

TUTUKLAMA PARADOKSU

PARADOX OF PREVENTIVE DETENTION

Mustafa T. YÜCEL*

Özet: Bu makalede tutuklama siyasetinin *de facto* uygulamasının ne derece makul olduğu mukayeseli pencereden irdelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Tutukluluk, adli kontrol, makullük, etik davranış, adil yargılanma hakkı

Abstract: This paper focuses on the reasonableness of preventive detention policy in action from the comparative angle.

Keywords: Preventive detention, judicial control, ethical behavior, fair trial.

Devlet güvenliği sağlamak/vatandaşını korumak için ceza kavuşturmasını ancak diğer vatandaşlarına kötü bir şey yaparak (*zorunlu kötülük*) gerçekleştirebilmektedir. Devlet “*iyi olanı*” ancak “*kötü olanı*” da yaparak; hak kısıtlamalarına başvurarak sunmaktadır. Önlenemez tahribatı göz önüne alınarak bu zorunlu kötülüğün mümkün olduğunca en alt seviyede tutulması siyaseti *de facto* benimsenmelidir. Burada söz konusu olan benimsediğimiz etik anlayış¹ bilincini vurgulamaktır: Devlet kendi davranış biçimleri açısından suçluların davrandığı gibi davranamaz; kendini onlarla aynı konumda göremez. Bu yaklaşım, doğal olarak, devletin suçlulara göre biraz daha dezavantajlı bir

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Başkanı.

¹ Bkz. *Bangolar Yargı Etiği İlkeleri*.

konumda olduğunu göstermektedir. Bu çıkarımın benimsenen uygarlık düzeyi ve insana saygı için ödenecek bir bedel olduğu bilinmelidir.

Yeni CMK ile sağlanan özgürlükçü yaklaşıma karşın adli kültür ve alışkanlıklar sonucu *de-jure* tutuklama siyaseti gerçekleştirilemedi. Tartışma sanığın suçlu olup olmadığına yönelik olmayıp, yargılama sürecinin tutuklu sürdürülüp sürdürülemeyeceğine yöneliktir. Tutuklamanın istisnai bir tedbir olarak ele alınması, kişinin isnat edilen suçu işlediği hakkında makul şüphe ile (*Kaçması tehlikesi, *adaletin işleyişine müdahale etmesi tehlikesi, *ciddi bir suç işlemesi tehlikesi) gerekçelerden bir veya birkaçının varlığına ait kuvvetli sebeplerin varlığı halinde ancak tutuklamaya karar verilebilmesi genel bir ilke olarak uygulamaya egemen olması, *adli kontrol² uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuku ve fiili nedenlere yer verilmesi* (CMK m. 101-1) gerekirken, CMK m. 100/3'te yer alan katalog suçlarda, başkaca bir gerekçe aranmak- sızın, tutuklamaya başvurulması temel ilke olmuş; CMK ile tutuklamaya getirilmek istenen anlayış uygulamaya yansımamıştır.³ Tutuklu olan sanıklardan ne kadarının beraat/mahkum olduğunu bilgisine ulaşamadığı için Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü tutuklu veri bankasından (örneğin 2005 yılına bilgilerin) *Adli Sicil Bilgi Bankasından* taranması ve bu yöntemin sistematik bir uygulamaya dönüşürülmesi önerilebilir. Bilgi eksikliği CMK m. 101/5 uyarınca tutuklu- luğa itiraz üzerine verilen kararlar (kabul/ret) için de geçerlidir.

² CMK m. 109(1) adli kontrol uygulamasında ön görülen hapis cezası üst sınırının üç yıl olması sonucu bu tedbir sınırlayıcı niteliktedir.

³ Bkz. B. Öztürk / D. Tezcan / R. Erdem ve..., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ders Kitabı) Seçkin, 2009, s. 5,7: "*Yasada değil,kafada devrim gerçekleştirilmedikçe halkımız layık olduğu bir sisteme kavuşamayacaktır. Mahkemelere düşen görev eski alışkanlıklara göre değil yeni CMK'ya uygun işlem yapmaktır. Burada alt yapı eksikliği bahane olarak gösterilmemelidir. Bu eksikliklerle alakası olmayan, örneğin tutuklama kararı gibi işlerde yasa- ya uyulmaması düşündürücüdür.*"; M. T. Yücel, "Tutuklama Siyasetinin Aritmetiği", *Güncel Hukuk*, (Ocak 2010/1-73), s. 16-19: *Bir kimsenin yaşamından günlerini, yıllarını almak için binlerce yol bulabilirsiniz. Yalnız bir dakikasını iade etmek için tek bir yol bile yoktur. Ne var ki, uygulamada tutuklama evresel çerçeveyi aşarak ceza haline dönüşmektedir. Ayrıca bkz. M. Feyzioğlu, "Tutuklamaya dair Uygulamada görülen Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ali Naim Armağanı, 2009; TBB Tutuklama Raporu, Ankara 2010; E. Şen, "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve Gündeme Gelen Sorunlar", *Güncel Hukuk*, Eylül 2010/9-81, s. 36-40. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas 2009/116 Karar 2010/111 kararı. www.ksg.harvard.edu/criminaljustice*

Ülkemizdeki tutukluluk hareketına bakıldığında yıllar itibariyle 1 Haziran tarihinde cezaevlerinde bulunan tutuklu sayısı, toplam cezaevi nüfusundaki yüzde oranı ve değişimi şöyledir:

Tablo 1.

Yıl	Tutuklu	%	Değişim
1986	18.770	35.9	100
1987	18.614	37.6	99
1988	18.291	36.6	97
1989	18.355	38.4	98
1990	15.712	34.9	84
1991	14.552	54.9	78
1992	16.752	58.0	89
1993	16.218	54.5	86
1994	22.842	56.3	122
1995	23.390	50.5	128
1996	24.466	46.0	130
1997	25.814	43.8	138
1998	24.900	39.1	133
1999	26.183	37.6	139
2000	27.029	37.2	144
2001	28.068	50.5	150
2002	25.203	43.0	134
2003	31.776	49.8	169
2004	33.020	48.0	176
2008	56.820	60.2	302
2009	60.606	51.8	322
2010	59.365	49.7	316

Tutuklu sayısının, hükümlü sayısına yaklaşması, burada işlerin iyi gitmediğine karine oluşturmaktadır. Bu durum soyut olanın, *de facto* yoğun bir mutasyona uğratıldığına işaret etmektedir. Diğer bir anlamıyla, önlem olarak sınırlı bir işlevi olan tutuklama, iddianın kışkırtması ve hâkimin otonom ve aşkın tutumuyla cezaya dönüşmektedir. Takdirin kontrol altına alınması, temellendirmeye mümkündür.

Güncel kararlar, tutukluluğun hangi öncüllere yaslanarak, kendisini geçerli kıldığı, geçerliliği besleyen güvence, temel ve desteklerin neler olduğunu hiçe sayarak, toplumsal meşruiyet, hukuk ve yasa arasındaki optimum uyumu, bir başka bahara bırakılmaktadır.

Bu çerçevede, 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla seçilmiş Avrupa Ülkeleri cezaevleri toplam nüfusundaki tutuklu oranı, İtalya dışında (% 57.1), Türkiye'deki oranın altında seyretmektedir. Şöyle ki, bu oran Fransa'da (% 43.6), Avusturya'da (% 40.2), Portekiz'de (%39.6), Yunanistan'da (%36.5), İsviçre'de (%29.4), Danimarka'da (%29.0) ve İsveç'te (%20.5)'dir.

1986-1994 yıllarındaki tutukluluk seyri incelendiğinde; 1991 yılı oranında %20'lik bir artışa, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan değişiklikler (12.04.1991) bağlamında, genişletilmiş şartlı salıverme (1/5) ve suç olmaktan çıkarılan fiiller sonucu yaklaşık 18.000 hükümlünün salıverilmesi nedeniyle oluştuğu ve 1995 yılına kadar devam ettiği görülmüştür.

2000/2001 yılında 4616 sayılı Şartlı Salıverme ve Erteleme Kanunu uyarınca on yıllık indirimden yararlanan hükümlü sayısı ayrık olmak üzere Haziran 2002 tarihi itibarıyla toplam 40.000 kişi salıverilmiş ve yaklaşık 400.000 sanık da ertelemeden yararlandığı için tutuklama oranında (*oransal*) artışa tanık olunmuş ise de, 2008-2009 yıllarında reel bir artışa tanık olunmaktadır.

Ülkemizde tutuklama nedenleri üzerine toplanmakta olan istatistikler bulunmadığından sistemdeki ajanları ve kamuoyunu bilinçlendirmek üzere bu türden verilere gereksinme vardır. Bu konuda Almanya örneğine ait verilere aşağıda yer verilmiştir. Almanya'da 2007 istatistiğine göre hükümlü oranı % 79 iken tutuklu oranı % 17 idi.

Tablo 2.
Tutuklama Nedenleri Sayısal Dağılımı
(2006)

Nedenler	Sayısı	%
Kaçma riski	22.666	93.1
Kanıtı etkileme	1.446	5.9
Suçun ciddiyeti	1.124	4.6
Mükerrirlik riski	2257	9.3
Toplam	24.352	112.9*

(*) Tutuklama olgusunda birden fazla neden olabildiğinden toplam % 100'u aşmaktadır.

CMK'da tutukluluk süresi için "makullük" kavramı(AİHS m. 5/3) yerine azami süreler vaz edilmiştir. Ağır ceza mahkemeleri görevine girmeyen işlerde süre en çok bir yıl artı altı ay (CMK m. 102/1); ağır cezalı işlerde ise süre en çok iki yıl artı üç yıldır (CMK m. 102/2). Yalnız CMK m. 250/1-c bendinde sayılan suçlar açısından bu süreler iki kat olabilir (CMK m. 252/2). Eski CMUK'a göre toplam tutukluluk azami süresinin bir/üç yıl iken fahiş bir artış kaydetmesi, ceza adaleti sisteminde iş yükü sorunuyla baş edemeyen yaklaşımın yeni bir sorun daha yaratma becerisinden başka neyle açıklanabilir. Bu düzenleme biçimi, dava yönetiminde *tutuklu işlere* özgü sürat sağlamak üzere yeni metotların geliştirilmesine ihtiyaç göstermektedir. İşte tutuklu işlerin yarattığı iş yükü stresi yanında giyabı tutuklu dosyaları da mahkemeler için iş yükü artışı anlamına gelmektedir.

Bu düzenlemelere karşın her tutuklama olgusunda sürenin Anayasa m.19/8 ve AİHS m.5/3 bağlamında makullük testinden geçirilmesi gerekmektedir(12/12/1991 tarihli Clooth-Belçika davası ve 17/03/1997 tarihli Müler-Fransa davası). Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı teorik olarak değil; her davanın özel niteliklerine göre değerlendirilmelidir. "Devam eden tutukluluk durumu ancak davada masumiyet karinesine rağmen, kişisel özgürlüğe saygı kuralından daha önemli olarak ortaya çıkan gerçek bir kamu yararı gereğinin belirli göstergelerinin

bulunması halinde haklı çıkarılabilir" (22.09.2005 tarihli Kalay-Türkiye davası).

Almanya'da (2006) tutukluk süresi dağılımına bakıldığında ise, bu sürelerin Türkiye'ye göre kısa, % 75.5'inin 6 aya kadar tutuklu olduğu; % 18.4. ünün 6 - 12 ay arasında ve % 6.2.'sinin ise bir yıldan fazla tutuklu kaldığı görülmektedir:

Tablo 3

Tutukluluk süresinin sayısal dağılımı

Süre	Sayısı	%
1 aya	6272	25.8
1-3 ay	5869	24.1
3-6 ay	6227	25.6
6-12 ay	4485	18.4
1 yıl yukarı	1499	6.2

Kaynak: J-M.Jehle. Criminal Justice in Germany, Federal Ministry of Justice 5. Bası 2009.

Almanya'da tutukluluk istatistikleri seyrine bakıldığında, yıllar itibariyle tutuklu sayısında azalma görülmesi (1998 yılında 40.860 iken, 2006 yılında 24.352 inmesi) ötesinde kısa süreli tutuklu kalan sayısında da artışa tanık olunmuştur. Ülkemiz açısından da süreler itibariyle tutukluluk süre dağılımın saptanarak kamu oyu ile paylaşılması gerekmektedir.

31 Aralık itibariyle Türkiye'de tutuklu sayısının yıllar itibariyle seyrine bakıldığında Almanya'nın aksine bir artış trendine girdiği görülmektedir.

Tablo 4.

Yıl	Tutuklu	%
2004	27.565	(47.5)
2005	26.425	(47.3)
2006	34.412	(49.0)
2007	38.028	(42.0)
2008	40.832	(43.2)
2009	60.606	(52.0)

Nisan 2010 tarihi itibariyle 12-17 çocuklarda tutuklu oranı ise %90'u bulmuştur(!).

Tablo 5.

100.000 Risk Grubundaki Tutuklama Oranı

Yıl	Tutuklama %	100.000'deki risk
1991	8	8415
1992	9	8674
1993	7	6554
1994	7	7308
1995	7	7182
1996	7	6763
1997	7	6657
1998	5	5111
1999	5	4660
2000	5	4568
2001	3.3	3303
2002	3.9	3928
2003	4.4	4419
2004	3.8	3823
2005	3.4	3428
2006	4.1	4054
2007	3.9	3879

Alman Ceza Usulündeki tutuklama koşulları, CMK'ya benzerlik içinde şöyledir:

- Zanlı/sanık hakkında kuvvetli suç şüphesinin olması ve
- Zanlı/sanığın kaçması veya kaçması riski bulunması veya
- Zanlı/sanığın şerikleri veya tanıkları etkileme riski taşıması ve
- Ek olarak, tutuklama, suça ve beklenen yaptırıma orantılı bulunmasıdır.

