

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 18

Sayı: 1

Yıl: 2010

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 18

Sayı: 1

Yıl: 2010



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt (Volume): 18 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2010

Sahibi :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Doç. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA
Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05

İnternet: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr> e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ TUBİTAK – ULAKBİM – HUKUK VERİ TABANINDA TARANMAKTADIR.

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

ÇEVREYE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR (TCK m. 181, 182) 9
Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZEN

VERGİ SUÇ VE KABAHAHATİ KAVRAMI, 4369 SAYILI YASA
ÖNCESİNDEN GÜNÜMÜZE YÜRÜRLÜKTEKİ VERGİ
SUÇLARI-KABAHAHATLERİ VE CEZALARI.....45

Yrd. Doç. Dr. Hasan TÜRKAL
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Sena EKİCİ
Yrd. Doç. Dr. Mahmut İNAN

KÜRESELLEŞME VE SOSYAL DEVLET85
Arş. Gör. Ali Tarık GÜMÜŞ

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN ULUS-DEVLET
EGEMENLİĞİNE ETKİSİ.....147

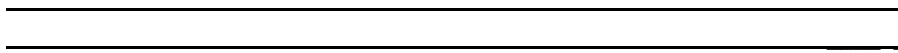
Arş. Gör. Dr. Selcen ERDAL

ÖZEL HUKUK

MARKA TESCİLİNDEN DOĞAN HAKLARLA İLGİLİ
HUKUKİ İŞLEMLER.....209

Mücahit ÜNAL

Makaleler



Kamu Hukuku

ÇEVREYE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR (TCK m. 181, 182)

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZEN *

ÖZET

Çevreye karşı işlenen suçlar, ilk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırım ile yaptırım altına alınmıştır. Bu nedenle, ceza hukuku anlamında ilk pozitif düzenleme özelliği taşımaktadır. Çevreye karşı işlenen suçlar, TCK'nun 181. ve 182. maddelerinde düzenlenmiştir. 181. maddede, suçun kasten işleniş şekli, 182. maddede ise taksirle işleniş şekline yer verilmiştir. Çalışmamızda, bu iki suç tipi, suçun unsurları ve bu suçlara öngörülen yaptırım incelenecektir.

ANAHTAR KELİMELEER: Çevre, atık, artık, toprak, su, hava.

OFFENCES AGAINST ENVIRONMENT (TCK Act. 182, 182)

ABSTRACT

Crimes against the environment, for the first time in the Turkish Criminal Code No. 5237 restricting freedom has been under sanctions by criminal sanctions. Therefore, in the sense of criminal law has the characteristics of the first positive regulation. Crimes against the environment, law 181 and 182 the articles is organized into two articles. 181 in article, the shape of the crime intentionally handling, 182 in the shape of the crime of negligence are included. In our study, these two crime types, the elements of crimes and the prescribed sanctions for these crimes will be investigated.

KEYWORDS: Environment, waste, now the soil, water, air.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I – ÇEVRENİN KASTEN KİRLLETİLMESİ

A – Genel Olarak

Çevre, insanlığın en geniş anlamda evidir. Ancak, günümüzde gerek insanoğlun nüfusundaki artış ve buna bağlı olarak da ekonomik gelişme ve bunun doğurduğu kirlilik gerekse de insanlığın çevreye olan dikkatsizliği neticesinde bu en geniş anlamdaki ev, artık kokmaya başlamıştır. Bu durum fark edilmeye başlandıktan sonra uluslararası alanda birçok sözleşmeler yapılmıştır. Yine bu bağlamda bu soruna dikkat çekmek ve bu sorunun çözümüne katkı sağlamak için uluslararası örgütler kurulmuştur. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, çevre sorununun çözümü tek boyutlu önlemlerle çözülemez. Bu sorunun birden çok ayağı bulunmaktadır. İlk önce, bu konuda istisnasız bütün Devletlerin ortak uzlaşma içinde bulunması gerekmektedir. Bu uzlaşma somut adımlarla desteklenmelidir. Yani, bağlayıcı sözleşmeler yapılmalıdır. Daha sonra ise, bu uluslar arası sözleşmeler iç hukuka yansıtılmalıdır. İkinci olarak da, çevrenin korunması ve geliştirilmesi için eğitime ağırlık verilmelidir. Üçüncü olarak da, Ceza Kanunlarında çevre hakkı bağımsız bir başlık altında ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek etkili yaptırımlar getirilmelidir¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 181. ve devamı maddelerinde ilk defa çevrenin korunmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümleri incelemeye geçmeden önce, bu konuda uluslararası sözleşmelere, Anayasadaki düzenlemelere yer verilecektir.

B – Uluslar arası Sözleşmelerde Çevrenin Korunması

Çevrenin korunmasına yönelik uluslararası alanda çok sayıda sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşmelerden bazılarını Türkiye taraf olmuştur. Burada çevre hukukuna ilişkin uluslararası alanda yapılan tüm sözleşmeler değinmek yerine Türkiye'nin taraf olduğu çevre hukukuna ilişkin uluslar sözleşmelere değinilecektir.

Türkiye, çevre hukukuna ilişkin uluslararası alanda yapılan sözleşmelerden aşağı belirtilen sözleşmelere taraf olmuştur; 'Akdeniz Genel Balıkçılık Konseyi Kurulması Hakkında Anlaşma (Değişik), Roma

¹ ULUSOY, Ali Dursun; Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine İlişkin Genel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 43, Sayı 1- 4, 1993, s. 133.

1949 (Türkiye R.G. 7.7.1967, sayı12641). Kuşların Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme, Paris 1959 (Türkiye R.G. 17.12.1966, sayı12480). Avrupa ve Akdeniz Bitki Koruma Teşkilatı Kurulması Hakkında Sözleşme(Değişik), Paris 1951 (Türkiye 10.8.1965). Nükleer Enerji Sahasında Hukuki Mesuliyete Dair Sözleşme(29.1.1960 ve onu değiştiren 28.1.1964 tarihli ek Protokol) (Türkiye R.G. 13.6.1967, sayı 12620). İşçilerin İyonize Edici Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında Sözleşme, Cenevre 1960 (Türkiye 15.11.1969). Atmosferde, Uzayda ve Sualtında Nükleer Silah Deneylerini Yasaklayan Sözleşme, Moskova 1963 (Türkiye R.G. 13.5.1965, sayı1997). Devletlerin Ay ve Öteki Gök Cisimleri Dahil Uzayın Keşfi ve Kullanımı Faaliyetlerini Düzenleyen İlkelerle İlişkin Anlaşma, Londra, Moskova, Washington D.C. 1967, (Türkiye R.G. 1.6.1968, sayı12913). Uçakların Gürültüsü Konusunda Uluslararası Standartlar ve Tavsiye Edilen Uygulamalar 1971. Hayvanların Uluslararası Nakliye Sırasında Korunması Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Paris 1968 (Türkiye 20.2.1971). Nükleer Silahların ve Öteki Toplu Tahrip Silahlarının Deniz Yataklarına, Okyanus Tabanı ve Bunların Altına Yerleştirilmesinin Yasaklanması Hakkında Antlaşma, Londra, Moskova, Washington D.C.(Türkiye 19.10.1972). Bakteriyolojik (Biyolojik) ve Toksik Silahların Geliştirilmesi, Üretimi ve Depolanmasının Yasaklanması ve Tahribi Hakkında Sözleşme, Londra, Moskova, Washington D.C. 1972 (Türkiye R.G. 5.11.1975). Balina Avcılığının Tanzimi Hakkında Mukavelename 24.9.1931 (Türkiye R.G. 8.11.1934, sayı 2399). Avrupa Kültür Anlaşması19.12.1954 (Türkiye R.G. 17.6.1957, sayı 9635). Silahlı Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme ve Ekleri 14.4.1954 (Türkiye R.G. 8.11.1965, sayı 12145). Dünya Kültür ve Tabiat Mirasının Korunması Hakkında Sözleşme, Paris 1972 (Türkiye R.G. 14.2.1983, sayı 17959). Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Doğal Yaşama Ortamlarının Korunması Sözleşmesi, Bern 1979 (Türkiye R.G. 20.2.1984, sayı 18318). Uluslararası Enerji Programı Anlaşması, Paris 1974 (Türkiye 4.5.1981). Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi, Barselona 1976 (Türkiye R.G. 12.6.1981, sayı 17368). Akdeniz'in Gemi ve Uçaklardan Vaki Olan Boşaltmalarla Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Protokol, Barselona 1976 (R.G. 12.6.1981, sayı 17368). Akdeniz'in Kara Kökenli Kirleticilere Karşı Korunması Hakkında Protokol, Atina 1980 (Türkiye R.G. 18.3.1987, sayı 19404). Akdeniz'de Özel Olarak Korunan Alanlara

Ait Protokol, Cenevre 1982,(imza tarihi 6.11.1986) (R.G. 23.10.1988, sayı 19968). Fevkalade Hallerde Akdeniz'in Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirilenmesinde Yapılacak Mücadele ve İşbirliğine Ait Protokol, (R.G. 12.6.1981, sayı 17368). Uzun Menzilli Sınırlarötesi Hava Kirliliği Sözleşmesi, Cenevre 1979 (Türkiye R.G. 23.3.1983, sayı 17996) Avrupa'da Hava Kirleticilerinin Uzun Menzilli Aktarımlarının İzlenmesi ve Değerlendirilmesi İçin İşbirliği Programının (EMEP) Uzun Vadeli Finansmanına Dair 1979 Uzun Menzilli Sınırlarötesi Hava Kirilenmesi Sözleşmesi'ne ek Protokol, Cenevre 1984 (R.G. 23.7.1985, sayı 18820). Nükleer Kaza Halinde Erken Bildirim Sözleşmesi, Viyana 26.9.1986 (R.G. 3.9.1990, sayı 20624). Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşınımının ve İmhasının Kontrolü Sözleşmesi, Basel 22.3.1989 (R.G. 15.5.1994, sayı 21935). Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirilenmesini Önleme Sözleşmesi (MAR-POL 73/78), (13.9.1989 tarih ve 89/14547 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı)(R.G. 24.6.1990, sayı 20558). Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi ve Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü, (R.G. 8-9.9.1990, sayı 20629). Londra Değişiklikleri (28 Aralık 1994 tarih ve 22155 sayılı Resmi Gazete). Kopenhag Değişiklikleri (28 Eylül 1994 tarih ve 20629 sayılı Resmi Gazete). Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Rio de Janeiro, 5.6.1992 (27 Aralık 1996 tarih ve 22860 sayılı Resmi Gazete). Karadeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi, 1992(R.G. 6.3.1994, sayı 21869). Karadeniz Deniz Çevresinin Kara Kökenli Kaynaklardan Kirlenmeye Karşı Korunmasına Dair Protokol,1992 (R.G. 6.3.1994, sayı 21869). Karadeniz Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirilenmesine Karşı Acil Durumlarda Yapılacak İşbirliğine Dair Protokol, 1992 (R.G. 6.3.1994, sayı 21869). Karadeniz Deniz Çevresinin Boşaltmalar Nedeniyle Kirilenmesinin Önlenmesine İlişkin Protokol, 1992 (R.G. 6.3.1994, sayı 21869). Özellikle Su Kuşları Yaşama Alanı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme (RAMSAR), (R.G. 17.5.1994, sayı 21937). Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi, Aralık 1994, Paris (21 Kasım 1996 tarihinde Çevre Komisyonunda kabul edildi. TBMM gündeminde olup henüz onaylanmadı). Antarktika Antlaşması, (R.G.18.9.1985, sayı 22408)(3.8.1995 tarih ve 244 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı). CITES Nesli Tehlikede Olan Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine ilişkin Sözleşme (20 Haziran 1996 tarihli Resmi Gazete)'

C – Anayasal Boyutu

Çevre, Anayasanın 56. maddesinde, ‘Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir’ şeklinde düzenlenmiştir.

D – Çevre Hukukunun Tarihi Gelişimi

Çevre, günümüz dünyasında gittikçe önemi artan bir unsur haline gelmiştir. Bunda, çevreye ilişkin günümüze kadar etkili bir önlemin alınmamış olmasının etkisi büyüktür.

İnsanlığın ortak evi olan çevrenin korunması ve geliştirilmesi için son zamanlarda etkili çalışmalar yapılmaktadır. Ancak, daha önceleri çevrenin ihmal edilmiş olması, bu etkili çalışmanın kısa zaman içinde istenilen yararı elde etmeye yetmeyeceği açıktır.

Çevre tüm dünyanın ortak evi olması nedeniyle, belirli bir ülkeyle sınırlı değildir. Bu nedenle de, öncelikli olarak uluslararası alanda ortak bir çalışmaya ihtiyaç duyulmaktadır.

Çevre soruna ilişkin olarak uluslararası alanda yapılan ilk çalışma, 1913 yılında yapılan Bern Konferansıdır. Bu konferansı 1923 yılında Paris ve Londra’da yapılan konferanslar izlemiştir. 1965 yılında Birleşmiş Milletlerin ihtisas kuruluşlarıyla bağlantılı danışma kurulları kurulmuştur. 1970 yılında Tabiatın Korunması Hakkında Avrupa Konferansı düzenlenmiştir.

Uluslararası alanda, çevre hakkının dile getirildiği ilk toplantı Birleşmiş Milletler Çevre ve İnsan Konferansı’dır. (Stockholm 1972) Stockholm Konferansı, çevre sorunlarına yönelik politika arayışlarında bir ilktir.

Avrupa Birliği Konseyi, 27.01.2003 tarih ve 2003/80/JHA sayılı Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında Yönergeyi kabul etmiştir. Bu yönergede yer alan hükümler, birçok Avrupa Birliğine üye devlet tarafından iç hukukta ceza kanunlarına yansıtılmıştır.

Ülkemiz açısından bakıldığında, çevre hakkı 1982 Anayasasının 56. maddesinde düzenlenmiştir. Daha sonra 09.08.1983 tarihinde 2872 sayılı Çevre Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanununa istinaden birçok Yönetmelik, Genelge ve Tebliğ kabul edilmiştir. 2872 sayılı Kanun, 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Kanun ile tekrar gözden geçirilerek çevre

kirliliğine neden olduğu tespit edilen kurum, kuruluş ve işletmelere ağır yaptırımlar getirilmiştir. Yani, 2872 sayılı Çevre Kanununda idari yaptırımlar öngörülmüştür.

İdari yaptırımlar, çevrenin korunması bakımından etkili bir yaptırım değildir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda bazı maddelerde dolaylı olarak cezai yaptırımlar getirilmişti². Ancak, doğrudan doğruya bağımsız bir başlık altında ilk kez, 01.01. 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 181 ve devamı maddelerinde çevreye karşı işlenen fiiller suç kabul edilmiştir. Çevre hakkına ilişkin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na kadar süre içinde bağımsız ve ayrıntılı bir düzenlemenin bu gününe kadar yapılmamış olması oldukça düşündürücü ve bir o kadar da hatadır³.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile çevre hakkının bağımsız bir başlık altında cezai yaptırım ile korunması oldukça yerinde olmuştur⁴. Ancak, bu yeterli değildir. Teknoloji ve sanayideki gelişmeler ışığında çevre hakkına ilişkin birçok hakkın koruma altına alınması gerekecektir.

E – Korunan Hukuksal Değer

Çevreye karşı işlenen suçlarda korunan hukuki değer, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır. Nitekim bu husus; hem Anayasanın 56. maddesinde, 'Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir', hem de madde gerekçesinde, 'çevrenin kasten kirlenmesi

² 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'un İkinci Kitabında Umumun Sıhhatine, Yiyecek ve İçecek Şeylere Mütaallik Cürümler başlığı altında 394. maddede, 'Halkın içeceği sulara ve yiyeceği veya içeceği her çeşit şeylere zehir katarak ve sair suretle bozarak umumun sıhhatini tehlikeye düşüren kimse beş yıldan onbeş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır' şeklinde düzenlenmişti.

³ TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku ve Çevre, Ankara, 1982, s. 13.

⁴ ERMAN, R. Barış; TCK Tasarısında Çevre Suçları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 2, Sonbahar 2004, s. 188.; ÜLKÜ, Muhammet Murat; Çevreye Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/25.12.2009, s. 1.; YILMAZ, Şenol; Çevre Suçları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/25.12.2009, s. 1.

fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Böylece, kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakları korunmuş olmaktadır' şeklinde belirtilmiştir⁵.

F - Suçun Unsurları

Suçun unsurlarına geçmeden önce, suçun unsurları konusunda öğretilerde bu konuda fikir birliğinin bulunmadığını ifade etmek gerekir. Suçun unsurları konusu, suçun yapısına ilişkin felsefi (kuramsal) bir tartışma konusu olup, inceleme konumuz açısından fazla bir öneme sahip olmadığı için bu konudaki farklı görüşler olduğuna değinmekle yetineceğiz. Çünkü, somut bir suç tipi veya bazı suç tipleri incelenirken, suçun yapısına ilişkin genel ve soyut tartışmalardan ziyade söz konusu suç tipindeki düzenlemeye değinmek gerekir. Bu nedenle bu konudaki tartışmalar uzun uzadıya yer vermek inceleme konumuzun amacını aşacaktır⁶.

⁵ ŞEN, Ersan; Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1994, s. 115. Alman hukukunda çevre suçlarında birden çok hukuksal değer korunduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle, çevre suçlarında bir yandan insan hayat ve sağlığı diğer yandan da su, hava ve toprağın korunduğu ileri sürülmektedir. ÜNVER, Yener/NUHOĞLU, Ayşe; Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1999, s. 123. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, aynı zamanda su, hava ve toprağın da korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, bu ifade daha geniş bir anlama sahiptir. Ayrıca, su, hava ve toprak canlı bir varlık olmadığı için, korunması gereken bir haktan bahsetmek güç olacaktır.

⁶ Öğretilerde bazı yazarlar suçun unsurlarını; Maddi unsur (hareket – netice – nedensellik bağı), Manevi unsur (kast – taksir), Hukuka aykırılık şeklinde kabul etmektedir. TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2005, s. 111 vd.; Bazı yazarlar, Maddi unsur (hareket – netice – suçun konusu), Manevi unsur (kast – taksir) ve Hukuka aykırılık unsuru şeklinde kabul etmektedir. SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 221vd.; Bazı yazarlar, Tipiklik, Maddi unsur (hareket – netice – nedensellik bağı), Hukuka aykırılık, Kusurluluk (kast – taksir) şeklinde kabul etmektedirler.; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005, s. 231 vd.; Bazı yazarlar, Tipiklik, Maddi unsur (hareket – netice – nedensellik bağı), Manevi unsur (kast – taksir), Hukuka aykırılık şeklinde kabul etmektedirler. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s. 37 vd.; Bazı yazarlar, Tipiklik, Maddi unsur (hareket – netice – nedensellik bağı), Manevi unsur (kast – taksir), Hukuka aykırılık şeklinde kabul

1) Maddi Unsuru

Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu, TCK'nun 181. maddesinde, '(1) İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır. (4) Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi hâlinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. (5) Bu maddenin iki, üç ve dördüncü fıkrasındaki fiillerden dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur' şeklinde düzenlenmiştir.

etmektedir. HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 115 vd. Bazı yazarlar, Fiil/Maddi unsur (Hareket – Netice Nedensellik bağı), Hukuka uygunluk nedenleri, Kusurluluk (kast, taksir) şeklinde kabul etmektedirler. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s. 193 vd.; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara, 2006, s. 411 vd.; Bazı yazarlar, Maddi unsur (hareket – netice – nedensellik bağı – fail – mağdur – suçun konusu), Manevi unsur (kast – taksir) ve Hukuka aykırılık unsuru şeklinde kabul etmektedir. ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 153 vd.; Bazı yazarlar, Tipiklik ve Hukuka aykırılık olarak görmekte ve tipikliği maddi (Fail, Mağdur, Hareket, Netice, Nedensellik Bağı) ve Manevi (Kast, Taksir) şeklinde kabul etmektedirler. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 144 vd.; Bazı yazarlar, Tipiklik (Fiil (hareket, Netice, Nedensellik Bağı), Hukuka aykırılık, Kusurluluk (Kast, Taksir) şeklinde kabul etmektedir. DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 193 vd.;

Bu düzenlemeye göre, Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu'nun maddi unsurları, 'Atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten vermek' ve 'Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokmak'tır.

a) Atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten vermek

Atık, 2872 sayılı Çevre Kanununun 2. maddesinde, 'Herhangi bir faaliyet sonucunda oluşan, çevreye atılan veya bırakılan her türlü madde' şeklinde tanımlanmıştır.

Artık; artık kelimesi çevre sözlüğünde tanımlanmamıştır. Kanunda artık kelimesi ile atık kelimesi arasında veya bağlacı kullanılmıştır. Bu nedenle, artık veya atık suçun maddi konusu olarak birbirinin yerine kullanılabilir. Ancak, mutlaka tanımlama yapmak gerekirse; kullanım sonucunda artan ve artık kullanılmamak üzere elden çıkarılan her türlü maddeye artık denilebilir.

TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrasındaki maddi unsur dikkate alındığında, suçun oluşabilmesi için, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten vermek yeterlidir. Bu nedenle bu suç, somut tehlike suçudur⁷. Çünkü, kanunda, 'çevreye zarar verecek şekilde' ifadesine yer

⁷ Suçun oluşması için zararın meydana gelmesinin gerektiği suçlara zarar suçu denilir. Zarar suçlarında, korunan hukuki yarara zarar verilmesi gerekir. Örneğin insan öldürme suçu gibi. Suçun oluşması için zarar tehlikesinin doğmasının gerektiği suçlara tehlike suçları denilir. Tehlike suçlarında, korunan hukuki yararın tehlikeye sokulması gerekir. Tehlike suçları da kendi içinde somut ve soyut tehlike suçu olarak ikiye ayrılırlar. Somut tehlike suçu; suçun oluşması için suç ile korunan hukuki yararın gerçek anlamda tehlikeye sokulmasını ifade eder. Zarar tehlikesi oluşmalıdır. Tehlikenin oluşup oluşmadı varsayıma dayanmaz. Araştırılması gerekir. Somut tehlike suçu, neticeli suçtur. Örneğin, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme suçu gibi. Soyut tehlike suçu; suçun oluşması için suç ile korunan hukuki yararın bir tehlikeye sokulmasının gerekmediğini ifade eder. Tehlikenin oluşup oluşmadı varsayıma dayanır. Soyut tehlike suçları neticesi harekete bağlı (şekli suçlardır. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 260 vd.; HAKERİ; (2009), s., 143.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 231.; ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Ankara, 2005, s. 129.; ÖZGENÇ; (2006), s. 187 vd.

verilmiştir. Suçun oluşması için bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir. Ancak, 4. fıkrada belirtildiği gibi, suçun işlenmesi sonucu, ‘insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine’ neden olunması halinde zarar suçu oluşacaktır.

Bu fıkrada belirtilen suç, neticesi harekete bitişik (ani/şekli) suçtur. Çünkü kanunda öngörülen hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşmektedir⁸. Bu nedenle bu fıkradaki suç, kesintisiz suç değildir. Neticesi harekete bitişik veya ani suç ile kesintisiz suç birbirlerinden farklıdır. Neticesi harekete bitişik suçta, neticenin gerçekleşmesiyle birlikte suç tamamlanmaktadır. Neticenin devam etmesi suçun tamamlanmasına engel değildir. Yani, netice gerçekleştiği anda suç hem tamamlanmakta hem de sona ermektedir. Kesintisiz suçlarda ise, netice gerçekleştiği anda suç hem tamamlanmakta, ancak, devam eden neticenin devamının son bulması anında suç sona ermektedir⁹. Bu nedenle, TCK’nun 181. maddesinin 1. fıkrasına göre, ‘atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten vermek’le suç hem tamamlanmakta hem de sona ermektedir.

Suç, icrai hareketle işlenebileceği gibi ihmali hareketle de işlenebilir. Örneğin, tarım ilaçlarının ilaçlama bittikten sonra akarsuya dökülmesi icrai bir harekettir. Yine, kanun yürürlüğe girdiği andan önce kanun ve diğer mevzuata aykırı bir şekilde çevreye atılan işletme atıklarının kanun yürürlüğe girdikten sonra kesilmeyerek devam ettirilmesi ihmali bir harekettir. Aynı şekilde, bir işletmeden kanun ve diğer mevzuata aykırı bir şekilde çevreye atık veya artıkların atıldığını gören işletme sahibinin, bu andan itibaren kasten bu fiili önlememesi, ihmali hareketle suçun işlenmesi anlamına gelecektir.

⁸ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I, İstanbul 1999, s. 381.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2006), s. 433.; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; (2010), s. 214, 117-218.; HAKERİ; (2009), s., 144.

⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; (2010), s. 214.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 264.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2006), s. 434.; HAKERİ; (2009), s., 144, 145.; ÖZBEK; (2005), s. 129.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2009), s. 153.; ÖZGENÇ; (2006), s. 160. Yazara göre, kesintisiz suçlarda devam eden netice değil, harekettir.

Suç, serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle, suçun maddi unsuru her türlü şekilde gerçekleştirilebilir¹⁰.

b) Atık veya Artıkları İzinsiz Olarak Ülkeye Sokmak

TCK'nun 181. maddesinin 2. fıkrasında, 'atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokma' fiili suç olarak kabul edilmiştir. Burada önemle belirtmek gerekir ki, bu fıkra hükmü ile 1. fıkra hüküm arasında tam anlamıyla cezayı artıran nitelikli hal ilişkisi bulunmamaktadır¹¹. Ancak, bu fıkra suçun maddi konusunu oluşturan 'atık veya artıklar' konusunda 1. fıkraya göndere yapılmaktadır. Yani, suçun konusunda 1. fıkraya gönderme yapılmaktadır. Sonuç olarak, uygulanacak yaptırım açısından cezayı artıran nitelikli hal söz konusu olmasa da, suçun konusuna yapılan gönderme gereği 1. fıkradan tamamen bağımsız olduğu söylenemez. Bu nedenle nitelikli hal sayılması gerekir. Aksi yönde yorum, kanun koyucunun amacına aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun 'atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokma' fiili şeklinde işlenmesi de neticesi harekete bitişik

¹⁰ ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 47.; HAKERİ; (2009), s., 133.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 213.; ÖZGENÇ; (2006), s. 158.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2006), s. 433.

¹¹ Öğretide TECZAN/ERDEM/ÖNOK, benzer bir düzenleme olan TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunda, 102. maddenin 2. fıkrasının 1. fıkranın cezayı artıran nitelikli hali değil, bağımsız bir suç olduğu görüşündedirler. Yine yazarlar, TCK'nun 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda, 134. maddenin 2. fıkrasının 1. fıkranın cezayı artıran nitelikli hali değil, bağımsız bir suç olduğu görüşündedirler. TECZAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 285 – 470. SOYASLAN, TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunda, 102. maddenin 2. fıkrasının 1. fıkranın cezayı artıran nitelikli hali olduğu görüşündedir. SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005, s. 176.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunda, 102. maddenin 2. fıkrasının 1. fıkranın cezayı artıran nitelikli hali olduğu görüşündedirler. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, s. 142.

(şekli/ani) suçtur. Bu nedenle, atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulmasıyla suç tamamlanacaktır. Neticesi harekete bitişik (şekli/ani) olma nedeniyle, kesintisiz suç özelliği göstermemektedir.

Bu fıkra hükmü, somut tehlike suçudur. Suçun oluşması için suç ile korunan hukuki değer tehlikeye girmesi gerekmektedir. Bu bir değerlendirmeyi gerektirir. Suç ile korunan hukuki değer, 'sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı' olduğuna göre, somut olayda bu hakkın tehlikeye girip girmediğine hâkim karar verecektir.

Bu fıkra hükmü, hem icrai hem de ihmali şekilde işlenebilir. Bu kapsamda, bir kişinin atık veya artık yüklü bir gemiyi Türkiye'ye karasuları sınırları içine sokması halinde icrai, sahil güvenlik komutanlığında görevli olan bir yetkilinin böyle bir geminin Türkiye'ye karasuları sınırlarına girmekte olduğu ihbarını almasına rağmen engel olmaması halinde ihmali hareketle bu fıkra hükmü işlenmiş sayılacaktır.

Ülke kelimesi, hem gerçek hem de farazi anlamda ülke şeklinde anlaşılmalıdır. Sadece gerçek anlamda anlaşılması, maddenin hem uygulama alanını daraltacaktır. Bu durumda ise, suç ve suçlulukla mücadele etkili olmayabilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, atık veya artıklar konusunda sınırlama getirilmediği için her türlü (Tehlikeli atıklar, Tıbbi atıklar, Atık pil ve Akümülatörler, Atık madeni yağlar, PCB ve PCT içeren atıklar, Katı atıklar, Ambalaj atıkları, Bitkisel yağ atıkları, Ömrünü tamamlamış lastik atıkları, Hafriyat ve inşaat atıkları, Geri dönüşüm vb.) atık veya artıklar bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

c) Atık veya Artıkların Toprakta, Suda veya Havada Kalıcı Özellik Göstermesi

TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasına göre, atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde 1. ve 2. fıkralarda belirtilen cezalara iki katına kadar artırılacaktır.

Bu fıkroda, uygulanacak cezanın artırımı konusunda hâkime takdir hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle, emredici hüküm özelliği gösterdiği için hâkim, koşulların gerçekleşmesi halinde cezayı iki katına kadar artırmak zorundadır.

Bu fıkra hükmünün hukuki niteliği üzerinde durmak gerekmektedir. Çünkü, bu fıkra hükmünün nesnel cezalandırma koşulu

mu yoksa cezayı artıran nitelikli hal mi olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Nesnel (objektif) cezalandırma koşulu; suçun tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra fail hakkında cezanın uygulanabilmesi için aranan koşuldur¹². Somut tehlike suçlarında, suçun kanunda belirtilen fiilinin işlenmesi yanı sıra failin cezalandırılabilmesi için somut tehlikenin gerçekleşmesi gerekir¹³.

Failin cezalandırılması için, nesnel (objektif) cezalandırma koşulu bakımından failin kast veya taksir derecesinde kusuru bulunmasına gerek yoktur¹⁴.

Nesnel (objektif) cezalandırma koşulu geneldir. Ancak, kişisel cezasızlık nedeni özeldir. Kimde bulunursa sadece o kişi yararlanır¹⁵.

Nesnel (objektif) cezalandırma koşulu, netice sebebiyle ağırlaşan suçtan farklıdır. Çünkü, netice sebebiyle ağırlaşan suçta, failin cezalandırılabilmesi için ağır netice bakımından faili taksir derecesinde kusuru bulunması gerekir. Nesnel (objektif) cezalandırma koşulu için failin kast veya taksirinin bulunması gerekmemektedir.

Nesnel (objektif) cezalandırma koşulu gerçekleşmediği zaman, teşebbüsten bahsetmek mümkün olmamalıdır¹⁶. Çünkü, nesnel (objektif) cezalandırma koşulu suçun unsuru değildir. Teşebbüsten bahsedebilmek için suçun maddi unsurlarından biri olan neticenin gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle, nesnel (objektif) cezalandırma koşulu gerçekleşmediği zaman, bir önceki aşamayı oluşturan hal, bir suç teşkil ediyorsa o hale

¹² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; (2010), s. 191.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Genel hükümler, (2006), s. 724.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 213. ; DEMİRBAŞ; (2006), s. 196.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2009), s. 333.; HAKERİ; (2010), s. 219.

¹³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Genel hükümler, (2006), s. 725.

¹⁴ HAKERİ; (2010), s. 219.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 214.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 197.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2009), s. 334.

¹⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 214.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2009), s. 337.

¹⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Genel hükümler, (2006), s. 724.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2009), s. 334.

göre cezai sorumluluk benimsenecektir. Bu durumda, fail, TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrasına göre sorumlu olacaktır.

Suçun nitelikli halleri; suçun temel şekline nazaran daha fazla veya daha az ceza verilmesini gerektiren hallerini ifade eder¹⁷. Bize göre, suçun nitelikli şekli ile nesnel (objektif) cezalandırma koşulu arasındaki en önemli fark, failin suçun nitelikli şeklinden sorumlu olabilmesi için, kast veya taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekirken, nesnel (objektif) cezalandırma koşulu bakımından böyle bir koşula gerek duyulmamasıdır. Diğer bir fark ise, suçun nitelikli şeklinde öngörülen ceza, suçun temel şekline göre belirlenmektedir. Bu nedenle suçun temel şekline göre daha fazla veya daha az ceza öngörülmektedir. Nesnel (objektif) cezalandırma koşulunda ise, başlı başına ayrı bir ceza öngörülmektedir. Son olarak da, suçun nitelikli hallerinin bulunmaması (gerçekleşmemesi) halinde fail, suçun temel şekline göre cezalandırılır. Ancak, nesnel (objektif) cezalandırma koşulu gerçekleşmediği zaman, fail cezalandırılmayacaktır.

Bütün bu değerlendirmeler ışığında TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasına bakıldığında, bu fıkra hükmünün hem nesnel (objektif) cezalandırma koşulu hem de cezayı artıran nitelikli hal olduğu görülmektedir. Bu nedenle 'kendine özgü / sui jeneris' bir özellik göstermektedir.

d) Atık veya Artıkların İnsan veya Hayvanlar Açısından Tedavisi Zor Hastalıkların Ortaya Çıkmasına, Üreme Yeteneğinin Körelmesine, Hayvanların Veya Bitkilerin Doğal Özelliklerini Değiştirmeye Neden Olabilecek Niteliklere Sahip Olması

Bu fıkra hükmü, cezayı artıran nitelikli haldir¹⁸. Bu nitelikli halin uygulanması koşula bağlı tutulmuştur. Bu koşul, 'Atık veya artıkların insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin

¹⁷ ÖZGENÇ; (2006), s. 192.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Genel hükümler, (2006), s. 475.

¹⁸ ERMAN; TCK Tasarısında Çevre Suçları, s. 188.; ÜLKÜ; Çevreye Karşı Suçlar, s. 2.; YILMAZ; Çevre Suçları, s. 2.; Bu fıkra hükmünün, madde gerekçesinde cezayı artıran nitelikli hal olduğu ifadesine yer verilmiştir.

doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olması'dır. Bu nedenle, çevreye atılan atık veya artıkların bu fıkra hükmünde belirtilen özelliğe sahip olması gerekecektir. Eğer, bu özelliğe sahip değilse, 181. maddenin 1. fıkrasına göre sorumluluk benimsenecektir.

Bu fıkra hükmünün uygulanmasında, failin atık veya artıkların nitelikli halin uygulanmasını gerektiren niteliğe sahip olup olmadığını bilmesinin gerekip gerekmediği önem taşımaktadır. Çünkü, cezayı artıran nitelikli hal olan bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi için, çevreye atılan atık veya artıkların fıkroda belirtilen niteliğe sahip olması gerekmektedir.

Fıkra hükmüne maddenin kenar başlığı ile birlikte bakıldığında, failin çevreye atılan atık veya artıkların fıkroda belirtilen niteliğe sahip olduğunu bilmesi gerekmektedir. Yani, kast karinesi kabul edilmiştir. Bu nedenle, fail çevreye atılan atık veya artıkların fıkroda belirtilen niteliğe sahip olduğunu bilmemesi halinde bunu ispat etmesi gerekecektir.

Fail, çevreye atılan atık veya artıkların fıkroda belirtilen niteliğe sahip olduğunu bilmiyorsa ve fakat bilmesi gerekiyor ise, taksiri derecesinde kusuru var demektir. Bu durumda, cezayı artıran nitelikli halden sorumlu tutulamaz. Ancak, 181. maddenin 1. fıkrasına göre sorumlu tutulabilecektir. Bilinçli taksir derecesinde kusuru bulunduğu takdirde de, 181. maddenin 1. fıkrasına göre sorumlu tutulabilecektir.

Bu fıkra hükmü, somut tehlike suçudur. Bu nedenle, atık veya artıkların insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olup olmadığının uzman kişiler tarafından tespit edilmesi gerekecektir. Yani, bu fıkra hükmü ile korunan hukuki değer üzerinde somut bir tehlikenin oluşup oluşmadığı değerlendirilecektir.

2) Manevi Unsuru

TCK'nun 181. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında yer alan suçlar, ancak kasten işlenebilirler. Bu nedenle bu fıkralardaki suçlar taksirle işlenemezler. Fail; toprağa, suya, havaya bıraktığı maddelerin atık veya artık olduğunu hem de bu atık veya artıkları bırakmayı bilip istemelidir. Yine fail; izinsiz olarak ülkeye soktuğu maddenin atık veya artık olduğunu hem de bu atık veya artıkları ülkeye soktuğunu bilip istemelidir.

Bu fıkralar bakımından özel kast aranmamıştır. Bu nedenle genel kast gerekir. Yine bu suç, hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir.

TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrası açısından konuya bakıldığında, yukarıda belirtildiği gibi, bu fıkra hükmünün kendine özgü bir yapısı olduğunu ifade etmiştik. Her ne kadar, nesnel (objektif) cezalandırma koşulunda failin kast veya taksiri derecesinde kusuru bulunması gerekmesede, cezayı artıran nitelikli hallerde failin kast veya taksiri derecesinde kusuru bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda, maddenin kenar başlığında bu madde hükümlerinin kasten işlenebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, kast karinesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla, TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasına göre, hükmünde failin atık veya artıkların kalıcı özellik gösterme özelliğini bilmemesi halinde, bu fıkra hükmü uygulanacaktır.

Bu fıkra hükmü, hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Özel kast aranmamıştır.

TCK'nun 181. maddesinin 4. fıkrası, kasten işlenebilir. Bu nedenle fail, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıkları çevreye bilerek ve isteyerek bırakması gerekir. Ayrıca, bu tür atık veya artıkların insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olduğunu da bilmesi gerekir.

Bu fıkra hükmü, hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Özel kast aranmamıştır.

3) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu bakımından hukuka uygunluk nedenlerinden kanun hükmünü icra söz konusu olabilir. Şöyle ki, belediyede atık veya artıkları toplamakla görevli kişiler veya tıbbi atık veya artıkları toplamakla görevli kişilerin ilgili kanunlarda belirlenen usullere göre belirli bir yere dökmeleri, bu suçu oluşturmayacaktır. Başka bir hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın icrası söz konusu olabilir. Bir meslek sahibinin idarenin verdiği ruhsata uygun (kanun çizdiği sınırlar içinde kalarak) olarak çevreyi kirleten faaliyette bulunması hukuka

uygunluk nedeni olabilir¹⁹. Yine, bu suç bakımından zorunluluk hali söz konusu olabilir. Zorunluluk hali Kanunun düzenleniş şekli (sistemik) şekline bakıldığında her ne kadar hukuka uygunluk nedeni kabul edilmemiş olsa da (TCK m. 25, CMK m. 223), hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemelidir. Bu durumda örneğin, büyük bir sel, yangın veya deprem felaketinden korunmak için zorunlu eşyalarını yüklemek amacıyla ilaç dolu tankeri boşaltılması halinde bu suç oluşmayacaktır.

G – Fail

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu herkes tarafından işlenebilir. Bu nedenle bu suçun faili, özel bir sığata sahip olmayan kişi olabileceği gibi kamu görevli de olabilir. Bu nedenle özgü suç değildir. Ancak, bu suçun faili kamu görevlisi olması cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edilmemiştir.

Tüzel kişiler, TCK’ndaki düzenlemeye göre suçun faili olamamaktadırlar. Ancak, tüzel kişiler adına hareket eden kişiler bu suçun faili olabilirler. Bu durumda, tüzel kişi adına hareket eden kişiler, 181. maddede öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza ile sorumlu olacaklarken, tüzel kişi TCK’nun 60. maddesinde öngörülen ‘iznin iptali ve müsadere’ güvenlik tedbirlerine tabi olacaklardır²⁰.

Burada son olarak belirtmek gerekir ki, TCK’nun 60. maddesine göre, hakkında güvenlik tedbiri uygulanacak tüzel kişi, özel hukuk tüzel kişisi olabilir. Bu nedenle, kamu hukuku tüzel kişileri hakkında TCK’nun 60. maddesinde öngörülen ‘iznin iptali ve müsadere’ güvenlik tedbirlerine hükmolunamayacaktır.

H – Mağdur

Bu suçun mağduru toplumdur. Çünkü, bu suç ile korunan hukuki değer, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır. Sağlıklı bir çevrede yaşama

¹⁹ ŞEN; Çevre Ceza Hukuku, s. 175.

²⁰ Tüzel kişilerin cezai sorumluluk kapsamı dışında bırakılmasının, cezanın caydırıcı etkisinden kurtulma şansını artıracakđı görüşü ileri sürülmektedir. Bkz, TURGUT, Nukhet; Çevre Hukuku, Ankara, 2003, s. 633. Ancak, TCK’nun 60. maddesinde öngörülen güvenlik tedbiri mahiyetindeki yaptırımlar, oldukça ağırdır. Bu nedenle, caydırıcı etkiyi fazlasıyla gösterebileceği gibi, iznin iptali güvenlik tedbiri, ‘beyaz ölüm’ niteliğine de sahiptir.

hakkı ihlal edilen herkes bu suçun mağduru konumundadır. Ancak, somut olayda belir kişi veya kişiler de bu suçta mağdur olabilirler.

I – Suçun Konusu

Suçun konusu, suçun maddi ve hukuki konusu olarak iki farklı şekilde incelenebilir.

1) Maddi Konusu

Çevreyi kasten kirletme suçunun maddi konusu, çevreye atılan veya boşaltılan atık veya artıklardır. Bu anlamda çevreye atılan veya boşaltılan atık veya artıklar miktarı ya da niteliği önemli değildir.

2) Hukuki Konusu

Çevreyi kasten kirletme suçunun hukuki konusu, suç ile korunan hukuki değer ile aynıdır. Yani, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır. Başka bir ifadeyle, çevre hakkıdır.

3) Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a) İştirak

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunda iştirak özel bir özellik göstermemektedir. Bu nedenle, iştirake ilişkin genel esaslar burada da geçerlidir.

b) Teşebbüs

TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrasındaki suç, neticesi harekete bitişik (ani/şekli) suç olduğu için kural olarak teşebbüse elverişli değildir²¹. Ancak, hareketler kısımlara bölünebildiği takdirde teşebbüse elverişli kabul edilmelidir. Bu nedenle örneğin, atık veya artıkları toprağa kasten vermeye yönelik olarak çöp arabasındaki çöpleri uygunsuz bir yere dökmek için harekete geçildikten sonra zabıta ekipleri tarafından çöplerin dökülmesinin engellenmesi halinde, teşebbüs mümkün olacaktır.

TCK'nun 181. maddesinin 2. fıkrasındaki suç, neticesi harekete bitişik (ani/şekli) suçtur. Hareketler kısımlara bölünebildiği takdirde teşebbüse elverişli kabul edilmelidir.

²¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Genel Hükümler, (2006), s. 761.; SOYASLAN; Genel Hükümler, (2005), s. 328.

TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrası, cezayı artıran nitelikli haldir. TCK'nun 181. maddesinin 4. fıkrası, cezayı artıran nitelikli haldir. TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen nitelikli hal, suçun maddi konusundaki nitelikten kaynaklanmaktadır. Yani, atık veya artıkların suda kalıcı etki doğuracak nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumun dışında, suçun maddi unsurları TCK'nun 181. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ile aynıdır. Bu nedenle, fail söz konusu atık veya artıkların TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasındaki niteliğe sahip olduğunu bilerek ve isteyerek TCK'nun 181. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen maddi unsurları işlemeye başladıktan sonra herhangi bir engel ile karşılaşırsa fiil, teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

TCK'nun 181. maddesinin 4. fıkrası, cezayı artıran nitelikli haldir. TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen nitelikli hal, suçun maddi konusundaki nitelikten kaynaklanmaktadır. Bu durumun dışında, suçun maddi unsurları TCK'nun 181. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ile aynıdır. Bu nedenle, fail söz konusu atık veya artıkların TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasındaki niteliğe sahip olduğunu bilerek ve isteyerek TCK'nun 181. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen maddi unsurları işlemeye başladıktan sonra herhangi bir engel ile karşılaşırsa fiil, teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

c) İçtima

TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrası ile 2. fıkrası arasında tam anlamda cezayı artıran nitelikli hal ilişkisi bulunmamaktadır. Çünkü, 2. fıkrada öngörülen yaptırım için 1. fıkraya gönderme yapılmamaktadır. Ancak, suçun konusu bakımından gönderme yapılmıştır. Her ne kadar uygulanacak ceza bakımından cezayı artıran nitelikli hal ilişkisi bulunmasa da, suçun konusu bakımından iki hüküm arasında bir ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle, 2. fıkranın 1. fıkranın cezayı artıran nitelikli kabul edilmesi yerinde olur. Böyle bir kabul halinde, diğer koşulların varlığı halinde, ilk önce 1. fıkraya hükümün saha sonra 2. fıkraya hükümün ihlal edilmesi halinde zincirleme suç oluşacaktır. Aksi yönde fikri kabulü halinde kanun koyucunun amacına ters düşülebilecektir.

Çevreyi kasten kirletme suçunu oluşturan bir fiilin aynı zamanda başka kanunlarda yaptırım altına alınan fiillerle aynı veya benzerlik

göstermesi mümkündür. Bu durumda, nasıl hareket edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkabilecektir.

Çevreyi kasten kirletme suçunu oluşturan fiiller bakımından 2872 sayılı Çevre Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu önem taşımaktadır.

Bir fiil, aynı kanunun farklı hükümlerini ya da farklı kanunlarda yer alan hükümleri ilgilendirebilir. Bu durumda, eğer aynı kanunun farklı hükümlerini ya da farklı kanunlarda yer alan hükümleri aynı hukuki konuyu düzenliyorlar ise, normların görünüşte içtimaı söz konusu olacaktır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, özel hükmün önceliği ilkesi gereğince, daha ayrıntılı düzenleme getiren hüküm uygulanacaktır²². Eğer, eğer aynı kanunun farklı hükümlerini ya da farklı kanunlarda yer alan hükümleri aynı hukuki konuyu düzenliyorlar ise, fikri içtima söz konusu olabilecektir.

Konuya çevreyi kasten kirletme suçunun düzenlendiği 181. maddedeki düzenleme ile 2872 sayılı Çevre Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunlarındaki benzer düzenlemeler açısından bakılması gerekmektedir.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 26. maddesi, 'Bu Kanunun 12 nci maddesinde öngörülen bildirim ve bilgi verme yükümlülüğüne aykırı olarak yanlış ve yanıltıcı bilgi verenler, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu Kanunun uygulanmasında yanlış ve yanıltıcı belge düzenleyenler ve kullananlar hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümleri uygulanır' şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmü, adli nitelikte ceza öngörmektedir. 20. maddede ise, idari nitelikte yaptırım öngörülmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 41. maddesinde, 'Çevreyi Kirletme' başlığı altında kabahat oluşturan fiillere yer verilmiştir²³.

²² HAKERİ; (2009), s., 465.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 466.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2009), s. 463.; ÖZBEK; (2005), s. 454.

²³ (1) Evsel atık ve artıkları, bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yirmi Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bireysel atık ve artıkların atılması halinde de bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Fiilin yemek pişirme ve servis yerlerinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî

Bu düzenlemeler ışığında konuya bakıldığında, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 26. maddesinde 'bildirim ve bilgi verme yükümlülüğüne aykırı olarak yanlış ve yanıltıcı bilgi verme' ve 'yanlış ve yanıltıcı belge düzenleme ve kullanma' fiilleri suç olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, TCK'nun 181. maddesindeki suç teşkil eden fiillerle aynılık veya benzerlik göstermemektedir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 41. maddesinde yaptırım altına alınan fiiller, her ne kadar TCK'nun 181. maddesindeki suç teşkil eden fiiller içinde düşünülebilecek olsa da, bu fiiller kabahat olarak kabul edilmişlerdir. Dolayısıyla, normların görünüşte içtimai ve fikri içtimadan bahsedilemeyecektir. Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, 'Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır'.

para cezası verilir. (3) Hayvan kesimine tahsis edilen yerler dışında hayvan kesen veya kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait sair bir alana bırakan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. (4) İnşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İnşaat faaliyetinin bir tüzel kişi adına yürütülmesi halinde bu tüzel kişi hakkında verilecek idarî para cezasının üst sınırı beşbin Türk Lirasıdır. Bu atık ve artıkların kaldırılmasına ilişkin masraf da ayrıca kişiden tahsil edilir. (5) Kullanılamaz hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eşyasını bunların toplanmasına ilişkin olarak belirlenen günün dışında sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu eşyanın toplanması hususunda belediye tarafından belirli aralıklarla yılda üç günden az olmamak üzere belirlenen günler önceden uygun araçlarla ilân olunur. (6) Kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarını ya da bunların mütemmim cüzlerini sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bunların kaldırılmasına ilişkin masraf da kişiden ayrıca tahsil edilir. (7) Bu kabahatler dolayısıyla idarî para cezasına belediye zabıta görevlileri karar verir. (8) Bu kabahatler dolayısıyla meydana gelen kirliliğin kişi tarafından derhal giderilmesi halinde idarî para cezasına karar verilmeyebilir. (9) Bu madde hükümleri, belediye sınırları içinde uygulanır. (10) Özel kanunlardaki hükümler saklıdır.

İ – Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçunun Yaptırımları

1) Seçenek Yaptırımlar

TCK'nun 50. maddesinde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar düzenlenmiştir. TCK'nun 49. maddesinin 2. fıkrasına göre, 'hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır'.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar, somut ceza esas alınarak hükmedilmektedir. Çünkü, söz konusu seçenek yaptırımlardan birinin uygulanabilmesi için somut cezanın belirlenmiş olması gerekir.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar açısından değerlendirildiği zaman, TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrasında suç olarak tanımlan fiil için, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yargılama sonucunda bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilirse, TCK'nun 50. maddesinde düzenlenen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar biri uygulanabilecektir.

TCK'nun 181. maddesinin 2. fıkrasında suç olarak tanımlan fiil için, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yargılama sonucunda alt sınırdan yani bir yıldan hapis cezasına hükmedilirse, TCK'nun 50. maddesinde düzenlenen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar biri uygulanabilecektir.

TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasında suç olarak tanımlan fiil için, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır hükmüne yer verilmiştir. TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrasına göre yapılan yargılamada, bu fıkra kapsamına girmesi halinde 1 yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilebilecektir. Bu durumda, yargılama sonucunda alt sınırdan yani bir yıldan hapis cezasına hükmedilirse, TCK'nun 50. maddesinde düzenlenen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar biri uygulanabilecektir.

2) Adli Para Cezası

TCK'nun 181. maddesinin 4. fıkrasında suç olarak tanımlan fiil için, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ve bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Bu fıkra hükmünde hapis cezası ile adli para cezası birlikte kabul edilmiştir. Kanun koyucu, çevrenin kasten kirletilmesi suçuna ilişkin düzenlemede sadece bu fıkra hükmünde adli

para cezası öngörmüştür. Bu nedenle, sadece bu fıkra hükmünün çıkar amaçlı işlenebileceği kabul edilmiştir. Ayrıca, bu fıkra hükmünde öngörülen adli para cezasının TCK'nun 52. maddesinde düzenlenen genel sınırların çok üstünde kabul edilmesi bu tezi doğrular niteliktedir. Ancak, bu fıkra hükmünün diğer fıkra hükümlerinden farklı olarak, çıkar amaçlı işlenebileceğini gösteren bir durum gözükmemektedir. Bu fıkra hükmünü diğer fıkra hükümlerinden ayıran nitelik, meydana gelebilecek somut tehlikenin çok daha ağır olduğudur. Dolayısıyla bir maddi zarar ve buna bağlı olarak da suçun fail veya faillerinin bir yarar elde etmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, bu fıkra hükmünde çok ağır bir adli para cezası öngörülmesinin nedeni anlaşıl原因mamaktadır. Madde gerekçesinde de bu konuyu aydınlatacak bir ifade bulunmamaktadır.

2) Cezanın Ertelenmesi

Hapis cezasının ertelenmesi, TCK'nun 51. maddesinde, 'İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır...' şeklinde düzenlenmiştir.

Hapis cezasının ertelenmesinde somut ceza esas alınacaktır.

TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrasında suç olarak tanımlan fiil için, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu fıkra hükmüne göre verilen hapis cezaları ertelenebilecektir.

TCK'nun 181. maddesinin 2. fıkrasında suç olarak tanımlan fiil için, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu fıkra hükmüne göre verilen hapis cezalarında ikili ayırım yapılmalıdır. Eğer fail, 18 yaşından küçük veya 65 yaşından büyük ise, bu fıkra hükmüne göre verilen hapis cezaları ertelenebilecektir. Eğer fail, 18 yaşından büyük 65 yaşından küçük ise, üst sınırı iki yıla kadar olan hapis cezaları ertelenebilecektir.

TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrasında suç olarak tanımlan fiil için, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkra hükmü açısından konuya bakıldığında, sonuç cezanın iki yıl olması halinde erteleme mümkün olabilecektir. Sonuç cezanın üç yıl olması halinde, fail 18 yaşından küçük veya 65 yaşından büyük ise, erteleme mümkün olabilecektir.

J - Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçunun Ceza Muhakemesine İlişkin Sonuçları

1) Madde Yönünden Yetkili Mahkeme

Mahkemelerin madde yönünden (görev yönünden) yetkisi, işlenen suçun konuda öngörülen hapis cezasının miktarı esas alınarak belirlenmektedir.

5326 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesine göre, Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir. 11. maddesine göre, Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır. 12. maddesine göre, Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2) , nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

Bu düzenlemeler ışığında konuya bakıldığında, TCK'nun 181. maddesinde düzenlenen çevrenin kasten kirletilmesi suçunda asliye ceza mahkemesinin görevli olduğu görülmektedir.

2) Yer Yönünden Yetkili Mahkeme

Mahkemelerin yer yönünden yetkisi, işlenen suçun coğrafi olarak işlendiği yere göre belirlenmektedir. TCK'nun 181. maddesinde düzenlenen çevrenin kasten kirletilmesi suçu açısından yer yönünden yetkili mahkemenin belirlenmesinde, CMK'nun 12. maddesi uygulanacaktır. Ancak bu suç bakımından, farklı bir yetki kuralına da yer verildiği görülmektedir. CMK'nun 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, 'Çevreyi kirletme suçu, yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye'de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir'. Bu fıkra hükmüne göre, örneğin Antartika kıyılarında

çevrenin kasten kirlenmesi suçu işlendiği takdirde, bu kıyının coğrafi bakından Türkiye'deki en yakın yerinden bulunan asliye ceza mahkemesinde dava açılacaktır. Bu durumda, fail, mağdur, delil gibi ceza ve ceza muhakemesinin birçok unsurunun nasıl değerlendirileceğinin yanında mahkemelerin iş yükünün dikkate alındığında gereksiz yere meşgul edileceği durumu ortaya çıkabilecektir.

3) Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açma Konusunda Takdir Yetkisi

Cumhuriyet savcısının kamu davası açma konusunda takdir yetkisi, CMK'nun 171. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir²⁴. Bu düzenlemeye göre, Cumhuriyet savcısının kamu davası açma konusunda takdir yetkisini kullanabilmesi için, işlene suçun kanunda öngörülen cezasının (soyut ceza) üst sınırı bir yıldan az olması gerekmektedir. TCK'nun 181. maddesinde öngörülen yaptırımların hepsinin üst sınırı bir yıldan fazla olduğu için, bu suçlarda Cumhuriyet savcısının kamu davası açma konusunda takdir yetkisini kullanamayacaktır.

4) Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, CMK'nun 231. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir²⁵. Bu düzenlemeye göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında esas alınacak ceza, somut ceza olup, bu somut ceza iki yıldan fazla olmayacaktır. Bu hüküm karşısında, TCK'nun 181. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkra hükümlerinde iki yıl ve daha az hapis cezası hükmedilme imkânı bulunmaktadır. Bu yönde

²⁴ 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

²⁵ (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, *iki yıl** veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

bir hüküm kurulduğu zaman, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

II - ÇEVRENİN TAKSİRLE KİRLETİLMESİ

Çevrenin Taksirle Kirletilmesi Suçu, TCK'nun 182. maddesinde, '(1) Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır. Bu atık veya artıkların, toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakması hâlinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) İnsan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya taksirle verilmesine neden olan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır' şeklinde düzenlenmiştir.

A - Korunan Hukuksal Değer

Çevrenin taksirle işlenmesi suçunda korunan hukuki değer, tıpkı çevrenin kasten işlenmesi suçunda korunan hukuki değer gibi, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır.

B - Suçun Unsurları

a - Maddi Unsuru

aa) Çevreye Zarar Verecek Şekilde, Atık Veya Artıkların Toprağa, Suya Veya Havaya Verilmesi

Çevrenin taksirle işlenmesi suçunun maddi unsuru; 'Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesi'dir. Bu maddi unsur, çevrenin kasten işlenmesi suçunun düzenlendiği TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrasındaki maddi unsur ile aynıdır. Aralarındaki fark, manevi unsura ilişkindir. Yani, çevrenin taksirle işlenmesi suçunun maddi unsuru taksirle işlenmektedir. Bu nedenle, bu fıkra hükmünün yorumu için çevrenin kasten işlenmesi suçunun düzenlendiği TCK'nun 181. maddesinin 1. fıkrasındaki maddi unsura ilişkin yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

bb) Atık Veya Artıkların, Toprakta, Suda Veya Havada Kalıcı Etki Bırakması

TCK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya

havaya taksirle verilmesi neticesinde, bu atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakması hâlinde’ iki aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fıkra hükmü, çevrenin kasten işlenmesi suçunun düzenlendiği TCK’nun 181. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm ile aynıdır. Aralarındaki fark, ifade şeklindedir. Çünkü, TCK’nun 181. maddesinin 3. fıkrasında, ‘kalıcı özellik göstermesi’ ifadesine yer verilmişken TCK’nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde, ‘kalıcı etki bırakması’ ifadesine yer verilmiştir.

Bu düzenlemeye bakıldığında, bu fıkra hükmündeki maddi unsur gerçekleştiren kişinin sorumlu olabilmesi için, atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakması gerekmektedir.

Kişinin, atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakıp bırakmayacağını bilip bilmemesinin suçun oluşumuna etkisi üzerinde durulmalıdır. Eğer, kişi atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakma özelliğine sahip olduğunu bilir ve isterse maddi unsur ve netice bakımından kastı var demektir. Bu durumda, TCK’nun 181. maddesinin 3. fıkrasına göre sorumlu olacaktır. Eğer, kişi atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakma özelliğine sahip olduğunu bilmez ve fakat kendisinden bilmesi beklenir ise, bilinçsiz taksir derecesinde kusuru var demektir. Bu durumda, TCK’nun 182. maddesinin 2. cümlesine göre sorumlu olacaktır. Bu fıkra hükmü bilinçli taksirle işlenemeyecektir. Çünkü, bilme ve bilmeme kesin bir durum ifade etmektedir. Bu nedenle, kişi, atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakma özelliğine sahip olduğunu bilir ve fakat somut olayda etki göstermeyeceğine inanmasının bir önemi bulunmayacaktır. Çünkü, buradaki bilme neticeyi de içinde alan kastı ifade eder niteliktedir.

TCK’nun 182. maddesinin 2. cümlesine bakıldığında, yukarıda açıklanmaya çalışılan kast ve taksire ilişkin ihtimallere değinilmediği görülmektedir. Yani, kişinin bilip bilmemesine önem verilmemiştir. Bu durumda, kişinin atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakma özelliğine sahip olduğunu bilmemesi ve bilmesinin beklenmemesi halinde de, bu fıkra hükmünün uygulanabileceği sonucu çıkabilmektedir. Maddenin kenar başlığının çevrenin taksirle işlenmesi olduğu dikkate alındığında, kişinin bilmediği ve fakat kendisinden bilmesi beklendiği (taksiri derecesinde kusurunun bulunduğu) kabul

edildiği düşünülebilir. Böyle düşünüldüğünde, taksir karanesi kabul edilmiş olacaktır. Bunun yanında, kişinin atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakma özelliğine sahip olduğunu bilmemesi ve bilmesinin beklenmemesi halinde de bu fıkra hükmünün uygulanabileceği izlenimi bulunduğu için, bu durumda da, kusursuz (objektif) sorumluluk doğabilecektir. Her ne kadar TCK’nun 23. maddesinde kusursuz (objektif) sorumluluğun kaldırıldığı düzenlenmişse de, özel hükümlerde bu düzenlemeyle uyum içinde olmayacak yorumlara açık düzenlemeler bulunmaktadır.

cc) Atık Veya Artıkların İnsan Veya Hayvanlar Açısından Tedavisi Zor Hastalıkların Ortaya Çıkmasına, Üreme Yeteneğinin Körelmesine, Hayvanların Veya Bitkilerin Doğal Özelliklerini Değiştirmeye Neden Olabilecek Niteliklere Sahip Olması

TCK’nun 182. maddesinin 2. fıkrası, TCK’nun 181. maddesinin 4. fıkrası ile aynıdır. Aralarındaki fark, manevi unsura ilişkindir. Bu nedenle, TCK’nun 181. maddesinin 4. fıkrasına ilişkin yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, TCK’nun 182. maddesinin 2. cümlesine ilişkin ileri sürülen fikirler bu fıkra hükmü için de geçerlidir. Yani kişinin; toprağa, suya ve havaya bıraktığı atık veya artıkların ‘atık veya artıkların insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olması’nı bilip bilmesine değinilmemiştir. Bu nedenle, ön kabul olarak bilmediği ve fakat bilmesi gerektiği kabul edilerek taksir karanesi kabul edilmiştir. Hatta, maddenin kenar başlığına itibar edilmeyip salt maddenin lafzına bakıldığında, kişinin bilmediği ve kendisinden bilmesi de beklenmediği durumlarda da bu fıkra hükmü uygulanabilecektir. Bu durumda ise kusursuz (objektif) sorumluluk kabul edilmiş olacaktır. Bu nedenle, hem TCK’nun 182. maddesinin 2. cümlesi TCK’nun 182. maddesinin 2. fıkrası değiştirilmelidir. Bu değişiklik yapılırken, kişinin ‘atık veya artıkların ... söz konusu niteliklere sahip olduğunu hususunda gerekli dikkate ve özeni göstermemiş olması’ gibi taksir derecesinde kusuruna vurgu yapacak ifadelerle yer verilmelidir.

b - Manevi Unsuru

TCK’nun 182. maddesinde düzenlenen çevrenin taksirle işlenmesi suçu, ancak taksirle işlenebilir.

c - Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması

Hukuka uygunluk nedenleri, taksirle işlenen suçlarda da mümkündür²⁶. Bu nedenle, koşulların gerçekleşmesi halinde, çevrenin taksirle işlenmesi suçunda da hukuka uygunluk nedenleri bulunabilir.

C – Fail

Çevrenin taksirle işlenmesi suçunun faili herkes olabilir. Bu nedenle, özgü suç değildir. Bu suçu kamu görevlisi işlerse, cezayı artıran nitelikli hal olarak bu yönde bir düzenleme olmadığı için, uygulanacak cezada artırım yapılmayacaktır.

Tüzel kişiler, TCK'ndaki düzenlemeye göre suçun faili olamamaktadırlar. Ancak, tüzel kişiler adına hareket eden kişiler bu suçun faili olabilirler. Ancak, TCK'nun 60. maddesine göre, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için işlenen suçun kasten işlenebilen bir suç olması gerekir. Bu nedenle, taksirle çevrenin kirletilmesi suçunda tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır.

D – Mağdur

Çevrenin taksirle işlenmesi suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir. Ancak, bu suç ile belirli kişi veya kişiler doğrudan zarar görebilir. Bu durumda, doğrudan zarar gören belirli kişi veya kişiler de mağdur olabilecektir.

E – Suçun Konusu**1) Maddi Konusu**

Suçun maddi konusunda, çevrenin kasten kirletilmesi suçuna ilişkin yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

2) Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusunda, çevrenin kasten kirletilmesi suçuna ilişkin yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

F – Suçun Özel Görünüş Şekilleri**a) Teşebbüs**

²⁶ ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 73.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2009), s. 257.

Teşebbüs, ancak kasten işlenebilen suçlarda mümkündür. Bu nedenle, çevrenin taksirle işlenmesi suçunda teşebbüs mümkün olmayacaktır²⁷.

b) İştirak

İştirak, ancak kasten işlenebilen suçlarda mümkündür²⁸. Bu nedenle, çevrenin taksirle işlenmesi suçuna iştirak mümkün değildir.

c) İçtima

İçtima kurumu içinde; bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima yer almaktadır. Her üç içtima kurumu bakımından da kast gerekmektedir. Bu nedenle, taksirle işlenen suçlarda içtima kurumlarının mümkün olmayacağı söylenebilir²⁹.

G – Çevrenin Taksirle Kirletilmesi Suçunun Yaptırımları

1) Seçenek Yaptırımlar

TCK'nun 50. maddesinde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar düzenlenmiştir. TCK'nun 49. maddesinin 2. fıkrasına göre, 'hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır'.

²⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Genel Hükümler, (2006), s. 747, 748.; ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 60.; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; (2010), s. 331.; HAKERİ; (2009), s., 350.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 407.; ÖZGENÇ; (2006), s. 390.; ÖZBEK; (2005), s. 400.

²⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; (2010), s. 354.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 522.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 455.; ÖZGENÇ; (2006), s. 440.; ÖZBEK; (2005), s. 420.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2009), s. 404.; İtalyan öğretisinde, taksirle işlenen suçlara iştirakın mümkün olup olmayacağı farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bkz, BETTIOL, Giuseppe; Diritto Penale, Padova, 1978, s. 586.; PANNAIN, Remo; Maunale Di Diritto Penale, Torino, 1962, s. 790 vd.; SANTORO, Arturo; Diritto Penale, Torino, 1958, s. 516.; CAVALLO, Vincenzo; Diritto Penale, Napoli, 1955, s. 516.

²⁹ Ancak, özellikle karşılaştırmalı hukukta içtima kurumları içinde yer alan kurumların oluşumunda taksirle de işlenebileceğine ilişkin az sayıda görüş de bulunmaktadır. Konumuz açısından doğrudan bir bağlantısı olmadığı için, ayrıntılı bilgi vermeye gerek görmedik.

TCK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki fiil için, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, TCK'nun 182. maddesinin 2. cümlesindeki fiil için TCK'nun 50. maddesinde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar uygulanabilecektir.

TCK'nun 182. maddesinin 2. fıkrasındaki fiil için, bir yıldan beş yıla kadar hapis öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, TCK'nun 182. maddesinin 2. fıkrasındaki fiil için, altı sınırdan hapis cezasına hükmedildiği zaman, TCK'nun 50. maddesinde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlara seçenek yaptırımlar uygulanabilecektir.

2) Adli Para Cezası

TCK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki fiil için, sadece adli para cezası öngörülmüştür. TCK'nun özel hükümler içinde yer alan suç tiplerinin birçoğunda adli para cezası öngörülmüştür. Ancak, bu suç tiplerinde adli para cezası hapis cezası ile birlikte ya seçenek yaptırım ya da birlikte yaptırım olarak kabul edilmiştir. Bu fıkra hükmünde ise adli para cezası tek başına öngörülmüştür. Bize göre, sadece adli para cezasını gerektiren bir fiil, TCK'nun özel hükümler kısmında suç olarak düzenlenmemeliydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile daha hafif haksızlıkları suç olmaktan çıkarıp kabahat olarak kabul edip idari yaptırım uygulanması esas alınmıştır. Bu fıkra hükmünde bu ilkeye uyulmadığı görülmektedir.

3) Cezanın Ertelenmesi

Hapis cezasının ertelenmesi, TCK'nun 51. maddesinde, 'İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır...' şeklinde düzenlenmiştir.

TCK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki fiil için, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, TCK'nun 51. maddesinin hükümleri gereğince TCK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki fiil için hapis cezası ertelenebilecektir.

TCK'nun 182. maddesinin 2. fıkrasındaki fiil için, bir yıldan beş yıla kadar hapis öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, yargılama

neticesine iki yıl ve daha az hapis cezasına hükmedilirse bu hapis cezası ertelenebilecektir.

H - Çevrenin Taksirle Kirletilmesi Suçunun Ceza Muhakemesine İlişkin Sonuçları

1) Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açma Konusunda Takdir Yetkisi

Cumhuriyet savcısının kamu davası açma konusunda takdir yetkisi, CMK'nun 171. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Cumhuriyet savcısının kamu davası açma konusunda takdir yetkisini kullanabilmesi için suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı bir yıldan az olması gerekir. TCK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki fiil için, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü dikkate alındığında, bu fıkra hükmünde savcısının kamu davası açma konusunda takdir yetkisini kullanabilecektir.

2) Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, CMK'nun 231. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için yargılama neticesine hükmedilen hapis cezasının üst sınırının iki yıldan fazla olmaması gerekir. Yine adli para cezasına hükmedilmesi halinde de hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

TCK'nun 182. maddesinin 2. fıkrasındaki fiil için, bir yıldan beş yıla kadar hapis öngörülmüştür. Bu fıkra hükmüne ilişkin yapılan yargılama neticesinde iki yıldan az hapis cezasına hükmedildiği takdirde bu ceza için hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

TCK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki fiil için, sadece adli para cezası öngörülmüştür. Bu fıkra hükmünde de hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

SONUÇ

Çevre hakkına ilişkin somut ve ayrıntılı bir düzenleme ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabul edilmiştir. Bu anlamda bu kanun, çok önemli bir boşluğu doldurmuştur.

TCK'nun 181. maddesinin 3. fıkrası hem nesnel (objektif) cezalandırma koşulu hem de cezayı artıran nitelikli hal olduğu

görülmektedir. Bu nedenle ‘kendine özgü / sui jeneris’ bir özellik göstermektedir. Maddenin kenar başlığına bakıldığında, suçun kasten işlenmesi gerekmektedir. Fail, atık veya artıkları toprak, su veya havada kalıcı özellik gösterdiğini bilmeseyse bile biliyormuş gibi cezalandırılacaktır. Suçun cezayı artıran nitelikli halleri bakımından değerlendirildiğinde, kast karanesi kabul edildiği görülmektedir. Çünkü, bu nitelikli haller için kast veya takdir derecesinde kusur gerekmektedir.

TCK’nun 181. maddesinin 4. fıkraya hükmüne maddenin kenar başlığı ile birlikte bakıldığında, failin çevreye atılan atık veya artıkların fıkrada belirtilen niteliğe sahip olduğunu bilmesi gerekmektedir. Yani, kast karanesi kabul edilmiştir.

TCK’nun 181. maddesinin 4. fıkraya hükmünde TCK’nun 52. maddesinde öngörülen genel adli para cezasının çok üstünde adli para cezası öngörülmüş olması, bu fıkraya hükmünün çıkar amaçlı işlendiğini akla getirmektedir. Ancak, hem bu fıkraya hükmünün çıkar amaçlı bir suç olduğunu haklı kılacak madde gerekçesi ve lafzı yorum imkânı bulunmamakta hem de diğer fıkraya hükümlerinde böyle bir hükme yer verilmemesinin doyurucu gerekçesi bulunmamaktadır.

CMK’nun 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, ‘Çevreyi kirletme suçu, yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye’de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir’. Çevrenin kasten kirletilmesi suçu bu fıkraya hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, faili Türkiye’de olmayan, Türk olmayan ve delilleri bulunmayan bir suç için bir mahkeme yetkili olup soruşturma başlatılması için ihbarda bulunulabilecektir.

Kanun koyucunun TCK’nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan hükümde, taksir karanesini kabul ettiği söylenebilir. Hatta kusursuz sorumluluğun kabul edildiği de ileri sürülebilir. Çünkü, atık veya artıkların ‘toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakıp bırakmayacağını bilip bilmemesine yer verilmemiştir. Eğer, bilmez ve fakat kendisinden bilmesi beklenir ise taksir derecesinde kusuru bulunacaktır. Eğer, bilmez ve kendisinden bilmesi de beklenmezse kusuru bulunmayacaktır. Ancak, maddede bu yönde bir ayırım bulunmadığı için her iki durumda da bu fıkraya hükmüne göre sorumluluk benimsenecektir.

TCK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki fiil için, sadece adli para cezası öngörülmüştür. Bu düzenlemenin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kabul edilen daha hafif cezayı gerektiren (daha az haksızlık içeren fiiller) fiillerin kabahat olarak kabul edilip idari yaptırım öngörülmesi görüşü ile uyum içinde olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, bu fıkra hükmünün ya hapis cezası ile yaptırım altına alınması ya da kabahatler kanununda düzenlenmesi gerekir.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara, 2006.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006.

BETTIOL, Giuseppe; Diritto Penale, Padova, 1978.

CAVALLO, Vincenzo; Diritto Penale, Napoli, 1955.

CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005.

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I, İstanbul 1999.

ERMAN, R. Barış; TCK Tasarısında Çevre Suçları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 2, Sonbahar 2004.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009.

ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Ankara, 2005.

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Ankara, 2005.

PANNAIN, Remo; Maunale Di Diritto Penale, Torino, 1962.

- SANTORO, Arturo; Dirittto Penale, Torino, 1958.
- SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005.
- ŞEN, Ersan; Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1994.
- TECZAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007.
- TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2005.
- TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku ve Çevre, Ankara, 1982.
- TURGUT, Nukhet; Çevre Hukuku, Ankara, 2003.
- ULUSOY, Ali Dursun; Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlmelerine İlişkin Genel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 43, Sayı 1- 4, 1993.
- ÜLKÜ, Muhammet Murat; Çevreye Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/25.12.2009.
- ÜNVER, Yener/NUHOĞLU, Ayşe; Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1999.
- YILMAZ, Şenol; Çevre Suçları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/25.12.2009.

**VERGİ SUÇ VE KABAHAHATİ KAVRAMI, 4369 SAYILI YASA
ÖNCESİNDEN GÜNÜMÜZE YÜRÜRLÜKTEKİ VERGİ
SUÇLARI-KABAHAHATLERİ VE CEZALARI**

Yrd. Doç. Dr. Hasan TÜRKAL*
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Sena EKİCİ*
Yrd. Doç. Dr. Mahmut İNAN*

ÖZET

Vergilerin kendinden beklenen faydaları gerçekleştirebilmesi için vergilerin zamanında ve eksiksiz toplanabilmesi büyük önem taşımaktadır. Bunun sağlanabilmesi için de vergilerin bir takım yaptırımlarla desteklenmesi gerekmektedir. Bu yaptırımlar da bizi vergi suç ve cezaları kavramına götürmektedir.

Ülkemizde vergi suç ve cezaları konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bu çalışmada, vergi suç ve cezaları konusunda 4369 sayılı Kanun öncesinden günümüze kadar yapılan değişikliklere bakılarak, mevcut mevzuatın incelenmesi ve değerlendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Vergi kabahatleri, vergi suçları, vergi cezaları.*

**THE CONCEPT OF TAX CRIMES AND TAX
DELIQUENCY, BEFORE THE LAW NO. 4369 UNTIL TODAY:
TAX CRIMES-DELINQUENCY AND PENALTIES IN FORCE**

ABSTRACT

To realize the expected benefits of tax self-tax to collect timely and accurate is crucial. To ensure that the tax should be supported by a

* Harran Üniversitesi İİBF., Maliye Bölümü Öğretim Üyesi.

set of sanctions. These sanctions also leads us to the concept of tax crimes and punishments.

There are a lot of important tax law changes have been made in our country about tax crimes and penalties. In this study, we tried to make examination and evaluation of the process of tax law changes about tax crimes and penalties before the law no.4369 until today.

