup> ifadelerini sair kötülük saymıştır. Ancak dediğimiz gibi bu kararlarda sanığın eylemlerinin katılanın üzerinde herhangi bir etki yaratıp yaratmadığı dikkate alınmamıştır. Her ne kadar bu ifadeler yukarıda bahsettiğimiz anlamıyla kötülük kavramını karşılamıyorsa da tehdit suçunda sadece söylenen sözlere bakılarak ceza verilmesi de suçta ve cezada kanunilik ilkesine ayrıca aykırılık teşkil eder. Bu durumda da kişi hangi sözlerinin nasıl cezalandırılacağını kanundaki düzenlemeden çıkaramamaktadır. Sözlerin suç sayılması hakiminsansafına bırakılmaktadır.

Yargıtay genel anlamda yukarıdaki görüşte olsa da istisna olarak kabul edebileceğimiz ancak kanımızca çok daha isabetli bazı kararlar vermiştir. Bu kararlarında<sup>139</sup> tehdidin, yine mağdurun karar verme ve serbest hareket etme özgürlüğünü kısıtlaması, iç huzurunu bozması, onu endişeye düşürmesine ilaveten failin sözlerinin mağdurun üzerinde ciddi bir korku yaratması gerektiğini belirtmiştir.

## SONUÇ

Evrensel ahlak yasasının var olduğunu kabul etmeyen düşünürlerin de söylediği gibi insanların ahlak anlayışları çocuk yaştan gelişmeye ve değişmeye başlar. Çocuk önce annesinden daha sonra ailesinin geri kalanından gördükle-

134 **Yargıtay 4. CD** 2008/14673 E, 2010/11147 K, 08.06.2012 tarihili kararı

135 **Yargıtay 2. CD** 2006/5176 E, 2006/17866 K, 08.11.2006 tarihli kararı

136 **Yargıtay 2. CD** 2005/5111 E, 2005/25852 K, 21.11.2005 tarihli kararı

137 **Yargıtay 2. CD** 1987/6062 E, 1987/6440 K, 25.06.1987 tarihli kararı

138 **Yargıtay 2. CD** 1987/7730 E, 1987/8140 K, 15.10.1987 tarihli kararı

139 **YCGK** 1991/4-348 E, 1993/70 K, 05.04.1993 tarih ve 1993/4-102 E, 1993/129 K, 03.05.1993 tarihli kararları

rini iyi veya kötü olarak daha doğrusu yapması veya yapmaması gereken şeyler olarak algılamaya başlar. Okula gittiğinde öğretmenlerini ve arkadaşlarını gözlemleyerek bu algısını geliştirir ve değiştirir<sup>140</sup>. Yaşanılan şehre göre iyi olan ve kötü olanın değiştiğini görürüz. Aynı şehrin farklı semtlerinde oturan kişiler için bile yapılması ve yapılmaması gereken şeyler farklılık gösterir. Yani aslen, insanların düşünceleri ve davranış biçimleri bizzat kendi deneyimlerinin sonucunda biçimlenir. Ancak başkalarının deneyimleri de bireyler üzerinde etkili olabilmektedir<sup>141</sup>. Çoğumuzun iyilik için de, kötülük için de eğilimleri vardır. Ama bu eğilimlerin görece ağırlığı bireyden bireye ve topluma göre değişmektedir<sup>142</sup>.

Mevcut haliyle TCK'daki tehdit suçunun kanuni tanımının İsviçre Ceza Kanunu'nun 180. maddesine benzer şekilde değiştirilmesi kanımızca isabetli olacaktır. İsviçre Ceza Kanunu ilgili maddesi "...bir başkasını ağır bir tehditle endişeye veya korkutmaya sevk eden kişi..." denilerek tehdidin muhatabında olumsuz bir etkiye yol açması gerektiği belirtilmiştir. Yine Rusya Ceza Kanunu ile Polonya Ceza Kanunu'nda da benzer düzenlemeler mevcuttur<sup>143</sup>. Bu düzenlemeler Ceza Kanunumuzdaki düzenlemeye kıyasla kanunilik ilkesine çok daha fazla uygundur.

Kanunların yapımlarında kullanılan örf ve adetler ile ahlak kurallarının toplumun her kesimini kapsayacak nitelikte olduğuna dikkat edilmelidir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda<sup>144</sup> da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26.04.1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık kararına atıf yaparak kanunilik ilkesinin belirlilik özelliğine vurgu yapmış ve "...ceza yaptırımı taşıyan kuralların herkesçe anlaşılacak bir biçimde açık ve net olarak düzenlenmiş olması gerektiği..." ifade etmiştir.

Tüm bu açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, ne kadar insan varsa o kadar farklı düşünce ve değer var olduğuna inanmaktayız. TCK'daki şekilde tehdit suçunun unsurlarından olan 'sair kötülük' kavramının objektif bir ifade olmadığı, suçun tanımının yeterli açıklıkta ve belirlilikte düzenlenmediği ve bu nedenle söz konusu ifadenin kati surette suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu ve değişmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

140 **Güngör**, a.g.e, s.17

141 **Sokullu-Akıncı**, Füsün, *Kriminoloji*, 6. Bası, İstanbul 2009, s.54

142 **Fromm**, s. 185-186.

143 Gerçekten de Rusya Ceza Kanununun 119. maddesinde "...eğer bu tehdidin gerçekleştirilmesinden korkulmasını gerektiren sebepler var olması halinde..." ifadesi yer almaktadır. Yine Polonya Ceza Kanununun 190. maddesinde de "...tehdit edilene tehdidin gerçekleştirileceği hususunda korkuya yol açarsa..." ifadesine rastlamaktayız.