- Çok ciddi suçlar ve yeniden suç işleme riski halinde de tutuklamaya gidilebilir.

Tutuklama siyaset ve uygulaması açısından önemli olan bir öge de savcı ve hâkimin bu konudaki kararı neye dayandığıdır? Yalnızca kolluktan gelen bilgiye mi dayalı kalmaktadırlar? Kolluk yalnızca suçu değil, zanlının kişisel durumunu (SAR) soruşturmak için yeterli zaman ve personele sahip midir? Ülkemizde kolluktan gelen bilgiler karara egemen olmaktadır. İkinci soru açısından kolluk yeterli zaman ve personele sahip değildir. Bu eksiklik diğer ülkeler için de geçerli olduğundan denetimli serbestlik kurumu devreye sokulmaktadır. Örneğin Almanya'da bu hizmetin sorumluluk alanının en önemli kısmı, suçlu ve çevresi hakkında tutuklamaya ilişkin değerlendirmeyi rapor etmek üzere ayrıntılı bilgi edinmektir. "*Haftentscheidungshilfe*" olarak adlandırılan bu işlev hâkime tutuklama kararı üzerine tavsiye anlamına gelmektedir. Savcının denetimli serbesti ile temas mecburiyeti yoksa da, ilgili savcılıkta bu birimden rapor isteyebilmektedir. Bu rapor doğrultusunda daha zecri tedbirlerle tutuklama amacına hizmet edileceği görüldüğünde, tutuklama tedbirine başvurulmamakta veya sonlandırılmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kaç kararında vurguladığı üzere, suçlunun kişilik değerlendirilmesi aynı zamanda suçun koşullarını saptamak açısından da önemlidir. 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Kanunu'nda benzer hükümler (m. 11/a, 12/b, 13/b) yer almasına karşın uygulamada varlığına tanık olunmamıştır -*boşluk teorisi*.

Kuşkusuz, tutukluluk bakımından herhangi bir ülke sistemini ideal bir sistem olarak benimseyip, bunun diğer ülkelerde uygulanmasına girişmek mümkün değildir. Tutukluluk sistemi, gerçekten de, geniş kapsamlı sosyal ve ceza siyasetleri ile uygulamanın bir ögesidir ve tüm olarak toplumu yansıtmaktadır. Yalnız, bu yaklaşım biçimi, müspet yönler ve girişimlere ilişkin olarak yabancı ülkelerdeki örnek ve uygulamaların benimsenmeyeceği anlamına da alınmamalıdır. Önemli olan, bu karşılaştırmalarda, *sistemlerin "iyi" veya "kötü" olarak sınıflandırılmasına yönelik değerlendirmelere yer verilmemesidir.*⁴

⁴ Avusturya hukukunda tutuklamanın amacına daha hafif tedbirlerle ulaşılabilecekse, tutuklama kararı verilemez veya devam ettirilemez (m. 180/1) Bkz. N. Centel, "Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk

Çıkarım olarak, birey, hükümle tanışmadan onun yarattığı etki ve sonuçla yaşamaya icbar edilmektedir. Uygulama tutukluluk veya onunla benzer hedefleri amaçlayan kurumların varlık sebebini (*ratio legis*) ziyadesiyle öğrenmek ve öğrendiklerini yaşama geçirmeye çalışmalıdır.

KAYNAKLAR

- Adalet Akademisi, *Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk ve Adalet İlişkileri* (Ed. B. Ertem) Ankara 2006.
- Centel, N., "Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk Hukuku", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000'e* sunulan bildiri (12-16 Ocak 2000) Ankara
- Council of Europe, *Delays in the criminal justice system*, Strasbourg 1992.
- Hart, H. L. A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak* (Çev. E. Öz) Ankara, Dost Kitapevi, 2000.
- Jehle, J.-M., *Criminal Justice in Germany*, Federal Ministry of Justice 5. Bası 2009.
- İstanbul Barosu, *Dördüncü Yılında CMK ve Uygulamaları*, 2010.
- İstanbul Barosu, *CMK'da Tutuklama ve Makul Süre*, 2009.
- Öztürk, B. / Tezcan, D., / Erdem, R. ve... *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ders Kitabı) Seçkin, 2009
- Stephenson, G. M., *The Psychology of Criminal Justice* Blackwell Publishing, 1992.
- Şen, E. "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve Gündeme Gelen Sorunlar" *Güncel Hukuk*, Eylül 2010/9-81, s. 36-40
- TBB, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ank., 2008.
- TBB, *Tutuklama Raporu*, Ankara 2010.
- Yücel, M. T., *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB Yayını, Ank., 2007.
- Yücel, M. T., *Kriminoloji-Suç ve Ceza*, Adalet Bakanlığı Güçlendirme Vakfı, Ank., 1986.
- Yücel, M. T., *Türkiye'de Yargının Etkinliği*, TBB Yayını, Ank., 2008.

Hukuku", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000'e* sunulan bildiri (12-16 Ocak 2000) Ankara.

SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI KARŞISINDA YAPTIRIMSIZ KALAN BAZI SUÇLAR

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND SOME SCOT FREE CRIMES
IN RELATION TO THE JUDGEMENTS OF CONSTITUTIONAL COURT

Hüsamettin UĞUR*

Özet: Türk Ceza Kanunu'nun ilk 75 maddesinde, ceza hukukunun temel ilkeleri ışığında kanunun uygulama alanı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ceza sorumluluğunun esasları gibi ceza hukukunun genel hükümleri düzenlenmiş, 5. madde ile 765 sayılı TCK'nın 10. maddesinin aksine genel hükümler özel ceza yasaları yönünden de geçerli kılınmış, bu konudaki ayrıksı düzenlemeler örtülü şekilde kaldırılmıştır.

Yüzlerce özel yasadaki ceza kanununun genel hükümlerine aykırı düzenlemeler TCK'nın 5. maddesi yürürlüğe girmeden uyum amacıyla 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmişse de gerekli uyum değişiklikleri yapılamadığından kanunilik ilkesi gereği bazı özel yasalardaki suçlar yaptırımsız hale gelmiş, bazı yasalarda yer alan hükümler ise Anayasa'nın "hukuk devleti", "suç ve cezada kanunilik/belirlilik", "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi kararlarıyla iptal edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Ceza hukukunun genel hükümleri, suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesi, hukuk devleti, ceza sorumluluğunun şahsiliği, idarenin düzenleyici işlemleri.

Summary: In the first 75 articles of Turkish Penal Code; general provisions of criminal law such as jurisdiction, the principle of no punishment without law and basis of criminal responsibility are regulated in the light of basic principles of criminal law. As per Article 5, contrary to Article 10 of old code, general provisions (of new Statute) are regarded as to be applied both to special criminal stat-

* Yargıtay 7. CD Tetkik Hakimi (Metin içinde kullanılan İngilizce çeviri için Orhan Arslan'a teşekkür ederim).

utes and other statutes which include criminal penalties, and therefore exceptional clauses regarding this issue have been implicitly abolished.

In hundred of special criminal statutes contrary provisions to general provisions of Penal Code were amended by Act No: 5728 before Article 5 of the Turkish Penal Code entered into effect. However since the necessary adjustment laws were not enacted, some of crimes in the special statutes remained unpenalized by force of principle of legality. On the other hand because of the principles of 'State of Law', 'No crime/punishment without law (nulla poena sine lege)' and 'individuality of criminal responsibility' some articles in other codes were annulled by the Turkish Constitutional Court.

Keywords: General provisions of criminal law, no crime and punishment without law, State of Law, individuality of criminal responsibility, regulatory acts of administrative bodies.

Giriş

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren temel ceza kanunlarının¹ başında gelen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, "Yeni Ceza Adalet Sistemi"nin en önemli parçasıdır.²

¹ Diğer temel ceza kanunları 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'dur. Böylece maddi ceza hukuku ve yargılama hukuku ile bunların uzantısı olan infaz ve adli sicil kanunlarında esaslı değişikliklerin ötesinde "Yeni Ceza Adalet Sistemi" diyebileceğimiz sistem değişikliğine gidilmiştir.

² Hemen belirtmeliyiz ki "Yeni Ceza Adalet Sistemi" derken sadece 1 Haziran 2005 ve sonrasında yürürlüğe giren kanun ve kanun değişiklikleri anlaşılmalıdır. Aslında Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde, adalet sistemimizin çok uzun süredir ihtiyaç duyduğu reform niteliğinde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda sadece Anayasa'da 1987'den 2007 yılına kadar on iki ayrı kanunla değişiklik yapılmış, 6.2.2002-14.7.2004 tarihleri arasında uyum paketleri denilen ve 8 paketten oluşan; başta 765 sayılı TCK ve 1412 sayılı CMUK gibi temel yasalar olmak üzere Terörle Mücadele Kanunu'nun 7 ve 8. maddeleri, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Dernekler Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Devlet Memurları Kanunu, Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu değiştirilmiş, siyasî partilerin daha özgür bir ortamda, daha rahat siyasî faaliyet göstermelerini sağlayacak düzenlemeler yapılmış, örgütlenme özgürlüğü güçlendirilmiş, insanlık dışı ve alçaltıcı muamele nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucu ödenen tazminatların sorumlu personele rücu edilmesini sağla-

Bilindiği üzere 765 sayılı TCK'nın ilk 124 maddesinde olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'nın ilk 75 maddesinde ceza hukukunun temel ilkeleri ışığında genel hükümlere yer verilmiştir. Böylece temel ilkeler, tanımlar, kanunun uygulama alanı, ceza sorumluluğunun esasları ve şahsiliği, kast ve taksir, sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler, iştirak, içtima, yaptırımlar, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, dava ve cezanın düşürülmesi gibi ceza hukukunun genel hükümleri düzenlenmiştir.

Bu çalışmanın konusu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinden olan "*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi*" başlıklı 2. maddesi ile bu Kanun'un genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki³ suçlar hakkında da uygulanacağına ilişkin 5. maddesi ışığında bazı özel ceza yasalarında düzenlenen suçlara etkisi olacaktır.

muş, Anayasada yapılan değişikliklerle paralel olarak birçok kanunda yapılan değişiklik ile ölüm cezası önce savaş, yakın savaş tehlikesi ve terörizm hariç olmak üzere sonra da bütünüyle kaldırılmıştır. (Geniş bilgi için Bkz. Altıntaş, Ömer Faruk, "Avrupa Birliği'ne Aday Ülke Olarak Türkiye'de AB Uyum Yasalarının İç Hukuka Etki ve Katkısı",

(<http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/AB%20uyum%20yasalarinin%20ic%20hukuka%20etkisi%20ve%20katkisi%2025%20Aralik%202008%20-%20OFA.pdf>. E.T.:1.3.2009)

- 3 "Öğretide "Öteki Ceza Hukuku", "Tamamlayıcı Ceza Hukuku", "Acayip Konu" adını da verdikleri bu hukuk, ceza kanunları dışında tanımlanan ve yaptırıma bağlanan fiilleri inceleyerek sistemleştirmeyi hedefler. Ne var ki bunu yapmaya çalışmanın olanaksızlığın batağına saplanmaktan farkı yoktur. Belki de bu yüzden, çok geniş ve aynı ölçüde tehlikelerle dolu sonu belli olmayan bu düzenleme alanına "Bilinmeyen Hukuk" demek daha isabetli olabilir. Bu karmaşık düzenleme alanına dogmatik yaklaşımın egemen olunamamasının tek nedeni bilinemezliği değil, aynı zamanda türdeş yani homojen olmayan bir içeriğe sahip olmasıdır. ... ceza hukukunun alanı, hem gereksiz yere genişlemekte hem de çoğu kez anlamdan yoksun, genel ilkelere aykırı, hukuk devletini zedeleyici zararlı unsurlarla kirlenip bozulmaktadır ... ve böylece bir "ceza hukuku enflasyonu" doğmaktadır." Alacakaptan, Uğur, "Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar Ya Da Öteki Ceza Hukuku", (ve yazarın atıfta bulunduğu kaynaklar) 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, Ankara, s. 13, 14.

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Pozitif hukuk anlamında ve kısaca suç, kanunun cezalandırdığı fiildir. Ceza ise suç için öngörülen müeyyide/yaptırımdır.⁴ Ancak hukuka aykırı olan, haksızlık teşkil eden insan davranışları kanunlarda suç olarak tanımlanabilir.⁵ Suç; icrai, ihmali, kasıtlı, kusurlu insan davranışları olması itibariyle sosyal bir olgudur. Hangi fiillerin suç sayılıp ne şekilde cezalandırılacağı kanun koyucunun suç siyaseti/politikası belirler.

Anayasa'nın 38. maddesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesini de kapsayacak ancak bundan daha geniş bir şekilde "*Suç Ve Cezalara İlişkin Esaslar*" düzenlenerek güvence altına alınmıştır. 765 sayılı TCK'ya göre (m. 1) 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinde suç ve cezada kanunilik/belirlilik ilkesi daha ayrıntılı ve güçlü bir şekilde ifade edilmiş ve bunun istisnasız olarak özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını belirtilmiştir (m. 5). Suçta ve cezada kanunilik (ve belirlilik) ilkesine ilişkin olarak şunlar söylenebilir:

Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Kanunsuz suç ve ceza olmaz (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) prensibi, bir yandan kişisel hürriyet ve masuniyeti (dokunulmazlığı) temin eder, bir yandan da bu hürriyeti tahdit eder (sınırlar).⁶ Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz. Ceza sorumluluğu şahsidir.