KEYWORDS: *tax delinquency, tax crimes, tax penalties.*

GİRİŞ

1960'lı yıllardan bu yana, zaman zaman gündeme gelerek tartışma konusu olan vergi suç ve cezaları sorunu, vergi hukuku ve bunun özel bir dalı olan vergi ceza hukuku açısından, üzerinde önemle durulması gereken bir konu halini almıştır. Bu konuyu mümkün olduğu kadar detayları ile ortaya koyarak nedenlerini, fayda ve zararlarını inceleyerek genel bir değerlendirme yapılmasında büyük fayda bulunmaktadır¹.

Hukuk dilinde suç, hukuk düzeninin cezalandırdığı fiillere verilen bir isim; ceza ise bir kimsenin kusurlu, yanlış v.b. davranışlarından dolayı o kimseye uygulanan müeyyidelerdir². Vergi mükellefleri ve sorumlularının, vergi kanunlarıyla kendilerine yüklenilmiş olan ödevlerini gereğince yerine getirmelerini sağlamak, bu ödevlerini yerine getirenlerle getirmeyenleri birbirinden ayrı işleme tabi tutmak, dürüst mükelleflerin haklarını korumak ve yeterince dürüst davranmayanları cezalandırmak amacıyla, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)³'nün dördüncü kitabında vergi suçlarına ve bunlara verilecek ceza hükümlerine yer verilmiştir.

¹ AĞCA, İlker, "Vergi Cezalarının Affı ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi", **Sayıştay Dergisi**, İlker AĞCA'nın Anısına Vergi Konularına İlişkin Makaleler, Tıpkı Basım, Eylül 1999, s. 1.

² GÜLERYÜZ, Süveyda, "Türk Hukuk Sisteminde Ceza Kavramı", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Sayı (S.) 305, Ekim 1999, s. 54-55.

³ Resmi Gazete (RG), Tarih (T). 10.1.1961, S. 10703.

Vergi suç ve cezaları, esas olarak VUK'da düzenlenmiştir. Ayrıca, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda⁴, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da⁵ ve diğer vergi kanunlarında bazı ceza hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümlerin bir bölümü, genel vergi ceza hükümlerinin uygulanmasını veya değişik olarak uygulanmasını öngörmektedir. Diğer bir bölümü de değişik ilkeler çerçevesinde yeni bazı ceza hükümleri getirmektedir.⁶ Bu bağlamda, vergi tabanının genişletilmesi, kayıt dışı ekonominin kayıt altına alınması, vergi sisteminin basit ve açık hale getirilmesi ve vergisini düzenli olarak ödeyen mükelleflerin vergi yükünü artırmadan vergi gelirlerini artırmak amacıyla 29 Temmuz 1998 tarihinde yürürlüğe giren 4369 Sayılı Kanun⁷ ile vergi kanunlarında çok kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.

Ayrıca 2004 ve 2005 yıllarında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁸, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu⁹; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun¹⁰ ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu¹¹ ile bu alanda önemli düzenlemeler yapılmıştır¹².

⁴ RG., T. 04.11.1999, S. 23866.

⁵ RG., T. 28.07.1953, S. 8469

⁶ KIRBAŞ, Sadık, **Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar**, Gözden geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1996, s. 154, bkz: MUTLUER, Kamil, **Vergi Ceza Hukuku**, Eskişehir 1976, s.186 vd.

⁷ RG., T. 29.7.1998, S. 23417(Mükerrer (mük)).

⁸ 4.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, RG., T. 13.11.2004, S. 25642; 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Kanun (sK), RG., T. 12.10.2004, S. 25611

⁹ 4.12.2004 tarih ve 5271 sK, RG., T. 17.12.2004, S. 25673.

¹⁰ 13.12.2004 tarih ve 5275 sK, RG., T. 29.12.2004, S. 25685.

¹¹ 30.3.2005 tarih ve 5326 sK, RG., T. 31.3.2004, S. 25772 (mük)

¹² BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, "Vergi Suç Ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum" **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 82, S. 6, 2008, s. 2839-2859; CANDAN, Turgut, "Kabahatler Kanunu Hakkında", **Mali Pusula**, S. 10, Ekim 2005, s. 25.

Bu çalışmada, vergi suç ve cezaları konusunda 4369 sayılı Kanun öncesinden günümüze kadar yapılan değişikliklere bakılarak, mevcut mevzuat incelenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde, vergi suç-kabahat ve cezaları kavramları tanımlanmıştır. İkinci ve üçüncü bölümlerde 4369 Sayılı Kanun öncesindeki durum ve sonrasında yapılan düzenlemeler belirtilerek, bu düzenlemeler çerçevesinde gelinen son durum itibariyle uygulamadaki vergi suç ve cezaları son bölümde incelenmiştir.

I. VERGİ SUÇ-KABAHAT VE CEZASI

Vergi suç-kabahat ve cezalarından güdülen amaç, vergi kanunlarının gereklerinin zamanında ve kurallara uygun olarak yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu şekilde vergi borçlarının zamanında ve tam olarak tahsili hazinenin vergi kaybını önlemekte ve kamu hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonların toplanmasını, böylelikle de kamu yararını sağlamaktadır¹³.

A. Vergi Suçu ve Kabahati

Vergi suçu, genel olarak vergi kanunlarının koyduğu görev ve sorumluluklara karşı, yükümlüler ve sorumlular tarafından cezayı gerektirecek şekilde aykırı hareket edilmesidir¹⁴.

Vergi suçları, devlet hazinesine (kamu yararına) karşı işlenen daha çok ekonomik nitelikli suçları oluşturmaktadır. Bazı fiillerin vergi suçu olarak kabulünde ihlâl edilen menfaati “hazine yararı” oluşturmaktadır¹⁵. VUK’da vergi suçu tanımlanmakla birlikte tam açıklayıcı bir bilgi verildiğini söylemek mümkün değildir. VUK’un ceza hükümleri ile ilgili 331. maddesine göre;

“Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyaı cezası - değişmeden önceki durum; kaçakçılık, ağır kusur, kusur - ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar”. Bununla birlikte vergi cezasını gerektiren bütün

¹³ ÖNCEL, Muallâ – KUMRULU, Ahmet – ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2009, s. 209.

¹⁴ EDİZDOĞAN, Nihat – TAŞ, Metin, **Vergi Ceza Hukuku (Genel Esaslar, Vergi Suç ve Cezaları, Vergi Uyuşmazlıkları, Çözüm Yolları)**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1993, s. 7.

¹⁵ ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 209.

fiillerin vergi suçu olup olmadığı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür¹⁶. Vergi kanunları ile getirilen ödevlere uymamak vergi kabahati¹⁷ (vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatleri (md. 344-mük.md.355); VUK md. 359-363’de öngörülen fillere uymamak ise vergi suçu (kaçakçılık, vergi mahremiyetinin ihlali ve mükellefin özel İşlerini yapma suçları) olarak kabul edilmektedir¹⁸.

Bir vergi suçunun oluşabilmesi için¹⁹;

- Kanuna aykırı bir hareket yapılmış olmalı,
- Bu hareket vergi kanunlarının yükümlü veya sorumlulara ödev ve görev yükleyen hükümlerine aykırı olmalı,
- Aynı zamanda cezayı da gerektirmelidir.

Vergi kanunlarının karşılığında bir ceza belirtmediği fiillerin işlenmesi durumunda bu vergi suçu sayılamaz²⁰. VUK’da yer alan

¹⁶ EDİZDOĞAN-TAŞ, s. 7.

¹⁷ “Kabahatler Kanununun 3/b maddesinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı gerektiren bütün fiilleri kabahat sayması karşısında idari para cezası gerektiren idari vergi suçlarının kabahat sayılması zorunluluğunu ortaya çıkartmıştır. Bu nedenle, Kabahatler Kanunundan sonra vergi idaresi tarafından “kesilen” suçlar ile ceza mahkemelerince “hükmedilecek” suçların her ikisine birden “vergi suçu” demek nitelendirmenin tam yapılmadığını gösterir”, ŞENYÜZ, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2008, s. 11.

¹⁸ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 2839; Yaptırım kriteri dikkate alınmak suretiyle yapılan, idarî yaptırımı tabi vergi suçları ve cezaî yaptırımı tabi vergi suçları ayrımı için bkz: ÜSTÜN, Ümit Süleyman, **Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2001, s. 13; Ayrıca bkz: ÜSTÜN, Ümit Süleyman, “Cezaî yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü”, **SÜHFD**, yıl 2001, Cilt 9, S. 3-4, s. 302-305.

¹⁹ BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, **Vergi Veza Hukuku**, Yeniden Yazılmış 3. Baskı, Külcüoğlu Kültür Merkezi Yayınları, Afyonkarahisar 2006, s. 66-67.

²⁰ ÖZDEMİR, Ahmet, “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 297, Haziran 1999, s. 79.

hürriyeti bağlayıcı cezalar kaçakçılık, vergi mahremiyetinin ihlali ve mükelleflerin özel işlerini yapmaktan kaynaklanmaktadır.

Bütün unsurlarını kapsayacak şekilde vergi suçu şöyle tanımlanmaktadır²¹: Vergi yükümlüsü, sorumlusu ya da görevlisi tarafından, vergi kanunlarında belirtilmiş olan maddi veya biçimsel yükümlülüklerle veya zorunluluklara aykırı olarak yapılan, vergi kaybına neden olan ve cezayı gerektiren fiiller vergi suçudur.

B. Vergi Cezası

Vergi cezası; geniş anlamı ile vergi kanunlarının suç olarak tanımladığı bir fiili ya da fiilleri işleyen kişi veya kişilere uygulanan ve kamu idaresine bir paranın ödenmesini içine alan, ceza ve tazminat niteliğini de taşıyan bir yaptırımdır. Bu bakımdan vergi cezaları vergi hukukunda yer alan vergi suçlarının yaptırımlarıdır²².

C. Vergi Suç ve Cezasının Hukuki Niteliği ve Unsuruları

Vergi kurallarına aykırı hareketler, vergi suçunu doğurmaktadır. Bu durumda devletin yaptırım, yani cezalandırma hakkı doğmaktadır. Bu yaptırımlar da, vergi cezalarıdır. Kişilerin çeşitli davranışları ile devletin vergi gelirlerinde azalma olsa dahi, bu davranışlar kanunlarla yasaklanmamışlarsa vergi suçu sayılmayıp cezaları gerektirmemektedir. Vergiden kaçınmak buna iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bu yüzden bir fiilin vergi suçu sayılıp cezayı gerektirmesi için öncelikle hukuken belirlenmiş olması ve bir takım unsurlarının bulunması gerekmektedir.

1. Vergi Suç ve Cezasının Hukuki Niteliği

Vergi ceza hukukuna ilişkin kurallar esas olarak VUK'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde, vergi ödevi ilişkisinin gereklerinin yanı sıra, ceza hukuku ilkeleri de dikkate alınmıştır. Vergi ceza hukukunun suç kabul ettiği fiiller incelendiğinde, ceza hukukuna paralel olarak, bu fiillerden bir kısmının zarar suçu ve diğer bir kısmının da tehlike suçu niteliğinde oldukları görülmektedir²³.

²¹ BAYRAKLI, s. 66.

²² GÜLERYÜZ, Süveyda, “VUKna Göre Cezalar-I” **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 306, Ekim 1999, s. 62.

²³ ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 209

Bilindiği gibi, VUK'un düzenlediği suç ve cezaların bir kısmı yalnız vergi hukukunu ilgilendirdiğinden, bunların fiil ve yaptırımları idari usullerle belirlenir. Bunun yanında vergi dairesi tarafından suç olarak belirlenen fiiller için yargı kararı olmadan, yine vergi dairesince ceza kesilebilmektedir. Ancak, bu anlamda vergi cezası niteliğinde olan ve vergi dairesince uygulanan cezaların hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Vergi zammı görüşüne göre, vergi cezası bir ceza değil, aslında vergiye yapılan bir zamdır. Ancak, buna bazı eleştiriler de getirilmektedir. Öncelikle eleştiriler cezaların kişiselliği yönündendir. Eğer vergi cezaları, vergi zammı olarak düşünülürse, o zaman vergilerde olduğu gibi bunun da mirasçılara devredilmesi gerekmektedir²⁴.

Ancak, VUK'un 372. maddesine göre "ölüm halinde vergi cezası düşer". Bu durumda vergi cezasının, mirasçılara devredilmediğinden dolayı vergi zammı olarak düşünmek doğru olmasa gerektir.

Vergi cezalarının bir tazminat olduğunu ileri sürenlere göre, vergi cezası devlet hazinesine verilen zarardan dolayı hükmedilen bir yaptırımdır. Buna eleştiri olarak cezaların kişiselliği ilkesi hatırlatılabilir. VUK'un 372. maddesine göre vergi cezaları mirasçılara devredilmediği halde, özel hukuka göre, zarara uğrayanın zararını gidermek amacını güden tazminatlar kişinin ölümü durumunda mirasçılara devredilmektedir. Yine vergi cezalarında ehliyetsizlik göz önünde bulundurulduğu halde tazminatlarda bu durum söz konusu değildir. Bunun için bu görüşün de bugün önemi kalmamıştır²⁵.

Bir diğer görüşe göre vergi cezası, ceza kanunlarında yer alan ve suçluyu belirli miktarlarda parayı ödemeye zorlayan bir para cezası niteliğindedir. Buna karşı eleştiri olarak, vergi cezalarında vergi alacağının güvence altına alınması amacı güdülürken, para cezalarında böyle bir durumun olmadığı belirtilebilir. Yine para cezalarında tüzel kişiliğin cezai sorumluluğu olmadığı halde, vergi cezalarında sorumluluk vardır²⁶.

²⁴ KIRBAŞ, s. 153.

²⁵ KIRBAŞ, s.153.

²⁶ KIRBAŞ, s.154.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, dar anlamdaki vergi suçlarında (vergi idarelerinin suç saydığı ve cezalandırmış olduğu durumlarda) fiil ve yaptırım idari usullerle belirlendiğinden bunlar, “idari suç” ve “idari kabahat” olarak nitelendirilebilir²⁷. Vergi idareleri, suç ve cezalarını VUK’a göre ve bu kanunun verdiği yetkiye dayanarak belirlediği ve cezalandırdığı için bu görüş daha az eleştiri almıştır²⁸. Gerçekten de dar anlamdaki vergi suçlarının temel özellikleri incelendiğinde, bunların idarî kabahat olarak nitelendirilmesi daha isabetli olacaktır. Ayrıca gerek fiillerin tespiti, gerekse yaptırımların belirlenmesi, uygulanması ve hatta bu yaptırımlara karşı başvuru yolları dikkate alındığında, söz konusu fiiller için öngörülen yaptırımların idarî nitelikte olduğu görülecektir.

2. Vergi Suçunun Unsurları

Her hangi bir davranışın suç sayılabilmesi ve sonucunda cezanın verilebilmesi için bir takım unsurlarının bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar; kanuni, maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsurudur²⁹.

Bir vergi kanununda bir şeyin yapılmasının ya da yapılmamasının emredilmiş olması suçun kanuni unsurunu oluşturmaktadır. Burada ayrıca, kanuna aykırı davranışa verilecek cezanın da belirtilmesi gerekir.

VUK’un 331. maddesinde vergi kanunlarına aykırı hareket etmekle bir vergi cezasına çaptırılmanın nitelikleri birbirine bağlanmıştır. Böylece vergi suçunun kanuni unsuru için bu iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu koşullardan birinin bulunmaması, vergi suçunun kanuni unsurunun meydana gelmesini engellemektedir³⁰. VUK’un ceza hükümleri bölümünde, vergi kanunlarının hangi hükümlerine aykırı hareket edildiğinde uygulanacak olan vergi cezaları belirtilmiştir. Bu bakımdan bir vergi cezası ile yaptırıma bağlanmamış olan vergi kanunu hükümlerine aykırı hareketler cezalandırılmayacağı için, bu hareketler de vergi suçu sayılamayacaktır.

²⁷ Bkz: ÜSTÜN, Cezaî Yaptırım, s. 10, 14.

²⁸ KIRBAŞ, s.154.

²⁹ BAYRAKLI, s. 61-63.

³⁰ ÜSTÜN, Cezaî Yaptırım, s. 4-5; EDİZDOĞAN-TAŞ, s. 11-14.

Vergi suç ve cezalarının maddi unsuru, vergi kanunlarına aykırı bir harekette veya davranışta bulunulmasıdır. Bir kanun hükmüne aykırı hareket edilebilmesi için, bir fiilin yapılmış olması gerekmektedir. Bu fiil herhangi bir şeyin yapılması, kanuna aykırı bir işin yapılması veya kanunun emrettiği bir hükmü yapmamaya direnmek gibi bir hareket de olabilir. Bu şekilde bir harekette bulunulmadığı durumlarda suç söz konusu olamayacağından, herhangi bir cezayı da gerektirmeyecektir³¹.

Herhangi bir suçun maddi unsurunu, hareket unsuru ve sonuç unsuru şeklinde iki bölümde incelemek mümkündür. Hareket unsuru, kanunların suç saydığı bir sonuca neden olan hareketlerdir. Bu hareketler yukarıda da belirtildiği gibi, bir şeyin yapılması ya da yapılmaması şeklinde olabilmektedir. Sonuç unsuru ise, hukuki sonuçlar bakımından önem arz eden ve hareket tarafından ortaya çıkartılan ya da engel olmak yoluyla oluşturulan değişikliklerdir. Hareket unsuru ile sonuç unsuru arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Ortaya çıkan değişikliğin bir kişiye yüklenebilmesi için bu değişikliğin onun hareketinden doğması ve yapmak veya yapmamak ile neden-sonuç ilişkisinin kurulması gerekmektedir³².

Vergi suç ve cezalarında manevi unsuru, kanun hükmüne aykırı fiil ile kişi arasında, bu fiilin kişiye bağlanabilmesini sağlayacak ilişkinin bulunması oluşturmaktadır. Ceza hukukunda, kanuni ve maddi unsurları tamam olan suç nedeni ile bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, suçun manevi unsurunun da bulunması gerekmektedir³³.

VUK'da vergi suçunun tanımı yapılırken, suç faili ile kanunla yasak edilmiş fiil arasında maddi nedensellik bağının bulunması gereğine değinilmektedir. İlgili maddede (m. 331) "...aykırı hareket edenler..." şeklinde bir ifadeye yer verilerek, kanun tarafından yapılması emredilmiş hususlara aykırı hareketlerle, ceza muhatabı olacak kişiler arasında bir bağlantı kurulmuştur.

Ceza, kanun hükmüne aykırı hareket edenlere verilmektedir. Böyle bir durumun olabilmesi için de kanuna aykırı hareketlerin

³¹ ÜSTÜN, Cezaî yaptırım, s. 5; EDİZDOĞAN-TAŞ, s. 11.

³² EDİZDOĞAN-TAŞ, s. 12; BAYRAKLI, s. 67-69.

³³ EDİZDOĞAN-TAŞ, s. 12; BAYRAKLI, s. 69.

cezalandırılacak kişilere bağlanması, bu hareketlerle ilişkiler arasında bir “manevi nedensellik bağı”nın bulunması gerekmektedir³⁴.

Son olarak hukuka aykırılık unsuruna değinmek gerekir. Bir fiil, hukuka aykırı olmadıkça suç da meydana gelmeyecektir³⁵. Bu bakımdan suçun tamam olması için, fiilin hukuka aykırı olması da gerekmektedir.

II. 4369 SAYILI KANUN ÖNCESİ VERGİ SUÇ VE CEZALARI

A. Vergi Suç ve Cezaları

4369 sayılı Kanunla vergi suç ve ceza sisteminde köklü bir takım değişiklikler yapılmıştır. Halen yürürlükte olan vergi suç ve cezalarının temel sistematığı bu değişikliklerle oluşturulmuştur. Vergi suç ve cezalarının geçirdiği evrimi, esaslı değişiklikleri görüp kıyas ve değerlendirme yapabilmek için, bu bölümde VUK’da 4369 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki vergi suç ve cezaları incelenecektir.

Kaçakçılık Suçu ve Cezası

a. Kaçakçılık Suçunun Tanımı ve Unsurları

Vergi kaçakçılığı; vergi kanunlarına aykırı davranmak ve kanunları uygulamakla görevli bulunan idarenin aldığı önlemlere karşı gelmek suretiyle vergi ödememek ya da az vergi ödemek³⁶ şeklinde ifade edilirken konuya ilişkin düzenlemeler, 4369 Sayılı Kanun öncesindeki VUK’un 344, 358, 359 ve 360. maddelerinde bulunmaktadır.

VUK’un 344. maddesine göre kaçakçılık suçu, vergi mükellefi veya sorumlusu tarafından kasten vergi ziyana sebebiyet verilmesidir. Kastın varlığının kabul edildiği altı fiil ise şunlardır :

“i. Vergi kanunlarına göre tutulması zorunlu olan defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri, vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde bu defterler yerine tamamen veya kısmen başka defter ve kağıtlara kaydetmek veya diğer kayıt ortamlarında izlemek,

³⁴ EDİZDOĞAN-TAŞ, s.12.

³⁵ ÜSTÜN, Cezai Yaptırım, s. 5.

³⁶ GÜNDEL, Ahmet, “Vergi Suçlarında Ticaret, Sanat ve Meslek Açısından Mahrumiyete İlişkin Fer’i Ceza Uygulaması”, **Yaklaşım**, Yıl: 2, S. 18, Haziran 1994, s. 7; ÖZDEMİR, s. 81.

ii. Sahte veya muhteviyatı itibari ile yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak,

iii. Vesikaları tahrif etmek, asıllarına uygun olmayan vesika ve suretler tanzim etmek veya tahrif edilmiş vesikalarla asıllarına uygun olmayarak tanzim edilmiş vesika ve suretleri bilerek kullanmak,

iv. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defter kayıtlarını tahrif etmek veya bu defterlerde mevhum adlara hesap açmak veyahut her türlü hesap ve muhasebe hileleri yapmak,

v. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlerin sahifelerini yok ederek yerlerine başka yapraklar koymak veya hiç koymamak,

vi. Vergi kanunlarına göre tutulması ve muhafazası mecburi olan defter veya vesikaları yok etmek veya gizlemek (mevcudiyetleri noter tasdik kayıtları veya sair suretlerde sabit olduğu halde vergi incelemesine yetkili kimselere inceleme sırasında defter ve vesikaların ibraz edilmemesi gizlemek demektir)”.

Bazı vergilerde yukarıda altı madde halinde belirtilen haller bulunmakla birlikte kaçakçılık cezası uygulanmamaktaydı. Örneğin, Emlak Vergisi Kanunu'nun (4369 sayılı Kanun'un 82/6'ncı maddesiyle kaldırılan) 35. maddesine göre, emlak vergisinde kaçakçılık cezası uygulanmıyordu. Vergi ziyayı olması halinde kusur cezası uygulanıyordu.

Vergi kaçakçılığının ikinci unsuru olan vergi ziyayı ise VUK'un 341/1. maddesinde şöyle tanımlanmıştır: “Vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder³⁷”.

³⁷ VUK 341/2-3: “Şahsi, medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyanlar ile veya sair suretlerle verginin noksan tahakkuk ettirilmesine veya haksız yere geri verilmesine sebebiyet vermek de vergi ziyayı hükmündedir. Yukarıki fıkralarda yazılı hallerde verginin sonradan tahakkuk ettirilmesi veya tamamlanması veyahut haksız iadenin geri alınması ceza uygulanmasına mani teşkil etmez”.

b. Vergi Kaçakçılığı Suçunda Ceza

VUK'da vergi kaçakçılığına karşı para cezaları daha sonra 4369 sayılı Kanunun 82/1-b maddesiyle yürürlükten kaldırılan 345, 346 ve 347. maddeleriyle düzenlenmişti. 345. maddeye göre, Veraset ve İntikal Vergisi³⁸ dışında, kaçakçılık yapan mükelleflere veya sorumlulara, kaçırıldıkları verginin üç katı tutarında vergi cezası kesilmekteydi.

VUK'un 346. maddesine göre, bir mükellefi veya vergi sorumlusunu kaçakçılık yapmaya azmettirenlere, işlenen fiiller için mükellefe veya sorumluya uygulanacak ceza aynen uygulanmaktaydı. 347. maddeye göre de, kaçakçılık olduğunu bildiği bir fiilin işlenip tamamlanmasını fiili ile kolaylaştıranlara, bundan ayrı bir menfaat gözetmediği takdirde bu fiiller için, kanunda belirtilen cezaların dörtte biri kesilmekte veya hükmedilmekteydi.

Aynı yardımı 344. maddenin bir ila altıncı bentlerinde yazılı fiillerin işlenip tamamlanması için yapanlara, bu fiiller için tayin olunan cezanın yarısı hükmolünmaktaydı. Yani kast fiillerini işlemeye yardım edenlere, daha fazla ceza kesilmekteydi. Çünkü bunda karşılıklı bir menfaat söz konusu olabilir. 371. maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak keyfiyetten ilgili makamları haberdar edenlere ise ceza kesilmez.

Vergi kanunlarına göre tutulması zorunlu olan defter ve vesikaları yok etmek ya da gizlemek suçlarını işleyenler hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünmaktaydı. Bu ceza para cezasına çevrilebilmekteydi ve para cezasına çevrilmede, asgari ücretin aylık brüt tutarının yarısı, bir günlük hapis cezasının karşılığı olarak dikkate alınmaktaydı. Para cezası ise ertelenememekteydi³⁹. Bunun yanında, sahte ve yanıltıcı belgeler düzenleyerek bunları bilerek kullananlar üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılmakta ve bu cezalar para cezasına çevrilememekteydi. Bu cezaları gerektiren fiilleri işleyenlere, bunların tekerrüründe cezalar iki kat olarak uygulanmaktaydı.

2. Ağır Kusur

Ağır kusur suçu, VUK'un mükerrer 347. maddesinde sayılan hallerden birisiyle vergi ziyaına neden olunması olup, kaçakçılık suçuna

³⁸ RG : T. 15.06.1959, S. 10231.

³⁹ Bkz: ÜSTÜN, Cezaî Yaptırım, s. 64-65.

göre daha hafif fiiller olarak nitelendirilmektedir⁴⁰. Kaçakçılıkta olduğu gibi, ağır kusurda da suçun oluşması için ilk ve en önemli unsur vergi ziyanının olmasıdır. Verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi ya da eksik tahakkuk ettirilmesi ortaya bir vergi ziyayı çıkarmamışsa, ağır kusur cezası verilemez. İkinci unsur ise, mükerrer 347. maddede sayılan hallerden birinin bulunmasıdır⁴¹.

Emlak Vergisi Kanunu'nun 32. maddesine göre, emlak vergisinde de beyannamesini ek süreye rağmen vermeyen mükellefler adına, ağır kusur cezası kesileceği hükme bağlanmıştır.

Ağır kusur suçunun gerçekleşmesi durumunda, verilecek ceza kaçakçılığa oranla daha hafiftir. VUK'un 349. maddesine göre, ağır kusur

⁴⁰ KARADOĞAN Uğur, "Vergi Cezalarında Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Yaklaşım*, S. 84, Aralık 1999, s. 213.

⁴¹ VUK eski mük m. 347:

"1. Verilmesi gereken beyannamelerde toplamı 345.600.000-, liradan az olmamak üzere beyannamede yazılı vergi matrahının %10'unu geçen bir miktarın noksan bildirilmesi ya da beyan dışı bırakılan matrah ya da matrah farkı ya da yersiz vergi mahsup indirimleri nedeniyle ödenmesi gereken verginin 138.240.000-, liradan az olmamak üzere noksan hesaplanmasına ya da bu miktarı aşan verginin haksız yere iadesine sebebiyet verilmesi,

Vergi dairesi ayrıca bir araştırma yapmaksızın matrah farkını beyannameden çıkarıyorsa ağır kusur işlenmiş sayılmaz. Re'sen takdirde de yukarıdaki hükmün uygulanması için takdir edilen matrahın 345.600.000-, lirayı aşması yeterlidir.

2. Vergilendirme dönemi ve tarh zamanı geçtiği halde götürü ticaret ve götürü serbest meslek erbabının kazançları ile ilgili faaliyetlerinin vergi dairesinin bilgisi dışında bırakılması,

3. Beyanname verme süresi geçtiği halde götürü gider usulüne tabi çiftçilerin zirai faaliyetlerinin vergi dairesinin bilgisi dışında bırakılması,

4. Beyanname verme süresi geçtiği halde ücret, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ile sair kazanç ve iratların vergi dairesinin bilgisi dışında bırakılması,

5. Ticari, zirai ve mesleki kazanç sahiplerinin faaliyetlerini vergi dairesine bildirmekle beraber, beyanname verme süresi geçtiği halde beyanname vermemesi".

sayılan fiilleri işleyen mükellef veya sorumlulara karşı verilecek ceza, ziyaa uğrattıkları verginin iki katı kadardır.

3. Kusur

VUK'un 348. maddesine göre kusur; kaçakçılık ve ağır kusur sayılan fiiller dışında herhangi bir şekilde vergi ziyasına neden olunmasıdır⁴². Bu maddede hangi hallerin kusur suçunu oluşturacağı belirtilmemiştir. Ancak kanun koyucunun vergi ziyasını kesinlikle cezasız bırakmama anlayışı ortaya çıkmaktadır. Vergi ziyasına yol açabilecek nedenlerden bazıları özellikle sayılarak, önemine göre kaçakçılık ve ağır kusur cezaları ile cezalandırılmıştır. Bunun dışında örneğin, usulsüzlük hallerinde vergi ziyasının ortaya çıkması durumunda kusur cezası kesilmesi yoluna gidilecektir⁴³. Bazı vergi kanunlarında hangi hallerde kusur cezası kesileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin, Emlak Vergisi Kanunu'nun 10. ve 20. maddelerinde belirtilen asgari beyana esas olan değerlerin altında beyanların bulunulması halinde kusur cezası uygulanmaktadır.

VUK'un 349. maddesine göre, kusur işleyen mükelleflere ya da sorumlulara ziyaa uğrattıkları verginin %50'si tutarında vergi cezası kesilmesi gerekmektedir. Burada, ziyaa uğratılan vergi de doğal olarak mükelleften istenecektir.

4. Usulsüzlük Suçu ve Cezası

VUK'un 351. maddesine göre usulsüzlük; vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine uyulmamasıdır. Kanun koyucu burada, vergi ziyasının bulunup bulunmadığına, mükellef ya da sorumlunun suç işleme kastının olup olmadığına bakmaksızın vergi kanunlarında belirtilen şekle ve usule ilişkin bazı kurallara uymamayı cezalandırmaktadır.

VUK, usulsüzlük fiillerini iki grupta düzenlemektedir. Birinci grupta düzenlenen usulsüzlükler, birden çok vergi için geçerli olan nitelikteki usulsüzlüklerdir. İkinci gruptaki usulsüzlükler ise, sadece bir vergiye ya da bir olaya ilişkin özel nitelikteki usulsüzlüklerdir.

⁴² KARADOĞAN, s. 213.

⁴³ KIRBAŞ, s. 159.

a. Genel Usulsüzlük

Tüm vergilere uygulanabilecek genel nitelikteki usulsüzlükler VUK'un 352. maddesinde, birinci derece usulsüzlükler⁴⁴ ve ikinci derece usulsüzlükler⁴⁵ olmak üzere iki derece halinde gruplandırılmış olup, bu derecelere ve kanuna bağlı cetvele göre cezalandırılmaktadır.

⁴⁴ Birinci derece usulsüzlükler:

- i. Vergi ve harç beyannamelerinin süresinde verilmemiş olması,
- ii. Bu kanuna göre tutulması zorunlu olan defterlerden herhangi birinin tutulmamış olması,
- iii. Defter kayıtlarının ve bunlarla ilgili belgelerin doğru bir vergi incelemesi yapılmasına olanak vermeyecek derecede noksan, usulsüz ya da karışık olması,
- iv. Bu kanuna göre tutulması mecburi defterlerin veya kanunen muhafazası mecburi vesikalarla evrakın, memurlar tarafından istenildiği halde ibraz edilmemesi,
- v. Çiftçiler tarafından 245. madde hükmüne göre muhtar ve ihtiyar heyetlerine yapılan davete süresinde uyulmaması,
- vi. VUK'un kayıt düzeyine (m. 215-219) uyulmamış olması (Her incelemede inceleme tarihine kadar aynı takvim yılı için saptanan usulsüzlükler tek fiil sayılır),
- vii. İşe başlamanın zamanında bildirilmemesi,
- viii. Tasdiki mecburi olan defterlerden herhangi birinin tasdik işleminin yapılmamış olması,
- ix. Götürü matrahlar üzerinden salınan gelir vergisinde, tarh zamanı geçtiği halde verginin tarh ettirilmemiş olması,
- x. Yıllık beyannamede servet beyanında bulunulmaması (Yürürlükten kaldırılmıştır),
- xi. Veraset ve İntikal Vergisi beyannamesinin 342. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen süre içinde verilmiş olması.

⁴⁵ İkinci derece usulsüzlükler:

- i. Veraset ve İntikal Vergisi beyannamelerinin süresinin sonundan başlayarak 342. maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içinde verilmiş olması, (Emlak vergisinde beyannamenin bu Kanunun 27. maddesinde yazılı ek süre içinde verilmiş olması),
- ii. Ekim ve sayım beyanlarının süresi içinde ya da kanunda istenilen bilgileri içerecek bir şekilde doğru yapılmaması,

Genel usulsüzlük fiilini işleyen vergi suçlarına karşı, verilecek genel usulsüzlük cezaları VUK'a ekli cetvelde gösterilmiştir⁴⁶. VUK'un

- iii. Yıllık beyannamede gider bildiriminde bulunulmaması ya da gider unsurlarından bir kısmının bildirilmemesi (Gider bildirimi 2995 Sayılı Kanunla Yürürlükten kaldırılmıştır),
- iv. Vergi kanunlarında yazılı bildirimlerin zamanında yapılmaması (işe başlamayı bildirmek hariç),
- v. Vergi karnesinin, süresinin sonundan başlayarak 15 gün geçtiği halde alınmamış olması,
- vi. Tasdiki zorunlu defterlerden herhangi birisinin tasdik işleminin süresinin sonundan başlayarak bir ay içinde yaptırılmış olması,
- vii. Vergi beyannameleri, bildirimler, evrak ve vesikaların kanunen belli şekil, içerik ve ekleri ile bu kanunda yapılan diğer düzenlemelere ilişkin hükümlere uyulmamış olması,
- viii. Hesap veya işlemlerin doğruluk veya açıklığını bozmamak koşuluyla bazı evrak ve belgelerin bulunmaması veya ibraz edilmemesi.

46

BİRİNCİ DERECE USULSÜZLÜKLER İÇİN				İKİNCİ DERECE USULSÜZLÜKLER İÇİN		
MÜKELLEF GRUPLARI	1.1.1994 - 31.12.1994 Dönemi için	1.1.1995 - 31.12.1995 Dönemi için	1.1.1996 Tarihinden İtibaren	1.1.1994 - 31.12.1994 Dönemi için	1.1.1995 - 31.12.1995 Dönemi için	1.1.1996 Tarihinden İtibaren
1. Sermaye Şirketleri	1.800.000	3.600.000	6.000.000	1.050.000	2.100.000	3.500.000
2. Sermaye Şirketleri Dışında Kalanlar, Birinci Sınıf Tüccar ve Serbest Meslek Erbabı	1.200.000	2.400.000	4.000.000	600.000	1.200.000	2.000.000
3. İkinci Sınıf Tüccarlar	600.000	1.200.000	2.000.000	300.000	600.000	1.000.000
4. Yukarıdakiler Dışında Kalıp Beyanname Usulü İle Gelir Vergisine Tabi Olanlar	300.000	600.000	1.000.000	150.000	300.000	500.000

352. maddesine göre, usulsüzlük fiili re'sen takdiri gerektirirse yukarıdaki cetvelde yazılı cezalar iki kat olarak kesilir.

bb. Özel Usulsüzlük

Özel usulsüzlüklere ilişkin hükümler bütün vergilere değil, sadece bazı vergi ya da olaylara uygulanmaktadır. Aynı zamanda özel usulsüzlük cezalarını üç grup halinde incelemek mümkündür⁴⁷.

Birinci grup özel usulsüzlük cezaları VUK'un 353. maddesinde düzenlenmiştir. VUK'un 353. maddesine göre, özel usulsüzlük cezasının uygulanacağı birinci gruba girenler, fatura ve benzeri belgelerin verilmemesi veya alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmaması halleridir⁴⁸.

VUK'un 232. maddesinde sayılmayan kişilerden yukarıda belirtilen belgeleri almayanlara 1/5 oranında ceza kesilecektir. Bu cezanın kesilebilmesi için, belge alınmadığına ilişkin tespitin vergi incelenmesine yetkili olanlar tarafından yapılması şarttır (VUK; m. 353/3).

İkinci grup özel usulsüzlük cezaları, bilgi vermektan çekinenler ile 257. madde hükmüne uymayanlar için uygulanmaktadır. VUK'un mükerrer 355. maddesine göre, aynı Kanunun 86. ve 148. maddeleri

5. Götürü Usulde Gelir Vergisine Tabi Olanlar	150.000	300.000	500.000	75.000	150.000	250.000
6. Gelir Vergisinden Muaf Esnaf	75.000	150.000	250.000	37.500	75.000	125.000

⁴⁷ KIRBAŞ, s. 163.

⁴⁸ “Verilmesi ve alınması icabeden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi halinde; bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir belge için 5.180.000 liradan aşağı almamak üzere bu belgelere yazılması gereken meblağın veya meblağ farkının % 10'u nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir. Ancak bir takvim yılı içinde bir belge nevine ilişkin olarak tespit olunan yukarıda yazılı özel usulsüzlükler için kesilecek cezanın toplamı 2.592.000.000 lirayı geçemez”.

uyarınca istenecek belgeleri vermeyenlere, 150. maddenin 5. bendine göre gerekli bildirimleri yapmayanlara ve 257. maddedeki ödevleri yapmayanlara, çekinme nedeni olmadığı takdirde özel usulsüzlük cezası verilir. Kamu idare ve müesseseleri bunun dışındadır⁴⁹.

Üçüncü gruba giren özel usulsüzlük cezaları damga vergisine ilişkindir. Damga vergisi ile ilgili usulsüzlükler, VUK'un 355. ve 356. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde damga vergisinin zamanında ya da usulüne uygun olarak ifa edilmemesi, pulların kanuna uygun biçimde iptal edilmemesi hallerinde ödenecek cezalarla noterler, resmi daireler, bankalar ve anonim şirketler adına kesilecek cezalar yer almaktadır.

5. İşyeri Kapatma Cezası

VUK'un mükerrer 354. maddesi, 353. maddenin bir ve iki numaralı bentlerinde yazılı belgelerin bir takvim yılı içinde üç defa kullanılmadığının ya da bulundurulmadığının saptanması halinde işyerlerinin Maliye Bakanlığı'nın kararı ile bir haftaya kadar kapatılabileceği hükmünü getirmekteydi. Bu cezanın uygulanabilmesi için, belgelerin kullanılmadığının ya da bulundurulmadığının ikinci kez saptanması üzerine mükellefin bir yazı ile uyarılması ve tekerrürü halinde işyeri kapatma cezası uygulanacağını duyurulmuş olması gerekmektedir. Bu cezanın uygulanması diğer cezaların uygulanmasına engel olmamaktaydı. Bakanlık bu yetkisini mahalline devredilebilmekteydi.

Bu ceza mükellefin yazılı istemi halinde para cezasına çevrilmekteydi. Ancak, ilk uygulamadan sonra aynı takvim yılı içinde tekrar uygulama durumunda kalındığında para cezasına çevrilmez. Para cezası asgari ücretin bir yıllık brüt tutarından az olmamak üzere, mükellefin bir önceki yıl gelir ve kurumlar vergisi beyannamesinde yer alan dönem kazancının yüzde beşi olarak hesaplanır. Mükellefe yazı ile

⁴⁹ Bu ceza, birinci sınıf tüccarlar ve bilanço esasına göre defter tutan çiftçiler ile serbest meslek erbabı (götürü usulde vergilendirilenler hariç) hakkında 10.000.000-, lira, ikinci sınıf tüccarlarla zirai işletme hesabı esasına göre defter tutan çiftçiler hakkında 5.000.000-, lira, bunların dışında kalanlar hakkında da 3.000.000-, liradır. Bu hükmün uygulanması için bu durumun ilgiliye yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.

bildirilen ceza, on beş gün içinde ödenmezse işyeri kapatma cezası uygulanırdı.

B. Diğer Suç ve Cezalar

1. Kaçakçılığa Teşebbüs

VUK'un 344. maddesinde sayılan hallerden birisi ile vergi ziyana neden olunduğu takdirde kaçakçılık suçu oluşmaktadır. Kanun koyucu, bu fiillerden bazılarının verginin tarhı için kanunda öngörülen sürenin girmesinden önce saptanması halinde, vergi ziyayı olsun ya da olmasın bu fiilin de cezalandırılmasını öngörmektedir. Aynı şekilde, yukarıdaki hallere uymasa bile belge düzenine uymamakta ısrar edenleri, ödeme kaydedici cihazlara ilişkin düzene uymayanları, özel yoklama elemanlarının işaretlerine rağmen durmayan araç sürücülerini de yine ağır biçimde cezalandırmak istemektedir. Böylece vergi mükelleflerinin vergi ziyayı yaratabilecek eylemlerden uzak durmalarını ve kanunlara uymalarını sağlamaya çalışmaktadır. Kanun koyucu nitelikleri farklı bu halleri 358. maddede kaçakçılığa teşebbüs adı altında düzenlemektedir⁵⁰. Bu suçu işleyenler de kaçakçılık suçuna benzer biçimde ceza mahkemelerinde yargılanmaktadırlar⁵¹.

VUK'un 360. maddesine göre kaçakçılığa teşebbüs suçunu işleyenler hakkında, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

⁵⁰ VUK'un 358. maddesine göre;

i. 344. maddenin bir ila altı numaralı bentlerinde yazılı kaçakçılık suçları ya da bir hesap dönemi içinde ayrı tarihlerde en az dört kez fatura, sevk irsaliyesi, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu düzenlememe ve iki defa belgesiz mal bulundurma fiilleri, verginin tarhı için kanunda belli edilen sürenin girmesinden önce meydana çıkarılanlar, bu fiillerin vergi ziyana neden olup olmayacağına bakılmaksızın;

ii. Bu kanunun 127. maddesinin (d) bendi uyarınca Maliye Bakanlığı'nın özel işaretli yoklama görevlisinin uyarısına rağmen durmayan aracın sürücüsü,

iii. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge basan veya mükerrer 257. maddenin verdiği yetkiye dayanılarak çıkartılan Yönetmelikte belirtilen bildirim görevini yerine getirmeyen matbaalar ile anlaşması olmadığı halde bu kanun uyarınca tutulması ya da düzenlenmesi zorunlu belgeleri basanlar ve bu belgeleri kullananlar, kaçakçılığa teşebbüs etmiş sayılırlar.

⁵¹ KIRBAŞ, s. 165.

Ancak hapis cezasının paraya çevrilmesine hükmolunması halinde, para cezası tutarının hesabında, hapis cezasının her bir günü için sanayi sektöründe çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan para cezası ertelenemez.

Yukarıda belirtildiği gibi, bu suçu oluşturan fiiller de, kamu düzenini ihlal niteliği ağır bastığı için, ceza mahkemelerinde yargılanmaktadır.

2. Bilgi Vermekten Çekinme ve 257. Maddenin Hükmüne Uymama

VUK'un 148., 149. ve 150. maddelerine göre, daha önce bilgi toplama konusunda değinildiği gibi, kamu idare ve kurumlarıyla mükellefler ya da mükelleflerle ilişkide bulunan gerçek ve tüzel kişiler için belge verme zorunluluğu getirilmiştir. VUK'un 257. maddesine göre, aynı şekilde vergi inceleme ve kontrolleriyle, gayrimenkullerin rayiç bedellerinin saptanması sırasında mükellefler bazı ödevleri yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu zorunluluk ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde VUK'un 361. maddesine göre, özel usulsüzlük cezası kesilir. Buna rağmen yine yerine getirilmezse, yetkili mercilerce yeniden süre verilerek, bu zorunlulukların yerine getirilmesi kendilerine tebliğ olunur. Bu süre içinde de istenilen yerine getirilmediği takdirde ilgililer hakkında ceza mahkemelerince bir aydan üç aya kadar hapis cezasına hükmedilir⁵².

3. Vergi Mahremiyetini İhlâl Durumunda Verilecek Cezalar

Vergi mahremiyeti⁵³, VUK'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; vergi muameleleri ve incelemeleriyle uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler,

⁵² Bilgi vermeme fiili, kamu idare ve kurumları ile gerçek ya da tüzel kişilerce çekinme nedeni olmaksızın işlenmişse, bu fiilleri işleyenlere 1.000.000-, liraya kadar para cezası hükmolunur. Bu maddenin uygulanmasında 367. maddede gösterilen usule uyulur (VUK, m. 361).

⁵³ Daha geniş bilgi için bkz.: ORTAÇ Fevzi Rifat, **Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti ve Yasaklar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1986.

görevleri dolayısıyla mükellef ve mükelleflerle ilgili kişilerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olarak öğrendikleri sırları açıklayamazlar ve kendilerinin ya da üçüncü kişilerin yararına kullanamazlar⁵⁴.

4. Mükellefin Özel İşlerini Yapan Memurlara Uygulanacak Ceza

Genel bütçeye dahil daire, kurum ve kuruluşlar ile katma bütçeli dairelerde, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan fonlarda, belediyelerde, özel idarelerde, sermayesinin yarısından fazlası ayrı ayrı veya birlikte hazinece karşılanan birimlerde çalışanlar, her ne sebeple olursa olsun görevlerinden ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde, hizmetinde buldukları birimlere karşı, ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o birimlerin faaliyet alanları ile ilgili doğrudan veya dolaylı olarak faaliyette bulunamazlar⁵⁵.

Bu doğrultuda VUK'un 6. maddesinde iki grup bulunmaktadır. Birinci grupta, vergi işlemleri ile uğraşan memur, bilirkişi, komisyon üyeleri ve vergi yargı kuruluşlarında görevli olanların kanunda yakınlık derecesi belirtilen akrabalarına ve kanuni temsilci ya da vekili buldukları kimselere ait vergi inceleme ve takdir işleri ile uğraşamayacakları hükme bağlanmaktadır. İkinci grupta ise, vergi işlemleri ve incelemeleri ile vergi yargı kuruluşlarında görevli olanların, mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanmasına ilişkin hesap, yazı ve

⁵⁴ VUK'un 362. maddesine göre; bu kanunda yazılı vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenlere (eski) Türk Ceza Kanunu'nun 192. maddesinde yazılı cezanın (üç aya kadar hapis) iki katı uygulanır. Bu ceza iki aydan az olamaz.

Vergi mahremiyetini ihlal suçunu tekrar işleyenler bir daha devlet memuriyetine alınmamaktadır (VUK, m. 362).

⁵⁵ ÖZDEMİR, Ahmet, "Kamu Görevlilerinin Kanunları", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 299, Temmuz 1999, s. 20.

sair işlerini ücretsiz de olsa yapamayacaklarına ilişkin hükümler yer almaktadır⁵⁶.

III. 4369 SAYILI KANUN SONRASI VERGİ SUÇ-KABAHAHAT VE CEZALARI KONUSUNDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Vergi suç ve cezaları ile ilgili oldukça kapsamlı düzenlemeler 4369 Sayılı Kanun ile yapılarak, bu düzenlemelerin büyük kısmı 1.1.1999 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Cezaların caydırıcılığını ve basitliğini sağlamaya yönelik⁵⁷ olarak yapılan düzenlemelerin de bulunduğu 4369 Sayılı Kanun ile, vergi ziyai durumunda kesilen kaçakçılık, ağır kusur ve kusur cezaları kaldırılarak vergi ziyai cezası adı altında tek bir ceza getirilerek, vergi suç ve cezaları; vergi ziyai, usulsüzlük ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacak suçlar ve cezaları olarak tasnif edilmiştir (VUK, m. 344-363), Ayrıca cezalar, uzlaşma kapsamı dışına çıkartılmıştır⁵⁸. Ancak 1.1.1999 tarihinden itibaren yapılan uygulamayla, uzlaşma müessesesinin etkinliğinin ortadan kalktığı ve mükellefler aleyhine sonuçlar doğurduğu düşünülerek, 11.8.1999 tarih ve 4444 Sayılı Kanun ile cezalar tekrar uzlaşma kapsamına alınmıştır⁵⁹.

⁵⁶ Bu kanuna aykırı harekette bulunanlar (eski) Türk Ceza Kanunu'nun memuriyet görevini kötüye kullanmaya ilişkin 240. maddesine göre (6 ay-3 yıl) cezalandırılırlar.

VUK'un 363. maddesine göre, bu filler kaçakçılık cezasını gerektiren bir fiile katılma ve yardım ya da o fiili teşvik niteliğinde olduğu takdirde, ilgililer hakkında VUK'un 338, 346 ve 147. maddelerinde yazılı cezalar ayrıca kesilir.

⁵⁷ KOYUNCU, Mesut, "Vergi Reformu", **Vergi Dünyası**, S. 218, Ekim 1999, 47.

⁵⁸ Bkz: KIZILOT, Şükrü, "Tarhiyat Öncesi Uzlaşanlarda Hapis Cezasının Kalkması", **Yaklaşım**, S. 74, Şubat 1999, s. 30-33; YÜCEL, Tugay, "4369 Sayılı Kanunla Uzlaşma Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Yarattığı Sorunlar", **Mükellefin Dergisi**, S. 81, Eylül 1999, s. 54-62; YÜCEL, Tugay, "4444 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Uzlaşma Müessesesinin Yeniden İrdelenmesi ve Bir Öneri", **Mükellefin Dergisi**, S. 82, Ekim 1999, s. 87-99.

⁵⁹ KARACA, Kazım, "Vergi İncelemeleri ve Ceza Hükümlerinin Uygulanması", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 306, 15 Ekim 1999, s. 36; COŞKUN, Halil,

Ayrıca 2004 ve 2005 yıllarında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile vergi suç ve cezaları konularını da etkileyen önemli düzenlemeler yapılmıştır⁶⁰. 5560 sayılı Kanun'un⁶¹ 31-35. maddeleri ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda çeşitli değişikliklere gidilmiştir.

VUK'da düzenlenen vergi suç ve cezalarının, yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu'na uyumunu sağlamak amacıyla 2008 yılında 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶² çıkartılmıştır.

IV. YÜRÜRLÜKTEKİ MEVZUATA GÖRE VERGİ SUÇ-KABAHAT VE CEZALARI

A. Vergi Kabahatleri ve Cezaları

1. Vergi Ziyayı Suçu ve Cezası

4369 Sayılı Kanun ile, ceza sistemine caydırıcılık ve basitlik kazandırılmış ve vergi ile ilgili suçlar “vergi ziyayı suçu” olarak birleştirilmiştir.

“Vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder. Şahsi, medeni haller veya aile durumu

“Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapan 4444 Sayılı Kanun ile Yapılan Düzenlemeler”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 303, 1 Eylül 1999, s. 33; YÜCETAŞ BORAN, Nazan-YEŞİLYURT, Eren, “4444 Sayılı Kanun ile GVK, KVK, EVK, BGK ve HK’nda Yapılan Değişiklikler”, **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 132, Eylül 1999, s. 32; AYKIN, Hasan, “4444 Sayılı Kanun Sonrası Uzlaşma Müessesesi”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 303, 1 Eylül 1999, s. 78-80.

⁶⁰ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 2839-2859.

⁶¹ RG., T. 19.12.2006, S. 26381.

⁶² RG., T. 8.2.2008, S. 26781; Bu kanunda VUK'ta yapılan değişiklikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: ÜSTÜN, Ümit Süleyman-ÜNSAL, Hilmi, “Vergi Cezaları Konusunda 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi”, **SÜHFD**, Yıl 2008, Cilt 16, S. 2, s. 115 vd.

hakkında gerçeğe aykırı beyanlar ile veya sair suretlerle verginin noksan tahakkuk ettirilmesine veya haksız yere geri verilmesine sebebiyet vermek de vergi ziyayı hükmündedir” (VUK, m. 341)⁶³.

6.1.2005 tarihli ve 2001/3 Esas - 2005/4 Karar Sayılı Anayasa Mahkemesi kararına⁶⁴ kadar; vergi ziyayı cezası, ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden, cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunmaktaydı (VUK, m. 112). Gecikme faizinin hesaplanmasında ise, ay kesirleri dikkate alınmamaktaydı⁶⁵. İlgili vergi tarhiyatı dönemi ne kadar eski olursa, vergi ziyayı cezasının parasal tutarı da o kadar büyük olmaktadır. Bahse konu mahkeme kararı ile bu durum değiştirilmiştir. Gecikme faizi artık cezanın belirlenmesinde etkili değildir.

Vergi ziyasına VUK’un 359. maddesinde kaçakçılık suçu olarak sayılan fiillerle sebebiyet verilmişse, bu durumda vergi ziyayı cezası üç kat; bu fiillere iştirak edenlere de bir kat olarak uygulanacaktır. Dolayısıyla, hapis cezasını gerektiren bir fiille vergi ziyasına sebebiyet verilmesi durumunda, hem hapis cezası verilecek, hem de vergi ziyayı cezası kesilecektir (VUK., m. 344).

4369 Sayılı Kanunun gerekçesinde, yeni ceza sisteminin tek ceza ismi altında toplanmasının gerekçesi olarak, “vergi kaybına yol açan fakat vasıflı olmayan fiiller için de kullanılan “kaçakçılık veya ağır kusur” gibi ifade tarzı itibariyle rencide edici terimler yerine “vergi ziyayı cezası” ibaresiyle ceza kesilmesi yöntemi getirilmiştir⁶⁶ denilmektedir. Böylece kaçakçılık, yalnızca vasıflı ve hapis cezası gerektiren fiiller için kullanılır duruma getirilmiştir.

⁶³ Bkz: GÜLERYÜZ, VUKna Göre Cezalar-1, s. 63.

⁶⁴ RG., T. 20.10.2005, S. 25972.

⁶⁵ 218 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği, RG., T. 7.12.1999, S. 23899; Bkz: DELİCE, Mehmet, “Vergi Ziyayı Cezasında Gecikme Faizi ve Gecikme Zammı Uygulaması”, **Vergi Dünyası**, S. 218, Ekim 1999, s. 62-65; ÜSTÜN, Ümit Süleyman, “Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi”, **SÜHFD**, yıl 2006, Cilt 14, S. 1, s. 269-270.

⁶⁶ Vergi Tasarısı Genel Gerekçe, **Yaklaşım**, S. 63, Mart 1998, s. 152.

2. Usulsüzlük Suç ve Cezaları

Usulsüzlük, vergi kanunlarının şekil ve usule yönelik hükümlerine uyulmamasıdır (VUK, m. 351)⁶⁷.

a. (Genel) Usulsüzlük

Birinci ve ikinci derece usulsüzlükler için, 1.1.2010 tarihinden itibaren geçerli olan ceza cetveli, 393 sıra numaralı VUK genel tebliği ile belirlenmiştir⁶⁸.

4369 Sayılı Kanun ile, usulsüzlük dereceleri ve cezalarına ilişkin VUK'un 352. maddesinin birinci derece usulsüzlüklerle ilgili bölümünde

⁶⁷ GÜLERYÜZ, VUK'na Göre Cezalar-1, s. 64.

⁶⁸ RG., T. 29.12.2009, S. 27447; Vergi ceza miktarlarının genel tebliğlerle artırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: ÜSTÜN, Ümit Süleyman, "Vergi Ceza Miktarlarının Yeniden Değerleme Oranında Artırılması", **Vergi Sorunları**, S. 246, Mart 2009, s. 175 vd.

<i>Birinci derece usulsüzlükler</i>	
1- Sermaye şirketleri	90
2- Sermaye şirketi dışında kalan birinci sınıf tüccarlar ve serbest meslek erbabı	57
3 – İkinci sınıf tüccarlar	28
4- Yukarıdakiler dışında kalıp beyanname usulüyle gelir vergisine tabi olanlar	14
5- Kazancı basit usulde tespit edilenler	7,70
6- Gelir vergisinden muaf esnaf	3,50
<i>İkinci derece usulsüzlükler</i>	
1- Sermaye şirketleri	50
2- Sermaye şirketi dışında kalan birinci sınıf tüccarlar ve serbest meslek erbabı	28
3 – İkinci sınıf tüccarlar	14
4- Yukarıdakiler dışında kalıp beyanname usulüyle gelir vergisine tabi olanlar	7,70
5- Kazancı basit usulde tespit edilenler	3,50
6- Gelir vergisinden muaf esnaf	2

bazı değişiklikler yapılmış, belge düzenine uymayanlara kesilecek özel usulsüzlük cezalarının⁶⁹ düzenlendiği 353. maddeye sekiz, dokuz ve on numaralı bentler eklenmiş ve bilgi verme, ibraz görevini yerine getirmeyenler ile Maliye Bakanlığı'nca getirilen zorunluluklara uymayanlara kesilecek özel usulsüzlük cezası, mükerrer 355. maddede kapsamı genişletilerek yeniden düzenlenmiştir⁷⁰.

b. Özel Usulsüzlük

Özel usulsüzlük cezası, genel olarak vergi idaresi tarafından cari yıl içinde yapılan denetlemelerde, vergiyi doğuran olaylarla belge ve kayıtlar arasında ilişki kurularak, vergi ziyanına neden olacak suçların süresi içerisinde önlenmesini sağlamak⁷¹ şeklinde tanımlanabilir.

İstenilen bilgileri vermeyenlere, muhafaza etmek zorunda oldukları defter ve belgelerle diğer kayıtlarını, yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz etmeyenlere, yeminli mali müşavirlerce talep edilen defter, belge ve diğer kayıtlarını ibraz etmeyenlere, VUK'un mükerrer 257. maddesinin Maliye Bakanlığı'na verdiği yetkiye dayanılarak getirilen zorunluluklara uymayanlara ve kamu idare ve müesseselerinden istenilen bilgilerin verilmemesi durumunda bunların yöneticilerine özel usulsüzlük cezası kesilecektir⁷².

1.1.2010 tarihinden itibaren uygulanan olan özel usulsüzlük cezaları, 393 sıra numaralı VUK genel tebliği ile belirlenmiştir⁷³.

⁶⁹ Bkz: KAYA, Ömer, "Muhasebe Sistemine Uyulmaması Halleri ve Özel Usulsüzlük Cezası Uygulaması", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 300, 15 Temmuz 1999, s. 27-30.

⁷⁰ Bkz: 218 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği, RG., T. 7.12.1999, S. 23899.

⁷¹ GÜLERYÜZ, Süveyda, "VUK'na Göre Cezalar-2" **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 307, 1 Kasım 1999, s. 60.

⁷² 218 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği, RG., T. 7.12.1999, S. 23899; Maliye Bakanlığının belirlediği düzenlemelere aykırılık halinde ceza kesilmesi durumunun değerlendirilmesi hakkında bkz: ÜSTÜN, Ümit Süleyman, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 154-155, 278.

⁷³

1- Fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu verilmemesi, alınmaması	160
--	-----

Özel usulsüzlük cezası kesilebilmesi için, kendisinden bilgi istenilene gönderilecek bir yazıyla, süresinde bilgi verilmediği veya eksik ya da yanıltıcı bilgi verildiği veya defter ve belgelerin süresinde ibraz edilmediği takdirde uygulanacak olan müeyyidelerin açıklanmış olması gerekmektedir.

Ceza verilmiş olmasına rağmen bilgi ve ibraz görevini yerine getirmeyenlere, yeniden süre verilerek bu mecburiyetlerin yerine getirilmesi tebliğ edilecek; verilen süre içinde yerine getirilmediği

- Bir takvim yılı içinde her bir belge nevine ilişkin olarak kesilecek toplam ceza	77.000
2- Perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihaz fişi, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin düzenlenmemesi, kullanılmaması veya bulundurulmaması	160
- Her bir belge nev'ine ilişkin olarak her bir tespit için toplam ceza	7.7
- Her bir belge nev'ine ilişkin bir takvim yılı içinde kesilecek toplam ceza	77.000
4- Maliye Bakanlığınca tutulma ve günü gününe kayıt edilme mecburiyeti getirilen defterlerin; bulundurulmaması, günü gününe kayıt yapılmaması, yetkililere ibraz edilmemesi ile levha bulundurma ve asma mecburiyetine uyulmaması	160
6- Belirlenen muhasebe standartlarına, tek düzen hesap planına ve mali tablolara ilişkin usul ve esaslar ile muhasebeye yönelik bilgisayar programlarının üretilmesine ilişkin kural ve standartlara uyulmaması	3.500
7- Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerce yapılacak işlemlerde kullanılma zorunluluğu getirilen vergi numarasını kullanmaksızın işlem yapanlara	190
8- Belge basımı ile ilgili bildirim görevini tamamen veya kısmen yerine getirmeyen matbaa işletmecilerine	570
9- 4358 sayılı Kanun uyarınca vergi kimlik numarası kullanma zorunluluğu getirilen kuruluşlardan yaptıkları işlemlere ilişkin bildirimleri, belirlenen standartlarda ve zamanda yerine getirmeyenlere	770
10- 127. maddenin (d) bendi uyarınca Maliye Bakanlığının özel işaretli görevlisinin ikazına rağmen durmayan aracın sahibi adına	570
Bilgi vermekten çekinenler ile 256, 257 ve mükerrer 257. madde hükmüne uymayanlar için ceza	
1- Birinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı hakkında	1.000
2- İkinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler hakkında	500
3- Yukarıdaki bentlerde yazılı bulunanlar dışında kalanlar hakkında	250

takdirde ise, daha önce verilen özel usulsüzlük cezası bir kat artırılarak uygulanacaktır.

Ancak bu durumda, VUK'un 30. maddesinin üçüncü bendi gereği, ilgili dönem vergi matrahı re'sen belirlenecek ve rapora bağlanacaktır.

Öte yandan, özel usulsüzlük cezası kesilmiş olmasına rağmen bilgi vermekten çekinenler ile 257. madde hükmüne uymayanlara ceza mahkemeleri tarafından hükmolunacak para ve hapis cezalarını düzenleyen 361. madde 4369 Sayılı Kanun ile 29.7.1998 tarihi itibarıyla kaldırılmıştır.

B. Vergi Suçları ve Cezaları

VUK'un 331. maddesinde cezalar belirtilirken, "diğer cezalar" da değinilmiştir. Diğer cezalar kısmına ise, 4369 Sayılı Kanun'la "Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ile Cezalandırılacak Suçlar ve Cezaları" başlığı ile yeni bir bölüm getirilmiştir. Bu bölüm başlığı ise 5728 sayılı Kanun'un 276. maddesiyle 8.2.2008 tarihinden itibaren "Suçlar ve Cezaları" şekline değiştirilmiştir. Bu bölümde belirtilen ağır fiillere aykırı hareket edilmesi, ceza mahkemelerinde yargılanmayı gerektirmektedir. Bu suçlar; kaçakçılık suçu, kaçakçılığa iştirak durumları, vergi mahremiyetinin ihlali, mükellefin özel işlerini yapan memurlara ilişkin suçlardır⁷⁴.

1. Kaçakçılık Suçları ve Cezaları

5728 sayılı Kanun'un 276. maddesiyle değiştirilen ve 8.2.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe giren VUK'un 359. maddesiyle kaçakçılık suçları ve cezalarında düzenleme yapılmış ve cezanın alt sınırı bir yıldan 18 aya çıkartılarak, hapis cezasının para cezasına çevrilebilmesi engellenmiştir⁷⁵.

Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

⁷⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz: DONAY, Süheyl, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, Beta, İstanbul 2008.

⁷⁵ BİLİCİ, Nurettin, **Vergi Hukuku** 23. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 93; AYRICA bkz: ÜSTÜN-ÜNSAL, s. 123.

- Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

- Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, gizleme olarak kabul edilmektedir.

Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.

Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

Ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

VUK'un 371. maddesindeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında kaçakçılık suçu hükümleri uygulanmayacaktır.

Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında VUK'un 359. maddesindeki yazılı cezaların uygulanması, ayrıca VUK'un 344. maddesinde yazılı vergi ziyat cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

VUK'un 359. maddesinin son fıkrasında, hapis cezası uygulamasının, 344. maddedeki vergi ziyai cezasının uygulanmasına engel olmayacağı; 344. maddede ise, 359. maddede sayılan fiillere iştirak edenlere vergi ziyai cezasının bir kat olarak uygulanacağı belirtilmektedir.

O halde iştirak suçları için, 359. maddeye göre hapis cezası ve 344. maddeye göre de bir kat tutarında vergi ziyai cezası öngörülmektedir⁷⁶.

2. Mükellefin Özel İşlerini Yapan Memurlara Uygulanacak Ceza

Konunun düzenlendiği VUK'un 363. maddesine göre; mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanlar Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılacaktır. Bu hareketlerle vergi ziyasına neden olunması halinde, kişiye ayrıca VUK'un 344. maddesine göre vergi ziyai cezası kesilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin birinci fıkrası ise kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmünü taşımaktadır.

3. Vergi Mahremiyetini İhlâl Durumunda Verilecek Cezalar

4369 Sayılı Kanun ile üzerinde hiçbir değişiklik yapılmamış bulunan, vergi mahremiyetinin ihlali konusu, VUK'un 362. maddesinde düzenlenmiştir. 5728 sayılı Kanun'un 278. maddesiyle yapılan düzenlemeyle, vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenlerin, Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesi hükümlerine göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Şöyle ki;

Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri

⁷⁶ ATEŞ, Kamil, "4369 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra İşlenen İştirak Suçlarına Vergi Ziyai Cezası Uygulanması Sorunu", **Yaklaşım**, S. 81, Eylül 1999, s. 65-66.

yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu cezaya hükmolunacaktır.

Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılacaktır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmayacaktır.

Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.

C. Vergi Suç ve Cezalarının Fiile Göre Düzenlendiği Durumlar⁷⁷

Burada geçerli olan kurallar, esas itibariyle vergi kabahatleri için getirilmiş bulunan düzenlemelerdir. Vergi suçları ile ilgili olarak VUK'ta yer alan hükümler de 5728 sayılı Kanun ile TCK'ya uyumlu hale getirilmiştir.

1. Katılma (İştirak)

Katılma; kavram olarak, bir tek kişi tarafından işlenebilen bir suçta birden fazla kişinin önceden anlaşarak ve işbirliği yaparak işlemeleridir. Ceza hukukunun bir kurumu olan katılma, vergi hukukunda da bazı özellikler göz önünde bulundurularak kabul edilmiştir⁷⁸.

Vergi suçları çoğu zaman tek bir kişi tarafından işlemekle birlikte, uygulamada bazı kişilerin de bazı yararlar karşılığında bu suçlara katıldıkları görülmektedir. Bu katılan kişiler mükellef olabilecekleri gibi mükelleflerle ilişkisi bulunan diğer kişiler de olabilir. Bu durumda kanun koyucu bu kişilerin de cezalandırılmasını sağlamak için katılma müessesesini koymuştur. 4369 sayılı Kanunun 82/1-b maddesiyle

⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ÜSTÜN, Süleyman – ŞİŞMAN, Gülden, “Vergi Usul Kanununda Düzenlenen Adli Vergi Suçlarının Görünüm Şekilleri”, **Vergi Dünyası**, S. 339, Kasım 2009, s. 143 vd.

⁷⁸ DEMİRCİ, Azmi-KARTAL, Zihni, “Vergi Hukuku’nda Düzenlenen Vergi Suçlarına Katılma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Vergi Dünyası**, S. 210, Şubat 1999, s. 40.

yürürlükten kaldırılan VUK'un "iştirak" başlıklı 338. maddesinde; "ayrı ayrı maddi menfaat gözetmek şartı ile birden fazla kişi kaçakçılık yaptıkları veya kaçakçılığa teşebbüs sayılan fiilleri işledikleri takdirde, her biri hakkında iştirak ettikleri suçlar için bu kanunda yazılı cezalar uygulanması" hükmü yer almaktaydı. 4369 sayılı Kanun'un 82/1-b maddesiyle yürürlükten kaldırılan VUK'un 346. maddesine göre, bir yükümlüyü veya vergi sorumlusunu kaçakçılık suçunu işlemeye azmettirenlere, işlenen fiiller için yükümlüye veya sorumluya uygulanacak ceza aynen uygulanmaktaydı.

4369 Sayılı Kanun'un 15. maddesi ile daha önce, VUK'un 338, 346 ve 347. maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmiş olan "iştirak, teşvik ve yardım" konuları, yapılan değişiklikle "iştirak" başlığı altında 360. madde haline getirilmiştir. 5278 sayılı Kanun'un 277. maddesiyle, 8.2.2008 tarihinden itibaren, madde "cezadan indirim" başlığı ile Türk Ceza Kanununa uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişikliğe göre, VUK'un 359. maddesinde yazılı kaçakçılık suçlarının işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanunu'nun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilecektir.

2. Tekrarlama (Tekerrür)

Kişilere suçları karşılığı cezalar verilmektedir. Ancak kanun koyucu bu suçların tekrarı durumunda daha ağır cezalar getirerek bunları önlemeye çalışmıştır. Yani, tekrarlama; daha önce suç işleyen ve cezası kesinleşen bir kimsenin belirli bir süre içerisinde yeniden suç işlemesi durumunda, cezasının artırılması sonucunu doğuran bir nedendir⁷⁹.

VUK'un 339. maddesine göre vergi ziyanına sebebiyet vermektен veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyanında beş, usulsüzlükte iki yıl içinde tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyaı cezası % 50, usulsüzlük cezası ise % 25 oranında artırılmak suretiyle uygulanmaktadır. Suç ağırlaştıkça tekrarlama nedeniyle arttırılacak ceza da çoğalmaktadır.

⁷⁹ ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 216; BAYRAKLI, s. 159-160.

3. Birleşme (İçtima)

Bir fiille birden fazla suç ortaya çıkabileceği gibi, birden fazla fiille de aynı nitelikte veya farklı nitelikte birden fazla suç oluşabilmektedir. Bu durum ceza hukukunda olduğu gibi, vergi hukukunda da birleşme müessesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

VUK'un 335. maddesine göre, vergi ziyanda cezayı gerektiren tek bir fiil ile başka neviden birkaç vergi kayba uğratılmış olursa her vergi bakımından ayrı ayrı ceza kesilir. Örneğin, ödünç para verme işleri ile sürekli olarak uğraşan bir gelir vergisi yükümlüsü, faaliyetini vergi dairesine bildirmemişse tek fiil ile gelir vergisi yanında ayrıca banka ve sigorta muameleleri vergisi ile ilgili yükümlülüğünü de yerine getirmemiş olacaktır. Bu durumda kayba uğratılan vergiler için ayrı ayrı vergi ziyayı cezası kesilecektir⁸⁰.

Buna karşılık cezayı gerektiren bir fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ilişkin cezalardan sadece miktar itibarı ile en ağır kesilecektir. Usulsüzlük cezası kesilen bir fiil ile vergi kaybına da neden olduğu sonradan anlaşıldığı takdirde, daha önce usulsüzlük cezası kesilmiş olması, bu cezanın kayba uğratılan vergiden dolayı kesilmesi gereken vergi ziyayı cezası ile karşılaştırılmasına ve noksan kesilen cezanın tamamlanmasına engel olmaz (VUK, m. 336).

Diğer taraftan, 337. maddeye göre, ayrı ayrı işlenmiş olan vergi ziyayı suç veya usulsüzlükten dolayı, ayrı ayrı ceza kesilir. Ancak, 352. maddede yazılı usulsüzlüklerden, aynı takvim yılı içinde aynı neviden birden fazla yapıldığı takdirde birden fazlasının her biri için, birincisine ait cezanın dörtte biri kesilir. Aynı nev'i usulsüzlükten maksat, fiillerin 352. maddede gösterilen derece ve fıkralar itibarıyla yekdiğerine uygunluğudur. Burada fiil ayrılığı durumlarında cezaların birleştirilmediği görülmektedir.

SONUÇ

Vergi cezalarındaki amaç, vergi kanunlarının icaplarının zamanında ve kurallara uygun olarak yerine getirilmesidir. Böylece kamu

⁸⁰ ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 216.

yararına da hizmet edilmiş olup, hazinenin vergi kaybı önlenerek kamu harcamalarının finansmanı için gerekli olan fonlar sağlanmış olacaktır.

Vergi suç-kabahat ve cezaları konusunda yapılan düzenlemelere bakıldığında, 4369 Sayılı Kanun ile ekonomik suçta ekonomik ceza temel ilkesinden hareket edilerek, ceza sistemine basitlik, etkinlik ve caydırıcılık kazandırılmak istenildiği görülmektedir. Suç sayılan fiillerin kapsamı genişletilirken, para cezası olarak yaptırılacak müeyyidelerin ağırlaştırıldığı ve buna karşılık hapis cezalarının kısmi de olsa süre olarak hafifletildiğini söylemek mümkündür. Ancak 5904 sayılı Kanun'un⁸¹ 23. maddesiyle, VUK'un 359. maddesinde yapılan değişiklikle hapis cezalarının alt sınırının bir yıldan onsekiz aya yükseltildiğini görüyoruz. Bu durum, hapis cezasının para cezasına çevrilebilmesi olanağını ortadan kaldırmaktadır. Zira TCK'nın 49. ve 50. maddelerine göre, ancak 1 yıl ve daha az süreli hapis cezaları para cezasına çevrilebilmektedir; 51. maddeye göre ise iki yıla kadar verilen hapis cezaları ertelenebilmektedir⁸². Yapılan bu değişikliğin, cezaların caydırıcılığı ve etkinliği konusunda çok olumlu bir gelişme olduğunu söylemek mümkündür.

4369 Sayılı Kanun'un 82/1-b maddesiyle daha önce kaçakçılık suçunun düzenlendiği VUK'un 344. maddesi, başlığı ile birlikte değiştirilerek "vergi ziyayı suçu ve cezası" başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Böylece, daha önce uygulanmakta olan kaçakçılık, ağır kusur ve kusur cezaları⁸³ ile birlikte kaçakçılığa teşebbüs suçu ve cezası da kaldırılmış olup, yeni ceza sistemi, "vergi ziyayı cezası" adı altında parasal cezalar ve hürriyeti bağlayıcı cezalar olarak uygulanmaya başlamıştır. "Hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacak suçlar ve cezaları" başlığının ise 5728 sayılı kanun'un 276. maddesiyle 8.2.2008 tarihinden itibaren "suçlar ve cezaları" olarak değiştirildiğini görüyoruz. Bu suçlar ve cezaları başlığı altında ise kaçakçılık, cezada indirim, vergi mahremiyetinin ihlali ve mükelleflerin özel işlerini yapan memurlar hakkındaki hükümler mevcuttur.

⁸¹ RG., T. 03.07.2009, S. 27277.

⁸² Bkz: BİLİCİ, s. 93.

⁸³ Bkz: KARADOĞAN, s. 213.