144 **AYM 2010/69 E, 2011/116 K, 07.07.2011 Tarih**

## KAYNAKÇA

- Akıntürk**, Turgut, *Medeni Hukuk*, İstanbul 2008, Beta Yay, 13. Bası.
- Alacakaptan**, Uğur, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara 1958.
- Alan**, Nuri, *Anayasanın İdari Yargıda Somutlaştırılması*, Danıştay Dergisi, Sayı 92 (1997).
- Aristoteles**, *Nikomakhos'a Etik*, (Çev: **Babür**, Saffet) Bilgesu Yay., Ankara 2007.
- Altundiş**, Mehmet (2008), *Hukuki Güvenlik İlkesi*, Yasama Dergisi, sayı 10.
- Ancel**, Marc, “*Muâsır Mevzuatta ‘Kanunsuz Ceza Olmaz’ Kaidesi*”, (Çev: Sadık **Tüzel**), Adliye Ceridesi, 29-II, 72 (1938).
- Aral**, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Yay., İstanbul 2007.
- Arslan**, Ahmet, *Felsefeye Giriş*, Adres Yay., 8. Bası, Ankara 2005.
- Artuk**, Mehmet Emin, *Yeni Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri*, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Y:2, 2005/5
- Artuk**, Mehmet Emin/Çınar, Ali Rıza, “*Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu II. Kitap, Ankara 2004
- Artuk**, Mehmet Emin/ **Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C: 1, Ankara 2006
- Baudrillard**, Jean, *Kötülüğün Şeffaflığı “Aşın Fenomenler Üzerine Bir Deneme”*, (Çev: **Abora**, Emel/ **Ergüden**, Işık), Ayrıntı Yay., İstanbul, 1995.
- Bayraktar**, Köksal “*Faal Nedamet*”, İÜHFM, C:XXXIII, S: 3-4, İstanbul 1968
- Beccaria**, Cesare *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev: **Sami Selçuk**), İmge Kitapevi Ankara 2004
- Can**, Osman, “*Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış*”, AÜHFD, C:IX, S:1-2, (2005)
- Capelle**, Wilhelm, *Sokrates'ten Önce Felsefe / Fragmanlar - Doksoğraflar*, (Çev: **Özügül**, Oğuz) Pencere Yay., İstanbul, 2006.

**Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, İstanbul 2006.

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

**Donnedieu de Vabres**, Henri “*Nasyonal-Sosyalist Ceza Hukukunun Kaynakları ve Cezalandırmada Kast ve İradeyi Esas Alan Nasyonal-Sosyalist Ceza Hukuku*”, (Çev: **Dönmezer**, Sulhi/**Şensoy**, Naci), İÜHFİM, C:VIII, S:3-4, 1942.

**Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku-Genel Kısım*, C: I, 5. Bası, İstanbul 1973.

**Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C: I, Beta Yay, İstanbul 1994.

**Dönmezer**, Sulhi, “*İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç İhdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcabeden Karar*”, İÜHFİM, C:XXVIII, S:1, İstanbul 1962.

**Draz**, Abdullah, *Kur'anın Anlaşılmasına Doğru*, (Çev: **Akdemir**, Salih), Mim Yay., Ankara 1983.

**Erdoğan**, Mustafa, (2001), *Anayasal Demokrasi*, Ankara, Siyasal Kitapevi.

**Erdoğan**, Belgin/**Tahiroğlu**, Bülent, *Roma Hukuku Dersleri*, Der Yay, İstanbul 2000.

**Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara 1997.

**Erman**, Sahir, *Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı Dersleri*, İstanbul 1967.

**Ersoy**, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002.

**Fromm**, Erich, *Yeni Bir İnsan Yeni Bir Toplum*, (Çev: **Arat**, Necla), Say Yay., İstanbul 2001.

**Fromm**, Erich, *Erdem ve Mutluluk*, (Çev: **Yörükan** Ayda), İşbankası Yay., 1999.

**Giritli**, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun, *İdare Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2006.

**Gökberk**, Macit, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, İstanbul 1996.

- Gözler**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 5. Bası, Bursa 2008.
- Günday**, Metin, *İdare Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2003.
- Güngör**, Erol, *Ahlâk Psikolojisi ve Sosyal Ahlâk*, Ötüken Yay., İstanbul 1995.
- İbn Miskeveyh**, *Ahlâkı Olgunlaştırma*, (Çev: **Şener**, Abdulkadi/**Tunç**, Cihat/**Kayaoğlu**, İsmet), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yay., Ankara 1983.
- İçel**, Kayıhan / **Donay**, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Birinci Kitap*, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 1999.
- İçel**, Kayıhan/**Donay**, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap*, 4. Bası, İstanbul 2005.
- İzmirli**, İsmail Hakkı, *Yeni İlm-i Kelam*, Umran Yay., Ankara 1981
- Joseph**, Plescia, *Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini*, (Çev: **Tamer Güven**, Diler), M. Keman Oğuzman Anısına Armağan, Beta Yay., İstanbul 2000.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara 2008.
- Kuçuradi**, Ioanna, İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu, Türk Felsefe Dizisi: 6, Ankara 1998.
- Kuzu**, Burhan, *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul 1987.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi*, Kazancı Yay., İstanbul 1995.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Ankara 2004.
- Montesquieu**, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, (Çev: **Baldaş**, Fehmi), İstanbul 1998.
- Munday**, Roderick, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, (Çev: **Kangal**, Zeynel T.) İÜHFİM, C:LXI, S:1-2, Y:2003.
- Nietzsche**, Frederich, *Putların Alacakaranlığı*, (Çev: **Kaytan**, Hüseyin), Akyüz Yay., İstanbul 1991.