Bir fiili suç saymak kanunkoyucuya aittir. Hakimin rolü kanunu uygulamaktan ibarettir. Roma Hukuku'nda olduğu gibi cezada pretor hukuku (*droit pretorien*) meydana getirilemez. Medeni Kanun'da oldu-

⁴ Taner, M. Tahir, *Ceza Hukuku -Umumi Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından: 434, Hukuk Fakültesi: 95, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 79.

⁵ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2006, s. 66.

⁶ "Nullum crimen, nulla poena sine lege" formülünün ilk defa maruf cezacı Feuerbach tarafından ifade edildiği, prensibin kaynağının 18. asırdan ve Fransız Devrimi'nden çok daha önceki zamanlar olduğu, bu prensibin mevzuatta ilk önce 1787 Avusturya kanununda, daha sonra Fransız Anayasası (1791 ve 1793) ve ceza kanununda (1810) yer aldığı, ülkemizde bu prensibin ilk defa açık olarak 1293 Kanunu Esasi'de (m. 10) ifade edildiği belirtilmiştir. Taner, M. Tahir, s. 132-134.

ğu gibi hakim, bir hüküm bulunmayan meselede örf ve adete göre, örf ve adet de yoksa kendisi kanunkoyucu yerine geçerek karar veremez.⁷

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın "hukuk devleti", "suç ve cezada kanunilik/belirlilik", "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle son zamanlarda birçok yasal düzenlemeyi iptal etmiştir. Örnek olarak birkaçına yer verilecek kararlar 2006 yılı ve sonrasına ait olup, iptal edilen düzenlemelerin hepsi özel ceza yasalarında yer alan hükümlerdir.

1. 3.1.2002 tarih ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası ... Hakkında Kanun'un 8/2. maddesindeki izinsiz satış yapanlara "ruhsat harcının on katı tutarında adli para cezası" verileceğine dair bölüm Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ve 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle,⁸

⁷ Taner, M. Tahir, s. 138

⁸ Kararın gerekçesinde: Anayasa'nın 38 ve 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesine dikkat çekildikten sonra suça verilecek cezanın açıkça belirtilmesi gerektiği, kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi, temel hak ve özgürlüklerinin güvencesi olduğu, kanunsuz suç olmaz ilkesi ile birlikte gelişen kanunsuz ceza olmaz ilkesinin, modern ceza hukukunun temellerinden biri olup kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malları üzerindeki en etkili kısıtlamaya yol açacak cezaların, kanunlarla belirlenmesi gerektiğini ifade eden cezada kanunilik ilkesinin, bireysel özgürlüklerin teminatı olduğu kadar toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında ve devamında da etkili olduğu, bu ilkenin, suçlara uygulanacak yaptırım tür ve ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını da yasayla belirlenmesini zorunlu kıldığı, cezanın belirlenmesinde ölçü alınan ruhsat harcının Yönetmelik'e göre belirlenmesinin, cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmadığı, hukuk devletinde kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacağından, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olarak cezanın belirlenmesinde yönetmelik hükümlerinin esas alınması sonucunu doğuran kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu belirtilmiştir. (Any. Mahk., 19.01.2006, 2005/99 E., 2006/8 K., 20.07.2006 gün ve 26234 sayılı Resmi Gazete)

2. 10.7.2003 gün ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu⁹ ile kaçakçılık suçlarının büyük bir çoğunluğu ön demelik suçlar kapsamına alınmıştı (m. 34). Maddenin son fıkrası ise “*Bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, gümrük idaresince belirlenen değerdir.*” hükmünü içeriyordu. Söz konusu düzenleme Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle,¹⁰

3. 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun; 6. maddesinin ilk üç fıkrası ile 7. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahiplerini de sorumlu tutarak cezalandıran (6. maddenin 4. fıkrası ile 7. maddenin ikinci fıkrasındaki) hükmü Anayasanın 38. maddesindeki “Ceza sorumluluğu şahsidir” ilkesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle,¹¹

te, iptal kararının, *Resmî Gazete*’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verildiğinden, karar 20.01.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş, bu tarihe kadar gerekli düzenleme yapılmadığından eylem yaptırımsız kalmıştır. Daha sonra 23/01/2008 tarih ve 5728 S.K. ile idari ceza getirilmiştir.)

⁹ 4926 sayılı Kanun, 31.3.2007 gün ve 26479 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanan 21.03.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰ Kararın gerekçesinde; uyuşmazlığın tarafı olan müdahil gümrük idaresinin belirlediği CIF değer, hem yakalama eylemine katılanlara ödenecek ikramiyenin, hem de şüpheliye yapılacak ön ödeme tebligatındaki miktarın belirlenmesinde esas alınması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilmiştir (iki üye muhalif) (Any.Mhk., 18.9.2008, 2006/47 E., 2008/144 K., 30.12.2008 gün ve 27096 sayılı *Resmî Gazete*)

¹¹ Kararın gerekçesine göre; Anayasa’nın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, “Ceza sorumluluğu şahsidir” hükmü yer almaktadır. Anayasa’nın bu hükmü gereğince bir kişi, sadece kendisine ait kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilir. Bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmaması, diğer bir ifadeyle başkasının fiilinden sorumlu tutulmaması Anayasa’nın 38. maddesinin yedinci fıkrası gereğidir. Bu ilkeye göre, asli ve ferî failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir.

Basın yayın organlarının sahipleri genellikle yayın hayatına sermayesiyle katkı sağlayan kişilerdir. Konuları nedeniyle bu kişilerin yayın işleri yönetimini şekillendirmek, yazı ve yayınları denetlemek ve yayın üzerinde inceleme ve denetim görevi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Yayınları inceleme ve denetim ödevi yayın sorumlusuna aittir. Yasak eylemlerin basın yayın yoluyla işlenmesi halinde basın yayın organlarının sahiplerinin salt bu nitelikleri nedeniyle cezalandırılması ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturur.” (Any. Mhk., 18.6.2009, 2006/121 E., 2009/90 K., 26.11.2009 gün ve 27418 sayılı *Resmî Gazete*)

4. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasındaki "... 500.000 liradan 25.000.000 liraya kadar para cezası verilir" hükmü Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*" ilkesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle İPTAL edilmiştir.¹²

Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararları sonucu örneğin 4733 sayılı Kanun'un 8/2. maddesindeki suç, maddenin 5728 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenip yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihine kadar müeyyidesiz kalıp, anılan yasa değişikliğiyle de eylem için idari ceza getirilerek kabahate dönüştürülmüş,¹³ 4926 sayılı Kanun'a ilişkin

¹² Kararın gerekçesinde; "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. ...Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfilığe yol açabilecek niteliktedir. ... cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir. ...Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvene vermek zorundadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır" denilmiştir. (Any. Mhk., 17.4.2008, 2005/5 E., 2008/93 K., 5.11.2008 gün ve 27045 sy. *Resmi Gazete*'de yayınlanmış olup, yayınlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Buna göre *iptal* kararının yürürlük tarihi 5.3.2009'dur. Anılan yasa maddesi 9.12.2009 tarih ve 5940 S.K. ile bütünüyle yeniden düzenlenmiştir.)

¹³ "Suç tarihi itibarıyla sanıklara atılı suçun oluştuğu gözetilmeden beraatlarına karar verilmişse de, Hükümden sonra, Anayasa Mahkemesinin 20.07.2006 gün ve 26234 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 19.01.2006 gün ve 2005/99-2006/8 sayılı kararı ile 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 S.K. ve 233 S. KHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrasının "...ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, ... iptal edilen bölümü nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan, kalan bölümünün de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptaline, iptal edilen fıkranın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, iptal hükmünün, kararın *Resmi Gazete*'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine" karar verildiği dolayısıyla anılan iptal kararının 20.01.2007

iptal kararı uygulamada genellikle sanıklar lehine sonuç doğurmuş,¹⁴ 3713 sayılı Kanun'a ilişkin karar ile de Kanun'un 6. maddesinin ilk üç fıkrası ile 7. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, suçun işlenişine iştirak etmemiş olan basın ve yayın organlarının sahipleri açısından eylem suç olmaktan çıkmıştır.¹⁵

İmar Kanunu'nun 42. maddesine ilişkin kararın yukarıda yer verilen diğer kararlardan önemli yanı, bir suç karşılığı düzenlenen cezaya değil kabahat karşılığı öngörülen idari yaptırıma ilişkin olmasıdır.

İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 1. fıkrasındaki ruhsat almadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak ya-

tarihinde yürürlüğe girdiği, böylece sanıklara atılı 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrası kapsamında satış belgesi almadan tütün mamulü satmak ve belgesi olmayan kimseye satış yapmak şeklindeki eylemlerin maddenin 23/01/2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenip yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihine kadar müeyyidesiz kaldığı cihetle katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibarıyla doğru olan hükmün onanmasına," (7. CD 03.06.2008, 2005/11432 E., 2008/14660 K.)

¹⁴ "Cumhuriyet Savcılığınca 6.9.2005 tarihinde yapılan, dava konusu eşyanın cif değerinin 3 katının esas alındığı ön ödeme önerisinin sanık tarafından yerine getirilmediğinden bahisle kamu davası açıldığı ve mahkemece eşyanın gümrüklenmiş değerinin 3 katı tutarında cezaya hükmolunduğu anlaşılmakla, 4926 sayılı Kanun'un 34. maddesinin son fıkrasında öngörülen "bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, gümrük idaresince belirlenen değerdir." düzenlemesindeki "gümrük idaresince" ibaresinin hükümden sonra 30.12.2008 gün ve 27096 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.2008 gün ve 2006/47 Esas, 2008/144 karar sayılı kararı ile Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edildiği de dikkate alınmak suretiyle, ödeme önerisinin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle açılan kamu davasının yargılaması sonucunda kurulacak hüküm bakımından maddi gerçeğin belirlenmesinde zorunluluk bulunduğu gözetilerek, dava konusu eşya, konusunda uzman bilirkişiye incelettirilip CİF değerinin belirlenmesi ve bu miktar üzerinden gümrük idaresine hesaplatılacak gümrüklenmiş değer sanığın daha lehine olması halinde yeniden ön ödeme önerisi yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (7. CD 20.10.2009, 2008/8973 E., 2009/11233 K.)

¹⁵ "Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 18.06.2009 tarihi ve 2006/121 esas, 2009/90 sayılı kararı ile 3713 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değiştirilen 4. fıkrasındaki "sahipleri ve" ibaresinin, yine 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan "sahipleri ve" ibaresinin iptaline karar verildiği gözetilerek sanığın hukuki durumunun yeniden tayin ve takdirinde zorunluluk bulunması, (9. CD 25.02.2010, 2008/19260 E., 2010/2400 K.)

pılan yapı nedeniyle idari para cezası verileceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, 5.11.2008 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanarak, yayınlanmasından dört ay sonra 5.3.2009 tarihinde yürürlüğe girdikten sonra anılan yasa maddesi 9.12.2009 tarih ve 5940 sayılı Kanun¹⁶ ile bütünüyle yeniden düzenlenmiştir.

Özel Ceza Yasalarının TCK'nın Genel Hükümleriyle İlişkisi

765 sayılı TCK'nın 10. maddesinin karşılığı 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesidir. Maddede *"Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır"* hükmüyle 10. maddenin aksine bir düzenleme getirilmiştir.

Madde gerekçesinde belirtildiği gibi *"Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda ... ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir."*

Böylece 5. maddenin yürürlüğe girmesiyle cezanın ertelenmesi ve paraya çevrilmesi, iştirak, teşebbüs, tekerrür, müsadere gibi ceza hukukunun genel hükümleri özel ceza kanunları yönünden de geçerli kılınmış ve bu konudaki ayırksız düzenlemeler zımnen (örtülü şekilde) kaldırılmıştır.

Unutulmamalıdır ki TCK'nın ilk 75 maddesinde düzenlenen genel hükümler 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe giren özel ceza kanunları için bağlayıcıdır. Bu tarihten sonra çıkarılacak yasalarda da 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesine aykırı hükümlerin bulunmaması temenni edilmekle birlikte, bu tarihten sonra çıkan ve çıkarılacak özel yasalarda TCK'nın genel hükümlerine aykırı normlara yer verilmesi halinde özel yasanın uygulanacağı öğretilde kabul edilmektedir.¹⁷

¹⁶ 17.12.2009 gün ve 27435 sayılı *Resmi Gazete*.

¹⁷ "TCK'nın 5. maddesi bir temenni hükmüdür. Bağlayıcılığı yoktur. Hukukumuz-

TCK'nın özel hükümleri özel yasalar açısından bağlayıcı değildir.¹⁸ Yeni TCK'nın özel hükümleri arasında yer alan tanımlar da dahil olmak üzere (Örn. TCK'nın 252/3. maddesindeki rüşvet, 305/4. maddesindeki temel milli yarar tanımı gibi) tüm düzenlemeler, bunlara yollama yapılmadığı sürece yalnızca düzenlendiği alanı ilgilendiren hususlardır.¹⁹ Nitekim Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nce, TCK'nın 212. maddesindeki "*Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur*" kuralının, Bankacılık Kanunu'ndan doğan nitelikli zimmet suçunda uygulanamayacağına karar verilmiş,²⁰ karara yapılan itiraz Ceza Genel Kurulu'nca yerinde görülmeylek daire kararı benimsenmiştir.²¹

da temel kanuna aykırılık "itirazı" (olağan kanunlar karşısında bağlayıcı üstünlüğü olan anayasal kanun) düzenlenmediğinden söz konusu temenni hükümlerinden bir yarar beklemeye kalkışmak, anlamsız tartışmaktan başka bir şey olmaz." Alacakaptan, s. 20, Benzer görüşler; Özgenç, İzzet, s. 94; Mahmutoğlu, F. S., *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, TBB yayını, Raporlar, s. 361; Bakıcı, Sedat, 5237 S. K. Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Y., Ankara 2007, s. 36; Özbek, Veli Özer, *Yeni TCK'nın Anlamı (Gazi Şerhi)*, Cilt I, Seçkin Y., Ankara 2005, s. 176, Ancak yeni TCK'da somut biçimde yer verilen "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" uyarınca "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı" (m. 2) ve Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi (m. 3.), dayanaklarını Anayasadan aldıklarından gerek yürürlükteki gerekse yürürlüğe konulacak özel kanunlar bakımından gözeltmesi gerektiği de savunulmaktadır. (Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, *TCK Yorumu*, I. Cilt, Ankara 2007, s. 32.)