4369 sayılı Kanun ile vergi ziyayı suçuna uygulanacak ceza ise, ziyaya uğratılan verginin bir katı ile buna eklenecek olan gecikme faizinden oluşmaktaydı. Bu gecikme faizi ise, ziyaya uğratılan verginin normal vade tarihinden, ceza ihbarnamesinin hazırlanma tarihine kadar geçen süre için VUK'un 112. maddesine göre hesaplanan gecikme faizinin yarısı kadardı. İlgili vergi tarhiyatı dönemi ne kadar eski olursa, vergi ziyayı cezasının parasal tutarı da o kadar büyük olacaktı. Bu durum incelemenin yapıldığı döneme bağlı olarak cezayı oldukça ağırlaştırıcı bir rol oynayacak, cezanın değerinde zaman içinde meydana gelen aşınma telafi edilecek, başka bir ifadeyle cezanın değeri korunacaktı⁸⁴. 6.1.2005 tarihli ve 2001/3 Esas - 2005/4 Karar Sayılı Anayasa Mahkemesi kararı⁸⁵ ile bu durum değiştirilmiştir. Gecikme faizi artık cezanın belirlenmesinde etkili değildir.

4369 sayılı Kanun ile ağır kusur ve kusur cezaları kaldırılarak üç ayrı suç yerine tek bir suç tanımı getirilerek, sistemin basitleştirilmesinde ve karmaşanın azaltılmasında önemli bir gelişme gösterilmiştir.

Belge düzeninde yapılan sahtecilikler sıradan vergi ziyayı cezası gibi ele alınmamakta ve bunların faillerine vergi ziyayı şartına bağlı olmaksızın hapis cezası öngörülmektedir. Zaten, yaptığı ihlalden pişmanlık duyup kendiliğinden idareyi bilgilendiren mükellefler için pişmanlık müessesesiyle cezada indirim imkanı da mevcuttur.

Günümüzde hemen hemen bütün suçların örgütlü bir şekilde işlendiği nazara alınarak, vergi suç ve cezalarına ilişkin fiillerin işlenmesi durumunda cezalandırılmaları hakkındaki hükümlerin tereddütlere yer bırakmayacak şekilde açıkça düzenlenmesinde yarar vardır. Hatta suçların, örgütlü bir biçimde işlenmesinde daha ağır cezaların öngörülmesi caydırıcılık açısından isabetli olacaktır.

⁸⁴ Bu konu ve bu bölümdeki diğer konular hk. Bkz: GÜRSES, Mahmut, "Hafifletilirken Ağırlaşan Cezalar ve "Bilerek" İbaresinin Yokluğunda Kaçakçılık Suç ve Cezaları", **Yaklaşım**, S. 74, Şubat 1999, s. 19-26.

⁸⁵ RG., T. 20.10.2005, S. 25972.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AĞCA, İlker, “Vergi Cezalarının Affı ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, Sayıştay Dergisi, İlker AĞCA’ nın Anısına Vergi Konularına İlişkin Makaleler, Tıpkı Basım, Eylül 1999, s. 1-32.

ATEŞ, Kamil, “4369 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra İşlenen İştirak Suçlarına Vergi Ziyat Cezası Uygulaması Sorunu”, Yaklaşım, Yıl:7, Sayı: 81, Eylül 1999, s. 64-70.

AYKIN, Hasan, “4444 Sayılı Kanun Sonrası Uzlaşma Müessesesi”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 303, 1 Eylül 1999, s. 78-80.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, “Vergi Suç Ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 82, Sayı: 6, 2008, s. 2839-2859.

BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, Vergi Veza Hukuku, Yeniden yazılmış 3. Baskı, Külcüoğlu Kültür Merkezi Yayınları, Afyonkarahisar, 2006.

BİLİCİ, Nurettin, Vergi Hukuku, 23. Bası, Seçkin, Ankara, 2010.

CANDAN, Turgut, “Kabahatler Kanunu Hakkında”, Mali Pusula, Sayı: 10, Ekim 2005.

COŞKUN, Halil, “Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapan 4444 Sayılı Kanun ile Yapılan Düzenlemeler”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 303,1 Eylül 1999, s. 29-35.

DELİCE, Mehmet, “Vergi Ziyat Cezasında Gecikme Faizi ve Gecikme Zammı Uygulaması”, Vergi Dünyası, Sayı : 218, Ekim 1999, s. 62-65.

DEMİRCİ, Azmi - Zihni KARTAL, “Vergi Hukuku'nda Düzenlenen Vergi Suçlarına Katılma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, Sayı: 210, Şubat 1999, s. 39-53.

DONAY, Süheyl, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta, İstanbul, Haziran 2008.

EDİZDOĞAN Nihat - Metih TAŞ, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 1993.

GÜLERYÜZ Süveyda, “Türk Hukuk Sisteminde Ceza Kavramı”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 305, Ekim 1999, s. 54-56.

GÜLERYÜZ Süveyda, “Vergi Usul Kanunu’na Göre Cezalar-2” Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı:307, 1 Kasım 1999.

GÜLERYÜZ Süveyda, “Vergi Usul Kanunu’na Göre Cezalar-I” Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 306, Ekim 1999, s. 62-65.

GÜNDEL Ahmet, “Vergi Suçlarında Ticaret, Sanat ve Meslek İcrasından Mahrumiyetle İlişkin Feri Ceza Uygulaması”, Yaklaşım, Yıl: 2, Sayı: 18, Haziran 1994, s. 7-8.

GÜRSES Mahmut, “Hafifletilirken Ağırlaşan Cezalar ve “Bilerek” İbaresinin Yokluğunda Kaçakçılık Suç ve Cezaları”, Yaklaşım, Sayı : 74 (Şubat 1999), s. 19-26.

KARABAYIR Adem, “4369 Sayılı Kanun Kanuni Temsilcilerde Hapis Cezasını Kaldırıyor mu?”, Vergi Dünyası, Sayı: 205, Eylül 1998, s. 111-113.

KARACA Kazım, “Vergi İncelemeleri ve Ceza Hükümlerinin Uygulanması”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 306, 15 Ekim 1999, s. 36-38.

KARADOĞAN Uğur, “Vergi Cezalarında Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Yaklaşım, Yıl:7, Sayı: 84, Aralık 1999, s. 211-217.

KAYA Ömer, “Muhasebe Sistemine Uyulmaması Halleri ve Özel Usulsüzlük Cezası Uygulaması”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 300, 15 Temmuz 1999, s. 27-30.

KAYA Ömer, “Vergi Ziyai Cezasının Uzlaşma Kapsamından Çıkarılmış Olmasının Uzlaşma Müessesesine Menfi Etkisi”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 302, 15 Ağustos 1999, s. 40-42.

KIRBAŞ Sadık, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Gözden geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara: 1996.

KIZILOT Şükrü, “Tarhiyat Öncesi Uzlaşanlarda, Hapis Cezasının Kalkması”, Yaklaşım, Yıl:7, Sayı: 74, Şubat 1999, s. 30-33.

KIZILOT Şükrü, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1999.

KOYUNCU Mesut, “Vergi Reformu”, Vergi Dünyası, Sayı: 218, Ekim 1999, s. 43-61.

KOYUNCU Muzaffer, “Yeni Değişikliklere Göre Vergi Cezası Sistemi”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 131, Ağustos 1999, s. 13-17.

MUTLUER Kamil, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir 1976.

ORTAÇ Fevzi Rifat, Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti ve Yasaklar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1986.

ÖNCEL, Mualla-Ahmet KUMRULU-Nami ÇAĞAN. Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2009.

ÖZDEMİR Ahmet, “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 297, Haziran 1999, s. 79-83.

ÖZDEMİR Ahmet, “Kamu Görevlilerinin Kanunları”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 299, Temmuz 1999, 20-25.

ŞEKDUR Mahmut, “Kanunların Geçmişe Yürümezliği İlkesinin Vergi Suç ve Cezalarında Uygulanması”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı: 306, Ekim 1999, s. 114-117.

ŞENYÜZ Doğan, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2008.

ŞİRİN Mehmet, “Vergi Usul Kanunu’nun Ceza Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler”, Vergi Dünyası, Sayı: 206, Ekim 1998, s. 3-24.

ÜSTÜN Süleyman – ŞİŞMAN Gülden, “Vergi Usul Kanununda Düzenlenen Adli Vergi Suçlarının Görünüm Şekilleri”, Vergi Dünyası, Sayı: 339, Kasım 2009, s. 143-154.

ÜSTÜN Ümit Süleyman – ÜNSAL Hilmi, “Vergi Cezaları Konusunda 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi”, SÜHFD, yıl 2008, Cilt 16, Sayı: 2, s. 111-126.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Cezaî yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü”, SÜHFD, yıl 2001, Cilt 9, Sayı: 3-4, s. 299-329.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi”, SÜHFD, yıl 2006, Cilt 14, Sayı: 1, s. 217-285.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Vergi Ceza Miktarlarının Yeniden Değerleme Oranında Artırılması”, Vergi Sorunları, Sayı: 246, Mart 2009, s. 175-182.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2001. (Cezai Yaptırım).

ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Vergi Tasarısı Genel Gerekçe. Yaklaşım, 63 Mart 1998, s. 141-204.

YÜCEL Tugay, “4369 Sayılı Kanunla Uzlaşma Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Yarattığı Sorunlar”, Mükellefin Dergisi, Sayı: 81, Eylül 1999, s. 54-62.

YÜCEL Tugay, “4444 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Uzlaşma Müessesesinin Yeniden İrdelenmesi ve Bir Öneri”, Mükellefin Dergisi, Sayı: 82, Ekim 1999, s. 87-99.

YÜCETAŞ BORAN Nazan - Eren YEŞİLYURT. “4444 Sayılı Kanun ile GVK, KVK, EVK, BGK ve HK’nda Yapılan Değişiklikler”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:132, Eylül 1999, s. 18-33.

KÜRESELLEŞME VE SOSYAL DEVLET¹

Arş. Gör. Ali Tarık GÜMÜŞ²

ÖZET

Durağan bir nitelik arz etmeyen devlet, farklı tarihsel şartlara ve ideolojik hareketlere göre değişebilir niteliktedir. 20. yy. boyunca çok sayıda ülke tarafından benimsenen sosyal devlet, ilk olarak endüstri devriminin etkileriyle ortaya çıkmaya başlamıştır. Sosyal devlet, II. Dünya Savaşı sonrasında genişleme eğilimi göstererek “Altın Çağ”ını yaşamıştır. Daha sonra 1970’li yıllarda yaşanan ekonomik krizlerle birlikte, sosyal devletin büyümesi durmuş ve bir geri gidiş başlamıştır. Söz konusu geriye gidişten, küreselleşme sorumlu tutularak, sosyal devletin kronik krizinin nedeni olarak görülmüştür.

Küreselleşme; siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik sistemlerin ulusal sınırların ötesinde büyüyen karşılıklı bağımlılık tarafından karakterize edilen uluslararası değişim sürecidir. Sosyal devletin maruz kaldığı kriz süreci, özellikle ekonomik küreselleşmeyle ilgili bir durumdur. Ekonomik küreselleşme ise, dünya piyasalarının bütünleşmesiyle ilgili bir süreçtir.

Ulusal ekonomiler; uluslararası piyasalara açılıyorken, hükümetler de küresel rekabete adapte olmaya zorlanmaktadır. Söz konusu rekabet zorunluluğu, sosyal devlet programlarının yoğun maliyetlerinin kısıtlanması çabasını da beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla bu süreçte; gelir eşitsizliği, işçilerin korunması ve sosyal yardımların dönüşümü yönündeki baskı artmıştır.

¹ Bu çalışma, TÜBİTAK tarafından sağlanan yurtdışı araştırma bursu sayesinde, Leicester Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapılan araştırmalar sonucunda hazırlanmıştır.

² Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilimdalı Genel Kamu Hukuku Bilimdalı Araştırma Görevlisi.

Ayrıca küreselleşmenin; ekonomi politikalarında oluşturduğu etkiyle, sosyal devlet üzerindeki baskıları arttırmasında, neoliberal düşüncenin anahtar rol oynadığı görülmektedir.

Bu makale, küreselleşme sürecinde sosyal devlette yaşanan azalma ve değişimi açıklamaya çalışacaktır.

ANAHTAR KELİMELELER: 1-Küreselleşme 2-sosyal devlet 3-Refah Devleti 4- Sosyal ve Ekonomik Haklar 5- Neo-liberalizm

GLOBALİZATION AND SOCIAL STATE

ABSTRACT

The state is not static; it is a changeable entity that adapts according to different historical conditions and ideological movements. The welfare state was adopted by a number of nations during the 20th century, especially when the effects of the industrial revolution began to be clear. When II. World war afterwards Welfare state was widening "Golden Age" of existence. After That 1970's years economic crises together the welfare state stopped its growing path, and began to be regressed. Globalization deal with that is the cause of the chronic crisis of the welfare state.

Globalization is the process of international change that is characterized by a growing interconnectedness between political, social, cultural and economic systems beyond national borders. Welfare state expose to crises process that is especially the case with respect to economic globalization. Economic globalization refers to related processes: the integration of world financial markets.

As national economies open to the international market, governments are forced to adapt to the imperatives of global competition, and this means cutting cost-intensive welfare programmes. These processes increased income inequality, and put pressures on welfare states to transform worker protection and benefits in the states. The "new-politics" aims welfare state retrenchment.

Neoliberalism was a key factor in the development of globalization that it economic policy involved an attack on the welfare state.

This article attempts to explain changes and decline of welfare state in globalization process

KEYWORDS: 1-Globalization 2-Welfare State 3- Social State 4-Social and Economic Rights 5- Neoliberalism

I. GİRİŞ

II. Dünya Savaşı'ndan 70'li yıllara gelindiğinde; Bretton Woods sistemi çökmüş(1971), birinci (1973-1974) ve ikinci (1979-1980) petrol krizleri yaşanmış, staglasyon(ekonomik durgunluk), Keynesyen iktisadın yetersizliği ve bunların yanında artan sosyal talepler nedeniyle devletin mali anlamda krize girmesi söz konusu olmuştur³.

Devletin mali krize girmesinin çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bu süreçte sosyal devlet tarafından sağlanan sosyal yardımların artarak sürmesi, sosyal devletin gereğinden fazla büyümesine neden olmuştur. Önemli boyutlara ulaşan sosyal devlet, ekonomik büyümenin yavaşlamasına kadar herhangi bir problem teşkil etmemiştir. Ancak ekonomik büyümenin yavaşlamaya başlamasıyla beraber; daha önce tolare edilebilen bazı problemler etkisini arttırmaya başlamıştır. Bu bağlamda nüfusun yaşlanması, yüksek oranda işsizlik, sosyal harcamaların kaynağını oluşturan yüksek vergi oranları, işçilerin artan sosyal güvenlik talepleri gibi maliyet getiren faktörler, işverenler tarafından fiyatlara yansıtılmış ve fiyatların yükselmesine neden olmuştur. Bu durum; küreselleşen ve gittikçe daha rekabetçi hale gelen dünya ekonomisinde, rekabet gücünün azalmasına neden olmuş ve sosyal programların olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılmasını gündeme getirerek sosyal devletin gerektirdiği uygulamaların daha fazla sürdürülemeyeceğine dair kanıları güçlendirmiştir. Böylelikle sosyal devlet tartışılır hale gelmiştir⁴. Sosyal devletin tartışılmaya başlandığı bu

³ ŞAYLAN, Gencay, **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge Kitabevi, Ankara 2003, s. 120-123; MIDGLEY, James, **Social Welfare in Global Context**, Sage Publications, California 1997, s. 138.

⁴ SALLAN GÜL, Songül, **Sosyal Devlet Bitti, Yaşasın Piyasa! Yeni Liberalizm ve Muhafazakârlık Kısacasında Sosyal Devlet**, Ebabil Yayınları, Ankara 2006, s. 170; BARRY, Norman P., **Yeni Sağ**, Çev. Cevdet Akyan, Tisamat Yayınları, Ankara 1989, s. 14-15; KARA, Uğur,

süreçte, devletin ekonomik anlamda yük getiren sosyal masrafları kısması gerektiği ifade edilmiş ve söz konusu gereklilik; iç nedenlerden çok küreselleşmeye dayandırılmıştır⁵.

Bu hususta ilk somut çabalar Reagan ve Thatcher'in öncülüğünde ortaya konulmuştur. Ekonomik problemlerin önemli boyutta olduğu bir dönemde iş başına gelen ABD'de Reagan ve İngiltere'de Thatcher; neoliberal düşüncelerin de etkisiyle, söz konusu ekonomik problemlerden sosyal devleti sorumlu tutmuşlardır. Thatcher ve Reagan'a göre; sosyal devlet, bir takım problemleri çözmek yerine, sosyal ve ekonomik problemlere neden olmuştur. Dolayısıyla sosyal devletin yeniden yapılandırılarak bir dönüşüme tabi tutulması gerekmektedir⁶. Reagan ve Thatcher'in iddialarının temelinde; Keynesyen anlayışın, sosyal harcamaları arttırarak ekonominin bozulmasına neden olduğuna ilişkin düşüncenin yer alması nedeniyle⁷; söz konusu dönüşümün temelinde sosyal devletin sosyal harcamalarının azaltılması yer almaktadır. Nitekim Thatcher ve Reagan bu hususta siyasi anlamda risk alarak, önemli adımlar atmışlar⁸ ve sosyal devletin yeniden yapılandırılmasına ya da dönüşümüne ilişkin önemli bir sürecin başlamasına ve diğer devletlerinde benzer düzenlemeleri benimsemelerine neden olmuşlardır.

Çalışmamız açısından önem arz eden husus ise, söz konusu süreç üzerinde küreselleşmenin meydana getirdiği etkidir. Nitekim sosyal devletin yeniden yapılandırılması ya da dönüşümüne ilişkin süreç, küreselleşme sürecine paralel olarak günümüzde de devam etmektedir. Özellikle küreselleşmenin getirdiği küresel rekabet, sosyal devletin çok

Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü, Maki Yayınları, Ankara 2004, s. 250; RYAN, Paul, State of the Welfare State, **Review of Income and Wealth**, Series 49, Number 1, March 2003, s. 142.

⁵ STARKE, Peter, The Politics of Welfare State Retrenchment: A Literature Review, **Social Policy & Administration**, Vol. 40, no. 1, February 2006, s. 115.

⁶ STARKE, s. 105.

⁷ MIDGLEY, s. 140.

⁸ SCARBROUGH, Elinor, West European Welfare States: The Old Politics of Retrenchment, **European Journal of Political Research**, Vol. 38, 2000, s. 226.

önemli boyutlarda sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Bu itibarla çalışmamızın amacı, küreselleşmenin etkisiyle sosyal devlette meydana gelen değişimdir. Bu hususta kullanacağımız yöntem ise, devlet yapısı ve özellikle sosyal ve ekonomik haklara ilişkin yaklaşımda meydana gelen yaklaşım farklılıklarını ortaya koymaktan ibaret olacaktır. Ancak öncelikle, sosyal devlet ve küreselleşme kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır.

II. SOSYAL DEVLET

Pek çok yazar; sosyal devletin, tanımlaması zor bir kavram olduğunu ifade etmektedir. Ancak bütün zorluğuna karşın sosyal devleti tanımlamaya yönelik pek çok çaba da söz konusudur. Farklı bakış açılarına göre yapılan tanımlamaların bazıları; sosyal devletin genel niteliklerinden veya amacından yola çıkılarak yapılmakta; diğer bazıları ise, sosyal devlette bulunması gereken özellikleri sıralayarak bunu yapmaktadırlar. Bir kısım yazarlar ise, sosyal devleti “refah” kavramını temel alarak somutlaştırma gayretine girişmektedirler. Son bir çaba ise, sosyal devletin yokluğu durumunu dikkate almaktadır.

Sosyal devletin genel niteliklerinden veya amacından yola çıkılarak yapılan tanımlamalara göre; sosyal devletin temel amacının, vatandaşlarına "insan onuru"na yaraşır asgari yaşam standartlarını sağlamak olduğundan hareket edilmiştir. Söz konusu yaklaşıma göre; sosyal devlet, bu amacı gereği, sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalelerde bulunarak sosyal adaleti sağlamaya çalışmak zorundadır⁹.

⁹ GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 155; ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 99; ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2005, s. 96; AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 93-95; YILDIRIM, Ramazan, **Devletin Yapısı ve Nitelikleri (Anayasa Hukuku Ders Notları)**, Akader Yayınları, Diyarbakır 2003, s. 129-131; BULUT, Nihat, Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?, **AÜHFD**, c. 52, sy. 2, Ankara 2003, s. 174; Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. GÜMÜŞ, A. Tarık, **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2004, s. 3, 11, 47 vd., 91 vd; GÜMÜŞ, A. Tarık, **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, **SÜHFD**, c. 13, sy. 2, 2005, s.

Dolayısıyla sosyal devlet, vatandaşlarının yaşamını metalaştırmayan¹⁰ ve kendisine amaç olarak tıpkı liberal devletteki gibi bireyi esas alan bir devlet yapılanması olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak liberal devletten farklı olarak sosyal devlette temel alınan birey, toplumdaki sosyal ilişkiler ağı içerisinde ele alınmakta ve devlete de bu hususta aktif ve olumlu bir rol yüklenmektedir. Bu çerçevede devletin ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf durumda olan kitlelerin durumuna "seyirci" kalması anlayışı yerine; devletin olumlu edimlerde bulunarak "hizmet edici" nitelikte olması gerektiği öne sürülmektedir¹¹.

Sosyal devlette bulunması gereken özellikleri sıralayarak yapılan tanımlamalara göre; sosyal devlet belli özelliklere sahiptir ve bu özelliklerin sıralanması suretiyle sosyal devletin ne olduğu anlaşılabilir. Bu çerçevede Asa Briggs'in, 60'lı yıllarda yapmış olduğu sosyal devlet tanımı şu şekildedir: "sosyal devlet, piyasa güçlerinin fonksiyonunu üç yönde düzenleyerek, piyasanın gücünü organize etmektedir." Bu doğrultuda sosyal devletin üç temel özelliğinden bahsetmektedir. 1-Pazarın iş veya mülkiyet değerlerinden yararlanamayan bireylere ve ailelere; çalışmalarına veya yoksulluklarına bakılmaksızın minimum bir gelirin garanti edilmesi gerekmektedir. 2-Bireyin ve ailelerin sosyal bağlamda krize girmelerine yol açan, örneğin; hastalık, yaşlılık ve işsizlik gibi sosyal risklere karşı korunmalar zorunludur. 3-Bütün vatandaşlara en iyi yaşam standartlarının ve sosyal hizmetlerin, hiçbir ayırım yapılmaksızın sağlanması temel hedef olarak belirlenmelidir. Bu hususta birçok eserde beş büyük hizmet vurgulanmaktadır. Bunlar; eğitim, sağlık, konut, sosyal güvenlik ve kişisel sosyal hizmetlerdir Söz konusu tanım;

142-150; GÜMÜŞ, A. Tarık, Küreselleşme Sürecinde Refah Devleti, **Uluslar arası Davraz Kongresi Küresel Diyalog**, Isparta 2009, s. 149.

¹⁰ NOAH L.-E., KAPLAN A., and LEVANON A., Distributive Justice and Attitudes Toward the Welfare State **Social Justice Research**, Vol. 16, No. 1, March 2003, s. 2.

¹¹ DOĞAN, İlyas, **Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum**, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 259.

60'lı yılların değerleriyle yapılan bir tanım¹² olmasına karşın, günümüzde de Lowe gibi bazı görüş sahipleri tarafından da uygun bulunmaktadır¹³.

Helmut Ridder'e göre ise, sosyal devletin üç boyutu vardır. Birinci boyut, devletin sosyal yükümlülüğü gereği; yasama, yürütme ve yargı organları aracılığıyla sosyal ve hukuksal kurumların uyumunu sağlama yükümlülüğüdür. İkinci boyutu, "temel hakların sosyal yükümlülüğü" olarak adlandırılan ve bu hakların herkese eşit oranda sunularak gerçek özgürlüğü sağlama yükümlülüğüdür. Üçüncü boyut ise, sosyal devlet ve demokrasiyi bağlantılı ele alarak, toplumu demokratik bir organizasyona bağlama, bu çerçevede "devletin ve toplumun homojenleştirilmesi"dir¹⁴.

"Refah" kavramı, temel alınarak yapılmaya çalışılan tanımlamalara göre ise; sosyal devletin başlangıç seviyesi olarak, sosyal harcamaların Gayri Safi Yurtiçi Hâsıla'ya (GSYİH) oranı ele alınmakta ve buna dair bir ölçü ortaya konulmaktadır. Söz konusu oranın sosyal devletle ilgili en temel bilimsel gösterge olduğu öne sürülmektedir¹⁵.

Bu çerçevede Pierson'un çalışmasında bir devletin sosyal devlet olarak değerlendirilebilmesi için sosyal harcamalarının GSYİH oranının % 3 ya da %5 olması gerekmektedir. Esas itibariyle Pierson bu hususta %3'ü benimsemekte, ancak söz konusu oranın %5 olarak da ele alınabileceğini ortaya koymaktadır¹⁶.

Pierson'un çalışmasında sosyal harcamaların büyümesinin, GSYİH'nin %3 ve %5'ine ulaştığı yılları gösterir bir tablo sunulmaktadır. Söz konusu tablo sırasıyla, Belçika 1923 ve 1933'te, Hollanda 1920 ve 1934'de, Fransa 1921 ve 1931'de, İtalya 1923 ve 1940'da, Almanya

¹² BRIGGS, Asa, The Welfare State in Historical Perspective, **European Journal of Sociology**, Vol. 2, 1961, 228; LOWE, Rodney, **The Welfare State in Britain since 1945**, Macmillan Press, London 1999, s. 14.

¹³ POWELL M., HEWITT M., **Welfare State and Welfare Change**, Open University Press, Buckingham 2002, s. 6;LOWE, s. 1.

¹⁴ GÖREN, Zafer, Sosyal Devlet, **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 4-5

¹⁵ STARKE, s. 112.

¹⁶ PIERSON, Christopher, **Beyond The Welfare State? The New Political Economy of Welfare**, Polity Press, Cambridge 2001, s. 104.

1900 ve 1915’de, İrlanda 1905 ve 1920’de, UK 1905 ve 1920’de, Danimarka 1908 ve 1918’de, Norveç 1917 ve 1926’da, İsveç 1905 ve 1921’de Finlandiya 1926 ve 1947’de, Avusturya 1926 ve 1932’de, Avustralya 1922 ve 1932’de, Yeni Zelanda 1911 ve 1920’de, Kanada 1921 ve 1931’de, ABD 1920 ve 1931’de, İsviçre 1900 (bu yıla kadar kayıtlar mevcut) ve 1920’de bu oranlara ulaşılabilmiştir. Pierson’un değerlendirmesine göre, söz konusu ülkelerin sosyal devlet karakterlerinin başlangıcı hususunda iki tarihten biri esas alınmalıdır¹⁷.

Ancak ifade etmek gerekir ki, sosyal devletin başlangıcı hususunda sosyal harcamalarının GSYİH’ya oranı ele alınmakla birlikte, sosyal devletin gelişim ve dönüşüm sürecinde böyle bir yaklaşım tarzının her zaman doğru sonuçlar vermeyeceği ifade edilmektedir. Nitekim günümüzde sosyal devletin, sosyal harcamaların azaltılmasına yönelik pek çok yerde¹⁸ yapılan kesintinin, sosyal harcamaların GSYİH’ya oranının azaltılmasında başarılı olmadığı görülmektedir¹⁹. Bu çerçevede 70’li yılların sonlarından itibaren sosyal harcamaların önemli ölçüde artışında yaşlı nüfus ve emekli sayısındaki artışın yanında, teknolojik olarak gelişen sağlık hizmetlerinin özellikle yaşlılar için yoğun olarak kullanılması bulunmaktadır. Ayrıca artan işsizlik de sosyal harcamaların artışında önemli bir etkidir. Dolayısıyla söz konusu etkenler nedeniyle, sosyal devletin sosyal harcamalarının bir türlü azaltılamaması²⁰ göstermektedir ki, sosyal harcamalarla, sosyal devlet arasında kurulan bağlantı her zaman doğru sonuçlar vermeyebilmektedir.

Sosyal devleti “refah” kavramını temel alarak tanımlama gayretlerinde; “refah” kavramının zamana göre değişebileceği de göz önünde tutulmaktadır²¹. Nitekim sosyal devletin gereği olarak sağlanmak zorunda olunan refah, zamana göre değişim göstermektedir. Ayrıca refah

¹⁷ PIERSON, s. 107.

¹⁸ İrlanda bundan müstesnadır. Son büyüme oranlarına göre, Belçika ve Hollanda da istisnadır.

¹⁹ TAYLOR-GOUBY, Peter, The Silver Age of the Welfare State: Perspectives on Resilience, **Journal of Social Policy**, Vol. 31, Issue 4, October 2002, s. 599.

²⁰ PIERSON, s. 135.

²¹ POWELL M., HEWITT M., s. 19.

kavramı sosyal yardımların sağlanması ve mağduriyetlerin giderilmesinden daha geniş bir anlama gelmekte; bu doğrultuda sosyal devleti, sanayileşmenin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları, sosyal yardım türü tedbirlerle gidermeye çalışan bir devlet türünün daha ötesinde değerlendirmek gerekmektedir²².

Sosyal devletin yokluğu nazara alınarak yapılan tanımlamalara göre ise; sosyal devlet, “kırılınca tamir edilemeyen bir şey” olarak ele alınmaktadır²³.

Sosyal devleti tanımlamaya yönelik farklı bakış açılarının yanında; sosyal devlet yerine refah devleti ibaresinin de kullanıldığını görülmektedir. Bu itibarla her iki kavram arasında bulunan bağlantının da ortaya konulması gerekmektedir.

Batı toplumlarında ifade edilen “(Welfare State) Refah Devleti” kavramının sosyal devletten farklı olmadığı ifade edilmektedir²⁴. Esas

²² LUHMANN, Niklas, **Sosyal Devletin Siyaset Teorisi**, Çev. Medeni Beyaztaş, Bakış Yayınları, İstanbul 2002, s. 5.

²³ VEIT-WILSON John, States of Welfare: A Conceptual Challenge, **Social Policy and Administration**, Vol. 34, Issue 1, 2000, s. 1; POWELL M., HEWITT M., s. 5.

²⁴ KAPANİ, Münci, Sosyal Bir Devletin Belirgin Özellikleri ve Ekonomik ve Sosyal Alanlardaki Başlıca Ödevleri, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, İstanbul 1982, s. 356; ÖRÜCÜ, Ersin, **Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut**, İ.Ü.H.F. Yayını, İstanbul 1972, s. 5-20; TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul 1978, s. 105-106; AZRAK, Sosyal Devlet, s. 213; TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, İ.Ü.H.F. Yayını, İstanbul 1980, s. 725. Aksi görüşteki Tanilli'ye göre; Sosyal Devlet, ekonomik anlamda kalkınmasını tamamlamış devletlerin gelirlerini daha adil paylaştırmalarına yönelik olmasına rağmen; ekonomik anlamda henüz kalkınmasını tamamlamamış devletlerde, ulusal gelirin daha adil paylaşılmasının yanında ulusal kalkınmayı öncelikli hedef sayan devlettir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANİLLİ, Server, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1981, s. 153-154; Tanilli'nin ortaya koymuş olduğu bu yaklaşım; doktrinde, Sosyal Devletin amacının, az gelişmiş ülkelerde, gelişmiş ülkelere farklı olarak kalkınmayı da içerdiği yönünde değerlendirilmektedir.

itibariyle söz konusu ayrımın tarihsel bir temeli bulunmaktadır. Bu bağlamda Almanya'da Weimar Cumhuriyeti döneminde devletin üstlendiği sorumlulukların fazlalığı nedeniyle olumsuz anlamda "Wohlfahrstaat" (refah devleti) terimi kullanılmıştır. Ancak daha sonraki yıllarda Alman öğretisinde, devletin sosyal yönünü ifade etmek için "Sozialstaat" (sosyal devlet) terimi kullanılmıştır²⁵.

İngiltere uygulamasında ise, refah devleti terimi, İngiliz gelenekleri doğrultusunda 19. yy.'ın sonunda doğan politik felsefenin somutlaştırılması amacıyla Beveridge Raporu sonrasında itibaren kullanılmaya başlanmıştır²⁶. Nitekim İngiliz uygulamasında, "Welfare State" refah devleti terimi tercih edilmiş ve ilk ortaya çıktığı andan itibaren olumlu anlamda kullanılmıştır. Aynı olguyu dile getirmek amacıyla hukukumuzda, "sosyal devlet" başta olmak üzere "refah devleti" ya da "sosyal refah devleti" kavramları kullanılmaktadır. Kanımızca her üç ibare de aynı kurumsal yapı ve anlayışa karşılık gelmekte, bu çerçevede Huber'in ortaya koyduğu farklılığın aksine her üç terim ile ifade edilmek istenen, yeniden dağıtımcı politikalarla sınıflararası gerilimlerin azaltılması olarak belirlemektedir. Esas itibariyle Alman öğretisindeki farklılık; tarihsel nedenlere dayanmakta, refah devletinin iyi bir üne sahip olmamasından dolayı sosyal devlet tabiri tercih edilmektedir²⁷.

Sosyal devlet ile aynı anlama gelen refah devletinin tek bir modeli bulunmayıp, bu hususta yapılmış pek çok tipoloji söz konusudur. Nitekim bu bağlamda sosyal devletler, '*Beveridgian*' and '*Bismarckian*' olmak üzere geniş bir ayrıma tabi tutulmaktadır²⁸. Bunun yanında Pierson, "*işçi sosyal devleti*" ve "*burjuvazi sosyal devleti*" olmak üzere

²⁵ CREW, David F., **Germans on Welfare: from Weimar to Hitler**, Oxford University Press US, New York 1998, s. 11; KARA, s. 22-23; ROSANVALLON, Pierre, **Refah Devletinin Krizi**, Ed. Cemal Bali Akal, Çev. Burcu Şahinli, Dost Yayınları, Ankara 2004, s. 119.

²⁶ LUND, Brian, **Understanding State Welfare: Social Justice or Social Exclusion**, Sage Publications, London 2002, s. 1; MIDGLEY, s. 90.

²⁷ KARA, s. 22-23.

²⁸ PIERSON, Christopher, Contemporary Challenges to Welfare State Development, **Political Studies**, Vol. XLVI, 1998, s. 778.

iki tip sosyal devletten bahsetmektedir.²⁹ Wilkensky H., Lebeaux C. tarafından ortaya konulmuş olan bir diğer tipolojide ise, sosyal devletler, “artakalan”(residual) ve “kurumsal”(Institutional) olarak ikiye ayrılmaktadırlar³⁰. İkinci tipoloji, Wilkensky H., Lebeaux C.’ın ABD için geçerli olan sınıflandırmasının, Titmus tarafından farklı ülkelere uygulanmasıdır. Ayrıca Titmus, “artakalan”(residual) ve “kurumsal”(Institutional) modellere üçüncü bir model olarak “endüstriyel başarı-performans modeli” eklemiştir³¹. Üçüncü bir tipoloji olarak, Mishra, endüstrileşmiş ülkelerdeki sosyal devlet sistemlerini, “ayrılmış sosyal devletler” ve “birleştirilmiş sosyal devletler” olarak ikiye ayırmaktadır³². Dördüncü bir tipoloji: Furnis N., Tilton T., ortaya koyduğu “pozitif devlet”, “sosyal güvenlik devleti” ve “sosyal refah devleti” şeklinde yapılan ayırmadır³³. Söz konusu tipolojilerin ayrıntılı olarak incelenmesi, bu çalışmanın boyutlarını aşacağından, bu hususta; en yaygın kullanılan tipoloji olan Esping Andersen’in üçlü sınıflandırmasına değinmek yeterli bir yaklaşım olacaktır.

²⁹ Pierson’ göre, işçi Sosyal Devleti; çalışma, dinlenme ve iş güvenliği haklarının sağlandığı, kanuni kamu sosyal güvenlik sistemi ve kamu gelirleri bakımından işçilerin belirleyici olduğu, sosyal vatandaşlıktan ziyade, sınıf temelli, evrensel, tek biçimli ve geniş kapsamlı olduğu; Sosyal Devletin yeniden dağıtıcı olarak finansman sağlandığı ve Sosyal Devlet düzenlemelerinin işçilerin yaşaması için bir hak olarak değerlendirildiği sistemdir. Burjuvazi Sosyal Devleti ise; bağlı, uyumlu ve becerikli işgücünün sağlandığı; sosyal tedariklerin sınırlı ve işverence sağlandığı; tek biçimli ve evrensel olmayan bir formda ihtiyaç temelli yardımların sunulduğu, Sosyal Devletin öncelikle sigorta temelinde finanse edildiği, Sosyal Devlet düzenlemelerinin sermaye birikimi ihtiyaçlarına, çalışmayı teşvik etmeye ve devamlılığını sağlamaya yönelik ayarlandığı bir sistemdir. PIERSON, Beyond The Welfare State?, s. 22.

³⁰ WILKENSKEY H., LEBEAUX C., **Industrial Society and Social Welfare**, Free Press, New York 1965, s. 138; MIDGLEY, s. 93.

³¹ TITMUS, R., **Social Policy: An Introduction**, Allen and Unwin Press, London 1974, s. 31; MIDGLEY, s. 93.

³² MISHRA Ramesh, **Welfare State in Crisis: Social Thought and Social Change**, Harvester Wheatsheaf Press, Brighton 1984; MIDGLEY, s. 94.

³³ FURNIS N., TILTON T., **The Case for The Welfare State**, Indiana University Press, Bloomington 1977; MIDGLEY, s. 94;

Belirtilen üçlü sınıflandırma çerçevesinde; 1-Liberal sosyal devlet: Piyasa mantığının egemen olduğu ve refahın, piyasa formlarının teşvik edilmesiyle sağlandığı bir modeldir. Bu sistemde, çalışma ahlakını zayıflattığı gerekçesiyle sosyal yardım ve hizmetlere sınırlı biçimde yer verilmektedir. Söz konusu modelin tipik örnekleri; ABD, Birleşik Krallık, Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda'dır³⁴. 2- Muhafazakâr-kurumsal sosyal devlet: Liberal tipte olduğu gibi piyasa verimliliği ön planda değildir. Sosyal refah düşüncesi, vatandaşların bir hakkı olarak değerlendirildiği için sosyal hakların sağlanmasına asla itiraz edilmemektedir. Statü ve sınıf farklılıkları, sosyal devletin yeniden dağıtıcı etkisinden dolayı ihmal edilebilmektedir. Ayrıca bu yapılanmada, geleneksel kurumlara da yer verilmekte ve gelenekler, kültür ve din düşüncesi kapsamında kilise ve gönüllü organizasyonlara sosyal devlet hususunda önemli yükümlülükler yüklenmektedir. Bu modelin tipik örnekleri; Avusturya, Fransa, Almanya ve İtalya'dır. 3-Sosyal demokratik sosyal devlet: En yüksek seviyede sosyal standartlar sunan bu modelde, sosyal hakları gerçekleştirmek başlıca hedeftir. Bütün vatandaşların üst seviyede refahlarının sağlanması için cömert maliyetlerden kaçınılmamakta ve bu kişilerin sosyal devletin kanatları altına alınmaları söz konusu olmaktadır. Ayrıca işgücüne yüksek standartlar sunularak tam istihdam devam ettirilmekte; böylelikle, işgücü metalaştırılmamaktadır. En tipik örnekleri, İsveç ve Norveç gibi İskandinav ülkeleridir³⁵.

Sosyal devleti benimseyenlerin liberal, muhafazakâr ya da sosyal demokrat anlayışta olmalarına göre de sosyal devletin anlamı ve kapsamı farklılık arz etmektedir. Buna göre liberal anlayışta olanlara göre; sosyal devlet, son derece sınırlı tutulmalı ve sosyal güvenliği temel alan bir yaklaşım sergilemelidir. Muhafazakâr yaklaşım; sosyal güvenlik ilkelerini daha da ileri götürerek güçsüz sınıfları güçlendirmeyi hedeflemektedir. Sosyal demokrat yaklaşım ise, evrensel eşitlik

³⁴ ESPING-ANDERSEN, Gosta, **Three Worlds of Welfare Capitalism**, Polity Press, Chambridge, 1990, s. 26-33; MIDGLEY, s. 95; PIERSON, *Beyond The Welfare State?*, s. 174-175.

³⁵ ESPING-ANDERSEN, s. 26-33; MIDGLEY, s. 95; PIERSON, *Beyond The Welfare State?* s. 174-175.

oluşturmayı amaçlayan bir sosyal güvenlik sistemini gündeme getirmektedir³⁶.

Bazı düşünürler; Esping-Andersen'in, "Refah kapitalizminin üç dünyası" (Three Worlds of Welfare Capitalism) adlı eserinde ortaya koyduğu sosyal devlet modellerine dördüncü bir model olarak "güney refah rejimleri"ni eklemiştir. Leibfried ve Bonoli tarafından ortaya atılan güney refah rejimleri; Güney Akdeniz ülkelerinden (İspanya, Portekiz, Yunanistan, İtalya) oluşan farklı bir sosyal devlet modeli olarak ortaya konulmuştur. Söz konusu güney refah rejimleri ile; "ailevi karakteristiklerin ön plana çıkarıldığı", "kısıtlı ve yetersiz olarak sunulan sosyal güvenlik yararlarının garanti edildiği" ve "bireylere minimum sosyal yararların garanti edilmediği bir sistem" ifade edilmek istenmektedir³⁷. Ayrıca, Esping-Andersen'in sosyal devlet sınıflandırmasına ilave edilen Akdeniz ya da güney refah rejimleri; bu tip sosyal devletlerin karşısı olduğu iddia edilen "Kuzey ya da katı sosyal devletleri"nin (Yeni Zelanda ve Avustralya gibi) ortaya çıkmasına neden olmuştur³⁸.

Sosyal devletin; farklı içeriklere sahip olmasına neden olan farklı modellerine karşın, hemen hemen bütün refah devletlerinin ortak bir gelişim ve dönüşüm süreçlerini yaşadığı ve bu hususta belli dönüm noktalarının bulunduğu ifade edilmektedir. Nitekim bu ortak dönüm

³⁶ ESPING-ANDERSEN, s. 195. Siyasi partilerde söz konusu ideolojilere yakınlıklarına göre farklı yaklaşımlar benimsemektedirler. Bu çerçevede, sol eğilimli partiler eşitliğe bağlı iken, muhafazakâr partiler (Hristiyan demokratlar gibi) belli bir gelir seviyesinin devamlılığını hedeflerler. Liberal partiler ise, mülkiyetin yaşatılması ve güçlü kılınmasını sağlamaya çalışırlar. ESPING-ANDERSEN, s. 53.

³⁷ BONOLI, Giuliano, Classifying Welfare States: A Two-Dimension Approach, **Journal of Social Policy**, Cambridge: Jul 1997. Vol. 26, s. 351; MUFFELS R., FOUARGE D., The Role Of European Welfare States In Explaining Resources Deprivation, **Social Indicators Research**, Vol. 68, 2004, s. 302; ADELANTADO J., CALDERÓN E., Globalization and the Welfare State: the Same Strategies for Similar Problems?, **Journal of European Social Policy**, Vol. 16, Issue 4, 2006, s. 377.

³⁸ ARTS W., GELISSEN J., Welfare States, Solidarity and Justice Principles: Does the Type Really Matter? **Acta Sociologica**, Vol. 44, 2001, s. 285.

noktalarından biri de, etkisini hızla arttıran “küreselleşme süreci”dir. Dolayısıyla küreselleşmeyle başlayan döneme kadar olan sürede, sosyal devletin yaşadığı gelişim ve dönüşüme kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır.

Sosyal devletin gelişim süreci üç temel döneme ayrılabilir. Bunlardan ilk dönem; “sosyal devletin doğumu” olup, 1800’lü yıllardan I. Dünya Savaşına kadar olan dönemi kapsamaktadır. Bu dönemde sosyal devlet; henüz yeni gündeme gelmektedir³⁹.

İkinci dönem ise, “sosyal devletin büyüme ya da gelişme dönemi” olarak adlandırılan, I. Dünya Savaşı sonrasında 1970’lerin ortasına kadar devam eden süreç olarak belirmektedir. Aynı zamanda sermaye ve işgücü çıkarlarının uzlaştığı bu döneme "altın çağ" adı da verilmektedir⁴⁰. Sosyal devletin büyüme ya da gelişme olarak adlandırılan bu dönemde, 1930’lar boyunca etkisi devam eden büyük depresyon (1929 Dünya Ekonomik Krizi) ve II. Dünya Savaşı sonrasında New Deal gibi sosyal devletin gelişimine ilişkin önemli dönüm noktaları olmuştur⁴¹. Bu dönemde liberal devletin ürettiği kriz, devletin yeniden yapılandırılmasıyla aşılmaya çalışılmış ve 70’li yılların ortalarına kadar sürecek olan yeni bir döneme, farklı kesimlerin uzlaşısıyla girilmiştir⁴². Dolayısıyla geniş sosyal devletin sürdürülmesi, karma ekonominin

³⁹ PIERSON, Beyond The Welfare State?, s. 99, 104, 108.

⁴⁰ PIERSON, Beyond The Welfare State? s. 112–113, 121-122; ŞAYLAN, s. 93; Sosyal Devletin genişleme sürecini ifade eden ve “Altın Çağ” (Golden Age) olarak adlandırılan 1945-1975 arası döneme ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. ROSS, Fiona, Interests and Choice in the “Not Quite so New” politics of Welfare, **Recasting European Welfare States**, Ed. Maurizio Ferrera and Martin Rhodes, Routledge Publishing, London 2000, s. 18; LEISERING, Lutz, Nation State and Welfare State: an Intellectual and Political History, **Journal of European Social Policy**, Vol. 13, Issue 2, 2003, s. 175; OLSEN, Greeg M., The Politics of the Welfare State Canada, Sweden, and the United States, Oxford University Press, Canada 2002, s. 166; POWELL M., HEWITT M., s. 83; SHAIKH, Anwar, Who Pays for the "Welfare" in the Welfare State? A Multicountry Study, **Social Research**, Vol. 70, No. 2, Summer 2003, s. 531.

⁴¹ LEISERING, s. 175.

⁴² ŞAYLAN, s. 102.

desteklenmesi, tam istihdam ve sürdürülebilir ekonomik büyüme politikaları üzerinde oluşan söz konusu konsensus, 70'lerin ortalarına kadar devam etmiştir⁴³. 70'lerin ortalarına kadar devam eden bu dönemde çoğu ülkede, sosyal harcamalardaki artış oranı; GSYİH'daki artışından çok daha hızlı olmuş ve genişleyen sosyal devlet, pek çok probleme de neden olmuştur⁴⁴.

Üçüncü dönem ise, 1970'li yılların ortalarından başlayarak günümüze uzanan bir süreci ifade etmektedir. Bu dönemde sosyal devlet, zayıflama sürecine girerek yeniden yapılandırılmıştır⁴⁵. Sosyal devlette yaşanan söz konusu zayıflama sürecinde, ekonomik kötüleşmelerin ciddi anlamda etkili oldukları görülmektedir. Özellikle 70'li yıllara gelindiğinde; Bretton Woods sisteminin çökmesi(1971), birinci (1973-1974) ve ikinci (1979-1980) petrol krizlerinin yaşanması, staglasyon (ekonomik durgunluk), Keynesyen iktisadın yetersizliği ve bunların yanında artan sosyal talepler nedeniyle devletin mali anlamda krize girmesi söz konusu olmuştur⁴⁶. Esas itibarıyla, bu dönemde ortaya çıkan ekonomik zorlukların küresel ekonomik düzene bağlanması; sosyal devlette yaşanan gerilemeden, küresel ekonomik düzenin sorumlu tutulmasına ve küreselleşmenin getirdiği hususların sosyal devlet üzerinde olumsuz etkide bulunduğu iddiasına neden olmaktadır.

III. KÜRESELLEŞME SÜRECİ

1970'li yıllardan itibaren ön plana çıkan küreselleşmenin⁴⁷ gerçekte son 500 yıldır varlığını devam ettiren ve kendi içerisinde üç farklı küresel dalgayla şekillenen bir süreç olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda ilk dalga, 1500'lü yıllardan itibaren bölgesel ticaretin küreselleşme merkezinde gelişmesi sürecidir. İkinci dalga, 1800'lerden sonra başlayan ve endüstrileşmeyle hız kazanan süreç olarak

⁴³ PIERSON, *Beyond The Welfare State?*, s. 154.

⁴⁴ FRASER, Derek, **The Evolution of The British Welfare State**, Palgrave Macmillan, New York, 2003, s. 268.

⁴⁵ POWELL M., HEWITT M., s. 41.

⁴⁶ ŞAYLAN, s. 120-123.

⁴⁷ LANE, Jan-Erik, **Globalization and Politics: Promises and Dangers**, Ashgate Publishing, Hampshire 2006, s. 1; SUNAY, Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 112.

belirmektedir. Üçüncü dalga ise; 1945 sonrasında yeni dünya düzeni mimarisinden türeyen ve 70'li yıllardan itibaren hız kazanan süreç olarak ortaya çıkmaktadır. Esas itibarıyla her bir dalga, küresel güç değişimini doğuran savaş ya da buna benzer bir olayla başlamakta ve bu dalgalar karşılıklı bağlantı ve sinerji meydana getirmektedirler⁴⁸.

Karmaşık bir fenomen olan küreselleşme⁴⁹, üzerinde uzlaşılabilen ve çok farklı alanlarda tartışmaları da beraberinde getiren bir kavram olarak dikkat çekmektedir⁵⁰. Dolayısıyla küreselleşmenin ne olduğu hususunda da çok farklı görüşler ileri sürülmektedir. Ancak çalışmanın kapsamı göz önüne alındığında, söz konusu tartışmalara değinmek mümkün gözükmemekte; bunun yerine küreselleşme hususunda genel bir değerlendirme yapılması, çalışmanın sınırlarıyla daha bağdaşır nitelikte bulunmaktadır.

⁴⁸ ROBERTSON, Robbie, **The Three Waves of Globalization A History of a Developing Global Conciousness**, Fernwood Publishing and Zed Books, Nova Scotia and London 2003, s. 4.;

⁴⁹ TAYLOR-GOOPY, s. 607.

⁵⁰ SUNAY, s. 112. Küreselleşme sürecinde, zaman ve mekânın dönüşümü yaşanmaktadır. Pek çok alanda yaşanan dönüşüme paralel olarak küreselleşme sürecini ifade etmek üzere farklı terimler kullanıldığını görüyoruz. Örneğin küreselleşmeyi olumlu karşılayan; bu sürece karşı konulamayacağını ve neo-liberal perspektiften meseleye yaklaşılması gerekliliği üzerinde duran “küreselcilik” bu kavramlardan biridir. Diğer bir kavram ise, küreselciliğin tam zıddı düşünceleri savunan “anti küreselcilik”tir. Küreselleşme karşıtlığı olarak da bilinen bu yaklaşıma göre; toplumsal hayatta yaşanan pek çok kötülüğün nedeni olarak küreselleşmenin temel hedefi olan neo-liberal ideoloji gösterilmektedir. Böylelikle geçmişteki sömürgecilik, neo-liberal politikalar aracılığıyla günümüze taşınmakta ve vahşi kapitalizmin gerçek yüzü ortaya çıkmaktadır. Küreselleşmeyle ilgili dile getirilen diğer bir kavram da “Küresellik”tir. Küresellik ile mekân kavramının katılığını yitirmesi, bu çerçevede hiçbir ülkenin dış etkilere kapalı kalamayacağı ifade edilmektedir. Küreselleşme sürecinde; bir yandan etnik ve dini parçalanmalara neden olan gerilim yaşanırken diğer yandan da homojenleşme, standartlaşma ve bütünleşmeye neden olan entegrasyon süreci yaşanmaktadır. DOĞAN, İlyas, **Parçalayan Küreselleşme**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 40-50.

Sözü edilen bağlamda Held ve diğerlerinin kapsamlı tanımlamasına göre küreselleşme; ulusal sınırlar ötesinde sosyal, ekonomik, siyasi ve kültürel karşılıklı bağımlılığın artmasıyla karakterize edilmektedir. Buradan hareketle küreselleşme, kurumları ve organizasyonları dönüştüren bir süreçtir. Held ve diğerlerinin temel iddiası, küresel karşılıklı etkileşimin; “geniş”, “yoğun” ve “hızlı” bir ilişki içerisinde olduğu ve yerel ile küreselin derin bir bağlantı içerisinde bulunarak önemli bütünleşmeler meydana getirdiği yönündedir⁵¹.

Joseph Stiglitz de, küreselleşmeyi küresel karşılıklı etkileşim ve bütünleşme çerçevesinde değerlendirmektedir. Nitekim yazara göre küreselleşme; ülkelerin ve halkların bütünleşmesi, iletişim ve ulaşımın kolaylaşması, mallar, hizmetler, sermaye, bilgi ve insanların yapay sınırlar olmaksızın serbestçe dolaşımıdır⁵². Ancak küreselleşme, bir taraftan önemli bütünleşmeleri öngördüğü için bütünleyici olarak nitelendirilken; evrensel ve yerel ayırımı getirmesi nedeniyle parçalayıcı bir süreç olarak da değerlendirilmektedir. Bu itibarla küreselleşme

⁵¹ LYGSTAD, Rolv, The welfare state in the wake of globalization: The case of Norway, **International Social Work**, Vol. 51, Issue1, 2008, s. 73; HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON J., **Global Transformations: Politics, Economics and Culture**, Polity Press, Cambridge 1999, s. 15-16.

⁵² STIGLITZ, Joseph, **Küreselleşme: Büyük Hayal Kırıklığı**, Çev. Arzu Taşçıoğlu ve Deniz Vural F., Plan B Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 31. Aynı yönde Bkz. WALLERSTEIN, Immanuel, **States? Sovereignty? The Dilemmas of Capitalists in an Age of Transition** Keynote address at conference on "State and Sovereignty in the World Economy," University of California, Irvine, Feb. 21-23, 1997, <http://www.binghamton.edu/fbc/iwsovty.htm>. 01.09.2007. Yazara göre küreselleşme ile mallar, hizmetler, sermaye ve üretim faktörleri yanında toplumsal değerler ve fikirlerde serbetçe dolaşır hale gelmiştir. Aynı yönde Bkz. HIRST P., THOMPSON G., **Globalization-Frequently Asked Questions And Some Surprising Answers**, **Globalization and Labour Relations**, Ed. Peter Leisink, Edvard Elgar Published, UK 1999, s. 37. Yazarlar; yeni bir olgu olarak değerlendirmedikleri küreselleşme süreciyle ilgili olarak, özellikle sermayenin uluslararası dolaşımına vurgu yapmaktadırlar.

sürecinin, çelişkili ve birbirine zıt durumları bünyesinde barındırdığı öne sürülmektedir⁵³.

Lane'e göre küreselleşme, ülkeler arasında artan karşılıklı bağımlılık ve uluslararası organizasyonlar ve bölgesel kordinasyon kuruluşlarının ve büyük devletlerin hükümetlerinin yer aldığı toplantılar tarafından kordine edilen bir denklemdir⁵⁴.

Pierson'a göre küreselleşme, dünyanın hiç olmadığı kadar yoğun ve karşılıklı bağlantılı hale gelmesine neden olan bir süreçtir⁵⁵.

Dolayısıyla pek çok tanımlamada küreselleşme, karşılıklı bağlantıların artışıyla karakterize edilmektedir. Bu itibarla günümüz dünyasında da devam eden bağımlılık süreci, geleceği de anlayabilmemiz açısından anahtar bir kavram niteliğinde bulunmaktadır⁵⁶.

Esas itibariyle küreselleşme; ekonomik, siyasi, kültürel ve sosyal yönleri olan çok boyutlu bir kavramdır⁵⁷. Ancak sosyal devletin yaşadığı dönüşümün, daha çok ekonomik yöne ilişkin olması nedeniyle sosyal devlet açısından önem arz eden husus, küreselleşmenin ekonomik boyutudur. Küreselleşmenin ekonomik boyutuna ilişkin olarak da, en temel kavram "karşılıklı bağımlılık"tır.

Bu çerçevede küreselleşmenin ya da uluslararası alanda ulusal ekonomilerin karşılıklı bağımlılığının⁵⁸ göstergesi; insanların, paranın, malların ve hizmetlerin uluslararası alandaki karşılıklı hareketlerinin artmasıdır⁵⁹. Özellikle ülkeler arasındaki ticari açıklığın, sermaye

⁵³ SUNAY, Reyhan, Küreselleşme ve Demokrasi, **SÜHFD**, c. 11, sy. 1-2, y. 2003, s. 55; GIDDENS, Anthony, **Elimizden Kaçıp Giden Dünya**, Çev. Osman Akınhay, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s. 23-25.

⁵⁴ LANE, s. 1.

⁵⁵ PIERSON, Chirstopher, **Modern Devlet**, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çivi Yazıları Yayınları, İstanbul 2000, s. 263.

⁵⁶ LANE, s. 1; SUNAY, Tartışılan Egemenlik, s. 112.

⁵⁷ JESSOP, Bob, **The Future of the Capitalist State**, Polity Press, Cambridge 2002, s. 113.

⁵⁸ RIEGER E., LEIBFRIED S., **Limits to Globalization: Welfare States and the World Economy**, Polity Press, Cambridge 2003, s. 20.

⁵⁹ LYNGSTAD, s. 74.

hareketliliğinin ve para piyasalarında yaşanan gelişmelerin artması, bu süreci karakterize etmektedir. Ancak, artan karşılıklı bağımlılığa ilişkin olarak gösterilen en temel husus, küreselleşmenin getirdiği ticari açıklıktır⁶⁰.

Küreselleşmenin gerek genel, gerekse ekonomik yönüne ilişkin yapılan tanımlamalarda ön plana çıkan “karşılıklı bağımlılık” niteliği yanında, başka bir takım niteliklerden de söz edilmektedir. Nitekim bunları şu şekilde sıralamak mümkündür: Bu çerçevede; 1- Küreselleşme tekil bir durum değil süreçtir. 2-Küresel ve ulus-üstü bağımlılık yoğunluğu bu sürecin aktörleri olan devletler, uluslararası kurumlar, sivil toplum örgütleri ve çok uluslu şirketlerin etkisiyle oluşmaktadır. 3-Küreselleşme; tek bir alanda değil, toplum hayatının (ekonomik, siyasi, askeri, hukuki vb.) pek çok alanında kendini göstermektedir. 4-Küreselleşme süreciyle birlikte sınırların önemini kaybettiği bir dünya karşımıza çıkmaktadır. 5- Küreselleşme sürecini yönlendiren askeri, siyasi ve ekonomik nitelikli olup; güçlü aktörler, dünyanın başka bölgelerinde yaşayanlar açısından önemli sonuçlar doğuran kararlar alabilmekte ve eylemlerde bulunabilmektedir⁶¹.

Küreselleşmenin ne olduğuna dair yapılan bu tür değerlendirmelerin yanında, küreselleşme sürecinin meydana getirdiği etkiler üzerine de pek çok düşünce ortaya konulmuştur. Bu hususta ifade edilen görüşleri başlıca; hiper küreselleşmeciler, küreselleşmeye şüphe ile yaklaşanlar ve dönüşümcü yaklaşımlar olmak üzere üç grupta ele almak mümkündür⁶².

Bunlardan hiper küreselleşmecilere göre; küreselleşme, geleneksel ulus devletlerin, küresel ekonomi karşısında imkânsız birimler olmaya başlamalarına ve ekonomilerin ulusallıktan çıkmasına neden olmaktadır. Şüpheli tezler ise; küreselleşme ile yeni ortaya çıkmış bir durum olarak sunulmaya çalışılan ekonomik bağımlılığın; gerçekte

⁶⁰ TAYLOR-GOOPY, 607-609.

⁶¹ HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON P., Küresel Dönüşümler, Siyaset, Ekonomi ve Kültür, Çev. İsmail Aktar, **Küreselleşme Okumaları**, Ed. Kudret Bülbül, Kadim Yayınları, Ankara 2006, s. 188-190.

⁶² HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON P., Küresel Dönüşümler, s. 165-177..

önceden de var olduğunu, 19 yy.'dan istatistiksel örneklerle ortaya koymaya çalışmaktadırlar. Şüpheli yaklaşıma göre dünya ekonomisi, finansal ve ticari açıdan üç ana bloğa (Avrupa, Asya-pasifik ve Kuzey Amerika olmak üzere) bölünmüş durumdadır. Dönüşümcüler ise; küreselleşmeyi, modern toplumları ve dünya düzenini yeniden ve hızlı bir biçimde şekillendiren sosyal, siyasal ve ekonomik değişimin itici gücü olarak algılamaktadırlar. İlk iki yaklaşımla kıyaslandığında dönüşümcüler, küreselleşmenin geleceği ile ilgili herhangi bir iddiada bulunmayıp; küreselleşmeyi, uzun dönemli tarihsel bir süreç olarak değerlendirmektedirler. Ayrıca küreselleşmenin, ulus devletlerin otoritelerini yeniden yapılandırması veya dönüştürmesi tartışmasında; ne hiper küreselleşmeciler gibi ulus devletin sonunun geldiğini, ne de şüpheliler gibi hiçbir şeyin değişmediği iddialarını kabul etmemektedirler. Devletlerin geleneksel yapılarının, karmaşık uluslarüstü yapılar tarafından temsil edilen politikalar için yapılan pazarlıklarla yeniden yapılandırıldığını ortaya koymaktadırlar. Bu itibarla yeni dünya düzeni, sadece devlet merkezli olmadığını; aynı zamanda çok uluslu şirketler, ulusüstü toplumsal hareketler, uluslararası düzenleyici yapılar gibi yapılanmaların bulunduğu ve otoritenin yerel, ulusal, bölgesel ve küresel seviyede kamu ve özel yapılar arasında paylaşıldığı bir düzen olduğunu belirtmektedirler. Dönüşümcülere göre, söz konusu düzende ulus devletlerin gücü küreselleşme ile azalmamıştır. Aksine daha bağımlı bir dünyada yönetim sürecinin karmaşıklığı karşısında, yeniden yapılandırılmakta ve yeniden oluşturulmaktadır⁶³.

IV. KÜRESELLEŞME SÜRECİNİN SOSYAL DEVLET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Sermaye ile işgücü arasındaki uzlaşmayla ortaya çıkan ve II. Dünya Savaşı sonrasında kurumsallaşan sosyal devletin, 70'li yılların ortalarından itibaren krize girmesi söz konusu olmuştur⁶⁴. Esas itibarıyla sosyal devlet, 50'lerden 70'lere kadar yaşadığı altın çağ süresince

⁶³ HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON P., Küresel Dönüşümler, s. 165-177. Söz konusu üç yaklaşım hakkında daha ayrıntılı bilgi için Bkz. HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON P., Küresel Dönüşümler, s. 177.

⁶⁴ PIERSON, Beyond The Welfare State?, s. 135.

ekonomik büyüme ve tam istihdamın sürdürüldüğü başarılı bir model olarak uygulanmış, fakat 70’li yılların ortasından günümüze kadar uzanan süreçte önemli bir saldırıya maruz kalmıştır. Söz konusu saldırının temelinde, cömert batı refah devletlerinin “sürdürülemez” ve “kendi amaçlarına dahi zarar verici nitelikte” olduğu düşüncesi yer almaktadır. Bu çerçevede sosyal devletin sosyal fayda sağlayan harcamalarının, 70’li yılların ortalarından itibaren büyüme oranlarını düşürerek, ekonomik durgunluğa ve sürekli yüksek seyreden işsizliğe yol açtığı ifade edilmektedir⁶⁵.

1970’li yılların başlarında ekonomide yaşanan zorluklar, Petrol İhraç Eden Ülkeler (OPEC)’in petrol fiyatlarını artırmasıyla beraber bir krize dönüşmüştür. Ekonomik kriz, kendisini daha çok büyüme rakamlarında hissettirmiştir. Nitekim 1965–1973 arası süreçte OECD ülkeleri ortalama yaklaşık %5 büyürken; ortalama büyüme oranları 74’de %2’ye, 75’de %0’ın altına düşmüştür. Bazı iyileşmelere rağmen, 79’daki ikinci petrol şokuyla beraber 74–84 arası ortalama yıllık büyüme %2’nin bir miktar üzerine çıkabilmiştir. Ekonomik büyümenin yavaşlaması, yüksek ve kalıcı bir işsizlik doğurmuş ve bu süreçte işsizlikte önemli bir artış göstermiştir. OECD ülkelerinde 75 yılında 15 milyon olan işsiz sayısı, 85’e kadar ikiye katlanmıştır. Ekonomide yaşanan zorluklar, aynı zamanda ticaret açıklarına, enflasyon artışlarına ve dolayısıyla yoksulluğun artışına neden olmuştur. Bu doğrultuda en büyük yedi OECD ülkesinde enflasyon ve işsizlik oranlarını içeren yoksulluk indeksi; 60’larda ortalama yıllık %5,5 iken, 74 yılında %17’ye yükselmiştir. Ayrıca savaş sonrası dönemde dört büyük ekonomik gösterge olan; büyüme, düşük enflasyon, tam istihdam ve ticaret dengesinde yakalanan başarı önemli bir düşüş göstermiştir. Kötüleşen ekonomik durumla birlikte, ekonomik büyümenin yavaşlamasına paralel olarak da kamu borçları ve sosyal harcamalar önemli ölçüde artış göstermiştir. Özellikle hızlı artan sosyal harcamaların kamu bütçesine getirdiği yükler, krizi önemli ölçüde etkileyen bir husus olarak değerlendirilmiş ve sosyal devlet üzerindeki eleştirilerin en can alıcı noktasını oluşturmuştur. Nitekim ekonomik göstergeler de bu durumu

⁶⁵ BRADY, David, The Welfare State and Relative Poverty in Rich Western Democracies, 1967-1997, **Social Forces**, Vol. 83, no. 4, June 2005, s. 1329; SHAIKH, s. 531.

doğrulmaktadır. Bu bağlamda 1965–1985 yılları arasındaki sosyal harcamalar ve GSYİH'nın artışı karşılaştırıldığında, 70'li yıllardan itibaren sosyal harcamaların GSYİH'dan ve büyüme oranlarından çok daha hızlı şekilde arttığı görülmektedir⁶⁶.

Esas itibariyle sosyal harcamaların artışında ekonomik krizle beraber yoksulluğun artışı, yüksek oranda işsizlik ve nüfusun yaşlanması önemli ölçüde etkili olmuşlardır. Nitekim sosyal yardım, sosyal güvenlik ve sağlık harcamaları için daha fazla talep oluşturan bu fenomenlerin desteklenmesi oldukça masraflı olmuştur⁶⁷. Ayrıca yoğun bir bürokratik mekanizmayla işleyen sosyal devlet içerisinde, bireylerarası dayanışma ve yeniden dağıtım ilkelerinin zayıfladığı ve bu durumun sosyal devletin masraflarını arttırdığı da öne sürülmüştür⁶⁸.

Masrafları önemli ölçüde artış gösteren sosyal devlet; sosyal harcamaları finanse edebilmek amacıyla, zorunlu sosyal ödenek kesintilerini ve vergileri arttırmıştır. Artan kesinti ve vergiler ise, ekonominin verimlilik içinde işleyişini engellemiştir⁶⁹. Bu noktada sosyal devletin çok ileri olduğu İskandinav ülkelerinde dahi, yüksek vergileri gerektiren yoğun ve cömert refah programları ve hizmetleri söz konusu ülkeleri, dünya pazarında daha az rekabetçi yaptığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁰.

⁶⁶ PIERSON, Beyond The Welfare State?, s. 128, 134, 139-140; FLIGSTEIN, Neil, Is Globalization the Cause of the Crises of Welfare States?, **The Annual Meetings of the American Sociological Association Held in Toronto, Canada in August 1997**, <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/298/1/sps98-5.pdf>, 20.04.2009, s. 28; BULUT, Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?, 173.

⁶⁷ FLIGSTEIN, s. 28.

⁶⁸ Dolayısıyla, Sosyal Devletin karşı karşıya olduğu kriz, ekonomik olduğu kadar kültürel ve ahlaki bir nitelik taşımaktadır. ROSANVALLON, s. 9-11.

⁶⁹ ROSANVALLON, s. 9-11.

⁷⁰ VIRPI, Tiomen, **Restructring The Welfare State: Globalisation and Social Policy Reform in Finland**, Edward Elgar Publishing, 2003, s 1. Bu çerçevede ekonominin uluslararası hale gelmesi ve ekonomide yaşanan zorlukların birleşmesi; Sosyal Devletin, en üst seviyede uygulandığı Norveç, İsveç, Danimarka, Finlandiya ve İzlanda gibi İskandinav ülkelerinde dahi geniş ölçüde baskıya maruz kalmasına neden olmuştur.

Gerçekte masrafları önemli ölçüde genişleyen refah devletleri; artan sosyal talepleri karşılama ve kaynakların sınırlı oluşu ikilemiyle karşı karşıya kalmışlardır⁷¹. Söz konusu ikilem karşısında refah devletleri; ya kendi sonlarını getirebilecek nitelikteki tüm ekonomik zorlukları göze alarak geniş sosyal devlet uygulamalarına devam edecekler; ya da sosyal devleti kısıtlama yoluna gideceklerdir. Nitekim ikinci yol tercih edilmiş ve sosyal devletin ekonomik istikrarı bozmaya başlaması nedeniyle sosyal devletin genişletilmesinden vazgeçilerek, sosyal devlet masraflarının azaltılmasına odaklanılmıştır⁷². Böylelikle uzun yıllardır işçi ve işveren kesimleri arasında devam eden uzlaşma da önemli ölçüde sarsılmıştır⁷³.

70'li yıllarda yaşanan krizin oluşturduğu sosyal masrafların azaltılması yönündeki bu düşünce; işçi ve işveren uzlaşısını sarsmasının yanı sıra, küreselleşmenin etkisini arttırarak yeni bir düzene geçilmesine neden olmuştur. Nitekim bu dönemde yaşanan ekonomik tıkanma ve sermayenin kârlılığının düşüşü; yürürlükte bulunan Keynesyen politikaların yol açtığı ulusal korumacı ekonomilerin terk edilerek, bütün dünya çapında açıklık politikalarına geçilmesini gerektirmiştir. Bu doğrultuda dünya çapında, 80'lerden itibaren neo-liberal politikalar öncülüğünde gelişen ticari açıklık ve ekonomide liberalleşme politikaları benimsenmeye başlanmıştır⁷⁴. Liberal politikalara yeniden dönüş olarak adlandırılan bu süreçte, ulusal ekonomiler içerisinde ve bütün dünyada,

Küreselleşmenin etkisini arttırdığı bu süreçte, pek çok ülkede olduğu gibi İskandinav ülkelerinde de Sosyal Devletin yeniden yapılandırılarak masrafları kısması gerektiği düşünceleri dile getirilmiştir. Ancak söz konusu düşüncelerin dile getirilmesine karşın, uygulamaya yansıtılarak, masrafları kısabilmek söylendiği kadar kolay olmamıştır. VIRPI, s. 2, 19.

⁷¹ PIERSON, Welfare State Development, s. 794.

⁷² KORPI, Walter, Welfare-State Regress in Western Europe: Politics, Institutions, Globalization, and Europeanization, **Annual Reviews Sociology**, Vol. 29, June 2003, s. 590.

⁷³ PIERSON, Beyond The Welfare State?, 155.

⁷⁴ ÖZDEK, Yasemin, Globalizmin İdeolojik Hegemonyası: Yanılsamalar, **Amme İdaresi Dergisi**, c. 32, sy. 3, Eylül 1999, s. 26-27.

serbest piyasa sistemini güçlendirmek ve devletin sosyal ve ekonomik etkinliğini azaltmak ön plana çıkan hususlar olmuşlardır⁷⁵.

Sözü edilen ekonomik kriz ve sonrasında bu sorunu çözmek amacıyla oluşturulan yeni küresel ekonomik düzenin neden olduğu zorluklar, sosyal devletteki gerilemenin temel nedeni olarak belirmişlerdir. Nitekim yeni ekonomik düzende, sosyal devletin finanse edilmesindeki kalıcı zorluklar öne sürülerek sosyal devletin sınırlanması gerektiği yönündeki düşünceler, en yoğun olarak dile getirilen düşünceler olmuşlardır. Bu itibardır ki, söz konusu durum, sadece bir ekonomik kriz anlamına gelmemekte; aynı zamanda 1945 sonrasında kurulan sosyal ve ekonomik düzenin de krizi anlamına gelmektedir.

Genel olarak hemen herkes tarafından, 1970'li yılların ortalarından itibaren sosyal devlet üzerinde büyük bir baskı olduğu kabul edilmesine karşın, bu baskıyı ifade edebilmek amacıyla ortaya konulan terminolojide büyük bir anlaşmazlık söz konusudur. Nitekim sosyal devletin durumunu ifade etmek üzere, çok farklı değerlendirmelerin yapıldığı ve pek çok terimin kullanıldığı görülmektedir. Bu hususta Powell M., Hewitt M.'in, çeşitli yazarların düşüncelerini sıraladığı eserinde, kapsamlı bir anlatım sunulmaktadır⁷⁶. Bu anlatım çerçevesinde; "sosyal devlet krizdedir"⁷⁷, "sosyal devlet, tehdit altındadır"⁷⁸, "sosyal devlet, bir değişim geçişi yaşamaktadır"⁷⁹, "sosyal devlet kendini toparlamaktadır ya da daha sağlıklı hale gelmektedir"⁸⁰, "sosyal devlet, yeniden biçimlenmekte veya inşa

⁷⁵ BULUT, s. 173.

⁷⁶ POWELL M., HEWITT M., s. 2.

⁷⁷ MISHRA Ramesh, **Welfare State in Crisis: Social Thought and Social Change**, Harvester Wheatsheaf Press, Brighton 1984.

⁷⁸ LOWE, s. 301.

⁷⁹ JOHNSON, Norman, **Welfare State in Transition**, Wheatsheaf Press, Brighton 1987, 114 vd.; ESPING-ANDERSEN, Gosta, (ed.), **Welfare State in Transition National Adaptations in Global Economies**, Sage Publication, London 1996.

⁸⁰ LE GRAND, Julian, **The State of Welfare, The State of Welfare the Welfare State in Britain Since 1974**, ed. N. A. Barr, John Hills, Oxford University Press, Oxford 1990, s. 338 vd.

edilmektedir”⁸¹, “sosyal devletin modası geçmiştir”⁸², “sosyal devlet, yeniden yapılandırılmaktadır”⁸³, “sosyal devlet, masrafları kısımaktadır”⁸⁴, “sosyal devlet artılaşmakta ya da farklılaşmaktadır”⁸⁵, “sosyal devlet, ucuzlatılmaktadır”⁸⁶, “sosyal devlet, yeni bir biçime sokulmaktadır”⁸⁷, “sosyal devlet, yeniden ayarlanmaktadır”⁸⁸, “sosyal devlet dönüştürülmektedir”⁸⁹ gibi çok farklı yaklaşım tarzları ortaya konulmaktadır. Söz konusu yaklaşım tarzları içerisinde belki Pierson’un

-
- ⁸¹ JOHNSON, Norman, **Reconstructing the Welfare State**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead 1991.
- ⁸² WICKS Malcolm, **A Future for All**, Penguin Books, Harmondsworth 1987, s. 32 vd.
- ⁸³ SULLIVAN Michael, **The Politics of Social Policy**, Harvester Wheatsheaf Press, London, 1992, s. 50 vd.; SULLIVAN Michael, **The Development of the British Welfare State**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead, 1996, s. 212 vd.
- ⁸⁴ MISHRA, Ramesh, **Welfare State in Capitalist Society**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead 1990, s. 83 vd.
- ⁸⁵ TOWNSEND, Peter, Persuasion and Conformity: An Assesment of the Borrie Report on Social Justice, **New Left Review**, Vol. 213, 1995, s. 137-150; DIGBY, Anne, **British Welfare Policy** Workhouse to Workfare, Faber & Faber Press, London 1989, s. 1 vd.
- ⁸⁶ HAY, Colin, **Re-stating Social and Political Change**, Open University Press, Buckingham 1996, s. 52, 113 vd.
- ⁸⁷ FERRERA M., RHODES M., Recasting European Welfare States: An Introduction, **Recasting European Welfare States**, Ed. Maurizio Ferrera and Martin Rhodes, Routledge Publishing, London 2000, s. 1-11.
- ⁸⁸ FERERRA M., HEMERIJCK A. and RHODES M., Recasting European Welfare States for the Twenty first Centruy, **Welfare State Futures**, Ed. Stephan Leibfried, Cambridge Universtiy Press, Cambridge 2001, s. 151 vd.
- ⁸⁹ SQUIRES, Peter, **Anti-Social Policy: Welfare, Ideology and the Disciplinary State**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead 1990, s. 13-61; SULLIVAN, Michael, **The Politics of Social Policy**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead, 1992, s. 74-78, 161 vd.; HOLMAN, Bob, **A New Deal for Social Welfare**, Lion Press, Oxford 1993, s. 1-109.

da ortaya koyduğu, “masrafları kısma” kavramı, üzerinde anlaşma sağlanabilmesi mümkün olabilecek bir kavram olarak gözükmektedir⁹⁰.