**Tanör**, Bülent, *Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu*, 3. Bası, İstanbul 1994.

**Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., 7. Bası, İstanbul 2005.

**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan, “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu II. Kitap, Ankara 2004.

**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin Görüşü*, Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, İstanbul 2004.

**Teziç**, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2003.

**Topaloğlu**, Aydın, *Teizm yada Ateizm*, Kaknüs Yay., İstanbul 2001.

**Toroslu**, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008.

**Toroslu**, Nevzat/**Ersoy**, Yüksel, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004.

**Tosun**, Öztekin, “*Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan*”, İÜHFİM, C:XXVII, S:1-4, İstanbul 1962.

**Tosun**, Öztekin, “*Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku*”, İÜHFİM, C:XXX, S:1-2, İstanbul 1964.

**Türkeri**, Mehmet, “*Etik Tarihindeki Temel 'Doğal Yasa' Anlayışları ve Bu Anlayışlardaki Dini Unsurlar*”, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 2005 yılı XXII, s.135-164.

**Uysal**, Enver, *Değerler Üzerine Bazı Düşünceler ve Bir Erdem Tasnifi Denemesi: İnsanı Erdemler-İslâmî Erdemler*, UÜİFD Cilt: 12, Sayı:1, 2003.

**Yarsuvat**, Duygun, *Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası*”, İÜHFİM, C:XXIX, S:3, İstanbul 1963.

**Yasa**, Metin, *Tanrı ve Kötülük*, Elis Yay., Ankara 2003.

**Yıldız**, Ali Kemal, “*Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması*”, Prof.Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.

**Önder**, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C:1*, İstanbul 1989.

**Özay**, İl Han, *Gün Işığında Yönetim*, İstanbul 2004.

**Özbek**, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Cilt I Genel Hükümler- Madde 1-75*, 3. Baskı, Ankara Şubat 2006.

**Özbudun**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Ankara.

**Özbudun**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2004.

**Özgenç**, İzzet, “*Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu*”, KHUKA, Y:3, S:2-3, Haziran-Ekim 2000.

**Özgenç**, İzzet / **Şahin**, Cumhur, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001.

**Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2005.

**Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I*, 2. Bası, Ankara 2008.

**Sağlam**, Fazıl, *Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı*, Ankara 1984.

**Sarıca**, Ragıp, *Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti*, İstanbul 1943.

**Schröder**, Friedrich-Christian, “*Federal Yargıtay ve Nulla Poena Sine Lege Prensibi*” (Çev: **Ozansü**, Mehmet Cemil), Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No.5, Ankara 2006.

**Sokullu-Akıncı**, Füsün, *Kriminoloji*, 6. Bası, İstanbul 2009.

**Soyaslan**, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2005.

**Şerif**, M. M., *Yunan Düşüncesi (İslam Düşüncesi Tarihi), C: 1* (Çev: **Turhan**, Kasım), İnsan Yay., İstanbul 1990.

**Şen**, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I*, İstanbul 2006.

**Şen**, Ersan, *Çevre Ceza Hukuku*, İstanbul 1994, Kazancı Yay, s. 101; **Yıldız**, Ali Kemal, *Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması*, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.

# **YARGI KARARLARI**

## **İDARİ BÖLÜM**



**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No** : 2009/5234  
**Karar No** : 2012/934

**Özet: Vergi Dairesi tarafından yapılan resen tarhiyatta, eleştiri konusu faturalar içeriği, alım konusu emtialar olmaksızın işletmenin faaliyetine devam edip edemeyeceği yönünde herhangi bir araştırma yapmaksızın sözkonusu faturaların giderlerden çıkarılmasının hukuka uygun düşmediği hk.**

**Temyiz Eden** : ..... Vergi Dairesi Başkanlığı - İZMİR

**Karşı Taraf** : ..... Limited Şirketi

**İstemin Özeti:** Davacı şirketin, sahte fatura düzenlemekten hakkında rapor bulunan Tasfiye Halinde ..... Petrol Limited Şirketine ait faturaları gider kaydettiğinden bahisle takdir komisyonu kararına istinaden 2002 yılı içinde adına res'en salınan vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi ve geçici vergi ile kesilen özel usulsüzlük cezasını: simitlik susam ve tahin imalatı ile uğraşan davacı şirketin gider kaydettiği eleştiri konusu faturalar içeriğinin kalorifer yakıtına ilişkin bulunduğu davacı şirketin defter ve belgeleri üzerinde araştırma yapılmadığı gibi söz konusu faturalar içeriği emtia alınmaksızın faaliyetine devam edip edemeyeceği yönünde herhangi bir araştırma yapılmaksızın takdir komisyonunca faturalar tutarının giderlerden çıkarılmasının hukuka uygun düşmediği gerekçesiyle kaldıran İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 27.5.2009 gün E:2008/1838.K:2009/753 sayılı kararının: takdir komisyonu kararı uyarınca yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

**Savunmanın Özeti** : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

**Tetkik Hakimi** : Berent ARASLI

**Düşüncesi** : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

**Savcı** : Sefer YILDIRIM

**Düşüncesi** : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

### **TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü.

Dayandığı hukuki ve kanunu nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görül-müş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 27.3.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

<b>Başkan</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>
S. Nilgün AKPINAR	Zerrin GÜNGÖR	Mehmet SOLGUN	Mehmet Ali SAMUR	Hanifi DOĞAN

**Gönderen:** Dr. Mustafa Alpaslan / SMMM

**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No** : 2010/6347 E.  
**Karar No** : 2012/1146 K.

**Özet: Asıl borçlu şirket adına düzenlenen ve ilk vergi ceza ihbarnamelerinin şirket müdürüne tebliğ edildiği adres davalı idarenin bilgisi dahilinde iken; vergi borçlusu şirkete ait ihbarnamelerin söz konusu adreste tebliğine çalışılmadan şirketin ticaret siciline kayıtlı adresinde tebliğ edilememesi nedeniyle ilan yoluyla tebliğinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.**