¹⁸ Aynı yönde görüş, Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Şubat 2010, s. 82.

¹⁹ Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 82.

²⁰ "5237 sayılı TCK'nın genel kurallarının özel ceza hükmü taşıyan yasalar bakımında da uygulanması gerektiği 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin amir hükmü ise de, TCK'nın 212. maddesinde yazılı sahtecilik suçlarının aynı yasada yer alan diğer suçların işlenmesi sırasında uygulama olasılığı bulunan TCK'nın özel bir kural olduğu ve bu haliyle bankalar kanununda yer alan ihtilâsen zimmet suçu yanında sahtecilik suçundan da cezalandırmaya dayanak alınamayacağı ve TCK'nın genel hükümleri arasında yer alan 42. maddesi karşısında; nitelikli zimmet suçunun işlenmesi sırasında sahte belge düzenlenmesi bu suçun unsurunu oluşturduğundan ve somut olayda sanığın nitelikli zimmet suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi halinde dahi, sahtecilik suçundan ayrı bir ceza verilemeyeceği," (7. CD 08.10.2009, 2009/10754 E., 2009/10338 K.)

²¹ "Özel yasalarda düzenlenen suçların işlenmesi sırasında sahte evrak düzenlenmiş olması halinde failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılabilmesi için o yasada özel bir düzenleme yapılmış olması zorunlu olup aksinin kabulü ceza kanunlarında kıyasın uygulanması anlamına gelecektir. Nitekim yasa koyucu 5607 sayılı Kaçakçılık

Daire kararının aksine görüşler olsa da bizce daire kararı isabetlidir. Çünkü her ikisi de Yeni TCK'dan sonra çıkarıldığı halde, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda kaçakçılık eylemlerinin "Nitelikli Haller"inin düzenlendiği 4/5. maddesinde kaçakçılık suç ve kabahatlerinin, belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da cezaya hükmolunacağı belirtilmişken 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda buna benzer bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenlerle 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesinin yalnızca TCK'da düzenlenen suçlar hakkında uygulanabilecek bir kuraldır. CGK'nın 11.07.2006 tarih ve 182-182 sayılı Kararında da 765 sayılı TCK'nın 78. maddesi hükmü nedeniyle zimmet suçunun unsurlarını oluşturan sahte belge düzenleme suçunun, 5237 sayılı Kanun'un 212. maddesindeki düzenleme uyarınca ayrıca cezalandırılabilen bir fiil haline dönüştüğü belirtilmiştir.

5237 Sayılı TCK'nın 5. Maddesinin Yürürlük Tarihi

5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un²² çıkarılmasının en önemli sebebi 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesidir.²³ Bu maddenin yürürlük tarihi (5252 sayılı Kanun'a 5349 sayılı Kanun'la eklenen geçici 1. maddesinde yapılan değişiklikle), ilgili kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılamaması gerekçesiyle iki defa ertelenmiş "...ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıyaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanacağı" öngörülmüştü. 5. maddenin yürürlük tarihi, doğrudan doğruya suçu, suçun unsurlarını, suç tarihini, suça uygulanacak yaptırım ve dava zamanaşımını etkilediği

la Mücadele Kanunu'nun 5. maddesinin 4. fıkrası ile bu yasa açısından bir kural koymakla kalmamış, bunun yanında böyle bir hüküm bulunmayan özel yasalar açısından TCK'nın 212. maddesinin uygulanamayacağına ilişkin iradesini de dolaylı olarak ortaya koymuştur.

⁵⁴¹¹ sayılı Bankacılık Kanunu'nda sahtecilik suçundan ayrıca cezaya hükmolunacağına ilişkin bir düzenleme olmaması ve nitelikli zimmet suçu için öngörülen ceza miktarının ağırlığı birlikte değerlendirildiğinde bunun yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu ve bu suçu bileşik suç olarak düzenlediği sonucuna ulaşılmaktadır." (CGK 06.04.2010, 2010/7-38 E., 2010/79 K., Oyçokluğu ile.)

²² 8 Şubat 2008 tarih ve 26781 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²³ Gbi Bkz., Uğur, Hüsamettin, 5237 Sayılı TCK'nın 5. Maddesi ve 5728 sayılı Kanun'un Getirdikleri, *Terazi Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 19, Mart 2008, s. 91-109.

için önem kazanmaktadır. Maddenin yürürlük tarihi hakkında farklı düşünceler akla gelebilir.

İlk olarak, 5728 sayılı Kanun'la, *ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler* yapıldığına göre artık 31 Aralık 2008 tarihinin beklenmesine gerek yoktur, 5. madde yürürlüğe girmiştir denilebilir. Çünkü, kanunkoyucudan bütün özel yasaların temel ceza kanunlarıyla uyumlu hale getirilmesi istenip, beklenemez. Ayrıca önceden tek tek belirlenip sayılmadığına göre "ilgili kanunların" hangileri olduğu, "gerekli değişikliklerin" ne olduğu kanunkoyucunun iradesine kalmıştır. Yapılan veya yapılamayan değişikliklerin değerlendirilmesi ve uygulamaya yansıtılması yargı kararlarıyla netleşecektir. Dolayısıyla kanunkoyucu görevini yapmıştır, mevcut duruma göre uygulamaya yön vermek gerekir, ayrıca 5. maddenin yürürlüğe girmesi benzeri değişikliklerin yapılmasına engel değildir düşüncesi ileri sürülebilir.

İkinci olarak, tasarı yaklaşık 2 yılı bulan çalışmalar sonucu kanunlaşmışsa da değiştirilmesi gereken bütün yasaların değiştirildiği ve uyum çalışmalarının bitirildiği söylenemez. Uyum çalışması ancak bir defada yapılabilir gibi bir şart ileri sürülemeyeceğinden, yasama organı kendisine verilen bu süreyi yasaları tek tek veya birkaç pakette değişiklik yaparak kullanabilir.²⁴ Madem 5252 sayılı Kanun'un geçici maddesi, diğer kanunların aykırı hükümlerinin, "ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler" yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanacağını öngörmüştür, 5. madde "gerekli değişiklikler"²⁵ yapılan ya-

²⁴ Bundan önce de aynı amaçla bazı özel yasalarda örneğin 31.05.2005 tarih ve 5358 sayılı Kanun'la İİK'da değişiklikler yapılmış, 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı. Bankacılık K., 21.3.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu çıkarıldığı gibi 5828 sayılı Kanun'dan sonra da 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu, çıkarılmıştır. Fakat aynı şekilde uyum amacıyla değiştirilmesi gereken onlarca özel yasanın bulunduğu da bir gerçektir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, 775 sayılı Gecekondu Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu gibi.

²⁵ Gerekli değişiklikten maksat, 5237 sayılı TCK'nın Birinci Kitabında yer alan genel hükümlere uyum amacıyla yapılan değişikliklerdir. Yoksa ceza hükmü de içeren herhangi bir yasadaki suç ve ceza ile ilgili bulunmayan, suça ve cezaya etkisi olmayan herhangi bir değişiklik o yasa yönünden TCK'nın genel hükümlerini 1.1.2009 tarihinden önce yürürlüğe koymaz. Ancak gerekli değişiklik yapılmadığı için bir eylem suç olmaktan çıkmış veya yaptırımsız kalmış olabilir. Bu halde kanunların

salar yönünden yürürlüğe girmiştir, 5237 sayılı TCK Birinci Kitap'ta yer alan düzenlemelere aykırı hükümler içerip değişiklik yapılmayan veya yapılamayan yasa maddeleri ise 31 Aralık 2008 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

Bu durumda 31.12.2008 tarihine kadar herhangi bir kanunla değişiklik yapılmayan bir çok özel yasada yer alan suçlar, TCK'nın genel hükümleri karşısında ya yaptırımsız kalmış veya mevcut düzenlemelerle, korunan hukuki yararlar hizmet etmekten uzaklaşmıştır. Bu konuya aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Özel Ceza Yasalarında Türk Ceza Kanununa Uyum Amacıyla 5728 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler

Anılan Kanun ile özel ceza yasalarında mevcut olup, 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine aykırı bulunan düzenlemeler değiştirilmiş veya yürürlükten kaldırılmıştır. Bu anlamda 5728 sayılı Kanun'la özel yasalarda uyum amacıyla yapılan değişiklikler hem usul hukukuna hem de maddi ceza hukukuna ilişkin (suç ve cezanın kanuniliği, tekrür, müsadere, tüzel kişilere ceza, tecil edilemez, para cezasına çevrilemez gibi...) değişikliklerdir.

5237 sayılı TCK'nın 2/2. maddesindeki "*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*" ilkesine aykırı düzenlemeler içeren hükümler ya madde metinlerinden çıkarılmış veya TCK'ya uyumlu hale getirilmiş ya da eylemler karşılığında idari yaptırımlar öngörülerek suç olmaktan çıkarılmış ve kabahate dönüştürülmüştür.²⁶

zaman bakımından uygulanması ilkesine göre lehe uygulama yapılması gerekiyorsa bu tarihten önce işlenen suçlara da uygulanmalıdır.

²⁶ Bilindiği üzere Kabahatler Kanunu'nun 4/1. maddesindeki "Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir" hükmüyle kabahat fiili açısından kanunilik ilkesi TCK'ndan farklı olarak esnek tutulup kapsam ve koşulları (çerçevesi) kanunla belirlenen hükümlere bağlı olarak idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle kabahat fiilinin tanımlanabileceği öngörülmüştür. (Uğur, Hüsamettin, "Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanuna Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 85, Kasım-Aralık 2009, s. 191)

Ancak “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla ... Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”da, Kanun’un amacı ile bağdaşmayan, hatta bu amaçla çelişen, suçta kanunilik ilkesine aykırı hükümlere de ne yazık ki yer verilmiştir. Bunun en bariz örneği 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 65. maddesidir. Anılan Kanun’da uyum amaçlı birçok değişiklik yapılmışsa da sit alanlarında izinsiz inşâ ve fizikî müdahale suçunu düzenleyen 65. maddenin (b) bendindeki suçun unsurları, aynen tekrarlanarak korunmuş, böylece bir idari kurul olan Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurullarınca belirlenen SİT alanlarında, yine bu kurullarca öngörülen şartlara (ilke kararlarına) aykırı inşâ ve fizikî müdahaleler suç olarak düzenlenmiştir.²⁷

Uyum Amacıyla Müstakil Olarak Çıkarılan Özel Yasalar

Uyum amacıyla bir önceki benzer yasayı yürürlükten kaldırarak yeni bir kanun olarak çıkarılan en önemli üç yasa 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 5941 sayılı Çek Kanunu’dur.

1. 1918 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran 19.07.2003 tarih ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun üzerinden dört yıl geçmeden TCK’na uyumlu olması gerekçesiyle 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu²⁸ çıkarılmıştır.

5607 sayılı Kanun’un 1918 ve 4926 sayılı kanunlardan en önemli farkı, kaçakçılık fiillerinin “*Suçlar Ve Kabahatler*” (m. 3) şeklinde ayrılarak idarenin düzenleyici işlemlerine aykırı eylemlerin kabahat olarak düzenlemiş olması ve belli kabahatlerin konusunu oluşturan eşya

²⁷ 2863 sayılı Kanun’un 65/b maddesi: (14/07/2004-5226 sayılı Kanun 14. m.) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar, ...cezalandırılırlar.

2863 sayılı Kanun’un 65/b. Maddesi: (23/01/2008-5728 S.K./408. m) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar, ... cezalandırılır.

²⁸ 31/03/2007 tarih ve 26479 sayılı *Resmi Gazete*’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

için müsadere yerine mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin (m. 14) öngörülmesidir.

Ayrıca önceden toplu ve teşekkül halinde kaçakçılık suçunun oluşabilmesi için eylemin iki kişi tarafından gerçekleştirilmesi yeterli iken, 5607 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Kanun'da tanımlanan suçların ve kabahatlerin, "bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" veya "üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" "nitelikli haller" olarak düzenlenmiştir. Öncekilerin aksine yeni yasada (kabahatler hariç) özel teker-rür hükümlerine yer verilmemiştir. 5. maddede etkin pişmanlık hali düzenlenmiş, 13. maddede müsadereye ilişkin "Bu Kanun'da tanımlanan suçlarla ilgili olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri uygulanacağı" belirtildikten sonra kaçak eşya taşımada bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için TCK'daki şartlardan farklı hükümler getirilmiştir.