Sosyal devlet üzerindeki baskının ifade edilmesinde; farklı terminolojik yaklaşımlar bulunduğu gibi, sözü edilen baskının nedenleri hususunda da farklı yorumlar yapılmaktadır. Esas itibariyle yorum farklılıklarında odak noktası teşkil eden husus, sosyal devletin sınırlandırılması ile küreselleşme arasında bağlantı bulunup bulunmadığıdır.

Bu doğrultuda Paul Pierson’un öncülük ettiği ve Alber, Ken judge, Iversen gibi yazarların da katıldığı bir düşünce; küreselleşmenin, sosyal devleti kesinti baskısıyla karşı karşıya bıraktığını kabul etmekle birlikte; sosyal devletin çekirdek alanında herhangi bir etkide bulunduğu iddiasına şüpheyle yaklaşılması şeklindedir⁹¹. Bu düşünce çerçevesinde küreselleşme; sosyal devleti tamamen geçersiz ve modası geçmiş bir kavram haline getirmemekte, sadece sosyal devletin artan masraflarının azaltılmasına yönelik bir süreç oluşturmaktadır⁹². Dolayısıyla bu görüşü savunanlara göre küreselleşme, sosyal devlet üzerinde çok önemli bir etkiye sahip bulunmamakla⁹³ birlikte, iç etkenlerden sonra ikincil olarak dikkate alınabilir. Ayrıca bu düşünce taraftarlarına göre küreselleşmenin sosyal devlet üzerindeki etkisi, bazı yazarlar tarafından abartılmaktadır⁹⁴.

⁹⁰ POWELL M., HEWITT M., s. 2.

⁹¹ PIERSON, Investigating the Welfare State at Century’s End, s. 4; MIDGLEY, s. 152.

⁹² KRISLOV, Samuel, Can the Welfare State Survive in a Globalized Legal Order? **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 603, January 2006, s. 78.

⁹³ SKYES R., PALIER B., Challenges and Change: Issues and Perspectives in the Analysis of Globalization and European Welfare States Challenges and Change, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001, s. 5.

⁹⁴ GIZELIS, Theodora-Ismene, Globalization, Integration, and the European Welfare State, **International Interactions**, vol 31, Issue 2, Year 2005, s. 147; SKYES R., PALIER B., s. 6; RHODES, Martin, The Political Economy of Social Pacts: ‘Competitive Corporatism’ and European Welfare Reform, **The New Politics of the Welfare State**, Ed. Paul Pierson,

Bu bağlamda Paul Pierson, sosyal devletteki değişimde, küreselleşmeden daha önemli bir faktör olarak, iç faktörleri sıralamaktadır. Nitekim yazara göre; sosyal devletin olgunlaşması, teknoloji, post Fordist gelişmeler, hükümet yükümlülüklerinin artması, aile yapısının değişmesi ve nüfusun yaşlanması (demografik faktörler) gibi değişiklikler tarafından sosyal devlete meydan okunmaktadır⁹⁵. Pierson tarafından sosyal devletin değişiminde “dayanılamaz güçler” olarak adlandırılan iç faktörler, özellikle gelişmiş toplumların ekonomilerinde önemli değişimler meydana getirmektedirler⁹⁶.

Yine Paul Pierson, sosyal devlet üzerinde oluşan baskıya ilişkin olarak küreselleşme ile bağlantısı olmayan üç süreçten daha söz etmektedir. Bunlardan ilki, yavaş ekonomik büyüme sağlayabilen gelişmiş ekonomilerin, sektörel egemenliklerinin üretimden hizmet sektörüne kaymasıdır. Böylelikle ekonomik yapıya düşük üretkenlik hâkim olmuş ve refah harcamaları temel mali problemler oluşturmuştur. İkinci olarak, gelişmiş ekonomilerin sosyal devlet hususunda üstlendiği yükümlülükler, kontrolsüz bir biçimde genişleyerek olgunlaşmış ve ciddi bütçe problemlerine neden olmuştur. Son olarak ise, nüfusun yaşlanmasıyla değişen demografik denge, refah programlarının maliyetlerini arttırdığından en ciddi problemlerden biri olarak ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda yaşlı nüfusun toplam nüfusa oranının artışı;

Oxford University Press, Oxford 2001, s. 169; Küreselleşmenin getirdiği bir takım ekonomik değişimlere, Sosyal Devlet uyum sağlamak durumundadır. Bu düşüncedeki yazarlar; Sosyal Devletin erozyona uğramasının nedeni olarak, ekonomik küreselleşme sürecinden ziyade hükümetlerin ideolojik yeniden yapılanma arayışlarının daha etkili olduğu belirtilmektedir SKYES R., PALIER B., s.6; Küreselleşmenin farklı boyutları Sosyal Devlet üzerinde farklı etkiler yapmaktadırlar. Bu çerçevede Pierson çoğu coşkulu anti Sosyal Devlet hükümetleri olan ABD’de Reagan ve İngiltere’de Thatcher dönemlerinde dahi, Sosyal Devlet düzenlemelerinin ve kaynaklarının istikrarlı kaldığını öne sürmektedir. SKYES R., PALIER B., s. 10.

⁹⁵ PIERSON, Investigating the Welfare State at Century’s End, s. 3; Ayrıca Bkz. LYGSTAD, s. 75.

⁹⁶ SKYES R., PALIER B., s. 6; PIERSON, Investigating the Welfare State at Century’s End, s. 3 vd.

çalışanların oranının azalması ve emeklilik maaşı ve sağlık bakımı gibi maliyetli sosyal yardımların artması anlamına gelmektedir⁹⁷. Dolayısıyla iç gelişmeler ve sosyal devletin olgunlaşması kalıcı zorluklar oluşturmuş ve farklı politik şartlar atında geçmişte verilen maliyetli taahhütler hükümetleri zor durumda bırakmasıdır⁹⁸.

Bununla birlikte sosyal devletin geleceği hususunda iyimser yaklaşıma sahip olan bu yazarlar; sosyal devlette bir olgunlaşma süreci yaşanmakla birlikte, sosyal devletten geri dönülemeyeceğini de ifade etmektedirler. Sosyal devlette onarılamaz zararlar olduğu iddiasını reddeden bu düşünce sahipleri, bir değişim süreci yaşadığını kabul etmekle beraber; bunun nedeni olarak, küreselleşmeden ziyade iç faktörlerin etkili olduğunu ve sosyal devletin iç faktörlerin etkisiyle yaşadığı değişimin, bir kriz olarak değerlendirilmesinin abartılı bir yaklaşım olacağı öne sürülmektedirler⁹⁹.

Diğer görüş sahipleri ise; küreselleşmenin sosyal devlet üzerinde önemli bir etkiye sahip olduğunu belirtmektedirler. Bu görüşler de genellikle sosyal devletin olgunlaşması, aile yapısının değişmesi ve nüfusun yaşlanması gibi iç faktörleri göz önünde tutmakla beraber; değişimin temel nedenini küreselleşmeye bağlamaktadırlar. Söz konusu düşünce sahiplerini öncekilerden ayıran husus ise, sosyal devletin küreselleşme nedeniyle kronik bir kriz içerisinde olduğunu öne sürmeleridir¹⁰⁰.

Esas itibarıyla küreselleşme, II. Dünya Savaşının sonunda ülkeler arasında ticareti kolaylaştırmak ve küresel ölçekte ekonomik gücü desteklemek amacıyla uluslararası finansal kuruluşların ortaya

⁹⁷ SKYES R., PALIER B., s. 6-7; PIERSON, Investigating the Welfare State at Century's End, s. 3 vd.

⁹⁸ TAYLOR-GOOPY, s. 599.

⁹⁹ PIERSON, Investigating the Welfare State at Century's End, s. 3; GENSCHEL, Philipp, Globalization and the Welfare State: a Retrospective, **Journal of European Public Policy**, Vol. 11, Issue 4, August 2004, s. 613; MIDGLEY, s. 152.

¹⁰⁰ GENSCHEL, s. 613; RIEGER E., LEIBFRIED S., s. 38.

çıkmasından bu yana genişlemekte olan bir süreçtir¹⁰¹. 1970'li yıllardan itibaren daha da ön plana çıkan ve etkisini iyice arttırmaya başlayan ekonomik küreselleşme süreci¹⁰², sosyal devlette yaşanan krizin temel nedeni olarak görülmüştür.

Ekonomik alanda küreselleşmeyle birlikte, dünya ekonomisi ve pazarları genişleyerek bütünleşmiş ve böylelikle uluslararası bir ekonomi ortaya çıkmıştır. Bu süreçte para piyasalarında sermayenin hareketliliği, artan ticari açıklık ve sermaye hareketliliği uluslararası ekonominin temel öğelerini oluşturmuştur. Nitekim ortaya çıkan yeni ekonomik düzen, sosyal devlet politikaları üzerinde önemli ölçüde baskıya neden olmuştur¹⁰³.

Yeni küresel ekonomik düzenin sosyal devlet üzerinde baskı oluşturması, uluslararası rekabet sürecine bağlı olarak gelişmektedir. Bu süreçte temel düşünce rekabet avantajı sağlamak olmaktadır. Bu bağlamda uluslararası rekabetin gereği olarak; açık ekonomi uygulanması, finansal ve ticari hareketlerde düzenlemelerin terk edilmesi, malların, hizmetlerin, sermayenin ve işgücünün hareketliliğinin önünün açılması, işgücünde esneklik oluşturulması, sermaye oluşumunun ve birikiminin teşvik edilmesi, kamu harcamalarının azaltılması, vergilerin düşürülmesi ve dış yatırım çekme gayreti ön plana çıkmaktadır. Sözü edilen durum, devletlerin ekonomi yönetimindeki otoritelerinin zayıflayarak küresel ekonomik güçlerin genişlemesiyle sonuçlanmıştır¹⁰⁴.

¹⁰¹ ABOU-NASSIF, Fida, **Canadian Woman in the Welfare State Age of the Globalization**, Not Published Dissertation, www.proquest.umi.com UMI number: 0-612-72749-1, Ottawa Canada 2002, s. 13.

¹⁰² SUNAY, Tartışılan Egemenlik, s. 112.

¹⁰³ FLIGSTEIN, s. 1; OLSEN, s. 184, 187; TAYLOR-GOOPY, , s. 607.

¹⁰⁴ TAYLOR-GOOPY, s. 598; RHODES, Martin, Globalization, Labour Markets and Welfare States: A Future of 'Competitive Corporatism'?, **The Future Of European Welfare A New Social Contract?**, Ed. Martin Rhodes and Yves Meny, Macmillan Press, London 1998, s. 178; SKYES R., PALIER B., s. 2-3, 8; DALY, Mary, Globalization and Bismarckian Welfare State, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001, s. 83-86; CLARKE, John, Changing Welfare Changing States (New Directions in Social Policy), Sage

Küreselleşme sürecinin oluşturduğu uluslararası rekabet ve buna bağlı olarak devletlerin ekonomik otoritesinin zayıflaması, geniş ve masraflı sosyal devletin yeniden yapılandırılarak ekonomik koşullara adapte edilmesini gerektirmiştir¹⁰⁵.

Küreselleşmeye bağlı olarak ortaya çıkan adaptasyon sürecinde sosyal devletin yeniden yapılandırılması söz konusu olmuş¹⁰⁶ ve bu çerçevede sosyal devletten rekabet devletine doğru bir geçiş yaşanmıştır. Bu geçişte temel dinamiği, geniş ve masraflı hale gelmiş olan sosyal devletin masraflarının azaltılarak daha rekabetçi hale getirilmesi hususu oluşturmuştur. Bu nedenle de sosyal devletin getirdiği sosyal standartları geriletici değişiklikler yapılmıştır¹⁰⁷. Nitekim sosyal devletin sunacağı sosyal imkânların tamamen ekonomik kaynaklara bağlı bulunması nedeniyle, yoğun maliyet getiren ve devletleri daha az rekabetçi kılan

Publications, London 2007, s. 73. Mishra, küreselleşme ve Sosyal Devlet arasındaki yedi temel noktaya dikkat çekmiştir. 1-Küreselleşme, ulusal hükümetlerin takip edebileceği ekonomik büyüme ve tam istihdam politikalarını zayıflatmıştır. 2-Küreselleşme sonucunda, çalışma şartları ve ücretlerde eşitsizlik artmıştır. 3-Küreselleşme, sosyal masrafları ve sosyal koruma sistemlerinde aşağı yönlü bir baskı yapmaktadır. 4-Küreselleşme, sosyal korumanın desteklenmesini zayıflatıyor. 5-Küreselleşme, sosyal ortaklık ve dayanışmanın temellerini zayıflatmaktadır. 6-Küreselleşme, özellikle politik seçeneklerin sol kanadının dışarıda bırakılmasına neden olmaktadır. 7-Küreselleşmenin çatışma mantığı, ulusal toplum ve demokratik politikaların mantığıyla ilgili bulunmaktadır. MISHRA, Ramesh, **Globalization and the Welfare State**, Edward Elgar Publishing, Cambridge 2000, s. 15. Sosyal devletin çok ileri olduğu İskandinav ülkelerinde dahi, bugün yüksek vergileri gerektiren yoğun ve cömert refah program ve hizmetlerinin, bu ülkeleri dünya pazarında daha az rekabetçi yaptığı öne sürülmektedir. VIRPI, s 1.

¹⁰⁵ GENSCHEL, s. 613; DALY, s. 83; CLARKE, s. 81; RIEGER E., LEIBFRIED S., s. 200.

¹⁰⁶ CLARKE, s. 83; BENVENISTI E., NOLTE G., BARAK-EREZ D., **The Welfare State, Globalization, and International Law**, Springer Published 2004, s. 80; ABOU-NASSIF, s. 15; STARKE, s. 115.

¹⁰⁷ CLARKE, s. 73. PIERSON, *Beyond The Welfare State?*, s. 65, 180; GIZELIS, s. 147; POWELL M., HEWITT M., s. 92.

refah programlarının ekonomik kaynaklara paralel olarak düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır¹⁰⁸.

Belitilen sebeplerle sosyal devletin sosyal masraflarının ve büyümesinin sınırlandırılması; sosyal koruma sistemlerinde aşağı yönlü bir baskı oluşmuş¹⁰⁹ ve bu çerçevede sağlık bakımı, eğitim, işsizlik sigortası emeklilik, gelir desteği ve sosyal yardımlar gibi alanlardaki kesintilerle sosyal devlet aşındırılmıştır¹¹⁰. Uluslararası rekabet ve maliyet kısıtlamalarının gerekli kıldığı bu değişimler; bazı çevrelerde, sosyal devletin altın çağının sonuna geldiği ve gümüş çağa geçildiği şeklinde yorumlanmıştır¹¹¹.

Sözü edilen görüşlere göre, hükümetlerin sosyal devlete ilişkin gerçekleştirdiği reformların arkasındaki temel etken küreselleşmedir¹¹². Fakat küreselleşmenin sosyal devlet üzerinde oluşturduğu etki; basit bir etkiden çok, sosyal devletin önemli ölçüde erozyonuna neden olan¹¹³

¹⁰⁸ GENSCHEL, s. 613; PIERSON, Paul, Coping with Permanent Austerity : Welfare State Restructuring in Affluent Democracies, **The New Politics of the Welfare State**, Ed. Paul Pierson, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 456; RIEGER E., LEIBFRIED S., s. 38; GIAIMO, Susan, Who Pays for Health Care Reform, **The New Politics of the Welfare State**, Ed. Paul Pierson, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 365. TAYLOR-GOOPY, s. 602; Beck; Sosyal Devletin masraflı diğer uygulamalarının, küreselleşme güneşi karşısında erimeye mahkûm olduğunu ifade ediyor. BECK, Ulrich, **What is Globalization?**, Polity Press, Chambridge 2000, s.1.

¹⁰⁹ POWELL M., HEWITT M., s. 90; MISHRA, Globalization and the Welfare State, s. 15

¹¹⁰ CLARKE, s. 74; ABOU-NASSIF, s. 15.

¹¹¹ TAYLOR-GOOPY, s. 598.

¹¹² GIAIMO, s. 365; PIERSON, Paul, Three Worlds of Welfare State Research, **Comparative Political Studies** Vol. 33 No. 6/7, August/September 2000, s. 799. Ekonomik küreselleşme ile Sosyal Devletin krizi arasındaki bağlantı, akademik ve kamu tartışmalarında son 10 yıllarda geniş ölçüde varsayılan bir bağlantıdır. BENVENISTI E., NOLTE G., BARAK-EREZ D., s. 80.

¹¹³ ABOU-NASSIF, s. V, 1.

büyük bir tehdit olarak değerlendirilmekte¹¹⁴ ve söz konusu tehdidin sosyal devletin sonunu getirebilecek nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵.

Küreselleşmenin sosyal devlette kronik bir krize neden olduğunu düşünen pek çok yazar; bu süreçte en önemli etkenin küreselleşme olduğunu, fakat küreselleşme yanında iç faktörlerin de sosyal devlet üzerinde olumsuz etkilere sahip olduğunu ileri sürmektedirler¹¹⁶. İç faktörler ile ifade edilmek istenen; büyümenin yavaşlamasına bağlı olarak ortaya çıkan işsizliğin artışı ve işgücü piyasalarındaki değişim gibi hususların, teknolojinin gelişmesiyle maliyetli hale gelen sağlık hizmetlerinin, aile dayanışmasının ortadan kalkmasının, cinsiyet ilişkilerinde yaşanan değişimin ve nüfusun yaşlanmasıyla nüfus yapısında yaşanan değişimin sosyal harcamaları arttırıcı etkisidir¹¹⁷.

Küreselleşme sürecinin sosyal devlet üzerindeki etkilerine dair farklı görüşlere karşın, küreselleşme sürecinin gerektirdiği reformların, sosyal devlet üzerinde önemli etkiler meydana getirdiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu çerçevede, sosyal devletten rekabet devletine geçişin yansıması olarak ekonomi politikalarında, üretim ve kalkınma modellerinde ve kamu yönetimi anlayışında “düzenleyici devlet” anlayışına geçilmiş ve ayrıca yapılan reformlarla sosyal ve ekonomik haklarda daralma yönünde bir dönüşüm yaşanmıştır. Bu itibarla küreselleşmenin; sosyal devletin dönüşümü üzerinde oluşturduğu söz konusu etkilere devlet yapısı ile hak ve özgürlükler açısından da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

¹¹⁴ GIZELIS, s. 146.

¹¹⁵ CLARKE, s. 72.

¹¹⁶ STARKE, s. 115; GIAIMO, s. 365.

¹¹⁷ PIERSON, *Beyond The Welfare State?*, s. 135; OLSEN, s. 182-184; RHODES, ‘Competitive Corporatism’ and European Welfare Reform, s. 165, 168; TAYLOR-GOUBY, s. 599, 606, 609; TAYLOR-GOUBY P., CHARLOTTE H., CATHERINE B., *Querulous Citizens: Welfare Knowledge and the Limits to Welfare Reform*, **Social Policy & Administration**, Vol. 37, No. 1, February 2003, s. 1; BENVENISTI E., NOLTE G., BARAK-EREZ D., s. 80; FLIGSTEIN, s. 28.

A. DEVLET YAPISI AÇISINDAN

Küreselleşme süreciyle birlikte devlet yapısında yaşanan değişim, sosyal devlet üzerinde önemli etkilere sahip olmuştur. Nitekim küreselleşme sürecinin hız kazandığı 1990'lı yılların başında, devletin, küçültülmesi amacıyla “minimal devlet” biçiminde yeniden yapılandırılması yaygınlık kazanmış bir düşüncedir. Ancak 2000'li yıllardan itibaren bu kavramdan vazgeçilerek OECD ve DB gibi kurumlar öncülüğünde “minimal devlet” yerine “aktif ve düzenleyici devlet” ön plana çıkarılmıştır¹¹⁸.

Düzenleyici devletin temel işlevi; sosyal devlet gibi yeniden dağıtım politikaları izlemek değil, küresel kapitalizmin en rasyonel biçimde işlemlerini sağlamaktır. Devletin sadece düzeni koruyucu bir işleve indirildiği bu anlayışta, devletin sosyal ve ekonomik işlevlerinin en asgari seviyeye indirilmesi ya da sıfırlanması, özelleştirme ve deregülasyon gibi yöntemlerle gerçekleştirmek istenmektedir. Devletin yükleniciden ziyade, idare edici nitelikte olduğu düzenleyici devlette; devlet bir kontrol edici değil, düzenleyici ve kolaylaştırıcıdır. Nitekim bundan böyle “kürek çeken değil, dümen tutan devlet” söz konusudur. Dolayısıyla devletin düzenleyici rolü, piyasanın işleyişini kolaylaştırma ve geliştirme amacına yönelik “piyasa dostu düzenleyicilik” şeklinde gerçekleşmektedir. Böylelikle piyasanın, kayıtsız şartsız egemenliğinin sağlanması hedeflenmekte ve uluslararası serbestlik kazanan sermayenin egemenliği, yeni ekonomik düzenin temel belirleyici niteliği olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁹.

Düzenleyici devletin temel amacı olan “küresel kapitalizmin rasyonel biçimde işlemlerini sağlama” düşüncesi, sosyal devlet üzerinde önemli etkiler meydana getirmiştir. Bu doğrultuda sosyal devletlerin çeşitli alanlarda yaşadığı değişimlerle yeniden yapılandırılması söz konusu olmuştur.

¹¹⁸ ŞAYLAN, s. 16.

¹¹⁹ ŞAYLAN, s. 16, 23-25, 206, 217; SUNAY, Tartışılan Egemenlik, s. 272; FITZPATRICK, Tony, **New Theories of Welfare State**, Palgrave Macmillan, Hampshire 2005, s. 159; KÖSE, Ömer, Küreselleşme Sürecinde Devletin Yapısal ve İşlevsel Dönüşümü, **Sayıştay Dergisi**, sy. 49, Nisan-Haziran 2003, s. 3.

1. Ekonomik Alanda Değişim

Yeniden yapılanma sürecinde Keynesyen sosyal devlet terk edilmekte; bunun yerine neoliberal ekonomi politikalarını öngören bir anlayış benimsenmektedir. Neo-liberal ekonomi politikaları bağlamında devletler; sosyal devletin değil, piyasanın düzenleyicisi olarak davranmaktadırlar¹²⁰. Bu süreçte yerel piyasaları, küresel ekonominin gereklerine uyarılma aracı haline gelen devletler; rekabet edebilirlik, deregülasyon, özelleştirme, ekonomik süreçlere devletin müdahalesinin sınırlandırılması gibi ölçütleri esas olarak hareket etmektedirler¹²¹.

Belirtilen şekilde ilk olarak 1980'li yıllarda, Reagan ve Thatcher'ın uygulamalarıyla hayata geçirilen yeniden yapılandırma sürecinde, sermaye çıkarlarının maksimize edilmesi, temel hedef haline gelmiştir¹²². Sermaye çıkarları çerçevesinde gelişen neoliberal ekonomi politikalarının işleyişinde; IMF, DTÖ, NAFTA, AB gibi uluslararası ve ulusüstü nitelikteki küresel güçlerin, devletlerin politika ve uygulamalarında çok etkili yürütücü güçler haline geldikleri görülmektedir¹²³. Ayrıca küreselleşme süreciyle birlikte uluslararası hale gelen ekonomi ve yaşanan hızlı teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı verimlilik artışından da, en büyük payı sermaye almaktadır¹²⁴. Bu bakımdan küreselleşme süreciyle birlikte yaşanan yeniden yapılanma sürecinde, sermaye çıkarlarının çok önemli rol oynadığı ifade edilmelidir.

¹²⁰ AKKAYA, Rukiye, Çözülen Sosyal Devlet ve Küreselleşme Olgusu, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 739.

¹²¹ KOZANOĞLU, Hayri, Küreselleşme ve Uluslarüstü Sermaye Sınıfı, **Doğu Batı**, c. 5, sy. 18, Şubat-Mart-Nisan 2002, s. 57.

¹²² ŞAYLAN, s. 195-197.

¹²³ BARROW, Clyde W., The Return of the State: Globalization, State Theory and the New Imperialism, **New Political Science**, Vol. 27, No. 2, June 2005, s. 142-144.

¹²⁴ Thatcher, siyasi başarısını büyük ölçüde çalışan kesimleri bölüp, işsizlik sorunu olmayan vasıflı emeği yanına çekerek sağlamıştır. ŞAYLAN, s. 197.

Esas itibariyle günümüzde sermaye çıkarları, uluslararası ölçekte varlığını sürdüren küresel rekabet tarafından karakterize edilmekte¹²⁵; bu durum da, sosyal devletten rekabet devletine geçilmesini gerektirmektedir. Nitekim sosyal devletin ekonomiye yüklediği ağır yüklerle birlikte; yeni küresel ekonomide rekabet edebilmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla küresel rekabet sürecinde, sosyal devletin bir yük olarak değerlendirilmesi söz konusu olmakta ve bunun sonucunda küreselleşmenin sosyal devlet üzerinde yıkıcı etkiler meydana getirdiği yaygın ölçekte kabul görmektedir. Küresel rekabetin hâkim olduğu bu süreçte, belirtilen etkiye direnemeyen cömert refah devletleri, verimsiz ve sürdürülemez niteliklerinden arındırılarak yeniden biçimlendirilmek zorundadırlar¹²⁶.

Yeniden biçimlendirilen devletin öncelikle “*müdahalecilik karakterinde bir değişim*” yaşanmaktadır¹²⁷. Nitekim temel kamu hizmetlerini sağlamakla yükümlü sosyal devletin, müdahaleci niteliği, yerini; “ortak”, “katalizör” ve “kolaylaştırıcı” olarak tanımlanan, piyasanın işleyişini kolaylaştırıcı müdahalelerde bulunan bir devlete bırakmaktadır. Bu anlayışa göre küresel rekabet, bir engel değil bir hedefdir ve önerilen bu yapılanmada devlet, piyasa oyuncularına sorun çıkarmak yerine, işlerini kolaylaştırmalıdır¹²⁸. Dolayısıyla devletin

¹²⁵ SAPIR, André, Globalization and the Reform of European Social Models, **JCMS** Vol. 44, Number 2., 2006, s. 371.

¹²⁶ SUNAY, Tartışılan Egemenlik, s. 274; CERNY, Philip G., •Paradoxes of the Competition State: The Dynamics of Political Globalization”, **Government and Opposition**, Vol. 32, Issue 2, 1997, s. 251 vd.; PIERSON, Contemporary Challenges to Welfare State Development, s. 785; SAPIR, s. 369; PIERSON, Beyond The Welfare State?, s. 65; HAY, Colin, Globalization, Economic Change and Welfare States: The ‘Vexatious Inquisition of Taxation’?, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001, s. 38-39; FERRERA M., RHODES M., s. 1.

¹²⁷ SUNAY, Tartışılan Egemenlik, s. 274; CERNY, s. 251 vd.; PIERSON, Contemporary Challenges to Welfare State Development, s. 785.

¹²⁸ BAYRAMOĞLU, Sonay, Küreselleşmenin Yeni Siyasi İktidar Modeli: Yönetişim, **Praksis**, sy. 7, Yaz 2002, s. 98.

müdahaleciliği, “rekabet üstünlüğü sağlamaya” yönelmiş bulunmaktadır¹²⁹.

Devletin böyle bir rekabet sürecinde piyasa oyuncularının işlerini kolaylaştırmaya yönelik en önemli uygulaması ise; tüm kalemlerdeki maliyetleri azaltacak nitelikte önlemler alması olmaktadır¹³⁰. Esas itibarıyla küreselleşme sürecinde, sosyal devletin maliyetleri azaltma çabası, küresel piyasaların zorunlu kıldığı bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Böylelikle ülkeler; kendi refah kurumlarını, yeni küresel ekonomik çevreye adapte etmektedirler. Ayrıca sosyal devlet maliyetlerinin azaltılmasıyla; hem sermaye çıkarları karşılanmış olmakta, hem de azalan mali yükler nedeniyle ülke ekonomileri daha istikrarlı hale gelmektedir¹³¹. Çünkü cömert sosyal devletin artan refah harcamalarının finansmanı, ya vergilerin arttırılmasına ya da kamu borçlanmasına bağlı bulunmaktadır. Ancak, hem oldukça fazla olan kamu borçlarının daha da arttırılması, hem de küresel rekabetin hâkim olduğu bir ortamda devletlerin vergi arttırımına gidebilmesi oldukça güç görünmektedir¹³². Nitekim oldukça hareketli hale gelen sermaye; harcama miktarlarının, ücretlerin ve vergi seviyelerinin en düşük olduğu yerleri aramaktadır¹³³. Bu sebeple geriye tek seçenek kalmaktadır; o da, sosyal devlet maliyetlerinin azaltılmasıdır.

Devletlerin uluslararası rekabet koşullarına uyum sağlamak amacıyla sosyal devlet maliyetlerini azaltma çabasında şüphesiz; kamu

¹²⁹ SUNAY, Tartışılan Egemenlik, s. 274; CERNY, s. 251 vd.

¹³⁰ CLARKE, s. 87.

¹³¹ RIEGER E., LEIBFRIED S., s. 200, 211.

¹³² SINN, Hans-Werner, The Threat to the German Welfare State, *AEJ*, Vol. 28, No. 3, September 2000, s. 280; (Ludwig Maximilians Universität and CESifo-Germany. Distinguished Address presented at the Forty-Ninth International Atlantic Economic Conference, Munich, Germany, March 14-21, 2000.)

¹³³ Hükümetlerin odak noktası; ulusun refahını genel olarak maksimize etmekten, hem kamu hem de özel sektörde girişim, yenilik ve karlılığın arttırılmasına kaymıştır. PIERSON, *Contemporary Challenges to Welfare State Development*, s. 785.

harcamalarını özellikle de sosyal harcamaları, işgücü maliyetlerini ve vergileri azaltmaya yönelik gayretleri önemli bir yer tutmaktadır¹³⁴.

İlk olarak kamu harcamaları ve sosyal harcamaların azaltılmasına değinecek olursak, devletler; küresel rekabet sürecinde kamu harcamalarını, özellikle de sosyal harcamaları azaltmak zorundadırlar¹³⁵. Nitekim artan sosyal harcamalar, OECD ve AB ülkeleri refah devletlerini ekonomik bir krize sürüklemektedir. OECD ve AB'nin hazırladığı raporlarda ifade edilen bu durumun temel nedeni, küresel rekabetin sosyal devlet üzerinde oluşturduğu etkidir. Bu süreçte, sosyal devlet harcamalarının kısılarak, küresel rekabette güçlü olunması hedeflenmektedir¹³⁶. Belirtilen hedef doğrultusunda ilk odaklanılan harcama türü, sosyal güvenlik harcamaları olmaktadır. Nitekim nüfusun yaşlanmasının da önemli ölçüde artmasına neden olduğu sosyal güvenlik harcamaları, sosyal harcamaların artmasında önemli bir etkiye sahip bulunmaktadır¹³⁷. Bu bakımdan pek çok ülke, sosyal güvenlik sisteminde önemli reformlara gitmektedirler¹³⁸. Gerçekleştirilen reformlar; başta sosyal güvenlik harcamaları olmak üzere, çoğu sosyal harcama türünde kesintiler meydana getirmektedir. Ancak belirtilen

¹³⁴ CLARKE, s. 87; PIERSON, *Beyond The Welfare State?*, s. 179.

¹³⁵ STARKE, s. 107; GIZELIS, s. 147.

¹³⁶ GREVE, Bent, *Introduction: The Social, Political and Economic Future of the European Welfare States, The Future of the Welfare State European and Global Perspectives*, Ed. Bent Greve, Ashgate Publishing, England 2008, s. 1; HAY, Colin, *Globalization, Economic Change and Welfare States: The 'Vexatious Inquisition of Taxation'?*, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001, s. 40, 57; GIZELIS, Theodora-Ismene, *Globalization, Integration, and the European Welfare State*, **International Interactions**, vol 31, Issue 2, Year 2005, s. 147.

¹³⁷ STARKE, s. 107.

¹³⁸ Sosyal güvenlik sistemi içinde de, öncelikle emeklilik sistemi ve emeklilik maaşlarında reformlar önerilmektedir GREVE, Bent, *Introduction: The Social, Political and Economic Future of the European Welfare States, The Future of the Welfare State European and Global Perspectives*, Ed. Bent Greve, Ashgate Publishing, England 2008, s. 1.

durum; sermaye kesimlerinin bölüşümden alacakları payı yükseltirken; toplumun zayıf kesimlerinin sosyal kazançlarının azalmasıyla sonuçlanabilmektedir¹³⁹.

İkinci olarak, işgücü maliyetlerinin azaltılması çabalarına değinecek olursak; öncelikle işgücü maliyetlerine doğrudan etki yapan sosyal programların, işgücü maliyetlerini arttırarak fiyatları yükselttiği; bu durumun da ihracatın azalmasına neden olarak, ülkeleri daha az rekabetçi hale getirdiği ifade edilmektedir. Ayrıca bu hususta bol ve ucuz miktarda işgücüne sahip daha az gelişmiş ülkeler ile işgücü maliyetlerinin yüksek olduğu gelişmiş ülkeler arasında daha yoğun bir rekabet yaşandığı gözlenmektedir. Özellikle gelişmiş Batı ekonomileri, düşük ücretli işçi çalıştıran ülkelerin artan rekabetiyle karşı karşıya bulunmaktadırlar. Bu süreçte, minimum ücrete maksimum çalışma temin eden ülkeler, oldukça popüler hale gelmektedirler. Küreselleşme ile birlikte söz konusu yüksek ücretler, düşük ücretler ile kıyaslanmaktadırlar. Nitekim küreselleşmenin getirdiği doğrudan yabancı yatırımlar aracılığıyla gelişmiş ülkelerde faaliyet gösteren firmalar; Uzakdoğu Asya ülkeleri ya da Doğu Avrupa ülkeleri gibi gelişmekte olan veya az gelişmiş ya da gelişmemiş ülkelerde daha ucuz işgücü kaynağına ulaşmakta ve yatırımlarını bu ülkelere kaydırmaktadırlar. Belirtilen durum; gelişmiş ülkelerde işsizlik, vergi gelirlerinin azalması ve var olan sosyal programların azalmasına neden olmaktadır. Eğer yüksek ücret savunulmaya devam edilirse küreselleşme sürecinde uluslararası hareketlilik kazanan sermaye, bu ülkelere kayacak ve ortaya ücret rekabeti nedeniyle büyük bir işsizlik çıkacaktır. Böyle bir ortam; toplumun daha düşük gelirli kesimi için, yoksulluk anlamına gelmektedir. Bunun sonucu olarak, sosyal devletin geçmişteki gibi geniş kapsamlı sürdürülmesi imkânı azalmaktadır. Bu tür olumsuzluklar ise, gelişmiş ülke hükümetlerini; işgücü maliyetlerinin düşürülmesi çerçevesinde, vergiler ve işverenlerin zorunlu katkısı hususunda daha büyük oranda baskı altına almaktadır¹⁴⁰.

Ayrıca işgücü maliyetlerinin azaltılması hususunda bir diğer önemli husus; Keynesyen sosyal devletin öngördüğü son derece katı

¹³⁹ ŞAYLAN, s. 195-197.

¹⁴⁰ OLSEN, s. 187-189; ABOU-NASSIF, s. 21; SINN, s. 279.

Fordist üretim modelinin terk edilerek, bunun yerine uluslararası rekabete öncelik tanıyan Postfordist üretim modeline geçilmesidir. Sosyal devlet anlayışında, Fordist üretim modeli ile; kitlesel olarak üretilen malların, kitlesel bir biçimde tüketilmesi hedeflenmektedir. Her şeyden önce, üretim ve tüketime yönelik böyle bir anlayışın, bireyin refahına olumlu biçimde yansıtacağı kuşkusuzdur. Ancak Fordizmdeki kriz sonrasında, kapitalist birikim ve ekonomik büyümenin devamı için, yeni bir sosyal ve ekonomik rejim olarak Postfordizm kurumsallaştırılmıştır. Postfordizmin sloganı “esneklik”tir. Postfordist üretim modeliyle amaçlanan husus, işgücü piyasalarını esnekleştirmektir. İşgücü piyasalarının esnekleşmesi ise, küresel rekabete uyum anlamına gelmekte, böylelikle; iş gücü maliyetleri, talep dalgalanmalarına göre ayarlanabilmekte ve maliyetler kolayca düşürülebilmektedir¹⁴¹. Bu durumu Jessop; “Fordist sosyal devletin, Schumpeterian geçici çalışma devletine dönüştüğü” şeklinde yorumlamaktadır¹⁴².

Üçüncü olarak, vergi maliyetlerinin azaltılması çabalarına değinecek olursak; vergi yüklerinin artışı, devletleri pek çok saldırıya açık hale getirmektedir¹⁴³. Nitekim küreselleşmenin getirdiği rekabetin bir sonucu olarak, sosyal devletin, genişlemesine neden olduğu vergilerden kurtulma, önemli bir amaç haline gelmiştir. Çünkü son derece hareketli hale gelen sermaye, yatırım yapmak için vergi avantajları sunan yerleri tercih etmektedir. Bu sebeple de yüksek vergi

¹⁴¹ SAPIR, s. 372; POWELL M., HEWITT M., s. 88-89; PIERSON, *Beyond The Welfare State?*, s. 60; PIERSON, *Contemporary Challenges to Welfare State Development*, s. 786; PIERSON, Christopher, *Continuity and Discontinuity in the Emergence of the “Post-Fordist” Welfare State, Towards A Post-Fordist Welfare State?*, Edited By. Roger Burrows & Brian Loader, Routledge Publishing, London 1996, s. 95; JESSOP, Bob, *The Future of the Capitalist State*, Polity Press, Cambridge 2002, s. 59; KEYMAN, Fuat E., *Küreselleşme, Devlet, Kimlik/Farklılık: Uluslararası ilişkiler Kuramını Yeniden Düşünmek*, Çev. Simten Çoşar, Alfa Yayınevi, İstanbul 2000, s. 62.

¹⁴² Post-Fordizm ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. JESSOP, s. 96-113, 267-275.

¹⁴³ WAGNER, Antonin, *Redefining Citizenship for the 21st Century: from the National Welfare State to the UN Global Compact*, **International Journal of Social Welfare**, Vol. 13, 2004, s. 278.

oranlarından ve negatif gelir vergisi gibi vergiler aracılığıyla yapılan yeniden gelir dağılımından, piyasanın işleyişini bozduğu ve uluslararası rekabette önemli dezavantajlar sağladığı gerekçesiyle vazgeçilmesi zorunlu hale gelmektedir¹⁴⁴.

Gerçekte sosyal devletteki problemlerin en önemli nedenlerinden birini, söz konusu vergi rekabeti oluşturmaktadır¹⁴⁵. Çünkü artan sosyal harcamaları, vergi rekabeti nedeniyle düşen gelirlerle karşılamak gittikçe olanaksız hale gelmekte ve çoğu ülke sosyal devletin ağır maliyet getiren uygulamalarından yeniden yapılandırıcı reformlar aracılığıyla kurtulmaya çalışmaktadır¹⁴⁶. Bu çerçevede söz konusu küresel rekabet sürecinde, devletler; ya sosyal devletin getirdiği yükleri finanse etmeyerek refah harcamalarını azaltmak zorunda kalacaklar ya da sosyal devleti finanse etmeye devam ederek kamu borçlarını bugünkünden daha dayanılmaz hale getireceklerdir. Üçüncü seçenek olan, devletlerin vergi artırımına gidebilmesi ise, uluslararası küresel rekabet nedeniyle uygulanması oldukça güç bir seçenek olarak görünmektedir¹⁴⁷.

Sonuç itibarıyla; uluslararası küresel rekabet çağında sosyal harcamaların, işgücü maliyetlerinin ve vergilerin azaltılması suretiyle maliyetlerin azaltılması ve bu çerçevede ulusal ekonomilerin daha rekabetçi kılınması devletin, kolaylaştırıcı müdahalelerinin temel amacını oluşturmaktadır. Nitekim devletler; söz konusu süreçte, maliyet azaltıcı düzenlemelere adeta zorlanmaktadır. Devletleri buna zorlayan husus ise, küreselleşme süreciyle birlikte uluslararası serbestlik kazanan sermayedir. Uluslararası alanda yüksek oranda hareket kabiliyetine sahip olan sermaye, bundan böyle sosyal devleti finanse etmek istememektedir. Dolayısıyla uluslararası alanda hareket edebilen sermaye; kamu harcamalarını, vergileri ve işgücü maliyetlerini azaltan reformların yapılmaması durumunda, ekonomik aktivitelerini kendi için daha avantajlı imkânlar sunan düşük maliyetli bölgelere kaydırmaktadır.

¹⁴⁴ RIEGER E., LEIBFRIED S., s. 211; RHODES, 'Competitive Corporatism' and European Welfare Reform, s. 170.

¹⁴⁵ RHODES, 'Competitive Corporatism' and European Welfare Reform, s. 170.

¹⁴⁶ RHODES, 'Competitive Corporatism' and European Welfare Reform, s. 171.

¹⁴⁷ SINN, s. 280.

Böylelikle maliyetleri arttıran sosyal harcamalar kısılarak, şirketlerin karlılıklarının artırılması amaçlanmaktadır¹⁴⁸. Ancak bu durumun; yoksulluğu ve sosyal eşitsizliği arttırdığı öne sürülmüş ve sermayenin hareketliliğiyle, yoksulluk ve sosyal eşitsizlik arasında bir bağlantı kurulmaya çalışılmıştır¹⁴⁹.

Son olarak bir hususa daha değinmekte fayda bulunmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz yeni ekonomik düzen içerisinde; Keynesyen sosyal devlete yönelik yoğun eleştirilerde bulunulmakla beraber, sosyal devletin tamamen ortadan kaldırılması da istenmemektedir. Bu noktada temel amaç; sosyal devlet alanlarının piyasaya açılması ve böylelikle sosyal devlet programlarının piyasalaştırılmasıyla ortaya çıkacak alanlardan sermaye sahiplerinin kar elde etmesidir. Bununla; “hak temelli ve devlet temelli” sosyal devlet anlayışı yerine, “piyasa, gönüllülük, çalışma ve hak eden yoksul temelli” sosyal devlet anlayışına geçilmesi amaçlanmaktadır. Bireysel sorumluluğun ön plana çıkarılmasıyla, çalışmaya dayalı refah anlayışı çerçevesinde bireyler, iş bulmaya zorlanmaktadır. Bu durum, sermayenin çıkarlarına uygundur. Çünkü sermaye, ucuz işgücü arayışı içindedir. Nitekim özelleştirme, sendikasılaştırma, düşük asgari ücret ve tam istihdamdan vazgeçilerek esnek istihdamın hayata geçirilmesi de bu amaca hizmet eden uygulamalar niteliğinde bulunmaktadır¹⁵⁰.

2. Kamu Yönetimi Alanında Değişim

Devletin, ilk olarak ortaya çıkmasından bu yana başlıca; güvenlik, adalet ve maliye alanına ilişkin bir takım klasik işlevleri söz konusu olmuştur. Devlet, bu klasik işlevlerine ek olarak tarihsel şartlara göre değişebilen nitelikte başka bir takım işlevler de yüklenmiştir. Bu çerçevede modern devlet de; tarihsel gelişimi içerisinde, çeşitli kamu hizmetlerinin sağlanması hususunda önemli görevler yüklenmiştir.

¹⁴⁸ STARKE, s. 107; SINN, s. 280; OLSEN, s. 190; KELLER Jan, *The Social State at a Turning Point*, in Brian Littlechild, **De-and Reconstruction in European Social Work**, Ed. Peter Earth and Jan Keller, BK- Verlag Stassfurt 2005, s. 37; GENSCHEL, s. 623-624; SUNAY, *Tartışılan Egemenlik*, s. 144.

¹⁴⁹ OLSEN, s. 189; SINN, s. 280.

¹⁵⁰ SALLAN GÜL, s. 305.

Özellikle 20. yy'ın ikinci yarısından itibaren modern devletin tarihsel süreç içerisinde yaşadığı dönüşümün bir yansıması olarak kurumsallaşan sosyal devlet; sosyal ve ekonomik hakları ve sosyal adaleti gerçekleştirmek amacıyla devlete pek çok ödev yüklemiş, söz konusu ödevler nedeniyle devletin aktif olarak kamu hizmeti sunması gerekmiştir. Bu doğrultuda devletin sosyal amaçlarla sunmuş olduğu kamu hizmetleri, sosyal hakların gerçekleştirilmesine hizmet etmiştir¹⁵¹.

Söz edilen gelişme, 1970'lerin ortalarından itibaren, sosyal devletin mali anlamda krize girmesiyle birlikte, yerini yeni bir yapılanmaya bırakmıştır. Neo liberal düşüncenin ideolojik öncülüğünü yaptığı bu süreçte sosyal devletin sorumlulukları, her geçen gün mali gerekçelerle sınırlandırılmış ve sosyal devlet yerini; 1990'larda, 18. yy.'da geçerli olan minimum devlet anlayışına; 2000'lerde ise, düzenleyici devlet anlayışına bırakmıştır¹⁵².

Sosyal devletin yaşadığı söz konusu dönüşüm sürecinde kamu yönetimi, daha az masraflı hale getirilmeye çalışılmış, bu amaçla kamu hizmetlerinin seviyesi azaltılarak kamu sektörüne verimlilik kazandırılmaya çalışılmıştır. “İyi yönetim” kavramının ortaya çıkmasına neden olan söz konusu çaba; yerelleşme, piyasalaşma ve gönüllüleşme yönünde önemli değişiklikler meydana getirerek, yeni bir kamu yönetimi anlayışının doğmasına neden olmuştur¹⁵³.

Clarke, sosyal devletin son 30 yılda kamu yönetimine yansıyan boyutuyla yaşadığı değişimi bir tablo ile özetlemektedir. Söz konusu tabloya göre; sosyal devletin dönüşümüyle birlikte, kamu yönetimi

¹⁵¹ ŞAYLAN, s. 293–294; ÖRÜCÜ, s. 35.

¹⁵² ŞAYLAN, s. 16, 293-294; OLSEN, Greeg M., *The Politics of the Welfare State Canada, Sweden, and the United States*, Oxford University Press, Canada 2002, s. 167; PIERSON, *Beyond The Welfare State?*, s. 150.

¹⁵³ CLARKE, s. 17; PRIOR P. M., SKYES R., *Globalization and European Welfare States: Evaluating the Theories and Evidence*, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001, s. 202; PIERSON, PIERSON, *Beyond The Welfare State?*, s. 165; BARROW, s. 142-144.

anlayışında da bir takım değişimler meydana gelmiştir¹⁵⁴. Bu değişim sürecini ifade etmek üzere; “bürokrasiden piyasalara”¹⁵⁵, “kamu yönetiminden, yeni kamu yönetimine”¹⁵⁶, “hiyerarşiden, ağlara”¹⁵⁷, “sosyal devletten, fırsat devletine”¹⁵⁸ biçiminde farklı kavramlar kullanılmıştır.

Belirtilen değişim sürecinde en çok öne çıkan kavram ise, iyi yönetim (good governance) kavramı olmuş ve kamu yönetiminde meydana gelen değişim bu kavram etrafında şekillenmiştir. Yönetimi, “devlet dışındaki aktörleri de kapsayacak şekilde birlikte yönetme çerçevesinde değiştirme” anlamına gelen iyi yönetim, yöneten ve yönetilen karşılığıyla oluşan devlet-toplum ayrılığı yerine; hükümet dışı aktörlerin katılımına da imkan veren, adem-i merkezîleşme ve düzenleyici devlet kavramları etrafında biçimlenen yeni bir modele karşılık gelmektedir. Nitekim bu kavram, 1970'lerin ortalarından itibaren sosyal devletin krizi, 1989'da sosyalist blokun çöküşü, neoliberalizmin yükselişiyle ön plana çıkan devletin küçültülmesi, özelleştirme, deregülasyon, serbest piyasa ve rekabet düzeninin sağlanması gibi kavramlarla belirginlik kazanmış ve kullanımı hızla yaygınlaşmıştır. İyi yönetim kavramının geliştirilmesinde; DB (Dünya Bankası) ve IMF (Uluslararası Para Fonu) 'in devletin yeniden yapılandırılmasına yönelik raporları, BM (Birleşmiş Milletler) Küresel yönetim Komisyonu

¹⁵⁴ CLARKE, s. 13.

¹⁵⁵ BARTLET W., ROBERTS J., and LE GRAND J., The Development of Quasi-Markets in the 1990's, **A Revolution in Social Policy: Quasi-Market Reforms in the 1990's**, Ed. Will Bartlet, Jenifer Roberts, and Julian Le Grand, Policy Press, Bristol 1998, s. 1-17

¹⁵⁶ BUTCHER, Tony, **Delivering Welfare Services**, Open Universty Press, Buckingham 2002, s. 1-19, 178-193

¹⁵⁷ RHODES, R. A. W., **Understanding Governance: Policy Network, Governance, Reflexivity and Accountability**, Open University Press, Buckingham 1997, s. 3-46.

¹⁵⁸ GILBERT, Neil, **Transformation of the Welfare State. The Silent Surrender of Public Responsibility**, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 9-61

Raporu (1995), Milenyum Deklarasyonu (2000) ve OECD'nin Düzenleyici Reform Raporu (1997) belirleyici bir rol üstlenmişlerdir¹⁵⁹.

Bunlardan iyi yönetim kavramını en yaygın biçimde kullanan Dünya Bankası'nın tanımlamalarına göre: *"iyi yönetim (good governance); açık ve öngörülebilir bir karar alma sürecinin, profesyonel bir bürokratik yönetimin, eylem ve işlemlerinden sorumlu bir hükümetin ve kamusal sürece aktif bir şekilde katılımında bulunan sivil toplum ve hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir düzeni ifade etmektedir."*¹⁶⁰.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı'nın tanımına göre ise; *"İyi yönetim; bir ülkedeki ekonomik, siyasal ve idari otoritenin her düzeydeki işlemleri yürütmesi anlamına gelmektedir. İyi yönetim, vatandaşların ve toplumsal grupların kendi çıkarlarını korumak ve yasal haklarını kullanmak için gerekli mekanizmalara ve kurumlara sahip olmalarını gerektirmektedir."*¹⁶¹.

Özü itibariyle iyi yönetim kavramının; sınırlı devlet yapısı, sivil toplum ve piyasa ekonomisi gibi kavramları ön plana çıkarması nedeniyle neoliberal yaklaşımla paralellik arz ettiği ifade edilmektedir. Ayrıca yine neoliberal düşünceye paralel olarak yönetim ile piyasanın özgürleştirici niteliği savunulmakta ve devletin bir 'şirket' tarzında örgütlenmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bu çerçevede şirketler için öngörülen *'toplam kalite yönetimi'*, *'müşteri odaklı yönetim'* gibi kavramlar, kamu yönetimine uygulanmakta ve kamu yönetimi de *'rekabet'* ilkesi gereğince yeniden yapılandırılmaktadır¹⁶².

Küreselleşmenin getirdiği rekabet baskısı nedeniyle, yeniden yapılandırılan kamu yönetimi anlayışında meydana gelen değişimler de, sosyal devletin gereği olarak sunulan kamu hizmetlerini önemli ölçüde etkilemiş bulunmaktadır. Bu çerçevede özel ve gönüllü sektörlerin, refah hizmetlerindeki genişleyen payı dikat çekmektedir. Nitekim bundan

¹⁵⁹ SUNAY, **Tartışılan Egemenlik**, s. 196; BAYRAMOĞLU, Sonay, **Yönetişim Zihniyeti - Türkiye'de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü**, İletişim Yayınları, İstanbul 2005, s. 27-35; AKTAN, **Değişim Çağında Devlet**, s. 174-175.

¹⁶⁰ AKTAN, **Değişim Çağında Devlet**, s. 175.

¹⁶¹ AKTAN, **Değişim Çağında Devlet**, s. 175.

¹⁶² SUNAY, **Tartışılan Egemenlik**, s. 260.

böyle refah hizmetlerinin; devlet yerine, piyasa ve gönüllü sektörler tarafından gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir¹⁶³.

Kamu hizmetlerinin piyasalaşması olarak değerlendirilen bu gelişimde; eğitim ve sağlık gibi pek çok sosyal kamu hizmetinin, özel kamu hizmetleri tarafından gerçekleştirilmesi yönünde artan bir baskı bulunmaktadır. Böylelikle sosyal hizmetler, piyasalaştırılmakta ve özel sektör, söz konusu piyasalaşma sürecinden kar elde edebilmektedir. Ayrıca böyle bir gelişim sürecinde gönüllü sektörlerin teşviki de önem arz etmektedir. Nitekim devletin üstlendiği bazı sorumlulukların, gönüllü kuruluşlardan oluşan üçüncü sektöre devredilerek, devletin sermayeye yansiyabilecek yüklerden kurtulması, sermaye sahiplerinin çıkarlarını karşılamaktadır. Dolayısıyla sermaye, kendisini yüklerden kurtarması nedeniyle üçüncü sektörü desteklemektedir. Sonuç olarak kamu hizmetlerinin, piyasaya ve gönüllü sektörlerle devredildiği bu süreç; klasik sosyal devletin istatikselsel olarak azalırken, piyasanın, gönüllülüğün ve sivil toplumun yükselmesine ve özel ve kamu sektörleri arasındaki klasik sosyal devleti karakterize eden sınırların belirsizleşmesine neden olmaktadır¹⁶⁴.

B.HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN

Batı refah devletlerinin 1970'lerin ortalarından itibaren mali anlamda krize girmesiyle birlikte; neoliberal düşüncelerin de etkisiyle, refah yaklaşımında bir erozyon yaşanmıştır. Bu ortamda sosyal devletler; küresel rekabetin taleplerini daha iyi karşılayabilmek amacıyla, vatandaşların sosyal ve ekonomik haklarını daha zayıf biçimde karşılama yoluna gitmişlerdir. Buradaki temel amaç; sosyal masrafların artmasına neden olarak görülen sosyal hakları kısıtlamak suretiyle; ülkelerin daha rekabetçi hale gelmesini sağlamak olmuştur. Nitekim küreselleşmenin

¹⁶³ CLARKE, s. 17; LOWE, s. 16; BARROW, s. 142-144; FITZPATRICK, s. 159. Bu durum, kamu hizmetinin geleneksel tanımında var olan, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla devletin yürüttüğü faaliyetlere, özel sektörün de eklenmesine ve hizmetin kim tarafından yapıldığının önemsiz hale gelmesine neden olmuştur. RUHİ, s. 224-225.

¹⁶⁴ POWELL M., HEWITT M., s. 138; OLSEN, s. 167; ABOU-NASSIF, s. 20. PIERSON, Beyond The Welfare State?, s. 150; PRIOR P. M., SKYES R., s. 202.

yol açtığı uluslararası rekabet; sosyal devletin getirdiği maliyetli sosyal ve ekonomik haklar üzerinde aşındırıcı bir etkide bulunmuş¹⁶⁵, hatta bu süreç bazı yazarlar tarafından sosyal ve ekonomik hakların tasfiyesi olarak değerlendirilmiştir¹⁶⁶.

Her ne kadar küresel rekabet sürecinde, sosyal ve ekonomik haklarda yaşanan değişimi; bu hakların tamamen tasfiyesi olarak değerlendirmek abartılı bir yaklaşım olarak görünse de, söz konusu süreçte sosyal ve ekonomik hakların önemli ölçüde değişime uğradığı da bir gerçektir. Nitekim bu iddayı destekleyecek bir takım gelişmeler de söz konusudur. Bunlardan ilki; kriz öncesi ve sonrasında sosyal ve ekonomik hakların farklı seviyede ele alınması; ikincisi, sosyal ve ekonomik haklara karşılık; kişisel ve siyasal hakların ön plana çıkarılması ve sonucunda sosyal refah imkânlarının hak temelinden çıkarılarak, bireysel sorumluluk ve toplumsal dayanışma temelinde ele alınmasıdır.

Belirtilen gelişmelerden; kriz öncesi ve sonrasında sosyal ve ekonomik hakların farklı seviyelerde ele alınması yönündeki gelişme

¹⁶⁵ WONG, Linda, 'Market Reforms, Globalization and Social Justice in China', **Journal of Contemporary China**, Year 13, Vol 38, February 2004, s. 151; CLARKE, s. 74; BECK, s.1; KANGAS, O., PALME J., Social Rights, Structural needs and social expenditure: A Comparative Study of 18 OECD Countries 1960-2000, **Investigating Welfare State Change: The 'dependent Variable Problem' in Comparative Analysis**, Ed. Jochen Clasen, Nico A. Siegel, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2007, s. 106-107; ABOU-NASSIF, s. 1, 51; GIAIMO, s. 366; KORPI, s. 590-591; KUHNER, Stefan, Country-Level Comparisons of Welfare State Change Measures: Another Facet of the Dependent Variable Problem within the Comparative Analysis of the Welfare State?, **Journal of European Social Policy**, Vol. 17, Issue 1, 2007, s. 7; ŞAYLAN, s. 293-295; UYGUN, Oktay, Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, **Anayasa Yargısı**, C. 20, 2003, s. 267; DOĞAN, Parçalayan Küreselleşme, s. 179.

¹⁶⁶ BRAND U., WISSEN M., Neoliberal Globalization and the Internationalization of Protest: A European Perspective, **Antipode**, Translated into English by Sabah Alnasseri and Irene Wilson, Vol. 37, Issue 1, Blackwell Publishing, 2005, s. 10.

çerçevesinde 70'li yılların ortalarından itibaren; ABD ve başta İngiltere olmak üzere hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde, sosyal harcamaların azaltılma çabası gözlenmektedir. Bu süreçte özellikle, maliyet getiren sosyal hakların azaltılmasına dönük bir yönelim söz konusudur¹⁶⁷. Fakat ilgili ülkeler, bu hususta radikal değişikliklere gitmemekte;¹⁶⁸ dolayısıyla da Anayasal temelde herhangi bir düzenleme yapmamaktadırlar. Sözü edilen süreçte devletler, daha çok bütçeye maliyet getiren, sosyal sigorta ve sosyal yardımları kapsayan sosyal güvenlik hakkı, sermayenin rekabet edebilirliğini etkileyen çalışma hakkı, çalışma koşulları ile ilgili haklar, sendikal haklar, toplu sözleşme

¹⁶⁷ KAZGAN, Küreselleşme ve Ulus Devlet, s. 233; MICHALOWSKI, Sabine, Sovereign Debt and Social Rights-Legal Reflections On a Difficult Relationship, **Human Rights Law Review**, Volume 8, No: 1, 2008, s. 53; PIERSON, Contemporary Challenges to Welfare State Development, s. 791; TAYLOR-GOOBY, Peter, Politic Change at a Time of Retrenchment France, Germany, Italy and the UK, **Social Policy & Administration**, Vol. 33, No. 1, March 1999, s. 1-3; SCARBROUGH, s. 250-2551; ABOUNASSIF, s. 17; PRIOR P. M., SKYES R., s. 201; GUILLEN A. M., ALVAREZ S., Globalization and the Southern Welfare States, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001, s. 109. Sosyal devletin beşiği olarak kabul edilen İskandinav ülkelerinde dahi, Sosyal Devlet ve bu çerçevede sosyal ve ekonomik haklar güç kaybına uğramaktadır. ESPING-ANDERSEN, Gosta, After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy, **Welfare States in Transition: National Adaptations in Global Economies**, Sage Publications, London 1996, s. 25; KUISMA, Mikko, Social Democratic Internationalism and the Welfare State After the 'Golden Age', **Cooperation and Conflict: Journal of the Nordic International Studies Association**, Vol.42, Issue 1, 2007, s. 9-10. Hatta bu hususta devletler öyle baskı altındadırlar ki; 1990'ların Fransa'sında iktidar olan sosyalist parti dahi, yeni liberal düzen çerçevesinde pek çok esası benimsemiştir. GRITSCH, Maria, The Nation-State and Economic Globalization: Soft Geo-Politics and Increased State Autonomy?', **Review of International Political Economy**, Vol. 12, Issue 1, 2005, s. 18-19.

¹⁶⁸ KORAY, s. 119.

ve grev hakkını sınırlamaya dönük önemli reformları yürürlüğe koymaktadırlar¹⁶⁹.

Nitekim bu doğrultuda sosyal devletin; sosyal ve ekonomik haklar çerçevesinde, özellikle de sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde sunduğu sosyal koruma programlarının seviyelerinde meydana gelen değişimler, sosyal ve ekonomik haklarda yaşanan gerilemeye dair önemli göstergeler olmaktadır. Bu ortamda gerçekleştirilen reform ve değişimlerle sosyal hakların farklı seviyede ele alınmaları, bize sosyal devlette yaşanan değişimle ilgili önemli veriler sunmakta ve sosyal devletin sınırlarını belirlemektedir¹⁷⁰.

Sosyal ve ekonomik haklarda değişime yol açan ikinci gelişme kişisel ve siyasal hakların ön plana çıkarılması olup, esas itibariyle liberalizmin yeniden yükselişe geçtiği dönemle birlikte; insan hakları içerisinde sosyal ve ekonomik hakların geri plana atılması söz konusu olmuş, hatta pek çok yazar tarafından, toplum içinde korunmaya muhtaç kesimlerin insanca bir yaşam sürmesini amaçlayan sosyal hakların "insan hakkı" olarak değerlendirilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür. Nitekim bu doğrultuda, ısrarlı bir biçimde ve yoğun olarak sosyal ve ekonomik haklar yerine, ekonomik verimlilik ve büyümeyle uyumlu olan kişisel ve siyasal haklar üzerinde durulmuştur¹⁷¹.

Kişisel ve siyasal haklar içerisinde de; özel mülkiyet hakkı, özel girişim özgürlüğü ve fikri mülkiyet hakları gibi piyasa özgürlükleri

¹⁶⁹ ABOU-NASSIF, s. 15; UYGUN, s. 266-267.

¹⁷⁰ CLASEN, J., CLEGG D., Levels and Levers of Conditionality: Measuring Change within Welfare States, **Investigating Welfare State Change: The 'dependent Variable Problem' in Comparative Analysis**, Ed. Jochen Clasen, Nico A. Siegel, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2007, s. 166-167; TAYLOR-GOOBY, The Silver Age of the Welfare State, s. 597; KUHNER, s. 6.

¹⁷¹ PIETERSE, Marius, Beyond The Welfare State: Globalisation of Neoliberal Culture and The Constitutional Protection of Social and Economic Rights in South Africa, **Stellenbosch Law Review**, www.heinonline.com, Vol. 14, Issue 3, 2003, s. 7; ÖZDEK, Yasemin, Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kısılcacında İnsan Hakları, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, Ed. Yasemin Özdek, TODAİE Yayınları, Ankara 2002, s. 33-34; UYGUN, s. 267; MIDGLEY, s. 144.

olarak adlandırılan piyasa yönelimli (market-oriented) haklara ayrı bir önem verilmiş ve söz konusu haklar uluslararası korumaya alınmıştır. Bu hakların sosyal ve ekonomik haklarla çatışması durumunda ise, piyasa yönelimli haklara öncelik tanıyan bir yaklaşım sergilenmiştir¹⁷².

Öncelik tanıma şeklindeki bir yaklaşımın hukuk devleti açısından da geçerli olduğu gözlenmektedir. Yaşanan değişim sürecinde hukuk devleti ile daha ziyade; sermayenin uluslararası akışını kolaylaştıracak, yatırımları güvenceye alacak, imtiyazları koruyacak bir hukuk sisteminin oluşturulması kastedilmektedir. Dünya Bankası raporlarında da bu durum; “sözleşmelerin uygulanması, mülkiyet haklarının korunması, yabancı ve yerli yatırımcıların teminatlarına güven duymasının sağlanması” olarak somutlaştırılmaktadır¹⁷³.

Sosyal ve ekonomik haklardaki gelişme bağlamında, sosyal refah imkânlarının hak temelinden çıkarılarak, bireysel sorumluluk ve toplumsal dayanışma temelinde ele alınması yönündeki gelişme çerçevesinde ise, öncelikle sosyal devletin gereği olarak yürürlüğe konulan sosyal ve ekonomik haklara önemli itirazlar yöneltilmesi söz konusu olmaktadır. Esas itibarıyla haklar; özgür olma ve başkalarının özgürlüğüne müdahale etmeme yükümlülüğü karşısında, başkalarına karşı sahip olunan haklardır. Bir kimseye karşı hakka sahip olmak, o kimseye karşı zorla uygulanabilir bir talepte bulunmaya yetkili olmayı ve karşı tarafın da söz konusu talebe saygılı olma ödevi altına girmesini ifade eder. Aynı şekilde devlete karşı bir hakka sahip olmanın anlamı da, devletin müdahalesine maruz kalınmama hususunda güçlü bir iddiaya sahip olunması anlamına gelmektedir. Sosyal ve ekonomik haklar bakımından bu durum; refah teorisyenlerinin, refah taleplerini uygulamaya geçirebilmek için cebre başvurulabilmesini sağlamak amacıyla hak kavramının cebriliğinden yararlanmak istemeleri şeklinde

¹⁷² UYGUN, s. 266-267; KORAY M., ALEV H., Yoksulluk ve Yoksunluk Konusunda Bütünlükçü Bir İnsan Hakları Yaklaşımının Gerekliliği, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, Ed. Yasemin Özdek, TODAİE Yayınları, Ankara 2002, s. 464; ÖZDEK, s. 33-34;

¹⁷³ ÖZDEK, s. 33-34.

değerlendirilmekte ve sonuç itibarıyla sosyal ve ekonomik hakların, belirtilen teorik temellere uygun düşmediği iddia edilmektedir¹⁷⁴.

Sosyal ve ekonomik hakların, gerçekte hak niteliği bulunmadığı hususunda ileri sürülen bu iddialara paralel biçimde, yaygın olarak sosyal ve ekonomik haklar aracılığıyla sunulan refah yardımlarının yerini, ihtiyaç temelli bağlantısız refah yardımlarının aldığı görülmektedir. Böylelikle sosyal devletin etkin olduğu dönemde; devletten, “hak” niteliğinde istenebilen hususların, neo-liberal politikalar çerçevesinde, bireylerin merhametine bırakılan “yardım”lara dönüşmesi söz konusu olmaktadır¹⁷⁵. Haklardan yardımlara doğru yaşanan bu dönüşüm ise, devletin sorumluluklarından toplumun ve bireyin sorumluluklarına kayma olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁶.

Böyle bir gelişim sürecinde topluma yüklenen dayanışma sorumluluğu çerçevesinde toplumsal dayanışmanın arttırılmaya çalışılmasının¹⁷⁷ yanında; bireylerin de sorumluluk üstlenmeler, yeniden yapılanmanın bir gereği olarak teşvik edilmektedir. Bu bağlamda vatandaşların kendi sorumluluklarını almaları ve belirtilen hususta azami çaba göstermeleri arzulanmaktadır¹⁷⁸. Nitekim ABD’de Reagan döneminde temel sorunun yoksulluk değil, bağımlılık olduğu ve sosyal devletin çalışmadan ziyade bağımlılığı ön plana çıkardığı ifade edilmiş ve

¹⁷⁴ BARRY, Norman P. **Modern Siyaset Teorisi**, Çev. Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara 2004, s. 272-273, 285; TAYLOR-GOUBY P., CHARLOTTE H., CATHERINE B., s. 2.

¹⁷⁵ MIDGLEY, s. 151; PIERSON, Beyond The Welfare State?, s. 150; ÇULHA-ZABCI, Filiz, Sosyal Riski Azaltma Projesi: Yoksulluğu Azaltmak mı, Zengini Yoksuldan Korumak mı?, **AÜSBFD**, c.58, sy.1, Ocak-Mart 2003, s. 237.

¹⁷⁶ RYAN, s. 143.

¹⁷⁷ TAYLOR-GOUBY, Peter, Book Review, **International Journal of Social Welfare**, Vol. 12, 2003, s. 165; GILBERT, s. 4.

¹⁷⁸ TAYLOR-GOUBY P., DEAN H., MUIIRO M., Parker G., Risk and the Welfare State, **British Journal of Sociology**, Vol. 50, No. 2, June 1999, s. 177; TAYLOR-GOUBY P., CHARLOTTE H., CATHERINE B., s. 2; PAVOLINI E., RANCI C., Restructuring the welfare state: reforms in long-term care in Western European countries, **Journal of European Social Policy**, Vol. 18, Issue 3, 2008, s. 256-257; KORPI, s. 598.

bu durum eleştirilmiştir. Bunun sonucu olarak gerçekleştirilen reformlarda da; sosyal programların ve ödeneklerin azaltılması ve yararlanma koşullarının ağırlaştırılması yoluna gidilmek suretiyle, ‘kullanıcıların sorumluluk yüklenmeleri esasına’ geçilmiştir¹⁷⁹.

V. SONUÇ

Sosyal devletin yaygın olarak uygulandığı dönemde ortaya çıkan mali yükler; belli bir süre burjuvazinin ödediği vergilerle finanse edilmiş, fakat 70’li yılların ortalarında yaşanan mali krizler, sermayenin kar haddini düşürmüş ve bu durum sermayenin ödediği yüksek vergilerle finanse edilen sosyal devletin yeniden yapılandırılmasına dair taleplerin dile getirilmesine neden olmuştur. Bu doğrultuda oluşan talepler genel olarak; Keynesyen düşünce doğrultusunda işleyen ekonomik düzenden, neoliberal düşünce doğrultusunda işleyen yeni bir küresel ekonomik düzene geçilmesini sağlamıştır.

Neoliberal düşünce çerçevesinde gelişen yeni ekonomik düzenin, uluslararası alanda açık ekonomi ve rekabet temelinde gelişmesine bağlı olarak ise, sermayenin talepleri son derece önemli hale gelmiştir. Sermayenin talepleri doğrultusunda da devletin; piyasa dostu bir tavır sergileyerek küresel rekabeti kolaylaştırıcı politikalar benimsemesi, piyasanın işleyişine mümkün olduğunca müdahale etmemesi ve etkin bir şekilde işleyen yargı mekanizmasıyla sermayenin çıkarlarını koruması temel hedefler haline gelmiştir.

Küresel ölçekte ciddi bir ekonomik rekabetin yaşanmasına neden olan bu süreçte sermayenin en önemli talebi devletlerin, maliyetleri azaltmaları olarak belirmiştir. Devletlerden daha rekabetçi olunabilmesi maksadıyla beklenen maliyetlerin düşürülmesinde ise en önemli yeri, sosyal devletin getirdiği sosyal maliyetler almaktadır.

Küreselleşme sürecinde devletlerin azaltmaya çalıştığı sosyal maliyetler, sosyal devletin yapısında ve temel hak ve hürriyet anlayışında önemli etkiler meydana getirmektedir. Bu süreçte devlet yapısı, etkililik ve verimlilik sağlanması yönünde bir değişim yaşarken; temel hak ve hürriyetler de, sosyal ve ekonomik haklar boyutuyla önemli değişimlere maruz kalmaktadırlar. Söz konusu değişimlerin yönü genel olarak

¹⁷⁹ SALLAN GÜL, s. 244-245; PIERSON, Contemporary Challenges to Welfare State Development, s. 792.

devletin, sosyal devlet olma karakterini zayıflatıcı niteliktedir. Ancak sosyal devletin karakterini zayıflatan küreselleşme süreci; bazı abartılı yorumların aksine, sosyal devleti tamamen tasfiye edecek güçte de görünmemektedir.

Gerçekte sosyal devlet dönemine geçilene kadar yaşanan acı tecrübeler dikkate alındığında, böyle bir döneme geri dönülmesi mümkün gözükmemekle birlikte, sosyal devletin II. Dünya Savaşı sonrasında uygulandığı gibi cömert olabilmesi de bir hayli zordur. Dolayısıyla yaşanan süreci “önceki dönemde alışılan cömert sosyal devletin, geri çekilmesi” olarak nitelendirmek mümkündür. Ancak söz konusu geri çekilmenin, anayasal düzeye yansiyacak boyutta olmadığını da ifade etmek gerekmektedir. Bu süreçte, sosyal devlet içerisinde sosyal ve ekonomik haklar varlığını korumakta, ancak yasal ölçekte yapılan bir takım düzenlemelerle; cömert sosyal devlet uygulamaları tedrici olarak erozyona uğramaktadırlar.

KAYNAKÇA

ABOU-NASSIF, Fida, **Canadian Woman in the Welfare State Age of the Globalization**, Not Published Dissertation, www.proquest.umi.com UMI number: 0-612-72749-1, Ottawa Canada 2002.

ADELANTADO J., CALDERÓN E., Globalization and the Welfare State: the Same Strategies for Similar Problems?, **Journal of European Social Policy**, Vol. 16, Issue 4, 2006.

AKKAYA, Rukiye, Çözülen sosyal devlet ve Küreselleşme Olgusu, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya 2004.

ARTS W., GELISSEN J., Welfare States, Solidarity and Justice Principles: Does the Type Really Matter? **Acta Sociologica**, Vol. 44, 2001.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2005.

BARROW, Clyde W., The Return of the State: Globalization, State Theory and the New Imperialism, **New Political Science**, Vol. 27, No. 2, June 2005.

BARRY, Norman P., **Yeni Sağ**, Çev. Cevdet Akyan, Tisamat Yayınları, Ankara 1989.

BARRY, Norman P., **Modern Siyaset Teorisi**, Çev. Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara 2004.

BARTLET W., ROBERTS J., and LE GRAND J., The Development of Quasi-Markets in the 1990's, **A Revolution in Social Policy: Quasi-Market Reforms in the 1990's**, Ed. Will Bartlet, Jenifer Roberts, and Julian Le Grand, Policy Press, Bristol 1998.

BAYRAMOĞLU, Sonay, Küreselleşmenin Yeni Siyasi İktidar Modeli: Yönetişim, **Praksis**, sy. 7, Yaz 2002.

BAYRAMOĞLU, Sonay, **Yönetişim Zihniyeti - Türkiye'de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü**, İletişim Yayınları, İstanbul 2005.

BECK, Ulrich, **What is Globalization?**, Politiy Press, Chambridge 2000.

BENVENISTI E., NOLTE G., BARAK-EREZ D., **The Welfare State, Globalization, and International Law**, Springer Published 2004.