**Temyiz Eden** : ..... - İZMİR

**Karşı Taraf** : ..... Vergi Dairesi Müdürlüğü - İZMİR

**İstemin Özeti:** Davacı adına, ..... Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinden tahsil imkanı kalmayan 2001 yılına ilişkin amme alacağı için ortak sıfatıyla düzenlenen 31.7.2008 tarih ve 34, 36 takip nolu ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı; davacının anılan şirkete 12.10.2000 tarihinde ortak olduğu, 23.05.2005 tarihine kadar bu sıfatını devam ettirdiği, şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnamelerinin şirket müdürünün adresinde tebliğ edildiği, ihbarnamelere karşı açılan davanın geçici vergi üzerinden kesilen vergi ziyayı cezaları yönünden reddedilmesi üzerine düzenlenen 2 no'lu ihbarnamelerin şirketin ..... / İzmir adresinde tebliğ edilememesi üzerine ilan tebliğ yoluna gidildiği, ödeme emirlerinin de aynı usulle ilan tebliğ edildiği, ödemede bulunulmaması ve dava açılmaması sonucu şirket hakkında yurt çapında yapılan malvarlığı araştırmasıyla herhangi bir malvarlığına rastlanılmadığı anlaşıldığından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 35'inci maddesi uyarınca davacı adına ortak sıfatıyla ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 27.7.2010 gün ve E:2010/308, K:2010/1016 sayılı kararının; amme alacağının asıl borçlu şirket yönünden zamanaşımına uğradığı, kendisinin 6183 sayılı Yasanın 35'inci maddesine göre takibinin yasal olmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

**Savunmanın Özeti** : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

**Tetkik Hakimi** : Ayhan KOLUKIRIK

**Düşüncesi** : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

**Savcı** : Bingöl KURT

**Düşüncesi** : 5766 Sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi Anayasa Mahkemesinin E:2009/39 esas sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, temyiz konusu kararda 5766 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi uyarınca , 6183 sayılı Yasanın 5766 sayılı ile değişik 35. maddesinin hukuki dayanak alınması hukuka uygun değil ise de karar sonucu itibarıyla doğru olduğundan onanması gerektiği düşünülmektedir.

## **TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 93'üncü maddesinde, tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup hüküm ifade eden bilimüm vesikalar ve yazıların, adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmuhaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yoluyla tebliğ edilmesi öngörülmüş, aynı Yasanın 103'üncü maddesinde, muhatabın adresinin hiç bilinmemesi, bilinen adresin yanlış veya değişmiş olması ve bu yüzden mektubun geri gelmesi, başkaca sebeplerden dolayı tebliğin yapılmasına imkan bulunmaması hallerinde tebliğin ilan yoluyla yapılması, 101'inci maddenin son fıkrasında ise mektupların gönderilmesinde ilk fıkraya bağlı sekiz bent halinde sayılan adreslerden tarih itibarıyla tebligat yapacak makama en son bildirilmiş veya bu makamca tespit edilmiş olanın nazara alınması gerektiği kurallarına yer verilmiştir.

Dosyadaki belgelerden, davacı şirket adına düzenlenen vergi ve ceza ihbarnamelerinin 27.1.2003 tarihinde, "Yahşelli Yolu Kanal Boyu Su Pompası İstasyon Karşısı Menemen - İzmir" adresinde şirket müdürüne tebliğ edildiği, açılan davanın reddi üzerine düzenlenen 2 no'lu ihbarnamenin şirketin sicil kaydında belirtilen "2017 Sokak No:2/3 Karşıyaka/İzmir" adresinde tebliğe çıkarıldığı, adresten taşındığı ve yeni adresinin bilinmediği şerhi düşülerek iade edilmesi üzerine ilan tebliğ yoluna gidildiği, şirket adına düzenlenen ödeme emirlerinin de aynı yolla ilan tebliğ edilerek amme alacağının kesinleştiği ve şirketin malvarlığından tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağının tahsili amacıyla ortak sıfatıyla davacı adına uyumsuzluk konusu ödeme emirlerinin düzenlendiği anlaşılmıştır.

Asıl borçlu şirket adına düzenlenen ve ilk vergi ceza ihbarnamelerinin şirket müdürüne tebliğ edildiği adres davalı idarenin bilgisi dahilinde olup 213 sayılı Yasanın 101'inci maddesi uyarınca şirketin kanuni temsilcisinin adresi bilinen adres kapsamında sayılacağından, vergi borçlusu şirkete ait 2 no'lu ihbarnamelerin söz konusu adreste tebliğine çalışılmadan şirketin ticaret siciline kayıtlı adresinde tebliğ edilememesi nedeniyle ilan yoluyla tebliğinde hukuka

uygunluk bulunmadığından davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinin iptali gerekirken, aksi yönde verilen vergi mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 22.7.2010 gün ve E:2010/308, K:2010/1016 sayılı kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama gideri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 9.4.2012 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

<b>Başkan</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>
S. Nilgün AKPINAR	Nilgün İPEK	Zerrin GÜNGÖR	Mehmet SOLGUN	Mehmet Ali SAMUR

#### **X. KARŞI OY**

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar bozulması istenen vergi mahkemesi kararının dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında istemin kabulünü gerektirecek durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ve kararın onanması gerektiği görüşüyle karara katılmıyorum.

**Üye**

Nilgün  
İPEK

**Gönderen:** Dr. Mustafa Alpaslan / SMMM

## İdare ve Vergi Mahkemeleri Kararlarının Temyizi

T.C.  
DANIŞTAY  
DOKUZUNCU DAİRE  
Esas No : 2010/363  
Karar No : 2011/396

**Özet:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenler, temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlarda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerekir.