5607 sayılı Kanun çıkarılmadan önce de Yargıtay Özel Dairesi, 5170 sayılı Kanun ile değişik Anayasa'nın 90. maddesi ve 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesindeki toplu suç tanımından hareketle toplu ve teşekkül halinde kaçakçılık suçunun oluşması için en az üç kişinin olması gerektiğine karar vermiştir.²⁹ Daire bazı kararlarında ise 5237 sayı-

²⁹ "1918 sayılı yasanın 27/2 ve 4926 sayılı Kanun'un 5/son madde fıkralarında toplu kaçakçılık suçunun oluşabilmesi için eylemin iki veya daha fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesinin yeterli olduğunun öngörülmesine karşın 4.2.2003 gün ve 25014 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4800 sayılı Kanun ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanarak iç hukuk kuralı haline gelen sınır aşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2/a madde fıkrasında; "Örgütlü suç grubu" doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir kuralı düzenlenmiş ve hüküm tarihinden sonra 22.5.2004 gün ve 25469 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlede "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü getirilmiştir.

Diğer taraftan, hükümden sonra 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde de toplu suç "aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç" ifade eder şeklinde tanımlama yapılmıştır.

lı TCK'nın 220/1. maddesindeki "örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir" hükmüne atıfta bulunmuştur.³⁰

5607 sayılı Kanun'un TCK'nın genel hükümlerine aykırı en önemli düzenlemesi, eskiden olduğu gibi "maddede tanımlanan fiillerin teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi" cezalandırılacağına dair hükümdür (m. 3/18). Ancak bu da "kaçakçılıkla mücadele" için olmazsa olmaz bir düzenlemedir.

2. 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile ek ve değişikliklerini yürürlükten kaldıran 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda³¹ bir yandan ceza hükümleri 5237 sayılı TCK'ya uyumlu hale getirilirken, öte yandan "Düzeltilici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak" başlıklı 152. maddesinde³² Kurul (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu) BDDK) veya Kurumca (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu) alınması istenen önlemleri almayan banka mensuplarına hapis ve adli para cezası öngörülerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulmuştur.

Belirtilen yasal düzenlemeler ve 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesi de gözetilerek sanığın toplu kaçakçılık suçunu işlediği kabul edilemeyeceğinden, bu eylem münferit kaçakçılık olarak değerlendirilip, buna göre hukuki durumunun takdir ve değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, Bozmayı gerektirmiş," (7. CD 04.06.2007, 2004/30980 E., 2007/4508 K.)

³⁰ "1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 220/1. maddesinde "Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir" hükmü öngörülmüştür, belirtilen yasal düzenleme karşısında iki kişi olan sanıkların eyleminin teşekkül halinde kaçakçılık suçunu oluşturmayıp bireysel ticari kaçakçılık suçunu oluşturabileceği gözetilerek ... temyiz inceleme gününde sanıklar yararına hükümler içeren 765 sayılı TCK'nın 102/4. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresi tahakkuk etmiş olduğundan hükmün bozulmasına, anılan madde uyarınca sanıklar hakkındaki kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına," (7. CD 3.11.2008, 2005-6458 E., 2008-19706 K.).

³¹ 1.11. 2005 tarih ve 25983 sayılı Mükerrer Resmi Gazete.

³² "Madde 152/1.- Bu Kanununun 68, 69 ve 70 inci maddelerine ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesine göre, Kurul veya Kurumca alınması istenen önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensupları, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar."

3. 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da karşılıksız çek suçunun cezası seksen milyar liradan fazla olmamak üzere çek bedeli kadar adli para cezası iken, mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği; suçun, organ veya temsilcisi tarafından tüzelkişi yararına işlenmesi halinde özel hukuk tüzelkişisi hakkında da birinci fıkra uyarınca para cezasına hükmolunacağı ve mahkemece, ayrıca işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında bir süre için hesap sahiplerinin ve yetkili temsilcilerinin çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verileceği, yükümlülükleri yerine getirmeyen bankalar hakkında adli para cezası öngörülmekteydi (4814 sayılı Kanun ile değişik m. 15-16).

Bu hususlar 5237 sayılı TCK'nın genel hükümleri açısından, 3167 sayılı Kanun'un müeyyidelerinden tekerrür ve tüzelkişilere para cezası yönünden geçersiz, çek bedeli kadar (dolayısıyla nisbi) adli para cezasının gün para cezasına aykırı olması³³ ve çek hesabı açtırmaktan yasaklanma fer'i cezasının da TCK'nın 53. maddesindeki güvenlik tedbirleri karşısında tartışmalı hale gelse de Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nce, 1.1.2009 tarihinden sonra da çek bedeli kadar (dolayısıyla nisbi) adli para cezası ve çek hesabı açtırmaktan yasaklama gibi fer'i ceza (güvenlik tedbiri) kanuna aykırı bulunmayıp bu yöndeki yerel mahkeme kararları onanmış,³⁴ aksine uygulama içeren kararlar ise bozulmuştur.³⁵

³³ "31.12.2008 tarihine kadar 3167 sayılı Kanun'un, 5237 sayılı Kanun'un birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümlerine ilişkin yeni bir yasal düzenleme yapılmadığı dikkate alınarak, TCK'nın 5, ve 20/2. ve 60 maddeleri ile 5560 sayılı Kanun'la değişik 5252 sayılı Kanun'un geçici 1.maddesi uyarınca, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmasına olanak bulunmaması, Bozmayı gerektirmiştir," (10. CD. 23.02.2009, 2007/11212 E., 2009/2458 K.)

³⁴ "Karşı Oy Gerekçesi: 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasında "Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" ve 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde "Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır" denmesine, sözü edilen kanunların kabul edildiği tarihten sonra 3167 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmamasına göre; 3167 sayılı Kanun'un karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin 16. maddesindeki yaptırımlarla ilgili hükümlerinin, 5237 sayılı TCK'nın 20, 43, 52, 53, 60 ve 61. maddelerinde yer alan genel hükümlerinin uygulanmasında ve buna bağlı olarak sanığın hukuksal durumunun yeniden değerlendirilip belirlenmesinde zorunluluk bulunduğu, bu nedenle hükmün bozulması gerektiği kanısını taşıdığımdan,

19.3.1985 tarih ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile bu Kanunda değişiklik yapan 4814 sayılı Kanun'un geçici 1 ilâ 5. maddelerini yürürlükten kaldıran 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu,³⁶ her şeyden önce objektif sorumluluk yerine genel gerekçede belirtildiği gibi takserli de olsa kusurluluğa dayalı suçu esas almıştır. Temel ceza olarak hapis ve/veya adli para cezası (karşılıksız çek suçu yönünden çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olmamak üzere), gerçek ve tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri veya koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı öngörülmüş, karşılıksız kalan çek bedelini faizi ile birlikte tamamen ödeyenlere soruşturma, kovuşturma ve hükmün kesinleşmesinden sonra da geçerli olacak şekilde *etkin pişmanlık* getirilmiştir. Böylece yeni yasada tekerrür nedeniyle fazla ceza verilmesine ve bir suç karşılığı olarak tüzelkişilere para ceza-

çoğunluğun onama yönündeki görüşüne katılmıyorum. (10. CD.'nin 19.01.2009, 2007/7947, 2009/54 sayılı Kararına yazılan muhalefet şerhi)

³⁵ "5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerinde, 20/2. maddesindeki "tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanamayacağı" kuralına benzer şekilde, suç karşılığında nispi para cezasının uygulanamayacağına ilişkin açık ve emredici bir hüküm yer olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra 08.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanun ile nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin 5237 sayılı TCK'nın 158. maddesinde yapılan değişiklik ile "adli para cezasının miktarının elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı" hükmü öngörülerek, nispi para cezasının Yeni TCK'nın yaptırım sistemine aykırı olmadığı açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Ayrıca, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan çeşitli kanunlarda yer alan suç tanımlarında, nispi para cezasının öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde nispi adli para cezası öngörülmüştür.

Bu durumda; kanun koyucunun nispi nitelikteki para cezalarının uygulanmasına tamamen son vermeye dönük bir amacının bulunmadığı anlaşılmakta olup; diğer kanunlarda yer alan nispi nitelikteki adli para cezalarının, 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde öngörülen "gün para cezası sistemine" "aykırılık" değil, "farklılık" oluşturduğunu, bu nedenle 31.12.2008 tarihinden sonra da geçerliliklerini, dolayısıyla yürürlüklerini sürdüreceklerini, uygulanmalarının ve infazının zorunlu olduğunu kabul etmek gerekmektedir."

Özel Daire'nin diğer kanunlarda yer alan nispi nitelikteki adli para cezalarının, 5237 sayılı TCK'da öngörülen "gün para cezası sistemine" "aykırılık" değil, "farklılık" oluşturduğuna dair görüşü tartışılabilirse de buna dayanak olarak gösterilen örneklerin 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğünden sonra yapılan yasal düzenlemeler olduğu, daha sonraki özel hükümlerin önceki genel hükümleri zımnen yürürlükten kaldıracağı öğretisi ve uygulamada kabul edilen bir husustur.

³⁶ 20.12.2009 tarih ve 27438 sayılı *Resmi Gazete*.

sına yer verilmemiştir. Çek hesabı açılması ile ilgili olarak bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirmeyen bankalara Cumhuriyet savcısı tarafından idarî para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

4. 5.5.2009 tarih ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanun'un³⁷ 13/1. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tüm futbol müsabakalarının televizyon, radyo, internet ve her türlü teknik cihaz ve benzeri araçlarla yayınlanmasına, iletilmesine, yayınların düzenlenmesine ve programlanmasına münhasıran Yönetim Kurulu'nun yetkili olduğu belirtildikten sonra aynı maddenin 4. fıkrasına göre;

“Futbol müsabakası yayınlarının, TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır.”

Görüldüğü gibi 5894 sayılı Kanun'un 13/4. maddesi suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Çünkü suçun konusu ve unsurlarını, bir idari kurul olan Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu belirlemektedir. Buna göre TFF Yönetim Kurulu tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında Futbol müsabakası yayınlarının herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi suç olarak düzenlenmiştir.³⁸

³⁷ 16.05.2009 tarih ve 27230 sayılı Resmi Gazete.

³⁸ 5894 sayılı Kanun'un 13/4.maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali için İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur (2010/19 Esas). Başvuru gerekçesine göre; “...Eylemin yaptırım için 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesine atfı yapılmış ama hangi fıkra uyarınca ceza verileceği belirtilmemiştir. 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesinde birçok suç düzenlenmiştir. 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesindeki eylemlerin çoğu bu suçla ilgili değildir. Yaptırım açıkça gösterilmemiştir. Yorum yoluyla Hakim yaptırım belirleyemez. Yaptırımın belirsiz olması TCK'nın 2. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine, Anayasa'nın 2. ve 38. maddesine aykırıdır.

... 5846 sayılı Kanun'un 80. maddesinde televizyon yayıncılarının hakları da korunmuş ve televizyon yayın haklarının ihlal edilmesi halinde ceza yaptırım öngörülmüştür. Ancak 5728 sayılı Kanun'la değişik 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesinde televizyon yayın haklarının ihlal edilmesi suç olmaktan çıkarılmıştır. Di-

Bugüne Kadar Gerekli Değişiklik Yapılmayan Bazı Özel Yasalar ve Sonuçları

5252 sayılı Kanun'un geçici maddesi uyarınca 31.12.2008 tarihine kadar gerekli değişiklikler yapılamadığı için bazı özel yasalarındaki cezalar tamamen yaptırımsız kalmış, bazı yasalardaki özel düzenlemeler uygulanma yeteneğini kaybetmiştir.

1. 551, 554, 555, 556 sayılı; Patent Haklarının..., Endüstriyel Tasarımların..., Coğrafi İşaretlerin..., Markaların korunması Hakkında KHK'lar

Anılan KHK'ların hepsinde suçun unsurları KHK'larla düzenlenmiş, ceza hükmü içeren maddeleri (73/A, 48/A, 24/A ve 61/A) 3.11.1995 tarih ve 4128 sayılı Kanun'la eklenmiştir.

KHK'ların hukuksal niteliği doktrinde tartışmalı olsa da, Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre KHK'lar organik açıdan yürütme işlemi, fonksiyonel bakımdan yasama işlemidir.³⁹ Anayasa

ğer televizyon yayıncı kuruluşlarının ve hatta aynı yayıncı kuruluşun şifreli maç yayınları dışındaki yayınlarından dolayı hak ihlallerinde ceza yaptırımı öngörülmezken, yalnızca şifreli maç yayınlarından dolayı hak ihlallerinde ceza yaptırımı öngörülmesi Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Suçun maddi unsuru Türkiye Futbol Federasyonu'nun belirlediği usul ve esaslar dışında, şifreli maç yayın haklarının, maddede belirtilen şekilde ihlal edilmesidir. Suçun unsurları idarenin takdirine bırakılmıştır. İdarenin belirleyeceği yayın usul ve esaslarının neler olacağını önceden bilmek mümkün değildir. İdarenin bu usul ve esasları sürekli ve her zaman değiştirmesi de mümkündür. İdarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamaz. Bu durum TCK'nın 2/2. maddesine, Anayasa'nın 2. ve 38. maddesine aykırıdır.

³⁹ "Anayasa'da öngörüldüğü biçimi ile KHK'lar yapısal (organik-uzvî) bakımdan yürütme organı işlemi, işlevsel (fonksiyonel) yönden ise yasama işlemi niteliğindedirler. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi verdiği yetkiyi bir yasa ile her zaman geri alabileceği gibi kendisine sunulan KHK'ları aynen kabul etmek ya da reddetmek zorunda olmayıp dilediğinde değiştirerek de kabul edebilir. Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin verilmesi, yasayla düzenlemesi gereken konuların yasama alanından çıkarılıp yürütme organının düzenleme alanına sokulması sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin verilmiş olması Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen "Yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesini ortadan kaldırmaz."