BONOLI, Giuliano, Classifying Welfare States: A Two-Dimension Approach, **Journal of Social Policy**. Cambridge: Jul 1997. Vol. 26.

BRADY, David, The Welfare State and Relative Poverty in Rich Western Democracies, 1967-1997, **Social Forces**, Vol. 83, no. 4, June 2005.

BRAND U., WISSEN M., Neoliberal Globalization and the Internationalization of Protest: A European Perspective, **Antipode**, Translated into English by Sabah Alnasser and Irene Wilson, Vol. 37, Issue 1, Blackwell Publishing, 2005.

BRIGGS, Asa, The Welfare State in Historical Perspective, **European Journal of Sociology**, Vol. 2, 1961.

BULUT, Nihat, Küreselleşme sosyal devletin Sonu mu?, **AÜHFĐ**, c. 52, sy. 2, Ankara 2003.

BUTCHER, Tony, **Delivering Welfare Services**, Open Universty Press, Buckingham 2002.

CERNY, Philip G., "Paradoxes of the Competition State: The Dynamics of Political Globalization", **Government and Opposition**, Vol. 32, Issue 2, 1997.

CLARKE, John, Changing Welfare Changing States (New Directions in Social Policy), Sage Publications, London 2007.

CLASEN, J., CLEGG D., Levels and Levers of Conditionality: Measuring Change within Welfare States, **Investigating Welfare State**

Change: The 'dependent Variable Problem' in Comparative Analysis, Ed. Jochen Clasen, Nico A. Siegel, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2007.

CREW, David F., **Germans on Welfare: from Weimar to Hitler**, Oxford University Press US, New York 1998.

ÇULHA-ZABCI, Filiz, Sosyal Riski Azaltma Projesi: Yoksulluğu Azaltmak mı, Zengini Yoksuldan Korumak mı?, **AÜSBFD**, c.58, sy.1, Ocak-Mart 2003.

DALY, Mary, Globalization and Bismarckian Welfare State, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001.

DOĞAN, İlyas, **Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum**, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

DOĞAN, İlyas, **Parçalayan Küreselleşme**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, **Three Worlds of Welfare Capitalism**, Polity Press, Chambridge, 1990.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, (ed.), **Welfare State in Transition: National Adaptations in Global Economies**, Sage Publication, London 1996.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy, **Welfare States in Transition: National Adaptations in Global Economies**, Sage Publications, London 1996.

FERERRA M., HEMERIJCK A. and RHODES M., Recasting European Welfare States for the Twenty first Century, **Welfare State Futures**, Ed. Stephan Leibfried, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

FERRERA M., RHODES M., Recasting European Welfare States: An Introduction, **Recasting European Welfare States**, Ed. Maurizio Ferrera and Martin Rhodes, Routledge Publishing, London 2000.

FITZPATRICK, Tony, **New Theories of Welfare State**, Palgrave Macmillan, Hampshire 2005.

FLIGSTEIN, Neil, Is Globalization the Cause of the Crises of Welfare States?, **The Annual Meetings of the American Sociological Association Held in Toronto, Canada in August 1997**, <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/298/1/sps98-5.pdf>, 20.04.2009,

FRASER, Derek, **The Evolution of The British Welfare State**, Palgrave Macmillan, New York, 2003.

FURNIS N., TILTON T., **The Case for The Welfare State**, Indiana University Press, Bloomington 1977.

GENSCHEL, Philipp, Globalization and the Welfare State: a Retrospective, **Journal of European Public Policy**, Vol. 11, Issue 4, August 2004.

GIAIMO, Susan, Who Pays for Health Care Reform, **The New Politics of the Welfare State**, Ed. Paul Pierson, Oxford University Press, Oxford 2001.

GIDDENS, Anthony, **Elimizden Kaçıp Giden Dünya**, Çev. Osman Akınhay, Alfa Yayınları, İstanbul 2000.

GILBERT, Neil, **Transformation of the Welfare State. The Silent Surrender of Public Responsibility**, Oxford University Press, Oxford 2004.

GIZELIS, Theodora-Ismene, Globalization, Integration, and the European Welfare State, **International Interactions**, vol 31, Issue 2, Year 2005.

GÖREN, Zafer, sosyal devlet, **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.

GREVE, Bent, Introduction: The Social, Political and Economic Future of the European Welfare States, **The Future of the Welfare State European and Global Perspectives**, Ed. Bent Greve, Ashgate Publishing, England 2008.

GRITSCH, Maria, The Nation-State and Economic Globalization: Soft Geo-Politics and Increased State Autonomy?', **Review of International Political Economy**, Vol. 12, Issue 1, 2005.

GUILLEN A. M., ALVAREZ S., Globalization and the Southern Welfare States, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001.

HAY, Colin, Globalization, Economic Change and Welfare States: The 'Vexatious Inquisition of Taxation?', **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001.

HAY, Colin, **Re-stating Social and Political Change**, Open University Press, Buckingham 1996.

HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON J., **Global Transformations: Politics, Economics and Culture**, Polity Press, Cambridge 1999.

HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON P., Küresel Dönüşümler, Siyaset, Ekonomi ve Kültür, Çev. İsmail Aktar, **Küreselleşme Okumaları**, Ed. Kudret Bülbül, Kadim Yayınları, Ankara 2006.

HIRST P., THOMPSON G., Globalization-Frequently Asked Questions And Some Surprising Answers, **Globalization and Labour Relations**, Ed. Peter Leisink, Edvard Elgar Published, UK 1999.

HOLMAN, Bob, **A New Deal for Social Welfare**, Lion Press, Oxford 1993.

JESSOP, Bob, **The Future of the Capitalist State**, Polity Press, Cambridge 2002.

JOHNSON, Norman, **Reconstructing the Welfare State**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead 1991.

JOHNSON, Norman, **Welfare State in Transition**, Wheatsheaf Press, Brighton 1987.

KANGAS, O., PALME J., Social Rights, Structural needs and social expenditure: A Comparative Study of 18 OECD Countries 1960-2000, **Investigating Welfare State Change: The 'dependent Variable Problem' in Comparative Analysis**, Ed. Jochen Clasen, Nico A. Siegel, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2007.

KAPANİ, Münci, Sosyal Bir Devletin Belirgin Özellikleri ve Ekonomik ve Sosyal Alanlardaki Başlıca Ödevleri, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, İstanbul 1982.

KARA, Uğur, **sosyal devletin Yükselişi ve Düşüşü**, Maki Yayınları, Ankara 2004.

KAZGAN, Gülten, **Küreselleşme ve Ulus Devlet: Yeni Ekonomik Düzen**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

KELLER Jan, The Social State at a Turning Point, in Brian Littlechild, **De-and Reconstruction in European Social Work**, Ed. Peter Earth and Jan Keller, BK- Verlag Stassfurt 2005.

KEYMAN, Fuat E., Küreselleşme, Devlet, Kimlik/Farklılık: Uluslararası ilişkiler Kuramını Yeniden Düşünmek, Çev. Simten Çoşar, Alfa Yayınevi, İstanbul 2000.

KORAY, Meryem, **Sosyal Politika**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.

KORAY M., ALEV H., Yoksulluk ve Yoksunluk Konusunda Bütünlüklü Bir İnsan Hakları Yaklaşımının Gerekliliği, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, Ed. Yasemin Özdek, TODAİE Yayınları, Ankara 2002.

KORPI, Walter, Welfare-State Regress in Western Europe: Politics, Institutions, Globalization, and Europeanization, **Annual Reviews Sociology**, Vol. 29, June 2003.

KOZANOĞLU, Hayri, Küreselleşme ve Uluslarüstü Sermaye Sınıfı, **Doğu Batı**, c. 5, sy. 18, Şubat-Mart-Nisan 2002.

KÖSE, Ömer, Küreselleşme Sürecinde Devletin Yapısal ve işlevsel Dönüşümü, **Sayıştay Dergisi**, sy. 49, Nisan-Haziran 2003.

KRISLOV, Samuel, Can the Welfare State Survive in a Globalized Legal Order? **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 603, January 2006.

KUHNER, Stefan, Country-Level Comparisons of Welfare State Change Measures: Another Facet of the Dependent Variable Problem within the Comparative Analysis of the Welfare State?, **Journal of European Social Policy**, Vol. 17, Issue 1, 2007.

KUISMA, Mikko, Social Democratic Internationalism and the Welfare State After the 'Golden Age', **Cooperation and Conflict: Journal of the Nordic International Studies Association**, Vol.42, Issue 1, 2007.

LANE, Jan-Erik, **Globalization and Politics: Promises and Dangers**, Ashgate Publishing, Hampshire 2006.

LE GRAND, Julian, The State of Welfare, **The State of Welfare the Welfare State in Britain Since 1974**, ed. N. A. Barr, John Hills, Oxford University Press, Oxford 1990.

LEISERING, Lutz, Nation State and Welfare State: an Intellectual and Political History, **Journal of European Social Policy**, Vol. 13, Issue 2, 2003.

LOWE, Rodney, **The Welfare State in Britain since 1945**, Macmillan Press, London 1999.

LUHMANN, Niklas, **sosyal devletin Siyaset Teorisi**, Çev. Medeni Beyaztaş, Bakış Yayınları, İstanbul 2002.

LUND, Brian, **Understanding State Welfare: Social Justice or Social Exclusion**, Sage Publications, London 2002.

LYNGSTAD, Rolv, The welfare state in the wake of globalization: The case of Norway, **International Social Work**, Vol. 51, Issue1, 2008.

MICHALOWSKI, Sabine, Sovereign Debt and Social Rights-Legal Reflections On a Difficult Relationship, **Human Rights Law Review**, Volume 8, No: 1, 2008.

MIDGLEY, James, **Social Welfare in Global Context**, Sage Publications, California 1997.

MISHRA Ramesh, **Welfare State in Crisis: Social Thought and Social Change**, Harvester Wheatsheaf Press, Brighton 1984.

MISHRA, Ramesh, **Globalization and the Welfare State**, Edward Elgar Publishing, Cambridge 2000.

MISHRA, Ramesh, **Welfare State in Capitalist Society**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead 1990, s. 83 vd.

MUFFELS R., FOUARGE D., The Role Of European Welfare States In Explaining Resources Deprivation, **Social Indicators Research**, Vol. 68, 2004.

NOAH L.-E., KAPLAN A., and LEVANON A., Distributive Justice and Attitudes Toward the Welfare State **Social Justice Research**, Vol. 16, No. 1, March 2003.

OLSEN, Gregg M., The Politics of the Welfare State Canada, Sweden, and the United States, Oxford University Press, Canada 2002.

ÖRÜCÜ, Ersin, **Sosyal sosyal devlette Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut**, İ.Ü.H.F. Yayını, İstanbul 1972.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

ÖZDEK, Yasemin, Globalizmin İdeolojik Hegemonyası: Yanılsamalar, **Amme İdaresi Dergisi**, c. 32, sy. 3, Eylül 1999.

ÖZDEK, Yasemin, Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kıskaçında İnsan Hakları, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, Ed. Yasemin Özdek, TODAİE Yayınları, Ankara 2002.

PAVOLINI E., RANCI C., Restructuring the welfare state: reforms in long-term care in Western European countries, **Journal of European Social Policy**, Vol. 18, Issue 3, 2008, s. 256-257;

PIERSON, Christopher, **Modern Devlet**, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çivi Yazıları Yayınları, İstanbul 2000.

PIERSON, Christopher, **Beyond The Welfare State? The New Political Economy of Welfare**, Polity Press, Cambridge 2001.

PIERSON, Christopher, Contemporary Challenges to Welfare State Development, **Political Studies**, Vol. XLVI, 1998,

PIERSON, Christopher, Continuity and Discontinuity in the Emergence of the “Post-Fordist” Welfare State, **Towards A Post-Fordist Welfare State?**, Edited By. Roger Burrows & Brian Loader, Routledge Publishing, London 1996.

PIERSON, Paul, Coping with Permanent Austerity : Welfare State Restructuring in Affluent Democracies, **The New Politics of the Welfare State**, Ed. Paul Pierson, Oxford University Press, Oxford 2001.

PIERSON, Paul, Introduction Investigating the Welfare State at Century’s End, **The New Politics of the Welfare State**, Ed. Paul Pierson, Oxford University Press, Oxford 2001.

PIERSON, Paul, Three Worlds of Welfare State Research, **Comparative Political Studies** Vol. 33 No. 6/7, August/September 2000.

PIETERSE, Marius, Beyond The Welfare State: Globalisation of Neoliberal Culture and The Constitutional Protection of Social and Economic Rights in South Africa, **Stellenbosch Law Review**, www.heinonline.com, Vol. 14, Issue 3, 2003.

POWELL M., HEWITT M., **Welfare State and Welfare Change**, Open University Press, Buckingham 2002.

PRIOR P. M., SKYES R., Globalization and European Welfare States: Evaluating the Theories and Evidence, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001.

RHODES R. A. W., **Understanding Governance: Policy Network, Governance, Reflexivity and Accountability**, Open University Press, Buckingham 1997.

RHODES, Martin, Globalization, Labour Markets and Welfare States: A Future of ‘Competitive Corporatism’?, **The Future Of European Welfare A New Social Contract?**, Ed. Martin Rhodes and Yves Meny, Macmillan Press, London 1998.

RHODES, Martin, The Political Economy of Social Pacts: ‘Competitive Corporatism’ and European Welfare Reform, **The New Politics of the Welfare State**, Ed. Paul Pierson, Oxford University Press, Oxford 2001.

RIEGER E., LEIBFRIED S., **Limits to Globalization: Welfare States and the World Economy**, Polity Press, Cambridge 2003.

ROBERTSON, Robbie, **The Three Waves of Globalization A History of a Developing Global Conciousness**, Fernwood Publishing and Zed Books, Nova Scotia and London 2003.

ROSANVALLON, Pierre, **sosyal devletin Krizi**, Ed. Cemal Bali Akal, Çev. Burcu Şahinli, Dost Yayınları, Ankara 2004.

ROSS, Fiona, Interests and Choice in the “Not Quite so New” politics of Welfare, **Recasting European Welfare States**, Ed. Maurizio Ferrera and Martin Rhodes, Routledge Publishing, London 2000.

RYAN, Paul, State of the Welfare State, **Review of Income and Wealth**, Series 49, Number 1, March 2003.

SALLAN GÜL, Songül, **sosyal devlet Bitti, Yaşamın Piyasa! Yeni Liberalizm ve Muhafazakârlık Kıskaçında sosyal devlet**, Ebabil Yayınları, Ankara 2006.

SAPIR, André, Globalization and the Reform of European Social Models, **JCMS** Vol. 44, Number 2., 2006

SCARBROUGH, Elinor, West European Welfare States: The Old Politics of Retrenchment, **European Journal of Political Research**, Vol. 38, 2000.

SHAIKH, Anwar, Who Pays for the "Welfare" in the Welfare State? A Multicountry Study, **Social Research**, Vol. 70, No. 2, Summer 2003.

SINN, Hans-Werner, The Threat to the German Welfare State, **AEJ**, Vol. 28, No. 3, September 2000, s. 280; (Ludwig Maximilians Universität and CESifo-Germany. Distinguished Address presented at the Forty-Ninth International Atlantic Economic Conference, Munich, Germany, March 14-21, 2000.

SKYES R., PALIER B., Challenges and Change: Issues and Perspectives in the Analysis of Globalization and European Welfare States Challenges and Change, **Globalization and European Welfare States Challenges and Change**, Ed. Robert Skyes, Bruno Palier and Pauline M. Prior, Palgrave Publishing, Hampshire 2001.

SQUIRES, Peter, **Anti-Social Policy: Welfare, Ideology and the Disciplinary State**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead 1990.

STARKE, Peter, The Politics of Welfare State Retrenchment: A Literature Review, **Social Policy & Administration**, Vol. 40, no. 1, February 2006.

STIGLITZ, Joseph, **Küreselleşme: Büyük Hayal Kırıklığı**, Çev. Arzu Taşçıoğlu ve Deniz Vural F., Plan B Yayıncılık, İstanbul 2002.

SULLIVAN Michael, **The Development of the British Welfare State**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead, 1996.

SULLIVAN, Michael,, **The Politics of Social Policy**, Harvester Wheatsheaf Press, Hemel Hempstead, 1992.

SUNAY, Reyhan, Küreselleşme ve Demokrasi, **SÜHFD**, c. 11, sy. 1-2, y. 2003.

SUNAY, Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

ŞAYLAN, Gencay, **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge Kitabevi, Ankara 2003.

TANİLLİ, Server, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1981.

TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul 1978.

TAYLOR-GOOBY P., DEAN H., MUIIRO M., Parker G., Risk and the Welfare State, **British Journal of Sociology**, Vol. 50, No. 2, June 1999, s. 177;

TAYLOR-GOOBY, Peter, Book Review, **International Journal of Social Welfare**, Vol. 12, 2003.

TAYLOR-GOBBY P., CHARLOTTE H., CATHERINE B., Querulous Citizens: Welfare Knowledge and the Limits to Welfare Reform, **Social Policy & Administration**, Vol. 37, No. 1, February 2003.

TAYLOR-GOBBY, Peter, Politic Change at a Time of Retrenchment France, Germany, Italy and the UK, **Social Policy & Administration**, Vol. 33, No. 1, March 1999.

TAYLOR-GOOBY, Peter, The Silver Age of the Welfare State: Perspectives on Resilience, **Journal of Social Policy**, Vol. 31, Issue 4, October 2002.

TITMUS, R., **Social Policy: An Introduction**, Allen and Unwin Press, London 1974.

TOWNSEND, Peter, Persuasion and Conformity: An Assesment of the Borrie Report on Social Justice, **New Left Review**, Vol. 213, 1995, s. 137-150; DIGBY, Anne, **British Welfare Policy** Workhouse to Workfare, Faber & Faber Press, London 1989.

TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, İ.Ü.H.F Yayını, İstanbul 1980.

UYGUN, Oktay, Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, **Anayasa Yargısı**, C. 20, 2003.

VEIT-WILSON John, States of Welfare: A Conceptual Challenge, **Social Policy and Administration**, Vol. 34, Issue 1, 2000.

VIRPI, Tiomen, **Restructring The Welfare State: Globalisation and Social Policy Reform in Finland**, Edward Elgar Publishing, 2003.

WAGNER, Antonin, Redefining Citizenship for the 21st Century: from the National Welfare State to the UN Global Compact, **International Journal of Social Welfare**, Vol. 13, 2004.

WALLERSTEIN, Immanuel, **States? Sovereignty? The Dilemmas of Capitalists in an Age of Transition** Keynote address at conference on "State and Sovereignty in the World Economy," University of California, Irvine, Feb. 21-23, 1997, <http://www.binghamton.edu/fbc/iwsovtv.htm>. 01.09.2007.

WICKS Malcolm, **A Future for All**, Penguin Books, Harmondsworth 1987.

WILKENSKY H., LEBEAUX C., **Industrial Society and Social Welfare**, Free Press, New York 1965.

WONG, Linda, 'Market Reforms, Globalization and Social Justice in China', **Journal of Contemporary China**, Year 13, Vol 38, February 2004.

YILDIRIM, Ramazan, **Devletin Yapısı ve Nitelikleri (Anaysasa Hukuku Ders Notları)**, Akader Yayınları, Diyarbakır 2003.

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN ULUS-DEVLET EGEMENLİĞİNE ETKİSİ*

Arş. Gör. Dr. Selcen ERDAL**

ÖZET

“Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Tam Yetkili Temsilcilerden Oluşan Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı”, 15 Haziran 1998 tarihinde Roma’da toplanmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Roma Konferansının son günü olarak ilan edilen 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilmiş; 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Mahkemenin kurulmasına ilişkin Andlaşma metninde, devlet egemenliğine kısıtlama getiren hükümler yer almaktadır. Bunlar arasında, m. 12/2’de düzenlenen “ülkesellik kriteri”; Giriş Bölümünün 10. paragrafında düzenlenen “tamamlayıcılık ilkesi” ve m. 13/b ve m. 16’da düzenlenen Güvenlik Konseyinin mahkemenin işleyişi üzerindeki yetkileri bulunmaktadır.

Bu kapsamda yapılan inceleme sonucunda, Uluslararası Ceza Mahkemesinin varlığının, uluslararası hukuk ve devlet egemenliği açısından farklı ve özel bir anlam taşıdığı açıkça görülmektedir. Bu bağlamda, çağdaş uluslararası hukukta oluşmakta olan ortak kanıya göre, neredeyse tüm evrensel yargı uygulamaları, bir şekilde, egemenlik iddialarıyla çatışmaktadır. İnsan haklarıyla ilgili olarak yargı sürecinde devlet egemenliğine uluslararası müdahale süreci, Uluslararası Ceza Mahkemesinin çalışmaya başlamasıyla son halini almıştır.

* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan Doktora Tezinin özeti şeklinde kaleme alınmıştır.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

ANAHTAR KELİMELER: *Uluslararası Ceza Mahkemesi, Egemenlik, Tamamlayıcılık, Ülkesellik Kriteri, Güvenlik Konseyi, Ulus-Devlet.*

EFFECT OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT ON NATION-STATE SOVEREIGNTY

ABSTRACT

The United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of The International Criminal Court was held on 15 June 1998 in Rome. The Statute of the International Criminal Court was acknowledged on 17 July 1998, declared as the final of the Rome Conference, and came into effect on 1 July 2002.

Nonetheless, one should act with discretion about the Court and its course with regards to the nation state sovereignty. As, in the treaty that has established the Court there are provisions that limitate state sovereignty. Some of these limitations are; Article 12/2 “territoriality criteria”, “the principle of complementation” formulated in the tenth paragraph of the Preamble and the competence of Security Council over the running of the Court defined in Article 13/b and Article 16.

According to the analysis through these findings, it is certainly observed that the existance of the International Criminal Court has different and special meanings for international law and nation state sovereignty. In this context, according to the common acceptance in contemporary international law, almost all universal law applications contradict with the claims of sovereignty in some way. The intervention process to nation states’ judicial sovereignty has reached its final form with the establishment of International Criminal Court.

KEYWORDS: *International Criminal Court, Sovereignty, Complementarity, Territoriality Criteria, Security Council, Nation-State.*

GİRİŞ

Daimi nitelikteki ilk uluslararası ceza mahkemesi, 17 Temmuz 1998 tarihinde imzalanan Roma Statüsü ile kurulmuştur. Roma Statüsü, 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren en ciddi suçları

yargılamak amacıyla, çok taraflı bir andlaşma ile kurulan daimi bir kuruluştur. Mahkemenin yargı yetkisi genel niteliklidir ve yer ve zaman bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi değildir.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine sahip olduğu suçlar, “soykırım suçu”, “insanlığa karşı suçlar”, “savaş suçları” ve “saldırı suçu”dur(m. 5).

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 12/1. maddesi çerçevesinde, Statüye taraf olan her devlet, 5. maddede belirtilen suçlar bakımından, mahkemenin yargı yetkisini otomatik olarak kabul etmektedir. Taraf bir devletin ülkesinde veya taraf bir devletin vatandaşı tarafından 5. maddede sayılan suçlar işlenmişse, mahkeme yargı yetkisini kullanabilir. Bu bağlamda, m. 12/2 çerçevesinde mahkemenin yargı yetkisi, “ülkesellik” ve “uyrukluk” kriterlerine dayandırılmaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 5. maddesinde belirlenen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmesi durumunda, taraf bir devlet veya Güvenlik Konseyi tarafından mahkemeye başvurulabilir. Belirtmek gerekir ki, Güvenlik Konseyinin başvurusu hususunda mahkeme, suçun taraf bir devletin ülkesinde veya vatandaşları tarafından işlenmiş olması ön koşuluna bağlı değildir.

Roma Statüsünün Giriş Bölümünün 6. paragrafında, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren bu en ciddi suçlardan sorumlu olanlar üzerinde cezai yargı yetkisini kullanmanın her devletin görevi olduğu vurgulanmakta; 10. paragrafta, kurulan mahkemenin ulusal yargı yetkilerini tamamlayıcı nitelikte olacağı belirtilmektedir. Bu çerçevede, Statüde yer alan bir suçu kovuşturma yetkisine sahip olan bir devlet, bu suçlar hakkında ceza kovuşturması yaptığı sürece veya yargılama sonucunda hüküm verdiği takdirde, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından ceza kovuşturması yapılamayacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesi, yargılama yetkisini ancak ulusal mercilerin suçu ciddi bir biçimde kovuşturma ve yargılamada isteksiz veya yetersiz olması halinde kullanabilecektir.

Egemenlik, devletin, kendi yetkilerini ve kendi temel hukuk kurallarını serbest iradesiyle belirlemesi olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda, belli bir coğrafi alan içerisinde meydana gelen uyuşmazlıkların, kesin (nihai) olarak çözülebilmesi, egemen bir devlet olmanın yargı yetkisi bakımından ortaya çıkan temel göstergelerinden biridir. Kural olarak, egemen bir devlet, sınırları içinde işlenen bir suç

hakkında yargılama yapma yetkisine sahiptir ve bu yetkiye bir başka devlet veya bir uluslararası kuruluş tarafından el konulması mümkün değildir. Ancak, Uluslararası Ceza Mahkemesinde durum bu kadar yalın görünmemektedir.

Devletlerin egemenlikleri hususundaki hassasiyetleri neticesinde, Roma Statüsünde “tamamlayıcılık ilkesi”ne yer verilse de, Uluslararası Ceza Mahkemesinin ulus-devlet egemenliğini ne şekilde etkileyeceği hususu tartışmaya açıktır.

I. DEVLETİN BİR UNSURU OLARAK EGEMENLİK KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

İnsanların birlikte yaşamakta oldukları tüm ortamlarda, kural koyma ve bununla bağlantılı olarak iktidar sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü insanların bir üstün otorite tarafından yönetilmeye ihtiyaç duymaksızın birlikte yaşayabilmeleri mümkün değildir. Belirli kurallar ve kural koyanların bulunmadığı bir toplumda, düzensizlik ve kaos yaşanması kaçınılmazdır. Dolayısıyla, insanlar arasında barış ve güveni sağlamak ve onların özgürlüklerini korumak amacıyla, devlet bir zorunluluktur¹. Bu bağlamda, Eski Yunan’dan günümüze kadarki dönemlerde devletin en temel özelliği, insanların yönetilmesi ile ilgili tüm süreci gerçekleştirmek ve toplumsal düzen ve güvenliği sağlamak olmuştur. Bunun sağlanabilmesi için, devletin bir üstün otorite olarak kurallar koyma, bu kurallara uymayı sağlama, cezalandırma, emir ve direktifler verme gibi, insanların bir arada yaşamaları için gerekli olan yetkileri kullanabilmesi gerekir. İşte bu noktada, uyulması zorunluluğu olan tasarruflarda bulunması imkânını devlete kazandıran bir kavram olarak, “egemenlik” ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında egemenlik, “bir devletteki üstün emretme gücü”dür².

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BELAND Daniel**, “Insecurity, Citizenship and the Globalization: The Multiple Faces of State Protection”, *Sociological Theory*, Vol. 23, No. 1, March 2005, s. 26-28.

² **HAKYEMEZ Yusuf Şevki**, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Ankara 2004, s. 14; **UYGUN Oktay**, “Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1989, s. 389.

Modern bir kavram olarak egemenlik, ancak modern devletin ortaya çıkmaya başladığı dönemle birlikte gündeme gelmiştir. Bunun yanında egemenlik, uzun bir süre günümüzdekinden oldukça farklı bir biçimde kullanılmış ve adeta krala özgülülmüştür. Fakat belli bir süre sonra, burjuvazinin de etkisiyle, krala ait olan bu üstün gücün, ondan alınarak tüm topluma geçmesi sonucu, egemenliğin “demokratik” niteliği de tarihsel gelişim sürecinde yerini almaya başlamıştır. Başka bir deyişle, demokratik egemenlikle birlikte, daha önce yalnızca yönetilen konumunda olan insanlar, üstün emretme gücünün sahibi pozisyonuna da gelmişlerdir. Ancak, yine zaman içinde yaşanan gelişmeler sonucunda, mutlak egemenlikten farklı sınırlı bir egemenlik anlayışı ortaya çıkmıştır.

Tarihsel perspektif içinde incelendiği zaman, egemenlik kavramının siyasal toplum hayatının gelişmesinde önemli bir aşama oluşturduğu söylenebilir. Gerçekten, feodal düzenden merkeziyetçi devlet düzenine geçişte bu kavramın oynamış olduğu rolün önemi inkar edilemez. Egemenlik, çağdaş anlamda “devlet” in ortaya çıkışında teorik temel işlevini görmüş; öte yandan, feodalite döneminde bölünmüş, ufalanmış ve dağılmış olan iktidarı birleştirmek ve bütünleştirmek suretiyle “iktidarın rasyonelleşmesini” sağlamıştır³.

B. TANIM SORUNU

“Egemenlik” deyiminin Fransızca’daki karşılığı olan “souverainete” kelimesi, Latince kökenlidir ve “superanus” (en yüksek) kavramından türemiştir⁴. Egemenlik modern siyaset teorisinin bir kavramı olduğu için, Eski Yunan’da bu kavrama rastlanmaz. Kavram ilk kez 16. yüzyılda, feodal düzenin yıkılışı ve güçlü merkezi krallıkların kurulması sürecinde ortaya çıkmaya başlamıştır.

Anlamına bakıldığında, emretme konusuyla ilgili olduğu görülen egemenlik kavramı, sadece devlet içerisindeki emretme ilişkileri ile ilgilidir. Dolayısıyla egemenlik, siyasallaşmış insan toplumlarında

³ **KAPANİ Münci**, Politika Bilimine Giriş, 13. Baskı, Ankara 2001, s. 56.

⁴ **LÜTEM İlhan**, Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk, Ankara 1947, s. 4. Kavramın geçirdiği değişimler konusunda bkz. **D’ENTREVES A. Passerin**, The Notion of the State, An Introduction to Political Theory, Oxford 1977, s. 102.

kendisini gösteren bir olgudur⁵. Egemenlik devletle birlikte ele alınan ve incelenen bir kavramdır; çünkü devlet ve egemenlik kavramları birlikte ortaya çıkmıştır. Egemenlik, devletin temel bir özelliği olarak düşünülmüş ve devletin üstün ve sınırsız bir otoriteye sahip olduğu varsayılmıştır⁶.

Siyasal bir kavram olarak, egemenlik kavramını ilk defa tanımlayan ve sistemleştiren düşünür Jean Bodin'dir. Bodin *Les six livres de la République* (Devletin Altı Kitabı) (1576) isimli eserinde, egemenliği, "yurttaşlar ve uyruklar üstündeki en yüksek, mutlak ve en sürekli güç" olarak tanımlamıştır. Burada, kavramın ilk ortaya çıktığı dönemlerdeki koşullarda, iç egemenlik boyutu ön plana çıkarılmaktadır. Egemenliği, devletin mantıki ve mutlak kıstası olarak kabul eden Bodin'in bu tanımına göre, egemenlik, devletin asli ve ayrılmaz bir unsurudur. Devlet için nasıl bir zaman sınırlaması söz konusu edilemez ise, egemenlik için de bir zaman sınırlaması düşünülemez. Başka bir açıdan, egemenlik kendi alanında başka bir kuvvet tanımadığından bölünmesi de mümkün değildir. Bu tanımlama, egemenliğin devletin varlığının asli unsuru olduğunu gösterir⁷.

Bodin'in devlet tanımı da bu doğrultudadır: "Devlet, egemen bir güç tarafından iyi yönetilmeyi isteyen aileler topluluğundan ibarettir". Demek ki, devlet ancak egemen kudreti kullanan bir hükümet teşkilatının mevcut olduğu yerlerde meydana gelebilir. Böylece egemenlik devletin varolabilmesi için zorunlu bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu

⁵ **BARKIN J. Samuel/CRONIN Bruce**, "The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations", *International Organization*, Vol. 48, No. 1, Winter 1994, s. 107-108; **DUGUIT Leon**, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev.: Süheyp Derpil), Ankara 1954, s. 67; **HAKYEMEZ**, s. 57; **TÜRCAN Talip**, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara 2001, s. 79-81.

⁶ **TURHAN Mehmet**, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi" *Anayasa Yargısı* 20, Ankara 2003, s. 215.

⁷ **GÜNDÜZ Aslan**, "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 64, S. 1-2-3, 1990, s. 15-16; **HAZIR Hayati**, "Devletin Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, Ocak-Haziran 1990, s. 18.

egemenliğin ilk ve orijinal anlamıdır ki, iktidarın kendisini değil ve fakat onun belirli bazı karakteristik niteliklerini ifade eder. Şöyle ki, egemen olan bir iktidar bir taraftan yabancı bir devlete hiçbir suretle tabi değildir; diğer taraftan aynı iktidar içeride de bütün iktidarlardan üstündür⁸.

Egemenlik, devlet iktidarının niteliğini ifade etmesinden başka, yine kaynağını Bodin'den alan değişik bir manada daha kullanılmıştır. Bu tanımlamaya göre egemenlik, devletin kanun yapmak, savaş ve barış ilan etmek, para basmak, vergi toplamak ve benzeri yetkilerini kapsamaktadır. Böylece Bodin, devlet iktidarının olumlu yetkilerini, olumsuz bir kavram olan egemenliğe dahil ederek, onu devlet iktidarı ile özdeşleştirmiştir⁹.

Sonuç olarak, günümüzdeki (demokratik) anlamını kastederek egemenliği, "bir devletin vatandaşlarının, ülkesel sınırları içerisinde aslen sahip olduğu ve bir siyasal varlık olarak bu sınırlar dahilinde özgürce kullanabildiği, meşru, sürekli ve nihai nitelikteki üstün emretme gücü yanında, o devletin, uluslararası alanda diğer devletlerle hukuken eşit haklara sahip bir aktör olarak, onların müdahalelerinden muaf biçimde, kendi rızası ile girmiş olduğu uluslararası taahhütleri de dikkate alarak, kendi ilişkileri bağlamındaki tüm konularda tek başına karar verme yetkisine sahip olmak¹⁰" biçiminde tanımlamak mümkündür.

Egemenliğin mutlak, sınırsız, bölünmez, tek, klasik özellikleri zaman içinde ciddi tenkitlere uğramıştır. Ayrıca, çağdaş siyasi gelişmeler karşısında bu özellikler ciddi anlam kaybına uğramıştır. Günümüzde devletin egemenlik anlayışı teorik olarak değerini muhafaza etmekle beraber, birçok hukuki ve fiili sınırlamalara uğrayarak, eski mutlak, bölünmez, en üstün olma özelliklerini kaybetmiştir. Artık, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, uluslararası kuruluşlardan gelen sınırlamalar, insan hakları gibi kavramlar tartışılmakta, bunlar karşısında egemenliğin yeni ve çağdaş anlamı şekillenmektedir¹¹. Çağımızda artık demokrasi ve

⁸ HAZIR, s. 18.

⁹ HAZIR, s. 18.

¹⁰ HAKYEMEZ, s. 59; MORGENTHAU Hans J., *Politics Among Nations, The Struggle for Power and Peace*, New York 1948, s. 245-246.

¹¹ HAKYEMEZ, s. 59; ÖZER Attila, "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karşısındaki Durumu", *Anayasa Yargısı* 20, Ankara 2003, s. 188-189.

hukuk devleti fikri egemenliğin mutlakiyetini değil, aksine birtakım kayıt ve şartlarla sınırlandırılmasını ifade etmektedir.

C. EGEMENLİK KAVRAMININ DEVLETİN BİR UNSURU OLARAK GÖRÜNÜMÜ

Devletin egemenliği ile temelde devlet kudretinin üstünlüğü ve onun üzerinde başka herhangi bir kuvvetin bulunmadığı kastedilmektedir. Devletin egemenliği, biri müspet ve diğeri de menfi karakter arz eden, iç egemenlik ve dış egemenlik olmak üzere iki biçimde karşımıza çıkmaktadır¹². Bu durum devletin iki ayrı egemenliğinin varlığını göstermemektedir; bilakis devletin egemenliği tektir ve bölünmez niteliktedir. İç ve dış egemenlik, aynı kudretin ülke içindeki ve ülke dışındaki biçimini ifade etmek için kullanılmaktadır¹³.

Dış egemenlik devletin dışarıda hiçbir devlete bağlı olmaması anlamına gelir ve genellikle “bağımsızlık” olarak adlandırılır. Bu kavram günümüzde devletlerarası ilişkilerin hukuki eşitlik statüsüne dayanması demektir¹⁴. Bu anlaşılış biçimi üzerinde hemen hemen hiçbir tartışma yapılmamaktadır.

İç egemenlik ise, bir devletin ülkesi dahilinde kendisine rakip başka bir otorite ya da kudretin bulunmaması; devlet kudretinin ülkesi ve ülkede yaşayan topluluk üzerinde bir emretme iktidarına sahip olması durumunu göstermektedir¹⁵. Devlet iç egemenliğine dayanarak yasama, yürütme ve yargılama şeklinde genel olarak tasnif edilebilecek hukuki işlemler yapar. İç egemenlik, devlete ülkesi içinde en üstün iktidarı bahsettiği için müspet bir nitelik taşımaktadır. Görüldüğü gibi, esasen devletin egemenliğinin özünü, onun iç egemenliği oluşturmaktadır. Böylece devlet, ülkesi dâhilinde hukuk kurallarını koymakta, yani iradesi

¹² **KUBALI Hüseyin Nail**, Devlet Ana Hukuku, C.1, İstanbul 1950, s. 195-196; **TÜRÇAN**, s. 92.

¹³ **TÜRÇAN**, s. 92; **ZABUNOĞLU Yahya Kazım**, Kamu Hukukuna Giriş: Devlet: Tanım, Kaynaklar ve Unsurlar, Ankara 1973, s. 42.

¹⁴ **TURHAN**, “Değişen Egemenlik Anlayışı”, s. 217.

¹⁵ **KUBALI**, s. 196; **TÜRÇAN**, s. 92-93.

kanun olmakta ve koyduğu kurallara bütün kişi, kurum ve sosyal grupların itaatini sağlama hususunda zorlayıcı güç kullanmaktadır¹⁶.

Demek ki, egemenlik devlet kudretinin bir yandan hiçbir iktidara bağımlı olmaması, yani bağımsız olması, diğer taraftan kendi ülkesi içinde son sözü söyleyebilmesi anlamına gelmektedir¹⁷.

Egemenlik kavramının içerisinde yer alan iç ve dış egemenlik, aslında birbirini tamamlayan unsurlardır¹⁸. Bunların birbirinden bağımsız biçimde kabulü mümkün değildir. Çünkü gerçekte tek bir egemenlik vardır ve iç ve dış egemenlik, bu tek egemenliğin iki boyutudur¹⁹. Bu açıdan egemenliğe bakıldığında, kavramın içte üstünlük, dışta ise bağımsızlık boyutu olan bir paranın iki yüzüne benzediği görülür²⁰.

Egemenliğin ister iç isterse dış boyutu dikkate alınsın, bu bağlamda sorun, hep bir devletin son karar vermesi noktasında düğümlenmektedir. Bir tüzel kişi olan devlette, kendi yetki alanı içinde ortaya çıkacak hukuksal sorunları kesin hukuksal çözümlere ulaştırma gücü olması gerekir. İşte hukuksal açıdan son sözü söyleyecek yer veya son sözü söyleme otoritesine egemenlik diyebiliriz²¹. Yani egemenlik, hukuksal sorunları hukuksal usullerle inceleyip hukuksal çözümlere kavuşturmak demektir²².

¹⁶ TÜRÇAN, s. 92-93.

¹⁷ TURHAN, “Değişen Egemenlik Anlayışı”, s. 217.

¹⁸ AKBAY Muvaffak, Umumi Amme Hukuku Dersleri, C. I, 2. Baskı, Ankara 1951, s. 401; HAKYEMEZ, s. 78.

¹⁹ HAKYEMEZ, s. 78; ÖZMAN M. Aydoğan, “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, A.Ü.H.F.D., C. 21, S. 1-4, Y. 1964, s. 60.

²⁰ HAKYEMEZ, s. 78; WERNER W. G./WILDE J. H., “The Endurance of Sovereignty”, European Journal of International Relations, Vol. 7, No. 3, September 2001, s. 290.

²¹ BARKIN/CRONIN, s. 110; TURHAN, “Değişen Egemenlik Anlayışı”, s. 220.

²² TURHAN, “Değişen Egemenlik Anlayışı”, s. 220.

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE YARGI YETKİSİ

A. ULUSLARARASI CEZA YARGISINA DUYULAN İHTİYAÇ

Günümüz ceza hukukunda, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında temel ilke “mülkilik”tir. Mülkilik ilkesi, kendisine suç isnat edilen kimsenin vatandaşlığı dikkate alınmaksızın, yargılamada suçun işlendiği ülke devletinin ceza kanunu hükümlerinin uygulanması esasına dayanır²³. Mülkilik ilkesi, her suçun, işlendiği ülkede, o ülkenin kanunlarına göre ve adli makamları tarafından kovuşturulmasını gerekli kılar.

Aslında, yargılama yetkisinin suçun işlendiği ülke devletine tanınması, devlet egemenliği kavramının doğal bir sonucudur. Bunun yanı sıra, yargılamanın sağlıklı ve hızlı yürütülmesi bakımından, suçun işlendiği ülke devletinin elverişli konumu da inkar edilemez. Fakat, uluslararası suçları, ulusal ceza sistemleri içinde takibi yapılan suçlardan farklı kılan çok önemli bir husus, bu suçun sonuçlarının uluslararası toplumu da zarara uğratmış olmasıdır. Başka bir deyişle, uluslararası suç oluşturan fiiller, ulusal düzeydeki suçlardan farklı olarak, uluslararası toplumun huzurunu ve düzenini de bozacak etkiler taşımaktadır²⁴.

Ayrıca, uluslararası ceza hukukunun ciddi boyutlu ihlallerinin etkin bir biçimde yargılanmasında, ulusal mahkemelerin güvenilirliği tartışmaya açıktır. Problemin kaynağı, yargılamada devletlerin kendi tercihlerinin devreye girebilmesidir²⁵. Devletler, çok ciddi suçların varlığı halinde bile yargılama yapmaktan kaçınabilirler. Örneğin, II. Dünya

²³ **ÇINAR Mehmet Fatih**, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2004, s. 38; **DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 3, 11. Baskı, İstanbul 1994, s. 237 vd.; **HARHOFF Frederik**, “Legal and Practical Problems in the International Prosecution of Individuals”, Nordic Journal of International Law, Vol. 69, 2000, s. 58.

²⁴ **BAŞAK Cengiz**, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Ankara 2003, s. 2.

²⁵ **CHARNEY I. Jonathan**, “International Criminal Law and the Role of Domestic Courts”, A.J.I.L., Vol. 95, No. 1, 2001, s. 120 vd.

Savaşından sonra, çok az sayıda konu ulusal yargıya intikal etmiştir. Dolayısıyla, belirli durumlarda, tüm insanlığı ilgilendiren uluslararası suçları işlediği iddia edilen kimselerin uluslararası merciler tarafından yargılanmasının daha sağlıklı sonuçlar doğurabileceği kabul edilebilecektir.

B. NÜREMBERG VE TOKYO ULUSLARARASI ASKERİ CEZA MAHKEMELERİ

1. MAHKEMELERİN KURULUŞ SÜRECİ

II. Dünya Savaşı, tarihte görülen en yıkıcı savaşıardan biri olmuştur. Savaş süresince, insan hakları sistematik olarak tüm taraflarca ağır şekilde ihlal edilmiştir²⁶. Milyonlarca askerin ve sivilin öldürüldüğü II. Dünya Savaşı sırasında ve bunun öncesinde sahnelenen en büyük çaplı insanlık trajedisi Nazi Almanya'sında yaşanmıştır. Almanya'nın Führer'i Adolf Hitler'in, "toplumun kalite, asalet, saflık ve güzelliğine zarar verdiği"ne inandığı, milyonlarca Yahudi, eşcinsel, çingene ve komünist katledilmiştir²⁷. Bunun yanı sıra 1937'den itibaren, Japonya tarafından Çin sivil halkı da sistematik bir katliama tabi tutulmuştur. Ölü sayısı tam olarak bilinmemekle birlikte, altı milyondan az olmadığı tahmin edilmektedir²⁸.

Savaşın bitiminde, özellikle Nazilerin eylemleri ortaya çıktığında, uluslararası kamuoyunda büyük infial ve tepki doğmuş, intikam duyguları yükselmiş, sorumluların cezalandırılması gerektiği konusunda genel bir talep ortaya çıkmıştır.

Hazırlık çalışmalarının tamamlanması üzerine ve Teslim Bildirisine dayanılarak, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa ve Sovyetler Birliği temsilcileri²⁹, 8 Ağustos 1945 tarihinde "**Avrupa Eksen**

²⁶ **AZARKAN Ezeli**, Nüremberg'ten La Haye'e: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Kırklareli 2003, s. 120; **ÇINAR**, s. 12; **ÖNOK Rıfat Murat**, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara 2003, s. 38.

²⁷ **ÇINAR**, s. 11; **ÖNOK**, s. 38; **ROSENBAUM Alan S.**, Prosecuting Nazi War Criminals, Oxford 1993, s. 10-25.

²⁸ **ÖNDER Orhan**, Birleşmiş Milletler Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2006, s. 10-12; **ÖNOK**, s. 38.

²⁹ Andlaşmayı imzalayan diğer devletler, Hindistan, Avustralya, Yeni Zelanda, Belçika, Danimarka, Çekoslovakya, Yunanistan, Uruguay,

Devletlerinin Büyük Savaş Suçlarının Yargılanması ve Cezalandırılmasına İlişkin Londra Andlaşması’nı imzalamışlardır³⁰. Bu andlaşmanın 1. maddesi, eylemleri coğrafya bakımından bir yere bağlanamayan savaş suçlularını yargılamak üzere bir uluslararası askeri mahkeme kurulacağını bildirdikten sonra, yargılanacak suçların gerek bireysel olarak ve gerekse grup veya örgütlerin üyesi sıfatıyla işlenen suçları kapsadığını belirtmiştir.

Savaş suçlularını yargılamak için kurulan ikinci mahkeme, Müttefik Kuvvetler Yüksek Komutanı Douglas Mac Arthur’un özel bir yetkiye istinaden çıkartıp yayımladığı 19 Ocak 1946 tarihli bir kararname ile kurulan, **“Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi”**dir. Bu mahkemenin kuruluşu, Nüremberg örneğinde olduğu gibi çok uluslu bir karar ile gerçekleşmemiştir. Mahkeme, Japonya ve Pasifik’te Amerikan ordusu Başkomutanının idaresi altında bulunan bölgelerde, savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçları işleyenleri yargılamak üzere kurulmuştur.

2. MAHKEMELERİN ORTAK NİTELİKLERİ

Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri, II. Dünya Savaşını kazanan devletlerin kendi aralarında yapmış oldukları 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Andlaşmasına ve 19 Ocak 1946 tarihli bir kararnameye dayanılarak kurulmuştur. Gerek Nüremberg gerekse Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, suç sayılan fiillerin işlenmesinden sonra (ex post facto), yalnızca bu suçların yargılanması için kurulmuş, ad hoc ve olağanüstü nitelikli askeri mahkemelerdir.

Mahkemelerin ad hoc nitelikli olması, yalnızca belirli bir zaman diliminde işlenen, belirli suç tiplerini yargılama yetkisine sahip olmalarından kaynaklanmaktadır. Söz konusu mahkemeler, II. Dünya Savaşı öncesi ve esnasında, Alman ve Japon görevlilerin işledikleri öne sürülen “barışa karşı suçlar”ı, “savaş suçları”nı ve “insanlığa karşı işlenen suçlar”ı yargılamak için kurulmuştur. Mahkemelerin yargı yetkisi yalnızca bu konularla sınırlıdır.

Venezuela, Panama, Paraguay, Norveç, Hollanda, Haiti, Honduras, Etyopya, Lüksemburg, Polonya ve Yugoslavya’dır.

³⁰ Andlaşma metni için bkz. **DINSTEIN Yoram/TABORY Mala**, War Crimes in International Law, London 1996, s. 379-381.

Bu mahkemeler, ad hoc nitelikli de olsa, daimi bir uluslararası ceza mahkemesi kurma yönündeki çabalar açısından tam anlamıyla bir dönüm noktası olmuştur. Mahkemeler ile, bireysel sorumluluk kabul edilmiş; devlet başkanlarının yargılanmama ayrıcalığı ortadan kaldırılmıştır³¹.

Mahkemelerin olağanüstü niteliğe sahip olması, yargı yetkisine konu olan fiillerin gerçekleşmesinden sonra (ex post facto) kurulmuş olmalarının sonucudur. Başka bir deyişle, II. Dünya Savaşı öncesinde ve esnasında, söz konusu fiiller işlenmiş; bu fiillerin işlenmesi ve savaşın sona ermesinin ardından, bu suç fiilleri için söz konusu mahkemeler oluşturulmuştur.

Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemeleri, askeri mahkemelerdir. Dolayısıyla, objektif adaleti sağlamak için değil, sadece mağlup olan devletlerin savaşla bağlantılı suçlarını yargılamak üzere kurulmuşlardır³².

C. ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

1. MAHKEMENİN KURULUŞ SÜRECİ

Avrupa'nın hemen merkezinde, Balkan ülkelerinden Eski Yugoslavya'da yaşanan süreç, 20. yüzyılda II. Dünya Savaşından sonra tanık olunan en şiddetli insan hakları ihlallerinin ve bunu da aşan kitlesel, yaygın ve yoğun soykırım, etnik temizlik ve insanlığa karşı işlenen suçların gerçekleştiği büyük bir trajediyi ortaya çıkarmıştır³³. 1990'lı

³¹ **ALİBABA Arzu**, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", A.Ü.H.F.D., C. 49, S. 1-4, s. 185; **ÇINAR**, s. 12; **EKŞİ Canan Ateş**, Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Ankara 2004, s. 5; **ÖNDER**, s. 13; **ÖNOK**, s. 44; **POROY Nazım**, Nüremberg Davası, Ankara 1948, s. 65; **SUNGA L. S.**, Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations, Dordrecht 1992, s. 32; **TÖNGÜR Ali Rıza**, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, İstanbul 2005, s. 7.

³² **ÖNOK**, s. 41.

³³ **CHANDLER David**, "International Justice", New Left Review, Vol. 2, No. 6, 2000, s. 63-64; **GEMALMAZ Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2001, s. 341; **MARLER Melissa K.**, "The International Criminal Court: Assessing the

yılların başlarında, Sovyet Bloğunun çözülmesiyle uluslararası ilişkilerde gerçekleşen köklü değişikliğin, uluslararası hukuk açısından olumlu yönde etkiler yapacağı ve daimi bir barış ortamı yaratılabileceği umutları yükselirken; Yugoslavya’da yaşananlar bu beklentileri boşa çıkarmıştır. Hırvatistan ve Slovenya’nın bağımsızlıklarını ilan etmelerinden sonra, 1991 Haziranında, Yugoslav iç savaşı başlamıştır. Haziran 1991’de Slovenya ile Sırlar, 1991-1992’de Hırvatlarla Sırlar, 1992-1995’te Sırlarla Boşnaklar, 1993’te Boşnaklarla Hırvatlar, 1998’de Sırlarla Kosova sıcak çatışmaya girmiştir³⁴. Bu çatışmaların sonucunda üç yüz bin kişi ölmüş, iki milyon kişi de zorunlu göçe tabi tutulmuştur.

Savaşın ilk günlerinden itibaren meydana gelen ağır insan hakları ihlallerinin oluşturduğu infial ve savaş esnasında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından alınan bir dizi karar, kurulması düşünülen bir uluslararası mahkemenin hukuki zeminini hazırlamıştır³⁵. Güvenlik

Jurisdictional Loopholes in the Rome Statute”, Duke Law Journal, Vol. 49, No. 3, December 1999, s. 829; **NIARCHOS Catherine N.**, “Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia”, Human Rights Quarterly, Vol. 17, No. 4, 1995, s. 655-659; **O’BRIEN James C.**, “Current Developments, the International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia”, A.J.I.L., Vol. 87, s. 639; **ROSENBERG Tina**, “War Crimes Then and Now From Nuremberg to Bosnia”, Nation 1995, Vol. 260, No. 19, s. 688-693.

³⁴ **ALPKAYA Gökçen**, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2002, s. 12-28; **BAŞAK**, s. 36; **HIGGINS Rosalyn**, “The New United Nations and Former Yugoslavia”, International Affairs, Vol. 69, 1993, s. 468; **ÖNOK**, s. 58; **SHARP Walter Gary**, “International Obligations to Search for Arrest War Criminals: Government Failure in the Former Yugoslavia”, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 7, No. 2, s. 411.

³⁵ Karar metinleri için bkz., UN Quarterly, United Nations Security Council, S/RES/713, 764, 771, 780, 808, 827, <http://www.un.org/Docs/sc/>. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ODMAN Tefvik**, “Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, A.Ü.H.F.D., Y. 1996, C. 45, S. 1-4; **THOMBERRY Cedric**, “Bosnia: Problems of Peace, Saving the War Crimes Tribunal”, Forcing Policy, No. 104, 1996, s. 72-85.

Konseyi tarafından alınan 827 sayılı ve 25.5.1993 tarihli karar ile ismi **“Eski Yugoslavya Ülkesi Üzerinde 1991 Tarihinden İtibaren Ciddi Hukuk İhlalleri Yapmaktan Sorumlu Kişilerin Yargılanması İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi”** olarak tespit edilen mahkeme kurulmuştur³⁶.

Mahkeme Statüsüne göre (m. 1-5), Eski Yugoslavya’da işlenen suçlar için kurulan bu uluslararası mahkeme, “1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerini” (m. 2) ve “savaş hukukunun ya da geleneklerinin ihlallerini” oluşturan suçların (m. 3) ve “insanlığa karşı işlenen suçlar”ın yanı sıra, “soykırım” suçunu da (m. 4) kapsayan yargı yetkisi ile donatılmıştır.

827 sayılı kararda ve mahkeme Statüsünün önsöz niteliğindeki ilk paragrafında, mahkemenin kuruluş dayanağı olarak, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü gösterilmiştir. Bu bölüm (m. 39-51), barışın tehdidi, bozulması ve saldırı fiilleri halinde yapılacak işlemleri ve alınacak önlemleri düzenlemektedir.

2. MAHKEMENİN YARGI YETKİSİ

Daha önce kurulan ad hoc mahkemeler gibi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin de yetkisi belirli bir tarihle sınırlandırılmıştır³⁷. Mahkeme Statüsünün 8. maddesine göre,

³⁶ Mahkeme Statüsü için bkz., **TURHAN Faruk**: “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 357-365. Uluslararası mahkemenin statüsü (m. 15) uyarınca hazırlanan ve mahkemenin çalışmalarının teknik usulü çerçevesini çizen toplam 125 maddelik “Usul ve Delil Kuralları” başlıklı metin, 11.02.1994 tarihinde kabul edilmiş ve 14.03.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 05.05.1994 tarihinde kabul edilen “Mahkeme Önünde Yargılanmayı ya da Temyiz İncelemesini Bekleyen yahut Mahkemenin Yetkisi ile Başka Biçimde Alıkonulan Kişilerin Gözaltında Tutulmasına İlişkin Kurallar” başlıklı belge 01.08.1994 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Ayrıca bu mahkemede yargılanacak sanıklar hakkında 01.08.1994 tarih ve 1/94 sayılı “Savunma Avukatı Atanmasına İlişkin Yönerge” benimsenerek yürürlüğe girmiştir.

³⁷ **HORTENSIA D. T. Guiterrez Posse**, “The Relationship Between International Humanitarian Law and the International Criminal Tribunals”, International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 861, 2006, s. 80.

mahkemenin zaman bakımından yetkisi, 1.1.1991 tarihinden sonra işlenen fiilleri kapsamaktadır.

Mahkeme Statüsünün 8. maddesine göre, mahkemenin yer bakımından yetkisi, eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin egemenlik alanı içerisinde işlenen fiilleri kapsamaktadır.

Mahkemenin kişi bakımından yetkisine bakıldığında, Statünün 6. maddesi uyarınca, mahkemenin yalnızca gerçek kişileri yargılama yetkisine sahip olduğu görülür. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 7. maddesine göre, Statüde yer alan suçlardan birini planlamış, emretmiş, azmettirmiş, işlemiş veya planlamasına, hazırlanmasına, işlenmesine herhangi bir biçimde yardım ve iştirak etmiş gerçek kişiler bireysel olarak sorumludur ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisi kapsamındadır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 7/2. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, failin resmi görev veya sıfatı, onun cezai sorumluluğunu azaltmamakta veya ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin, failin devlet veya hükümet başkanı olması, cezai sorumluluğu hafifleten veya ortadan kaldıran bir unsur olmamaktadır.

Önemli bir diğer düzenleme, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 7/4. maddesidir. Bu maddeye göre, amirin emrini ifa etmiş olmak bir hukuka uygunluk sebebi olarak öne sürülemeyecektir. Ancak, belirli hallerde amirler, emirleri altındaki kişilerin işledikleri suçlardan dolayı sorumlu tutulabileceklerdir. Amir, astının böyle bir fiili işleme düşüncesinde olduğunu veya zaten işlediğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa; failin işlenmesini önleyici tedbirleri almamışsa veyahut failin cezalandırılması için gerekli ve uygun tedbirleri almamışsa sorumlu olacaktır.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, “1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri”, “savaş yasa ve geleneklerinin ihlalleri”, “soykırım” ve “insanlığa karşı suçlar” üzerinde yargılama yetkisine sahiptir.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin en önemli özelliklerinden biri, Birleşmiş Milletler üyesi olan bütün devletlerin mahkeme karşısında yükümlülükler taşıması ve mahkemenin kovuşturma

amacıyla zorunlu birtakım yetkilerle donatılarak bütün devletler karşısında uluslararası bir otoriteye sahip olmasıdır³⁸.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ulusal mahkemeler arasında “yarışan yetki” söz konusudur. Statüye göre, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ulusal mahkemeler, 1 Ocak 1991’den beri eski Yugoslavya ülkesinde işlenmiş olan ağır uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu kişileri kovuşturmada yarışan yetkiye sahiptir (m. 9/1). “Yarışan yetki” kavramı, uluslararası ceza hukukunda, iki ayrı hukuk düzeninin, aynı kişiyi aynı suçtan dolayı kendi yetki alanı çerçevesinde soruşturma, kovuşturma ve mahkûm etme yetkisine sahip olması anlamına gelir³⁹. Bu, devletlerarasında sıklıkla görülen bir durumdur ve sorun olağan olarak evrensel yetki ve iade kurallarına göre çözülür. Uluslararası mahkemenin ulusal mahkemelerle yarışan yetkiye sahip olması ise, devletlerin birbiriyle yarışan yetkiye sahip olmalarından farklı bir durumdur. Çünkü Statüye göre mahkeme, ulusal mahkemeler karşısında öncelik hakkına sahiptir (m. 9/2). Ulusal mahkemelerin kararları, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesini bağlamaz. Bir kişinin mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı ulusal mahkemelerce mi yoksa Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından mı yargılanacağına Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi karar verir⁴⁰.

D. RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

1. MAHKEMENİN KURULUŞ SÜRECİ

Ruanda’da, trajik olayların başladığı 1994 yılında, nüfusun %85’ini Hutular, %15’ini Tutsiler oluşturmaktadır. Ülkeyi sömürgesi altında bulduran Avrupalı devletlerin desteğiyle, azınlık durumunda olan Tutsiler, uzun süre egemenliği ellerinde buldurmüşlardır. Ancak, 1962 yılında ülkenin bağımsızlığını kazanmasıyla, Hutular yönetimi ele geçirmişlerdir⁴¹. Yönetimi ele geçiren Hutular, adeta geçmişte

³⁸ ALPKAYA, s. 61; TÖNGÜR, s. 10.

³⁹ ALPKAYA, s. 58.

⁴⁰ BAŞAK, s.40; MURPHY D., “Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia”, A.J.I.L., Vol. 93, No. 1, 1999, s. 64; TÖNGÜR, s. 11.

⁴¹ ASLAN Muzaffer Yasin, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Ankara 2006, s. 233; ÇINAR, s. 24; ELBAN Hasan Kemal, “Ruanda’dan

yaşadıklarının acısını çıkarırcasına, Tutsilere karşı baskıcı bir politika izlemiştir; General Habyarimana'nın iktidara gelmesiyle, bu baskı politikası daha da ağırlaşmıştır.

Bu süreç içinde, bazı hükümet üyeleri ve aşırı milliyetçi çevrelerce etnik düşmanlıkların kışkırtılarak, Tutsilerin sistematik bir biçimde yok edilmesini öngören bir plan hazırlanmış; bu plan General Habyarimana'nın ölümünün ardından uygulamaya geçirilmiştir. Yürürlüğe konulan bu plan sonucunda, 1994 Nisan'ından Haziran'ına kadar en az beş yüz bin kişi yaşamını yitirmiştir. Günlük öldürme oranı, Nazi kamplarında ortaya çıkanların aşağı yukarı beş misli daha fazladır⁴².

Bu sarsıcı bilançonun gözler önüne serilmesinin ardından konu Güvenlik Konseyinin gündemine alınmış; 8 Kasım 1994 tarih ve 955 sayılı kararla Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, orijinal adıyla **“01.01.1994 ve 31.12.1994 Tarihleri Arasında, Ruanda Ülkesinde Soykırım ve Diğer Ciddi İnsancıl Hukuk İhlalleri Yapmaktan Sorumlu Olan Kişilerin Yanısıra, Ruanda Vatandaşlarından Komşu Devletlerde Soykırım ve Benzeri İhlalleri Yapmaktan Sorumlu Olan Kişilerin Yargılanmaları İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi”** kurulmuştur. Statünün 1. maddesinde mahkemenin yetki alanı, Ruanda topraklarında ve Ruanda'ya komşu devletlerin topraklarında, Ruanda vatandaşları tarafından, 01.01.1994 - 31.12.1994 tarihleri arasındaki bir yıllık süre içinde gerçekleştirilen uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinden sorumlu kişilerin yargılanması ile çerçevelenmiştir. Dolayısıyla, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi, faillerin suç işleme tarihi, suçun işlendiği yer ve işlenen suçun tipi bakımlarından sınırlandırılmıştır.

İnsanlığa Kalan Miras ya da Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Zevahiri Kurtulabilecek mi?”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y. 1, S. 1, Ocak-Mart 2004, s. 108-109; ÖNDER, s. 15-17; ÖNOK, s. 81.

⁴² BAŞAK, s. 45; ÇINAR, s. 24; GEMALMAZ, s. 343; ÖNDER, s. 18-28; ÖNOK, s. 82; SHARLACH Lisa, “Gender and Genocide in Rwanda: Women as Agents and Objects of Genocide”, Journal of Genocide Research, Vol. 1, No. 3, 1999, s. 391; SPERLING Carrie, “Mother of Atrocities: Pauline Nyiramasuhuko's Role in the Rwandan Genocide”, Fordham Urban Law Journal, Vol. 33, No. 2, 2006, s. 639.

Mahkemenin kuruluşunun yasal dayanağı, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü olarak belirtilmektedir. Ancak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinden farklı olarak, mahkemenin kuruluşunda Ruanda hükümetinin de talebi söz konusu olmuştur. Zira, Ruanda hükümeti de, soykırım ve diğer insancıl hukuk ihlallerinde bulunanların yargılanmasının barışa ve uzlaşmaya olumlu katkısının olacağını gerekçe göstererek, yargısal bir mekanizmanın kurulmasını talep etmiştir⁴³.

2. MAHKEMENİN YARGI YETKİSİ

Mahkemenin zaman bakımından yargı yetkisi, 1 Ocak 1994 - 31 Aralık 1994 tarihleri arasında ortaya çıkan olayları kapsamaktadır. Zaman bakımından ortaya konulan bu sınırlama, mahkemenin yargılamasına konu oluşturan suçların planlanması aşamasının göz ardı edildiğini göstermektedir.

Mahkemenin yer bakımından yetkisi, Ruanda'nın egemenlik alanı içinde işlenen fiilleri ve Ruanda vatandaşları tarafından komşu devletlerin ülke sınırları içinde işlenen fiilleri kapsamaktadır (m. 1-7).

Mahkemenin kişi bakımından yetkisi, Statünün 5. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, mahkeme yalnızca gerçek kişileri yargılama yetkisine sahip kılınmıştır.

Mahkemenin konu bakımından yetkisi, “soykırım” (m. 2), “insanlığa karşı işlenen suçlar” (m. 3) ve “1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ve buna ek II. Protokolün ihlalleri” (m. 4) ile sınırlıdır.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin ulusal yargı yetkisiyle ilişkisi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinde olduğu gibidir. Bu bakımdan, uluslararası mahkeme ile ulusal mahkemeler arasında yarışan yetkinin söz konusu olduğu ve dolayısıyla Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisinin öncelikli olduğu söylenebilecektir (m.8/2).

⁴³ Letter from the Permanent Representative of Ruanda to the President of the Security Council, 28 September 1994, UNSC, UN Doc. S/1994/1115(1994).

E. 1998 ROMA STATÜSÜ VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN KURULUŞU

1. DAİMİ BİR ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNE DUYULAN İHTİYAÇ

Roma Statüsünün önsözünde yer alan ifadeler, uluslararası bir ceza mahkemesinin kuruluş amaçlarını özetlemektedir⁴⁴. Roma Statüsünün önsözünde, milyonlarca çocuğun, kadının ve erkeğin, insanlığın vicdanını derinden sarsan, hayal edilemez gaddarlıkların kurbanı olduğu; bu tür ağır cürümlerin, dünyanın iyiliğini, güvenliğini ve barışını tehdit ettiği belirtilmiştir. Uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren böyle büyük suçların cezasız kalmaması gerektiği vurgulanmıştır. Bu tür suçları işleyenlerin cezasız kalmasına son verme ve tekrar işlenmesini engelleme gibi amaçlarla daimi bir uluslararası ceza mahkemesi kurmanın önemi özetlenmiştir.

Roma Statüsünün önsözünden yola çıkarak, daimi bir uluslararası ceza mahkemesine duyulan ihtiyacın temel gerekçelerini,

- Uluslararası barış ve adaleti sağlamak;
- Bireysel cezai sorumluluğu sağlamak ve
- Ad hoc mahkemelerin sakıncalarını gidermek şeklinde sıralamak mümkündür.

2. ROMA KONFERANSI

“Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Tam Yetkili Temsilcilerden Oluşan Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı”, 15 Haziran 1998 tarihinde 160 devletin, 33 uluslararası örgütün ve 238 hükümet dışı örgütün katılımı ile Roma’da toplanmıştır.

Roma Konferansında, Kanada ve Almanya’nın liderliğini üstlendiği 42 devlet, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin müdahalesinden arındırılmış, tam bağımsız bir mahkeme kurulması ve bunun etkili çalışabilecek bir Savcısının olması görüşünü savunmuşlardır. Amerika Birleşik Devletleri tarafından öngörülen ve Çin ile Fransa’nın da katıldığı ikinci grup devletlerin kurgusu ise, Güvenlik Konseyi tarafından kontrol edilen bir mahkeme olmuştur. Son olarak üçüncü

⁴⁴ Roma Statüsü için bkz. **BOZKURT Enver/KÜTÜKÇÜ M. Akif/POYRAZ Yasin**, Devletler Hukuku Mevzuatı, Ankara 2004, s. 625-730.

grubu oluşturan devletler, İran, Irak, Libya, Endonezya gibi ülkelerdir ve bunlar böyle bir mahkemenin kurulmasına tümüyle karşı çıkmışlardır⁴⁵. Bütün bu farklı görüşlere rağmen, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Roma Konferansının son günü olarak ilan edilen 17 Temmuz 1998 tarihinde oylamaya katılan devletlerden 120'sinin olumlu, 21'inin çekimser ve 7'sinin olumsuz oyuyla kabul edilmiştir. Statü 31 Aralık 2000 tarihine kadar devletlerin imzasına açık tutulmuş; bu tarihe kadar Amerika Birleşik Devletleri de dâhil 139 devlet Statüyü imzalamıştır.

Bununla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nde iktidara gelen Bush yönetimi, mahkemeye karşı olduğunu ve onaylanması için Statüyü Senatoya göndermeyeceğini açıklamıştır. Amerika Birleşik Devletleri, bu açıklaması ile 22 Mayıs 1966 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 18. maddesinde getirilen, andlaşmayı imzalamış ancak henüz onaylamamış devletin ilgili andlaşmaya taraf olmama niyetini açıklayınca kadar andlaşmanın konu ve amacına uygun hareket etmesi gerektiği yönündeki hükmünün hukuki etkisinden de kurtulmuştur⁴⁶.

⁴⁵ **FOWLER J.**, "World Leadership and International Justice: The US and the ICC", *Transnational Law Exchange*, Vol. 1, No. 6, 1999, s. 7; **GEMALMAZ**, s. 346; **STORK Joe**, "Constructing An International Criminal Court", *Middle East Report*, No. 207, Summer 1998, s. 3; **ZWANENBURG M.**, "The Statute for an ICC and the US: Peacekeepers under fire?", *The European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 1999, s. 124 vd.

⁴⁶ Amerika Birleşik Devletleri'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi konusundaki tutumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AKSAR Yusuf**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri", *A.Ü.H.F.D.*, Y. 2003, C. 52, S. 2, s. 124-139; **AMANN Diane Marie/SELLERS M. N. S.**, "The United States of America and the International Criminal Court", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, Autumn 2002, s. 381-404; **BOLTON John R.**, "The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, Winter 2001, s. 167-180; **BROOMHALL Bruce**, "Toward U.S. Acceptance of the International Criminal Court", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, Winter 2001, s. 141-151; **GOLDSMITH Jack**, "The Self-Defeating International Criminal Court", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No. 1, s. 95; **SCHEFFER D.**, "The US and the ICC", *A.J.I.L.*, Vol. 93, No. 1, 1999, s. 12 vd.; **STORK**, s. 3-4; **WELLER Marc**, "Undoing the Global Constitution: UN

3. GENEL OLARAK ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü⁴⁷, Giriş ve 128 maddeyi içeren 13 bölümden oluşmaktadır.

“Mahkemenin Kuruluşu” başlıklı 1. Bölümde (m. 1-4), uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren en ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde yargı yetkisini kullanacak ve ulusal yargı organları karşısında “tamamlayıcı” niteliğe sahip olacak daimi bir “Uluslararası Ceza Mahkemesi”nin kurulduğu ilan edilmektedir (m.1). Mahkemenin merkezi olarak Hollanda’nın La Haye şehri belirlenmiştir (m. 3/1). Bununla birlikte, mahkemenin başka bir yerde toplanabilmesi de kabul edilmiştir (m. 3/3). Statünün 4/1. maddesinde, mahkemenin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olacağı belirtilmektedir.

Statünün 2. Bölümü (m. 5-21), “Yargı Yetkisi, Kabul Edilebilirlik ve Uygulanabilir Hukuk”; 3. Bölümü (m. 22-33) ise “Ceza Hukukunun Genel İlkeleri” başlığını taşımaktadır.

“Mahkemenin Yapısı ve İdaresi” başlıklı 4. Bölümde (m. 34-52), mahkemenin örgütsel yapısı düzenlenmiştir. Mahkeme, “Başkanlık”, “Temyiz Dairesi”, “Yargılama Dairesi ve Ön Soruşturma Dairesi”, “Savcılık” ve “Kalem”den oluşmuştur. “Taraflar Devletler Meclisi”, mahkemenin organları arasında sayılmamakla birlikte, bu yapı içinde yer alan önemli bir oluşumdur.

“Soruşturma ve Kovuşturma” başlıklı 5. Bölümde (m. 53-61), soruşturma başlatılması ve yürütülmesi süreci, soruşturma altındaki kişilerin hakları, gözaltı ve tutuklama gibi konular ele alınmıştır.

Security Council Action on the International Criminal Court”, International Affairs, Vol. 78, No. 4, October 2002, s 694.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., **ARSANJANI Mahnoush H.**, “The Rome Statute of International Criminal Court”, A.J.I.L., Vol. 93, No. 1, 1999, s. 24-43; **RUDOLF Beate**, “Statute of the International Criminal Court”, A.J.I.L., Vol. 94, No. 2, April 2000, s. 391-396; **SAROOSHI Danesh**, “The Statute of International Criminal Court”, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 48, No. 2, April 1999, s. 387-404.

“Yargılama” başlıklı 6. Bölümde (m. 62-76), yargılama süreci, sanığın hakları, mağdurların ve tanıkların korunması, delillere ve ulusal güvenlik bilgilerinin korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Statünün 7. Bölümü (m. 77-80), “Cezalar” başlığını taşımaktadır. Oldukça zorlu geçen müzakereler sonucunda, Statüde ölüm cezasına yer verilmemesine karar verilmiştir. Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçtan mahkum olan kişiye 30 yılı geçmeyecek hapis cezası veya belirli hallerde ömür boyu hapis cezası verilmesi öngörülmüştür (m. 77/1). Hapis cezası yanında para cezası verilmesi veya suç dolayısıyla elde edilen mal ve değerlere el konulması da mümkün kılınmıştır (m. 77/2).

“Temyiz ve Düzeltme” başlıklı 8. Bölümde (m. 81-85), Savcıya ve mahkûm olan kişiye mahkeme kararını temyiz etme hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kabul edilebilirliğe veya yargı yetkisine, tutuklunun salıverilmesine, yargılamanın adil ve süratli biçimde yürütülmesi sürecinin etkilenmesine ve Ön Soruşturma Dairesinin yetkisine ilişkin olarak kullanılması da mümkün kılınmıştır (m. 82). Temyiz Dairesinin başvuruyu haklı bulması durumunda, kararı bozması, düzeltmesi veya farklı bir dairede yargılamanın yenilenmesine karar vermesi mümkündür (m. 83/2).

“Uluslararası İşbirliği ve Adli Yardımlaşma” başlığını taşıyan 9. Bölümde (m. 86-102), Statüye taraf devletlere mahkeme ile işbirliği yükümlülüğü getirilmiş ve Statüde açıklanan işbirliği türlerinin ulusal yasalarında da yer alması için gerekli önlemleri almaları istenmiştir (m. 86 ve 88).

“Uygulama” başlıklı 10. Bölüm (m. 103-111), mahkeme tarafından verilen hapis cezalarının uygulanmasına ilişkin hükümlerden oluşmuştur.

“Taraf Devletler Meclisi” başlıklı 11. Bölüm, 112. maddeden ibarettir. Taraf Devletler Meclisi, Statüye taraf devletlerden meydana gelmekte ve her taraf devletin mecliste bir temsilcisi bulunmaktadır (m. 112/1). Taraf Devletler Meclisinin, mahkemenin yargıçlarını ve Savcısını seçmek, bütçeyi inceleyip onaylamak, Hazırlık Komisyonunca hazırlanan usul ve delil kuralları ile suçların unsurlarını kabul etmek gibi görevleri bulunmaktadır (m. 112/2).

12. Bölüm (m. 113-118), “Finansman” başlığını taşımaktadır. 115. madde çerçevesinde mahkemenin harcamalarının, önceden tespit edilmiş oranlar dahilinde, Statüye taraf devletlerin yapacakları

katkılarından ve özellikle Güvenlik Konseyi tarafından mahkemeye getirilen davalarla bağlantılı olarak, Genel Kurulun onaylaması şartıyla Birleşmiş Milletler tarafından sağlanacak maddi kaynaklardan karşılanması kabul edilmektedir. Bununla birlikte, 116. maddede, Taraf Devletler Meclisince belirlenecek kriterler çerçevesinde devletlerin, uluslararası örgütlerin, gerçek kişilerin, şirketlerin ve diğer kuruluşların gönüllü katkılarına da açık kapı bırakılmaktadır.