**Temyiz İsteminde Bulunan :** ..... Vergi Dairesi Müdürlüğü - İZMİR

**Karşı Taraf :** ..... Ltd. Şti.

**Vekili :** ..... Alsancak / İZMİR

**İstem Özet:** Davacı hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden 2007/Ocak, Şubat, Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos, Eylül, Aralık dönemlerine ilişkin olarak re'sen salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin terkinin istemiyle açılan davayı; davacıya fatura düzenleyen Balıkesir Kurtdereli Vergi Dairesi mükellefi olan ..... hakkında sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlediğine ilişkin olarak herhangi bir vergi tekniği raporu bulunmadığı gibi davacının hesaplarını inceleyen inceleme elemanının; bu mükellef hakkında düzenlenen yoklama fişine göre belirtilen adreste bulunmadığı yönündeki tespitten hareketle davacıya düzenlediği faturaların gerçek bir mal ve hizmet teslimine dayanmadığına karine teşkil etmeyeceği, bu durumda, .....'ya ait fatura içeriği emtiaların gerçekten alınmadığı veya bu faturaların komisyon karşılığı düzenlendiği hukuken geçerli somut verilerle ortaya konulmadan yapılan cezalı tarhiyatta isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 9.10.2009 tarih ve E:2009/1193, K:2009/1489 sayılı kararının; cezalı tarhiyatın yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

**Savunmanın Özeti:** Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Danıştay Savcısı Dr. Asım Özcan'ın Düşüncesi:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

**Tetkik Hakimi Uğur Kocaman'ın Düşüncesi:** İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin gerekeceği düşünülmektedir.

### **TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 16.2.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

<b>Başkan</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>
Cengiz DİVANLIOĞLU	E. Işın EZEN	Ayper GÖKTUNA	H. Ceyda KERMAN	Yakup KAYA

**Gönderen:** Dr. Mustafa Alpaslan / SMMM

**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**DOKUZUNCU DAİRE**  
Esas No : 2010/1777  
Karar No : 2011/393

**Özet:** 213 sayılı Kanun'un mükerrer 355/4 maddesi uyarınca, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenler, defter tutmak zorunda olan çiftçiler, serbest meslek erbabı ile vergiden muaf esnafın kendi aralarında yapacakları ticari işlemleri ile nihai tüketicilerden mal veya hizmet bedeli olarak yapacakları 8.000.000 TL.'sını aşan tahsilat ödemelerinin, banka veya özel finans kurumları aracı kullanarak yapılması ve bu kurumlarca düzenlenen dekont veya hesap bildirim cetveli ile tevsiki zorunludur.

Ortaklar ile şirket arasında yapılan tahsilat ve ödeme işlemlerinin banka ve benzeri finans kurumları ile yapılmadığı gerekçesi ile kesilen özel usulsüzlük cezasında isabet görülmemiştir.

**Temyiz İsteminde Bulunan :** ..... Vergi Dairesi Müdürlüğü - İZMİR

**Karşı Taraf :** .....San. Tic. Ltd. Şti.

**Vekili :** ..... Alsancak / İZMİR

**İstem Özet:** Davacı hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden 213 sayılı Kanununun mükerrer 355/4. maddesi uyarınca, 2007 yılına ilişkin olarak kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı; birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenler, defter tutmak zorunda olan çiftçiler, serbest meslek erbabı ile vergiden muaf esnafın kendi aralarında yapacakları ticari işlemleri ile nihai tüketicilerden mal veya hizmet bedeli olarak yapacakları 8.000.000 TL'sini aşan tahsilat ödemelerinin banka veya özel finans kurumları aracı kılınarak yapılması ve bu kurumlarca düzenlenen dekont veya hesap bildirim cetvelleri ile tevsiki zorunlu olduğu gözönüne alındığında, davacının bu yönde bir işlemi tespit edilmeden, ortaklar ile şirket arasında yapılan tahsilat ve ödeme işlemlerinin banka ve benzeri finans kurumları ile yapılmadığı gerekçesi ile kesilen özel usulsüzlük cezasında yasal isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 9.10.2009 tarih ve E:2009/1190, K:2009/1490 sayılı kararının; kesilen cezanın yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.



**Savunmanın Özeti :** Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Danıştay Savcısı Dr. Asım Özcan'ın Düşüncesi :** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

**Tetkik Hakimi Uğur Kocaman'ın Düşüncesi :** İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin gerekeceği düşünülmektedir.

## **TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görül-müş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 16.2.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

<b>Başkan</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>
Cengiz DİVANLIOĞLU	E. Işın EZEN	Ayper GÖKTUNA	H. Ceyda KERMAN	Yakup KAYA