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-33.htm>.

Mahkemesi'nce 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 61. maddesinin (d) bendi⁴⁰ ile 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddesinin anılan bentler yönünden incelenen (a) bendiyle (c) bendi⁴¹ iptal edilmiştir.⁴² Mahkeme'nin 556 sayılı KHK'ya ilişkin son iki iptal kararı da göz önüne alındığında KHK'larla suç ve cezaya ilişkin düzenlemeler yapılamaz.

Böylece yasama organınca 31.12.2008 tarihine kadar gerekli uyum çalışmaları yapılamadığı için 01.01.2009 itibariyle suç ve cezaların kanuniliği ve bunun uzantısı olarak da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı ilkeleri ve TCK'nın 5. maddesi hükmü karşısında anılan KHK'lardaki suçların yaptırımsız kaldığından Yargıtay 7. Ceza Dairesinin istikrar kazanan uygulamasıyla yerel mahkemelerce verilen beraat kararları bu gerekçeyle sonucu itibariyle doğru bulunup onanmakta, mahkumiyet kararları bozularak beraatla sonuçlandırılmaktadır.^{43, 44}

⁴⁰ Any. Mhk. 2.3.2004, 2002/92 E., 2004/25 K., (14.5.2004 tarih ve 25462 sayılı *Resmi Gazete*).

⁴¹ Any. Mhk. 3.1.2008, 2005/15 E., 2008/12 K., (5.7.2008 tarih ve 26927 sayılı *Resmi Gazete*).

⁴² Bkz. Uğur, Hüsamettin, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları ve 5833 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Kapsamındaki Suçlar", *Terazi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 31, Mart 2009.

⁴³ "5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi ve buna bağlı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesi sonucu ve aynı Kanun'un 2. maddesi hükmü karşısında dava konusu eylemin atılı suç oluşturup oluşturmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda sanığa atılı tescilli marka hakkına tecavüz eylemleri ve bu fiilleri işleyenlere uygulanacak yaptırımları düzenleyen mevzuat tarihsel olarak incelendiğinde;

11 Mayıs 1888 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi ile bu konuda hükümler getirildiği, 03.03.1965 tarihli 551 Sayılı Markalar Kanunu ile yeni bir düzenleme yapıldığı ve Kanun'un 54. maddesiyle Alamenti Farika Nizamnamesi ile ek ve değişikliklerinin yürürlükten kaldırıldığı, 24.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren ve tescilli markalarla ilgili cezai koruma hükümleri getiren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4128 sayılı Kanun'la değişen 82. maddesiyle 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir.

Tescilli markaların cezai korunması konusunda ülke mevzuatımızla ilgili olarak yapılan hukuki değişikliklere işaret edildikten sonra somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık hakkında 556 sayılı KHK'nın 61/A-c maddesi uyarınca cezalandırılma-

sı için kamu dava açılmıştır. Bu maddenin atf yaptığı 61. madde de ise kararnama hükmüyle suç tanımları düzenlenmiştir. 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır." 5237 sayılı TCK'nın 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5/1. maddesinde "Bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" ve aynı Kanun'un genel hükümleri arasında bulunan 2. maddesinin birinci fıkrasında ise "Kanun'un açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanmaz..." hükümleri yer almaktadır.

Olayımızda sanığa atılı eylem, ceza içeren özel bir hukuk düzenlemesi olup 5. madde de sözü edilen özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar kapsamında bulunmamaktadır. O halde atılı eylem, TCK'nın 2. maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Bu duruma göre, KHK hükmüyle getirilen bu düzenleme TCK'nın 2. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 gün ve 2005/15 E, 2008/2 K sayılı iptal kararı gerekçesinde kanunsuz suç ve ceza konulamayacağını, Kanun Hükmünde Kararname hükmüyle suç ve ceza getirilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. Bu durum karşısında, 5252 sayılı Kanun'un geçici birinci maddesi ile TCK'nın 2. maddesi ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5'inci maddesi birlikte değerlendirildiğinde; 556 sayılı KHK'nın suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımnı olarak ilga edildiğinin (örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı) kabulü gerekmektedir. Bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylem 556 sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmayacaktır.

Öte yandan 556 sayılı KHK'ya göre suç oluşturmayan eylemin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususunun da bu noktada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, 1474. maddesi gereğince 01/01/1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı TTK'nın 57. maddesinin 5. fıkrasında; başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, işaret gibi tanıtma vasıtaları haklarına tecavüzün yanında, tescilli ve tescilsiz ayırımı yapmadan marka hakkına tecavüz de haksız rekabet suçu olarak tanımlanmış ve cezası 64. madde de belirtilmiştir. Bu Kanun'un yürürlük tarihinden sonra 3 Mart 1965 tarihinde yürürlüğe giren 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesinde de tescil edilmiş marka hakkına tecavüz halleri ayrı ayrı tanımlanmış ve yaptırımı da 51 ve 52. maddelerde belirtilmiştir. Her iki düzenlemede de tescilli marka kullanma haklarına tecavüz halleri belirlenmekte ve yaptırımı bağlanmaktadır. Bu nedenle gerek Türk Ticaret Kanunu ve gerekse 551 sayılı Markalar Kanunu'ndaki düzenlemeyle korunan ortak değer, marka kullanma hakkından doğan haklardır. Marka hakkına tecavüz fiillerinin unsurları her iki düzenlemede de aynıdır ve iki yasa birlikte uygulanamayacağından tam olarak oluşan yasa çatışması kuralları uyarınca sonradan yürürlüğe giren, tescilli markalara hukuki ve cezayı koruma getiren 551 sayılı Kanun'daki düzenleme TTK'nın 57/5 fıkra hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. Bu kanun da (551 sayılı Kanun) 556 sayılı KHK'nun değişik 82. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunduğu ve yürürlükten kalkan eski düzenlemeler canlanamayacağından sanığa atılı eylem haksız rekabet suçunu da oluşturmamaktadır.

El konulan dava konusu eşyanın müsaderesi ya da iadesi konusunun değerlendirilmesi

Dava konusu taklit ürün ve eşya ise niteliği itibariyle kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli ise veya o eş-

dirilmesine gelince; Yukarıda açıklandığı şekilde atılı eylem 01.01.2009 tarihinden itibaren suç olmaktan, aynı tarih itibariyle bu tür eylemler nedeniyle el konulan eşyalar da suç olmaktan çıkmıştır. İnceleme tarihi itibariyle söz konusu eşyaların bulundurulmasını bizatihi suç sayan herhangi bir yasa hükmü de bulunmamaktadır.

Açıklanan bu gerekçelerle, beraat hükmü sonucu itibariyle yerinde ise de müsaderesine karar verilen dava konusu eşyanın iadesine karar verilmesinin gerekmesi,

Bozmayı icabettirmiş olup, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 322. maddesi uyarınca olup suç oluşturmayan fiilden dolayı el konulan dava konusu eşyanın iadesine karar verilmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına, 17.03.2009 günü oyçokluğuyla karar verildi." (7. CD 2006/8385 E., 2009/3080 K.)

Muhalefet Şerhi: ...Bir Güvenlik tedbiri olan müsadere ile eşyanın kişinin elinde bulunmasının yaratacağı tehlikeliliği bertaraf etmek, onda yaratacağı suç işleme potansiyelini yok etmek, yeni hukuka aykırılıkların önüne geçmek olduğu kabul edilmiştir.

Ceza hukuku araçlarından olan cezanın uygulanabilmesi için mutlak surette kanun ile tanımlanan bir suçun işlenmesi gerektiği halde, güvenlik tedbiri için bir hukuka aykırılığın yeterli olduğu,

TCK'nın 54. maddesinde "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan, eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir" hükmüyle açıklığa kavuşturulduğu,

Uzun çalışma, araştırma ve emek ile meydana getirilen markanın, hiçbir hak ve yetkisi bulunmayan kişilerce kullanılmasının haksız maddi, manevi menfaat elde etmeye yönelik olduğu, marka sahibinin ise bu eylemler sebebiyle müşteri, itibar, maddi kazanç gibi zarara uğradığı veya bu tehlikelerle karşı karşıya olduğu, tam bir hukuka aykırılığın olduğu,

Taklit ürünlerin sınıfına göre toplumun mutlak tehlike ile karşı karşıya bırakıldığı, örneğin taklit ilaç nedeniyle kamu sağlığının, yedek parçalar sebebiyle trafik güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğü, bireylerin aldatıldığı, kalitesiz malların yüksek fiyatla satılmasıyla maddi kayba uğratıldığı,

Fail yönünden ise; taklit malın kendisine iadesiyle güvenlik tedbirinin esas amacı olan ileride suç işlenmesini önlemek gayesinin göz ardı edilerek adeta yeniden suç işlemeye teşvik edileceği, keza 28.2.2009 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5833 sayılı Yasa ile iadeye konu eşyanın üretimi, satışı, satış arzının suç olarak kabul edildiği, dolayısıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlike yaratan bu tür eşyanın müsaderesinin gerektiği,

Tüm bu açıklamalar ile hükmün onanmasına dair karara katılmakla beraber, el konulan ve tescilli markanın taklidi olduğu sabit olan eşyanın müsadereyi yerine iadesi yönündeki sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum. (Muhalef Üye)

⁴⁴ 551 ve 554 sayılı; Patent Hakları ve Endüstriyel Tasarımlara ilişkin olarak da 7. CD'nin 17.12.2009, 2008/11582 E., 2009/15301 K., 09.12.2009, 2009/14546 E., 2009/14719 K.

yaya dair ilgili yasada özel bir düzenleme varsa müsadere sine ya da imha edilmek üzere mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmekte, aksi halde giyecek, mobilya, kurtasiye malzemesi gibi ürünler sahibine iade edilmektedir.⁴⁵

556 sayılı KHK'da 5833 sayılı Kanun'la nihayet değişiklik yapılmış ve değişikliğin yayınlanıp yürürlüğe girdiği 28 Ocak 2009 tarihinden itibaren bu kanun kapsamına giren suçlar yeniden yaptırıma bağlanmış ancak 551, 554 ve 555 sayılı; Patent Haklarının..., Endüstriyel Tasarımların..., Coğrafi İşaretlerin... Korunması Hakkında KHK'lerde suçun unsurları KHK'larla düzenlendiğinden ve bugüne kadar da kanun değişikliği yapılmadığından anılan KHK'deki suçlar halen yaptırımsızdır.

2. 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu

Askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgelerinin kurulması, kaldırılması ve gerektiğinde genişletilmesine ilişkin esas ve yöntemlerin düzenlendiği 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda, askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgelerine yönelik suçlar da düzenlenmiştir.

Askeri yasak bölgeler 1 ve 2. derece askeri yasak bölge olmak üzere ikiye ayrılır (m. 2). Güvenlik bölgeleri ise askeri güvenlik bölgeleri ile kamu ve özel kuruluşların çevresindeki özel güvenlik bölgeleri olmak üzere iki türdür (m. 3).

Askeri Yasak Bölgeler, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile kurulabilir veya kaldırır-

⁴⁵ "...el konulan ve taklit olduğu anlaşılan ilaçların 6197 sayılı Kanun'un 41 ve devamı maddeleri gereğince imha edilmek üzere mülkiyetin kamuya geçirilmesine," (7. CD 27.05.2010, 2008/5555 E., 2010/7333 K.), "...el konulan taklit sigaraların bulundurulması 5752 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince suç oluşturduğundan TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsadere sine," (7. CD 17.2.2010, 2009/18754 E., 2010/2086 K.), "...el konulan ... sahte rakının kamu sağlığı açısından tehlikeli olması nedeniyle TCK 54/1. uyarınca MÜSADERESİNE," (7. CD 12.05.2010, 2010/5336 E., 2010/6707 K.)

labilir. 3. maddeye göre de, Askeri Güvenlik Bölgeleri Genelkurmay Başkanlığı'nca; kamu ve özel kuruluşların çevresindeki özel güvenlik bölgeleri ise, Genelkurmay Başkanlığı'nın lüzum göstermesi veya Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin veya İçişleri Bakanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesi kaydıyla Bakanlar Kurulu'nca, kurulabilir veya kaldırılabilir. Dolayısıyla suçun unsurları (suçla korunan hukuki değer olan askeri yasak bölge ve güvenlik bölgeleri) idarenin düzenleyici işlemi ile belirlenmektedir.

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda bu güne kadar uyum amaçlı bir değişiklik yapılmamıştır. Yapılan bazı değişikliklerin yasadaki suç ve cezalara bakan bir yönünün olmadığı söylenebilirse de⁴⁶ bazı değişiklikler tartışmaya açık bulunmaktadır. Buradan hareketle 2565 sayılı Kanundaki suçların da (m. 24, 25, 26.) 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi hükmü karşısında yaptırımsız kaldığı söylenebilir. Ancak konunun birkaç noktadan tartışılması gerekmektedir.