“Nihai Hükümler” başlıklı 13. Bölümde (m. 119-128), uluslararası andlaşmaların nihai hükümlerinde yer alan klasik nitelikteki hükümlerin çoğuna yer verilmiştir. 119. madde uyuşmazlıkların çözümüne, 120. madde Statünün çekinceyi yasaklamasına, 121. madde Statünün değiştirilmesine, 123. madde Statünün gözden geçirilmesine ilişkin hükümler içermektedir. 126/1. maddede, Statünün 60. onay, kabul veya katılım belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine verilmesini takip eden 60. günden sonraki ayın ilk gününden itibaren yürürlüğe gireceği öngörülmüş ve kısa zamanda 60. onay belgesine ulaşılmıştır. Statü, 126. madde çerçevesinde, 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁸.

4. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN YARGI YETKİSİ

a. Mahkemenin Yargı Yetkisinin Genel Niteliği

Uluslararası suçları yargılamak üzere daha önce kurulmuş olan uluslararası mahkemeler, ad hoc mahkemelerdir. Savaşın galipleri tarafından veya Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı ile kurulan bu uluslararası ceza mahkemelerinin, belli bir yer ve zaman dilimi içinde

⁴⁸ **CONSO Giovanni**, “Looking to the Future”, The International Criminal Court The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results, (Ed.: Roy S. Lee), Kluwer Law International, Hague 1999, s. 471-477; **LEE Roy L.**, “The Rome Conference and Its Contributions to International Law”, The International Criminal Court The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results, (Ed.: Roy S. Lee), Kluwer Law International, Hague 1999, s. 1-39.

işlenmiş bulunan uluslararası suçları kovuşturmakla sınırlı bir yetkisi bulunmaktadır⁴⁹.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, öncekilerden farklı olarak, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren en ciddi suçları işleyen kişileri yargılamak amacıyla, çok taraflı bir andlaşma ile kurulan daimi bir kuruluştur (m. 1). Yani Uluslararası Ceza Mahkemesi, belirli bir zaman dilimi ve belirli bir duruma ilişkin olarak kurulmamıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler ile bağlantılı hükümler bulunmasına rağmen, Birleşmiş Milletlerin bir organı da değildir; yalnızca taraf devletler açısından bağlayıcı olan, andlaşmaya dayalı bir kuruluştur⁵⁰. Dolayısıyla, yargı yetkisi genel nitelik gösterir ve yer ve zaman bakımından diğerleri gibi herhangi bir sınırlamaya tabi değildir.

b. Ulusal Yargı Yetkileriyle İlişkisi: Tamamlayıcılık İlkesi

Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerine, yargılamanın her aşamasında, ulusal mahkemeler önünde görülmekte olan davaların kendilerine devredilmesini isteyebilme yetkisi tanınarak, ulusal ceza yargısı karşısında öncelik ve üstünlük tanınmıştır. Devletlerin egemenlikleri açısından bu öncelik ve üstünlük sorununun son derece önemli olması nedeniyle, Roma Konferansı öncesinde, bu nokta üzerinde büyük bir mücadele yaşanmış; **“uluslararası ceza yargısının ulusal ceza yargısını tamamlayıcılığı”** olarak ifade edilen ilkenin açıkça kabul edilmesiyle çözüme ulaşılabilmektedir⁵¹.

⁴⁹ **WENGI Zhu**, “On Co-Operation By States Not Party to the International Criminal Court”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, 2006, s. 90.

⁵⁰ **BASSIOUNI M. Cherif**, “Explanatory Note on the ICC Statute”, *International Review of Penal Law*, Vol. 71, 2000, s. 4; **EKŞİ**, s. 29; **VERWEIJ Harry**, “The International Criminal Court: Alive, Soon Kicking!”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 25, 2001-2002, s. 738.

⁵¹ **DUGARD John**, “Obstacles in the Way of an International Criminal Court”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 56, 1997, s. 336; **HOLMES John T.**, “The Principle of Complementarity”, *The International Criminal Court The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, (Ed.: Roy S. Lee), Kluwer Law International, Hague 1999, s. 41-42; **NANDA V. P.**, “The Establishment of a Permanent International Criminal Court:

Statünün Giriş bölümünün 6. paragrafında, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren en ciddi suçlardan sorumlu olanlar üzerinde cezai yargı yetkisini kullanmanın her devletin görevi olduğu vurgulanmakta; 10. paragrafta, kurulan mahkemenin ulusal yargı yetkilerini tamamlayıcı nitelikte olacağı belirtilmektedir. Bu çok önemli ilkedен şu esaslar çıkarılabilir⁵²:

- Uluslararası Ceza Mahkemesi, küçük gruplarca işlenmiş ferdi suçları değil, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren en ağır nitelikteki suçları yargılama yetkisine sahip olacaktır.

- Statüde ulusal ceza yargısının Uluslararası Ceza Mahkemesi karşısında üstünlüğü veya önceliğinden açıkça bahsedilmese de, ulusal ceza yargısının önceliği söz konusudur. Çünkü Statüde yer alan bir suç kovuşturma yetkisine sahip olan bir devlet, bu suçlar hakkında ceza kovuşturması yaptığı sürece veya yargılama sonucunda hüküm verdiği takdirde, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından ceza kovuşturması yapılamaz(m. 17/1(a-c), m. 20).

- Statünün 17. maddesinde (fıkra 1-a, b) bu konuda en önemli kurala yer verilmiştir. Buna göre Uluslararası Ceza Mahkemesi, yargılama yetkisini ancak ulusal ceza kovuşturma organlarının suçu ciddi bir şekilde kovuşturma ve yargılamada isteksiz veya yetersiz olması halinde kullanabilecektir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 17/2 ve 17/3. maddelerinde, “isteksiz olma” ve “yetersiz olma” kavramları açıklanmaya çalışılmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi, belirli bir davada isteksizliğin var olup olmadığına, m. 17/2’de belirtilen durumlardan birinin veya daha fazlasının bulunması durumuna göre karar verecektir. Bu durumlar,

- Kullanılmış veya kullanılmakta olan yargılama usullerinin veya ulusal kararın, ilgili kişinin 5. maddede öngörülen suçlardan kaynaklanan cezai sorumluluktan korunması amacıyla kullanılması (m. 17/2(a)),

Challenges Ahead”, Human Rights Quarterly, Vol. 20, 1997-1998, s. 417; **TURHAN Faruk**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi”, Uluslararası Ceza Divanı, (Ed.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 131.

⁵² **TURHAN**, “Yargı Yetkisi”, s. 131-132.

- Söz konusu koşullar altında ilgili kişinin adalet önüne getirilmesi niyetiyle bağdaşmayacak biçimde yargılama usullerinde haklı gösterilemeyecek gecikmeler olması (m. 17/2(b)),

- Yargılama usulleri bağımsız veya tarafsız bir biçimde yürütülmemiş veya yürütülmemekteyse ve mevcut şartlar altında ilgili kişiyi adalet önüne getirilmesi nedeniyle bağdaşmayacak biçimde yürütülmüş ve yürütülmekte olmasıdır (m. 17/2(c)).

Ulusal mahkemelerin sanığı yargılayamadığı veya yargılamak istemediği bu durumlarda, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından bu hususta bir karar verilecektir. Uluslararası Ceza Mahkemesi bunu yaparken, yargılamada sebepsiz yere gecikme olup olmadığı, yargılama yetkisine sahip ulusal mahkemenin bulunduğu ülkenin yargı sisteminde bir çöküş olup olmadığı veya ilgili devletin sanığı koruyacak delilleri toplayacak durumda olup olmadığı gibi ölçütlere başvuracaktır⁵³.

c. Mahkemenin Yargı Yetkisini Kullanmasının Ön Koşulları

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 12/1. maddesi çerçevesinde, Statüye taraf olan her devlet, 5. maddede belirtilen suçlar bakımından, mahkemenin yargı yetkisini otomatik olarak kabul etmektedir. Taraf bir devletin ülkesinde, ister vatandaşı ister yabancı olsun, 5. maddede sayılan suçlar işlenmişse, mahkeme yargı yetkisini kullanabilir. Bu bağlamda, m. 12/2 çerçevesinde mahkemenin yargı yetkisi, “ülkesellik” ve “uyrukluk” kriterlerine dayandırılmaktadır⁵⁴. Burada sözü geçen yabancıların, Statüye taraf olmayan bir devletin vatandaşı olmaları, mahkemenin yargı yetkisine engel teşkil etmemektedir.

Güvenlik Konseyinin, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümüne dayanarak mahkemeye sunduğu durumlarda ise, suçun taraf bir devletin ülkesinde veya onun vatandaşları tarafından işlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, Güvenlik Konseyi gerekli gördüğü durumlarda, “ülkesellik” veya “uyrukluk” kriterlerinin varlıklarını aramaksızın, bir durumu mahkemeye sunabilir.

⁵³ ASLAN, s. 263; BAŞAK, s. 56; EKŞİ, s. 76; STORK, s. 4; ŞEN Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2009, s. 78; WELLER, s. 694.

⁵⁴ EKŞİ, s. 73.

Statüye taraf olmayan devletlerin durumu 12/3. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, taraf olmayan bir devletin ülkesinde ya da ülkesinde kayıtlı gemi veya uçaklarda veya vatandaşları tarafından işlenen 5. madde kapsamındaki suçlarla ilgili olarak, mahkemenin yargı yetkisini kullanabilmesi için, taraf olmayan devletin mahkeme kalemine yapacağı yazılı bildirimle, söz konusu suç üzerinde mahkemenin yargı yetkisini kabul etmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, taraf olmayan devletin bu kabulü yalnızca ilgili suç için geçerlidir.

d. Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren en ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde yargılama hakkını kullanmaya yetkili kılınmıştır (m. 1). Statünün 5. maddesine göre, mahkemenin yargı yetkisine giren en ciddi suçlar, “soykırım suçu”, “insanlığa karşı suçlar”, “savaş suçları” ve “saldırı suçu”dur. Dolayısıyla, Uluslararası Ceza Mahkemesi, bu suçları işleyen gerçek kişiler üzerinde yargılama yetkisine sahip kılınmıştır. Mahkemenin yargı yetkisine giren kişiler, yalnızca gerçek kişilerdir. Bu husus, Statünün 25/1. maddesinde “Mahkeme, gerçek kişiler üzerinde bu Statüye uygun olarak yargı yetkisine sahip olacaktır” ifadesiyle açıkça belirtilmiştir⁵⁵.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 25/2. maddesine göre, mahkemenin yargı yetkisine giren suçları işleyen gerçek kişiler bireysel olarak sorumlu olacaklar ve Statüye uygun bir biçimde cezalandırılacaklardır. Statünün 25/3. maddesine göre, kişinin cezai sorumluluğunu doğuran ve cezalandırılmasına sebep olan durumlar şöyle sıralanmıştır:

- İster bireysel olarak isterse başkaları ile birlikte veya diğer bir kişi vasıtasıyla (diğer kişilerin cezai sorumlulukları olduğu veya olmadığı dikkate alınmadan) Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçu işlemişse (m. 25/3(a));

⁵⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi bu yönü ile gerçek kişiler yanında örgüt ve grupları da yargılama yetkisine sahip olan Nüremberg Mahkemesinin gerisinde kalırken, yalnızca gerçek kişileri yargılama yetkisine sahip olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ile paralellik arz etmektedir.

- Gerçekleşen veya teşebbüs edilen bu tür bir suçun işlenmesini emretmiş, istemiş veya özendirmişse (m. 25/3(b));

- Bu tür suçların işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlenmesi için araçlar sağlamak da dahil, suçun işlenmesine veya işlenme teşebbüsüne yardım etmiş, destek sağlamış veya diğer bir biçimde yardımcı olmuşsa (m. 25/3(c));

- Ortak bir amaç ile hareket eden bir grup kişi tarafından bu tür bir suçun işlenmesine veya işlenme teşebbüsüne diğer bir yolla katkıda bulunmuşsa (m. 25/3(d));

- Soykırım suçu ile bağlantılı olarak, diğerlerini doğrudan ve açık bir biçimde soykırım suçu işlemeye kışkırtmışsa (m. 25/3(e));

- Önemli bir adımın vasıtasıyla icrasını başlatacak eylemde bulunmak suretiyle bu tür bir suçun işlenmesine teşebbüs etmiş ancak kişinin iradesinden bağımsız koşullar nedeniyle suçun gerçekleşmemiş olması durumu söz konusu ise (m. 25/3(f)).

Statünün 30/1. maddesine göre, aksi düzenlenmemişse, kişinin mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçtan sorumlu tutulup cezalandırılabilmesi için maddi unsurların “kasten ve bilerek” işlenmesi gerekmektedir. “Kasten ve bilerek” ifadesinin ne anlama geldiği m. 30/2 ve m. 30/3’de belirtilmiştir⁵⁶. Bununla birlikte, ihmal sorumluluğu da dahil, manevi unsura ilişkin detayları belirleme görevi, ele alacağı davalarla bağlantılı olarak mahkemeye bırakılmıştır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, Statünün 27/1. maddesine göre, failin resmi görevi mahkemenin yargı yetkisini etkilemez. Dolayısıyla, devlet başkanı, hükümet başkanı, hükümet veya parlamento üyeliği gibi herhangi bir resmi görevde bulunmak, cezai sorumluluğun ortadan kalkmasına ya da cezanın indirilmesine neden olmaz.

Bireysel cezai sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler 31. maddede düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, 31. maddede sayılan nedenlerin, ilgili kişinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırabilmeleri için, eylem zamanında mevcut olmaları gerekmektedir.

Bu nedenlerden ilkinin, akıl hastalığı ve akıl sağlığını etkileyen sakatlıklar oluşturmaktadır. Statünün 31/1(a). maddesine göre, kişinin eyleminin hukuka aykırılığını ve doğasını değerlendirme ya da eylemini

⁵⁶ **BOZKURT/KÜTÜKÇÜ/POYRAZ**, s. 650.

hukukun gereklerine uyacak biçimde kontrol etme yeteneğini yok eden akıl hastalığı veya sakatlığına yakalanmış olması, cezai sorumluluğu ortadan kaldıracaktır.

Bir diğer neden zehirleyici madde kullanımınıdır. Statünün 31/1(b). maddesine göre, kişinin eyleminin hukuka aykırılığını veya doğasını değerlendirme ya da eylemini hukukun gereklerine uyacak biçimde kontrol etme yeteneğini yok eden zehirleyici maddenin etkisi altında olması, cezai sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ancak kişi, zehirleyici madde kullanımının sonucu olarak, mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçu oluşturacak eylemde bulunmasının olası olduğunu bildiği veya bu riski dikkate almadığı koşullar altında isteyerek zehirleyici maddenin etkisi altına girmişse, cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Bireysel cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir diğer neden de, “meşru müdafaa”dır. Buna göre, kişinin kendisinin veya diğer bir kişinin veya savaş suçları durumunda kendisinin veya başka bir kişinin hayatta kalması için gerekli olan bir malı ya da askeri bir görevi tamamlamak için gerekli olan bir malı, yakın ve hukuka aykırı bir kuvvet kullanımına karşı korumak için makul olarak giriştiği eylemler, cezai sorumluluğun dışında tutulmaktadır (m.31/1(c)).

31/1. maddede cezai sorumluluğu ortadan kaldıran nedenlerden bir diğeri, “zorunluluk hali”dir. Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçu oluşturduğu iddia edilen bir eylem, kişiye veya diğer bir kişiye karşı yakın ölüm ya da devam eden veya yakın ciddi bedensel zarar tehdidinden ortaya çıkan baskı altında işlenmişse ve kişinin eylemi bu tehditten kaçınmak için gerekli ve makul nitelikteyse, cezai sorumluluğu ortadan kaldıracaktır (m.31/1(d)).

Belirtmek gerekir ki, bu nedenler 31. maddede sayılanlarla sınırlı tutulmamaktadır. Statüde cezai sorumluluğu ortadan kaldıran diğer nedenlere ilişkin hükümlerin de bulunduğu görülmektedir⁵⁷. Şöyle ki, 26. madde çerçevesinde, kişinin 18 yaşın altında olması cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir diğer nedeni oluşturmaktadır. Yine, 22. maddede yer alan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” temel ilkesi çerçevesinde, işlendiği

⁵⁷ EKŞİ, s. 39.

tarihte mahkemenin yargı yetkisine girmeyen suçlardan dolayı cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Statüde yer alan bu nedenlerin, önündeki bir dava bakımından uygulanabilirliğine mahkeme karar verecektir (m. 31/2).

e. Mahkemenin Konu Bakımından Yargı Yetkisi

Belirli suç fiilleri konusunda veya maddi olaylar hakkında bir ceza mahkemesinin yargılama yapabilmesine dayanak oluşturan ve o mahkemenin statüsünde düzenlenmiş olan yetkiye konu bakımından yargı yetkisi denir⁵⁸. Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine dâhil edilen suçlar, andlaşmalar hukuku, uluslararası örf ve adet hukuku, jus cogens ve insan hakları hukukunun birleşimi olarak, 20. yüzyıl boyunca gelişen ve genel kabul gören uluslararası ceza hukuku prensiplerinin birer yansımasıdır.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin konu bakımından yetkisinin kapsamı, Statünün 5. maddesinde belirlenmiştir. Statünün 5. maddesinin 1. fıkrasında, 1. maddeye ve Giriş bölümünün 4. paragrafına paralel olarak, mahkemenin yargı yetkisinin uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren en ciddi suçlarla sınırlı olacağı belirtilmektedir.

Mahkemenin Statüye uygun olarak yargı yetkisine sahip olacağı en ciddi suçlar, “soykırım suçu”, “insanlığa karşı suçlar”, “savaş suçları” ve “saldırı suçu”dur (m. 5). Bunlardan soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları m. 6-8’de tanımlanmıştır. Saldırı suçu konusunda bir tanıma ulaşılamadığı için, mahkemenin bu suç üzerindeki yargı yetkisini tanım yapıldıktan sonra kullanması kabul edilmiştir.

f. Mahkemenin Yer Bakımından Yargı Yetkisi

Statüde mahkemenin yer bakımından yetkisine ilişkin herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yer bakımından yetkisi, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesindeki gibi dar bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, her şeyden önce, Statüye taraf devletlerin ülkesinde veya vatandaşları tarafından işlenen suçlarda yargılama yetkisine sahiptir. Mahkemenin Statüye taraf olmayan devlet ülkesinde işlenen suçlarda yetki kullanabilmesi, Güvenlik Konseyi

⁵⁸ ÇINAR, s. 46.

tarafından mahkeme önüne getirilen durumlar hariç, ilgili devletin yazılı bildirimle mahkemenin yetkisine rıza göstermesi şartına bağlıdır.

Güvenlik Konseyi tarafından mahkeme önüne getirilecek durumlarda taraf bir devletin ülkesinde veya onun vatandaşları tarafından işlenmiş olması ön koşulu aranmaz. Bu durumda mahkeme, Statüye taraf olsun veya olmasın, herhangi bir devletin ülkesinde işlenen suçlarda yetki kullanabilir. Dolayısıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi, Statüde öngörülen koşullara uygun olarak, dünyanın her yerinde işlenen suçlar üzerinde yetki kullanabilecektir⁵⁹.

g. Mahkemenin Zaman Bakımından Yargı Yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi sadece geleceğe yöneliktir. Bu durum, “suç ve ceza yaratan kuralların geçmişe yürütülmemesi” ve “kanunilik” ilkelerinin de doğal bir sonucudur⁶⁰. Bu durum Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 11/1. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Maddeye göre mahkeme, Statünün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi, kişi bakımından yetkisi ile bağlantılı 24. maddede de ele alınmıştır. Bu maddeye göre, hiç kimse Statü yürürlüğe girmeden önce işlemiş olduğu fiillerden dolayı Statü çerçevesinde sorumluluk altına girmeyecektir.

Statünün yürürlüğe girmesinden daha sonraki bir tarihte taraf olan devletlerin durumu, 11/2. maddede düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme, Statü yürürlüğe girdikten sonra taraf olan devletler için, Statünün yürürlüğe girmesinden sonra işlenecek suçlar üzerinde yargı yetkisini kullanabilecektir. Sonradan taraf olacak devletler için Statü, onay, kabul veya katılım belgesinin depo edilmesini takip eden 60 gün sonraki ayın ilk gününden itibaren yürürlüğe girecektir (m. 126/2). Ancak söz konusu devlet, m. 12/3 çerçevesinde beyanda bulunmuşsa, Statü bu devlet için yürürlüğe girmeden, mahkemenin yargı yetkisini kullanabilmesi mümkündür.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, “geçmişe yürümezlik” ilkesini benimsemekle, çağdaş uluslararası ceza mahkemeleri tarihinde bir ilki

⁵⁹ EKŞİ, s. 59.

⁶⁰ BASSIOUNI, s. 9.

gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu durum, Uluslararası Ceza Mahkemesinin “tabi hâkim ilkesi”ne uygun bir mahkeme niteliğine sahip olduğunu da göstermektedir.

5. YARGI YETKİSİNİN İŞLEYİŞİ

a. Mahkemeye Bir Durumun Sunulması

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 5. maddesinde belirlenen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmesi durumunda, taraf bir devlet (m. 13/a) veya Güvenlik Konseyi tarafından mahkemeye başvurulabilir. Taraf bir devlet veya Güvenlik Konseyi tarafından sunulan bu duruma ilişkin olarak Savcı, işlem başlatmak için “makul bir neden” olduğu kanısına varırsa, soruşturma başlatabilir (m. 53/1). Ayrıca m. 13/c ve m. 15’e göre, mahkeme Savcısı Ön Soruşturma Dairesinin onayını aldıktan sonra, belirtilen suçlarla ilgili soruşturma yapabilecektir.

i. Taraf Bir Devletçe Sunulması

Statüye taraf bir devlet, 5. maddede sayılan suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmesi durumunda, olayın soruşturulması isteği ile mahkeme Savcısına başvurabilecektir (m. 13/a ve 14/1). Taraf devlet başvurusunda, suçla ilgili koşulları açıkça belirtecek ve destekleyici delilleri başvurusuna ekleyecektir.

ii. Güvenlik Konseyi Tarafından Sunulması

Statünün 13/b. maddesine göre, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 5. maddede belirtilen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmiş görüldüğü bir durumda, bu durumu Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde hareket ederek mahkeme Savcısına gönderme yetkisine sahiptir.

Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 13/b maddesi birlikte değerlendirildiğinde, Güvenlik Konseyinin mahkemeye başvurabilmesi için öncelikle, 5. maddede belirlenen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmiş görüldüğü durumun, barışı tehdit ettiği, bozduğu veya saldırı fiili teşkil ettiği tespitinde bulunması gerekir⁶¹. Güvenlik Konseyi bu tespiti yaptıktan sonra, söz konusu suçlarla ilgili olarak Uluslararası Ceza Mahkemesine başvurulmasını gerekli görebilecektir.

⁶¹ EKŞİ, s. 68.

Konseyin bu yönde vereceği kararın Birleşmiş Milletler Andlaşmasındaki dayanağını, silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen tedbirlere ilişkin 41. madde oluşturabilir. Zira, 41. maddede belirlenen tedbirler sınırlayıcı nitelikte değildir. Güvenlik Konseyine, sayılanların dışında tedbirler kararlaştırma yetkisi de verilmiştir.

Güvenlik Konseyinin, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 5. maddesinde belirlenen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmesine ilişkin durumun mahkeme Savcısına gönderilmesi kararı, daimi üyelerin aynı yöndeki oyları da dâhil 15 üyeden 9'unun olumlu oyu ile alınacaktır (Birleşmiş Milletler Andlaşması m. 27). Birleşmiş Milletler uygulamasına bakıldığında, daimi üyelerden birinin çekimser kalması veya oylamaya katılmaması karar alımına engel teşkil etmeyecek; ancak daimi üyelerden birinin olumsuz oy kullanması halinde bu tür bir karar alınamayacaktır⁶².

Belirtmek gerekir ki, Güvenlik Konseyinin başvurusu hususunda mahkeme, m. 12/2'de açıklanan, suçun taraf bir devletin ülkesinde veya vatandaşları tarafından işlenmiş olması ön koşuluna bağlı olmayacaktır.

iii. Savcının Re'sen El Koyması

Mahkeme Savcısının re'sen soruşturma başlatma yetkisi, Statünün 15. maddesinde düzenlenmiştir. Statünün 15/1. maddesinde, Savcının mahkemenin yargı yetkisine giren suçlarla ilgili eldeki bilgilere dayanarak, kendi inisiyatifiyle (proprio motu) soruşturma başlatabileceği düzenlenmiştir. Yapacağı araştırma sonucunda Savcı, soruşturma yürütmek için makul nedenler bulunmadığı gerekçesiyle herhangi bir girişimde bulunmayabileceği gibi (m. 15/6), makul nedenler bulunduğu sonucuna vararak soruşturma için girişimlerde de bulunabilecektir. Soruşturma yürütmek için makul nedenlerin bulunduğu sonucuna varan Savcı, elindeki destekleyici materyallerle birlikte Ön Soruşturma Dairesine başvurarak soruşturma yetkisi talebinde bulunacaktır (m. 15/3).

Talebi inceleyen Ön Soruşturma Dairesi, soruşturmayı sürdürmek için makul nedenlerin bulunduğu ve davanın mahkemenin yetki alanına girdiği kanısına varırsa, Savcıya soruşturma için yetki veren bir karar alacaktır (m. 15/4). Eğer Ön Soruşturma Dairesi soruşturmayı sürdürmek

⁶² EKŞİ, s. 68.

için makul nedenlerin bulunmadığı kanısına varırsa, Savcının talebini reddeden bir karar kabul edecek (m. 15/5) ve fakat bu karar Savcının yeni gerekçelere veya delillere dayanarak aynı durumla bağlantılı olarak yeniden soruşturma talebinde bulunmasına engel teşkil etmeyecektir.

15. madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Savcıya verilen yetkinin, gerçek anlamda kendi inisiyatifiyle soruşturma başlatma ve yürütme yetkisi olmadığı, soruşturma için bir ön inceleme yetkisi olduğu ve bu yetkinin birtakım güvencelerle dengelendiği görülmektedir⁶³. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, Savcının soruşturmaya devam edip, konuyu Uluslararası Ceza Mahkemesinin gündemine taşıyabilmesi için, Ön Soruşturma Dairesinin onayını alması gerekmekte, aksi takdirde konu, Uluslararası Ceza Mahkemesinin incelemesine tabi olmamaktadır.

b. Güvenlik Konseyinin Erteletme Yetkisi

Statünün 16. maddesine göre, Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın VII. Bölümüne dayanarak aldığı bir kararla, mahkemeden bir soruşturma veya kovuşturmanın 12 ay ertelenmesini isteyebilecektir. Bu karar yalnızca 12 aylık bir dönem için geçerli olacaktır. 12 ayın sonunda durum Güvenlik Konseyinin gündeminde kalmaya devam ediyorsa, Güvenlik Konseyi VII. Bölüm çerçevesinde alacağı yeni bir kararla 12 aylık bir dönem daha soruşturma ve kovuşturmanın ertelenmesini talep edebilecektir.

Konseyin bu kararının VII. Bölüm uyarınca alınması öngörüldüğünden, daimi üyeler de dâhil 15 üyeden 9'unun olumlu oyu gerekecektir. Daimi üyelere herhangi biri söz konusu kararı veto edebilecektir.

c. Davanın Kabul Edilmezliği

Statünün 17. maddesinin 1. fıkrasında, mahkeme önüne getirilmiş bir davanın dört durumda kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.

Bu durumlardan ilki, Uluslararası Ceza Mahkemesinin önüne getirilen davanın, üzerinde yargılama hakkı olan devlet tarafından soruşturulmakta veya kovuşturulmakta olmasıdır (m. 17/1(a)).

⁶³ Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargı yetkisinin işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **AKSAR Yusuf**, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku, Ankara 2003; **ASLAN**, s. 240-260; **EKŞİ**, s. 71; **ÖNOK**, s. 204.

Tamamlayıcılık ilkesi çerçevesinde önceliğin ulusal mahkemelere ait olması, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetki kullanmasına engel teşkil edecektir. Ancak bu engel mutlak nitelikte değildir. Şöyle ki, ilgili devletin soruşturmayı veya kovuşturmayı yürütmede isteksiz veya yetersiz olması durumlarında Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisini kullanabilecektir (m. 17/1(a)).

Kabul edilmezliğe ilişkin ikinci durum, davanın, yargılama hakkı olan devlet tarafından soruşturulmuş ve ilgili kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiş olmasıdır (m. 17/1(b)). Bu durumda da ilgili devletin kovuşturma yapmada isteksiz veya yetersiz olması, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini kullanabilmesinin yolunu açacaktır. Kabul edilmezlik nedenlerinde bahsedilen “isteksizlik” ve “yetersizlik” durumlarını Uluslararası Ceza Mahkemesi değerlendirecektir.

Kabul edilmezliğe ilişkin üçüncü durum, şikâyete konu olan fiilden dolayı ilgili kişinin daha önce yargılanmış olmasıdır (m. 17/1(c)). Bu hüküm, ceza hukukunun “hiç kimse aynı fiilden iki defa yargılanamaz” (non bis in idem) ilkesinin uzantısıdır⁶⁴. Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılamama kuralı mutlak değildir. İlk istisna, diğer mahkemenin yargılamasının, ilgili kişinin cezai sorumluluktan kurtarılması amacını taşıması durumudur (m. 20/3(a)). İkinci istisna ise, diğer mahkemenin yargılamasının uluslararası hukuk tarafından kabul edilen usule ilişkin normlara uygun olarak veya ilgili koşullar altında söz konusu kişinin adalet önüne getirilmesi niyetiyle bağdaşır bir biçimde yürütülmemesi durumudur (m. 20/3(b)). Bahsedilen bu iki istisnai durumda, Uluslararası Ceza Mahkemesi aynı suçtan dolayı ilgili kişiyi tekrar yargılayabilecektir.

Kabul edilmezliğe ilişkin dördüncü durum, şikâyet konusu olayın mahkeme tarafından daha ileri yargısal süreci gerektirecek yeterli önemde görülmemesidir (m. 17/1(d)). Bu hüküm çok genel niteliktedir ve böyle bir kararı alırken mahkemeyi sınırlayan herhangi bir husus bulunmamaktadır.

⁶⁴ EKŞİ, s. 76.

d. Yargı Yetkisine İtiraz

Uluslararası Ceza Mahkemesi, önüne getirilen bir davada yargılama yetkisine sahip olup olmadığına kendisi karar verecektir. Bununla birlikte, mahkemenin kabul edilebilirlik kararına veya yargı yetkisine itiraz yolu açık tutulmuştur. Statünün 19/2. maddesine göre itirazda bulunabilecekler,

- Tutuklama veya mahkemede bulunma çağrı kararı bulunan sanık veya kişi,

- Kendisinin söz konusu dava hakkında soruşturma veya kovuşturma yapmakta olduğu ya da yapmış olduğu gerekçesine dayanan dava üzerinde yargı yetkisine sahip devlet,

- m. 12/3 uyarınca mahkemenin yargı yetkisini kabul etmesi gereken taraf olmayan devlettir.

Davanın kabul edilebilirliğine veya mahkemenin yargı yetkisine yalnızca bir kez, ikinci fıkrada belirtilen kişi veya devletler tarafından itiraz edilebilir (m. 19/4). Bu çerçevede, kural olarak, eğer sanık davanın kabul edilebilirliğine veya mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmişse, ilgili devletler itirazda bulunmayacaklardır.

Davanın kabul edilebilirliğine veya mahkemenin yargı yetkisine yapılacak itirazın zamanı m. 19/4'te düzenlenmiştir. İtiraz kural olarak ya mahkeme başlamadan önce ya da yargılamanın başında yapılacaktır. Yapılacak itirazlar yalnızca m. 17/1(c)'de belirtilen, "bir kimse aynı suçtan dolayı iki defa yargılamaz" kuralına ilişkin gerekçeye dayandırılacaktır. M. 19/2'de sözü edilen devletler tarafından yapılacak itirazlarda mahkeme, itiraz hakkında karar verene dek, yürütülen soruşturma Savcı tarafından askıya alınacaktır (m. 19/7). Ancak itiraz edilmesi, itirazdan önce Savcı veya mahkeme tarafından yapılmış herhangi bir işlemin geçerliliğini etkilemeyecektir (m. 19/9).

Uluslararası Ceza Mahkemesi, eğer itirazları reddederse, itirazda bulunan kişi veya devlete Temyiz Dairesine başvurma hakkı tanınmıştır. Temyiz Dairesi de davanın kabul edilebilir olmadığına karar verirse mahkeme yargı yetkisini kullanamayacaktır.

e. Uygulanabilir Hukuk

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 21. maddesi, mahkemenin uygulayacağı hukuka ayrılmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde kaynaklar arasında hiyerarşi mevcuttur. Şöyle ki,

m. 21/1(a)'ya göre, mahkemenin uygulayacağı hukuk kurallarının başında “Statü”, “Suçun Unsurları” ve “Usul ve Delil Kuralları” gelmektedir.

Mahkemenin uygulayacağı hukuk kurallarının ikinci sırasında uygun düştüğü ölçüde, uygulanabilir andlaşmalar ve uluslararası silahlı çatışma hukukunun yerleşmiş ilkeleri de dâhil, uluslararası hukukun ilkeleri ve kuralları yer almaktadır (m. 21/2(b)).

Üçüncü sırada, yukarıda belirlenen kaynaklar bulunmadığı veya bunlarla sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde, mahkemenin dünyanın hukuk sistemlerindeki ulusal kanunlarından çıkardığı hukukun genel ilkeleri yer almaktadır (m. 21/2(c)). Ancak bunların Statü ve uluslararası hukuk ile uluslararası tanınmış norm ve standartların ilkelerine uygun olmaları şartı getirilmektedir.

Statünün 21/2. maddesinde, mahkemenin kendi içtihadına da dayanabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca mahkemenin uygulayacağı veya yorumlayacağı hukuk, uluslararası insan hakları kurallarına uygun olmalı ve ayırım gözetici bir temele dayanmamalıdır.

III. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE ULUS-DEVLET EGEMENLİĞİ

A. ULUSLARARASI ALANDA İNSAN HAKLARININ KAZANDIĞI BOYUT

İnsan hakları, uzun bir zaman devletlerin iç meselesi olarak kabul edilmiş; bireyler kendi hak ve hürriyetlerini, uluslararası toplumun herhangi bir yardım ve desteği olmaksızın, bizzat kendi gayretleri ile elde etmek ve korumak mecburiyetinde kalmışlardır. Bunun sebebi ise, uluslararası hukukun suje olarak yalnızca devletleri kabul etmesi ve devletlerin de egemenliklerine sıkı sıkıya bağlı olmalarıdır⁶⁵.

Devletlerin egemenliklerine bu şekilde sıkı sıkıya bağlı olmaları, kimi durumlarda, bireyin özgürlüğünü yok etmekle özdeş olabileceğinden⁶⁶, bireyin özgürlüğüne verilen önem ölçüsünde,

⁶⁵ ÖZMAN, s. 106.

⁶⁶ EROĞUL Cem, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003, s. 211.

demokratik rejimlerde egemenliğin sınırlı olması bir zorunluluk halini almıştır. Hukuk devleti ilkesinin etkisi ile birlikte iç hukukta karşımıza çıkan bu yeni özellik ve bu noktada egemenliğin yaşadığı dönüşüm, II. Dünya Savaşından sonra dış egemenlik alanında da kendisini göstermiştir. O tarihten bu yana devletlerin egemenliği, insan hakları alanında hem sınırlandırılmakta, hem de devletlerin bu alanlardaki bağımsızlığı ciddi biçimde aşınmaya uğramaktadır⁶⁷.

İnsan haklarının II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası alana taşınması, adeta bir devrim niteliğindedir. İnsan hakları konusunda yaşanan bu gelişme ile birlikte, artık bir devletin, kendi vatandaşlarına karşı olan muamelesi konusunda uluslararası topluma hesap vermesi, adeta bir zorunluluk halini almaktadır. Bugün gelinen noktada, insan hakları açısından uluslararası hukukun iç hukuku geride bıraktığı söylenebilir. Dolayısıyla artık uluslararası hukuk, bir devlete yönelik olarak daha etkin, denetimci ve müdahaleci bir görev üstlenmiş durumdadır⁶⁸.

Sonuç olarak, günümüzde insan haklarının devletlerin egemenliğini etkilediği açıktır. Bu sayede, zaten iç hukukta sınırlandırılmış olan egemenlik, dış egemenlik alanında da uluslararası insan hakları hukuku ile sınırlandırılmaktadır. Bundan böyle insan hakları, 1945 öncesinde olduğu gibi, kesinlikle bir devletin iç sorunu olarak görülemez. Bu bağlamda, yukarıda da belirtildiği gibi, günümüzde gelinen noktada insan hakları, devletlerin egemenliğini uluslararası alanda da meşrulaştıran bir ilke olarak ortaya çıkmış durumdadır⁶⁹.

⁶⁷ **HAKYEMEZ**, s. 267.

⁶⁸ **AKILLIOĞLU Tekin**, İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 1995, s. 70.

⁶⁹ **ERÖZDEN Ozan**, “Uluslararası Adalet ve İç Siyaset: Egemen Ulus-Devletlerin Uluslarüstü Yargı Organlarıyla İlişkileri-Hırvatistan Örneği”, Toplum ve Bilim, S. 87, Kış 2000-2001, s. 117; **HAKYEMEZ**, s. 276.

B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ÖNCESİ DÖNEM VE ULUS-DEVLET EGEMENLİĞİ

1. NÜREMBERG VE TOKYO ULUSLARARASI ASKERİ CEZA MAHKEMELERİ VE ULUS-DEVLET EGEMENLİĞİ

Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri, uluslararası nitelikte bir ceza yargılamasının ilk ve en iyi örneklerini teşkil etmeleri ve politik istek ve gerekli kaynaklar mevcut olduğu takdirde uluslararası nitelikte bir ceza mahkemesinin kurulmasının mümkün olduğunu göstermek bakımından son derece önemlidirler⁷⁰. Mahkemelerin, evrensel insan hakları idealinin gerçekleştirilmesi yönünde atılmış büyük bir adım olduğu ve Statülerinin daha sonra kurulan tüm uluslararası ceza mahkemelerinin Statülerine emsal ve çıkış noktası oluşturduğu da bir gerçektir.

Bununla birlikte, Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemelerine devlet egemenliği yönünden ihtiyatlı yaklaşılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemeleri esas itibarıyla, insanlığa ve barışa karşı işlenen suçlarla, savaş suçlarını kovuşturma yetkisine sahip kılınmış olup, bu tür suçları, ulusal mahkemelerin yerine yargılamak üzere oluşturulmuştur.

Bu bağlamda, mahkemelerin işleyişinin, devlet egemenliği bakımından yol açtığı başlıca sonuç; belirli nitelikteki suçların, devlet yargısı dışında cezalandırılıp müeyyideye tabi kılınmış olmasıdır. Nüremberg Mahkemesine göre, insan hakları konusunda artık, devletlerin stratejik çıkarlarını tek başlarına belirlemeleri imkansızdır. Böyle bir yaklaşımla bir taraftan, insan hakları politikalarının yalnızca söz konusu devletleri ilgilendiren bir konu olmadığı benimsenmiş olurken, diğer taraftan bu tür suçların cezalandırılmasıyla, uluslararası kamu düzeninin sağlanması arasında da bir bağlantı kurulmuştur⁷¹. Yargı işlevi bakımından ulusallığın sorgulanması anlamına gelen bu durumun, devlet

⁷⁰ **AZARKAN Ezeli**, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y. 1, S. 1, Ocak-Mart 2004, s. 59; **ÇINAR**, s. 12; **EKŞİ**, s. 5; **ESER Albin**, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri”, (Çev.: Faruk Turhan), Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 8; **TÖNGÜR**, s. 5.

⁷¹ **SUNAY Reyhan**, Tartışılan Egemenlik, Ankara 2007, s. 283.

egemenliği yönünden karşılığı ise, yetki alanındaki daralma olarak belirlemektedir⁷².

Belli bir coğrafi alan içerisinde meydana gelen uyuşmazlıkların, kesin (nihai) olarak çözülebilmesi, egemen bir devlet olmanın yargı yetkisi bakımından ortaya çıkan temel göstergelerinden biri ise, Nüremberg örneğinde, devletin egemenliğine açık bir müdahale olduğu tartışmasızdır. Zira, Nüremberg Mahkemesi, söz konusu suçları işleyen kişileri, ulusal mahkemelerin yerine geçerek yargılamıştır.

Başka bir deyişle, söz konusu uluslararası mahkemelerin yargılama yetkisine konu oluşturan suçları işleyen kişiler, ulusal mercilerde yargılanamamaktadır. Dolayısıyla, egemen devletler, isteseler ve yeterli olsalar dahi, bu tip suçları işleyen kişileri yargılayamayacaklardır. Söz konusu mahkemelerle, belirli konularla ve belirli bir zaman dilimiyle sınırlı da olsa, devletlerin egemenliklerinden kaynaklanan yargılama yetkisine sınırlama getirilmektedir.

2. ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ, RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE ULUS-DEVLET EGEMENLİĞİ

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin en önemli özelliklerinden biri, mahkemenin kovuşturma amacıyla zorunlu birtakım yetkilerle donatılarak bütün devletler karşısında **uluslarüstü** bir otorite taşıması ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ulusal mahkemeler arasında “**yarışan yetki**”nin söz konusu olmasıdır. Statüye göre, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ulusal mahkemeler, 1 Ocak 1991’den beri eski Yugoslavya ülkesinde işlenmiş olan ağır uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu kişileri kovuşturmada yarışan yetkiye sahiptir (m. 9/1).

Statüye göre mahkeme, ulusal mahkemeler karşısında öncelik hakkına sahiptir (m. 9/2). Ulusal mahkemelerin kararları, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni bağlamaz. Bir kişinin mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı ulusal mahkemelerce mi yoksa Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından mı yargılanacağına Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi karar

⁷² SUNAY, s. 283.

verir⁷³. Buna göre, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, yargılamanın herhangi bir aşamasında, ulusal mahkemede devam eden davanın, kendi yargılama alanı içine devredilmesini talep edebilir. Bu durumda, ulusal mahkemenin görevsizlik kararı vermesi ve davayı Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine devretmesi gerekir⁷⁴.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanan kişilerin, aynı suçlar nedeniyle ulusal mahkemeler tarafından hiçbir şekilde yargılanmaları mümkün olmadığı gibi; mahkemenin iadesini istediği kişi vatandaş bile olsa, devletler bu kişiyi iade etme yükümlülüğüne tabi bulunmaktadır⁷⁵. Dolayısıyla sadece, eski Yugoslavya ülkesinde kurulanlar değil, diğer bütün devletler de uluslararası mahkeme karşısında yükümlülük altında bulunmaktadır. Bunun hukuksal dayanağını, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü ve buna dayanılarak alındığı belirtilen 1993 tarihli ve 827 sayılı karar oluşturmaktadır. Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, Mahkemenin doğrudan doğruya uygulayabileceği bir yaptırım bulunmayıp, bunun sadece Güvenlik Konseyine bildirilmesi yolu öngörülmektedir.

İnsanlık hukukuna yönelik ağır ihlallere, ulusal yargı dışında yaptırım uygulanması anlamına gelen böyle bir gelişme, devletlerin egemenlik alanlarını önemli ölçüde daraltmaktadır. Zira, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, ulusal yargılama yetkisini tamamen yok sayabilmekte; devletin egemenliğinden kaynaklanan en önemli yetkilerinden biri olan yargılama yetkisini elinden alabilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, ulusal mahkemelerin yargılama yapıp yapamayacağına Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi karar vermektedir.

⁷³ BAŞAK, s. 40; RUDOLF, s. 668; TOMUSCHAT Christian, “International Criminal Prosecution: The Precedent of Nuremberg Confirmed”, The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, (Ed.: Clark S. Roger/Sann Madeleine), New Jersey 1996, s. 24; TÖNGÜR, s. 11.

⁷⁴ MURPHY, s. 64.

⁷⁵ SUNAY, s. 284.

Halbuki, egemen bir devlet olmanın temel göstergelerinden biri, sınırları içinde meydana gelen uyuşmazlıkları nihai olarak çözebilme yetkisine sahip olmaktır. Kural olarak, egemen bir devlet, sınırları içinde işlenen bir suç hakkında yargılama yapma yetkisine sahiptir. Bu yetkiye, bir başka devlet veya bir uluslararası örgüt tarafından el konulması mümkün değildir. Ancak, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi örneğinde, bu kuralla taban tabana zıt bir uygulama karşımıza çıkmaktadır. İlgili devletler, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine giren konularda, yargılama yapıp yapmayacaklarına dahi kendileri karar veremeyeceklerdir. İlgili devletin yargılama yapması ihtimalinde, yargılama herhangi bir aşamada Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından durdurulabileceği gibi, verilen karar da uluslararası mahkemeyi bağlamayacaktır. Dolayısıyla, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin bu öncelik hakkı, ulus-devlet egemenliğini önemli ölçüde sınırlandırmaktadır.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin ulusal yargı yetkisiyle ilişkisi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinde olduğu gibidir. Bu bakımdan, uluslararası mahkeme ile ulusal mahkemeler arasında **yarışan yetkinin** söz konusu olduğu ve dolayısıyla Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisinin öncelikli olduğu (m. 8/2) ve bu durumun, yukarıda belirtilen gerekçelerle, ilgili devletlerin egemenlik alanlarını daralttığı söylenebilecektir⁷⁶.

C. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN ULUS-DEVLET EGEMENLİĞİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. GENEL OLARAK

Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulması çağdaş uluslararası hukukta gerçek bir devrim olarak görülebilir. 17 Temmuz 1998'de bir uluslararası andlaşma ile kabul edilen ve 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, uluslararası cezai yargının gelişmesinde niteliksel yönden yeni bir adım oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk tarihinde ilk kez, evrensel yargıyı, ulusal düzeyde ad hoc prosedürlerin, uluslararası düzeyde ise ad hoc mahkemelerin oluşturduğu geleneksel sınırların çok ötesine taşıyan, daimi ve bağımsız

⁷⁶ RUDOLF, s. 669.

bir yargısal birim kurulmuştur⁷⁷. Bununla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesinin varlığının ve işleyişinin devlet egemenliğini nasıl etkilediği hususu son derece önemlidir.

Kurulması yönündeki çabalar çok daha geriye götürülebilmekle birlikte, Mahkemenin ancak 2002’de yürürlüğe girebilmesi; gerçekte çoğu devletin, yargı alanındaki egemenlik yetkilerini böylesine bir mahkeme lehine daraltmaya henüz hazır olmadıklarının bir göstergesidir. Zira, Mahkemenin kurulmasına ilişkin Andlaşma metninde, devlet egemenliğine kısıtlama getiren hükümler yer almaktadır. Ancak bunun yanında, Mahkemenin yetkisini kısıtlayan ve otoritesini zayıflatan hükümler de bulunmaktadır. Bu itibarla söz konusu metnin, “ulusal egemenlik yanlısı” devletler ile “uluslararası yargı otoritesi taraftarı” devletler arasındaki karşılıklı uzlaşmaların ve ödünlerin bir ürünü olarak ortaya çıktığı görülmektedir⁷⁸.

2. “ÜLKESELLİK” KRİTERİ

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yapabilmesi için, suçun taraf bir devletin ülkesinde veya taraf bir devletin vatandaşı tarafından işlenmiş olması gerekir. Bu bağlamda, m. 12/2 çerçevesinde, mahkemenin yargı yetkisi, “ülkesellik” ve “uyrukluk” kriterlerine dayandırılmaktadır. Mahkeme, uyrukluk esası gereğince Andlaşmaya taraf ülkelerin vatandaşlarını; ülkesellik esası gereğince de uyrukluğu ne olursa olsun, taraf devlet ülkesinde suç işleyen kişileri, bunların konumlarını ve bağışıklıklarını dikkate almaksızın yargılayabilecektir⁷⁹.

⁷⁷ **GILLIGAN Michael J.**, “Is Enforcement Necessary for Effectiveness? A Model of the International Criminal Regime”, International Organization, Vol. 60, No. 4, October 2006, s. 938; **KÖCHLER Hans**, Küresel Adalet mi, Küresel İntikam mı?, (Çev.: Funda Keskin/Erdem Denk), İstanbul 2004, s. 286-287; **RUDOLPH Christopher**, “Constructing an Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals”, International Organization, Vol. 55, No. 3, Summer 2001, s. 678.

⁷⁸ **SUNAY**, s. 286.

⁷⁹ **KOBRICK Eric S.**, “The Ex Post Facto Prohibition and the Exercise of Universal Jurisdiction over International Crimes”, Columbia Law Review, Vol. 87, No. 7, November 1987, s. 1519.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yapabilmesi için bir ön koşul olarak karşımıza çıkan “ülkesellik kriteri”, resmi görevleri ne olursa olsun, taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının da Uluslararası Ceza Mahkemesinin ceza soruşturmasına veya yargılamasına tabi olabilecekleri bir senaryoyu mümkün kılmıştır. Taraf olmayan devletler, belirli koşullar altında, kendileri hukuksal olarak andlaşmayla bağlı olmasalar dahi, Roma Statüsü hükümlerinden etkilenebileceklerdir.

Ülkesellik kriterinin Roma Statüsüne yerleştirilmesi, zanlının uyrukluğuna ne olursa olsun, bir taraf devlet ülkesinde suç işlendiği zaman, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, görülmektedir ki, ülkesellik ilkesi, ulusal egemenlik konusunda etkili bir kısıtlama getirmektedir. Çünkü, bazı durumlarda, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisi ulus-devletin yetkisinin yerini alabilir. Son aşamada bu durum, Statüye taraf olmayan devletler üzerinde, “bir dış iradenin” zorla kabul ettirilmesi ile sonuçlanabilir.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin taraf olmayan devletlerin yurttaşlarını yargılama yetkisi söz konusu olduğunda, ulusal egemenliğin algılanmasında büyük bir değişimden söz etmek mümkündür. Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini düzenleyen hükümlere göre, bir devletin cezai yargı yetkisi biçimindeki ulusal egemenlik, yerini bazı belirli konularda Uluslararası Ceza Mahkemesine bırakmak zorunda kalacaktır. Roma Statüsündeki normlar bütünü, cezai yargılamanın belirli yönleri açısından Uluslararası Ceza Mahkemesini ulus-devlete karşı uluslararası, kısmen uluslararası egemen otoriteyi temsil eden bir birim haline getirmektedir⁸⁰.

İlk bakışta, suçtan birinci derecede etkilenecek ülkenin, suçun topraklarında işlenen ülke olacağına hakkaniyete uygun olduğu düşünülebilir. Ancak, bu durumda da, bir vatandaş, devletin tanımadığı bir uluslararası mahkemede yargılanacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesinin ulusal egemenlik tartışmalarını en üst noktaya taşıyan özelliği budur.

⁸⁰ **KÖCHLER**, s. 289-290.

3. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN ULUSAL YARGI YETKİLERİYLE İLİŞKİSİ: TAMAMLAYICILIK İLKESİ

Yargı yetkisinin, ulusal mahkemeler karşısında ikincil ya da tali nitelikte olması anlamına gelen tamamlayıcılık ilkesi uyarınca, yargılama konusu olay, “gerçek bir soruşturma ya da yargılama yapmaya isteksiz veya yetersiz olmamak koşuluyla, yargı yetkisine sahip bir devlet tarafından soruşturuluyor ya da yargılanıyorsa”, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi devreye girmeyecektir. Dolayısıyla Mahkemenin yetkisi ancak, ulusal cezai yargı, “isteksizlik” ya da “yetersizlik” (m. 17) gibi nedenlerle işleyemediği zaman devreye girecek ve istisnai bir durum arz edecektir. Bu durumda, bütün ülkelerin, soruşturma ve kovuşturmalarını gerektiği biçimde yapmaları halinde, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetki kullanması söz konusu olmayacağından, ilk bakışta devletlerin egemenlik alanlarında da herhangi bir daralmanın olmayacağını ileri sürmek mümkündür⁸¹.

İlk bakışta, Uluslararası Ceza Mahkemesinin devletlerin yargı yetkisi karşısındaki “açık kapatici” bu konumu normaldir; çünkü, devletin egemenliğinin bir sonucu olarak, her devlet, ülkesinde ya da bir şekilde yargı yetkisi dahilinde gerçekleşen suçlar bakımından, yargılama yapma hakkına sahiptir. Kaldı ki, genellikle ulusal yargı sistemleri, uluslararası sistemlerden daha gelişkin, hızlı ve etkindirler. Bunun nedeni, ulusal düzeyde işlemlere katılan kişilerin yerleşmiş bir hukuk sistemi çerçevesinde çalışmaları, belirgin ve gelişmiş bir maddi hukuka dayanmaları, sarıh yargılama kurallarından yararlanmaları, açıkça belirlenmiş ve infaz yöntemleri hazır olan cezalara sahip olmaları ve dil ile kültür sorunları yaşamamalarıdır⁸². Bu bakımdan, etkin ve adil bir yargılama yapma konumunda oldukları sürece, ulusal yargı mercilerine öncelik verilmesi ihtiyaçlara uygundur.

Statünün 17. maddesinde (fıkra 1-a, b), bu konuda son derece önemli bir kurala yer verilmiştir. Buna göre Uluslararası Ceza Mahkemesi, yargılama yetkisini ancak ulusal mercilerin suçu ciddi bir

⁸¹ SUNAY, s. 287-288.

⁸² NSEREKO Daniel D. Ntanda, “The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues”, Criminal Law Forum, Vol. 10, No. 1, 1999, s. 114.

şekilde kovuşturmada isteksiz veya yetersiz olması halinde kullanabilecektir. 17. maddedeki bu düzenlemeye göre, ulusal mahkemelerin sanığı yargılayamadığı veya yargılamak istemediği durumlarda, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından bu hususta bir karar verilecektir. Uluslararası Ceza Mahkemesi bunu yaparken, yargılamada sebepsiz yere gecikme olup olmadığı, yargılama yetkisine sahip ulusal mahkemenin bulunduğu ülkenin yargı sisteminde bir çöküş olup olmadığı veya ilgili devletin sanığı koruyacak delilleri toplayacak durumda olup olmadığı gibi ölçütlere başvuracaktır⁸³.

Ulusal cezai yargının “isteksiz” ya da “yetersiz” olup olmadığına Uluslararası Ceza Mahkemesinin karar vereceği dikkate alındığında, Mahkemenin elinde önemli bir takdir yetkisi bulunduğu ve bu yetkinin kullanış tarzının, devletlerin egemenliği ve yetki alanlarının kapsamı bakımından önemli sonuçlar meydana getirebileceği ortaya çıkmaktadır.

Bu bakımdan, “kabul edilebilirlik koşulları”nı düzenleyen 17. madde hükümleri, Uluslararası Ceza Mahkemesinin konumunu ve yargı otoritesini pekiştirici bir özellik taşıyabilmektedir. Çünkü, Mahkeme ilgili hükümlere dayanarak, gerçek bir yargılama yapıp yapılmadığını belirleyip, devletlerin ulusal yargıları üzerinde bir tür “nihai hakem” olarak hareket edebilmektedir⁸⁴. Devletler, soruşturma ya da yargılama açısından başarısız kabul edildikleri takdirde, Uluslararası Ceza Mahkemesi, otomatik olarak, dava üzerinde yargı yetkisi kazanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu süreçte, ulusal düzeydeki yargısal işlemleri değerlendiren ve cezai yargılama standartlarını belirleyen taraf, ilgili ulusal otorite değil, Uluslararası Ceza Mahkemesi olmaktadır⁸⁵. Kendi yargısal yetkisi konusunda karar verme ve devletin yargısal performansı hakkında hakem olma özellikleri mahkemenin tamamlayıcı olma niteliğini önemli ölçüde değiştirmekte ve devletle mahkeme arasında normatif çerçevede dikey bir ilişki kurmaktadır⁸⁶.

⁸³ ASLAN, s. 263; BAŞAK, s. 56; EKŞİ, s. 76.

⁸⁴ SUNAY, s. 288.

⁸⁵ GLASIUS Marlies, The International Criminal Court, A Global Civil Society Achievement, London 2005, s. 47-48; KÖCHLER, s. 296; SUNAY, s. 288.

⁸⁶ KÖCHLER, s. 356.

Dolayısıyla, tamamlayıcılık ilkesiyle ulusal egemenliğe yönelik bir sınırlama getirmez görünen mahkeme, devletin iç işlerine karışılmasına alet edilme riskini büyük ölçüde taşımaktadır⁸⁷.

Sonuç olarak, devletlerin egemenlikleri konusundaki hassasiyetlerini tatmin etmek amacıyla Statüde yer verilen “tamamlayıcılık ilkesi” ayrıntılı olarak incelendiğinde, bu ilkenin devletlerin egemenliklerini yargılama yetkisi bakımından daralttığı ileri sürülebilecektir. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, yargılama önceliği ulusal mahkemelerde olmakla birlikte, bu konuda son kararı verme yetkisi yine Uluslararası Ceza Mahkemesinde olacaktır. Bunun başlıca sebebi, ulusal mahkemenin yargılama yapmada istekli olup olmadığına, yargılama yapmaya yeterli olup olmadığına ve ulusal mahkemede yapılan yargılamanın adil bir yargılama olup olmadığına karar verecek olan merciin Uluslararası Ceza Mahkemesi olmasıdır. Bu durum, Uluslararası Ceza Mahkemesini, ulusal mahkemeleri denetleyen ve onların yapacakları veya yapıyor oldukları yargılamaları değerlendiren bir konuma sokmaktadır.

4. GÜVENLİK KONSEYİNİN MAHKEMENİN İŞLEYİŞİ ÜZERİNDEKİ YETKİLERİ

a. Bir Durumun Güvenlik Konseyi Tarafından Mahkemeye Sunulması

Devletlerin egemenliği hususunda önemli bir mesele de, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine, bir uyuşmazlığı Uluslararası Ceza Mahkemesine havale etme yetkisinin tanınmasıdır.

Statünün 13/b. maddesine göre, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 5. maddede belirtilen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmiş görüldüğü bir durumda, bu durumu, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde hareket ederek, mahkeme Savcısına gönderme yetkisine sahiptir.

Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 13/b maddesi birlikte değerlendirildiğinde,

⁸⁷ **KILIÇ Ali Şahin**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme”, A.Ü.H.F.D., C. 58, S. 3, 2009, s. 643.

Güvenlik Konseyinin mahkemeye başvurabilmesi için, öncelikle, 5. maddede belirlenen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmiş görüldüğü durumun, barışı tehdit ettiği, bozduğu veya saldırı fiili teşkil ettiği tespitinde bulunması gerekir⁸⁸. Güvenlik Konseyi bu tespiti yaptıktan sonra, söz konusu suçlarla ilgili olarak Uluslararası Ceza Mahkemesine gidilmesine karar verebilecektir.

Konseyin bu yönde vereceği bir kararın Birleşmiş Milletler Andlaşmasındaki dayanağını, silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen tedbirlere ilişkin 41. madde oluşturabilir. Zira, 41. maddede belirlenen tedbirler sınırlayıcı nitelikte değildir. Güvenlik Konseyine, sayılanların dışında tedbirler kararlaştırma yetkisi de verilmiştir. Nitekim Güvenlik Konseyi, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerini kurarken de 41. maddeye göre hareket etmiştir.

Güvenlik Konseyine, soruşturma başlatmak için Savcılığa başvurma yetkisinin verilmesi, devletlerin egemen eşitliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Roma Konferansı sırasında Hindistan'ın ileri sürdüğü bu düşünceye göre, Güvenlik Konseyine bu yetkinin verilmesi, veto yetkisine sahip beş ülkenin mahkemenin yetki alanına giren suçları işlemeyeceği varsayımını içerir. Bu şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde devletler arasında bir eşitsizlik yaratılarak, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında yer alan devletlerin egemen eşitliği prensibine aykırı hareket edilmiştir.

Devletlerin egemenliği yönünden asıl sorunu yaratacak olan husus, Güvenlik Konseyinin bir durumu Uluslararası Ceza Mahkemesine sunması halinde, statünün 12/2. maddesinde belirtilen “ülkesellik” ve “uyrukluk” ön koşullarının aranmayacak olmasıdır. Güvenlik Konseyi, Roma Statüsüne taraf olmayan bir devlet hakkında da Mahkemeye suç duyurusunda bulunabilecek ve Mahkeme yargılama yapabilecektir⁸⁹.

Öyleyse, Güvenlik Konseyinin bir durumu Uluslararası Ceza Mahkemesine sunması halinde, ülkesellik ve uyrukluk kriterlerinden söz etmenin bir anlamı kalmayacak, Mahkemenin yetkisi sınırsız bir nitelik

⁸⁸ EKŞİ, s. 68.

⁸⁹ Nitekim, Güvenlik Konseyi, 1593 sayılı kararıyla Darfur'daki durumu Uluslararası Ceza Mahkemesine havale etmiştir. Böylece, Roma Statüsü'ne taraf olmayan Sudan'ın vatandaşları Mahkemenin yargı yetkisi kapsamına dahil olmuştur.

kazanacak ve Statüye taraf olmayan bir devlet de, bu konuda yükümlülükler üstlenmek zorunda kalabilecektir. Böyle bir durum ise, kanaatimizce, devletlerin egemenliklerine açık bir müdahale teşkil edecektir. Çünkü, böyle bir durumda, bir devletin vatandaşı, devletin statüsüne taraf olmadığı bir uluslararası mahkeme tarafından yargılanacaktır. Uluslararası hukukta herhangi bir devlet bakımından taraf olmadığı bir andlaşma ile yükümlülük yüklenmesi mümkün değildir. Uluslararası bir mahkemenin devlet hakkında yargılama yapabilmesi o devletin rızasına bağlıdır. Bu rıza Uluslararası Ceza Mahkemesi bakımından Roma Statüsü'nün kabulüyle veya geçici olarak yargılama yetkisinin tanınmasıyla mümkün olabilir. Bir kişinin, tabi olduğu devletin yargı yetkisini kabul etmediği bir mahkeme tarafından yargılanması ulusal egemenlik anlayışıyla bağdaşamaz. Ayrıca, Uluslararası Ceza Mahkemesi Birleşmiş Milletlerin bir organı olarak kurulmadığından, Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin tümü mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş sayılmaz.

Roma Statüsüne taraf olmayan devletlerin vatandaşlarını bile kendi yetkisine tabi tutabilen Uluslararası Ceza Mahkemesinin sözü edilen niteliği dolayısıyla, bir paradigma değişikliğine işaret ettiğini ileri sürmek mümkündür. Paradigma değişikliği, somut olarak; devlet merkezli egemenlik anlayışından, uluslararası yargı otoritesine yönelik bir dönüşümle açıklanabilir⁹⁰.

b. Güvenlik Konseyinin Erteleme Yetkisi

Roma Statüsü'nün 16. maddesine göre, Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümüne dayanarak aldığı bir kararla, mahkemeden bir soruşturma veya kovuşturmanın 12 ay ertelenmesini isteyebilecektir. Bu karar yalnızca 12 aylık bir dönem için geçerli olacaktır. 12 ayın sonunda durum Güvenlik Konseyinin gündeminde kalmaya devam ediyorsa, Güvenlik Konseyi, VII. Bölüm çerçevesinde alacağı yeni bir kararla, 12 aylık bir dönem daha soruşturma ve kovuşturmanın ertelenmesini talep edebilecektir.

İlk bakışta, bu düzenlemenin amacı, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ve korunmasında, Birleşmiş Milletler Andlaşması ile Güvenlik Konseyine verilen öncelikli yetki ve konunun korunması ve

⁹⁰ SUNAY, s. 286.

diğer mercilerin bu duruma müdahale etmelerinin önlenmesi olarak görülmektedir. Bu çerçevede, Mahkemenin aceleci ve zamansız bir şekilde girişeceği incelemelerin, Güvenlik Konseyinin bu konudaki diplomatik ve siyasi girişimlerini zedelemesi önlenmiş olacaktır.

Aslında, Güvenlik Konseyine tanınan bu yetkinin eleştirilmesi kaçınılmazdır. Özellikle talebin üst bir sınır olmaksızın, ad infinitum (sonsuz dek) yenilenebilir olması, Konseye, Mahkemenin yargı yetkisini belirli bir olay bakımından tümüyle ortadan kaldırma fırsatı verecektir. Siyasi nitelikteki bir mercie, adaletin yürütülmesini bu şekilde engelleme imkanı tanınmasını onaylamak güçtür. Kaldı ki, bu yetkiyi, Uluslararası Ceza Mahkemesinin faaliyetlerinin, aynı olayla ilgili Güvenlik Konseyi tarafından yürütülen siyasi girişimlere zarar verebileceği gerekçesine dayandırmak da doğru değildir.

Statünün 16. maddesindeki bu düzenlemenin, Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulması noktasında, uluslararası toplumu ilgilendiren ve derinden sarsan ciddi suçları işleyenlerin cezalandırılması ve dolayısıyla uluslararası barış ve adaletin sağlanması amacıyla bağdaşmadığı ve ayrımcı uygulamalara meydan verebileceği rahatlıkla söylenebilecektir. Böyle bir durumda, egemen devletlerin imzalayıp belirli sorumluluklar üstlendiği Roma Statüsü askıya alınacak, devletlerin egemenlikleri yerine adeta Güvenlik Konseyi üyelerinin egemenliği devreye girecektir. Bu durumda, Mahkemenin otoritesinin sorgulamaya açık hale geldiği ve böyle bir ihtimalin, gerçekte “güç politikası”na verilmiş bir ödün olarak belirdiği ileri sürülebilecektir.

Bu bağlamda, söz konusu hükmün, hem devletlerin egemenliklerinden kaynaklanan yetkilerini görmezden geldiği, hem de Mahkemenin bağımsız işleyişine müdahale edilmesine imkan tanıdığı ve bu suretle yargı yetkisini ciddi şekilde kısıtladığı tespiti yapılabilecektir.

Nitekim, Güvenlik Konseyinin bu konudaki ilk sınavı, başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Konsey, 12 Temmuz 2002 tarihinde aldığı 1422 sayılı karar ile, Birleşmiş Milletler Barış Gücü operasyonlarına katılan kuvvetlere mensup kimselerin hakkında açılması düşünülebilecek herhangi bir soruşturmanın, 12 ay süreyle ertelenmesini talep etmiştir.

Bu karar, Amerika Birleşik Devletleri'nin ısrarı ve tehditleri sonucunda alınmıştır. Statünün kabul edilmesinden itibaren, kendi vatandaşları üzerinde yargı yetkisinin kullanılmasına izin vermeyeceğini ve bunu sağlamak için de her yola başvuracağını açıklayan Amerika

Birleşik Devletleri, Bosna-Hersek'te görevli bulunan Birleşmiş Milletler Barış Gücü'nün görev süresinin uzatılması görüşmelerinde tavır koymuştur. Amerika Birleşik Devletleri, söz konusu misyonda görevli Amerikan askerleri hakkında Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini kullanmasını engelleyecek bir karar alınmadıkça, sürenin uzatılmasını veto yoluyla engelleyeceği ve bundan böyle Birleşmiş Milletler operasyonlarında yer almayacağını açıklamıştır.

Söz konusu kararda, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde ve Statünün 16. maddesinde kendisine verilen yetkiye dayanarak hareket ettiğini iddia eden Konsey, Roma Statüsüne taraf olmayan bir devlet vatandaşının, Birleşmiş Milletler tarafından tesis edilen ya da yetkilendirilen bir operasyon sırasındaki eylem ya da ihmalinden doğacak davalar bakımından, 1 Temmuz 2002'den başlamak üzere 12 ay süreyle, Uluslararası Ceza Mahkemesinin hiçbir soruşturma ya da kovuşturma başlatmamasını talep etmiştir. Ayrıca, Konseyin, gerekli olduğu müddetçe, her 1 Temmuz'da yeni bir 12 aylık süre için bu talebi yenileme niyetinde olduğu vurgulanmıştır. Son olarak, Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin, bu karardaki esaslara aykırı davranmamaları gerektiği vurgulanmıştır.

Güvenlik Konseyi açısından bu karar, Mahkemenin yargı yetkisini ciddi şekilde kısıtlamaya yönelik, örneği olmayan bir adım oluşturmakta; Roma Statüsü'nün 16. maddesinin keyfi ve yanlış bir yorumuna dayanmaktadır⁹¹. Konsey açısından bu karar, egemen devletler arasında yapılan çok taraflı bir andlaşmaya meşru olmayan bir müdahale niteliğindedir.

Somut olarak söylemek gerekirse, Konseyin kararı, Roma Statüsünün temel ilkelerinden biri olan, yargı yetkisine hiçbir bağımsızlık getirilememesi ilkesinin ağır ihlalidir. Karar, Roma Statüsü'nün 27. maddesi ("Resmi görevin etkisizliği") ve 29. maddesi ("Zamanaşımı olmaması") hükümleri ile açık çatışma içindedir. Zira, alınan bu karar, bir grup kişiyi, "önleyici bir şekilde" uluslararası cezai yargıdan muaf tutmaktadır.

Her şeyden önce, Konsey, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde hareket ettiğini belirtmektedir. Ancak, ortada

⁹¹ **KÖCHLER**, s. 390.

uyuşmazlık konusu herhangi bir somut olay dahi yokken, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden ya da bozan bir durumun varlığından söz edilemeyecektir.

İkinci olarak, Statünün 16. maddesi, somut olaya bağlı olarak, Güvenlik Konseyine ileriye dönük ve geçici bir erteleme talebinde bulunma yetkisi vermiştir. Oysa, 1422 sayılı karar, Statüde öngörülmemiş bir şekilde, önleyici ve genel bir erteleme istemi öngörmektedir. Konseyin, 16. maddeye dayanarak, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisini soyut bir şekilde önleyici tedbirlere başvurması mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin bu kararı, kanaatimizce, hukuka aykırıdır.

SONUÇ

Kurulması yönündeki çabalar çok daha geriye götürülebilmekle birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesinin ancak 2002’de yürürlüğe girebilmesi; gerçekte çoğu devletin, yargı alanındaki egemenlik yetkilerini böylesine bir mahkeme lehine daraltmaya henüz hazır olmamalarından kaynaklanmaktadır. Zira, Mahkemenin kurulmasına ilişkin Andlaşma metninde, devlet egemenliğine kısıtlama getiren hükümler yer almaktadır. Bunlar arasında, m. 12/2’de düzenlenen “ülkesellik kriteri”; Giriş Bölümünün 10. paragrafında düzenlenen “tamamlayıcılık ilkesi” ve m. 13/b ve m. 16’da düzenlenen Güvenlik Konseyinin mahkemenin işleyişi üzerindeki yetkileri bulunmaktadır.

Ülkesellik kriterinin Roma Statüsüne yerleştirilmesi, zanlının uyruklığı ne olursa olsun, bir taraf devlet ülkesinde suç işlendiği zaman, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, görülmektedir ki, ülkesellik ilkesi, ulusal egemenlik konusunda etkili bir kısıtlama getirmektedir. Çünkü, bazı durumlarda, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisi ulus-devletin yetkisinin yerini alabilir. Son aşamada bu durum, Statüye taraf olmayan devletler üzerinde, “bir dış iradenin” zorla kabul ettirilmesi ile sonuçlanabilir.

Tamamlayıcılık ilkesine bakıldığında ise, ulusal ceza yargısına öncelik verildiği görülmekte; devletin egemenliğinden kaynaklanan yargılama yetkisinin herhangi bir müdahaleye maruz kalmayacağı düşünülebilmektedir. Zira, ilgili devlet ceza kovuşturması yapıyorsa, Uluslararası Ceza Mahkemesinin devreye girmesi ve yargılama yapması

mümkün görünmemektedir. Ancak, ulusal cezai yargının “isteksiz” ya da “yetersiz” olup olmadığına Uluslararası Ceza Mahkemesinin karar vereceği dikkate alındığında, Mahkemenin elinde önemli bir takdir yetkisi bulunduğu ve bu yetkinin kullanılış tarzının, devletlerin egemenliği bakımından önemli sonuçlar meydana getirebileceği ortaya çıkmaktadır. Kendi yargısal yetkisi konusunda karar verme ve devletin yargısal performansı hakkında hakem olma özellikleri mahkemenin tamamlayıcı olma niteliğini önemli ölçüde değiştirmekte ve devletle mahkeme arasında normatif çerçevede dikey bir ilişki kurmaktadır.

Devletlerin egemenliği hususunda önemli bir mesele de, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine, bir uyuşmazlığı Uluslararası Ceza Mahkemesine havale etme yetkisinin tanınmasıdır. Statünün 13/b. maddesine göre, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 5. maddede belirtilen suçlardan birinin veya daha fazlasının işlenmiş görüldüğü bir durumda, bu durumu, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde hareket ederek, Mahkeme Savcısına gönderme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, Güvenlik Konseyinin başvurusu hususunda mahkeme, m. 12/2’de açıklanan, suçun taraf bir devletin ülkesinde veya vatandaşları tarafından işlenmiş olması ön koşuluna bağlı olmayacaktır. Tek gereklilik, barışa yönelik tehdit oluşturan bir durum varlığıdır.

Öyleyse, Güvenlik Konseyinin bir durumu Uluslararası Ceza Mahkemesine sunması halinde, ülkesellik ve uyrukluk kriterlerinden söz etmenin dahi bir anlamı kalmayacak, Mahkemenin yetkisi sınırsız bir nitelik kazanacak ve Statüye taraf olmayan bir devlet de, bu konuda yükümlülükler üstlenmek zorunda kalabilecektir. Böyle bir durum ise, kanaatimizce, devletlerin egemenliklerine açık bir müdahale teşkil edecektir.

Güvenlik Konseyinin bir durumu Uluslararası Ceza Mahkemesine havale etme yetkisi yanında; Birleşmiş Milletler Andlaşmasının VII. Bölümüne dayanarak aldığı bir kararla, mahkemeden bir soruşturma veya kovuşturmanın 12 ay ertelenmesini isteme yetkisi de bulunmaktadır. 12 ayın sonunda durum Güvenlik Konseyinin gündeminde kalmaya devam ediyorsa, Güvenlik Konseyi, VII. Bölüm çerçevesinde alacağı yeni bir kararla, 12 aylık bir dönem daha soruşturma ve kovuşturmanın ertelenmesini talep edebilecektir.

Rahatlıkla söylenebilir ki, talebin üst bir sınır olmaksızın, ad infinitum (sonsuz dek) yenilenebilir olması, Konseye, Mahkemenin yargı yetkisini belirli bir olay bakımından tümüyle ortadan kaldırma fırsatı verecektir. Siyasi nitelikteki bir mercie, adaletin yürütülmesini bu şekilde engelleme imkanı tanınmasını onaylamak güçtür. Statünün 16. maddesindeki bu düzenlemenin, Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulması noktasında, uluslararası toplumu ilgilendiren ve derinden sarsan ciddi suçları işleyenlerin cezalandırılması ve dolayısıyla uluslararası barış ve adaletin sağlanması amacıyla bağdaşmadığı ve ayrımcı uygulamalara imkân tanıdığı ortadadır. Böyle bir durumda, egemen devletlerin imzalayıp belirli sorumluluklar üstlendiği Roma Statüsü askıya alınacak, devletlerin egemenlikleri yerine adeta Güvenlik Konseyi üyelerinin egemenliği devreye girecektir.