**Gönderen:** Dr. Mustafa Alpaslan / SMMM

**T.C.  
İZMİR  
BÖLGE İDARE  
MAHKEMESİ**

**Esas No** : 2012/7423

**Karar No** : 2012/6987

**Özet: Tebligatta usulsüzlük olması halinde amme alacağının kesinleşmesinden sözedilemeyeceği hk.**

**Kararın Düzeltmesini İsteyen (Davalı)** : ..... Dairesi Müdürlüğü  
İzmir

**Karşı Taraf (Davacı)** : .....

**İstem Özet** : Davacı adına tanzim ve tebliğ olunan 25.07.2011 tarih ve 200603007....53 sayılı ödeme emrinin; iptali, istemiyle açılan davayı; davaya konu amme alacağının tarhiyat safhasına ilişkin vergi/ceza ihbarnameleri sözkonusu ihbarnamelerin muhatabı davacıya posta yoluyla tebliğ edilirken davacının beyan etmiş olduğu ikamet adresinde bulunamaması üzerine, sözkonusu evrakın posta yoluyla tebliğ edilemediğinin yasaya uygunluğu açısından adreste bulunamama durumunun 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 102. maddesinin son fıkrasında belirtilen şahıslar huzurunda tespitinin yapılması gerekirken, anılan yasanın amir hükmüne uyulmayarak tebliğ alındısına yasa da belirtilen şahıslardan birinin imzası alınmadan veya imzadan imtina ediliyorsa bu cihet şerh düşülmeden sadece posta memurunca yapılan tespit dikkate alınmak suretiyle tebliğin posta yoluyla yapılamadığı kabul edilerek ilanen tebliğ yoluna gidildiği, bu nedenle yasa da belirtilen şartlara uyulmaksızın usulsüz ilanen tebligat yapıldığı açık olup, bu haliyle amme alacağının kesinleştiğinden söz edilemeyeceğinden, tahsili amacıyla davacı adına tanzim ve tebliğ olunan dava konusu ödeme emrinde hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden İzmir 1. Vergi Mahkemesi Hakimliğinin 22/12/2011 gün ve E:2011/1310, K:2011/2453 sayılı kararının, itirazın incelenmesi üzerine onanmasına ilişkin İzmir Bölge İdare Mahkemesince verilen 08/05/2012 gün ve E:2012/2907, K:2012/3296 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

**Savunmanın Özeti** : Savunma verilmemiştir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nce işin gereği görüldü.

Danıştay Dava Daireleri ile İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurallarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile Bölge İdare Mahkemesinin itiraz üzerine verdikleri kararların düzeltme yolu ile yeniden incelenebilmesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde yazılı nedenlerin varlığı halinde mümkün olup, bu maddede sayılan nedenlerden hiçbirine uymayan karar düzeltme isteminin REDDİNE, yargılama giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 10/10/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**2. Kurul Başkanı**

**Üye**

**Üye**

Zeynep  
İLİCA  
26762

Nurcan  
ERCİYAS  
37931

Levent  
HATİPOĞLU  
37923

**Gönderen:** Dr. Mustafa Alpaslan / SMMM

# YARGI KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ

**T.C.**  
**YARGITAY**  
**17. Hukuk Dairesi**  
**Esas : 2012/1406**  
**Karar : 2012/7467**

**Özet:** Mahkemece eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş ve dava dilekçesi içeriğinden davacının talebinin 6183 sayılı Yasa'nın 24 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali olduğu anlaşılabilir ise de davacı tarafın hangi yasa maddesi uyarınca iptal istediği ve borçlu davalının hangi tasarruflarının iptal edilmesi gerektiği hususunun yeterince açık olmadığı görülmektedir.

### **YARGITAY İLAMI**

**Mahkemesi :** İzmir Asliye Ticaret Mahkemesi  
**Tarihi :** 11/05/2011  
**Numarası :** 2011/272-2011/220  
**Davacı :** Maliye Bakanlığı  
**Davalılar :** ..... Ltd. Şti.

Taraflar arasındaki tespit davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

### **KARAR**

Davacı vekili davalı ..... Ltd. Şti.'nin müvekkiline kamu borcu bulunduğunu bu şirketin diğer davalı şirket içerisinde eritilerek yok edildiğini, bu nedenle her iki şirketin tek tüzel kişilik üzerinden faaliyetini sürdürdüğünün, her iki kurum arasındaki devrin yapıldığına ilişkin hukuki ilişkinin varlığının ve her iki şirketin tüm amme borcundan müteselsilen sorumlu olduklarının tesbitine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece eda davası açılması mümkün olan hallerde tesbit davası açılmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de yapılan araştırma ve inceleme hüküm vermeye yeterli bulunmamaktadır. Davacı vekili dava dilekçesinde müvekkilinin davalı ..... Ltd. Şti.'den olan alacağı için

hakkında icra takibi başlattıklarını, alacağın tahsil edilemediğini, ancak borçlu şirketin varlıklarının eritildiğini öne sürerek her iki şirket faaliyetinin tek tüzel kişilik içinde sürdürüldüğünün, iki şirket arasında devir yapıldığının ve her iki şirketin amme borcundan müteselsilen sorumlu olduklarının tesbitine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece eda davası açılması mümkün olan hallerde tesbit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığından davanın reddine karar verilmiştir. Dava dilekçesi içeriğinden davacının talebinin aslında 6183 sayılı yasa uyarınca borçlu şirket hakkında yapılan icra takibi sonucu alacağın tahsil edilemediği, bu nedenle şirket mal varlığı ile diğer varlıklarının üçüncü kişi konumunda olan davalı ..... Ltd. Şti.'ne devrinin iptaline ilişkin olduğu dolayısıyla istemin 6183 sayılı yasanın 24 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali olduğu anlaşılabilir ise de davacı tarafın hangi yasa maddesi uyarınca iptal istediği ve borçlu davalının hangi tasarruflarının iptal edilmesi gerektiği hususu yeterince açık olmadığı da görülmektedir. Talep sonucu açık değilse, 1086 sayılı HUMK.'nun 75/2 (6100 sayılı HMK.'nun 31.) maddesi uyarınca mahkemenin davacı tarafa talep sonucunu açıklattırması gerekir. Bu madde hükmünde, hakim 'müphem ve mütenakız gördüğü iddia ve sebepler hakkında izahat isteyebilir' denilmekte ise de bunu sadece hakime tanınan bir yetki şeklinde değil, aynı zamanda hakime verilen bir görev olarak anlamak gerekir. Somut olayda mahkemece davacının isteğinin ne olduğunun açık ve net bir şekilde belirlenmesi için açıklama yapılmasına izin verilmeden davanın reddine karar verilmiştir. Bu durumda mahkemece davacı tarafa 1086 sayılı HUMK.'nun 75/2 (6100 sayılı HMK.'nun 31.) maddesi uyarınca davacı tarafın isteğinin ne olduğu, davayı 6183 sayılı yasanın 24 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali davası mı yoksa salt, tesbit davası olarak mı açtıklarının açık ve net bir şekilde açıklattırılması ondan sonra taraf delillerinin toplanması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır.