2.1. 2565 sayılı Kanun'un ceza hükümleri 24, 25 ve 26. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre suç olarak düzenlenen eylemler ve cezalar aşağıdaki gibidir:

- 24. maddede, birinci ve ikinci derece askeri yasak bölgeler ile güvenlik bölgeleri içindeki veya sınırlarındaki işaretleri, tel örgüleri, duvarları veya hendekleri ve benzeri tesisleri yıkanlar veya yok edenler veya bozanlar veya yerlerini değiştirmek, (cezası: birinci derece askeri yasak bölgeler için iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve ... adli para cezası, ikinci derece askeri yasak bölgeler ile güvenlik bölgeleri için bir

⁴⁶ Birinci Derece Kara Askeri Yasak Bölgeleri düzenleyen 5. maddeye 20.10.2005 tarih ve 5412 sayılı Kanun'la şu ek fıkra eklenmiştir:

“(Ek fıkra: 20/10/2005-5412 sayılı Kanun m. 1) Kara hudutları boyunca tesis edilen askeri yasak bölgelerin sınırları ise, kamu yararı bulunması kaydıyla milli eğitim, kültür, turizm ve spor amaçlı faaliyetler için Genelkurmay Başkanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca daraltılabilir veya bazı bölgelerde tamamen kaldırılabilir.” Görüldüğü gibi bu değişikliğin yasadaki suç ve cezalara bakan bir yönü yoktur. 5.2.2009 tarih ve 5837 sayılı Kanun ile 2565 sayılı Kanun'un 23. maddesi değiştirilmişse de maddeye sadece “ya da Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın” ibaresi eklenmiş olup bu değişikliğin de suç ve cezayı etkileyen bir yönü yoktur.

yıldan yedi yıla kadar hapis ve ... adli para cezasıdır.)

• 25. maddede, birinci derece kara ve deniz askeri yasak bölgelerinde, bu Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yazılı yasaklara aykırı hareket etmek (cezası: altı aydan beş yıla kadar hapis ve ... adli para cezasıdır.) *ve yetkili komutanlıkça geçiş için tespit edilen yolların dışına çıkmak*, (cezası: üç aydan altı aya kadar haptir.)

• 26. maddede, bu Kanun'un 9, 13, 17, 18 ve 21. maddeleri ile 11. maddenin (b) bendinde belirtilen yasaklara ve tahditlere uymamak, anılan maddelerde yer alan gerekli bildirim yapmamak, (cezası: üç aydan altı aya kadar hapis cezası ve ... adli para cezasıdır) bu maddeler gereğince verilmiş izinleri savunma güvenliğine zarar verecek şekilde kullanmak, (cezası: bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve ... adli para cezasıdır.)

Her üç madde "*Fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde*" ifadesiyle başladığından, suçun unsurlarının varlığı şartıyla eylem daha ağır ceza gerektiren bir suç oluşturuyorsa –görev hususu da göz ardı edilmeden– bu suçtan hüküm kurulacaktır. 765 sayılı TCK'nın 135/1. maddesinin karşılığı olan 5237 sayılı TCK'nın "*Askerî yasak bölgelere girme*" başlıklı 332. maddesinde⁴⁷ anılan yerlere "*gizlice veya hile ile girmek*" (iki yıldan beş yıla kadar; fiil, savaş zamanında işlenirse üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile) cezalandırılmaktadır. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi taksirle, yanlışlıkla girmek suç olmayacağı⁴⁸ gibi

⁴⁷ "Askerî yasak bölgelere girme

Madde 332. - (1) Devletin askerî yararı gereği girilmesi yasaklanmış olan yerlere, gizlice veya hile ile girenlere iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

⁽²⁾ Fiil, savaş zamanında işlenirse faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."

⁴⁸ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 57 ve Ek-6/1. maddeleri:

"Milli Müdafaa Aleyhine Sair Hareketler:

Madde 57 - (Değişik madde: 21/08/1940 - 3914/1 md.) (1) Her kim, bir müstahkem mevkide, bir harb limanında veyahut diğer bir askeri müessesede ve askeri sahada, deniz ordusuna ait bir gemide, yahut Devlet karasuları içinde Devletin bir makamına, bir memura veya bir askere karşı ismi ve şahsı halleri, sıfatı, mesleki, ikamet mahalli veya tabiiyeti hakkında kasten yanlış malumat verir veya malumat vermekten çekinirse üç aydan üç seneye kadar hapis ile cezalandırılır.

Resmen tahdit ve ilan edilmiş olan emniyet muntakaları ve ordunun ihtiyaçlarına taallük eden mevat ve eşyayı imal ve tamire ve muhafazaya tahsis edilmiş olan sınai müesseseler, depolar dahi askeri müessese gibi telakki olunur.

(2) Türk Ceza Kanununun 135 inci maddesinde yazılı fiilleri işleyenler bu maddede gösterilen cezalarla cezalandırılır.

suç genel kast ile de işlenemez, ancak “gizlice veya hile ile girme” özel kastıyla işlenebilir.

Görüldüğü üzere maddede düzenlenen suçun unsurları ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 57 ve Ek-6/1. maddelerindeki⁴⁹ suçun unsurları varsa bu madde hükümleri uygulanabilir.⁵⁰ Yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar askerî yasak bölgeler Genelkurmay Başkanlığı’nın göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile kurulup, kaldırılabilen dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemi ile belirlenmekte ise de bu suç 5237 sayılı TCK’nın genel hükümleri kapsamında 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren özel bir düzenleme olarak geçerlilik kazanmaktadır. Aynen 5237 sayılı TCK’nın 297/2. maddesindeki “yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokmak, bulundurmak ya da kullanma” da olduğu gibi.

Buradan hareketle, madem 5237 sayılı TCK “askerî yasak bölgelere” girmeyi suç olarak düzenlemiştir, o halde 2565 sayılı Kanundaki hiç

Ek Madde 6 (1. fıkr) - Birinci askerî yasak bölgeler içinde veya nöbet yerlerinde, karakollarda, kışlalarda, karargahlarda, askerî kurumlarda, yerleşme veya konaklama amacıyla kullanılan bina veya mahaller içinde; askerlere fiilen taarruzda bulunanlar, sövenler veya hakaret edenler veyahut askerlik görevlerine ilişkin işleri yapmaya veya yapmamaya zorlamak için şiddet veya tehdide başvuranlar Türk Ceza Kanununun bu fiillere ilişkin 188, 190, 191, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 266, 267, 268, 269, 271, 272 ve 273 üncü maddeleri uyarınca cezalandırılırlar.” (5252 sayılı Kanunun 3/1. maddesine göre “yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılır.)

⁴⁹ “Birinci derece kara askerî yasak bölgede avlanan sanıkların eyleminin Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 23.06.2003 tarih ve 2003/24-24 sayılı kararında da belirtildiği gibi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 57 ve Türk Ceza Kanunu’nun 135. maddesinde düzenlenen suçun oluşturabilmesi için, sanıkların gizlilik içinde veya hile kullanarak sınırların güvenlik ve gizliliğini ihlal etme özel kastı ile hareket etmiş olması gerektiği, somut olayda sanıkların askerî tesislerin güvenlik ve gizliliğini ihlal etme özel kastının ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun asker olmayan kişilerin askerî mahkemelerde yargılanma koşullarını belirleyen 13. maddesi ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun Ek-6. maddesinde yazılı koşulların da bulunmadığı, bu haliyle eylemlerinin 2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nun 25. maddesinde düzenlenen suçun oluşturduğu ve yargılama görevinin adli yargı yerine ait bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi,” (7. CD 29.03.2007, 2005/2944 E., 2007/2125 K.)

⁵⁰ 6.3.2008 tarih ve 26808 sayılı *Resmî Gazete*.

olmazsa “askerî yasak bölgelere” karşı düzenlenen suçlar da geçerliliğini korumaktadır denilebilecek midir? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek zordur. Çünkü TCK’daki suç ancak “gizlice veya hile ile girme” özel kastıyla işlenebilirken, özel yasadaki suç için genel kast yeterlidir. 2565 sayılı Kanun’daki “askerî yasak bölgelere” yönelik eylemde devletin askerî yararı gereği girilmesi yasaklanmış olan yerlere “gizlice veya hile ile girmek” unsurunun varlığı halinde –özel yasadaki suç müeyyidesiz kaldığı için daha fazla ceza gerektirmese de- TCK’nın 332. maddesi uygulanabilecektir. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi devletin askerî yararı gereği değil de örneğin bir askerî tesis inşaatında kişilerin güvenliğini sağlamak amacıyla konulmuş giriş yasağının ihlâli bu suçun oluşturmayacaktır.

Kanunkoyucu isteseydi, TCK’daki düzenlemenin içine askerî yasak bölgelerin yanında askeri ve özel güvenlik bölgelerini de alır ve genel kastı da yeterli görerek özel yasadaki suçların büyük ölçüde yaptırımsız kalmasının önüne geçebilirdi. Yine isteseydi 170’den fazla ve birbiriyle ilgisiz farklı kanunda değişiklik yapan 5728 sayılı Kanun’la veya en geç 31.12.2008 tarihine kadar 2565 sayılı Kanun’da da uyum değişikliği yapabilirdi. Bütün bunlar yapılmadığına göre artık TCK’nın genel hükümlerinin, dolayısıyla 5. maddesinin etkisinin kabul edilmediği gerekmektedir.

Uygulamaya yansıdığı kadarıyla 2565 sayılı Kanun’a muhalefet suçları genellikle “gizlice veya hile ile girme” kastı olmadan balıkçılık veya çobanlık yapan vatandaşların askerî yasak bölgeye, askeri ve özel güvenlik bölgesine girmesi veya BOTAŞ, TÜPRAŞ gibi stratejik kuruluşlar nedeniyle özel güvenlik bölgesi ilan edilen yerlerde –ki şahısların tapulu yeri olabileceği gibi bu amaçla kamulaştırılan veya geçit hakkı tesis edilen yerler de olabilir- ekip biçme veya benzeri faaliyetlerde bulunma şeklinde tezahür etmektedir.

2.2. 26.2.2008 tarih ve 5740 sayılı Kanun⁵¹ ile 2565 sayılı Kanun’un

⁵¹ “5271 sayılı CMK’nın 5560 sayılı yasa ile değişik 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında değişiklik yapan 5728 sayılı Kanun’un 562. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması olanaklı hale geldiğinden, 5237 sayılı TCK’nın 7. maddesi gözetilerek, yasal koşullarının oluşup oluşmadığının saptanması ve sonucuna göre uygulama yapma görevinin de yerel mahkemeye ait bulunması zorunluluğu, Bozmayı gerektirmiş,” (7. CD 1.3.2010, 2008/9968 E., 2010/3376 K) Suç, 2565 sayılı Kanun’a muhalefettir.

“Güvenlik Bölgelerinde Uygulanacak Esaslar”ı düzenleyen 21. maddesine ek (e) bendi eklenmiştir;

“e) (Ek bent: 26/02/2008-5740 S.K./1.mad) Askeri güvenlik bölgesi olarak tespit edilen, Türk Silâhlı Kuvvetlerine ait kışla, kıta, karargah, kurum, ordugah gibi tesislerin, fotoğraf ve filminin çekilmesi, harita, resim ve krokinin yapılması, not alınması veya harita uygulaması gibi faaliyetlerde bulunulması, bölgenin savunma ve güvenlik tedbirlerini aksatacak, bozacak ve açıklayacak cihazlar kullanılması, bu amaçla görevlendirilmiş olanlar ile ilgili birlik komutanlığı tarafından izin verilmiş olanlar dışındakilere yasaktır.”

Bu değişikliğin TCK’ya uyum amacıyla yapıldığını söylemek güçtür. Öyle olsaydı yasanın onlarca maddesinin değiştirilmesi gerekirdi. Yapılan değişiklik daha önce 27.01.2004 tarih ve 5082 sayılı Kanun’la 2565 sayılı Kanunun 7-e ve 9-h maddelerinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenlemedir. Ancak değişikliğin amacına bakılmaksızın bunun 2565 sayılı Kanun’daki suç ve cezaya etkisi değerlendirilecek olursa şu söylenebilir:

2565 sayılı Kanun açısından TCK’nın 5. maddesinin hükmü henüz yürürlüğe girmeden 26.2.2008 tarih ve 5740 sayılı Kanun’la *askeri güvenlik bölgesi olarak tespit edilen*, Türk Silâhlı Kuvvetleri’ne ait kışla, kıta, karargah, kurum, ordugah gibi tesislere yönelik maddede belirtilen eylemler kanunla yasaklandığına göre artık TCK’nın 2. maddesine aykırı bir durum yoktur. Önceden olduğu gibi halen de “*askeri güvenlik bölgesi olarak tespit edilen*” 21. maddenin (e) bendinde sayılan yerlere –ki “*gibi tesisler*” ifadesiyle sayılanlarla sınırlı değil, benzeri tesislerin de bu kapsamda olduğu ifade edilmiştir– yönelik yasaklanan eylemler suçtur (21. maddenin (e) bendi yollamasıyla 26. madde kapsamında).