Yapılan inceleme sonucunda, Uluslararası Ceza Mahkemesinin varlığının, uluslararası hukuk ve devlet egemenliği açısından farklı ve özel bir anlam taşıdığı açıkça görülmektedir. Egemenlik kavramının içini dolduran en önemli öğelerden birisi, şüphesiz, yargı yetkisidir. Klasik teoriye göre, her devletin bağımsız ve kendine ait mahkemelerinin olması asıldır. Bu yetkinin uluslararası bir denetime tabi olması söz konusu değildir. Fakat günümüzde uluslararası ilişkilerdeki gelişmeler ve evrensel boyut kazanmış olan insan haklarının neredeyse tüm devletlerin hukuklarını etkilemesi sonucu, özellikle yargı alanında tek devlet egemenliğinden söz etmek çok da mümkün değildir. Bu bağlamda, çağdaş uluslararası hukukta oluşmakta olan ortak kanıya göre, neredeyse tüm evrensel yargı uygulamaları, bir şekilde, egemenlik iddialarıyla çatışmaktadır. İnsan haklarıyla ilgili olarak yargı sürecinde devlet egemenliğine uluslararası müdahale süreci, Uluslararası Ceza Mahkemesinin çalışmaya başlamasıyla son halini almıştır.

KAYNAKLAR

AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 1995.

AKSAR Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri”, A.Ü.H.F.D., Y. 2003, C. 52, S. 2.

ALPKAYA Gökçen, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2002.

AMANN Diane Marie/SELLERS M. N. S., “The United States of America and the International Criminal Court”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, Autumn 2002.

ASLAN Muzaffer Yasin, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Ankara 2006.

AZARKAN Ezeli, *Nüremberg'ten La Haye'e: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Kırklareli 2003.

BARKIN J. Samuel/CRONIN Bruce, “The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations”, *International Organization*, Vol. 48, No. 1, Winter 1994.

BASSIOUNI M. Cherif, “Explanatory Note on the ICC Statute”, *International Review of Penal Law*, Vol. 71, 2000.

BAŞAK Cengiz, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Ankara 2003.

BELAND Daniel, “Insecurity, Citizenship and the Globalization: The Multiple Faces of State Protection”, *Sociological Theory*, Vol. 23, No. 1, March 2005.

BOLTON John R., “The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, Winter 2001.

BOZKURT Enver/KÜTÜKÇÜ M. Akif/POYRAZ Yasin, *Devletler Hukuku Mevzuatı*, Ankara 2004.

BROOMHALL Bruce, “Toward U.S. Acceptance of the International Criminal Court”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, Winter 2001.

CHANDLER David, “International Justice”, *New Left Review*, Vol. 2, No. 6, 2000.

CHARNEY I. Jonathan, “International Criminal Law and the Role of Domestic Courts”, *A.J.I.L.*, Vol. 95, No. 1, 2001.

ÇINAR Mehmet Fatih, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, İstanbul 2004.

D'ENTREVES A. Passerin, *The Notion of the State, An Introduction to Political Theory*, Oxford 1977.

DINSTEIN Yoram/TABORY Mala, *War Crimes in International Law*, London 1996.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 3, 11. Baskı, İstanbul 1994.

DUGARD John, “Obstacles in the Way of an International Criminal Court”, Cambridge Law Journal, Vol. 56, 1997.

DUGUIT Leon, Kamu Hukuku Dersleri, (Çev.: Süheyp Derpil), Ankara 1954.

EKŞİ Canan Ateş, Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Ankara 2004.

ELBAN Hasan Kemal, “Ruanda’dan İnsanlığa Kalan Miras ya da Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Zevahiri Kurtulabilecek mi?”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y. 1, S. 1, Ocak-Mart 2004.

EROĞUL Cem, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003.

ERÖZDEN Ozan, “Uluslararası Adalet ve İç Siyaset: Egemen Ulus-Devletlerin Uluslarüstü Yargı Organlarıyla İlişkileri-Hırvatistan Örneği”, Toplum ve Bilim, S. 87, Kış 2000-2001.

FWLER J., “World Leadership and International Justice: The US and the ICC”, Transnational Law Exchange, Vol. 1, No. 6, 1999.

GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2001.

GILLIGAN Michael J., “Is Enforcement Necessary for Effectiveness? A Model of the International Criminal Regime”, International Organization, Vol. 60, No. 4, October 2006.

GLASIUS Marlies, The International Criminal Court, A Global Civil Society Achievement, London 2005.

GOLDSMITH Jack, “The Self-Defeating International Criminal Court”, The University of Chicago Law Review, Vol. 70, No. 1.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Ankara 2004.

HARHOFF Frederik, “Legal and Practical Problems in the International Prosecution of Individuals”, Nordic Journal of International Law, Vol. 69, 2000.

HIGGINS Rosalyn, “The New United Nations and Former Yugoslavia”, International Affairs, Vol. 69, 1993.

HOLMES John T., “The Principle of Complementarity”, The International Criminal Court The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results, (Ed.: Roy S. Lee), Kluwer Law International, Hague 1999.

HORTENSIA D. T. Guiterrez Posse, “The Relationship Between International Humanitarian Law and the International Criminal Tribunals”, International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 861, 2006.

KILIÇ Ali Şahin, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme”, A.Ü.H.F.D., C. 58, S. 3, 2009.

KOBRICK Eric S., “The Ex Post Facto Prohibition and the Exercise of Universal Jurisdiction over International Crimes”, Columbia Law Review, Vol. 87, No. 7, November 1987.

KÖCHLER Hans, Küresel Adalet mi, Küresel İntikam mı?, (Çev.: Funda Keskin/Erdem Denk), İstanbul 2004.

KUBALI Hüseyin Nail, Devlet Ana Hukuku, C.1, İstanbul 1950.

LÜTEM İlhan, Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk, Ankara 1947.

MARLER Melissa K., “The International Criminal Court: Assessing the Jurisdictional Loopholes in the Rome Statute”, Duke Law Journal, Vol. 49, No. 3, December 1999.

MURPHY D., “Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia”, A.J.I.L., Vol. 93, No. 1, 1999.

NANDA V. P., “The Establishment of a Permanent International Criminal Court: Challenges Ahead”, Human Rights Quarterly, Vol. 20, 1997-1998.

NIARCHOS Catherine N., “Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia”, Human Rights Quarterly, Vol. 17, No. 4, 1995.

NSEREKO Daniel D. Ntanda, “The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues”, Criminal Law Forum, Vol. 10, No. 1, 1999.

O'BRIEN James C., “Current Developments, the International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia”, A.J.I.L., Vol. 87.

ODMAN Tevfik, “Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, A.Ü.H.F.D., Y. 1996, C. 45, S. 1-4.

ÖNDER Orhan, Birleşmiş Milletler Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2006.

ÖNOK Rifat Murat, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara 2003.

ÖZER Attila, “Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karşısındaki Durumu”, Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003.

ÖZMAN M. Aydoğan, “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, A.Ü.H.F.D., C. 21, S. 1-4, Y. 1964.

ROSENBAUM Alan S., Prosecuting Nazi War Criminals, Oxford 1993.

ROSENBERG Tina, “War Crimes Then and Now From Nuremberg to Bosnia”, Nation 1995, Vol. 260, No. 19.

RUDOLPH Christopher, “Constructing an Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals”, International Organization, Vol. 55, No. 3, Summer 2001.

SCHEFFER D., “The US and the ICC”, A.J.I.L., Vol. 93, No. 1, 1999.

SHARLACH Lisa, “Gender and Genocide in Rwanda: Women as Agents and Objects of Genocide”, Journal of Genocide Research, Vol. 1, No. 3, 1999.

SHARP Walter Gary, “International Obligations to Search for Arrest War Criminals: Government Failure in the Former Yugoslavia”, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 7, No. 2.

SPERLING Carrie, “Mother of Atrocities: Pauline Nyiramasuhuko’s Role in the Rwandan Genocide”, Fordham Urban Law Journal, Vol. 33, No. 2, 2006.

STORK Joe, “Constructing An International Criminal Court”, Middle East Report, No. 207, Summer 1998.

SUNAY Reyhan, Tartışılan Egemenlik, Ankara 2007.

ŞEN Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2009.

THOMBERRY Cedric, “Bosnia: Problems of Peace, Saving the War Crimes Tribunal”, Forcing Policy, No. 104, 1996..

TÖNGÜR Ali Rıza, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, İstanbul 2005.

TURHAN Faruk, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi”, Uluslararası Ceza Divanı, (Ed.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.

TURHAN Faruk: “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000.

TURHAN Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi” Anayasa Yargısı 20, Ankara 2003.

TÜRCAN Talip, Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri, Ankara 2001.

UYGUN Oktay, “Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi”, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1989.

VERWEIJ Harry, “The International Criminal Court: Alive, Soon Kicking!”, Fordham International Law Journal, Vol. 25, 2001-2002.

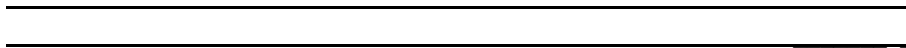
WELLER Marc, “Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court”, International Affairs, Vol. 78, No. 4, October 2002.

WENGI Zhu, “On Co-Operation By States Not Party to the International Criminal Court”, International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 861, 2006.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş: Devlet: Tanım, Kaynaklar ve Unsurlar, Ankara 1973.

ZWANENBURG M., “The Statute for an ICC and the US: Peacekeepers under fire?”, The European Journal of International Law, Vol. 10, No. 1, 1999.

Makaleler



Özel Hukuk

MARKA TESCİLİNDEN DOĞAN HAKLARLA İLGİLİ HUKUKİ İŞLEMLER *

Arş. Gör. Mücahit ÜNAL **

ÖZET

Çalışmanın birinci bölümünde diğer bölümlere temel teşkil etmesi ve markanın hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından “Markanın Özellikleri” incelenmiş. Daha sonra ise KHK/556’daki düzenleme sırasına uygun olarak İkinci Bölümde “Markanın Devri”, üçüncü bölümde “Markanın Rehni”, dördüncü bölümde “Markanın Haczi” ve beşinci bölümde “Markanın Lisans Sözleşmesine Konu Olması” incelenmiştir.

İnceleme sırasında bugün yürürlükte olan KHK/556’ın hükümleri esas alınmış ancak gerektiği yerlerde KHK/556’dan önce yürürlükte olan markalarla ilgili kanuni düzenlemelere de yer verilmiştir. Ayrıca karşılaştırma yapılabilmesi için yer yer diğer bazı ülkelerdeki uygulamalara ve uluslar arası düzenlemelere atıflar da yapılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: Marka, Markanın Devri, Markanın Rehni, Markanın Haczi, Marka Lisans Sözleşmesi.

LEGAL TRANSACTIONS RELATED WITH THE RIGHTS OF TRADEMARK REGISTRATION

ABSTRACT

In the first part of the study, “Properties of Trademark” has been studied to find out the legal qualification of the trademark and to be basis

* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan Yüksek Lisans Tezinin özeti şeklinde kaleme alınmıştır.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

of the other parts of the study. Then in the second part “Transfer of Trademark”, in the third part “Pledge of Trademark”, in the fourth part “Attachment of Trademark” and in the fifth part “Licence of Trademark” has been studied according to the order in Decree / 556.

During the research, the current Decree / 556 have been taken essence, but legal regulations to do with trademark which was in effect before Decree / 556 have been utilized. Besides, practices of some countries and international regulations have been referred so that we could make comparison between.

KEYWORDS: *Trademark, Transfer of Trademark, Pledge of Trademark, Attachment of Trademark, Licence of Trademark.*

GİRİŞ

Türk hukuk sisteminde çeşitli dönemlerde, markanın hukuki işlemlere konu olması ihtiyacını karşılamak üzere çeşitli hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bugün yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de de markanın hukuki işlemlere konu olması ile ilgili çeşitli hükümlere yer verilmiştir (KHK/556.m.15–22). Bu hükümlere göre marka, hacze, rehne, devre ve lisans sözleşmesine konu olabilmekte, miras yolu ile bir başkasına intikal edebilmektedir. Markanın konu olabileceği hukuki işlemler kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Markanın ve konu olacağı hukuki işlemin mahiyetine uygun olması şartıyla marka her türlü hukuki işleme konu olabilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKANIN ÖZELLİKLERİ

I. GENEL OLARAK

KHK/556.m.5 ve Mar. Yön.m.4’e göre marka, “bir işletmenin mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan, çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret¹” şeklinde tanımlanabilir².

¹ İşaret teriminin henüz marka olarak tescil edilmeyen işaretleri kapsamak üzere kullanıldığı konusunda bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §22.N.7.

II. AYIRTEDİCİ NİTELİKTE OLMA

KHK/556.m.5/I'de sayılan ve marka olarak tescil edilebilecek işaretler tahdidi değildir. Diğer bir deyişle, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için mutlaka KHK/556.m.5/I'de yer alması gerekmez. Ancak KHK/556.m.5/I'de yer alan her işaret de marka olarak tescil edilemez. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için (KHK/556 m.5/I'de yer alsın veya yer almasın) ayırt edici nitelikte olması gerekir. Ayırt edici nitelikte kastedilen, işaretin, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme niteliğidir. Ayırt edici nitelikte olmayan işaretler marka olarak tescil edilemez³.

III. MUTLAK HAKKA KONU OLMA

Marka hakkı, marka sahibinin izni olmadan kullanılamamakta, bir başkasına devredilememektedir⁴. Ayrıca gerçek marka sahibi⁵, markasını herhangi bir başkasının tescil ettirmesi durumunda, marka hakkını ona karşı ileri sürerek tescilli markanın hükümsüzlüğünü isteyebilmektedir⁶ (KHK/556.m.8/III). Hatta markaya tecavüz halinde, marka hakkı, kanunda belirtilen fiilleri işleyen herkese karşı ileri sürülebilmektedir⁷ (KHK/556.m.61). Bu yüzden marka hakkı da herkese karşı ileri sürülebilen ve herkes tarafından ihlal edilebilen mutlak bir hak

² Farklı marka tanımları için bkz. **Karahan**, Ticari İşletme, s.159; **Arkan**, Marka, C.I, s.35; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §22.N.1; **Yasaman**, KHK Şerhi, s.60; **Noyan** 127; **Dönmez** 19; **Başbuğ/Erdem** 115; **Saka** 192

³ **Yasaman**, KHK Şerhi, s.60-61; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §22.N.5; **Karahan**, Hükümsüzlük, s.16; **Arkan**, Marka, C.I, s.36

⁴ Markayı devretme yetkisinin marka sahibine ait olduğu hakkında bkz. 2.Bölüm.IV.A; Markayı lisans sözleşmesi ile başkasına kullandırma yetkisinin kural olarak marka sahibine ait olduğu hakkında bkz 5.Bölüm.V.

⁵ Gerçek marka sahibi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bıçakçı** Levent, Markanın Hakiki Sahibinin Korunması, İBD. 1996/1-2-3, s.200 vd.

⁶ **Karahan**, Hükümsüzlük, s.109 vd.; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §25.N.55; **Arkan**, Marka, C.I, s.109; **Poroy/Tekinalp** 336.

⁷ **Arkan**, Marka, C.II, s.255; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §30.N.85.

niteliğindedir⁸. Marka üzerindeki hakkın mutlak bir hak olduğu konusunda doktrinde görüş birliği mevcut olup, Yargıtay da aynı görüşe katılmaktadır⁹.

IV. GAYRİ MADDİ MAL OLMA

Marka olarak tescil edilen işaretin¹⁰ örneğin bir şeklin, sözcüğün, rengin veya renk kombinasyonunun¹¹ maddi varlığı yoktur¹². Marka, üzerine konulduğu ve böylelikle somutlaştığı eşyadan farklıdır¹³. Markanın bir kağıda, reklam panosuna yazılması veya bir mal üzerine konulması markanın soyut olduğu ve üzerinde somutlaştığı eşyadan farklı olduğu gerçeğini değiştirmez. Markanın, somut varlığı olan bir mal üzerine konulması, markayı somut malın parçası haline getirmez ve ona somutluk kazandırmaz. Çünkü, markanın kendine ait maddi olmayan soyut bir varlığı mevcuttur¹⁴. Bu yüzden, markanın, gayri maddi mal niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

⁸ **Arkan**, Marka, C.II, s.175; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §1.N.70; **Yasaman**, KHK Şerhi, s.176; **Arseven** 15; **Poroy/Tekinalp** 336; **Ayan**, Giriş, s.34; **Özsunay**, Medeni, s.250; **Demirci** 17; **Karan/Kılıç** 340.

⁹ “... gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir...” 11.HD.T.09.04.2001 E.2001/844 K.2001/3429 (**Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.729).

¹⁰ Marka olarak tescil edilebilecek işaretler hakkında bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §22.N.13 vd.; **Karahan**, Hükümsüzlük, s.21 vd.; **Yasaman**, KHK Şerhi, s.59 vd.; **Arkan**, Ticari İşletme, s.261 vd.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Eroğlu** Sevilay, Soyut Renk, Ses, ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD. 2003/1 s.95vd.; **Şenocak**, Kemal, Soyut Renk Markaları, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s.55 vd.

¹² **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §1.N.64.

¹³ **Yasaman**, KHK Şerhi, s.174.

¹⁴ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §1.N.66; **Yasaman**, KHK Şerhi, s.174; **Ayiter**, İhtira Hukuku, s.4 vd.; **Oğuzman/Seliçi** 6.

¹⁵ **Arkan**, Marka, C.II, s.175; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §1.N.70; **Yasaman**, KHK Şerhi, s.174; **Arseven** 15; **Ayan**, Giriş, s.34; **Özsunay**, Medeni, s.250; **Demirci** 17; **Yalçın** 233.

V.BAĞIMSIZ OLMA

Marka, ticari işletmenin malvarlığına dahil bir unsurdur. Ancak işletme malvarlığının ayrılmaz bir parçası değildir¹⁶. Marka, taşıdığı ekonomik değer nedeniyle, işletme mal varlığı içinde yer almakla birlikte ondan ayrı ve bağımsız bir varlığa da sahiptir. Bu ilkeye, yani markanın işletme mal varlığına dahil olması ancak onun ayrılmaz bir parçası olmayıp kendisine ait bağımsız bir varlığa sahip olmasına “ayrılık ilkesi” adı verilmektedir¹⁷.

VI. HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMA

Almanya’da önce 1992 yılında eski Alman Markalar Kanununda (Warenzeichengesets) yapılan değişiklikle daha sonra ise 1994 yılında çıkarılan yeni bir kanunla (Markengesetz.m.27) markanın işletmeden bağımsız olarak devrine izin verilmiştir. İsviçre’de de 1993’de yürürlüğe giren yeni Markalar Kanunu ile (Markenschutzgesetz.m.17), markanın işletmeden bağımsız olarak devrine izin verilmiştir¹⁸.

Avrupa Topluluk Markasıyla ilgili 40/94 sayılı Tüzüğün 17. maddesi markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği kabul etmiştir¹⁹. TRIPS²⁰, in 21. maddesi ile de üye ülkelerin markaların devri ve marka lisansları ile ilgili koşulları tespit edecekleri düzenlenmiştir. Paris Sözleşmesinin²¹ 3.mükerrer 6. maddesinde de markanın devredilebileceği düzenlenmiştir²².

¹⁶ **Karahan**, Ticari İşletme, s.29; **Arkan**, Ticari İşletme, s.30; **Poroy/Yasaman** 40; “... gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir...” 11.HD.T.09.04.2001 E.2001/844 K.2001/3429 (**Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.729)

¹⁷ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.2

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürzumar**, Gelişmeler, s.520 vd.

¹⁹ Avrupa topluluk markasıyla ilgili 89/104 sayılı Yönerge de ise markanın işletmeden ayrı olarak devredilip, devredilemeyeceğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

²⁰ Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, RG. 25.01.1995 S. 22213.

²¹ Paris Sözleşmesi Sınai Mülkiyetin Korunmasıyla İlgili Olarak 20.03.1883’te akdedilmiş, 14.01.1900’de Brüksel’de, 02.06.1911’de

Böylece marka işletmeden bağımsız ve devredilebilir bir hak olarak kabul edilmiş ve gerekli kanuni düzenlemeler hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Markanın devredilebileceğinin kabul edilmesi sonucu olarak da markanın, rehin, haciz, lisans gibi diğer hukuki işlemlere de konu olabileceği kabul edilmiştir²³. Nitekim günümüzde Avrupa Birliğine dahil olan ülkelerin hepsinde markanın işletmeden ayrı olarak devredilebileceği ve çeşitli hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmektedir²⁴.

KHK/556.m.15' göre, tescilli bir marka, başkasına devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir, rehin edilebilir. KHK/556.m.22'e göre ise devir, lisans, intikal, haciz, rehin ve marka sahibi hakkındaki değişikliklerle ilgili hukuki işlemler marka başvurularına da uygulanır. Bu yüzden, KHK/556' ya göre tescilli markaların yanında marka başvuruları da hukuki işlemlere konu olabilir. Ayrıca tescilsiz markaların da hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmektedir²⁵.

Markanın konu olabileceği hukuki işlemler, KHK/556'da sayılanlarla sınırlı değildir. Diğer bir deyişle markanın konu olabileceği

Washington'da, 06.11.1925'te La Haye'de, 02.05.1936'da Londra'da 31.10.1958de Lizbon'da ve 14.07.1967'de Stockholm'da tadil edilmiştir. Türkiye Paris Sözleşmesinin Londra tadil metnine 6894 sayılı Kanunla; Stockholm metninin 1-12. maddeleri dışında kalan idari hükümlerine 08.08.1976'da ve 7/10464 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile iştirak etmiştir. 1-12. maddeler ise Türkiye için 01.02.1995'te yürürlüğe girmiştir.

²² Paris Sözleşmesinin 3.mükerrer 6.maddesinde üye devletlerin markanın devredilebilmesi için işletmenin de devredilmesi şartını getirebileceklerine de yer verilmiştir. Ancak Paris sözleşmesine üye devletler daha sonra tarihli TRIPs. ve Avrupa topluluk markasıyla ilgili 40/94 sayılı Tüzüğe taraf oldukları ve kendi hukuk sistemleri ile markanın işletmeden bağımsız olarak hukuki işlemler konu olabileceğini kabul ettikleri için Paris Sözleşmesinin 3.mükerrer 6.maddesi geçerliliğini yitirmiştir.

²³ Arkan, Marka, C.II, s.176.

²⁴ Arkan, Marka, C.I, s.2 vd.

²⁵ Yasaman/Altay, KHK Şerhi, s.711; Poroy/Yasaman 443 Arkan, Marka, C.II, s.175 dn.2; Özel 132; Oktay, Lisans Sözleşmeleri, s.140; Gürzumar, Franchise, s.91; Çamlıbel 207 dn.240

hukuki işlemler sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir²⁶. KHK/556.m.15'te açıkça belirtilmese bile marka üzerinde intifa hakkı kurulabilir²⁷. Marka, malvarlığına dahil olduğu işletmeyle birlikte veya işletmeden ayrı olarak hasılat kirasına konu olabilir²⁸. Ayrıca marka, franchise sözleşmesine konu olabilir²⁹. Ancak Finansal Kiralama Kanununun 5.maddesi uyarınca marka, finansal kira sözleşmesine konu olamaz³⁰.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKANIN DEVRİ

I. GENEL OLARAK

Türk hukuk sisteminde, markayla ilgili ilk düzenleme olan 1288 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi, markanın işletmeden bağımsız olarak devrine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemişti. Daha sonra yürürlüğe giren 1304 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi 4.maddesinde “Hakkı inhisarın mutasarrıfları tarafından, hükümetin müsaadeyi resmiyesi ile ahare ferağ olunabileceği...” ifadesine yer verilerek

²⁶ **Arkan**, Marka, C.II, s.175; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.1; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.677; **Karan/Kılıç** 327; **Oytaç** 202; **Meran** 170.

²⁷ **Arkan**, Marka, C.II, s.175; **Arseven** 130; **Karan/Kılıç** 339; **Gürzumar**, Gelişmeler, s.522; **Oytaç** 202; **Meran** 170. İsviçre Markalar Kanunu (Markenschutzgesetz) m.19’ da ise markanın intifa hakkının konusu olabileceği açıkça düzenlenmiştir.

²⁸ **Arkan**, Marka, C.II, s.175; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.1, **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.731; **Karan/Kılıç** 327; **Oytaç** 202 ; **Meran** 170; “Marka hakkının hukuki işlemlere konu olmasına gelince; gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir. Marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere konu olabilir. Örneğin, marka hakkının hasılat kirasına (BK.270) verilmesi mümkündür.” 11.HD. T.09.04.2001 E.2001/844 K.2001/3429 (**Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.729).

²⁹ **Gürzumar**, Franchise, s.21; **Kırca** 161.

³⁰ FKK.m.5 şu şekildedir. “Sözleşmeye taşınır ve taşınmaz mallar konu olabilir. Patent gibi fikri ve sınai haklar bu sözleşmeye konu olamazlar”.

markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği düzenlenmişti³¹. 1964 tarihli Markalar Kanunu ise m.34 ile markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceğini düzenlemiştir³². Görüldüğü gibi tarihi gelişimi içinde Türk hukuk sistemi açısından markanın işletmeden bağımsız olarak devri herhangi bir sorun teşkil etmemiştir.

Yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.16'ya göre de marka işletmeden bağımsız olarak devredilebilir³³. Ayrıca marka, BK.m.179'da düzenlenen işletmenin devri, BK.m.180'de düzenlenen işletmelerin birleşmesi, TK.m.146 vd.'da düzenlenen ortaklıkların birleşmesi ve KVK.m.38'de düzenlenen ortaklıkların bölünmesi yoluyla da devredilebilir³⁴.

II. DEVRİN KONUSU

Hem tescilli markalar³⁵ hem de tescilsiz markalar³⁶ devre konu olabilir. Ayrıca ferdi marka³⁷, ortak marka³⁸ ve garanti markası³⁹ devre konu olabilir.

³¹ 1304 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi döneminde markanın devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arseven** 122.

³² 1965 tarihli Markalar Kanunu döneminde markanın devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sağlam** 123 vd.; **Çevik** 204 vd.

³³ KHK/556.m.16, Avrupa Topluluk Markasıyla ilgili 40/94 sayılı Tüzüğü'nün 17. maddesinden alınmıştır.

³⁴ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.687; **Arkan**, Marka, C.II, s.178; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.5.

³⁵ Tescilli bir markanın işletmeden bağımsız olarak devre konu olabileceği yönünde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.178; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.681-682; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.4; **Yalçiner** 233.

³⁶ Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.175 dn.2; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.680.

³⁷ 551 sayılı Markalar Kanunu da ferdi markanın devre konu olabileceğini kabul etmişti. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sağlam** 123 vd.; "...Markalar Yasası ferdi markaların işletmeden ayrı olarak noterlikçe düzenlenecek bir sözleşme ile devrini kabul etmiştir. Satış sözleşmesinde lastik imaline yarayan kalıp ve aletlerin olduğu gibi davalıya teslim edildiği göz önünde tutularak kalıplarda "Çevik" kelimesinin bulunup bulunmadığı incelenmeli, mevcut ise, davalının bu kalıpları da aynen kullanacağı düşünülerek,

Bunların dışında, marka başvurusu⁴⁰ ve markaya ilişkin alacaklar devre konu olabilir. Marka lisans hakkı ise kural olarak devre konu olamaz⁴¹. Ancak taraflar lisans sözleşmesinde açıkça belirterek lisans hakkının devre konu olabileceğini kararlaştırabilirler⁴².

III. DEVRE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Kural olarak markanın devrine KHK/556 m.15, m.16 ve Mar.Yön.m.19 uygulanır. KHK/556.m.15, m.16 ve Mar.Yön.m.19'da somut olaya uygulanabilecek bir hüküm olmaması halinde temlik borcu doğuran sözleşmelere ilişkin hükümler, kıyasen ve mahiyetine uygun olduğu oranda markanın devrine uygulanabilir⁴³. Temlik borcu doğuran sözleşmeler, satım, trampa, bağışlama ve alacağın temlikidir⁴⁴.

işlemin markanın devrini kapsayıp kapsamadığı araştırılmalıdır.” TD. T.16.04.1973 E.1973/1714 (ABD. 1973/3, s.585)

³⁸ Ferdi markaların devre konu olabileceği hakkında bkz. 2.Bölüm II.A-1.

³⁹ **Oytaç 204; Özel 38.**

⁴⁰ “...Davalı Ülker Gıda San. ve Tic. A.Ş.’nin marka başvurusuna karşı davacı tarafın itirazının TPE Markalar Dairesi tarafından reddedilmesinden sonra davacı, 10.06.2002 tarihinde Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu nezdinde itiraz etmiştir. Bu arada davalı şirket, 16.12.2001 tarih ve 24634 yevmiye numaralı düzenleme şeklindeki marka devir sözleşmesi ile sahibi olduğu tescilli markalar ile birlikte, aralarında dava konusu markanın da bulunduğu tescil başvurusuna konu markaları da dava dışı Yıldız Holding A.Ş.’ne devretmiş, durumu 24.12.2001 tarihinde davalı TPE’ne bildirerek, marka tescil belgesinin Yıldız Holding A.Ş. adına düzenlenmesini istemiştir. Davalı TPE de davalı şirket talebini kabul ederek, marka tescil belgesini dava dışı Yıldız Holding A.Ş. adına düzenlemiştir.” 11. HD. T.09.11.2004 E.2004/7408 K.2004/11014 (yayınlanmamıştır).

⁴¹ **Arkan**, Marka, C.II, s.200, **Özel 51, Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.30.

⁴² **Özel 51; Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.17; **Yılmaz 43; Arkan**, Marka, C.II, s.200; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.745; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.30; **Yüksel 95-96; Ortan 104; ; Poroy/Yasaman 441; Karan/Kılıç 346.**

⁴³ **Arkan**, Marka, C.II, s.180 dn, 26, **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.684, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.6.

⁴⁴ **Tandoğan**, C.I, s.3; **Yavuz 16; Zevkliler 47.**

Markanın, işletmenin devri veya işletmelerin birleşmesi yoluyla devri halinde BK.m.179 ve m.180, ortaklıkların birleşmesi yoluyla devri halinde TK.m.146 vd, m.452 vd, Ban.K.m.18 ve ortaklıkların bölünmesi yoluyla devri halinde KVK.m.38 hükümleri de markanın devrinde uygulama alanı bulabilir⁴⁵. Markanın miras yoluyla intikali halinde ise Medeni Kanunun miras hukukuna ilişkin MK.m.495 vd. hükümleri uygulanır⁴⁶.

IV. DEVRİN USULÜ

A. MARKANIN MÜSTAKİL DEVRİ

KHK/556.m.16'ya göre markanın devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir⁴⁷. Kural olarak devrin gerçekleşebilmesi için yazılı şekil yeterli olup, noterce tanzim veya imzaların onaylanması ile ayrıca sicile tescil veya ilana gerek yoktur⁴⁸. Ancak taraflar, devrin geçerli olabilmesi için kanunda öngörülen yazılı şekilden daha ağır bir şekil kararlaştırabilirler. Devir sözleşmesi, tarafların kararlaştırdığı bu şekle uygun yapılmadığı sürece geçerli olmaz⁴⁹.

⁴⁵ **Arkan**, Marka, C.II, s.178; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.5; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.687.

⁴⁶ **Arkan**, Marka, C.II, s.180; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.5; **Karan/Kılıç** 328.

⁴⁷ 551 sayılı Markalar Kanununa göre ise, markanın devri sözleşmesinin geçerli olabilmesi için noterlikçe tanzim edilmiş olması gerekirdi (Mar.K.m.34). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sağlam** 123 vd.; **Çevik** 204 vd.

⁴⁸ **Arkan**, Marka, C.II, s.179; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.685; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.7, **Çamlıbel** 248; **Karan/Kılıç** 329; **Oytaç** 205; **Noyan** 376; **Meran** 171; **Özel** 39. “556 sayılı Kararnamede, markanın veya kullanım hakkının ne şekilde devredileceği düzenlenmiş olup, tek taraflı muvafakat ile marka kullanımına müsaade edilip, edilemeyeceği hususundan bahsedilmemiştir. Anılan kararnamenin 16. maddesinde marka korumasının tescil yolu ile elde edileceği, 16. maddesinde tescilli bir markanın başkasına yazılı bir devir sözleşmesi ile devir edilebileceği ve bunun koşulları... belirtilmiştir.” 11.HD. T.03.04.2001 E.2001/752 K.2001/3930 (Yargı Dünyası, Ekim 2002, s.102); 11.HD. T.14.09.1999 E.1996/1896 K.1999/6794 (**Meran** 176-177).

⁴⁹ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.685; **Oğuzman/Öz** 123.

KHK/556.m.22'nin, KHK/556.m.16'ya yaptığı gönderme nedeniyle marka başvurusunun devri sözleşmesi de yazılı şekilde yapılmalıdır⁵⁰ (KHK/556.m.16/III, m.22). Ancak markanın devrinin taahhüt edilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Çünkü markanın devrinin taahhüt edilmesi önsözleşme niteliğinde olmayıp borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Bu yüzden markanın devrinin taahhüt edilmesi, BK.m.22/II hükmüne yani devir işleminin tabi olduğu yazılı şeklin, devrin taahhüdü için de geçerlilik şartı olduğu kuralına tabi değildir⁵¹.

Ortak marka ve garanti markasının devri için de yazılı bir devir sözleşmesi yapılmalıdır⁵². Ancak ortak marka ve garanti markası devrinin geçerli olabilmesi için yazılı şekil yeterli olmayıp ayrıca devrin sicile tescil edilmesi de gerekir⁵³ (KHK/556.m.60). Çünkü ortak markanın devrinde, devrin sicile tescili kurucu niteliktedir⁵⁴. Dolayısıyla devir, tescilden önce taraflar arasında dahi geçerli değildir. Ortak marka ve garanti markasının devrinde, devrin geçerli olabilmesi için sicile tescil şartının aranması bu markaların fonksiyonları gereği, daha fazla aleniyet gerektirmeleri ve her zaman sicilden sahiplerinin tespit edilmesinin gerekli olmasıdır⁵⁵. Kanaatimizce aleniyetin tam olarak sağlanabilmesi, marka üzerinde hak sahibi olanların doğru olarak tespit edilebilmesi ve bu hak sahiplerinin haklarının gereğince korunabilmesi için, ortak marka ve garanti markasının devrinde olduğu gibi diğer marka türlerinin devri için de sicile tescil zorunlu olmalıdır.

Markanın devrine, mahkeme tarafından karar verilmiş olması halinde ise yazılı bir devir sözleşmesine gerek yoktur

⁵⁰ **Arkan**, Marka, C.II, s.179.

⁵¹ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.685; **Arkan**, Marka, C.II, s.179.

⁵² **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.689; **Arkan**, Marka, C.II, s.180; **Çamlıbel** 248.

⁵³ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.689; **Arkan**, Marka, C.II, s.181; **Meran** 171; **Çamlıbel** 248.

⁵⁴ **Arkan**, Marka, C.II, s.185; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.689.

⁵⁵ **Arkan**, Marka, C.II, s.181.

(KHK/5556.m.16/III). Mahkemenin devir kararı yazılı sözleşme yerine geçer ve mahkeme kararıyla marka hakkı devredilmiş olur⁵⁶.

B. MARKANIN KISMEN DEVRİ

Tescilli bir marka tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü için devredilebileceği gibi bir kısmı için de devredilebilir⁵⁷ (KHK/556.m.16/I). Markanın kısmen devredilebilmesi için birden fazla mal veya hizmet için tescil edilmiş olması gerekir⁵⁸. Markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmıyla sınırlı olarak devri mümkün olmasına rağmen tescil edildiği ülkenin belli bir bölgesiyle sınırlı olarak devri mümkün değildir⁵⁹.

KHK/556'da aksi belirtilmediğinden markanın kısmen devri için de yazılı şekil gerekli ve yeterlidir (KHK.m.16/I). KHK/556, markanın devri sözleşmesinin içeriğine ilişkin herhangi bir hükme yer vermemiştir⁶⁰. Bu yüzden kural olarak markanın devri sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu kayıtlar yoktur. Ancak markanın kısmen devri halinde markanın hangi mal veya hizmetler için devredildiği sözleşmede yer almalıdır.

C. MARKANIN TİCARİ İŞLETMEYLE BİRLİKTE DEVRİ

İşletmenin devriyle birlikte işletmenin malvarlığına dahil olan ve daimi şekilde işletmeye tahsis edilen tüm maddi ve gayri maddi unsurlar devralana geçer⁶¹ (TK.m.11/II). İşletmenin aktif ve pasiflerinin birlikte devredilmesi ile malvarlığına dahil bir unsur olan marka da devredilmiş

⁵⁶ **Arkan**, Marka, C.II, s.180; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.685; **Karan/Kılıç** 330; **Noyan** 376; **Meran** 171; **Çamlıbel** 248.

⁵⁷ Markanın kısmen devredilmesi mümkün olmasına rağmen, kısmen rehni ve kısmen haczi mümkün değildir. Bkz. **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.701-702, s.712; Ayrıca bkz. 3.Bölüm.I ve 4. Bölüm I.

⁵⁸ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.681; ; **Çamlıbel** 247.

⁵⁹ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.683; **Arkan**, Marka, C.II, s.178; **Meran** 170; **Çamlıbel** 247.

⁶⁰ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.8.

⁶¹ **Karahan**, Ticari İşletme, s.37; **Arkan**, Ticari İşletme, s.41; **Acemoğlu** 68-69.

olur⁶². Ancak bir işletmenin sadece aktifinin devri, işletmeye dahil marka hakkının da devredildiği anlamına gelmez⁶³

İşletmenin devri için bir devir sözleşmesi yapılmalıdır. Bu devir sözleşmesi herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir (BK.m.179, m.11/II). Markanın işletmenin devri veya işletmelerin birleşmesi yoluyla devrinin geçerli olabilmesi için devir veya birleşme sözleşmelerinin dışında, ayrıca yazılı bir markanın devri sözleşmesi yapılmasına gerek

⁶² **Karahan**, Ticari İşletme, s.37; **Arkan**, Ticari İşletme, s.41; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.687; **Arkan**, Marka, C.II, s.178; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.5; **Karan/Kılıç** 329; **Noyan** 376; **Meran** 171; **Özel** 39; “...İlke olarak marka devir sözleşmesinin yazılı yapılması sözleşmenin geçerliliği için şart ise de marka sahibinin içinde bu hakkın da yer aldığı işletmesini bir bütün olarak devretmesi de mümkündür. 556 sayılı KHK’nin 16/II. maddesi uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrolunması (BK.179,180) aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan markanın devrini de kapsar (TK.11/II). Somut olayda M. Taner Karabulut’ un %95 oranında pay sahibi bulunduğu şirkete önceki ticari işletmesini aktif ve pasifi ile devrettiği anlaşıldığından markasının da devrettiği sonucuna varılmalıdır.” 11.HD. T.14.09.1999 E.1999/1896 K.1999/6794 (**Meran** 176-177); “...Mahkemece, iddia, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davacıların marka üzerindeki hakları ayrı tutmadan hisselerini davalıya devrettikleri, devrin işletmenin aktifinin bir parçası olan marka hakkını da kapsadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” 11.HD. T.29.04.2004 E.2003/10578 K.2004/4686 (**Karan/Kılıç** 337).

⁶³ “Mahkeme iddia, savunma toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, Dilber ve Özlem’ in kişilerine ait markayı değil, sadece işletmeyi ve sadece aktifıyla birlikte Abdullah’a devrettiği, 556 sayılı KHK.’nun 16/II madde koşullarının oluşmaması nedeniyle markanın işletme ile birlikte davalının selefi Abdullah’a geçmediği, markanın aynı kişiler tarafından davacıya devredilmesi nedeniyle davacının markanın sahibi olduğu, Abdullah’ın işletme devrine rağmen marka başvurusunda bulunmasının da bu yorumu güçlendirdiği gerekleriyle, davanın kabulüne karar vermiştir.” 11.HD. T.25.11.2002 E.2002/6575 K.2002/10964 (**Karan/Kılıç** 336).

yoktur⁶⁴. KHK/556.m.16/III'deki markanın işletmeyle birlikte devrinde devrin yazılı şekilde yapılmasına gerek olmadığı kuralı sadece ferdi markalar için geçerlidir. Ortak marka ve garanti markasının işletmeyle birlikte devredilmesi halinde ise devrin geçerli olabilmesi için devrin sicile tescili gerekir. Çünkü ortak marka ve garanti markasının devrinde sicile tescil kurucu nitelikte olup, devir sicile tescil edilmediği sürece taraflar arasında dahi geçerli değildir⁶⁵.

D. MARKANIN ORTAKLIKLARIN BİRLEŞMESİ YOLUYLA DEVRİ

İşletmelerin birleşmesindeki aksine⁶⁶ ortaklıkların birleşmesinde malvarlığının geçişi, külli halefiyet ilkesine göre gerçekleşir⁶⁷. Bu nedenle malvarlığına dahil unsurların devri için ayrıca bir sözleşme yapılmasına veya söz konusu unsura ait özel şekle uyulmasına gerek yoktur⁶⁸. O halde ortaklıkların birleşmesiyle, ortaklık malvarlığına dahil bir unsur olan marka da devredilmiş olur⁶⁹. Diğer bir deyişle, ortaklıkların birleşmesi halinde, ortaklık malvarlığına dahil ferdi markanın devri için yazılı şekle, ortak marka ve garanti markasının devri için sicile tescile gerek olmayacaktır.

E. MARKANIN ORTAKLIKLARIN BÖLÜNMESİ YOLUYLA DEVRİ

Ortaklıkların bölünmesi halinde, kanuni düzenlemelerde açık bir hüküm olmadığı için malvarlığının intikali açısından cüz'i halefiyet ilkesi

⁶⁴ **Karahan**, Ticari İşletme, s.182; **Arkan**, Ticari İşletme, s.277; **Poroy/Yasaman** 440; **Arkan**, Marka, C.II, s.178; **Karan/Kılıç** 330; **Noyan** 376; **Meran** 171; **Çamlıbel** 248; **Özel** 39 dn.82.

⁶⁵ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.689; **Arkan**, Marka, C.II, s.181.

⁶⁶ İşletmelerin birleşmesinde malvarlığının geçişi hakkında bkz. **Karahan**, Ticari İşletme, s.36, **Arkan**, Ticari İşletme, s.40.

⁶⁷ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 109; **Yasaman**, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, s.701; **Arslan** 71.

⁶⁸ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.108; **Yasaman**, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, s.701.

⁶⁹ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.698; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.5; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 108; **Karan/Kılıç** 329.

geçerlidir⁷⁰. Bu yüzden bölünen ortaklığın malvarlığına dahil her bir unsurun ayrı ayrı ve söz konusu unsura ait şekle uygun olarak devredilmesi gerekir⁷¹. Dolayısıyla bölünen ortaklığın malvarlığına dahil bir marka varsa, söz konusu markanın devri için, kural olarak, yazılı bir devir sözleşmesi yapılması gerekir. Ancak KHK/556.m.16/III'e göre işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devri (yani BK.m.179'un uygulanması) halinde markanın devri için yazılı bir devir sözleşmesi yapılmasına gerek yoktur. Ortaklıkların bölünmesinde de bir malvarlığının aktif ve pasifleriyle birlikte devri söz konusudur. Bu yüzden, ortaklıkların bölünmesine de BK.m.179'un uygulanacağı kabul edilmelidir⁷². Dolayısıyla ortaklığın bölünmesi halinde, ortaklık malvarlığına dahil markanın devri için, yazılı bir devir sözleşmesi yapılmasına gerek olmayacaktır.

F. MARKANIN BİR ORTAKLIĞA SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ YOLUYLA DEVRİ

Sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilen mal veya hakkın devri özel bir şekli gerektirse bile, söz konusu şekle uyulmasına gerek olmadan ortaklık ilgili mercilerden bu mal ve hakların devrini isteyebilir (TK.m.140/III). O halde ortaklık sözleşmesinde yer alan mal ve haklar, devirleri özel bir şekli gerektirse bile, bu şekle uyulmasına gerek olmaksızın ortaklık sözleşmesinin imzalanması, imzaların noterce onaylanması ve sicile tescil ile ortaklığa devredilmiş olur⁷³.

Markanın devri için yazılı bir devir sözleşmesi yapılması gerekir. Ancak bir markanın ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde marka, ortaklık sözleşmesinin imzalanması, imzaların noterce onaylanması ve

⁷⁰ Aynı yönde bkz. **Yasaman**, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, s.711; **Çoştan** 147; Mevcut kanuni düzenlemelerde kanun koyucunun iradesinin külli halefiyet ilkesinin benimsenmesi olduğu gerekçesiyle aksi yönde bkz. **Helvacı**, Ortaklıkların Bölünmesi, s.103.

⁷¹ **Yasaman**, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, s.711; **Çoştan** 147.

⁷² Ortaklıkların bölünmesine kıyasen BK.m.179'un uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Yasaman**, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, s.711; **Çoştan** 147.

⁷³ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 104.

sicile tescil ile devredilmiş olur⁷⁴. Ancak devrin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ortaklık, TPE'ye başvurarak, markanın kendi adına tescil edilmesini talep etmelidir⁷⁵. Çünkü marka devrinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için sicile tescil edilmesi gerekir⁷⁶ (KHK/556.m.16/son).

G. TİCARİ VEKİL veya TEMSİLCİ ADINA TESCİLLİ MARKANIN DEVRİ

Ticari vekil veya temsilci adına tescilli markanın devri KHK/556.m.17'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, marka sahibinin izni olmadan onun ticari vekili veya temsilcisi adına marka tescil edilmesi halinde ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibinin söz konusu tescilin kendi lehine devredilmesini isteme yetkisi vardır. KHK/556.m.17'de düzenlenen markanın devri, diğer devir usullerinden farklı olarak iradi bir devir değil, zorunlu bir devir şeklindedir⁷⁷.

H. MARKANIN MİRAS YOLU İLE İNTİKALİ

Malvarlığı, miras bırakanın ölmesiyle kendiliğinden mirasçılara geçtiği ve bu geçiş doğrudan doğruya kanundan kaynaklandığı için malvarlığına dahil unsurların geçmesi herhangi bir şekle veya işleme

⁷⁴ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 103; **Öçal**, Anonim Şirketlere, s.309; **Tosbi** 27; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.686-687.

⁷⁵ **Öçal**, Anonim Şirketlere, s.309.

⁷⁶ “Davacı 3.kişi 11.10.2000 tarihli noter sözleşmesiyle devraldığı "has" marka üzerine 23.11.2000 tarihinde konulan haczin kaldırılmasını istemiştir. Davaya konu marka borçlunun murisi Mehmet adına tescilli olup devralan davacı adına tescil ve ilan edilmemiştir. Oysa marka devrinin 3.kişiler yönünden geçerli olması için Patent Enstitüsü'ndeki sicile tescil şarttır. 27.6.1995 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan markaların korunması hakkındaki 556 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 9/son ve 16/son maddeleri uyarınca marka siciline tescil ve ilan edilmeyen markalardan doğan hakların iyi niyetli 3.kişilere somut olayda takip alacaklısına karşı ileri sürülmesi olanaksızdır. Dairemizin yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir (21. HD. 30.11.1999 gün ve 1999/7727-8662, 20.6.2000 gün ve 2000/4781-4908 sayılı kararları)” 21. HD. T.22.10.2003 E.2003/6783 K.2003/8215 (yayınlanmamıştır).

⁷⁷ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.11.

bağlı değildir⁷⁸. O halde miras bırakanın ölmesiyle, malvarlığına dahil bir unsur olan marka da mirasçılara intikal etmiş olur⁷⁹. Yani miras bırakanın malvarlığına dahil ferdi markanın devri için yazılı şekle, ortak marka ve garanti markasının devri için sicile tescile gerek yoktur.

Kural olarak miras bırakanın ölmesiyle marka, mirasçıların malvarlığına intikal eder⁸⁰. Ancak bu intikalin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için sicile tescil edilmesi gerekir⁸¹ (KHK/556.m.16/son).

⁷⁸ **Ayan**, Miras, s.16.

⁷⁹ **Arkan**, Marka, C.II, s.180; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.12.

⁸⁰ “ Mahkemece bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalı yanın miras yolu ile intikal eden ve uzun yıllardır kullandıkları ve tescil ettirilen kelime, unvan ve markaların kullanım haklarına sahip olduğu, Vefa Bozacısı, Vefa Bozası kelimelerinin Hacı İbrahim ve Hacı Sadık’ın müşterek gayret ve çalışmalarından dolayı tanındığını, meşhur ve maruf hale geldiği, İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1985/99 Esas sayılı 17.04.1985 tarihli kararında da tarafların miras yolu ile kendilerine intikal etmiş Vefa Bozacısı ve Sirkeçisi şeklindeki maruf unvanı kullanma haklarının olduğu kabul edilerek davanın reddine karar verildiği, davalıların Vefa Bozası, Vefa Bozacısı gibi unvanları kullanmasının miras yoluyla kendilerine intikal eden haklardan olduğu ve bu sözcükleri davacı yanın kullandıkları sözcüklerden farklı yazılış şekli ve ilave kelimelerle kullandıkları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” 11. HD. T.17.05.2005 E.2004/6939 K.2005/5212 (yayınlanmamıştır)

⁸¹ “Davacı 3.kişi 11.10.2000 tarihli noter sözleşmesiyle devraldığı "has" marka üzerine 23.11.2000 tarihinde konulan haczin kaldırılmasını istemiştir. Davaya konu marka borçlunun murisi Mehmet adına tescilli olup devralan davacı adına tescil ve ilan edilmemiştir. Oysa marka devrinin 3.kişiler yönünden geçerli olması için Patent Enstitüsü'ndeki sicile tescil şarttır. 27.6.1995 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan markaların korunması hakkındaki 556 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 9/son ve 16/son maddeleri uyarınca marka siciline tescil ve ilan edilmeyen markalardan doğan hakların iyi niyetli 3.kişilere somut olayda takip alacaklısına karşı ileri sürülmesi olanaksızdır. Dairemizin yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir (21. HD. 30.11.1999 gün ve 1999/7727-8662, 20.6.2000 gün ve 2000/4781-4908 sayılı kararları)” 21. HD. T.22.10.2003 E.2003/6783 K.2003/8215 (yayınlanmamıştır).

V. DEVRİN TESCİLİ VE ETKİLERİ

KHK/556.m.16/VI'ya göre markanın devri, taraflardan birinin talebi üzerine sicile tescil edilir ve yayınlanır. Devir sözleşmesinin her iki tarafı da yani hem devreden hem de devralan devrin sicile tescil edilmesini talep edebilir⁸². Kural olarak marka devrinin geçerli olabilmesi için yazılı devir sözleşmesi yeterli olup, ayrıca sicile tescile gerek yoktur. Yani kural olarak marka devrinin sicile tescili bildirici niteliktedir⁸³. Ancak ortak marka ve garanti markasının devrinin geçerli olabilmesi için sicile tescil zorunludur (KHK/556.m.60). Bu yüzden ortak marka ve garanti markasının devrinde, devrin sicile tescili kurucu niteliktedir⁸⁴. KHK/556.m.16/son'a göre markanın devri sicile tescil edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez⁸⁵.

Sicilde marka sahibi olarak görünen markayı devreden, devir sicile tescil edilmeden, markayı iyi niyetli üçüncü bir kişiye devredebilir mi? Ve markayı devralan iyi niyetli üçüncü kişi marka hakkını kazanabilir mi? Diğer bir deyişle MK.m.1023'te tapu siciline güvenerek hak iktisap edenlerde olduğu gibi marka siciline güvenerek hak iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişilerin bu iktisapları korunur mu? Örneğin marka sahibi M'nin markasını yazılı bir sözleşme ile önce D'ye devretmesi, daha sonra da bu devir sicile tescil edilmeden iyi niyetli E'ye yazılı bir sözleşme ile devretmesi ve devrin sicile tescil edilmesi halinde markayı iyi niyetli devralan E, marka hakkını kazanabilir mi?

Markanın devri için yazılı şekil yeterli olup devrin sicile tesciline gerek yoktur (KHK/556.m.16). Devrin sicile tescili sadece bildirici nitelik taşır. Bu yüzden yazılı devir sözleşmesinin yapılmasıyla marka

⁸² Aynı yönde bkz. 40/94 sayılı Avrupa Topluluk Markası Tüzüğü.m.17.5

⁸³ **Arkan**, Marka, C.II, s.185; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.686; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.10; **Çamlıbel** 248; **Arseven** 122; **Karan/Kılıç** 330; **Yalçın** 233; 11.HD. T.24.12.1999 E.1999/6393 K.1999/10787 (**Karan/Kılıç** 331).

⁸⁴ **Arkan**, Marka, C.II, s.185; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.689.

⁸⁵ Bu hüküm 40/94 sayılı Avrupa Topluluk Markası Tüzüğü.m.17.6'dan alınmıştır.

devredilmiş olur⁸⁶. Markanın devri tasarrufi bir işlem niteliğinde⁸⁷ olduğu için markanın devriyle marka hakkı tamamen devralana (D) geçmekte ve devreden (M) marka hakkı sona ermektedir⁸⁸. Böylece devreden, başkasına (E) devredebileceği marka hakkı da kalmamaktadır⁸⁹. Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez ve kural olarak bir hakkı ancak hak sahibi devredebilir⁹⁰. Bu yüzden devreden (M), markayı yazılı şekilde bir kişiye (D) devrettikten sonra devir sicile tescil edilmese bile markayı bir başkasına (E) devredemez. Çünkü devredebileceği bir marka hakkı kalmamıştır. Dolayısıyla sicile güvenerek marka hakkı iktisap eden kişinin (E), bu iktisabı korunmaz⁹¹. Salt hukuki açıdan değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşılma ile birlikte, sicile güvenerek markayı devralan (E) açısından durum değerlendirildiğinde farklı sonuçlara ulaşılabilir. Sicile güvenerek markayı devralan kişinin marka sahibini tespit etmek için, TPE tarafından tutulan resmi bir sicil olan marka sicili dışında başvurabileceği daha güvenilir bir kayıt mevcut değildir. Bu yüzden markayı, sicile güvenerek sicilde marka sahibi olarak gözüken (M) kişiden devralanın bu iyi niyeti boşa çıkmamalıdır. Ayrıca markanın devrini sicile tescil ettirme imkânına sahip olmasına rağmen bu işlemi yaptırmayan markayı ilk devralan kişinin (D) bu ihmali de karşılıksız kalmamalıdır.

Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi markayla ilgili tüm hukuki işlemlerin sicile tescil edilmemesi nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların temelinde söz konusu hukuki işlemlere ilişkin hükümlerin yetersizliği yatmaktadır. Çünkü bu hükümlere göre, hukuki işlemin geçerli olabilmesi için yazılı şekli yeterlidir (KHK/556.m.15-22). Kanaatimizce,

⁸⁶ **Arkan**, Marka, C.II, s.185; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.686; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.10

⁸⁷ Markanın devrinin tasarrufi bir işlem niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.685; **Arkan**, Marka, C.II, s.180; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.9; **Özel 38**; **Karan/Kılıç 329**; **Meran 177**

⁸⁸ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.685; **Arkan**, Marka, C.II, s.180, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.9; **Arseven 122**; **Özel 38**.

⁸⁹ **Arkan**, Marka, C.II, s.184.

⁹⁰ **Ayan**, Giriş, s.101; **Özsunay**, Medeni, s.284.

⁹¹ **Arkan**, Marka, C.II, s.184; **Ayiter**, İhtira Hukuku, s.105-106.

aleniyetin tam olarak sağlanabilmesi, marka üzerinde hak sahibi olanların doğru bir şekilde tesbit edilebilmesi ve bu hak sahiplerinin haklarının gereğince korunabilmesi için, ortak marka ve garanti markasında olduğu gibi hukuki işlemin geçerli olabilmesi için sicile tescil zorunlu olmalıdır. KHK/556'da yapılacak bir değişiklikle markayla ilgili tüm hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için sicile tescil zorunlu hale getirilmeli ve sicile güvenerek iyi niyetli hak iktisap edenlerin bu hakları korunmalıdır.

VI. DEVRİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Markanın devrinde yazılı devir sözleşmesinin yapılmasıyla marka hakkı tamamen ve mevcut şekliyle devralana geçer. Markanın devriyle, marka hakkının yanında devrin konusu markayla ilgili haklar da devralana geçer⁹². Örneğin, marka üzerinde bir lisans sözleşmesi varsa markanın devriyle lisans sözleşmesinden kaynaklanan lisans alacağı da devralana geçer. Marka başvurusunun devri halinde de, marka başvurusuyla ilgili haklar devralana geçer. Örneğin, marka başvurusunun devriyle, başvuru sahibine ait öncelik hakkı da başvuruyu devralana geçer⁹³.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKANIN REHNİ

I. GENEL OLARAK

KHK/556.m.18, “Tescilli bir marka işletmeden bağımsız olarak teminat olarak gösterilebilir.” hükmü⁹⁴ ile markanın malvarlığına dahil olduğu işletmeden bağımsız olarak rehne konu olabileceğini açıkça

⁹² **Arkan**, Marka, C.II, s.187. “...Davalı Ülker Gıda San. Ve Tic. A.Ş. vekili, marka tescil başvurusu müvekkilince yapılmış ise de, 19.12.2001 tarihinde müvekkilinin sahip olduğu tüm markalar ile dava konusu markanın dava dışı Yıldız Holding A.Ş.’ne devredildiğini ve durumun TPE’ne bildirildiğini, davanın müvekkile değil, Yıldız Holding A.Ş. aleyhine açılması gerektiğini, dava konusu markanın tescile engel halinin olmadığı savunularak, davayı reddini istemiştir.” 11. HD. T.09.11.2004 E.2004/7408 K.2004/11014 (yayınlanmamıştır).

⁹³ **Arkan**, Marka, C.II, s.68, s.175-176; **Özel 40**; **Çamlıbel 248**.

⁹⁴ KHK/556.m.18, tescilli bir markanın teminat olarak gösterilebileceğini düzenlemiş, rehne konu olup olamayacağına ise yer vermemiştir. Ancak rehin de bir teminat olduğu için tescilli bir marka rehne konu olabilir.

düzenlemiştir⁹⁵. Ayrıca KHK/556.m.15 ve Mar.yön.m.22 de markanın rehne konu olabileceğini açıkça düzenlemiştir. Bu yüzden marka, işletmeden bağımsız olarak rehne konu olabilir⁹⁶. Ancak kanunda düzenlenmesinin dışında marka, bir hak olduğu için rehnedilebilir niteliktedir⁹⁷.

Marka, hem kanundan dolayı hem de markanın kendi niteliği gereği işletmeden bağımsız olarak veya ticari işletme rehni çerçevesinde ticari işletmeyle birlikte rehne konu olabilmektedir⁹⁸. Markanın kısmen rehni yani tescil edildiği mal veya hizmetlerden sadece bir kısmı için rehnedilmesi ise mümkün değildir⁹⁹.

II. REHNİN KONUSU

Hem tescilli markalar¹⁰⁰ hem de tescilsiz markalar rehne konu olabilir. Ayrıca ferdi marka, ortak marka¹⁰¹ ve garanti markası¹⁰² rehne konu olabilir.

⁹⁵ KHK/556.m.18, tescilli bir markanın teminat olarak gösterilebileceğini düzenleyerek, markanın rehinden başka teminatlara da konu olabileceği anlamına gelen ve 40/94 sayılı Tüzük m.19'un yanlış tercümesinden kaynaklanan hatalı bir hüküm getirmiştir. Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.204.

⁹⁶ **Karan/Kılıç** 338; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.13; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.698; **Arkan**, Marka, C.II, s.202; **Oytaç** 208; **Meran** 178; **Noyan** 379; **Özel** 40; **Berzek** 84; **Oğuzman/Seliçi** 777; **Ayan**, Eşya, C.III, s.254; **Ergüne** 36; **Köprülü/Kaneti** 538.

⁹⁷ **Arseven** 129. 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, markanın rehne konu olabileceği kabul edilmekteydi. Bkz. **Sağlam** 123 vd

⁹⁸ **Arkan**, Marka, C.II, s.204; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.698; **Meran** 178.

⁹⁹ Aynı yönde bkz. **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.701-702; Bir hak olan alacakların kısmen rehnedilebileceği yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi** 777

¹⁰⁰ KHK/556.m.18, tescilli bir markanın teminat olarak gösterilebileceğini düzenleyerek, markanın rehinden başka teminatlara da konu olabileceği anlamına gelen ve 40/94 sayılı Tüzük m.19'un yanlış tercümesinden kaynaklanan hatalı bir hüküm getirmiştir. Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.204.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.203; Aksi yönde bkz. **Meran** 178

¹⁰² Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka C.II, s.203, Aksi yönde bkz. **Meran** 178.

Bunların dışında, marka başvurusu¹⁰³ ve markaya ilişkin alacaklar¹⁰⁴ rehne konu olabilir.

III. REHNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

KHK/556.m.15 ise tescilli bir markanın rehnedilebileceğine değindikten sonra rehin hakkı bakımından Medeni Kanunun rehin hakkına ilişkin hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir.

Markanın rehnine, marka, gayri maddi mal üzerindeki mutlak bir hak olduğu için, hakların rehnini düzenleyen MK.m.954-961 hükümleri uygulanmalıdır¹⁰⁵. Hakların rehnini düzenleyen MK.m.954/II'nin "Aksine hüküm bulunmadıkça bunların rehni hakkında da teslimine bağlı rehin hükümleri uygulanır." hükmü nedeniyle¹⁰⁶ teslimine bağlı taşınır rehnini düzenleyen MK.m.939-949 hükümleri de mahiyetine uygun olduğu oranda ve kıyasen hakların rehnine uygulanır¹⁰⁷. Teslimine bağlı taşınır rehninin iyi niyetle kazanılmasına ilişkin MK.m.939/II hükmü ise mahiyetine uygun olmadığı için hakların rehnine uygulanamaz¹⁰⁸.

Taşınır rehninin paraya çevrilmesine ilişkin İİK.m.145-147 hükümleri, hak rehninin ve dolayısıyla markanın paraya çevrilmesine de

¹⁰³ Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.203; ; **Meran** 178; **Çamlıbel** 247; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.1; **Oytaç** 223; **Karan/Kılıç** 347; **Noyan** 376.

¹⁰⁴ Fikir ve Sanat eserleriyle ilgili alacakların rehne konu olabileceği hakkında bkz. **Görgün** 159, **Ayiter**, Fikir ve Sanat Ürünleri, s.219. Ayrıca bkz. FSEK, m.61/I-3.

¹⁰⁵ **Oğuzman/Seliçi** 777; **Ayan**, Eşya, C.III, s.254; **Ergüne** 36; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.698; **Arkan**, Marka, C.II, s.202; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.13; **Özel** 40; **Köprülü/Kaneti** 538.

¹⁰⁶ MK.m.954/II hükmündeki teslimine bağlı taşınır rehnine olan yollama olmasaydı bile teslimine bağlı taşınır rehnini düzenleyen hükümler hakların rehnine dolayısıyla da markanın rehnine uygulanabilirdi. Çünkü Medeni Kanun teslimine bağlı taşınır rehnini esas almıştır ve bu rehne ilişkin MK.m.939-949 hükümleri mahiyetinin uygun düştüğü oranda kıyasen tüm rehin türlerine uygulanır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi** 746; **Ayan**, Eşya, C.III, s.215; **Sayman/Elbir** 622.

¹⁰⁷ **Oğuzman/Seliçi** 777; **Ayan**, Eşya, C.III, s.254; **Saymen/Elbir** 689, **Köprülü/Kaneti** 546.

¹⁰⁸ **Ayan**, Eşya, C.III, s.254 dn.653; **Köprülü/Kaneti** 547; **Saymen/Elbir** 689-690; **Sirmen** 50 vd.

uygulanır¹⁰⁹. Ayrıca rehnin paraya çevrilmesine ilişkin ortak hükümler olan İİK.m.150e-153 de hakların rehnine uygulanır¹¹⁰. Markanın ticari işletme rehni çerçevesinde ticari işletmeyle birlikte rehne konu olması durumunda ise ticari işletme rehnini düzenleyen 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu hükümleri, markanın rehni açısından uygulama alanı bulur¹¹¹.

IV. REHNİN USULÜ

A. MARKANIN MÜSTAKİL REHNİ

MK.m.955/III'e göre hakların rehninde, rehnin kurulabilmesi için, yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, rehne konu olan hakkın devri için öngörülen şekle de uyulmalıdır. Yani hakların rehnedilebilmesi için kural olarak yazılı şekil yeterlidir.

Ortak marka ve garanti markasının devrinin geçerli olabilmesi için, yazılı bir devir sözleşmesi yapılmalı ve devir sicile tescil edilmelidir¹¹² (KHK/556.m.60). Bu yüzden ortak marka ve garanti markasının rehninde, rehnin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, yazılı bir rehin sözleşmesi yapılmalı ve rehin marka siciline tescil edilmelidir (MK.m.955/III; KHK/556.m.60).

B. MARKANIN TİCARİ İŞLETME İLE BİRLİKTE REHNİ

Ticari işletme rehninin kurulması için taraflar arasında yapılması gereken rehin sözleşmesi, bizzat işletme sahibi tarafından yapılmalıdır¹¹³. Bu sözleşme noter¹¹⁴ tarafından re'sen düzenlenmelidir (TİRK.m.4). Sözleşmenin taraflarca hazırlanıp noterce imzaların onaylanması yeterli

¹⁰⁹ Oğuzman/Seliçi 780; Ayan, Eşya, C.III, s.258, Köprülü/Kaneti 547-548.

¹¹⁰ Köprülü/Kaneti 463.

¹¹¹ Arkan, Marka, C.II, s.204-205; Yasaman/Altay, KHK Şerhi, s.704.

¹¹² Yasaman/Altay, KHK Şerhi, s.689; Arkan, Marka, C.II, s.181; Meran 171; Çamlıbel 248.

¹¹³ İşletme sahibinin temsilcisi, ticari mümessil sıfatını haiz olsa bile özel olarak yetkilendirilmiş bulunmadıkça rehin sözleşmesi yapamaz. Karahan, Ticari İşletme, s.44, Arkan, Ticari İşletme, s.48; Erten 14 vd. Antmen 74.

¹¹⁴ İşlemi gerçekleştirecek olan noter, ticari işletmenin tescilli olduğu ticaret sicili çevresinde bulunan bir noter olmalıdır. Bkz. Karahan, Ticari İşletme, s.44; Erten 37.

değildir. Ayrıca rehnin kapsamına giren unsurların ayırt edilmelerini sağlayacak özellikleriyle birlikte tam bir listesi ile tescil, harç ve masrafların hangi tarafça ödeneceği sözleşmede yer almalıdır (TİRK.m.4-5). Rehin sözleşmesi yapıldıktan sonra ticaret siciline tescil edilir. Rehin hakkı, sözleşmenin yapılmasıyla değil, tescil ile doğar¹¹⁵ (TİRK.m.5/I). Marka, rehin sözleşmesi ile rehnin kapsamı dışında bırakılmamışsa rehnin ticaret siciline tescili ile rehnedilmiş olur¹¹⁶. Rehnin ticaret siciline tescil edilmesinden sonra ticaret sicil memuru durumu derhal TPE'ye bildirerek rehnin marka siciline tescil edilmesini sağlamalıdır¹¹⁷ (TİRK.m.7).

C. MARKAYLA İLGİLİ ALACAKLARIN REHNİ

Alacak bir hak olduğu için alacakların rehni de markanın rehni gibi, hakların rehnini düzenleyen MK.m.954 vd. hükümlerine göre yapılır¹¹⁸. Markayla ilgili bir alacak, herhangi bir senede bağlanmamışsa, sadece yazılı bir rehin sözleşmesi ile rehnedilebilir. Rehnin kurulması için yazılı şekil geçerlilik şartıdır¹¹⁹.

V. REHNİN TESCİLİ VE ETKİLERİ

Markanın işletmeden bağımsız olarak rehinde, yazılı rehin sözleşmesi yapılmasıyla marka rehnedilmiş olur¹²⁰. Rehnin ayrıca sicile tescil edilmesine gerek yoktur¹²¹. Markanın ticari işletmeyle birlikte rehinde ise, rehnin ticaret siciline tescil edilmesiyle marka rehnedilmiş

¹¹⁵ **Karahan**, Ticari İşlete, s.44; **Arkan**, Ticari İşletme, s.49; **Erten** 38, **Antmen** 67.

¹¹⁶ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.704; **Arkan**, Marka, C.II, s.204.

¹¹⁷ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.704; **Arkan**, Marka, C.II, s.204; **Erten** 43; TPE'ye yapılan bildirim sonucu marka siciline yapılan tescilin etkileri hakkında bkz. 3.Bölüm.V.

¹¹⁸ **Oğuzman/Seliçi** 777; **Ayan**, Eşya, C.III, s.254; **Köprülü/Kaneti** 535; **Saymen/Elbir** 691.

¹¹⁹ **Oğuzman/Seliçi** 778; **Ayan**, Eşya, C.III, s.255; **Köprülü/Kaneti** 540.

¹²⁰ **Arkan**, Marka, C.II, s.179; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.685; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.7, **Çamlıbel** 248; **Karan/Kılıç** 329; **Oytaç** 205; **Noyan** 376; **Meran** 171; **Özel** 39. Bkz. 3.Bölüm.IV.

¹²¹ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.702; **Arkan**, Marka, C.II, s.204; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.13; **Karan/Kılıç** 339; **Özel** 40.

olur¹²². Rehnin ticaret siciline tescil edilmesinden sonra, ticaret sicil memuru durumu derhal TPE'ye bildirerek rehnin marka siciline tescil edilmesini sağlamalıdır¹²³(TİRK.m.7). Ancak rehnin marka siciline tescili rehnin kurulması için zorunlu değildir¹²⁴. O halde markanın rehninin kurulabilmesi için markanın, hem işletmeden bağımsız olarak rehninde hem de ticari işletmeyle birlikte rehninde, rehnin marka siciline tescili zorunlu değildir¹²⁵. Ancak markanın ticari işletmeyle birlikte rehninde, rehnin kurulabilmesi için ticaret siciline tescil zorunludur. Dolayısıyla rehnin marka siciline tescili kurucu değil, bildirici niteliktedir.

Hakların rehninde, rehnin kurulması için yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, rehne konu olan hakkın devri için öngörülen şekle de uyulmalıdır¹²⁶ (MK.m.955/III). Ortak marka ve garanti markasının devri için ise, devrin sicile tescili zorunludur¹²⁷ (KHK/556 m.60). Bu yüzden ortak marka ve garanti markasının rehninde rehin ancak sicile tescil ile kurulabilir. O halde ortak marka ve garanti markasının rehninde, rehnin marka siciline tescili kurucu niteliktedir. Markanın rehninin iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için de rehnin sicile tescili zorunlu olmalıdır¹²⁸.

Türk hukuku açısından marka rehninin sicile tescili sadece rehnin iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için zorunludur. Markanın rehninin kurulabilmesi içinse rehnin sicile tescili zorunlu

¹²² **Karahan**, Ticari İşlete, s.44; **Arkan**, Ticari İşletme, s.49; **Erten** 38, **Antmen** 67; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.704; **Arkan**, Marka, C.II, s. 204.

¹²³ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.704; **Arkan**, Marka, C.II, s.204; **Erten** 43

¹²⁴ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.705; **Karahan**, Ticari İşletme, s.45; **Arkan**, Ticari İşletme, s.50; **Antmen** 72; **Erten** 42.

¹²⁵ **Yasaman / Altay**, s.704; **Arkan**, Marka, C.II, s.204

¹²⁶ **Oğuzman/Seliçi** 779; **Ayan**, Eşya, C.III, s.257; **Köprülü/Kaneti** 254.

¹²⁷ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.689; **Arkan**, Marka, C.II, s.181; **Meran** 171; **Çamlıbel** 248. Bkz. 2.Bölüm.IV.A.

¹²⁸ Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.205; **Yasaman / Altay**, s.715 dn.7; **Oytaç** 209; **Özel** 40; İsviçre hukukunda da markanın rehninin sicile tescil edilmediği sürece iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği benimsenmiştir (Markenschutzgesetz.m.19.2).

değildir¹²⁹. Ancak kanaatimizce markanın rehninin kurulabilmesi için de sicile tescil zorunlu olmalıydı¹³⁰. Çünkü bir marka üzerinde birden fazla rehnin kurulmasının engellenmesi, tescilsiz markalar üzerinde kurulan rehinlerin ortaya çıkarılabileceği sakıncaların ortadan kaldırılması, markanın başka hukuki işlemlere de konu olması halinde gerçek hak sahiplerinin belirlenmesi ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması ancak sicile tescilin, marka rehninin kurulmasında zorunlu hale getirilmesi ile mümkündür.

VI. REHNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Rehnin kurulmasından hatta rehnin sicile tescil edilmesinde sonra da sicilde marka sahibi açısından herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Marka üzerinde tasarruf yetkisi sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye ait olduğu için rehinden sonra da marka sahibi markası üzerinde tasarruflarda bulunabilir¹³¹ (MK.m.855). Örneğin marka sahibi rehinden sonra marka üzerinde bir art rehin kurabilir¹³² veya markasını devredebilir¹³³ (Mar.Yön.m.22). Bununla beraber marka sahibi, rehin alan alacaklının durumunu kötüleştiren¹³⁴ veya hakkının mevcudiyetini etkileyen veya azaltan¹³⁵ işlemleri, ancak rehin alan alacaklının izni ile yapabilir¹³⁶. Örneğin, marka sahibi, rehin alan alacaklının izni olmadan marka hakkından vazgeçemez¹³⁷ (KHK/556.m.46/III).

Marka üzerinde kurulan rehin hakkı, alacağını elde edemeyen alacaklıya, markayı cebri icra yolu ile paraya çevirterek, elde edilen

¹²⁹ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.702; **Arkan**, Marka, C.II, s.205.

¹³⁰ Aynı yönde bkz. **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.702 dn.20.

¹³¹ **Arkan**, Marka, C.II, s.206, **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.703

¹³² Bkz. 3. Bölüm. IV. Ayrıca bkz. MK.m.958 ve TİRK.m.10.

¹³³ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.703

¹³⁴ **Arkan**, Marka, C.II, s.206

¹³⁵ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.703, dn.25.

¹³⁶ **Oğuzman/Seliçi** 780; **Ayan**, Eşya, C.III, s.258; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.703. **Arkan**, Marka, C.II, s.206.

¹³⁷ Aynı yönde **Arkan**, Marka, C.II., s.206; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s. 703

bedelden alacağını tahsil etme yetkisi verir¹³⁸. Bunun dışında markanın rehni, markayı rehnettiren alacaklıya, markadan yararlanma veya markayı kullanma gibi yetkiler vermez¹³⁹. Ancak rehin alan alacaklı, rehin konusu marka, alacağına teminat teşkil ettiği için markanın ekonomik değerinin korunmasını isteyebilir. Dolayısıyla, rehin alan alacaklı, markanın ekonomik değerinin korunması için marka sahibini özenli bir yönetimin gerektirdiği önlemleri almaya zorlayabilir¹⁴⁰ (MK.m.961).