**SONUÇ:** Davacı vekilinin temyiz itirazları yerindedir, kabulü ile hükmün yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 7.6.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
A. VELİOĞLU	A. Ş. SERTKAYA	L. E. KÖKSAL	M. ÖZCAN	S. KUL

**Gönderen:** Dr. Mustafa Alpaslan / SMMM

## Tedavide doktorun sorumluluğu ve bilirkişi raporunun rolü

T.C.  
YARGITAY  
13. Hukuk Dairesi  
Esas No : 2011/6393  
Karar : 2012/775

**Özet:** Davacının tedavisini üstlenen hastane doktorları meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor tedavi nedeniyle yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Keza en hafif kusurundan dahi hukuken sorumluluk altındadır. Bu nedenle de bilirkişi raporu önem kazanmakta ve taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli bulunmalıdır.

### YARGITAY İLAMI

**Mahkemesi** : Mersin 3. Asliye Hukuk Mahkemesi  
**Tarihi** : 03/07/2008  
**Numarası** : 2003/974-2008/415  
**Davacı** : ..... vekili Av. ....  
**Davalı** : 1- ....., 2- ....., 3- .....

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekili avukat ..... gelmiş, davalı ..... vekili avukat ..... gelmiş, davalı ..... A.Ş. tebligatın bila tebliğ edilmesinden dolayı duruşmadan feragat ettiğini beyan ettiğinden incelenenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünöldü.

## KARAR

Davacılar, murisleri .....’a SSK Ankara Hastanesinde romatizmal kapak hastalığı teşhisi konulduğunu, davalı hastaneye sevk edilerek ameliyat edildiğini, murislerine yanlış kan verilmesi sonucu böbrek yetmezliğinden vafat ettiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

Davalılar, davanın reddine karar verilmesini dilemişlerdir.

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu ile Çukurova Üniversitesinden alınan raporlara göre davalı tarafından yapılan müdahalede, davacının iddiasını ispata yetecek ve davalı tarafın sorumluluğunu gerektirecek bilgi elde edilemediğinden davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

1- Bir davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK’nın 76. Maddesi gereği doğrudan hakimın görevidir. Davacılar, ameliyat edilen murislerine yanlış kan verilmesi sonucu vefat ettiğinden bahisle maddi ve manevi tazminat istemi ile eldeki davayı açmıştır. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK m. 386 - 390). Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK m. 321/1). O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Az yukarıda açıklandığı üzere, doktor tedavi nedeniyle yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Keza en hafif kusurundan dahi hukuken sorumluluk altındadır. Bu nedenle de bilirkişi raporu önme kazanmakta ve taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli bulunmalıdır. Bilirkişi doktorun seçilen tedavi yöntemi ve tedavi aşamalarında gerekli titizliği gösterip göstermediğini uygulanacak tedavi yöntemi ve aşamalarda gerekli titizliği gösterip göstermediğini, uygulaması gereken tedavinin ne olması gerektiğini, doktor tarafından uygulanan tedavinin ne olduğunu, ayrıntılı ve gerekçeli açıklamalı ve sonuca ulaşmalıdır. Bu bağlamda salt yapılan işlemin ne olduğunu açıklamak yeterli kabul edilemez. Kaldı ki, bilirkişinin tarafların itirazlarını da mutlaka karşılamalı ve aydınlatıcı olmalıdır. Hakim’in de bilirkişinin somut olayda görüşünün dosya kapsamına uygun olup olmadığını da denetlemesi gerekmektedir. (TMK.nun md. 4, HUMK.nun md. 240) Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamaları ve içtihatları da bu yöndedir.



Somut olayda ise; Davacılar, murislerinin davalı hastanede ameliyat edildiğini, ameliyattan sonra yanlış kan verildiğini ileri sürmüşlerdir. Davalı ise uygulanan tedavide hata bulunmadığını savunmuştur. Dosyada bulunan 6 Nisan 1999 tarihli Yüksek Sağlık Şurası raporunda davacılar murisinin "... yanlış kan verilmesi sonucu meydana gelen böbrek yetmezliğinden öldüğü..." belirtilmiş, dosyadaki 24.1.2003 tarihli Adli Tıp Kurumu raporunda ise yanlış kan verildiğine dair bir bulguya rastlanmadığı belirtilmiştir. Bu haliyle iki rapor arasında çelişki doğmuştur. Öyle olunca, Mahkemece özellikle yanlış kan verilip verilmediği hususunda inceleme yapılmak üzere, gerekli tüm belgeler getirilerek yukarıda belirtilen raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için Üniversitelerin ilgili bilim dalından seçilecek akademik kariyere sahip (3) kişilik kuruldan rapor alınarak, çelişkinin giderilerek karar verilmesi gerekirken mevcut çelişki giderilmeden eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir.

2- Bozma nedenine göre tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

**SONUÇ;** Yukarıda bir nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın **BOZULMASINA**, ikinci bentte açıklanan nedenlerle tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan 18.40 TL. Temyiz harcının istek halinde iadesine, 23.1.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

<b>Başkan</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>
A. ALKAN	N. ŞATIR	M. DUMAN	M. K. TUNÇ	A. S. ERKUŞ

**Gönderen:** Av. Alper Uyar

## **Gider Avansı istenmesi 6100 sayılı yasanın uygulanma zamanı**

**T.C.**  
**YARGITAY**  
**19. Hukuk Dairesi**  
**Başkanlığı**  
**Esas No : 2012/11882**  
**Karar : 2012/14354**

**Özet: 6100 sayılı HMK'nın gider avansı istenmesine ilişkin 120. Maddesi hükmü yasanın yürürlüğünden önce tamamlanmış usul işlemleri için uygulanmaz ve daha önce tamamlanmış usul işlemleri için gider avansı istenemez. Gider avansına karar verilmesi halinde ödenmesi gereken kararın hangi kalemlerden oluştuğu açıkça belirtilmelidir.**

### **YARGITAY İLAMI**

**Mahkemesi** : İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesi  
**Tarihi** : 19/04/2012  
**Numarası** : 2011/101-2012/79  
**Davacı** : ..... vekili Av. ....  
**Davalı** : ..... A.Ş. vekili Av. ....

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın açılmamış sayılmasına yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

### **KARAR**

Davacı vekili, İzmir 10.İcra Müdürlüğü'nün 2009/686 esas sayılı dosyası ile davalının davacı aleyhine yaptığı icra takip konusu 25/09/2008 tarih 6944609 nolu 7.500,00 TL bedelli çek ile 30/10/2008 keşide tarihli 6944610 nolu 12.500,00 TL bedelli çekteki imzaların davacıya ait bulunmadığını bildirerek her iki çekten dolayı davalının borçlu olmadığını tespitini dava ve talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın zamanaşımına uğradığını, davacının icra takibinden ve çeklerden haberdar olduğunu, herhangi bir imza itirazının bulunmadığını, karşılıksız çıkan çeklerle ilgili bankaca düzeltme hakkının kullanılması için davalıya tebligat yapıldığını, dava konusu çeklerden dolayı davalının davacıdan alacaklı bulunduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, 10/10/2011 tarihli duruşmanın 4 nolu ara kararı gereğince, davacıya HMK'nun 120. maddesi uyarınca ilerde yapılacak bilirkişi incelemesine de esas olmak üzere 600,00 TL gider avansı yatırması için kesin süre verildiği, bu süre içerisinde gider avansının yatırılmadığı, 07/12/2011 tarihinde yatırıldığı, davalı vekilin gider avansının geç yatırılmasına muvafakat etmediği, gider avansının yatırılmadığı gerekçesiyle davanın açılmaması sayılmasına karar verilmiş, mahkeme kararı davacı vekili tarafından temyiz olunmuştur.

Dava, 18/02/2011 tarihinde açılmış olup, 6100 sayılı HMK 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6100 sayılı HMK'nın 120 maddesinde, gider avansının peşin yatırılması gerektiği, eksik yatırılması halinde süre verileceği hükme bağlanmıştır. 6100 sayılı HMK'nın 448. Maddesine göre, usul kanunu hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır. Dava, 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğünden önce açıldığından Gider Avansı Tarifesi'nin 4. Maddesinde belirtilen 50,00 TL avansın ödenmesi istenemez. Ayrıca, delil avansı 6100 sayılı HMK'nın 324. Maddesinde hüküm altına alınmış olup, delil ikamesi için gerekli avansın bu hükme göre davacıdan istenmesi gerekir. Mahkemece, bu yönler gözetilmeden 600,00 TL gider avansı ödenmesi için süre verilmesi isabetsiz olduğu gibi, ödenmesi gereken meblağın hangi kalemlerden oluştuğu açıklanmadan davacıya süre verilerek davanın açılmaması sayılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 04/10/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

<b>Başkan</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>	<b>Üye</b>
Şükrü SARAÇ	A. DEĞNEKLİ	A. TUNCAY	A. ŞENTÜRK	A. YAMAN

**Gönderen:** Av. Hüseyin Tekeli

## Değerli Hukukçular,

İzmir Barosu Dergisi, yıl içerisinde en az üç sayı olacak şekilde periyodik olarak, mevzuatta ortaya çıkan önemli değişikliklerde de özel sayı olarak yayınlanmaktadır. Dergimizin, hukukla ilgili kişilere önemli bir referans kaynağı olması için özel çaba harcanmaktadır. Yayınlarımız, İzmir Barosu üyesi yaklaşık 6.500 avukata, diğer barolara, hukukla ilgili kurum ve kuruluşlara ücretsiz olarak ulaştırılmaktadır. Ayrıca İzmir Barosu kurumsal web sitesinde pdf formatında yayınlanmaktadır.

Dergi içeriğinde hakemli ve hakemsiz makaleler, karar incelemeleri, içtihatlar yer almakta olup, içeriğin zenginleştirilmesinde, siz değerli hukukçuların katkılarının önemi ortadadır. Uygulayıcı konu-mundaki tüm hukukçulara yol gösterecek ve uygulamanın doğru şekillenmesini sağlayacağına inandığımız katkılarınızı bekliyoruz.

Dergimizin 2013 Mayıs sayısını Türk Ticaret Kanunu özel sayısı olarak yayımlamayı tasarlıyoruz. Dergimize makale-inceleme vb. çalışmalarınızla destek olmanızı bekler çalışmalarınızda başarı ve kolaylıklar dileriz.

Saygılarımızla.

Av. Sema PEKDAŞ  
**İzmir Barosu Başkanı**

**İletişim:** 1456 Sokak **No:** 14 Alsancak/İZMİR  
**Tel:** 0(232) 463 00 14 • **Faks:** 0(232) 463 66 74  
info@izmirbarosu.org.tr • yayin@izmirbarosu.org.tr  
**www.izmirbarosu.org.tr**