2565 sayılı Kanun kapsamındaki suçların tamamı veya bir kısmının TCK’nın 2 ve 5. maddelerinin hükmü karşısındaki durumuna ilişkin, daha doğrusu 551, 554, 555, 556 sayılı; Patent Haklarının..., Endüstriyel Tasarımların..., Coğrafi İşaretlerin..., Markaların korunması Hak-

“İddianame ile, sanıkların 9.11.2004 ve 4.5.2005 tarihlerinde askeri yasak bölgeye girdikleri belirtilerek ikişer kez cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmış olup, sanıkların hangi eylemleri için hüküm kurulduğu denetime olanak verecek şekilde gösterilip tartışılmadan, tek bir suç yönüyle yazılı şekilde karar verilmesi suretiyle hükmün karıştırılması, ... yasaya aykırı...”, (7. CD 01.12.2009, 2008/11041 E., 2009/14903 K.)

kında KHK'lardaki suçlara dair kararlarda belirtildiği gibi müeyyidesiz kaldığına ilişkin bir Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Ancak uygulamanın düşüncemizin aksi yönünde olduğu görülmektedir.⁵²

3. Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun

5728 sayılı Kanun'la 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da uyum amaçlı geniş kapsamlı değişiklikler yapılmasına rağmen⁵³ anılan Kanunun 134/2. maddesinde değişiklik sonrasında da bu Kanunda yazılı kurullar veyahut kurul başkanları tarafından *“alınan karar ve tedbirlerin uygulanmasını zorlaştırmak veyahut karar ve tedbirlerin neticesiz kalmasına sebebiyet vermek”* suçuna yer verilmiş, böylece Yüksek Seçim Kurulu, İl Seçim Kurulu, İlçe Seçim Kurulu, Sandık Kurulu gibi idari kurulların aldığı karar ve tedbirlere aykırı davranmak hapis cezası gerektiren suç olarak korunmuştur. Öğretide 134/2. maddedeki suçun unsurlarının yeterince açık olmaması nedeniyle hem belirlilik ilkesine aykırı, hem de gereksiz bir düzenleme olarak görülmektedir.⁵⁴

Diğer yandan aynı Kanunun 135. maddesindeki *“Bu kanunda yazılı kurulların çoğunlukla vermiş oldukları her çeşit kararlara riayet etmiyen kurul üyeleri, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* hükmünde 1 Haziran 2005 tarihinden bugüne kadar bir değişiklik yapılmaması nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nın 2/2. maddesindeki *“İdarenin düzen-*

⁵² Örneğin anılan Kanun'un 134/1. maddesindeki *“Seçim işlerinin cereyanı sırasında, seçimin düzenli yürütülmesini sağlamak maksadı ile, bu Kanunda yazılı kurullar veyahut kurul başkanları tarafından alınan karar ve tedbirlere, ihtara rağmen riayet etmeyenler”*e ... idari para cezası öngörülmüştür.

⁵³ “Bu madde, kurulların aldığı karar ve tedbirlerin uygulanmasını, “herhangi bir şekilde” zorlaştırmayı suç sayıyor. Ceza Kanunu'nun görevin kötüye kullanılmasını cezalandıran hükmü varken, bu tür hükümler gereksizdir. Öte yandan yasanın 138. maddesi “görevi savsama ve kötüye kullanma” başlığı altında Kanunun tabiki ile görevli veya bu Kanuna göre görevlendirilen kimseler görevlerini herhangi bir şekilde kötüye kullandıkları takdirde, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılacakları zaten hükme bağlanmıştır.” Alacakaptan, s. 31

⁵⁴ Maddede geçen kurullardan maksat Kanun'un 10. maddesinde geçen Yüksek Seçim Kurulu, İl Seçim Kurulu, İlçe Seçim Kurulu, Sandık Kurulu, Merkez İlçe Seçim Kurulu, Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu gibi idari kurullardır.

leyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" ilkesi karşısında yaptırımsız kalmıştır.⁵⁵ Maddede idari kurulların çoğunlukla (oyçokluğuyla) aldığı kararlara uymayan kurul üyeleri için hapis cezası öngörülmektedir.⁵⁶ Kanunkoyucunun maddede yasaklanan eylemi dolaylı olarak suç olmaktan çıkarmak istediği düşünülebilir. Çünkü 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinde ihtiyaç duyulmayan bir nizamname ve 57 kanunun çeşitli maddeleri –ki bunların içinde 298 sayılı Kanun'un 139 ve 178. maddeleri de bulunmaktadır– açıkça yürürlükten kaldırılmıştır.

4. 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 25. maddesinin a-1 ve 2 ile b-1 ve 2. fıkra ve bentlerine göre olağanüstü hal ilan edilen yerlerde;

- Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu Kanun veya diğer ka-

⁵⁵ "Fiilin neden cezalandırıldığı ve unsurlarının anlaşılabilirliği bir yana, kurulun oy birliği ile aldığı kararlara riayetsizliğin suç sayılmayışının nedeni de belli değildir." Alacakaptan, s. 3

⁵⁶ "Madde 25-a) Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilan edilen yerlerde;

1. Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu Kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenler, emirleri dinlemeyenler veya istekleri yerine getirmeyenler veya kimliklerine dair kasten gerçeğe aykırı bilgi verenler veya bilgi vermekten çekinenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca üç aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

2. Özel maksatla kamunun telaş ve heyecanını doğuracak şekilde asılsız, mübalağalı havadis ve haber yayan veya nakledenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca üç aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Eğer fiil, fail tarafından bir yabancı ile anlaşma sonucu işlenmiş ise hapis cezası bir yıldan ve adli para cezası otuzbin liradan aşağı olamaz. Bu suçlar basın ve yayın organları vasıtasıyla işlenirse fail ve mesulleri hakkında verilecek cezalar bir misli artırılarak hükmolunur.

b) Olağanüstü hal bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince ilan edilmesi hallerinde bu yerlerde;

1. Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu Kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenler, emirleri dinlemeyenler veya istekleri yerine getirmeyenler veya kimliklerine dair kasten veya gerçeğe aykırı bilgi verenler veya bilgi vermekten çekinenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

2. Bu maddenin (a) fıkrasının (2) nci bendine aykırı hareket edenler hakkında verilecek cezalar bir misli artırılarak hükmolunur."

nunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenler, emirleri dinlemeyenler veya istekleri yerine getirmeyenler veya kimliklerine dair kasten gerçeğe aykırı bilgi verenler veya bilgi vermekten çekinenler ile

- Özel maksatla kamunun telaş ve heyecanını doğuracak şekilde asılsız, mübalağalı havadis ve haber yayan veya nakledenler cezalandırılmaktadır.⁵⁷

Görüldüğü gibi 2935 sayılı Kanun'un 25. maddesinin a-1 ve b-1 fıkra ve bentlerinde düzenlenen *"kimliklerine dair kasten gerçeğe aykırı bilgi vermek veya bilgi vermekten çekinmek"* ve aynı maddenin a-2 ve b-2 fıkra ve bentlerindeki *"Özel maksatla kamunun telaş ve heyecanını doğuracak şekilde asılsız, mübalağalı havadis ve haber yaymak veya nakletmek"* eylemleri suç olarak düzenlenirken suçun unsurları kanunda gösterildiğinden suçta kanunilik ilkesi açısından bir sorun bulunmasa da maddenin a-2 ve b-2 fıkra ve bentlerinde sayılan unsurların *"suçta belirlilik- açıklık"* unsuru açısından sorunlu olduğu söylenebilir.

Aynı maddede yer verilen *"Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu Kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlerle aykırı hareket etmek, verilen emirleri dinlememek veya istekleri yerine getirmemek"* şeklindeki eylemlerin suç olarak düzenlenmesi suçta kanunilik (ve belirlilik) ilkesine aykırıdır. Çünkü normal bir zamanda suç, hatta kabahat teşkil etmeyen; temel hak ve özgürlüğün kullanılmasından ibaret olan bir eylem olağanüstü hal bölgesinde suç olabilmektedir. Olağanüstü hal ilan edilen il veya bölgede bölge veya il valisi tarafından her an seyahat ve yerleşim özgürlüğünü kısıtlayıcı, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını yasaklayıcı,⁵⁸ basın yayın faali-

⁵⁷ "Olağanüstü Hal Bölge Valiliğinin F tipi cezaevlerine yönelik protesto eylemleri hakkında verdiği yasaklama kararı getirilmeden ve bu kararın ilan edilip edilmediği araştırılmadan eksik araştırmaya dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi," (7. CD 14.07.2004, 2003/8875 E., 2004/9388 K., Tosun, Kerim / Artuç, Mustafa, *Özel Ceza Yasalarında Sulh Ceza Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 572).

⁵⁸ "2935 sayılı Kanun'a göre bölge valisi veya il valisi tarafından bu kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenlerin, emirleri dinlemeyenlerin aynı Kanun'un 25/B-1. maddesi uyarınca cezalandırılacağı hükme bağlanmış ise de, çakı bıçağının bulundurulması, taşınması bizatihi suç teşkil etmediği, 2935 sayılı Kanun'da da müsadereye dair bir hükümde bulunmadığı tedbir niteliğindeki taşıma bulundurma yasağı ile TCK'nın 36. maddesindeki (bulundurulması) tabirini aynı nitelikte saymanın mümkün ol-

yetlerini engelleyici tedbirlerin alınması, taşıma ruhsatlı silahların hatta silahtan sayılmayan çakı bıçaklarının taşınmaması⁵⁹ yönünde emirlerin verilmesi ya da vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlükleri içeren isteklerde (2935 SK. m. 2) bulunulması mümkündür.⁶⁰ Bu tedbir, emir veya isteklerin bölgede duyurulması da suçta kanunilik niteliği kazandırmaz.

Dolayısıyla mevcut düzenleme 5237 sayılı TCK'nın 2 ve 5. maddeleri hükmü karşısında 1.1.2009 tarihinden itibaren geçersiz hale gelmiştir.

Aynı şekilde, 15.12.1990 tarih ve 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁶¹ 6 ve 7. maddelerindeki ceza hükümlerinin uygulanabilirliği kalmamıştır. Yukarıda 551, 554, 555, 556 sayılı KHK'larla ilgili olarak yapılan açıklama ve Yargıtay Kararları burada da geçerlidir.

SONUÇ

Kanunkoyucu "*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi*"ni yeni TCK'da daha önemli bir şekilde vurguladığından uygulamanın da tavizsiz bir şekilde olması gerekmektedir. Ancak 5 yıllık uygulamanın sonunda görü-

mayacağı bu maddeye göre müsadereye tabi tutulan eşyanın kendisi bizatihi cürüm veya kabahat nev'inde bir suçun konusu olması gerekeceği cihetle, bıçağın TCK'nın 36.maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırıdır." (7. CD 11.10.1990, 6799 E., 10558 K.)

⁵⁹ Bkz. 10.7.1987 tarih ve 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4, 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği Ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında KHK'nin 1, 2, 3. maddeleri.

⁶⁰ 16.12.1990 tarih ve 20727 sayılı *Resmî Gazete*.

⁶¹ Aynı KHK'nın 8. maddesinde yer alan "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve olağanüstü hal bölgesi dahilindeki il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı bunlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Kişilerin sebpsiz uğradıkları zararlardan dolayı Devletten tazminat talep etme hakları saklıdır" hükmü, özel soruşturma usulüne ilişkin usul kuralı olduğundan ve CMK'da TCK'nın 5. maddesine benzer bir düzenleme bulunmadığından geçerliliğini sürdürmektedir.

nen odur ki kanunkoyucu şimdiden bu ilkeyi önemli ölçüde göz ardı etmiş veya çeşitli gerekçelerle bile bile kanunilik ilkesine aykırı hükümlere yer vermiştir. Böyle giderse durum eskisinden farklı olmayacak, her özel yasanın kendine mahsus hükümleri olacaktır. Ancak yukarıda birkaçına yer verilen Anayasa Mahkemesi Kararları gözetildiğinde bunun kolaylıkla olmayacağı anlaşılmaktadır.

Çağdaş ceza hukuku belirsiz, muğlak, keyfiliğe yol açacak gevşek suç modellerine, ... objektif sorumluluğun her şekline ... sırtını dönmek durumundadır. Unutulmamalıdır ki, yasa koyucunun tipe ve yasaya uygun olduğu için her eylemin suç sayılıp cezalandırılabilceği yolunda bir yetkisi olmamalıdır.⁶²

Ayrıca temel ceza kanunlarının değiştirilmesinde gösterilen duyarlılığın özel yasalara gösterilmediği, *değiştirilmesi gereken onlarca özel yasanın bulunduğu* ve bu nedenle uygulamada birçok sorunla karşılaştığı gerçeğinden hareketle bir an önce özel yasalarda uyum amaçlı değişikliklerin tamamlanması gerekmektedir.⁶³

KAYNAKLAR

Alacakaptan, Uğur, "Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar Ya Da Öteki Ceza Hukuku", 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, Ankara.

Altıntaş, Ömer Faruk, "Avrupa Birliği'ne Aday Ülke Olarak Türkiye'de AB Uyum Yasalarının İç Hukuka Etki ve Katkısı". (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/AB%20uyum%20yasalarinin%20iç%20hukuka%20etkisi%20ve%20katkisi%2025%20Aralık%202008%20-%20OFA.pdf>). E.T.:1.3.2009)

Bakıcı, Sedat, 5237 S.K. *Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

⁶² Alacakaptan, s. 18

⁶³ 2820 sayılı Siyasi Partiler K., 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri K., 2918 sayılı Karayolları Trafik K., 2935 sayılı Olağanüstü Hal K., 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele K., ...gibi.

- Mahmutoğlu, Fatih Selami, *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, TBB yayını, Raporlar, Ankara
- Özbek, Veli Özer, *Yeni TCK'nın Anlamı (Gazi Şerhi)*, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara, 2006
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer; *TCK Yorumu*, I. Cilt, Ankara 2007.
- Taner, M. Tahir, *Ceza Hukuku -Umumi Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından: 434, Hukuk Fakültesi: 95, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1949.
- Uğur, Hüsamettin, "5237 Sayılı TCK'nın 5. Maddesi ve 5728 sayılı Kanununun Getirdikleri", *Terazi Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 19, Mart 2008.
- Uğur, Hüsamettin, "Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanuna Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 85, Kasım-Aralık 2009.
- Uğur, Hüsamettin, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları ve 5833 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Kapsamındaki Suçlar", *Terazi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 31, Mart 2009.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Şubat 2010.