VII. REHİNLİ MARKANIN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Markanın rehni, rehin alan alacaklıya, alacağı zamanında ödenmezse rehin konusu markayı cebri icra yoluyla paraya çevirterek elde edilen bedelden alacağının ödenmesini talep etme yetkisi verir¹⁴¹. Yani kural olarak alacağını zamanında alamayan¹⁴² rehin alan alacaklı, alacağını tahsil edebilmek için rehinli markanın paraya çevrilmesini devletin bu iş için oluşturmuş olduğu resmi makamlardan talep etmelidir¹⁴³. Ancak rehin sözleşmesinin tarafları, cebri icra yolu ile paraya çevirme yetkisini ortadan kaldırmadan, rehin alan alacaklının markayı cebri icra yolu ile paraya çevirme dışında özel yollardan da paraya çevirebileceği konusunda anlaşabilir¹⁴⁴. Kanaatimizce markanın rehni, markanın, rehin alan alacaklıya verilen özel yollardan paraya çevirme yetkisi yoluyla paraya çevrilmesi cebri icra yolu ile paraya

¹³⁸ **Oğuzman/Seliçi** 759; **Ayan**, Eşya, C.III, s.223; **Arkan**, Marka, C.II, s.206, **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.703; **Karan/Kılıç** 340.

¹³⁹ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.703; **Arkan**, Marka, C.II, s.206.

¹⁴⁰ **Oğuzman/Seliçi** 780; **Ayan**, Eşya, C.III, s.258; **Köprülü/Kaneti** 460.

¹⁴¹ **Oğuzman/Seliçi** 759; **Ayan**, Eşya, C.III, s.223; **Arkan**, Marka, C.II, s.206, **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.703; **Karan/Kılıç** 234.

¹⁴² Rehin alan alacaklı, ancak alacağı zamanında ödemezse rehni paraya çevirme yetkisini kullanabilir. Bu kurala “talilik ilkesi” denir. Bkz. **Köprülü/Kaneti** 461; **Cansel**, Menkul Rehni, s.27; **Gürsoy/Eren/Cansel** 1167.

¹⁴³ Bu talep yetkisi rehin hakkını özünü oluşturur. Bu yetkiyi sağlamayan bir hak rehin hakkı olarak nitelendirilemez Bkz. **Köprülü/Kaneti** 461.

¹⁴⁴ **Oğuzman/Seliçi** 759; **Ayan**, Eşya, C.III, s.235; **Köprülü/Kaneti** 463; **Cansel**, Menkul Rehni, s.235; **Arkan**, Marka, C.II, s.206.

çevrilmesine göre rehnin amacı açısından daha uygundur¹⁴⁵. Çünkü rehnin amacı, rehin alan alacaklının alacağını teminat altına alarak ödenmediği takdirde alacağı tahsil edebilmektir. Markanın rehin sonucu cebri icra yolu ile satılması ise markanın değerini düşürür. Çünkü cebri icra yolu ile satış markanın piyasadaki itibarını ve güvenilirliğini azaltır. Markanın değeri ise piyasadaki itibarına, markaya duyulan güvene ve markanın pazar payına göre belirlenmektedir. Bu yüzden markanın, rehin alan alacaklıya verilecek özel yollardan paraya çevirme yetkisi ile paraya çevrilmesi markanın değerinin düşmemesi ve dolayısıyla alacağın tahsilinin tehlikeye girmemesi açısından daha uygundur.

Rehinli markanın paraya çevrilmesine kural olarak¹⁴⁶ taşınır rehninin paraya çevrilmesini düzenleyen İİK.m.145-147 ve rehnin paraya çevrilmesine ilişkin ortak hükümler olan İİK.m.150e-153 uygulanır¹⁴⁷.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MARKANIN HACZİ

I. GENEL OLARAK

Marka, gayri maddi mal üzerindeki mutlak bir hak olarak malvarlığına dahil bir unsur olduğu için haczedilebilir. Nitekim KHK/556.m.19, “Tescilli bir marka işletmeden bağımsız olarak haciz edilebilir. Haciz sicile kayıt edilir ve yayınlanır.” hükmü ile markanın haczedilebileceğini açıkça düzenlemiştir. Bu hüküm uyarınca, marka, hem işletmeyle birlikte işletmenin malvarlığına dahil bir unsur olarak hem de işletmeden bağımsız olarak haczedilebilir¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Aynı yönde **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.706.

¹⁴⁶ Rehin alacaklıya özel yoldan paraya çevirme yetkisinin verildiği ve alacak muaccel olduktan sonra rehin konusu hakkında anlaşma yapıldığı hallerde İcra ve İflas Kanunu hükümleri uygulanmaz.

¹⁴⁷ **Oğuzman/Seliçi** 780; **Ayan**, Eşya, C.III, s.258; **Köprülü/Kaneti** 547-548, **Arkan**, Marka, C.II, s.206, **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.705 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. 3. bölüm III.

¹⁴⁸ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.14; **Arkan**, C.II, s.207; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.711 ; **Demirci** 21; **Noyan** 380; **Karan / Kılıç** 340; **Oytaç** 209; **Meran** 179; **Berzek** 84

Alacaklının alacağını karşılayacak kadar ile sınırlı olmak üzere kısmen haczi diğer bir deyişle markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ile sınırlı olarak haczi mümkün değildir.¹⁴⁹

II. HACZİN KONUSU

Hem tescilli markalar¹⁵⁰ hem de tescilsiz markalar¹⁵¹ hacze konu olabilir. Bu çerçevede ferdi marka, ortak marka¹⁵² ve garanti markası¹⁵³ hacze konu olabilir. Bunların dışında, marka başvurusu¹⁵⁴ ve markaya ilişkin alacaklar¹⁵⁵ da hacze konu olabilir.

III. HACZE UYGULANACAK HÜKÜMLER

KHK/556.m.19'da marka haczinin uygulanmasına ilişkin herhangi bir kural öngörülmediği için genel olarak tüm malvarlığı unsurlarının haczini düzenleyen İcra ve İflas Kanunu hükümleri, malvarlığına dahil bir unsur olan markanın haczine de uygulanmalıdır.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Aynı yönde bkz. **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.712.

¹⁵⁰ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.14; **Arkan**, Marka, C.II, s.207; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.711; **Demirci** 21; **Noyan** 380; **Karan / Kılıç** 340; **Oytaç** 209; **Meran** 179.

¹⁵¹ Aynı yönde bkz. **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.711; **Poroy/Yasaman** 443 **Arkan**, Marka, C.II, s.175 dn.2.

¹⁵² Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.207; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.23; **Karan/Kılıç** 341; **Poroy/Yasaman** 440; Aksi yönde bkz. **Meran** 179. 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde ferdi marka dışındaki marka türlerinin haczi yasaklanmıştı (Mar.K.m.36). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sağlam** 7 vd.

¹⁵³ Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.207; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.23; **Karan/Kılıç** 341; **Poroy/Yasaman** 440; Aksi yönde bkz. **Meran** 179.

¹⁵⁴ **Arkan**, Marka, C.I, s.68; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.20; **Meran** 170; **Oytaç** 223; **Karan/Kılıç** 347; **Noyan** 376.

¹⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.I, s.207 dn.117; Fikir ve sanat eserleri hakkındaki lisans sözleşmesinden doğan lisans alacağının haczedilebileceğine dair bkz. **Deliduman** 870; **Görgün** 164; **Erel** 288-289. Ayrıca bkz. FSEK.m.62/I-4

¹⁵⁶ **Arkan**, Marka, C.II, s.207; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.16; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.711-712; **Üstündağ**, İcra, s.243.

Tescilli markaların¹⁵⁷ haczine hem İİK.m.79/II hem de İİK.m.94 tescilsiz markalara ve marka başvurusunun haczine ise sadece İİK.m.94 uygulanır. Marka ile ilgili alacaklara İİK.m.88-89; mahcuz markanın paraya çevrilmesine İİK.m.121 uygulanır. Hacze konu olan marka ile ilgili istihkak iddialarının olması durumunda ise İİK.m.96-99 uygulanır.

IV. HACZİN USULÜ

Haciz prosedürü alacaklının, icra dairesine yapacağı bir takip talebi¹⁵⁸ ile başlar. Takip talebinin yetkili icra dairesine yapılması gerekir (İİK.m.50). İlamlı takiplerde, ilamın icrası her icra dairesinden talep edilebilir (İİK.m.34). İlamsız takiplerde ise yetkili icra dairesi yani hem takip talebinin yapılacağı hem de haczin isteneceği icra dairesi İİK.m.50'ye göre belirlenir¹⁵⁹. Dolayısıyla ilamsız icrada genel yetkili icra dairesi borçlunun ikametgahındaki icra dairesidir (HUMK.m.9). O halde markanın haczinde yetkili icra dairesi, borçlu olan marka sahibinin ikametgahındaki icra dairesidir.

Marka sahibi bir tüzel kişi¹⁶⁰ de olabilir (KHK/556.m.3). Tüzel kişilerin ikametgahı, esas sözleşmesi veya tüzüğünde belirtilen yerdir. Eğer esas sözleşme veya tüzükte herhangi bir ikametgah belirtilmemişse, tüzel kişilerin ikametgahı yönetim işlerinin yürütüldüğü yerdir¹⁶¹ (MK.m.51). Marka sahibinin tüzel kişi olması halinde yetkili icra dairesi tüzel kişinin ikametgahına göre belirlenir¹⁶².

¹⁵⁷ Tescilli markalar kavramı ile tescilli olan ferdi ve ortak markalar ile garanti markaları kastedilmektedir.

¹⁵⁸ Hem ilamlı ve ilamsız takip, hem rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip hem de iflas yolu ile takip her zaman alacaklının takip talebi ile başlar. Takip talebi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, İcra ve İflas, C.I, s.208 vd.; **Üstündağ**, İcra, s.79 vd.

¹⁵⁹ Yetkili icra dairesinin belirlenmesi hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye ilişkin hükümleri yani HUMK.m.9-27 kıyasen uygulanır.

¹⁶⁰ Hem ticaret şirketleri (kolektif, komandit, limited ve anonim şirketler) hem de dernek ve vakıflar marka sahibi olabilir.

¹⁶¹ **Köprülü**, Medeni, 424 vd.

¹⁶² İcra dairesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin olmadığı için, icra dairesinin yetkisi hakkında yetki sözleşmesi yapılabilir. Bkz. **Kuru**, İcra ve İflas, C.I,

Takip talebini alan yetkili icra dairesi borçluya bir ödeme emri gönderir. Ödeme emri, alacaklının takip talebini alan icra dairesinin, borçluya borcunu ödemesini veya itirazı varsa bunu bildirmesini ve bunları yapmazsa hakkında cebri icraya devam edileceğini (mallarının haczedileceğini) ihtar etmesidir¹⁶³. Ödeme emrinin kesinleşmesi¹⁶⁴ ve alacaklının haciz talebinde bulunması¹⁶⁵ üzerine haciz yapılır. İcra dairesi borçlunun mallarını haczeder, satar ve satış karşılığında elde edilen parayla alacaklının alacağını öder¹⁶⁶.

V. HACZİN TESCİLİ VE ETKİLERİ

Markanın haczinin İİK.m.94 veya İİK.m.79/II'ye göre yapılması haciz prosedüründe olduğu gibi haczin sicile tescilinin etkileri açısından da farklılıklar göstermektedir¹⁶⁷.

İİK.m.94'e göre haciz, icra memuru tarafından, marka sahibinin (borçlunun) ikametgahında yapılmakta ve marka sahibine markasının

s.179, **Üstündağ**, İcra, s.80. Bu nedenle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetki sözleşmelerini düzenleyen hükümleri de uygulama alanı bulabilir. 12.HD. T.04.03.1980 (YKD. 1980/9, s.1257).

¹⁶³ **Kuru**, İcra ve İflas, C.I, s.223; **Üstündağ**, İcra, s.79.

¹⁶⁴ Ödeme emri kesinleşmeden haciz yapılamaz. Ödeme emri, borçlu yedi gün içinde ödeme emrine itiraz etmezse, ödeme emrine itiraz eder ancak alacaklı açtığı itirazın iptali davasını (İİK.m.67) kazanır veya icra mahkemesi borçlunun itirazın kesin olarak kaldırılmasına (İİK.m.68) karar verir veya itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verilmiş (İİK.m.68a) olup da borçlunun yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açmaması veya açtıktan borçtan kurtulma davasını kaybetmesi ile kesinleşir. Bkz. **Kuru**, İcra ve İflas, C.I., s.223 vd.; **Üstündağ**, İcra, s.94 vd.

¹⁶⁵ Haciz yapılabilmesi için alacaklının haciz talebinde bulunması gerekir. Ancak bu kuralın çeşitli istisnaları da vardır. İİK.m.139'daki tamamlama haczi ve borçlunun haciz talebinde bulunabileceği haller (İİK.m.33/III, m.169a ve m.170/son) gibi. Bkz. **Kuru**, İcra ve İflas, C.I, s.619; **Üstündağ**, İcra, s.144.

¹⁶⁶ İcra ve İflas Hukukunun en temel kurallarından biri alacaklının para ile tatmin edilmesidir. Borçlunun haczedilen mallarının alacağına karşılık olmak üzere alacaklıya devredilmesi ise yasaktır. Bkz. **Kuru**, İcra ve İflas, C.I, s.616; **Üstündağ**, İcra, s.140.

¹⁶⁷ Bkz. 4.Bölüm.IV.B.

haczedildiği tebliğ edilmekte böylece haciz tamamlanmaktadır¹⁶⁸. Yani İİK.m.94'e göre yapılan hacizde, haczin tamamlanması diğer bir deyişle geçerli olarak kurulabilmesi için sicile tescil zorunlu deđildir¹⁶⁹.

İİK.m.79/II'ye göre haciz de ise, marka haciz yolu ile takibin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yerden¹⁷⁰ farklı bir yerde olsa bile haciz, markanın tescilli olduğu marka siciline işlenmek suretiyle doğrudan da yapılabilmektedir. İİK.m.79/II'ye göre yapılan haciz, markanın haczedildiğinin sicile tescil edilmesi ile tamamlanmaktadır¹⁷¹. Bu yüzden markanın İİK.m.79/II'ye göre haczinde haczin sicile tescili bildirici değil, kurucu niteliktedir¹⁷². Markanın haczinin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ise sicile tescil zorunludur¹⁷³.

VI. HACZİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Haczin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için haczin geçerli bir şekilde kurulmuş olması, diğer bir deyişle tamamlanmış olması gerekir. İİK.m.94'e göre yapılan haciz, marka sahibine tebliğ ile; İİK.m.79/II'ye göre yapılan haciz ise sicile tescil ile tamamlanır. Bu yüzden İİK.m.94 ve İİK.m.79/II'ye göre yapılan haczin hüküm ve sonuçlarını doğurma zamanları birbirinden farklıdır. Haczin tamamlanması ile ortaya çıkan hüküm ve sonuçların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ise markanın haczinin sicile tescil edilmesi gerekir¹⁷⁴.

Haciz yolu ile takip sonucu markanın yeni sahibi markayı, mevcut şekliyle elde etmektedir. Bu yüzden marka açısından yeni bir koruma süresi başlamamakta, markanın yeni sahibi markalar için

¹⁶⁸ Aynı yönde **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.715

¹⁶⁹ Aynı yönde **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.712; **Karan/Kılıç** 340

¹⁷⁰ Markanın bulunduğu yerden kasıt, marka sahibinin ikametgahıdır. Çünkü marka hakkının sahibi nezdinde var olduğu kabul edilir. Bkz. 4.Bölüm.IV.B.1.

¹⁷¹ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.716

¹⁷² Aynı yönde bkz. **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.712

¹⁷³ Aynı yönde bkz. **Karan/Kılıç** 340.

¹⁷⁴ **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.712; **Karan/Kılıç** 340

öngörülen on yıllık koruma süresinin kalan kısmından yararlanmaktadır¹⁷⁵.

VII. MAHCUZ MARKANIN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Markanın paraya çevrilmesine¹⁷⁶ hakların paraya çevrilmesine uygulanan ve tahdidi olmayan İİK.m.121 uygulanır¹⁷⁷. Hacizli marka, kural olarak, markayı haczettiren alacaklının talebi üzerine paraya çevrilir¹⁷⁸. Markayla ilgili alacakların haczedilmesi halinde ise icra dairesi, üçüncü kişiden tahsil edilen parayı, markayı haczettiren alacaklıya tevdi eder. Bu durumda haczedilen alacağın paraya çevrilmesine gerek yoktur¹⁷⁹. Ancak alacaklı, İİK.m.89'a göre haczedilen para alacağının menkuller hakkındaki hükümlere göre paraya çevrilmesini de isteyebilir¹⁸⁰. İcra Mahkemesi İİK.m.121'de kendisine tanınan seçeneklerden birini tercih ederek markayı satar veya başka bir tedbirle alacaklının alacağına karşılık gelecek kadar parayı elde eder ve alacaklıya öder¹⁸¹.

¹⁷⁵ Markanın devri halinde marka üzerindeki hakkın mevcut şekliyle devralana geçeceği ve bu yüzden de devralanın on yıllık koruma süresinin kalan kısmından yararlanacağı yönünde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.187

¹⁷⁶ Tescilli, tescilsiz marka veya marka başvurusu, ister İİK.m.94'e göre ister İİK.m.79/II'ye göre haczedilsin paraya çevirmeye İİK.m.121 uygulanacağı hakkında bkz. 4.Bölüm.III.

¹⁷⁷ **Arkan**, Marka, C.II, s.207, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.16, **Kuru**, İcra ve İflas, C.II, s.1226; **Üstündağ**, İcra, s.246; **Demirci** 108; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Uyar** Talih, Paraya Çevrilmesi Özel Bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar (İİK.madde:121), ABD. 1978/3, s.431. Bkz. 4.Bölüm.III.

¹⁷⁸ Haczedilen malın paraya çevrilmesi için alacaklının talebine ihtiyaç olmayan istisnai durumlar hakkında bkz. **Üstündağ**, İcra, s.238.

¹⁷⁹ **Üstündağ**, İcra, s.238; **Kuru**, İcra ve İflas, C.I, s.708.

¹⁸⁰ **Kuru**, İcra ve İflas, C.I, s.708.

¹⁸¹ Elde edilen paranın ödenmesi hakkında bkz. **Kuru**, İcra ve İflas, C.II, s.1518; **Üstündağ**, İcra, s.294 vd.

BEŞİNCİ BÖLÜM

MARKANIN LİSANS SÖZLEŞMESİNE KONU OLMASI

I. GENEL OLARAK

Fikri mülkiyet hukuku açısından en geniş manada lisans, gayri maddi bir mal üzerindeki hakkın, sahibi dışındaki kimselere kullandırılmasıdır¹⁸². Marka lisans sözleşmesi konusu markanın kullandırılması olan bir lisans sözleşmesi türüdür¹⁸³. Marka lisans sözleşmesinde lisans veren, üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu markayı, aralarındaki sözleşme hükümleri çerçevesinde lisans alana kullandırmayı borçlanmaktadır¹⁸⁴. Lisans alan ise bu kullandırma karşılığında genelde bir bedel ödemeyi kabul etmektedir. Ancak bedel ödenmesi zorunlu bir unsur olmayıp, lisans alan bedelsiz olarak markayı kullanabilir veya başka bir edimi borçlanabilir¹⁸⁵. KHK/556.m.20'e göre, tescilli bir markanın kullanım hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisan sözleşmesine konu olabilir¹⁸⁶. 89/104

¹⁸² **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.735; **Özel 42**; **Arkan**, Ticari İşletme, s.278; KHK/556'a göre, lisans dışında da markanın başkaları tarafından kullanılması söz konusu olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp Ünal**, Markanın Üçüncü kişi tarafından kullanılması, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.633 vd.

¹⁸³ **Arkan**, Marka, C.II, s.190; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s. 736; **Özel 45**; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.140.

¹⁸⁴ **Arkan**, Marka, C.II, s.191; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s. 745; **Özel 129**; **Yılmaz 74**, **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.141; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28N.35; **Çamlıbel 207**.

¹⁸⁵ **Arkan**, Marka, C.II, s.199; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s. 746; **Özel 154**; **Yılmaz 96**; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.143, 117; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.31, N.35; **Ortan 243**; **Sargın 106**; **Yüksel 96**.

¹⁸⁶ Marka lisans sözleşmesini düzenleyen KHK/556 m.20 ve m.21 hazırlanırken Avrupa Topluluk Markası ile ilgili 89/104 sayılı Yönerge m.8 ve 40/94 sayılı Tüzük m.22'den yararlanılmıştır. Ancak KHK/556.m.20 ve m.21'deki lisans verenin, lisans alana karşı marka hakkını kullanabileceği durumlar ile lisans alanın dava açma yetkisi Yönerge ve Tüzük'ten farklı biçimde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.134, s.253.

sayılı Yönerge m.8, 40/94 sayılı Tüzük m.22 ve TRIPs.m.21'e göre de marka lisans sözleşmesine konu olabilir¹⁸⁷.

II. SÖZLEŞMENİN KONUSU

Hem tescilli markalar¹⁸⁸ hem de tescilsiz markalar¹⁸⁹ lisans sözleşmesine konu olabilir. Bu çerçevede ferdi marka¹⁹⁰ ve ortak marka¹⁹¹ lisans sözleşmesine konu olabilir. Garanti markası ise lisans sözleşmesine konu olamaz¹⁹². Bunların dışında, marka başvurusu¹⁹³ da lisans sözleşmesine konu olabilir.

¹⁸⁷ Paris Sözleşmesinde ise lisans sözleşmesine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

¹⁸⁸ **Özel** 45; **Yılmaz** 32-33; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.134-135; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.737; **Karahan**, Ticari İşletme, s.182; **Arkan**, Marka, C.II, s.191; **Poroy/Yasaman** 441; **Meran** 181; **Karan/Kılıç** 343; **Noyan** 381. Ayrıca markanın tamamen veya kısmen lisans sözleşmesine konu olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 5.Bölüm.IV.A

¹⁸⁹ **Özel** 132; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.140; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.737-738; **Poroy/Yasaman** 441; **Gürzumar**, Franchise Sözleşmesi, s.91; **Çamlıbel** 207 dn.240.

¹⁹⁰ **Çamlıbel** 208

¹⁹¹ **Özel** 46; **Yılmaz** 33; **Karahan**, Ticari İşletme, s.181; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §22.N.45; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.737; **Arkan**, Marka, C.I, s.46, C.II, s.191; **Poroy/Yasaman** 441; **Çamlıbel** 208. 551 Sayılı Markalar Kanunu ise ferdi marka dışındaki marka türlerinin devir ve lisans sözleşmesine konu olmasını yasaklamıştı (Mar.K.m.36). Bkz. **Sağlam** 127 vd.; “Müşterek markanın devir ve temlik edilmesi ve lisans mevzuu yapılması mümkün değildir (551/36-1). Bunun tek istisnası aynı kanunun 36/2 maddesindeki mirasçılara kanunen intikal durumundadır ki bunun da aksi sözleşmede kararlaştırılabilir. 551/36 madde hükmü (müşterek markanın devir ve temlikini engellediğinden) marka sahiplerinden ikisinin davalıya (kullanma izni vermesi) üçüncü marka sahibinin dava hakkına ortadan kaldırmaz.” 11.HD. T.24.04.1985 E.1985/1444 K.1985/325 (**Çevik** 205)

¹⁹² **Özel** 46; **Yılmaz** 33; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.737; **Arkan**, Marka, C.I, s.48, C.II, s.191; **Poroy/Yasaman** 441; **Çamlıbel** 208; Aksi yönde bkz. **Karahan**, Ticari İşletme, s.181; Garanti markasının her türlü hukuki işleme konu olabileceği yönünde bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §22.N.43

III. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HÜKÜMLER

A. LİSANSININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Lisansın Aynı Hak Niteliği

Bir hakkın aynı hak olabilmesi için eşya üzerinde kurulması gerekir. Eşya, üzerinde şahısların hakimiyet sağlayabilecekleri iktisadi bir değer taşıyan kişilik dışı maddi varlıklardır¹⁹⁴. Bir eşyanın varlığı için maddi olma, hakimiyete elverişli olma, kişilik dışı olma ve iktisadi değer taşıma gibi unsurlara ihtiyaç vardır¹⁹⁵. Türk hukukunda eşya olma özelliği, sadece maddi varlığı olan şeylere tanınmıştır. Bu yüzden maddi varlığı olmayan marka eşya olarak nitelendirilemez¹⁹⁶. Dolayısıyla maddi varlığı olmayan ve eşya olarak nitelendirilemeyen markanın kullanılmasına ilişkin olan marka lisansı da aynı bir hak olarak nitelendirilemez¹⁹⁷.

¹⁹³ **Yılmaz** 33; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.140; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.737-738; **Arkan**, Marka, C.II, s.191; **Poroy/Yasaman** 441; **Oytaç** 220; **Karan/Kılıç** 347; **Çamlıbel** 208; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.1; **Meran** 170; **Noyan** 376.

¹⁹⁴ **Ayan**, Eşya, C.I, s.14; **Akipek**, C.I, s.33; **Oğuzman/Seliçi** 6; **Ayiter**, Eşya, s.4; **Saymen/Elbir** 6.

¹⁹⁵ **Ayan**, Eşya, C.I, s.14.

¹⁹⁶ **Oğuzman/Seliçi** 5-6; **Ayan**, Eşya, C.I, s.14; **Akipek**, C.I, s.34; **Ayiter**, Eşya, s.5; **Saymen/Elbir** 4; “Öncelikle, belirtmek gerekir ki, marka ve ayırt edici ad ve işaretler maddi bir varlığa sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle yani bir eşya niteliğini haiz olmadığından zilyetliğe de konu olamazlar. (Bkz. Prof. Dr. Ü. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İst. 1999 s.68, Prof. Dr. S. Arkan, Marka Hukuku, Ank. 1997 s.1 vd). Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyetlik oluşturabilen menkullerden sayılması da mümkün değildir. O halde, ilk bakışta belirlenebileceği gibi menkul mallarla sınırlı İİK'nun 86. maddesi markalar bakımından uygulama alanı bulamaz.” 11.HD. T.09.03.2000 E.1999/8623 K.2000/2232 (YKD.2000/11, s.1702).

¹⁹⁷ **Arkan**, Marka, C.II, s.192 dn.69; **Özel** 91; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.23; **Ayiter**, İhtira Hukuku, s.122-123; **Gürzumar**, Franchise, s.97; **Çamlıbel** 209-210; Lisans hakkının aynı nitelik taşıyıp taşımadığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ortan** 66 vd.

2. Lisansın Mutlak Hak Niteliği

Marka lisans hakkı, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme veya dava açabilme gibi bazı mutlak hak özelliklerine sahiptir. Diğer bir deyişle marka lisans hakkı, sahibine mutlak etkili¹⁹⁸ bazı haklar vermektedir. Ancak marka lisans hakkı, mutlak nitelikte bir hak değildir¹⁹⁹.

3. Lisansın Nispi Hak Niteliği

Marka lisans hakkı mutlak nitelikte bir hak olmadığı için nispi hak niteliğindedir²⁰⁰. Ancak tescilden sonra lisans alana tecavüz halinde dava açma hakkı verilmesi ve iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi marka lisans hakkının nispi nitelikte bir hak olması ile tam bağdaşmamaktadır²⁰¹. Bu nedenle marka lisans hakkının sicile tescil edildikten sonra üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi de kıyas yolu ile kuvvetlendirilmiş bir nispi hak olarak nitelendirilebilir²⁰². Nitekim marka lisans hakkı da, kuvvetlendirilmiş nispi haklar gibi, sicile tescilden önce de mevcuttur. Ancak sicile tescilden sonra nispi niteliğini muhafaza etmekle birlikte üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelmektedir.

B. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Marka lisans sözleşmesinin genelde isimsiz bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir²⁰³. Ancak bazı yazarlar²⁰⁴, marka lisans

¹⁹⁸ Marka lisans sözleşmesinin, lisans alana mutlak etkili bazı haklar sağladığı hakkında bkz. **Özel** 97-98.

¹⁹⁹ Aynı yönde bkz. **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.26; **Çamlıbel** 209-210; **Ayiter**, İhtira Hukuku, s.122-123, **Gürzumar**, Franchise, s.97; **Sargın**, s.162; **Hirsch** 123; **Özel** ise esas olarak marka lisansının mutlak nitelikte bir hak olmadığını kabul etmekte, ancak bazen, mutlak etkili olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **Özel** 98.

²⁰⁰ **Gürzumar**, Franchise, s.97; **Özel** 96-97; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.24; **Çamlıbel** 209-210.

²⁰¹ Bkz. **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.28-29; **Gürzumar**, Franchise, s.97.

²⁰² **Gürzumar**, Franchise, s.97; **Özel** 97; **Ayiter**, İhtira Hukuku, s.122 vd.; **Çamlıbel** 210.

²⁰³ **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.52; **Özel** 111-112, s.127; **Tandoğan**, C.I, s.63-64; **Zevkliler** 42; **Yavuz** 25; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.741; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.25; **Kırca** 83; **Ayiter**, İhtira Hukuku,

sözleşmesinin, KHK/556.m.20 ve m.21 ile düzenlendiği bu yüzden de isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. KHK/556.m.20 ve m.21, marka lisans sözleşmesini düzenlemekle birlikte sözleşmenin tüm unsurlarına yer vermemiştir. Ayrıca marka lisans sözleşmesinin sadece ismi ile kanunda zikredilmiş olması onun kanunda düzenlenen (isimli – tipik) bir sözleşme olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir²⁰⁵. Bu yüzden marka lisans sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğu kanaatindeyiz²⁰⁶.

Kendine özgü (sui genesis) sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş sözleşme türlerine ait unsurların tamamen veya kısmen bulunmadığı, kendine özgü unsurlardan oluşan sözleşmelerdir²⁰⁷. Örneğin, sulh sözleşmesi, tarafların, aralarındaki hukuki bir anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için karşılıklı fedakarlıklarda buldukları kendine özgü bir sözleşmedir²⁰⁸. Konusu, mutlak nitelikte bir hak olan markanın bir başkasına kullandırılması olan lisans sözleşmesi, mutlak etkili olabileceği gibi nispi etkili de olabilmektedir²⁰⁹. Markanın bir başkasına kullandırılması, karşılıksız olabileceği gibi belli bir miktar veya başka bir şey karşılığı da olabilmektedir²¹⁰. Ayrıca, marka lisans sözleşmesi, bazen

s.108 vd.; **Yüksel** 81; **Ortan** 22 vd. s.39; **Oktay**, İsimsiz Sözleşmeler, s.274; **Yılmaz** 48.

²⁰⁴ **Arkan**, Marka, C.II, s.191; **Çamlıbel** 208; **Gürzumar**, Franchise, s.92.

²⁰⁵ **Aral** 49; **Oktay**, İsimsiz Sözleşmeler, s.274; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.53; **Kırca** 48; **Yılmaz** 48.

²⁰⁶ Lisans sözleşmesinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. **Özel** 110 vd; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.50 vd, **Ortan** 22 vd.

²⁰⁷ **Tandoğan**, C.I, s.13 vd; **Zevkliler** 38; **Yavuz** 24; **Aral** 52.

²⁰⁸ **Tandoğan**, C.I, s.14; **Zevkliler** 39; **Yavuz** 25; **Aral** 52. Sulh sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Önen** Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972; **Arık** Kemal Fikret, Mahkeme Önünde Sulh, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 1954, S.1, s.141 vd.; **Ulusan** İlhan, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1971, S.7, s.149 vd.

²⁰⁹ **Gürzumar**, Franchise, s.96-97; **Özel** 98, 100; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.29-30; Ayrıntılı bilgi için bkz. 5.Bölüm.III.A.

²¹⁰ **Arkan**, Marka, C.II, s.199; **Özel** 154; **Sargın** 106; **Ortan** 243; **Yüksel** 96; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi s.746; **Yılmaz** 96.

marka sahibinin kendisinin markayı kullanamaması, bazen ise kullanma hakkını devralana beraber kullanabilmesi ve kullanma hakkını devralana, üçüncü kişilere karşı dava açma hakkının verilmesi gibi kanunda düzenlenmiş sözleşme türlerinde bulunmayan unsurlardan oluşmaktadır²¹¹. Bu yüzden marka lisans sözleşmesinin kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu kanaatindeyiz²¹².

C. LİSANS SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

KHK/556.m.20, m.21 ve Mar.Yön. m.20 gibi yasal düzenlemelerde, marka lisans sözleşmesine ilişkin bazı hükümler mevcuttur. Bu yüzden, marka lisans sözleşmesine öncelikle yasal düzenlemelerde yer alan bu hükümler uygulanmalıdır²¹³.

Marka lisans sözleşmesinden dolayı taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlığa yasal düzenlemelerde ve sözleşmede uygulanacak herhangi bir hüküm bulunmayabilir. Bu durumda marka lisans sözleşmesine mahiyetine uygun olduğu oranda benzer sözleşme tiplerine ilişkin hükümler uygulanır²¹⁴. Böyle bir sözleşme tipi yoksa ve somut olay gerektiriyorsa Borçlar Kanununun genel hükümleri de marka lisans sözleşmesine uygulanabilir²¹⁵. Doktrinde genel itibariyle marka lisans sözleşmesinin adi kira, hasılat kirası, satım ve adi şirket sözleşmesine benzer özellikler taşıdığı kabul edilmektedir²¹⁶.

²¹¹ Marka lisans sözleşmesinde tarafların hak ve borçlarına ilişkin bkz. **Özel** 129 vd; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri 141 vd; **Yılmaz** 74 vd; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.35 vd; 5.Bölüm.VII.

²¹² Aynı yönde bkz. **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.741 dn.2; **Özel** 113, 127; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.53; **Yüksel** 82; **Ortan** 39; **Tandoğan**, C.I, s.63-64; **Zevkliler** 42; **Yavuz** 25; **Ayiter**, İhtira Hukuku, s.107 vd.; **Gürzumar**, Franchise, s.92; **Poroy/Yasaman** 441.

²¹³ Aynı yönde bkz. **Özel** 117.

²¹⁴ **Özel** 116-117; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.51; **Arkan**, Marka, C.II, s.191; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.742, **Gürzumar**, Franchise, s.92; **Yılmaz** 51.

²¹⁵ **Özel** 114.

²¹⁶ **Özel** 117; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.51-52; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.742-743; **Arkan**, Marka, C.I, s.191; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet,

IV. SÖZLEŞMENİN TÜRLERİ

A. TAMAMEN-KISMEN LİSANS

Marka, tamamen veya kısmen lisans sözleşmesine konu olabilir²¹⁷ (KHK/556 m.20). Tamamen lisans, markanın, bir veya birden çok mal veya hizmet için tescil edilmiş olması ve tescil edildiği bu mal veya hizmetlerin tümü için lisans sözleşmesine konu olmasıdır. Kısmen lisans ise, markanın, birden çok mal veya hizmet için tescil edilmiş olması ve tescil edildiği bu birden çok mal veya hizmetten sadece biri veya -tamamı olmamak şartıyla- birkaçı için lisans sözleşmesine konu olmasıdır.

B. İNHİSARİ LİSANS-BASİT LİSANS

İnhisari lisans sözleşmesinde, lisan alan dışında hiç kimse markayı kullanamaz. Hatta marka sahibi de sözleşmede açıkça aksi belirtilmemişse markayı kullanamaz²¹⁸ (KHK/556.m.21/III). Bir lisans sözleşmesinin inhisari lisans sözleşmesi olabilmesi için inhisari nitelikte olduğunun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir. Sözleşmede lisansın niteliğine yer verilmemişse, sözleşmenin basit lisans sözleşmesi olduğu kabul edilir²¹⁹ (KHK/556.m.21/II).

Basit lisans, lisans alanın inhisari yetkilerinin olmadığı lisans sözleşmesidir²²⁰. Basit lisansta da lisans alan markayı kullanma hakkına

§28.N.25; **Gürzumar**, Franchise, s.92; **Yılmaz** 51; **Poroy/Yasaman** 441; **Meran** 181; **Çamlıbel** 208.

²¹⁷ **Özel** 45; **Yılmaz** 32-33; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.134-135; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.737; **Karahan**, Ticari İşletme, s.182; **Arkan**, Marka, C.II, s.191; **Poroy/Yasaman** 441; **Meran** 181; **Karan/Kılıç** 343; **Noyan** 381; **Çamlıbel** 207.

²¹⁸ **Özel** 49; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.12; **Yılmaz** 41; **Arkan**, Marka, C.II, s.194; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.740; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.28; **Gürzumar**, Franchise, s.93; **Ortan** 151-152; ; **Poroy/Yasaman** 441; **Meran** 181; **Oytaç** 220; **Çamlıbel** 210; **Karan/Kılıç** 345; **Noyan** 383.

²¹⁹ **Özel** 49; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.12-13; **Yılmaz** 40; **Arkan**, Marka, C.II, s.195; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.740; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.27; **Ortan** 152; **Çamlıbel** 213; **Meran** 182; **Oytaç** 220; **Karan/Kılıç** 345.

²²⁰ **Özel** 48-49; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.13; **Yılmaz** 40; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.27; **Poroy/Yasaman** 441; **Meran** 182; **Karan/Kılıç** 345; **Çamlıbel** 210; **Noyan** 383. “Davacı ile dava dışı marka sahibi yabancı

sahiptir. Ancak lisans alanla birlikte marka sahibi, markayı kendisi kullanabileceği gibi başkalarına da markayı kullanma hakkı verebilir²²¹.

C. ALT LİSANS

Alt lisans, lisans alanın, lisans verenle yaptığı sözleşme hükümlerince kendine sağlanan yetkiler çerçevesinde, bir başkasına markayı kullanma hakkı vermesidir²²². Kural olarak alt lisans sözleşmesi yapılması yasaktır (KHK/556.m.21/IV). Alt lisans sözleşmesinin yapılabilmesi için sözleşmede lisans alanın alt lisans verebileceği açıkça belirtilmelidir²²³. Ancak sözleşmede açıkça belirtilse bile inhisari lisans alanın alt lisans veremeyeceği kanaatindeyiz²²⁴. Çünkü inhisari lisans alan markayı tek başına kullanma hakkına sahiptir. Alt lisansla bir başkasına da verilen bu kullanma hakkı inhisari lisans alanın tek başına kullanma hakkına engel olacaktır. Bu yüzden inhisari lisans alanın yaptığı bir lisans sözleşmesi alt lisans değil, lisans hakkının devridir²²⁵ (KHK/556.m.21/IV).

şirket arasında imzalanan lisans sözleşmesinde davacıya markaya tecavüz nedeniyle dava açma hakkı tanınmamıştır. Yani sözleşme basit lisans sözleşmesidir.” 11. HD. T.25.04.2003 E.2003/3854 K.2003/3992 (Yasaman/Altay, KHK Şerhi, s.753-754).

²²¹ **Özel** 48-49; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.13; **Yılmaz** 40; **Arkan**, Marka, C.II, s.195; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.747; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.27; **Gürzumar**, Franchise, s.93; **Ortan** 151.

²²² **Özel** 51; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.16; **Yılmaz** 42; **Arkan**, Marka, C.II, s.200; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.744-745; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.30; **Yüksel** 95; **Ortan** 104; **Poroy/Yasaman** 441; **Meran** 182.

²²³ **Özel** 51; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.17; **Yılmaz** 43; **Arkan**, Marka, C.II, s.200; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.745; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.30; **Yüksel** 95-96; **Ortan** 104; ; **Poroy/Yasaman** 441; **Karan/Kılıç** 346.

²²⁴ Aynı yönde bkz. **Özel** 51; **Yılmaz** 42; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.30. Aksi yönde bkz. **Ortan** 107.

²²⁵ Aynı yönde bkz. **Yılmaz** 42; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.30; **Özel** 59.

V. SÖZLEŞMENİN USULÜ

Marka lisans sözleşmesini düzenleyen KHK/556.m.20 ve m.21 sözleşmenin şekline ilişkin herhangi bir hükme yer vermemiştir. Ancak KHK/556.m.15'e göre tescilli bir marka üzerindeki sağlararası işlemler yazılı şekle tabidir. Bu yüzden marka lisans sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması gerekir²²⁶. Kural olarak marka lisans sözleşmesinin yapılabilmesi için adi yazılı şekil yeterli olup, ayrıca sicile tescil veya ilana gerek yoktur.

VI. SÖZLEŞMENİN TESCİLİ VE ETKİLERİ

Marka lisans sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir²²⁷. Bu yüzden marka lisans sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sicile tescil zorunlu değildir. Diğer bir deyişle marka lisansının sicile tescil edilmesi kurucu değil, bildirici nitelitedir²²⁸. Ancak marka lisansının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için sicile tescil edilmesi gerekir²²⁹ (KHK/556.m.21/X). Marka lisansı, kötüniyetli kişilere, yani marka lisansını bilen veya bilmesi gereken kişilere karşı ise lisansın sicile tescilinden önce de ileri sürülebilir²³⁰. Ortak markanın lisans sözleşmesine konu olabilmesi için lisansın sicile tescil edilmesi gerekir (KHK/556.m.60). Bu yüzden ortak

²²⁶ **Özel 62; Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.67; **Yılmaz 68; Arkan**, Marka, C.II, s.196; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.744; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.32; **Poroy/Yasaman 441; Çamlıbel 212; Meran 182; Oytaç 218; Karan/Kılıç 346; Noyan 382**. 551 sayılı Markalar Kanununa göre ise lisans sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin noterlikçe düzenlenmesi gerekiyordu (Mar.K. m. 34/IV). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sağlam 123 vd.; Çevik 204 vd.**

²²⁷ 5.Bölüm.V.

²²⁸ **Özel 62; Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.68; **Yılmaz 72; Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.33; **Meran 183; Oytaç 218; Karan/Kılıç 346; Noyan 382; Çamlıbel 213; Arkan**, Marka, C.II, s.198; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.746-747; **Yılmaz 72**.

²²⁹ **Özel 62; Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.68; **Yılmaz 73; Arkan**, Marka, C.II, s.198; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.746-747; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.33; **Çamlıbel 213; Meran 183**. Aynı yönde bkz. Avrupa Topluluk Markasıyla İlgili 40/94 sayılı Tüzük m.23.1.

²³⁰ **Yılmaz 73; Arkan**, Marka, C.II, s.198; **Çamlıbel 213**.

markanın lisans sözleşmesine konu olması halinde, lisans hem iyiniyetli hem de kötünüyetli kişilere karşı ancak sicile tescilden sonra ileri sürülebilir²³¹.

VII. SÖZLEŞMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. LİSANS VERENİN HAK ve BORÇLARI

1. Hakları

Marka sahibine mal ve hizmetlerin aynı kalitede üretilmesi veya piyasaya sunulması için gereken önlemleri alma hakkı tanınmalıdır²³². Marka sahibinin mal veya hizmetlerin aynı kalitede üretilmesi veya piyasaya sunulması için önlemler alabilmesi markanın garanti fonksiyonunun bir sonucudur²³³.

KHK/556.m.21/IX, marka sahibinin, marka tescilinden doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilme hakkını düzenlemiştir. Bu hükme göre sözleşme şartlarının lisans alan tarafından ihlali halinde, tescilli bir markadan doğan haklar, lisans alana karşı dava yoluyla ileri sürülebilir. Kural olarak markayı taşıyan mal ve hizmetlerin marka sahibi veya onun izniyle bir başkası tarafından piyasaya sunulması marka hakkının tükenmesine neden olur²³⁴ (KHK/556.m.13/I).

Sözleşme hükümlerine göre lisans verenin çeşitli hakları ortaya çıkabilir. Lisans verenin uygulamada en çok karşılaşılan haklarından birisi, lisans alanın defterlerini inceleme hakkıdır²³⁵.

²³¹ **Arkan**, Marka, C.I. s.128 dn.29.

²³² **Özel** 170-171.

²³³ **Özel** 170; **Yılmaz** 99; **Arkan**, Marka, C.II, s.200.

²³⁴ **Özel** 183; **Yılmaz** 100; **Pınar** 895; **Arkan**, Marka Hakkının Tüketilmesi, s. 197 vd.; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §26.N.55; **Arkan**, Marka C.II, s.134; Marka Hakkının tüketilmesi hakkında bkz. 11.HD.T.01.03.1991 E.1991/171 K.1991/1406 (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Ankara 1993, s.43); 11.HD.T.14.06.1999 E.1999/3243 K.1999/5190 (FMR 2001/1, s.130. Marka hakkının tükenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan Sabih**, Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.197 vd.; **Pınar Hamdi**, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.855 vd.

²³⁵ **Yılmaz** 103; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.117; **Oytaç** 220.

2. Borçları

Lisans sözleşmesinde, lisans verenin temel borcu, markanın kullanılmasını sağlamaktır²³⁶. Markanın kullanılmasını sağlama borcunun yerine getirilebilmesi için öncelikle bir markanın var olması ve bu varlığın hem sözleşmenin yapıldığı sırada hem de devam ettiği müddetçe sağlanması gerekir²³⁷. Çünkü markanın konu olduğu lisans sözleşmesinin varlığı markanın varlığına bağlıdır²³⁸. Daha sonra ise markanın kullanılması için gerekli vasıtaların lisans alana verilmesi gerekir²³⁹. Örneğin markanın şekli, markanın basılı olduğu ambalajlar veya markayı taşıyan mal veya hizmetlerin üretim tekniklerinin lisans alana verilmesi gerekir.

B. LİSANS ALANIN HAK ve BORÇLARI

1. Hakları

KHK/556.m.21/V'e göre aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa lisans alan, markanın koruma süresinde, markanın kullanılmasına ilişkin her türlü tasarrufta bulunabilir²⁴⁰. Hükümde tasarruf kelimesinin kullanılması isabetli değildir²⁴¹. Çünkü lisans sözleşmesi ile lisans alan marka üzerindeki tasarruf yetkisini kazanamaz. Lisans sözleşmesinden sonra da marka üzerindeki tasarruf yetkisi marka sahibine aittir²⁴². KHK/556.m.21/V'te yer alan tasarruf kelimesi ile, lisans alanın en geniş manada markayı kullanma yetkisine sahip olduğu ifade edilmek istenmiştir. Diğer bir deyişle lisans alanın markayı kullanabilmesi için

²³⁶ **Özel** 130; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.141; **Yılmaz** 74; **Arkan**, Marka, C.II, s.198-199; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.736; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.35; ; **Poroy/Yasaman** 441; **Çamlıbel** 213..

²³⁷ **Özel** 129; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.142; **Yılmaz** 85; **Arkan**, Marka, C.II, s.199; **Yüksel** 106 vd.; **Çamlıbel** 213-214

²³⁸ Aynı yönde bkz. **Özel** 131 vd.; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.94; **Meran** 186.

²³⁹ **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.142-143; **Yılmaz** 89; **Özel** 171.

²⁴⁰ **Arkan**, Marka C.II, s.202; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.36; **Yılmaz** 98; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.135; **Karan/Kılıç** 346.

²⁴¹ Aynı yönde bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.36; **Yılmaz** 98.

²⁴² **Oytaş** 210; **Sargın** 159; **Noyan** 382.

gerekli olan veya kullanmaya yardımcı olan her türlü eylemde bulunabileceği ifade edilmek istenmiştir²⁴³.

2. Borçları

Marka lisans sözleşmesinde, kural olarak, lisans alanın temel borcu lisans bedelinin ödenmesidir²⁴⁴. Marka lisans sözleşmesinde lisans alanın bedel ödeme borcu, lisans sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının bir sonucudur. Genelde lisans alan tarafa yüklenen borç bir bedelin ödenmesidir. Ancak istisnai olarak lisans alanın bir bedel ödemek zorunda olmadan da markayı kullanabileceği kararlaştırılabilir²⁴⁵. Lisans alanın bedel ödeme borcunun olmaması için bu durumun sözleşmede açıkça belirtilmiş olması gerekir. Çünkü lisans sözleşmesinde bedele ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması halinde, lisans verenin uygun bir bedel talep edebileceği kabul edilmektedir²⁴⁶. Ayrıca lisans alanın bedel dışında başka bir edimi yerine getirme borcu altında olduğu da kararlaştırılabilir²⁴⁷. Örneğin, lisans alanın lisans bedeli ödemek yerine lisans verene başka bir konuda lisans verme borcu olduğu kararlaştırılabilir²⁴⁸.

Lisans alanın diğer bir borcu, markayı lisans sözleşmesine uygun olarak kullanma borcudur²⁴⁹. Daha önce de belirtildiği gibi marka lisans

²⁴³ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.36; **Yılmaz** 98-99.

²⁴⁴ **Özel** 130, 154; **Yılmaz** 93; **Arkan**, Marka, C.II, s.199; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.143, s.117; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi s.737; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.35; **Sargın** 106; **Özsunay**, Lisans Bedeli, s.669; **Ortan** 243; **Yüksel** 96; **Kırca** 83; **Çamlıbel** 214; **Yüksel** 96; **Gürzumar**, Franchise, s.91; **Noyan** 382.

²⁴⁵ **Özel** 154; **Yılmaz** 96; **Arkan**, Marka, C.II, s.199; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.143, s.117; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi s.746; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.31, N.35; **Sargın** 106; **Ortan** 243; **Yüksel** 96.

²⁴⁶ Aynı yönde bkz. **Arkan**, Marka, C.II, s.199; **Yılmaz** 96. Aksi yönde bkz. **Çamlıbel** 215

²⁴⁷ **Arkan**, Marka, C.II, s.199 dn 93; **Özel** 155; **Yılmaz** 96; **Yüksel** 96; **Ortan** 245.

²⁴⁸ **Arkan**, Marka, C.II, s.199 dn 93-94.

²⁴⁹ **Yılmaz** 99; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, 143; **Arkan**, Marka, C.II, s.200; **Çamlıbel** 216.

sözleşmesi, kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir²⁵⁰. Bu yüzden marka lisans sözleşmesine uygulanacak hükümler arasında sözleşme hükümleri ayrı bir öneme sahiptir. Lisans alanın markayı lisans sözleşmesine uygun olarak kullanmaması ise borca aykırılık teşkil eder.

VIII. LİSANS SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Lisans sözleşmesi, sürenin dolması, haklı sebeplerin ortaya çıkması, işlemin temelinden çökmesi, taraflardan birinin değişmesi veya tarafların sözleşmeyi fesh etmesi gibi nedenlerle sona erebilir²⁵¹. Lisans sözleşmesi de bir sözleşme olduğu için genel olarak sözleşmeleri sona erdiren nedenler de lisans sözleşmesini sona erdirir. Sözleşmeyi sona erdiren nedenler, sözleşmenin türüne, hükümlerine ve tarafların çeşitli durumlarına göre her lisans sözleşmesinde farklılık gösterebilir²⁵².

SONUÇ

“Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler” adlı bu çalışmamızda markanın konu olabileceği hukuki işlemler ilgili başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu yüzden burada sadece konuyla ilgili ortaya çıkabilecek sorunların temelinde yatan nedenler ile bazı önemli sorunların giderilmesi hakkındaki önerilere yer verilecektir.

KHK/556, Avrupa Birliğine uyum sürecinde gümrük birliğine girebilmek için verilen taahhütleri yerine getirmek amacıyla hızlı bir şekilde uluslararası düzenlemelerden tercüme edilerek mevzuatımıza kazandırılmıştır. Halbuki, kanun yapma tekniği açısından kural olarak bir kanun yürürlüğe girmeden önce konuyla ilgili uygulama ve teoriye hakim uzman kişilerden bir komisyon oluşturulmalı, bu komisyon bir tasarı

²⁵⁰ **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.52; **Özel** 111-112, s.127; **Tandoğan**, C.I, s.63-64; **Zevkliler** 42; **Yavuz** 25; **Yasaman/Altay**, KHK Şerhi, s.741; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, §28.N.25; **Kırca** 83; **Ayiter**, İhtira Hukuku, s.108 vd.; **Yüksel** 81; **Ortan** 22 vd. s.39; **Oktay**, İsimli Sözleşmeler, s.274; **Yılmaz** 48. Ayrıntılı bilgi için bkz. 5. Bölüm.III.C.

²⁵¹ Sözleşmenin sona erme nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz** 406 vd; Lisans sözleşmelerinin sona erme nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özel** 193 vd; **Yılmaz**126 vd; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.93 vd; **Ortan** 292 vd; **Gürzumar**, Franchise, 169 vd.

²⁵² **Özel** 193; **Yılmaz** 126; **Oktay**, Lisans Sözleşmeleri, s.93.

hazırlamalı ve bu tasarı kamuya duyurularak ilgili kişilerin eleştirileri alınmalıdır. Böylece son halini alan söz konusu kanun ihtiyaçları karşılayacak şekilde yürürlüğe girebilir. Kanun yapma tekniğine uygun gerekli altyapısı oluşturulmadan yürürlüğe girmesi ve hukukumuzdaki mevcut müktesebatın yeni düzenlemeye aktarılmaması yanında tercümede hatalar yapılması nedeniyle KHK/556, çeşitli problemleri beraberinde getirmiştir. Özellikle KHK/556 ve Marka Yönetmeliğinde aynı konuya ilişkin birbirinden farklı hükümlerin bulunması, diğer bir deyişle markaya ilişkin kanuni düzenlemeler arasındaki uyumsuzluk uygulamada çeşitli aksaklıkların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

KHK/556'daki eksiklik ve uygulamadaki sorunları gidermek amacıyla yeni bir Marka Yönetmeliği hazırlanmış ve bu yönetmelik 09.04.2005 tarih ve 25781 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak Marka Yönetmeliği ile söz konusu eksiklik ve sorunları giderecek yeni hükümler getirilmesine rağmen, aynı konulara ilişkin KHK/556 hükümlerinin değiştirilmemesi nedeniyle, markaya ilişkin kanuni düzenlemeler arasındaki uyumsuzluk ortadan kaldırılamamıştır. Öte yandan Marka Yönetmeliğinde, KHK/556'ya aykırı hükümler bulunması normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmekte ve bu durum hatalı uygulamalara neden olmaktadır. Bu yüzden KHK/556 ve Marka Yönetmeliği eş zamanlı ve birbirine uyumlu olacak şekilde gözden geçirilerek yeniden düzenlenmelidir. Çünkü farklı zamanlarda yapılan değişiklikler yukarıda belirtildiği gibi kanuni düzenlemeler arasında uyumsuzluğa neden olmaktadır.

Bununla birlikte yine KHK/556'daki eksiklik ve uygulamadaki sorunları gidermek amacıyla Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Ancak bu tasarı henüz kanunlaşarak yürürlüğe girmediği için eksiklik ve sorunları giderme amacını gerçekleştirmediği gibi markaya ilişkin kanuni düzenlemeler arasındaki uyumsuzluğu da ortadan kaldıramamıştır. Kanaatimizce Marka Yönetmeliğine uygun hükümler getirmeyen yeni bir kanun da problemlere çözüm olmayacaktır. Bu yüzden markaların korunmasına ilişkin tasarı kanunlaşırken, Marka Yönetmeliği hükümleri de tekrar gözden geçirilerek yürürlüğe girecek kanuna uygun hale getirilmelidir.

Ortaya çıkan sorunların temelinde yatan nedenleri bu şekilde açıkladıktan sonra, Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısına da yol gösterici olması ümidiyle bazı önemli sorunların giderilmesi için

yapılması gereken değişiklikler hakkındaki önerilerimizi ve bu değişiklikler yapılana kadar başvurulabilecek çözüm yollarını sıra numarası altına incelemeye çalışacağız.

1- KHK/556, kural olarak sadece KHK/556 hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasına sağlar (KHK/556.m.1/I, m.6). Dolayısıyla KHK/556 hükümleri kural olarak tescilli markalara uygulanır. KHK/556, bu kuralı ile tescilli markaların kullanılmasını, diğer bir deyişle markaların tescil ettirilmesini özendirici bir yol izlemiştir. Ancak tescilsiz markalar da hukuki işlemlere konu olabilir. Tescilsiz markaların hukuki işlemlere konu olması halinde, hukuki işleme taraf olan kişilerin haklarının korunabilmesi için, tescilsiz markalara uygulanacak hükümlere de KHK/556'da yer verilmeli veya hangi hükümlerin tescilsiz markalara uygulanacağı KHK/556'da düzenlenmelidir.

Özellikle tescilsiz markalarla ilgili hukuki işlemler sicile tescil edilemediği için hukuki işleme taraf olan kişinin haklarının korunması ve hukuki işlemin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi sorun teşkil etmektedir. Bu yüzden KHK/556'da tescilsiz markalara ilişkin bir değişiklik yapılana kadar hukuki işleme taraf olan kişinin, markayı ve markayla ilgili hukuki işlemi sicile tescil ettirme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Hukuki işleme taraf olan kişi, markayı marka sahibi, hukuki işlemi ise kendi adına sicile tescil ettirmelidir.

2- KHK/556'da marka başvurusunun da hukuki işlemlere konu olabileceği düzenlenmiştir (KHK/556.m.22). Ancak KHK/556'da marka başvurusunun hukuki işlemlere konu olması hakkında ayrıntılı hükümlere yer verilmediği gibi marka başvurusuna ilişkin hukuki işlemlerin nasıl yapılacağı da düzenlenmemiştir. Bu durum, özellikle marka başvurusu sicile tescilli olmadığı, dolayısıyla başvuruya ilişkin hukuki işlem de sicile tescil edilemediği için, işlemin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi açısından sorun teşkil etmektedir. Bu yüzden KHK/556'da yapılacak bir değişiklikle marka başvurusunun hukuki işlemlere konu olmasına ilişkin ayrıntılı hükümler getirilmeli, özellikle marka başvurusuna ilişkin hukuki işlemin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi hakkındaki hükümlere KHK/556'da yer verilmelidir. Bu tür bir değişiklik yapılana kadar, söz konusu hukuki işlem marka başvuru belgelerinin üzerine not edilerek üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi sağlanabilir.

3- KHK/556.m.16'da markanın devri ve KHK/556.m.20-21'de markanın lisans sözleşmesine konu olması ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak KHK/556'da markanın rehni ve haczi hakkında ayrıntılı hükümlere yer verilmemiştir. Dolayısıyla markanın rehni ve haczi halinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde aksaklıklarla karşılaşmaktadır. Bu yüzden yapılacak bir değişiklikle markanın rehni ve haczi de KHK/556'da ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Özellikle rehni ve haczin kurulması, şekli ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi ile ilgili hükümlere KHK/556'da yer verilmelidir. En azından genel nitelikteki hükümlerden hangilerinin markanın rehni ve haczine uygulanacağı KHK/556'da düzenlenmelidir. Değişiklik yapılan kadar ise hakların rehni ve haczine ilişkin genel nitelikteki hükümler kıyasen markanın rehni ve haczine uygulanmalıdır.

4- KHK/556.m.15 ve m.22 ile Mar.Yön.m.22'de "markanın rehni" ifadesine yer verilmesine rağmen, KHK/556.m.18'de "markanın teminat olarak gösterilmesi" ifadesi kullanılmıştır. KHK/556, markanın teminat olarak gösterilmesi ifadesi ile de markanın rehnini kastetmektedir. Bu yüzden KHK/556.m.18'de yer alan markanın teminat olarak gösterilmesi ifadesinden markanın rehni anlaşılmalı ve yapılacak bir değişiklikle teminat - rehin şeklindeki farklı kullanıma son verilmelidir.

5- Markanın sözleşme ile devri yanında işletmeyle birlikte devri ve mahkeme kararıyla devri de KHK/556'da düzenlenmiştir. Bunların dışında markanın ortaklıkların birleşmesi veya ortaklıkların bölünmesi yoluyla ya da markanın bir ortaklığa sermaye olarak getirilmesi yoluyla devri gibi markanın çeşitli devir yolları da KHK/556'da düzenlenmelidir. En azından, yapılacak bir değişiklikle markanın çeşitli devir yollarıyla devrinde devrin kurulması, şekli ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine ilişkin hükümlere KHK/556'da yer verilmelidir.

6- Markanın devri mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise devir işlemi TPE tarafından sicile tescil edilmez. Yeni sahibi markayı kendi adına sicile tescil ettirmek için, marka tescilinin halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde sınırlı hale getirilmesini kabul etmelidir (KHK/556.m.16/IV).

KHK/556.m.16/IV'te TPE'nin markanın devrini tescil etmeyeceği halkı yanıltma halleri mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı,

kalitesi ve markanın kendisi şeklinde sayılmış ve hükümde geçen tescil etmeme hallerinin sınırlı olup olmadığı hakkında herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. KHK/556.m.7/I-f'de ise "gibi" ifadesi kullanılarak hükümde sayılan halkı yanıltma hallerinin sınırlı olmadığı düzenlenmiştir. KHK/556.m.16/IV'ün metninden açıkça anlaşılacakla birlikte hüküm de yer alan halkı yanıltma hallerinin de sınırlı olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü KHK/556.m.7/I-f ile her ne sebeple olursa olsun halkı yanılgıya düşüren markaları tescil etmeme görevi TPE'ye verilmiştir. Markanın devrinde yeni bir markanın tescili söz konusu olmasa bile markayı devralan adına yeni bir tescil yapılmaktadır. Bu yüzden TPE, her ne sebeple olursa olsun halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikteki marka devrini, tescil etmemelidir.

Markanın devrinde halkın yanılgıya düşmesinin ve TPE'nin devir işlemini sicile tescil etmemesinin sebebi marka sahibinin değişmesidir. Markanın devri dışında markanın haczi ve rehni sonucu paraya çevrilmesi halinde de marka sahibi değişmektedir. Ayrıca markanın lisans sözleşmesine konu olması halinde de - özellikle inhisari lisansta - aktif olarak markayı kullanan diğer bir deyişle marka sahibi gibi hareket eden kişi değişmektedir. Bu yüzden markanın devrinde uygulanan kural, markanın rehne, hacze ve lisans sözleşmesine konu olması halinde de uygulanmalı ve yapılacak bir değişiklikte bu kuralın devir dışındaki markayla ilgili hukuki işlemlere de uygulanması için gerekli hükümlere KHK/556'da yer verilmelidir. Değişiklik yapılana kadar ise markanın devrine ilişkin KHK/556.m.16/IV hükmü kıyasen markayla ilgili diğer hukuki işlemlere de uygulanmalıdır. Dolayısıyla marka sahibindeki değişikliğin halkı yanılgıya düşürebileceği durumlarda hukuki işlemin tescili halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde sınırlı hale getirilmediği sürece, TPE tarafından hukuki işlemin sicile tesciline izin verilmemelidir.

7- Markanın devre ve lisans sözleşmesine konu olması halinde sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ile hukuki işlemin geçerli olacağı, ancak hukuki işlemin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için sicile tescil edilmesi gerektiği KHK/556'da açıkça düzenlenmiştir (KHK/556.m.16, m.21). KHK/556'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, markanın rehni ve haczi halinde de aynı kuralın geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Söz konusu kuralın benimsenmesi bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Örneğin marka sahibinin (M), markasını yazılı şekilde (A'ya) devretmesi ve devir sicile tescil edilmeden bir başkasına (B) daha devretmesi ve bu ikinci devrin sicile tescil edilmesi halinde markanın kime ait olduğu sorunu ile karşılaşılabilir.

Salt hukuki olarak bu durum değerlendirildiğinde, markanın yazılı şekilde devriyle marka hakkı tamamen devralana (A) geçmekte ve devreden (M) marka hakkı sona ermektedir. Böylece devreden bir başkasına (B) devredebileceği marka hakkı da kalmamaktadır. Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez ve kural olarak bir hakkı ancak hak sahibi devredebilir. Bu yüzden yazılı şekilde markayı devreden, devir sicile tescil edilmese bile bir başkasına markayı devredemez. Dolayısıyla sicile güvenerek, sicilde marka sahibi olarak görünen ve fakat gerçek hak sahibi olmayan kişiden markayı devralanın bu iktisabı korunmaz.

Ancak markanın devrini sicile tescil ettirme imkanına sahip olmasına rağmen bu işlemi yaptırmayan markayı ilk devralan kişinin (A) bu ihmalinin karşılıksız kalmaması gerektiği gibi sicile güvenerek markayı sicilde marka sahibi olarak görünen kişiden iyiniyetli olarak devralanın da bu iyiniyeti boşa çıkarılmamalıdır. Zira markayı devralan kişinin marka sahibini tespit etmek için TPE tarafından tutulan resmi bir sicil olan marka sicili dışında başvurabileceği daha güvenilir bir kayıt mevcut değildir.

Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi markayla ilgili tüm hukuki işlemlerin sicile tescil edilmemesi nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların temelinde söz konusu hukuki işlemlere ilişkin hükümlerin yetersizliği yatmaktadır. Çünkü bu hükümlere göre, hukuki işlemin geçerli olması için yazılı şekil yeterlidir. Kanaatimizce, aleniyetin tam olarak sağlanabilmesi, marka üzerinde hak sahibi olanların doğru bir şekilde tesbit edilebilmesi ve bu hak sahiplerinin haklarının gereğince korunabilmesi için, ortak marka ve garanti markasında olduğu gibi hukuki işlemin geçerli olabilmesi için sicile tescil zorunlu olmalıdır. KHK/556'da yapılacak bir değişiklik markayla ilgili tüm hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için sicile tescil zorunlu hale getirilmeli ve sicile güvenerek iyi niyetli hak iktisap edenlerin bu hakları korunmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

Acemoğlu, Kevork: Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.

Akipek, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, C.I, Ankara 1972.

Altay Sümer: 5846 Sayılı FSEK. Bağlamında Mali Hakların Hacine ve İflas Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi, İHFM. 1998/1-4, s.209 vd.

Antmen Alpay: Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.

Aras Ferzan Arif: Tacir Bütün Borçları İçin İflasa Tabidir, ABD 1946/23, s.6.

Arıkan Mustafa: Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Konya 2003.

Arkan Sabih: Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997. (Marka, C.I).

Arkan Sabih: Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998. (Marka, C.II).

Arkan Sabih: Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.197 vd. (Marka Hakkının Tüketilmesi)

Arkan Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004. (Ticari İşletme)

Arseven Haydar: Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul 1951.

Arslan İbrahim: Şirketler Hukuku Bilgisi, Konya 2004.

Arslanlı Halil: Fikri Hukuk Dersleri II – Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.

Ataay Aytekin: Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul 1980.

Ayan Mehmet: Medeni Hukuka Giriş, Konya 2003. (Giriş)

Ayan Mehmet: Miras Hukuku, Konya 2004. (Miras)

Ayan Mehmet: Eşya Hukuku I - Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2004. (Eşya, C.I).

Ayan Mehmet: Eşya Hukuku III – Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2001. (Eşya, C.III)

Ayiter Nuşin: Eşya Hukuku, Ankara 1987. (Eşya)

Ayiter Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981. (Fikir ve Sanat Ürünleri)

Ayiter Nuşin: İhtira Hukuku, Ankara 1968. (İhtira Hukuku)

Ayiter Nuşin / Kılıçoğlu Ahmet: Miras Hukuku, Ankara 1991.

Başbuğ İrfan / Erdem Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993.

Berkin Necmeddin: İflasın Müflisin Mal ve Alacaklarına Tesiri, İHFM, 1951/3-4, s.717 vd.

Berzek Ayşe Nur: 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Markaların Düzenlenmesi, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.77 vd.

Berzek Ayşe Nur: Tescilli Markanın Korunmasına İlişkin Sorunlar, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, s.49 vd.

Bıçakçı Levent: Markanın Hakiki Sahibinin Korunması, İBD. 1996/1-2-3, s.200 vd.

Camcı Ömer: Marka Davaları, İstanbul 2002.

Cansel Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967.

Çamlıbel - Taylan Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.

Çevik Orhan Nuri: İctihatlı- Notlu Fikri Hukuk Mevzuatı (Fikri ve Sınai Mülkiyet Mevzuatı), Ankara 1988.

Çoştan Hülya: Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004.

Davran Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, Ankara 1972.

Deliduman Seyithan: 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı – Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002.

Demirci Aylin: Gayri Maddi Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2002.

Dirikkan Hanife: Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.219 vd.

Doğrusöz Bumin A.: Türk Vergi Hukukunda Şirket Bölünmesi ve Hisse Değişimi (I- Tam Bölünme), Yaklaşım Dergisi 2001, S.107, s.39 vd.

Doğrusöz Bumin A.: Türk Vergi Hukukunda Şirket Bölünmesi ve Hisse Değişimi (II- Kısmi Bölünme), Yaklaşım Dergisi 2001, S.108, s.31 vd.

Dönmez İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 1992.

Engin Baki İlkay: Alacağı Temlik edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.

Erbay İsmail: Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002.

Erdem Bahadır M.: Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2000.

Erel Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.

Ergüne Mehmet Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.

Erman Eyüp Sabri: İflasa Tabi Şahıslar, AD.1967/7-10, s.524 vd.

Eroğlu Sevilay: Soyut Renk, Ses, ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD. 2003/1, s.95vd.

Erten Ali: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.

Görgün L. Şanal : Eser Üzerinde Rehin Tesisi ve Cebri İcra Konusu Olarak Eser, AİTİAD. 1973/1, s.135 vd.

Gürsoy Kemal T. / Eren Fikret / Cansel Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.

Gürzumar Osman B.: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995. (Franchise)

Gürzumar Osman B.: Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, 1994, S.4, s.521 vd. (Gelişmeler)

Hirş Ernst: Hukuki Bakımdan Fikri Say, Nazari Esaslar Sınai Haklar, İstanbul 1942

Hirş Ernst: Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948.

Helvacı İlhan: Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997. (Lex Commissoria)

Helvacı Mehmet : Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme, İstanbul 2004. (Ortaklıkların Bölünmesi)

İmre Zahit/Erman Hasan : Miras Hukuku, İstanbul 2003.

Karahan Sami: Ticari İşletme Hukuku, Konya 2004. (Ticari İşletme)

Karahan Sami: Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002. (Hükümsüzlük)

Karan Hakan / Kılıç Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.

Kırca Çiğdem: Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.

- Köprülü Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler – Kişinin Hukuku, İstanbul 1984. (Medeni)
- Köprülü Bülent: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1985 (Miras)
- Köprülü Bülent / Kaneti Selim: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982 – 1983.
- Kuntalp Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971. (Karışık Muhtevalı Akit)
- Kuntalp Erden: Lex Commissora Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kıraç' a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1994, s.151 vd. (Lex Commissora)
- Kuru Baki / Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2003.
- Kuru Baki: Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, Ankara 2002. (Alacakların Haczi)
- Kuru Baki: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, AÜHFĐ. 1962/1-4 s,277 vd.
- Kuru Baki: İcra ve İflas Hukuku, C.I, İstanbul 1988. (İcra ve İflas, C.I)
- Kuru Baki: İcra ve İflas Hukuku, C.II, İstanbul 1990. (İcra ve İflas, C.II)
- Kuru Baki: İcra ve İflas Hukuku, C.III, Ankara 1993. (İcra ve İflas, C.III)
- Matter Erwin: İsviçre Hukukunda Markaların Devri, (Çev: Akar Öçal), EİTİAD. 1976/1, s.405 vd
- Meran Necati: Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004.
- Muşul Timuçin: Notlu İcra ve İflas Kanunu, İstanbul 2004.
- Noyan Erdal: Marka Hukuku, Ankara 2004.
- Oğuzman Kemal / Öz M.Turgut: Borçlar Hukuku, Genel hükümler, İstanbul 1995.
- Oğuzman Kemal / Seliçi Özer: Eşya Hukuku, İstanbul 2002.
- Ortan Ali Necip : Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.
- Oytaç Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul 2002.
- Öçal Akar: Türk Hukukunda Markaların Himayesi, 1967. (Markaların Himayesi)

Öçal Akar: Markaların Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi, EİTİAD. 1970, S.7, s.307 vd. (Anonim Şirketlere)

Öçal Akar: Sınai Mülkiyetin Ticaret Kanunumuzdaki Yeri, EİTİAD. 1973/2, s.319 vd. (Kanunumuzdaki Yeri)

Öğüz Tufan: Know-How Sözleşmesi İstanbul 2001.

Özbalcı Yılmaz: 4684 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi, Vergi Dünyası 2001, S.241, s.11 vd.

Özel Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002.

Özsunay Ergun: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986. (Medeni)

Özsunay Ergun: Lisans Sözleşmelerinde Lisans Bedeline (Royalty) İlişkin Sorunlar, İÜHF 50. Yıl Armağanı (Cumhuriyet Döneminde Hukuk), İstanbul 1973, s.672 vd. (Lisans Bedeli)

Öztırak İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1977.

Özyeşil Fatih M.: Haczedilen Malvarlığının Muhafazasına İlişkin Tedbirler (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2001.

Petitpierre Edouard: İsviçre Markalar Kanununun Değiştirilmesi Konusunda Bazı Düşünceler(Çev. Öçal Akar), EİTİAD. 1973/1, s.283 vd.

Pınar Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağanı, İstanbul 2000, s.855 vd.

Poroy Reha / Tekinalp Ünal: Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağanı, Ankara 1990, s.333 vd.

Poroy Reha / Tekinalp Ünal / Çamoğlu Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003.

Poroy Reha / Yasaman Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.

Postacıoğlu İlhan: Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi ile İlgili Bazı Problemler, Batider. 1979/2, s.353 vd. (Bazı Problemler)

Postacıoğlu İlhan: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982. (İcra)

Sağlam Mehmet Adil: Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1973.

Saka Zafer: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1998.

Sargin Fügen: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002

Saymen Ferit H. / Elbir Halit K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

Seliçi Özer: Borlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

Serozan Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975. (Sözleşmeden Dönme)

Serozan Rona: Edim yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Milletlerarası Hukuk Araştırmaları Dergisi 1978, S.1, s.5 vd. (Bağımsız Borç İlişkisi)

Sezgin Turgut: İflasa Tabi Şahıslar, Batider.1964/4, s.693 vd.

Sirmen Lale: Alacak Rehni, Ankara 1990

Şehirali Feyzan H.: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998

Şenocak Kemal: Soyut Renk Markaları, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.55 vd.

Tandoğan Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I, Ankara 1985

Tekinalp Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004 (Fikri Mülkiyet)

Tekinalp Ünal: Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 Sayılı Kanunun İşlerliği, Mükellefin Dergisi 2001, S.106, s.31 vd. (Şirketlerin Bölünmesi)

Tekinalp Ünal: Markanın Üçüncü kişi tarafından kullanılması, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.633 vd

Tercan Erdal: İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996

Tunçomağ Kemal: Üçüncü Kişilerdeki Alacakların Haczinin (İİK.89'un) Doğurduğu Sorunlar, İBD. 1993/7-9, s.450 vd.

Türk Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986

Uyar Talih: Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.551 vd.

Uyar Talih: İcra Hukukunun Esasları, Manisa 1990 (İcra Hukukunun Esasları)

Uyar Talih: İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Manisa 1984 (Rehnin Paraya Çevrilmesi)

Uyar Talih: Paraya Çevrilmesi Özel Bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar (İİK.madde:121), ABD. 1978/3, s.431.

- Üstündağ Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004 (İcra)
- Üstündağ Saim: İcra ve İflas Kanununun 89. Maddesi Üzerine, İBD.1991/1-3, s.5 (89. Madde)
- Wieland C.: Kanunu Medenide Aynı Haklar (Çev. İ.Hakkı Karafaki) C.II, Ankara 1946
- Yalçiner Uğur G.: Sınai Mülkiyetin İlkeleri, Ankara 2000
- Yasaman Hamdi : Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.691 vd. (Tanınmış Markalar)
- Yasaman Hamdi : Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987.
- Yasaman Hamdi : Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul 2003, s.695 vd.
- Yasaman Hamdi / Altay Sıtkı Anlam / Ayoğlu Tolga / Yusufoğlu Fülürya /
- Yüksel Sinan: Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004 (KHK Şerhi)
- Yavuz Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel hükümler, İstanbul 1996
- Yılmaz Canan: Marka Lisans Sözleşmeleri (Yayınlanmamış yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2001.
- Yılmaz Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992.
- Yüksel Ali Sait: Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul 1989
- Zevkliler Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (turnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

İnternet adresi: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/dergi/dergi.html>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr