



EKONOMİK SUÇ VE CEZA SEMPOZYUMU

**30 Nisan - 1 Mayıs 2005 - Patalya Oteli
Kızılcahamam / Ankara**

Ekim 2005

TOBB Yayın No : 2005 - 25

Dizayn - Baskı: Grafik er Ltd. Şti. 284 16 39 Pbx



ÖNSÖZ

Ülkemizin ekonomik gelişmelerine paralel olarak, ekonomik suçlar ve bu suçlara verilecek cezalar da değişmekte ve bu nedenle bu suçların önlenmesi için kullanılan araçlarda ve yöntemlerde de değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Ekonomik suçların önlenmesi için alınacak önlemler ve verilecek cezalar ile, ülkenin girişimcilerinin çalışmalarını engellemek değil, çalışmalarının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmalıdır.

Ekonomik suçlar ve ekonomik suçlara verilecek cezalar Birliğimizce yapılan çeşitli çalışmalarda gündeme getirilmekte ve bu konular ilgili uzmanlar ile müzakere edilmektedir. Bu kapsamda yapılan sektör toplantılarında özellikle ekonomik suçlarla ilgili olarak "ihtisas mahkemelerinin" kurulmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Mevcut uygulamada ekonomik suçlarla ilgili mahkemeler karar verebilmek için, konuyu bilirkişilere havale etmektedir. Bilirkişi incelemeleri bazen çok uzun sürelerde tamamlanmakta ve mahkemelerin karar verme süreleri uzamaktadır. Bu gecikmelerin önlenmesi için yapılacak çalışmaların kolaylaştırılması bakımından, savcılar ve hakimler ile özel sektör mensuplarının fikir alışverişinde bulunmaları gerekli görülmüş ve bu görüşümüz Adalet Bakanlığı tarafından da paylaşılmıştır.

Bu itibarla, gelişen ve değişen ekonomik uygulamalara paralel olarak, yeni yapılan hukuksal ve yasal düzenlemelerin müzakeresi, "Türk Ceza Kanunu"nun ekonomik faaliyetlerle ilgili hükümleri hakkındaki açıklamaların yetkili temsilciler tarafından yapılması ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği mensuplarının görüşlerinin alınması amacıyla, Adalet Bakanlığı ile ortaklaşa "Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu" düzenlenmiştir.

Ankara Kızılcahamam'da 30 Nisan - 1 Mayıs 2005 tarihlerinde Patalya Oteli'nde düzenlenen geniş katılımlı sempozyumda konu ile ilgili çok yararlı müzakereler yapılmıştır. Üniversitelerimizin değerli öğretim üyeleri, Adalet Bakanlığı'nın değerli üst düzey yöneticileri ve ekonomik suç ve ceza konusunda bilgili ve deneyimli kişilerin tebliğleri ile katıldığı sempozyumdan, hakim ve savcılar ile özel sektör mensuplarının etkili iletişim kurmaları hususunda yararlı sonuçlar elde edilmiştir.

Sempozyumun yapılması için yardımlarını esirgemeyen Adalet Bakanı Sayın Cemil ÇİÇEK'e, Adalet Bakanlığı bürokratlarına, hakim ve savcılarımıza, sempozyuma katılan ve katkıda bulunan bilim adamlarına, tüm kamu kurum ve kuruluşların temsilcilerine ve özel sektör mensuplarına teşekkürlerimi sunarım.

Sempozyumda elde edilen bu önemli sonuçların kalıcı olabilmesi için sunulan tebliğler ile soru, cevaplar ve ilgili tartışmaları bir kitapta topladık. Bu kitabımızın yargı ve özel sektör camiasına ve tüm ilgililere yararlı olmasını dilerim.

Saygılarımla,

M. Rifat HİSARCIKLIOĞLU
Başkan



İÇİNDEKİLER

ADALET BAKANLIĞI - TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ EKONOMİK SUÇ VE CEZA SEMPOZYUMU

Katılımcı listesi	7
Program	13
Açılış Konuşmaları	15
Maksut METE - Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı	
M. Rifat HISARCIKLIOĞLU - TOBB Başkanı	

BİRİNCİ OTURUM

Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçlar	27
Konuşmacı: Prof. Dr. E. Alper GÜVEL, Çukurova Üniversitesi	
Türkiye’de ve Dünyada Ekonomik Suçlar	35
Konuşmacı: Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN Rekabet Derneği Başkanı	
Şirketlerin Ekonomik Suçlara Yönelik Önlemleri	57
Konuşmacı: Bedii ENSARI - TOBB Sermaye Piyasası Sektör Kurulu Üyesi	

İKİNCİ OTURUM

Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar	65
Konuşmacı: Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Konuşmacı: Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hakları	87
Konuşmacı: Prof. Dr. E. Alper GÜVEL - Çukurova Üniversitesi	
Konuşmacı: Türkay ALICA - Ankara Hakimi	

Fikrî Hakların Etkin Korunması Alanındaki Mevcut Eksiklikler Çözüm Önerileri ve Türkiye'deki Durum	142
Konuşmacı: Serdar ARIKAN - Ankara Hakimi	

DÖRDÜNCÜ OTURUM

Rekabet Hukuku	181
Konuşmacı: Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU - Başkent Üniversitesi - Rekabet Kurumu Eski Başkanı	
Konuşmacı: Prof. Dr. Şükrü KIZILOĞLU - Gazi Üniversitesi	
Ekonomik Suçlar ve Vergiler	208
Konuşmacı: Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK - Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fak.	

BEŞİNCİ OTURUM

Organize Suçlar ve Karaparanın Aklanması	241
Konuşmacı: Ergin ERGÜL - Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Mali Suçlar ve Takibi	
Konuşmacı: Dr. Genç Osman YARAŞLI - Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanı Gümrük ve Kaçakçılık	
Konuşmacı: Birsen KARAKAŞ - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi	

ALTINCI OTURUM

Şirketler Hukukuna Getirilen Yenilikler	305
Konuşmacı: Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Konuşmacı: Ali KAYA - Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanı	
Konuşmacı: Doç. Dr. Ahmet GÖKÇEN - Marmara Üniversitesi	



ADALET BAKANLIğI TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİğİ

EKONOMİK SUÇ VE CEZA SEMPOZYUMU

30 Nisan - 1 Mayıs 2005 - Patalya Oteli
Kızılcahamam / Ankara

KATILIMCI LİSTESİ

ADALET BAKANLIğI PROTOKOLÜ

Maksut METE - Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı
Sadık DEMİRCİOğLU - Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürü
Yusuf ÖğMEN - Adalet Bakanlığı APK Başkanı
Bekir UÇAN - Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanı
Selahattin ATALAY - Adalet Bakanlığı Başmüfettiş

BÜROKRATLAR

Saadet YÜKSEL - Dış Ticaret Müsteşarlığı Hukuk Müşaviri
Nesrin DOğAN - Dış Ticaret Müsteşarlığı Hukuk Müşaviri
Çiğdem ÇAMURDAN - Gümrük Müsteşarlığı Hukuk Müşaviri
Sabri UZUN - Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanı
Adnan ERTÜRK - Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı
Hediye BARAN - Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Şube Müdürü

Nurettin KOLAÇ - Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Hukuk Dairesi Baş Yard.- Avukat
Tangül DURAKPAŞA - İMKB Baş Hukuk Müşaviri
Jandarma Kıdemli Albay Cengiz YILDIRIM (İçişleri Bakanlığı Müsteşarlığının talimatıyla) - Jandarma Genel Komutanlığı Kaçakçılık ve Organize Suçlar Dairesi Başkanı
Jandarma Üsteğmen Ulaş Kuşaklı - Jandarma Genel Komutanlığı Kaçakçılık ve Organize Suçlar Dairesi
Jandarma Astsubay Kıdemli Üstçavuş Kadir TUĞ - Jandarma Genel Komutanlığı Kaçakçılık ve Organize Suçlar Dairesi
Ramazan KARAKAYALI - Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdür Yardımcısı
Ufuk GÜRSOY - Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdür Yardımcısı
Hasan DURSUN - DPT Uzmanı
Ercan ULKAN - SPK Avukat
Övül DOĞAN - TÜRK EXİMBANK - Uzman
Yusuf MOLLAOĞLU - Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Org. Suçlar Dairesi Baş Komiser
Serdar TUĞ - Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Org. Suçlar Dairesi Komiser
Bülent BİLİŞ - Ankara Emniyet Müdürlüğü Kaçakçılık ve Org. Suçlar Şubesi Emniyet Amiri
Mehmet AYKURT - Ankara Emniyet Müdürlüğü Kaçakçılık ve Org. Suçlar Şubesi Baş Komiser
Aslı KAHRAMAN - Maliye Bakanlığı Kaçakçılık Dairesi Mali Uzman
Sibel MÜFTÜOĞLU - Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi

HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU TARAFINDAN GÖREVLENDİRİLENLER

Haluk MAHMUTOĞULLARI - Eğitim Dairesi Başkanı
Özcan AVCI - Eğitim Dairesi Başkanlığı Tetkik Hâkim
Hakan ÖZTÜRK - Eğitim Dairesi Başkanlığı Tetkik Hâkimi
Ünal BOZDAĞ - Eğitim Dairesi Başkanlığı Tetkik Hâkimi
Turan DEMİRTAŞ - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Başkanı
Seyfettin ÇİLESİZ - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
Muvaffak TATAR - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
Mehmet ÖZTÜRK - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
Sevgi SAKA - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
Orhan KOÇAK - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
Mehmet MUTLU - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
H.Cahit ERBAKAN - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi
Serpil BAĞÇEÇİ (ŞENER) - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi
Mahmut BAŞKAN - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi
Selahattin ÇALIŞKAN - Ankara Cumhuriyet Başsavcı Vekili
Mehmet ÇAVUŞOĞLU - Ankara Cumhuriyet Başsavcı Vekili
İbrahim ÖZYURT - Ankara Cumhuriyet Başsavcı Vekili
Ziya ÜNAL - Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı

Mehmet Mesut ÖZTÜRK - Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
İbrahim KOZAN - Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Satı GÖSTERİŞLİ ATEŞEL - Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanı
Uğur SAYIN - Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanı
Mehmet GÖKDEMİR - Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanı
Baki KAYA - Polatlı Cumhuriyet Başsavcısı
Erkan BOYACI - Sincan Cumhuriyet Başsavcısı
Osman KAÇMAZ - Sincan Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Mehmet GÜLMEZ - Antalya Ticaret Mahkemesi Başkanı
Mustafa ŞAHİN - Antalya Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Fikret KARAÇORLU - Alanya Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Ahmet SOYTÜRK - Manavgat Cumhuriyet Başsavcısı
Mustafa YABANOĞLU - Elmalı Cumhuriyet Başsavcısı
Süleyman SAVUT - Elmalı Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Sezai AKBULUT - Bursa Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Ali DEMİR - Bursa Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Mehmet OCAK - İstanbul Cumhuriyet Başsavcı Vekili
Hasan EKER - İstanbul Cumhuriyet Başsavcı Vekili
İsmet Atilla HEKİMOĞLU - İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Mustafa AKIN - İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Ali Ahmet GÜRGÜL - İstanbul Ticaret Mahkemesi Başkanı
Hüseyin Necati AKSOY - İstanbul Ticaret Mahkemesi Başkanı
Engin UÇAK - Bakırköy Cumhuriyet Başsavcı Vekili
Halil AKALP - Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
İbrahim TOPUZ - Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Ercan CENGİZ - Bağcılar Cumhuriyet Başsavcısı
İsmail KURT - Küçükçekmece Cumhuriyet Başsavcısı
Engit YETİK - Silivri Cumhuriyet Başsavcısı
Ayhan GÖDEKMERDAN - Zeytinburnu Cumhuriyet Başsavcısı
Ünal CANPOLAT - Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcısı
Hayrettin UYSAL - Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcı Vekili
Refah CERAN - Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Münevver DUYGULU AKSÜNGER - Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Işık Özbay KESKİN - Eyüp Cumhuriyet Başsavcı Vekili
Nesibe ERSÖZ - Eyüp Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Hüseyin FIDANBOY - Gaziosmanpaşa Cumhuriyet Başsavcısı
Kemal CANBAZ - Kadıköy Cumhuriyet Başsavcısı
Erdal ŞAHİN - Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Nihat KÖSEOĞLU - Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Kemalettin YÜKSEL - Kadıköy Ticaret Mahkemesi Başkanı
Yusuf ULU - Kartal Cumhuriyet Başsavcısı
Hüseyin ÖZTÜRK - Kartal Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Hüseyin AKIN - Üsküdar Cumhuriyet Başsavcı Vekili
Nevzat SEVINÇ - İzmir Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Hüseyin NARIN - İzmir Ticaret Mahkemesi Başkanı
Süleyman Adil BUMIN - İzmir Ticaret Mahkemesi Başkanı

Ali CAN - Bergama Cumhuriyet Başsavcısı
Ergün KURDAK - Bergama Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Tarık ERDOĞAN - Karşıyaka Ticaret Mahkemesi Başkanı
Şahabettin AKBAY - Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı
Mehmet Siyami BAŞOK - Kayseri Cumhuriyet Başsavcısı
Mehmet Sabri KUMSAL - Kayseri Ticaret Mahkemesi Başkanı

TOBB KONSEY BAŞKANLARI

Erol ÖZTÜRK - Ticaret ve Sanayi Odaları Konsey Bşk.

TOBB BAŞKANI VE YÖNETİM KURULU ÜYELERİ

M. Rifat HİSARCIKLIOĞLU - TOBB Başkanı

Özcan TÜLÜMEN - TOBB Yönetim Kurulu Üyesi
Fethi COŞKUNTUNCEL - TOBB Yönetim Kurulu Üyesi
Hüseyin ÜZÜLMEZ - TOBB Yönetim Kurulu Üyesi
Fahrettin AKYIL - TOBB Yönetim Kurulu Üyesi
Halil DEMIRKAYA - TOBB Yönetim Kurulu Üyesi
İbrahim YAMAK - TOBB Yönetim Kurulu Üyesi

TEBLİĞ SUNANLAR VE OTURUM BAŞKANLARI

Prof. Dr. Ercan TEZER - TOBB Otomotiv Sektör Kurulu Üyesi
Doç. Dr. Ahmet GÖKÇEN - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Doç. Dr. Ali ULUSOY – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Abdullah ASLAN - TOBB Başkanlık Danışmanı
Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN - Rekabet Derneği Başkanı
Prof. Dr. Ramazan AKTAŞ - TOBB-ETÜ Öğretim Üyesi
Prof. Dr. E. Alper GÜVEL - Çukurova Üniversitesi Öğretim Üyesi
Bedii ENSARI - TOBB Sermaye Piyasası Sektör Kurulu Üyesi
Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Türkay ALICA - Ankara Hakimi
Serdar ARIKAN - Ankara Hakimi
Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU - Başkent Üniversitesi Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Şükrü KIZILOT - Gazi Üniversitesi Öğretim Üyesi
Doç. Dr. Hakan Üzeltürk - Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Birsen Karakaş - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Ali KAYA - Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanı
Ergin ERGÜL - Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı
Genç Osman YARAŞLI - Maliye Bakanlığı, Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanı

TOBB SEKTÖR KURULU BAŞKANLARI

Muharrem KARSLI - Sermaye Piyasası Sektör Kurulu Başkanı
 Dilek TEMEL - Dayanıklı Tüketim Malları Sektör Kurulu Başkanı
 Dr. Veysel YAYAN - Demir - Çelik Sektör Kurulu Başkanı
 Dr. Atilla AKALIN - Enerji Sektör Kurulu Başkanı
 Timur ERK - Kimya Sanayi Sektör Kurulu Başkanı
 Mustafa Yılmaz ÖZTEPE - Kuyumculuk Sektör Kurulu Başkanı

TOBB SEKTÖR KURULU ÜYELERİ

Sudi AYDEMİR - TOBB Sermaye Piyasası Sektör Kurulu Üyesi
 Müslüm DEMİRBİLEK - Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Başkanı
 Semra YENER - Eczacıbaşı Menkul Değerler A.Ő
 Erhan TOPAÇ - TOBB Sermaye Piyasası Sektör Kurulu Üyesi
 Özcan ULUDAĞ - Türkiye Bankalar Birliği Hukuk Müşaviri
 Cengiz YAMANER - Yapı ve Kredi Bankası BaŐhukuk Müşaviri
 Yusuf KÜÇÜK - TOBB Bankacılık Sektör Kurulu Üyesi
 Eylem POLAT - TOBB Gıda Sektör Kurulu Üyesi
 Atıf KETENÇİ - TOBB Petrol ve Gaz Sektör Kurulu Üyesi
 Doç. Dr. Bilal AK - TOBB Sağlık Sektör Kurulu Üyesi
 Murat TOKSÖZ - TOBB Çimento Sektör Kurulu Üyesi
 Cahit Gökçelik - Makine İmalat Sanayi Sektör Kurulu Üyesi
 Kamil AKSOY - Y. Avukat Bedri VAROĞLU
 İsmail GÜR - TOBB Deri Sektör Kurulu Üyesi
 Mustafa BAĞAN - TOBB Kimya Sektör Kurulu Üyesi
 Semiha ALKAN - TOBB Tekstil Sektör Kurulu Üyesi
 Cenap BINİCİ - Otomotiv Sektör Kurulu Üyesi- Avukat
 Murat YILDIRIM - Nobel İlaç-Avukat
 Sinem ÖZDEMİR - Nobel İlaç- Avukat

SEKTÖR MENSUPLARI

Nevzat GÖRÜCÜ - Ankara Ticaret Odası Genel Sekreteri
 Hamza AKERCAN - Gedik Menkul Kıymetler A.Ő
 Yelda Dikmen URAS - TUROB - Avukat
 Őukran TEZER - TURSAB - Avukat
 Oktay AYDIN - Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Denetleme Kurulu Üyesi
 İlkay ARIKAN - Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Genel Sekreteri
 Süleyman MORBEL - Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Kıdemli Uzman
 Ergun ÖZSUNAY - Avukat
 Aydın COŐAR - Avukat
 Dr. Ali Cem BUDAK - Avukat
 Serdar KAYHAN - Ford Otosan Hukuk Danışmanı - Avukat
 Murat VANLIOĞLU - TOYOTA Hukuk Danışmanı

Dr. Hüseyin KARABULUT - Avukat
Suat SÖNMEZ - Adapazarı TSO'da Özel Kalem görevlisi

BASIN MENSUPLARI - KÖŞE YAZARLARI

Can BAYDAROL - REFERANS (Köşe Yazarı)
Abdullah KIRATLI - A.A. - Muhabir
Seda ŞİMŞEK - TERCÜMAN (D.B.) - Muhabir
Deniz ÇİÇEK - AKŞAM - Muhabir
Hacer BOYACIOĞLU - DÜNYA - Muhabir
Dilek GÜNGÖR - DÜNYA - Muhabir
Turan ÖZYANIK - GÖZLEM - Muhabir
Levent ÇAĞLAR - REFERANS - Muhabir
Gülin YILDIRIMKAYA - HABERTÜRK - Muhabir
Süleyman DEMİR - TÜRKİYE - Muhabir
Gökhan KULAŞ - CHA - Muhabir
Ersan ATAR - SABAH - Muhabir

TELEVİZYON KANALLARI

CNN TÜRK
KANAL D
SKY TÜRK
TV 8
KANAL 7
TRT

TOBB PERSONELİ

Abdullah ASLAN - Başkanlık Danışmanı
İskender ELVERDİ - TOBB Hukuk Müşaviri
Azmi ÖZGÜR - Basın Müşaviri
Dr. Orhan ÇAKMAK - TOBB Türkiye Sektör Meclisleri Müdürü
Nükhet KUŞ - Özel Kalem Müdürü (Satınalma ve Levazım Müdürü)
Sefer Sancar SÜER - Tır ve ATA Karnesi Müdürü
Mustafa METİN - TOBB Türkiye Sektör Meclisleri Uzmanı
Gamze AKINCI - TOBB Türkiye Sektör Meclisleri Memur
Fusun ŞAHİN - TOBB Türkiye Sektör Meclisleri Memur
Mustafa KARACA - Yayın Müdürlüğü - Memur
Ayhan ALKAN - İdari İşler Müdürlüğü
Emri ALTAY - İdari İşler Müdürlüğü
İsmail KARA - Bilgi İşlem Müdürlüğü Sistem Programcısı
Seçil TUTKUN - Tır ve ATA Karnesi Müdürlüğü Uzman Yardımcısı
Ali İhsan MUTLU - TOBB Stajyer
Feyza ELMALI - TOBB Stajyer



PROGRAM

30 Nisan 2005, Cumartesi

9.30 - 10.00 **Açılış Konuşmaları**
M. Rifat HİSARCIKLIOĞLU - TOBB Başkanı
Cemil ÇIÇEK - Adalet Bakanı

BİRİNCİ OTURUM

Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçlar

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ercan TEZER - TOBB Otomotiv Sektör Kurulu Üyesi
10.00 - 10.20 **Ekonomik Suçlar: Tanım, Türleri ve Ölçütleri**
Konuşmacı: Prof. Dr. E. Alper GÜVEL, Çukurova Üniversitesi
10.20 - 10.40 **Dünyada ve Türkiye'de Ekonomik Suçlar**
Konuşmacı: Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN, Rekabet Derneği Başkanı
10.40 - 11.00 **Şirketlerin Ekonomik Suçlara Yönelik Önlemleri**
Konuşmacı: Bedii ENSARI - TOBB Sermaye Piyasası Sektör Kurulu Üyesi
11.00 - 11.30 **Çay - Kahve Molası**

İKİNCİ OTURUM

Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Ahmet GÖKCEN - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11.30 - 11.50 **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**
Konuşmacı: Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11.50 - 12.30 **Rüşvet Suçu**
Konuşmacı: Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12.30 - 13.00 **Tanışma**
13.00 - 14.30 **Öğle Yemeği**

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hakları

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Ali ULUSOY - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekan Yardımcısı
14.30 - 14.50 **Fikrî Mülkiyet Haklarının Ekonomik Analizi**
Konuşmacı: Prof. Dr. E. Alper GÜVEL - Çukurova Üniversitesi
14.50 - 15.10 **Fikrî ve Sınai Mülkiyet Haklarının Ceza Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar**
Konuşmacı: Türkay ALICI - Ankara Hakimi
15.10 - 15.30 **Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hakları Hukuk Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar**
Konuşmacı: Serdar ARIKAN - Ankara Hakimi
15.30 - 16.00 **Tanışma**
16.00 - 16.30 **Çay - Kahve Molası**

DÖRDÜNCÜ OTURUM

Rekabet Hukuku

- Oturum Başkanı:** Abdullah ASLAN - TOBB Başkanlık Danışmanı - Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu Eski Başkanı
- 16.30 - 17.00**
Konuşmacı: Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU - Başkent Üniv. - Rekabet Kurumu Eski Başkanı
Serbest Piyasa Ekonomisi ve Rekabet İhlalleri
- 17.00 - 17.30**
Konuşmacı: Prof. Dr. Şükrü KIZILOĞLU - Gazi Üniversitesi
Şirketlerde Vergi Suçları
- 17.30 - 18.00**
Konuşmacı: Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK - Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ekonomik Suçlar ve Vergi İlişkisi
- 18.00**
Tartışma ve I. Günün Kapanışı

01 Mayıs 2005, Pazar

BEŞİNCİ OTURUM

Organize ve Mali Suçlar

- Oturum Başkanı:** Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN - Rekabet Derneği Başkanı
- 9.30. - 10.15**
Konuşmacı: Ergin ERGÜL - Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı
Organize Suçlar ve Kararların Aklanması
- 10.15 - 10.50**
Konuşmacı: Dr. Genç Osman YARAŞLI - Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanı
Mali Suçlar ve Takibi
- 10.50 - 11.30**
Konuşmacı: Birsen KARAKAŞ - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi
Gümrük ve Kaçakçılık
- 11.30 - 11.45**
Çay - Kahve Molası

ALTINCI OTURUM

Şirketler Hukukuna Getirilen Yenilikler

- Oturum Başkanı:** Prof. Dr. Ramazan AKTAŞ - TOBB - ETÜ
- 11.45 - 12.10**
Konuşmacı: Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5092 Sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'na Şirketlerle İlgili Getirilen Yenilikler ve Uygulama Sorunları
- 12.10 - 12.30**
Konuşmacı: Ali KAYA - Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanı
Elektronik İmza
- 12.30 - 12.50**
Konuşmacı: Doç. Dr. Ahmet GÖKCEN - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ekonomik Suçlarla Bağlantılı Olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Koruma Tedbirleri
- 12.50 - 13.00**
Temenniler ve Kapanış
- 13.00 - 15.00**
Öğle Yemeği
- 16.00**
Otelden Ayrılış

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Ercan TEZER (TOBB Otomotiv ve Yan Sanayi Sektör Kurulu Üyesi)

Değerli bürokratlarımız, özel sektörün değerli temsilcileri, basınımızın ve medyamızın değerli temsilcileri; Adalet Bakanlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin ortaklaşa düzenlediği Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumuna hoş geldiniz diyor, hepimizi saygıyla selamlıyorum.

Toplantımızın açılışı belirli nedenlerle 1 saat kadar gecikti; ama, hiç önemli değil, toplantının çok değerli konuşmacıları, çok değerli tebliğleri, umuyorum ki, başlangıçta ortaya çıkan bu gecikmeyi toleransla karşılamamıza neden olacak. Dolayısıyla, inanıyorum ki, hepimiz, beklediğimize değer bir gün yaşayacağız. Dolayısıyla, böyle güzel toplantıyı düzenleyenlere, hukuk ve iş âlemiyle ortaklaşa aynı platformda bizleri buluşturanlara tekrar şükranlarımı sunmak istiyorum.

Önce Cumhuriyetimizin Kurucusu Mustafa Kemal Atatürk'ün ve onun dava arkadaşlarının, ayrıca hukuk ve iş âlemimizin ebediyete intikal etmiş değerli mensuplarının manevî huzurunda 1 dakikalık saygı duruşuna ve devamında İstiklal Marşını söylemeye sizleri davet ediyorum.

Teşekkür ederim.

Ruhları şad olsun.

Toplantımızın açılış konuşmasını yapmak üzere Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Sayın Maksut Mete Beyefendiyi kürsüye arz ediyorum; buyurun efendim.



Maksut METE (Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı) Yüksek yargının değerli mensupları, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin Sayın Başkan ve üyeleri, bakanlıkların değerli yöneticileri, kıymetli hâkim ve cumhuriyet savcıları, kıymetli konuklar, değerli basın mensupları; Adalet Bakanımız Sayın Cemil Çiçek'in son andaki program değişikliği nedeniyle aramızda bulunamamaktadırlar;

ancak, sempozyumun başarılı ve verimli geçmesi ümidiyle sayın katılımcılara en içten selam ve saygılarını sunuyorum.

Bakanlığımızın, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığıyla ortaklaşa düzenlediği Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumuna hoş geldiniz diyor, bu vesileyle hepinizi selamlıyorum.

Hukuk devleti ilkesi, hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir. Bireylerin özgürlük alanının özüne müdahalede bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici önlemlerin yine hukuk düzeni tarafından konulması hukuk devleti ilkesinin sonucudur.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı, hukuk devleti ilkesinin gerekleridir. Bu anlamda Ceza Kanununun, insana saygı esasına dayanması, işkence ve eziyet niteliğini gösteren uygulamaları etkin bir biçimde yasaklaması, insan onuruyla bağdaşmayan cezalar içermemesi; hâkimlerin, keyfi ve duygusal biçimde hüküm vermelerine yol açabilecek kavram ve tanımlara yer vermemesi, ceza ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında fiilin ağırlığı ve failin tehlikelerinin göz önünde bulundurulması hukuk devleti ilkesinin gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin, devletin temel nitelikleri arasında yer aldığı çağdaş demokrasilerde, bireylerin, sosyal, kültürel ve ekonomik yönden kendilerini geliştirerek toplum için faydalı birer birey olmaları ve devlete karşı olan güven duygularının zedelenmemesi için adil, hızlı, etkin ve objektif bir yargı sisteminin varlığı tartışılmaz bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Aksi bir durum, toplumda kaos ortamının oluşması ve devletin en temel yetkisi ve görevi olan yargı gücünü kullanmaması sonucunu doğuracaktır.

Yargı sistemi, adil, hızlı ve etkin olmayan ve bu nedenle vatandaşlarının yargıya ve devlete olan güvenlerinin kaybolduğu toplumlarda, terör ve çıkar amaçlı suç örgütlerinin yaygın bir şekilde örgütlenerek faaliyetlerini sürdürdükleri bilinen bir gerçektir.

Anayasada sağlanmış olan hak ve özgürlüklerin kullanılıp kullanılmaması ya da bu özgürlüklerin ne anlama geldiğinin toplum tarafından bilinmesi, yaşanması da büyük ölçüde Ceza Kanunu'na bağlıdır. Dolayısıyla, bir ülkede demokrasinin varlığını ya da yokluğunu, yani demokrasinin standardını tahmin edebilmek, o konuda bir değerlendirme yapabilmek için o ülkenin anayasasına ve ceza kanununa bakmak yeterlidir. Kadı ki, ceza kanunları, bunun ötesinde toplumda huzurun, barışın sağlanması, hukuk devletinin tam olarak tesisi, toplumda insanların ilişkilerini güven içinde sürdürmeleri, hatta bir anlamda ekonomik istikrar da başta olmak üzere, toplumun her kesiminde ve devlet faaliyetlerinin her alanında istikrarın sağlanması da büyük ölçüde ceza kanunlarına bağlıdır.

İçinden geçtiğimiz süreçte, Türkiye, birçok alanda önemli değişiklikler yaşıyor, hatta en önemli değişimi de zihniyet alanında yapıyor. Türkiye, sessiz ve derinden bir zihniyet değişimini yaşıyor. Bunun da en önemli yansımasının Ceza Kanunuyla doğrudan ilgisi bulunmaktadır.

Eğer, bu değişimler ceza kanunlarımıza yansımıyorsa, bu değişimden beklenen faydayı sağlamak da mümkün değildir. Bu değişimin yeni Ceza Kanunumuza nasıl yansıdığına özetle değinmek gerekirse, yeni Türk Ticaret Kanunu ile 765 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sistematik yapısı tamamen değiştirilmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanunu, yalnız hükümleri bakımından değil, sistematığı bakımından da insan merkezli bir kanundur. Kanunla birey ön plana çıkarılmıştır. Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti, fikir ve düşünce hürriyeti ve bunu ifade edebilme imkânı üst düzeyde korunmuştur.

19. Yüzyıl ceza hukuku anlayışının kalıntısı olan asli ceza ve ferî ceza ayırımı kaldırılmış, suç olgusu dolayısıyla uygulanabilen yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbiri olarak belirlenmiştir. Kanunumuzda sadece anlaşılır bir dil kullanılmış, uygulamada kolaylık sağlayacak bir sistematik benimsenmiş, madde fıkraları numaralandırılmıştır.

Özel hukuk tüzel kişiliğinin ceza hukuku karşısındaki sorumluluklarına ait esaslar getirilerek, ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralı bağlamında hukuk, özel hukuk tüzel kişileri bakımından ceza yaptırımının uygulanmayacağı, buna karşılık, faaliyet izninin iptali, müsadere gibi güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebileceği kabul edilmiştir.

Kanunda özel hukuk tüzel kişilerinin hangi durumlarda ve hangi koşullarla ceza hukuku karşısında sorumlu oldukları her suç bakımından ayrı ayrı gösterilmiş, böylece çağdaş hukukta gelişen yeni bir caydırıcı yaptırım mevzuatımıza eklenmiştir.

İhale yolsuzluklarıyla ilgili olarak karşılaşılan sorunların ceza hukuku bakımından çözümüne ilişkin yeni hükümlere yer verilmiştir.

Kanunda, ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırmaya olarak iki ayrı suç tanımına yer verilmiştir. Ayrıca, bu suçların uygulama alanı, kamu ihale mevzuatına tabi olsun veya olmasın nitelik bakımından kamusal faaliyette bulunan bütün kurum ve kuruluşların mal veya hizmet alım, satım ve kiralama işlemlerini kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur.

Değerli konuklar,

Adalet Bakanlığı olarak, ilgili bakanlıklarca titiz bir şekilde üzerinde çalışılan ve uygulanan politikaların ayrıntılarına girecek değiliz; ancak, yatırım ortamının iyileştirilmesi denildiğinde akla ilk gelen hususlardan birisi ekonomik istikrar ve güven ortamının

sağlanmasıdır. Bu ortam sağlanmadan alınacak diğer tedbirlerin istenilen sonucu vermeyeceği ortadadır. İstikrar ve güven ortamını bozan unsurların en başında yolsuzluklar konusunun geldiği bilinmektedir. Ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal bozulmayla ahlakî çöküntünün göstergesi ve sonucu olan yolsuzluk, vatandaşların, bürokrasiye ve siyaset kurumuna olan güven duygusunu zedelemektedir.

Bu itibarla, kamu vicdanını rahatsız eden ve hukuk devleti ilkesini zedeleyen kişilerin kanun önünde eşitliği konusunda şüphe uyandıran ve dolayısıyla devlete olan güven duygusunu zaafa uğratan yolsuzluklara karşı etkin bir mücadele yürütülmesi zorunludur. Yolsuzluklarla mücadele konusunda elde edilecek her başarı, yatırım ortamının iyileştirilmesine yapılmış önemli bir katkı olacaktır.

Bu konuda da gerek mevzuatımızı uluslararası standartlara uygun hale getirmek, gerek uluslararası işbirliğini artırmak ve hızlı bir usul elde edilmesi amacıyla yolsuzlukla ilgili temel uluslararası sözleşmelere taraf olunmuştur.

Bu nedenle, yolsuzluklarla mücadele konusuna büyük önem atfedilmekte ve bu konuda önemli aşamalar da kaydedilmiştir.

Ekonomik krizlerin de etkisiyle artan ağır iş yükü, personel sayısındaki yetersizlik, haberleşme ve bilgi alışverişinde yaşanan aksaklıklar, başka kurum ve kuruluşlardan gelmesi gereken bilgilerin geç gelmesi ve teknolojik imkanlardan yoksun olunması gibi nedenlerle yargı faaliyetinin çok yavaş işlediği bilinmektedir. Anayasamızın 141 inci maddesinin son fıkrası "davaların, en az giderle, mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Gerek yolsuzluklarla mücadele ve gerekse güven ve istikrar ortamının tesisi bakımından etkin ve hızlı işleyen bir yargı sisteminin önemi inkâr edilemez. Bu yavaş işleyişe neden olan sistemin düzeltilmesine ilişkin sürdürülen yasal düzenlemeler yanında, bilişim teknolojisini yargının hizmetine sunmayı hedefleyen ve çalışmalarında önemli bir mesafe kat etmiş olan ulusal yargı ağı projesi sayesinde yargının hızlanması sağlanacaktır.

Bu bakımdan, Bakanlığımızca belirtilen amaca yönelik olarak yürütülen reform çalışmasının da ülkemizdeki yatırım ortamının iyileştirilmesi hedefine doğrudan katkıda bulunacağını ifade etmek isterim.

Değerli konuklar,

Bu meyanda, Türk Ticaret Kanunu'na ekonomi ve ticarete ilişkin konularla ilgili olarak getirilen yeniliklere de yeri gelmişken değinmek isterim. Mesela, taahhüt işini yerine getirmeyerek kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olmak suç haline getirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm altına alınmış bulunan fenni ve sınai sırları açıklamak suçu, ekonomik yaşamın dürüstlük kuralları çerçevesinde

sürdürülmesi amacıyla ve ceza hukukumuzda ilk defa olarak ekonomik nitelikteki sırların hepsi tek bir norm altında yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri açıklamak suçu olarak yeniden düzenlenmiştir. Anılan sırlar, Ticarî Sırlar Kanunu Tasarısı'nda tanımlanmaktadır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm altına alınan mal veya hizmet satımından kaçınmak suçu, Türk Ticaret Kanununun 401 inci maddesinde düzenlenen hususun bir anlamda daraltılmış bir türevidir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'yla getirilen bu düzenleme, Türk Ticaret Kanununda bulunmamaktadır.

Devlet alım satımına fesat karıştırmak, kamu taahhütlerine hile karıştırmak ve artırma ve eksiltmelere fesat ve hile karıştırmak suçları yeni Türk Ticaret Kanununda ihaleye fesat karıştırmak ve edimin ifasına fesat karıştırmak suçları olarak bütünüyle yeniden düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nda, yalan haberler yaymak suretiyle fiyatlara etki yapmak suçu, işçi ücretleri, besin, malların ve fiyatlarının serbest rekabet koşulları çerçevesinde belirlenmeleri konusundaki toplumsal menfaatin korunması amacıyla yeni Türk Ticaret Kanunu'nda fiyatları etkilemek suçu olarak yeniden düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiş bulunan banka veya kredi kartlarının hukuksal aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya sözü geçen hak sahiplerinin zarara uğratılmalarını ve bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek amacıyla, aslında, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik gibi başkaca suçları da oluşturur nitelikteki bu türden fiilen, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını gidermek amacıyla yeni Türk Ticaret Kanunu'nda bağımsız suç olarak düzenlenmiştir.

26.2.2003 tarihli ve 4814 sayılı "Çek ve Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"la, ekonomi ve yargı bakımından büyük önem arz eden çek konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır.

17.7.2003 tarihli ve 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla, şirketlerin, borcunu ödeyememesi veya mal varlıklarının borcunu karşılayamamasından dolayı ödeme gücünü içine düşmeleri sonucu ekonomik hayatlarının devam ettirilmesinin mümkün olmaması durumunda, mal varlığını koruyucu önlemlerin alınması, iyileştirilmelerinin veya yeniden yapılandırılmalarının sağlanması, alacaklıların ve borçluların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi ve böylece ekonomik hayatın olumsuz etkilenmemesi amaçlanmıştır.

Dünyadaki gelişme ve değişmelerin yanı sıra ülkemizin Avrupa Birliği'ne giden süreçte aday ülke, 3 Ekim 2005 tarihinden itibaren de tam üyelik için müzakerelere

başlayacak olması, başta temel kanunlar olmak üzere tüm mevzuatın Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlu hale getirilmesini ülkemiz bakımından zorunlu kılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuyla birlikte hemen hemen emsali görülmemiş başarılı bir hukuk inkılabı gerçekleştirilmiştir; ancak, bu büyük inkılabın amacına ulaşabilmesi, hiç şüphesiz, inkılabın karakterinde mevcut olan dinamizmin hukuk hayatımızda hâkim kılınmasıyla mümkündür.

22 Nisan 1926 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Kanunu ve zamanın en iyi Ticaret Kanunu emsal alınmak ve çağının ihtiyaçları da göz önünde bulundurulmak suretiyle hazırlanan Türk Ticaret Kanunu 1 Ocak 1957 tarihinden beri yürürlükte. Bilindiği üzere, kanunlar, yürürlüğe girdikleri zamanın sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarına göre düzenlenir. Kanunlar ne kadar mükemmel hazırlanırsa hazırlansın, daima değişen, gelişen ve yeni hükümlere ihtiyaç gösteren sosyal hayata ilişkin taleplerin gerisinde kalmaya mahkumdurlar. Bu ihtiyaç ve talepleri karşılamak amacıyla tüketicinin korunması, halk, pay sahipliğinin ve demokrasinin gelişmesi, elektronik ortamda hukukî işlem kurmanın yaygınlık kazanması, çevre ve deniz kirliliklerinin taşıyıcının sorumluluğunu etkilemesi ve bir tüketici olarak sigortalının özel olarak korunması gibi şimdi sayılamayacak başkaca birçok sebep yeni bir borçlar kanunu ve Türk ticaret kanunu yapılması zarureti hâsıl olmuştur.

Bunların yanında, elli yıllık uygulamasında Türk Ticaret Kanunu pek az değiştirilmiştir. Hiçbir değişiklik reform niteliği taşımamıştır. Oysa, katılmayı hedeflediğimiz Avrupa Birliği'nde her üye ülkenin kanunu pek çok defa değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin birçoğu reform düzeyindedir. Kısaca, başlıcalarına değinilen sebeplerle yeni bir Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun hazırlanabilmesi için Bakanlığımızca yürütülmekte olan çalışmalar tamamlanarak hazırlanan taslaklar, ilgili kurumlarda ve kamuoyunda tartışılma, aksak ve eksik yönlerini tamamlamaya yönelik olarak taşra teşkilatı, üniversiteler, ilgili meslek odaları ve teşekkülleriyle kamuoyunun görüşüne sunulmuştur.

Bu sempozyumun hedeflenen bu ve benzeri çalışmalara katkıda bulunacağından hiç kuşku yoktur.

Bu vesileyle, sempozyumun başarılı geçmesi dileğiyle başta Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığına ve bu sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçenlere, bildiri sunacak olan değerli konuşmacılar ile değerli katılımcılara teşekkürlerimi sunuyorum, hepinizi en içten sevgi ve saygılarımla selamlıyorum.

Prof. Dr. Ercan TEZER (TOBB Otomotiv ve Yan Sanayi Sektör Kurulu Üyesi)

Değerli konuşma için Sayın Müsteşar Yardımcımız Maksut Mete Beyefendiye teşekkürlerimi arz etmek istiyorum.

Şimdi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanı Sayın Rifat Hisarcıkloğlu'nu arz ediyorum; buyurun Sayın Başkan.



M. Rifat HİSARCIKLIOĞLU (TOBB Başkanı) Sayın Müsteşarım, saygıdeğer yargı mensupları, kıymetli bürokratlar, iş dünyamızın değerli temsilcileri, sevgili basın mensupları; sizleri şahsım ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği adına saygıyla selamlıyorum.

Adalet Bakanımızın talebi doğrultusunda Adalet Bakanlığımızla beraber ortaklaşa düzenlediğimiz Suç ve Ceza Sempozyumuna hepiniz hoş geldiniz.

Adalet Bakanımızın mazereti çıktığından dolayı toplantımızı biraz geç başlattık; hepinizden özür dileriz.

Ekonomik suçların önlenmesi için gerekli çalışmanın yapılması kapsamında özel sektör olarak hükümetimizle ve yargı mensuplarımızla birlikte çalışmaya çok büyük önem veriyoruz.

Bu düşünceden hareketle 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan, Türk Ceza Kanunu ve AB'ye üyelik sürecinde yapılacak yasal ve yapısal düzenlemeler hakkında müzakereler yapılması amacıyla, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumunu, Adalet Bakanlığımız ile müştereken düzenlemiş bulunuyoruz.

Sempozyumla ilgili çalışmalara değerli katkılarından dolayı bürokratlarımıza şükranlarımı sunuyorum.

Değerli katılımcılar,

Bir ülkenin ekonomik bakımdan gelişebilmesi ve kalkınabilmesi için doğal kaynaklardan çok girişimci ruha sahip bir müteşebbis kitlesine ihtiyacı bulunmaktadır. Zira, kalkınmanın sağlanması ve yoksullukla mücadele, müteşebbis sınıfının çözebileceği bir meseledir.

Müteşebbis gücün ortaya çıkması da üç ana faktöre bağlıdır; bireysel özgürlükler, serbest mübadele ve mülkiyet hakları. Bu üç temel unsurun sağlandığı toplumlardaki ekonomik refah, daha hızlı gelişmektedir. Bu sebeple, devlet, vatandaşının emniyetini, mal edinme hürriyetini ve serbest teşebbüs hürriyetini garanti altına almalıdır. Aksi halde, rekabetçi piyasa ekonomisi gelişmemektedir.

Bu çerçevede, devletin en önemli vazifesi, mülkiyet haklarının ve kişisel haklarının korunmasını temin edecek, bir hukuk sistemini oluşturmaktır. Zaten bir ülkenin itibarı da, ancak o ülkenin hukuk sistemi kadardır.

Hür düşünce ve teşebbüs hürriyeti, demokrasinin de ayakta kalmasını sağlayan temel ilkedir.

Türkiye’de piyasa ekonomisine geçilmesinden sonra, demokrasi daha da güçlenmiştir.

1950’li yıllardan itibaren, genelde ekonomik nedenlerle her 10 yılda bir demokrasi kesintiye uğramıştır. Buna karşılık, son 25 senede, ekonomide sıkıntılar yaşansa bile, demokrasi daha sağlam bir şekilde ayakta; güçlenmektedir.

Türkiye, sorunlarını demokratik yöntemlerle çözmeyi öğrenmiştir. Bunda, yaşanan tecrübelerden çıkarılan dersler yanında, piyasa ekonomisinin de çok ciddi bir katkısı olmuştur.

Değerli katılımcılar,

Zaman zaman, kendi çıkarlarını, toplumun genel çıkarları önünde tutan bireyler, tamahkârlık duygusuyla, yasal sınırların ötesine geçmektedir.

Önemli çıkarlar söz konusu olduğunda, ekonomik suçlar, tehdit, şiddet ve sindirme gibi organize eylemlere de dönüşmektedir. Ekonomik suçların bulunduğu ortamlarda önemli yasal, yapısal ve ahlâki tahribatlar ortaya çıkmaktadır.

Zahmetsiz ve gayretsiz yollardan zenginliğe ulaşma arzusu, rant arama ve kollama faaliyetleriyle birleşince, devlet idaresinde ve hukukta yozlaşma başlamaktadır.

Bu durum, gelir dağılımı, rekabet avantajı, yatırımlar ve yabancı sermaye miktarı gibi ekonomik enstrümanları olumsuz olarak etkilerken, ülkenin hukuk mekanizmasının yozlaşarak, toplumsal ve ahlâki çöküntünün yaşanmasına yol açmaktadır.

Ekonomik suçlar, çıkar ve baskı gruplarının yaygınlaşmasını teşvik ederken, her geçen gün daha da güçlenmelerine neden olmaktadır. Böyle bir ortamda, kamu kaynaklarının istihdam yaratıcı, üretim artışı sağlayıcı, rekabet gücü kazandırıcı ekonomik faaliyetlere yönlendirilmesi mümkün değildir. Bu durum ise ülkenin sahip olduğu kaynakların israfına ve bazı kesimlere haksız servet transferi yapılmasına yol açmaktadır.

Ekonomik suçlar ve bunun sonucunda ortaya çıkan yolsuzluklar, bugün ülkemizi tehdit eden en önemli sorunlardandır.

Ekonomik suçların ortadan kaldırılması için bu suçların oluşmasını engellemek, bu konuda gerekli ekonomik, toplumsal ve idari tedbir ve düzenlemeleri yapmak, bunları kararlılıkla uygulamak ve izlemek gereklidir.

Sayın katılımcılar,

Hukuk sistemi de aynı piyasa sistemi ve diğer toplumsal kurumlarda olduğu gibi kendiliğinden bir evrim geçirmektedir.

Toplumsal sistem ve kurumsal yapı, zaman içinde değiştikçe, hukuk kurumu da yeni durumlara adapte olmak zorundadır.

Örneğin, bilgisayar teknolojilerindeki hızlı değişim, pek çok geleneksel hukuk kuralının değişmesini pratik bir zorunluluk haline getirmiştir. Özellikle internet ortamında işlenen suçların nasıl tanımlanacağı, neyi içereceği ve nasıl cezalandırılacağı, geleneksel hukuk sisteminin cevap bulmakta zorlandığı alanlardır.

Hukuku bir süreç olarak görmek ve spesifik kanunların yerine genel kurallar üzerine kurulu bir kurumsal arka plan oluşturmak, değişimin getirdiği sorunları daha etkin şekilde çözebilmeyi mümkün kılmaktadır.

Hukukun amacı, belirsizliği azaltmak ve özgürlüğü artırmak suretiyle, toplumsal gelişime katkıda bulunmak olmalıdır. Belirsizliğin azalması ve özgürlüklerin gelişmesi, bireylerin hareket alanlarını genişletecektir. Böylece, bireylerin hukuka güvenmeleri ve onu kullanmaları teşvik edilecektir.

Bu durumda hukukî süreç, bilginin aktarılabilmesine yardımcı olacak, piyasa oyuncularının hareketlerinin işlem ve enformasyon maliyetlerini azaltarak, bireylerin kararlarını daha doğru vermelerine katkı sağlayacaktır. Böyle bir ortamda piyasa ekonomisi de sağlıklı bir gelişim gösterecektir.



Değerli katılımcılar,

Hukukun belirsizliği azaltabilmesi ve bireylerin özgürlüğünü geliştirebilmesi, hukuk sürecinin toplumsal alandan soyutlanmamasına bağlıdır.

Piyasa ekonomisinin işleyiş mekanizmasını bozacak ve müteşebbislerin "girişimci ruhunu" olumsuz etkileyecek yasal düzenlemeler, yolsuzlukları artırarak, ülke ekonomisinin büyüme ve kalkınma sürecini geciktirecektir. Çünkü, yolsuzluk ekonomisinin hakim olduğu toplumlarda adalet duygusu yok olur. Adalet duygusu yok olmuş toplumlarda ise özgürlükler ortadan kalkar.

Adalet, bu anlamda, mülkün temelidir. Öyleyse adaletin en önemli savunucuları özel sektör mensupları olmalıdır.

Özel sektörün temsilcisi olarak bizler, girişim özgürlüğünün sağlanması ve

girişimcinin önündeki engellerin kaldırılması için gerekli düzenlemelerin yapılmasını istiyoruz.

Demokratikleşme sürecinin temeli olan yargı reformunda, yargının işlevselliği, verimliliği dikkate alınarak, adalet hizmetlerinin, modern toplumun gereklerine uygun bir şekilde dönüştürülmesi için gerekli adımlar atılmalıdır.

Bu kapsamda yargının modernizasyonu ve ceza reformu projesi çalışmaları, Avrupa Birliği üyelik sürecimizde yargı ile ilgili taahhütlerimizin yerine getirilmesini önemli derecede kolaylaştırılacaktır. Bunun için gerekli olan her türlü katkı ve katılımı bulacağımızı da ifade etmek isterim.

Öte taraftan, yargı sürecinin hızlandırılması için, başta fiziki koşullar olmak üzere sistem, gerekli imkan ve şartlara kavuşturulmalı, elektronik ortamda çalışma imkânı getirilmelidir.

Hâkimler, sayı ve nitelik olarak uluslararası standartlara ulaştırılmalı, hukuk eğitimi sistemi iyileştirilmelidir.

İhtisaslaşmaya yönelik kurumsal düzenlemeler yapılmalı, mevzuat sadeleştirilmeli ve güncelleştirilmelidir.

Yozlaşan bilirkişilik sistemi yerine teknik ihtisas üniteleri kurulmalıdır.

Yargılama usulü kanunlarında reforma gidilerek, yargılama süreçleri kısaltılmalı ve etkinleştirilmelidir.

Türkiye'nin yaşadığı krizlerin kökeninde, devletin işlev ve işleyiş mekanizmalarının, toplumun ihtiyaçlarına ve çağın gereklerine uyum sağlayamaması yatmaktadır.

Kamu yönetimi reformu da işte bu anlamda Türkiye'nin önündeki en önemli reformdur.

Devletin, vatandaşa verimli ve etkili bir hizmet götürebilmesi, piyasada düzenleyici görevini yerine getirebilmesi için, köklü bir kamu reformunun gerçekleştirilmesi gereklidir. Kamu idaresinin temel görevi, adil rekabet ortamının tesisi olmalıdır.

Öte taraftan, mevzuattan arındırma reformu yapılmadan da tüm bu reformların başarıya ulaşması, zor gözükmemektedir.

Ülkemizde, Cumhuriyetin kuruluşundan bugüne kadar 14 bine yakın kanun ve kanun hükmünde kararname çıkarılmıştır. Bunun 2-3 katı kadar da tüzük ve yönetmelik bulunmaktadır. Türkiye, bu haliyle bir hukuk devleti değil de bir mevzuat devleti hüviyetindedir. Aynı konuyla ilgili, bir kanunda başka bir düzenleme bulunurken, diğer bir kanunda aksine bir düzenleme bulunabilmektedir. Bir işin yapılması için çıkarılan mevzuatın bizzat kendisi, o işin yapılmasında en büyük engel haline gelmektedir.

Bu nedenle, süratle mevzuattan arındırma reformuna gidilmelidir. Mevzuatımız gereksiz kanun, tüzük ve yönetmeliklerden arındırılmalı ve kalan yasal düzenlemeler birleştirilerek, birbirlerine aykırı hükümler kaldırılmalıdır.

Bu düşüncelerle sözlerime son verirken, sempozyuma tebliğleri ile katılan değerli konuşmacılara, oturum başkanlarına ve sempozyuma katılan hâkim ve savcılarımıza, değerli sektör kurulu başkanlarına ve temsilcilerimize teşekkür ediyor, sempozyumun ülkemiz için yararlı sonuçlar getirmesi dileklerle hepimizi saygıyla selamlıyorum.

Prof. Dr. Ercan TEZER (TOBB Otomotiv ve Yan Sanayi Sektör Kurulu Üyesi)

Sayın Başkanımıza çok teşekkür ederiz



BİRİNCİ OTURUM

EKONOMİK SUÇ KAVRAMI VE EKONOMİK SUÇLAR

OTURUM BAŞKANI :

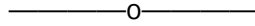
Prof. Dr. Ercan TEZER (TOBB Otomotiv Sektör Kurulu Üyesi)

KONUŞMACILAR:

Prof. Dr. E. Alper GÜVEL (Çukurova Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN (Rekabet Derneği Başkanı)

Bedii ENSARI (TOBB Sermaye Piyasası Sektör K. Üyesi)



BAŞKAN - Değerli konuklarımız, bu iki değerli açılış konuşmasından sonra izninizle birinci oturuma başlıyoruz.

Oturumla ilgili süremizi, sizin de hoş görünüze sığınarak ve muhtemelen aralardan yapacağımız tasarrufları değiştirmeden devam edeceğiz; çünkü, üç seçkin ve değerli konuşmacımız var birinci oturumda; izninizle onları kürsüye davet ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Alper Güvel, Sayın Prof. Dr. Erdal Türkkan ve Sayın Avukat Bedi Ensari; buyurunuz efendim.

Önce üç seçkin konuşmacımızı sizlere sunmak istiyorum; doğum tarihlerini okumayacağım; çünkü, değerli konuşmacılarımız eylemde son derece genç konuşmacılar.

Prof. Dr. Enver Alper Güvel halen Çukurova Üniversitesi İktisadi İdarî Bilimler Fakültesi İktisat Bölümü Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinden mezun oldu 89 yılında, 95 yılında Atatürk Üniversitesinde doktora

çalışmasını, 98 yılında doçent ve 2004 yılında da profesörlük çalışmasını tamamladı. Son yıllarda uğraşı alanı hukuk ve ekonomi dalında yoğunlaştı. Bu alanda yayımlanmış Suç ve Ceza Ekonomisi, Organize Suçta Hukuk Uygulaması adlı iki değerli çalışması var.

Sayın Prof. Dr. Erdal Türkkan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İktisat ve Maliye Bölümünden mezun, daha sonra Fransa'da iktisat ve hukuk fakültesinde önce mastır, sonra devlet doktorası yaptı. Aynı üniversitede 79-94 arasında doçent, 87 yılında profesörlük derecesini aldı Hacettepe Üniversitesi'nde. Daha sonra Akdeniz Üniversitesi'nde bir süre çalıştı, 1993 yılında emekliye ayrıldı ve 1994 yılından itibaren de Rekabet Derneği'nin kurulmasına öncülük etti, bu derneğin Başkanı oldu.

Değerli Hocamızın, İktisat Teorisi, Ekonomi ve Demokrasi, Rekabet Teorisi Endüstri İktisadı, İkinci En İyi Vizyon Rekabeti adı altında yayımlanmış kitapları ve 80 dolayında makale ve çalışması var.

Değerli Hocamızın başka bir özelliğini sizlerle paylaşmak istiyorum. 1994 yılında Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nde Sektör Kurulları'nın kuruluşunda çok büyük emekleri oldu, beraber çalışma mutluluğunu yaşadık sektör kurullarımızda.

Sayın Bedi Ensari üstadımız Ankara Hukuk Fakültesi mezunu, hâkimlik ve avukatlıktan sonra özel sektörde çeşitli alanlarda hem yönetici hem de koordinatör, yönetim kurulu başkanlığı ve üyeliği görevlerinde bulundu. Halen Finans Kulüp Başkan Yardımcısı, Takasbank Yönetim Kurulu Üyesi, Borsa Dergisi yazası, İMKB Disiplin Komitesi Başkanı ve Odalar ve Borsalar Birliğimizin Sermaye Piyasası Sektör Kurulu Üyesi.

Bize ayrılan 1 saat, bu süre içerisinde değerli konuşmacılarımıza 20'şer dakikalık süre ayırdık. Süre konusuna uymak için yardımlarınızı istirham ediyoruz.

Sempozyum için kutlama telgrafları var; Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Sayın Abdüllatif Şener, Devlet Bakanı Sayın Ali Babacan, Kültür ve Turizm Bakanı Sayın Atilla Koç, sempozyumumuza başarı dilemektedirler.

Buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. E. Alper GÜVEL (Çukurova Üniversitesi) Sayın Başkan, Sayın Müsteşar, değerli konuklar; ben, bundan sonraki konuşmalara da bir temel teşkil etmesi açısından, ekonomik suçun genel bir tanımını vermeye, ekonomik suç türlerini kısaca belirtmeye, etkilerini ve ekonomik suçların önlenmesi için ne gibi önlemlerin alınması gerektiğini belirtmeye gayret edeceğim.

Küresel toplum günümüzde çok sayıda karmaşık meydan okumayla karşı karşıya ve bu meydan okumaların en önemlilerinden birisi de ekonomik suç. Yeni bin yılın eşliğinde küresel toplumun, ulusların, firmaların ve tüketicilerin en önemli sorunlarından biri ekonomik suçla mücadele. Öyle ki, ekonomik suçla mücadele,

günümüzde, geleneksel suçlarla mücadeleden çok daha önemli görülüyor. Bu mücadelenin başarılı olabilmesi için ekonomik suçun doğru şekilde tanımlanması, türlerinin sınıflandırılması, nedenlerinin belirlenmesi, etkilerinin ölçümü ve uygun ekonomik suç yönetimi yöntemlerinin belirlenmesi gerekli.

Ekonomik suçun araştırılması, tetkiki, ölçümü, önlenmesi ve cezası öncelikle tanımına bağlıdır. Ancak, günümüzde, ekonomik suçun tanımı son derece tartışmalı bir konu; çünkü, ekonomik suç dinamik bir olgu. Politik, ekonomik ve sosyal yapılarıdaki ve teknolojiye bağlı olarak dramatik biçimde sürekli olarak değişiyor. Nitekim, günümüzde ekonomik suçun, genel kabul görmüş, evrensel denilebilecek sistematik bir tanımı yok. Ekonomik suçla ilgili çalışmalar da bu çerçevede kıyaslamayı güçleştiren farklı tanımlar kullanıyor. Bu tanımları, literatürde iki ana grup içerisinde açıklamak mümkün.



Bunlardan birinci grup, geleneksel tanımlar, ikinci grup çağdaş tanımlar olarak tasnif edilebilir. Öncelikle geleneksel tanımlar üzerinde duralım.

1940'lara kök salan geleneksel ekonomik tanımlarda, ekonomik suç, beyaz yakalı suçlarıyla özdeş tutulmuş. Buna göre, suçlu, bir organizasyondaki konumu dolayısıyla elinde fırsat bulunan statü sahibi bir kişidir.

Bu anlamda ekonomik suç yozlaşmayla eşanlamli kullanılmakta ve kesinlikle şirket içermemektedir. Ancak, 1940'lara kök salan bu tanım, günümüzde yeterli değil. Çağdaş tanımlar yapılması gerektiği vurgulanıyor. Çağdaş bir tanım vermeye çalışırsak;

Ekonomik suç, özel, profesyonel ya da teknik becerileri olan kişiler tarafından kişisel veya örgütsel kazanç ya da diğer birey veya birimler aleyhine haksız kazanç sağlama amacıyla genellikle aldatma ya da yalan beyanda bulunma yoluyla işlenen yasadışı bir eylem olarak tanımlanabilir ya da sürekli evrilen bir eylemler kümesi olarak tanımlanabilir. Burada suç, artık, sadece bir kamu görevlisi değil; özel, profesyonel ya da teknik beceride olan kişiler suçlu statüsü içerisinde yer alıyor. Amaç, kişisel veya örgütsel bir kazanç elde etmek ya da diğer birey veya birimler aleyhine haksız kazanç elde etmek ve en tipik yöntemi de aldatma ya da yalan beyanda bulunma.

Bu tanımda yer alan bir diğer özellik de suçun herhangi bir şekilde şiddet içermemesi. Bu anlamda çağdaş ekonomik suç, beyaz yakalı suçlarından farklı. Ancak, geleneksel ve çağdaş tanımlardan hiçbiri genel kabul görmüş değil. Dolayısıyla, ekonomik suçlu açıklamada tek başına da yeterli olamayacak.

Ekonomik suçlu tanımlama sürecinde karşılaşılan temel bir sorun da ekonomik suç olgusunun geleneksel, yani şahsa ve mala karşı işlenen suç yardımı kullanılarak

açıklamaya çalışılması. Oysa, ekonomik suç, birçok açıdan geleneksel suçlardan farklı. Bu farklılığı şöylece kısaca belirtebiliriz.

Geleneksel suçlar, şahsa ve mala karşı işlenen suçlar olarak iki gruba ayrılıyor. Başlıca örnekleri, cinayet, saldırı, yaralama, soygun, hırsızlık, gasp, kundakçılık ve tecavüz. Ekonomik suç ise çok farklı bir suç kategorisidir. Türlerini birazdan belirteceğim için burada belirtmiyorum.

Geleneksel suçlarda suç evreni genel olarak toplumsal alan, ekonomik suçlarda ise suç evreni iş dünyası ve ekonomi.

Gelenekse suçlarda olayı somut olarak fark eden bir kurban, birey bir fail, fiziksel bir suç mahalli ve basit bir suç aleti var. Ekonomik suçlarda ise neredeyse kurban yok ya da birey kurban, mağduriyetinin farkında değil yada çoğunlukla kurban birey değil. Devlet, sigorta şirketleri, bankalar ve tüketiciler gibi gruplar; suç mahalli ve suç aleti, yani suçun delilleri de somut değil.

Geleneksel suçlarda kurbandan bilgi akışı çok yüksek, ekonomik suçlarda ise kurbanlardan bilgi akışı çok düşük ya da hiç yok. Geleneksel suçlarda bilgi akışı çok yüksek olduğundan dolayı bireylerin ne derece kurban olduğunu ve bundaki rollerini belirlemek kolay. Piyasalarda buna yönelik çok sayıda kod var. Ekonomik suçlarda ise bilgi akışının düşüklüğü ya da yokluğu nedeniyle bireylerin ne derece kurban olduğunu ve bundaki rollerini belirlemek son derece güç. Yasalarda ekonomik suçlarla ilgili çok az sayıda kod var.

Geleneksel suçlar büyük ölçüde ceza hukuku çerçevesinde izlenen suçlar. Ekonomik suçlar ise anonim şirketlerle ilgili yasalar, dahili ticaretle ilgili yasalar, finansal enstrümanların ticaretiyle ilgili yasalar, çevre kirliliğiyle ilgili yasalar, şirket kurma ve şirket kurma yasağıyla ilgili yasalar çerçevesinde izlenen bir suç türü.

Geleneksel suçlarda failin meslekî rolü ile özel hayatındaki rolü arasında bir ayırım yapmak mümkün ve suçlar büyük ölçüde özel rolle ilintili. Ekonomik suçlarda ise meslekî rol ile özel rolü ayırmak mümkün değil, pek mümkün değil; suçlar, meslekî rollerden de kaynaklanabiliyor.

Geleneksel suçların büyük bir kısmı üniformalı polis memurları tarafından yakalanmakta, ceza mahkemelerinde yargılanmakta ve suçlu bulunanlar hapse atılmakta. Ekonomik suçlarda ise araştırma ve yorumlama, raporlama yöntemleri geleneksel suçlardan farklı. Ekonomik suçların büyük bir kısmı üniformalı polis memurları ve adli birimler tarafından değil, büyük ölçüde birimin idarî yetkilileri tarafından inceleniyor; suçlu bulunanlara da büyük ölçüde idarî cezalar veriliyor.

Bu farklılıklar da ekonomik suçu açıklamaya tam olarak yetmez. Ekonomik suç hakkında daha anlamlı bir bilgiye sahip olabilmek için tanımlama çabaları yanında ekonomik suç türlerinin de açıklanması gerekir.

Bu türlerden birincisi, yozlaşmaya bağlı suçlar, ikincisi dolandırıcılık, üçüncüsü para aklama, dördüncüsü fikri mülkiyet hırsızlığı, beşincisi kimlik hırsızlığı, altıncısı kaçakçılık ve yedincisi de internet suçları olarak belirtilebilir. Ancak, bu ekonomik suç türleri sadece bu sayılanlardan ibaret değil, bunlar yanında, bu ekonomik suç türlerinin kuşatmadığı ya da ticarî zarar olarak değerlendirilen veya açıklanmayan ekonomik suçlar da var.

Bu ekonomik suç türlerini kısaca açıklamaya çalışırsak; yozlaşmaya bağlı suçlar kendi içinde üç gruba ayrılıyor; birincisi, zimmete geçirmek, ikincisi rüşvet, üçüncüsü de varlıkların kötüye kullanımı. Özellikle zimmete geçirme, rüşvet ve varlıkların kötüye kullanımı günümüzde toplam ekonomik suçların küresel ölçekte % 80'den fazlasını oluşturuyor istatistiklere, tahminlere göre.

Fikri mülkiyet hırsızlığı; başlıca türleri ürün taklitçiliği ya da korsanlığı, ticarî marka taklidi, ticarî sır taklidi ve telif eser taklidi.

Kaçakçılık; türleri ise vergi kaçakçılığı ve mal kaçakçılığı.

Ekonomik suç türleri içerisinde giderek önem kazanan kimlik hırsızlığı ise yeni bin yılın suçu olarak nitelendiriliyor. Bir kimsenin yasal yetkisi olmaksızın başkasının kimliğini, bilerek, yasadışı bir aktiviteye teşebbüs etmek ya da yardım veya yataklık etme niyetiyle transfer etmesi ya da kullanması. Dünya genelinde hızla artan bir ekonomik suç türü. Kişisel enformasyonun kullanıldığı bütün endüstrilerde meydana gelebiliyor. Bütün ekonomik suçların, özellikle de dolandırıcılığın tamamlayıcı unsuru, en çok müşteri bulmada ya da kredi almada, kredi kartı, banka ve menkul kıymet alanında dolandırıcılık aracı olarak kullanılan bir suçtur. Günümüzde bir ekonomik suç olmanın ötesinde geleneksel suç aktivitelerinin küresel suç grupları tarafından gerçekleştirilen suç aktivitelerinin, uyuşturucu ticaretinin, silah ve insan kaçakçılığının ve terörizmin de tamamlayıcı bir unsuru olarak görülen bir suçtur.

Bir diğer internet suçları; hepimizin bildiği gibi, günümüzde bilgisayar sistemleri iş dünyasının temeli haline gelmiştir. İnternet ve teknolojik ilerlemeler, devleti ve iş dünyasında iş yapma yollarını değiştiriyor ve yeni ekonomik suç fırsatları sunuyor. İş dünyası, bilgisayar sistemlerinin yasadışı ve yetkisiz kullanımından kaynaklanan içsel ve dışsal tehditlerin tahribatına açık ve suç dünyası, finansal ve teknolojik gelişmelere ve iş dünyasına çok hızlı uyum sağlıyor. Günümüzde bu çerçevede ekonomik suçların büyük bir kısmının siber versiyonları da ortaya çıkmış durumda. Bunlardan başlıcaları şunlar: Kimlik hırsızlığı, dolandırıcılık, para aklama, fikri mülkiyet hırsızlığı ve yazılım taklidi ve bilgisayarlara saldırı ya da bilgisayar korsanlığı.

Öte yandan, ekonomik suç, günümüzde giderek organize ve ulus ötesi bir nitelik de kazanıyor. Ekonomik suç, zaten doğası gereği küresel nitelikli bir suç, teknolojik ilerlemeler, ekonomik suçun küreselleşmesini daha da hızlandırmakta. Bu yönüyle ekonomik suç, organize suça en uygun suç aktiviteleri içerisinde yer alıyor. Organize ekonomik suç da giderek ulus ötesi bir nitelik kazanıyor; çünkü, uluslararası piyasalarda-

ki ekonomik aktivitelerin daha yüksek kârlar sağlaması, ulus ötesi ekonomik suç aktiviteleri içinde daha yüksek kazanç potansiyeli anlamına geliyor.

Ulus ötesi organize suçun en çok uğraştığı başlıca ekonomik suç türleri şunlar: Dış ticaretten elde edilen kazançların gizlenmesi, vergi kaçırma ve para aklama.

Küresel ölçekte ekonomik suçların gerçekleşme, algılanma ve beklenme oranlarıyla ilgili bazı istatistikler var. En çok gerçekleşen suç türü varlıkların kötüye kullanımı; bunu, ürün korsanlığı ve taklidi izliyor, üçüncü sırada siber suçlar geliyor, dördüncüsü sırada zimmete geçirme ve rüşvet, beşinci sırada finansal dolandırıcılık, altıncı sırada endüstriyel casusluk, yedinci sırada da karapara aklama, şirketlerin rapor ettikleri suç türleri bunlar. Ancak, beklentilere gelince, gelecekle ilgili beklentiler çok önemli; beklentide, yine varlıkların kötüye kullanımı birinci sırada, ikinci sırada siber suçlar geliyor, üçüncü sırada zimmete para geçirme ve rüşvet, dördüncü sırada finansal dolandırıcılık, ürün korsanlığı ve taklidi ve diğer suç türleri bunu izliyor.

Peki, bu ekonomik suç nasıl ölçülebilir; genel kabul görmüş bir tanımının olmaması nedeniyle ekonomik suç olgusunun ölçülmesi ve açığa çıkarılması son derece problemlili bir konu. Nitekim, küresel ölçekte ekonomik suçun büyüklüğü ve kapsamı hakkında veri ve enformasyon açığı var. Ekonomik suç kavramının, 1970'lerin başında ilk formüle edildiği kamu malı ilkeleri dahil, hiçbir gelişmiş ülkede ekonomik suç alanında resmî istatistik ve ulusal mekanizmalar yok; yani, tartışmalara temel olacak güvenilir veriler yok. Mevcut suç istatistikleri anlamlı değil. Veriler gerçek miktar değil, sadece açığa çıkarılan ekonomik suçların miktarını yansıtıyor. Bunun ise buzdağının sadece görünürdeki kısmı olduğu öngörülüyor.

İşletmeler, maddî zararlarının farkında olsalar dahi, çeşitli mülahazalarla eldeki teknik imkanların yetersizliğiyle bunu sayılara dökmekte zorlanıyorlar. Ekonomik suç türü kurbanı işletmeler, çeşitli mülahazalarla şirket imajının sarsılacağını düşünerek, hisse fiyatlarının düşeceğini düşünerek bunu yetkililere bildirmekten kaçınıyorlar.

Sonuç olarak, ekonomik suç frekansı ve dağılımıyla ilgili güvenilir enformasyon eksikliği, pratik karar alma ve araştırma alanında karşılaşılan çok temel bir problem olarak karşımıza çıkıyor. Enformasyon eksikliği nedeniyle ekonomik suçun niteliği konusunda da serbest risk spekülasyonları yapılıyor. Güncel politik kararların önlemlerin ve hukuksal düzenlemelerin temelinde de bu spekülasyonlar yer alıyor.

Bu çerçevede, ekonomik suçun ölçülebilmesi için ekonomik suç miktarını tam olarak belirlemek için alternatif ölçüm yöntemlerine gereksinim duyulduğu küresel ölçekte giderek daha çok vurgulanıyor ve günümüzde bu yöndeki çalışmalar giderek artıyor; ancak, henüz genel kabul görmüş bir yöntem ve ölçüt söz konusu değil.

Buraya kadar şöyle bir toparlarsak, bir tanım yapılamayan, türleri tam olarak tasnif edilemeyen ve ölçülemeyen, ölçütleri belirlenemeyen bir suç türüyle karşı karşıyayız.

Ekonomik suçun etkilerine gelince; ekonomik suç, toplumların, bireylerin ve kurumların zayıf noktalarını istismar etmekte, tüketicileri, iş dünyasını ve devletleri tehdit etmekte. Ekonomik suç kurbanlarını üç ana başlık altında belirtebiliriz, bunlar, tüketiciler, sanayi ve devlet.

Ekonomik suçun kurbanlar üzerindeki etkilerini de şöylece açıklayabiliriz. Öncelikle tüketiciler üzerindeki etkileriyle ilgili bir değerlendirme yaparsak, ekonomik suç, özel hayatın gizliliğini ve dokunulmazlığını ihlal ediyor, özellikle de kimlik hırsızlığı. Tüketicilerin kredi notunun azalmasına yol açıyor, tüketicilerin fon ve varlık kaybına uğramasına yol açıyor.

Sanayi ve devlete etkileri ise birbirine benzer; sanayi ve devlet üzerindeki doğrudan etki, finansal kayıplara yol açması, özellikle de kâr kaybına yol açması.

Yan etkilerini kısa ve uzun dönem olmak üzere sınıflayabiliriz. Kısa dönemde en önemli etki, çalışanların moralinin ve motivasyonunun bozulması, iş ilişkilerinin zarar görmesi, şöhretin zarar görmesi, marka imajının zarar görmesi, hisse senedi fiyatlarının düşmesi. Uzun dönemde ise en önemli etki hisse senedi fiyatlarının düşmesi, marka imajının zarar görmesi, şöhretin zarar görmesi, iş ilişkilerinin zarar görmesi, çalışanların moralinin ve motivasyonunun bozulması.

Bir de türev etkiler olarak ifade etmek istediğim etkiler var; ekonomik suçlar, organizasyonun liderlik yapısını, yönetişimini, etik değerleri ve uzun dönem güvenliğini sorgulanmaya açık hale getiriyor. Ayrıca, ulusal bilinci ve güven ortamını da tahrip ediyor.

Küresel ölçekte riske açık olan başlıca endüstriler de şunlar: Öncelikle banka ve sigorta endüstrisi başta geliyor, finansal sektörün büyük oranda parayla uğraşması, yoğun finansal akış ve karmaşık süreçler yolsuzluk için uygun bir ortam hazırlıyor. Nitekim, en çok suç rapor edilen banka ve sigorta endüstrisi. Bunu, enformasyon teknolojisi ve hizmetleri, özellikle de telekom hizmetleri izliyor, üçüncü sırada perakende hizmetleri ve tüketiciler var. Ekonomik suç çok önemli bir potansiyel sunan elektronik ticareti olumsuz etkiliyor. Elektronik suçlar sonucu halkın mağdur olması, elektronik ticarete güvenin azalmasına ve bu yeni iş biçiminin potansiyelini gerçekleştirememesine yol açıyor. Dördüncü sırada ilaç ve biyoteknoloji endüstrisi var, bunu otomotiv ve uzay endüstrisi izliyor ve altıncı sırada da inşaat endüstrisi yer alıyor.

Bu etkiler nasıl ortadan kaldırılabilir; bunu, ekonomik suç yönetimi başlığı altında açıklamak mümkün. Ekonomik suç yönetimi son derece karmaşık nitelik taşıyor. Bu süreçte en önemli nokta, ekonomik suçun tedavi edilmesinin son derece güç olduğunun bilinmesi. Ekonomik suçla en etkin mücadele yöntemlerin önleyici yöntemler olduğu noktasından hareket edilmesi. Bu önleyici yöntemler de iki düzeyde ele alınabilir; kamusal düzeyde ve firma düzeyinde. Ben, kamusal düzeydeki önlem-

ler üzerinden şöyle bir geçmek istiyorum. Kamusal düzeyde ekonomik suç önleyici yöntemlerinin başında yasaların içeriğinin ekonomik suç olgusunu doğru değerlendirmesi geliyor. Bunun için, geleneksel suç kavramı yerine ekonomik suçlarla ilgili bir kavramsal terminoloji geliştirilmesi son derece önemli.

Yasaların dilinin gelecekteki teknolojik değişmelere kolayca uyum sağlayabilecek nitelikte olması gerekiyor. Bütçe kaynakları artırılmalı ekonomik suçla mücadeleyle ilgili. Ekonomik suçla ilgili yasa uygulama birimlerini problem çözücü konusunda eğitilmesi önem taşıyor. Ekonomik suçun günümüzdeki önerilerden birisi de şu: Sadece idarî bir mekanizmayla izlenmesi yerine, bir polis görevi olarak tanımlanması ve ekonomik suçla ilgili adli soruşturmaların yapılması küresel ölçekte geliştirilen önerilerden birisi.

Yine, kamu-özel sektör işbirliğinin teşvik edilmesi öneriliyor ve küresel niteliği gereği küresel işbirliği teşvik edilmeli ve geliştirilmeli deniliyor.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Çok teşekkür ederiz.

Son derece karmaşık bir konuyu sistematik olarak, bilgi işlem desteği de var tabii, geçmişte bunları anlatırken bunlar yoktu bizim zamanımızda, şimdi daha iyi; hem suçun tanımı hem türü, hem ölçütü hem de çözümünü içeren bir açılış konuşması dinledik. Sanıyorum, bugün ve yarın bunun ayrıntılarını birlikte tartışacağız.

İkinci konuşmacımız Sayın Prof. Dr. Erdal Türkkan.

Türkiye'de ve dünyada ekonomik suçlar konusunu sizlere sunacaklar.

Buyurunuz.

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN (Rekabet Demeği Başkanı)

(turkkanerdal@ttnet.net.tr)

- Efendim, hepinize saygılar.

Ben de Adalet Bakanlığı'na ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'ne bu güzel toplantıyı düzenledikleri için teşekkür ederek söze başlıyorum.

Sevgili Alper Güvel'in çok güzel sunuşunu izledik ve benim işimi çok kolaylaştırdı. Bir ekonomik suç tanımlamasıyla başlamak lazım, Sevgili Alper'in bunu yapacağını biliyordum; ama, ben, yine de bir tanım vermekte fayda var diye düşündüm.

TÜRKİYE'DE VE DÜNYADA EKONOMİK SUÇLAR

GİRİŞ

Ekonomik suç kavramı en geniş anlamda ekonomik amaçlarla gerçekleştirilen yasa dışı eylemleri kapsamaktadır¹.

Bu çerçevede ekonomik suçlar, ekonomik çıkar sağlamak amacıyla devletçe yasaklanan :

- Yasa dışı faaliyetler yapılması (üretimi veya ithalatı yasak olan mallar, uyuşturucu, silah, organ, insan ticareti, vs),
- Yasa dışı yöntemlere baş vurulması, (şiddet kullanımı, rüşvet, baskı, engelleyici anlaşmalar kaçakçılık vs.)
- Yasa dışı kurumlar (örgütler) oluşturulması (izinsiz ve kayıtsız örgüt, çete, gizli örgüt, vs)
- Yasa dışı piyasalarda işlem yapılmasını ifade eder. (ambargolu ülkelerle ticaret, yasa dışı alıcı, yasa dışı satıcı, karaborsa, kayıt dışı piyasa vs).

Bu tanıma göre ekonomik suçların kapsamı yasa dışı sayılan faaliyetlerin, yöntemlerin kurumların, piyasaların tanımına göre genişleyip daralacaktır.

Ekonomik suçların uluslararası boyuta ele alınması çeşitli açılardan yarar sağlayan bir husustur.

- Uluslararası karşılaştırma, ekonomik suçların ve cezaların oluşturulmasında gerçekçi ve evrensel bir sorunsal ve vizyon oluşturma imkanını verecektir.
- Uluslararası mukayese ekonomik suçların diğer suçlardan farklılıklarını da daha anlamlı bir biçimde değerlendirme imkanını verecektir.

Bu tebliğın amacı aşağıdaki soruları yanıtlamaya çalışmaktır.

- Ekonomik suçlar konusunda Türkiye'nin diğer ülkelere göre durumu nedir?
- Hangi ülkeler ekonomik suçlar konusunda daha temiz hangileri daha yozlaşmış durumdadır?

¹ Bu bağlamda ekonomik suçlar dilencilikten, dolandırıcılığa, hırsızlık ve yağmadan kaçakçılık ve sahteciliğe, tefecilikten spekülasyona, ticari sırların ifşasından, hileli iflasyona, zimmete para geçirilmeden rüşvet ve irtikapa, emniyeti suiistimalden, başkasının malına zarar vermeye, kara para aklamadan, borsada manipülasyona, rekabeti engellemekten, taklitçiliğe çok geniş bir kapsama sahiptir ve zaman içinde yeni suçlar ortaya çıkmaktadır. (Bilgisayarla işlenen suçlar gibi)

- Ekonomik suçlar zaman içinde nasıl bir gelişme göstermektedir?
- Ekonomik suçlarla nasıl başa çıkılır? Ekonomik suç düzeyini açıklayan ortak faktörler var mıdır, varsa nelerdir?
- Ekonomik suçların sonuçları nelerdir?
- Yukarıdaki analizler bağlamında ekonomik suçları diğer suçlardan ayıran faktörler nelerdir?

Uluslararası analizin yapılabilmesi için önce ekonomik suçların ölçülmesi ve karşılaştırılması konusuna kısaca değinilecek, Bundan sonra ekonomik suçların nedenleri analiz edilmeye çalışılacak son olarak da ekonomik suçların sonuçları konusunda kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

1) EKONOMİK SUÇLARIN ÖLÇÜLMESİ VE ÜLKELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

1.1) Ekonomik Suçların Ölçülmesi ve Yozlaşma Algılamaları Endeksi

- Ekonomik Suçları Ölçmenin Zorlukları

Ekonomik suçlar konusunda ülkeler arasında bir karşılaştırma yapılabilmesi için ekonomik suçların benzer bir metodoloji ile ölçülebilmesi gerekir. Oysa ekonomik suçlar genellikle örtülü bir biçimde işlendiği için bunların objektif ve mukayese edilebilir bir ölçümünün yapılması fevkalade güçtür. Bu nedenle ekonomik suçları değil, ekonomik suçların nasıl algılandığını ölçmek mümkündür. Bu amaçla oluşturulan en güvenilir kaynak Uluslararası Saydamlık Örgütü'nün (Transparency International) 1995 yılından bu yana yayınladığı Yozlaşma Algılamaları Endeksi (Corruption Perceptions Index) dir. Bu endeks dışında aynı örgütün hazırladığı daha dar kapsamlı başka endeksler de vardır.

- Ekonomik Suçların Algılanma Düzeyinin Ölçülmesinin Şekli ve Önemi

Dünya'da ülkelerin ekonomik risklilik ve kredibilite düzeyini ölçmek amacıyla profesyonel araştırma kuruluşları çeşitli çalışmalar yapmaktadır. Bu araştırmalarda o ülkelerde her türlü ekonomik yolsuzluğun neden ve sonuçları yarattığı riskler ve engeller sorgulanmaktadır. Bu sorgulama o ülkelerde iş yapan işadamları akademisyenler ve araştırma kuruluşları nezdinde yapılmaktadır. Uluslararası saydamlık örgütü dünya çapında bu tür 16 farklı kuruluşun çalışmalarına dayanarak **Yozlaşma Algılamaları Endeksi** ni hazırlamaktadır. Her ülke için ortalama 8-10 araştırmaya dayanılmaktadır. (Türkiye için 13 araştırma kullanılmıştır). Bu araştırmaların sonuçları doğal olarak biri birinden farklı olabilmektedir. Sonuçta bu

araştırmalarda 10 üzerinden verilen notların bir ortalaması alınarak her ülke için nihai bir skor tespit edilmektedir. 10 notu bir ülkede yaşayan karar birimlerinin o ülkede ekonomik yaşamın tam olarak temiz olduğunu düşündüklerini ifade etmektedir. Sıfır notu ve diğer düşük notlar ise bir ülkede yaşayan karar birimlerinin o ülkede ekonomik yaşamın tamamen yoz olduğunu düşündüklerini ifade etmektedir. Genellikle 1-3 arası notlar çok yoz ekonomilerin, 8-10 arası notlar da çok temiz ekonomilerin göstergesi sayılabilir.

Ekonomik suçların algılanmasına dayalı yozlaşma endeksi, yozlaşma düzeyini değil, bunun nasıl algılandığını ölçmektedir. Aslında algılanma olgusu en az yozlaşma düzeyi kadar önemlidir. Algılama orta vadede gerçek yozlaşma düzeyinden çok farklı olmayacaktır. Ayrıca algılama karar merkezlerinin kararlarında birinci derecede etkili olmaktadır.

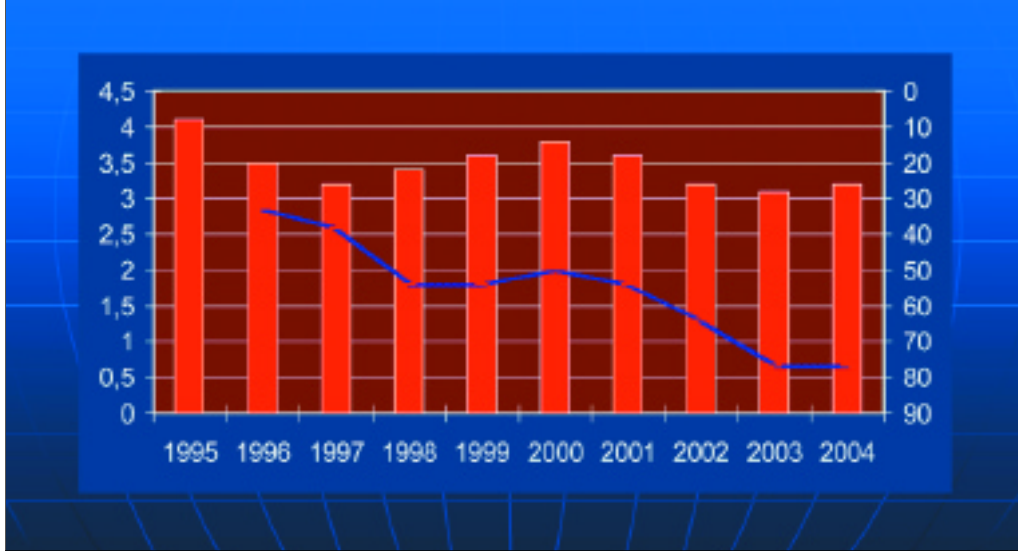
1.2) Türkiye’de Ekonomik Suçların Düzeyi ve Gelişmesi

Türkiye’de ekonomik suçların gelişmesini iki boyuta ele almak mümkündür. Bunlardan birincisi Türkiye’nin yozlaşma endeksinden aldığı nottaki gelişmeler, ikincisi de Türkiye’nin dünya sıralamasındaki yerindeki gelişmelerdir. Grafik 1 in sol dik ekseninde reyting düzeyi, sağ dik ekseninde de dünya sıralamasındaki yeri görülmektedir.

Grafikten de görüleceği gibi Türkiye’nin yozlaşma algılamaları notu on üzerinden 3-4 arasında değişmekte ve dalgalanmaktadır. Türkiye’nin 2004 yozlaşma algılamaları reytingi ise 3,2 dir. On üzerinden üç-dört düzeyindeki notlar yozlaşma algılamasının oldukça olumsuz olduğunu göstermektedir. Diğer bir ifade ile yozlaşma algılaması açısından Türkiye en kötü durumda olan ülkeler arasında yer almasa bile önemli ve tehlikeli bir yozlaşma sorunu olan ülkeler kapsamına girmektedir.

Grafikte mavi renkli çizginin şeklinden anlaşılacağı gibi Türkiye’nin Dünya sıralamasındaki yeri hem gerilerdedir hem de zaman içinde ciddi şekilde kötüye gidif söz konusudur. 2004 yılı itibariyle Türkiye’nin dünya sıralamasındaki yeri Benin, Mısır, Mali, Fas, ile birlikte 145 ülke arasında 77. sıradır. Bu durum, kısmen endekse giren yeni ülke sayısının zaman içinde artmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu durum Türkiye’nin nispi durumunun giderek kötüleştiğini de kesin olarak ortaya koymaktadır. Yani Türkiye yozlaşma ile mücadele’de diğer ülkeler kadar başarılı olamamif en azından yozlaşma algılamasını azaltacak girişimler konusunda yetersiz kalmıştır.

Grafik 1: Türkiye’de Mutlak ve Nispi Ekonomik Yozlaşma Düzeyinin Gelişmesi



Kaynak: Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 verilerine dayanılarak hazırlanmıştır. 20 Ekim 2004

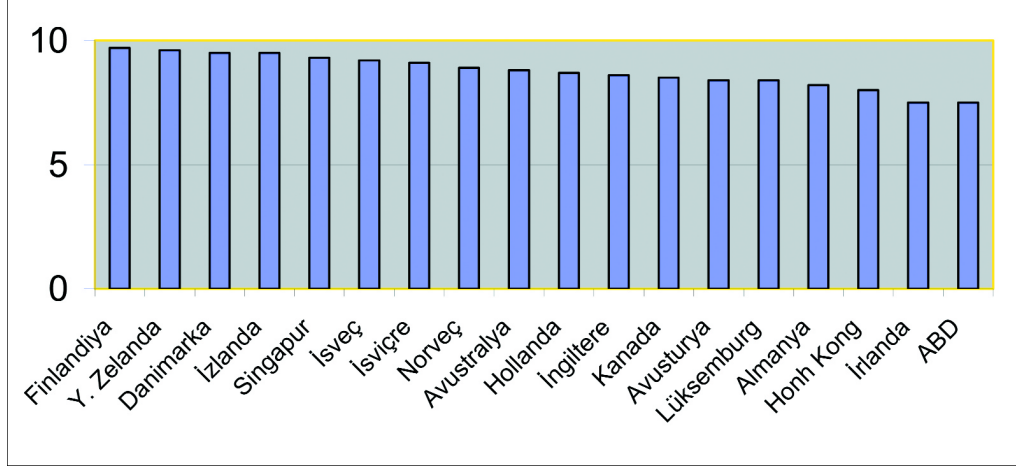
1.3) Diğer Ülkelerde Ekonomik Suçların Düzeyi ve Gelişmesi

Ekonomik suçların nispi düzeyini yansıtmaları açısından kullandığımız yozlaşma endeksinin on üzerinden en yüksek olduğu(8-10 arasında) ülkeleri temiz ülkeler olarak, buna karşılık bu endeksin değerinin 10 üzerinden 0-2,5 arasında olduğu ülkeleri de çok yoz ülkeler olarak değerlendirmek mümkündür.

- En Temiz Ülkeler

2004 yılı itibariyle yozlaşma algılamaları reytinginin değeri 10-8 arasında değişen 16 ülke bulunmaktadır. Bu ülkelere 7,5’lik bir not alan İrlanda ve ABD’ yi de eklemek mümkündür. Çünkü bu iki ülke de geçmişte 8-10 arasında bir reytinge ulaşmışlardır.

Grafik 2 de bu ülkelerin 2004 yılında 10 üzerinden almış oldukları yozlaşma algılamaları notları görülmektedir.

Grafik 2: Yozlaşma Algılamaları Endeksine Göre En Temiz Ülkeler 2004

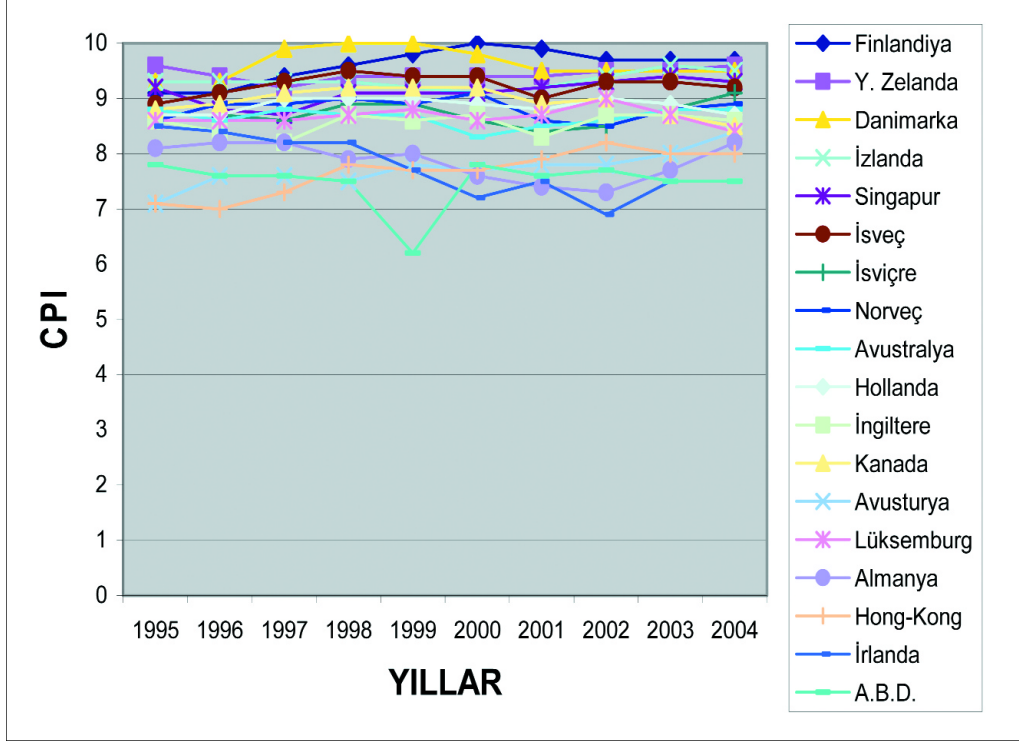
Kaynak: Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 verilerine dayanılarak hazırlanmıştır. 20 Ekim 2004

Zaman İçinde Temiz Ülkelerdeki Gelişme

Grafikten de görüleceği üzere dünyanın en temiz ülkesi on üzerinden 9,7 ile Finlandiya'dır. Bu ülkeyi Yeni Zelanda, Danimarka, İzlanda Singapur İsveç, İsviçre Norveç Avustralya Hollanda (8,7) izlemektedir.

1995-2004 yılları arasında temiz ülkeler sıralamasında zaman zaman küçük değişimler olmuştur Danimarka bir süre ilk sırayı işgal etmiş ve 10 tam puanı elde etmiştir. Grafik 3 de görüleceği gibi temiz ülkelerde zaman içinde yozlaşma skorunda önemli bir değişim olmamıştır. Özellikle ilk sıralarda yer alan ülkelerde zaman içinde önemli dalgalanmaların da olmadığı görülmektedir.

Grafik 3: Temiz Ülkelerin Yozlaşma Algılamaları Notundaki Gelişmeler 1995-2004

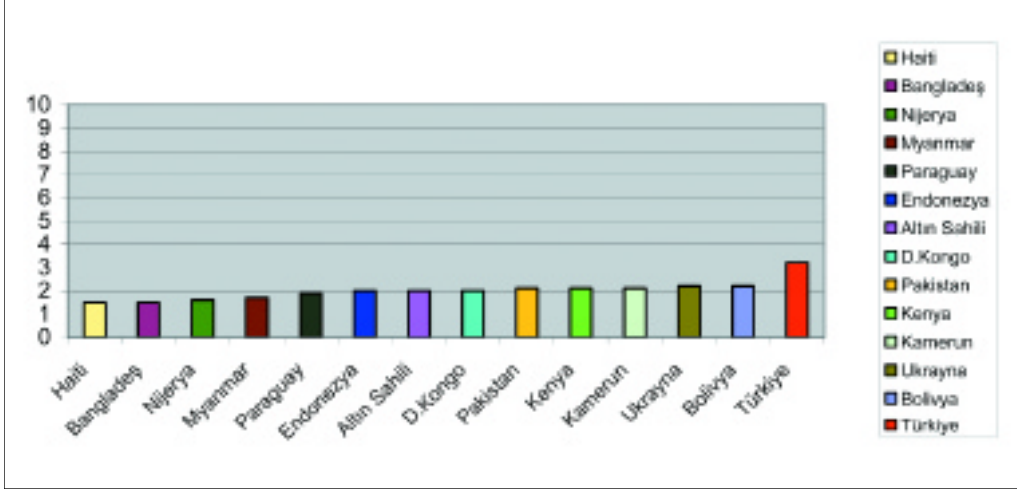


Kaynak: Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 verilerine dayanılarak hazırlanmıştır. 20 Ekim 2004

- En Yoz Ülkeler

2004 yılı itibariyle en yoz ülkeler incelendiğinde, on üzerinde 2,3 notunun altında reyting alan 25 ülke bulunmaktadır.

Grafik4: Yozlaşma Algılamaları Endeksine Göre En Yoz Ülkeler ve Türkiye 2004



Kaynak: Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 verilerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Grafik 4 de bu ülkelerden geçmiş yıllarda da değerlendirmeye alınmış olan 13 adedinin yozlaşma algılamaları reytingleri sunulmaktadır.

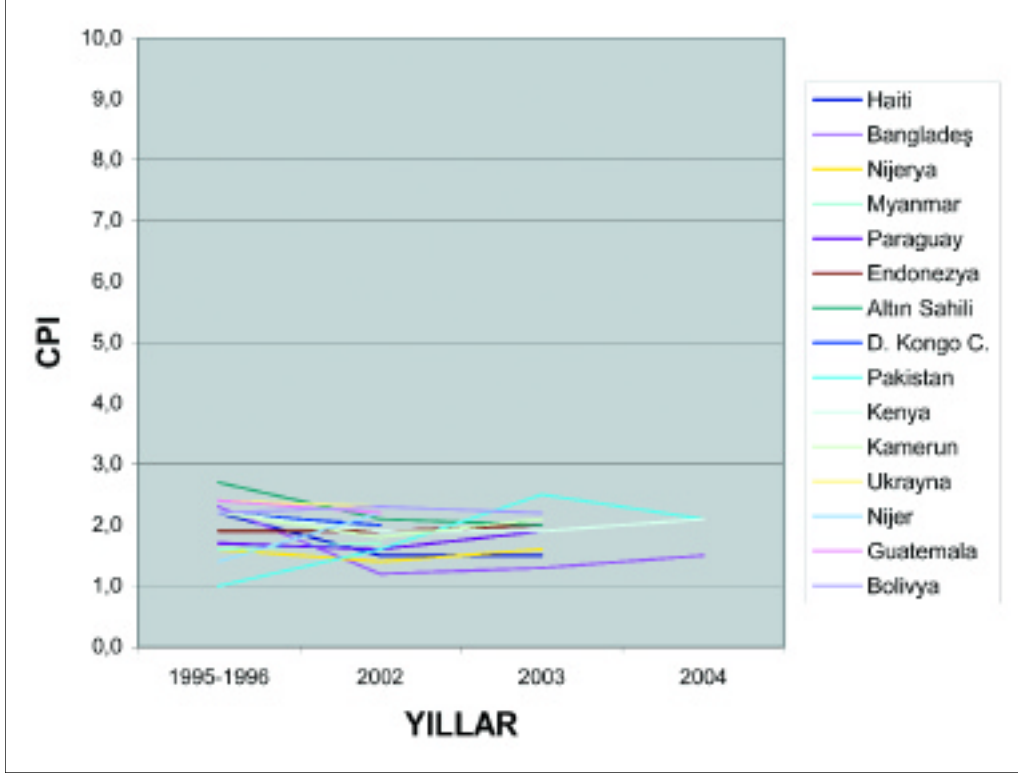
Grafikte görüleceği üzere en yoz olarak algılanan ülke on üzerinden 1,5 puanla Haiti dir. Bu ülkeyi Bangladeş, Nijerya Myanmar, Paraguay, Endonezya, Altın Sahili, Demokratik Kongo, Pakistan (2,1) izlemektedir.

Türkiye ile karşılaştırıldıklarında bu ülkelerin durumunun daha kötü olduğu görülmektedir.

En Yoz Ülkelerde Zaman İçindeki Gelişmeler

Yoz olarak algılanan ülkelerle ilgili veriler daha sınırlı olmakla birlikte, bu ülkelerde de yozlaşma algılamasını ifade eden notlarda zaman içinde önemli bir değişim olmadığı ve 1-2;5 aralığında seyrettiği görülmektedir (Bakınız Grafik 5).

Grafik 5: En Yoz Ülkelerin Yozlaşma Algılamaları Notundaki Gelişmeler



Kaynak: Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 verilerine dayanılarak hazırlanmıştır.

2) Ekonomik Suçların Nedenleri

Ekonomik suçların nedenleri üzerinde uzun tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmalar dikkatle incelendiğinde bunların ekonomik özgürlükler konusuyla yakından ilişkili olduğu görülmektedir.

2.1) Ekonomik Suçlar-Ekonomik Özgürlükler İlişkisi

Ekonomik suçların ekonomik özgürlüklerle yakından ilişkili olduğu konusunda genellikle bir görüş birliği mevcuttur. Ancak bu ilişkinin mahiyeti konusunda biri biriyle zıt iki hipotez mevcuttur: Bunlar:

- Ekonomik suçların ekonomik özgürlüklerden kaynaklandığı hipotezi: Bu hipoteze göre ekonomik suçların varlık nedeni ekonomik özgürlüklerdir. Bu yaklaşımın doğal bir sonucu olarak ekonomik suçların en aza indirgenmesi ancak ekonomik özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırılması ile mümkündür. Bu görüşün en hararetli savunucuları Marksist ve Neo Marksist düşünürlerdir.

- Ekonomik suçların ekonomik özgürlüklerin kısıtlanmasından kaynaklandığı hipotezi: Bu hipoteze göre de ekonomik suçların varlık nedeni ekonomik özgürlükleri yok eden yasaklar ağır yükümlülükler, özgürlüklerin korunamaması, uzun ve keyfi bürokratik işlemlerdir. Bu hipoteze göre ekonomik suçlar tamamen ortadan kaldırılabilmeye isteniyorsa ekonomik özgürlükleri en ileri düzeyde geliştirmek ve garanti altına almak gerekmektedir.

Bu tebliğde ortaya konulacak veriler hangi hipotezin daha anlamlı olduğunu kanıtlamaya yardımcı olacaktır.

2.2) Ekonomik Özgürlüklerin Ölçülmesi Ekonomik Özgürlük Reytinci

Ekonomik özgürlüklerin dünya ülkeleri arasında mukayeseye imkan verecek şekilde ölçümü konusunda veriler hem daha kapsamlıdır, hem de daha eskiye dayanmaktadır. Kanada'da Fraser Enstitüsü'nün yıllardır hazırladığı Ekonomik Özgürlük Endeksi² de ülkelere on üzerinden bir not vererek değerlendirme yapmaktadır. Alınan notun 10 a yaklaşması özgürlük düzeyinin arttığını sıfıra yaklaşması ise azaldığını göstermektedir.

Bu endeksin hazırlanmasında kullanılan değişkenler ekonomik özgürlüğü tüm boyutlarıyla kavramaktadır. Bu endeksin tanımlanmasında kullanılan beş ana değişken şunlardır: devletin büyüklüğü, hukuki yapı ve mülkiyet hakkının korunması, sağlam para, dış ekonomik ilişkilerde serbestlik derecesi ve engelleyici olmayan regülasyondur (düzenleme).

Devletin Büyüklüğü:

- Toplam tüketimde kamu tüketiminin payı;
- Transfer harcamaları ve sübvansiyonların GSYİH daki payı,
- KİT lerin mutlak ve nispi önemi & kamu yatırımlarının toplam yatırımlardaki payı,
- - En yüksek marjinal vergi oranı ve uygulandığı gelir dilimi gibi göstergelere dayanılarak tanımlanmaktadır. Devletin büyüklüğü ekonomik özgürlükleri olumsuz yönde etkileyen bir faktör olarak değerlendirilmektedir.

Hukuki yapı, mülkiyet hakkının korunması:

- Adli bağımsızlık

² Dünya nüfusunun % 91'ini oluşturan 123 ülkenin vatandaşlarına tanıdıkları ekonomik özgürlük düzeyinin zaman ve mekan içinde karşılaştırma yapmaya elverişli bir biçimde ölçülmesini ve sıralanmasını amaçlayan bir endekstir. Ekonomik özgürlüğü yansıtır nitelikteki objektif verilerin ve 38 konudaki hükümet politikalarının yıllık bazda yapılan bağımsız değerlendirilmesine dayalıdır. - Halen 58 farklı ülkeden 58 enstitünün işbirliği ile James Gwartney and Robert Lawson tarafından gerçekleştirilmektedir.

- - Mahkemelerin tarafsızlığı ve güvenilirliği
- - Fikri hakların korunması
- - Askerin siyasete ve hukuk düzenine müdahalesi
- - Hukuk sisteminin bütünlüğü gibi değişkenlerle tanımlanmaktadır. Hukuki yapıdaki yetersizlikler ekonomik özgürlükleri azaltan bir faktör olarak değerlendirilmektedir.

Sağlam para:

- - Ekonomik büyümeden bağımsız para arzı artışı
- - Enflasyon oranındaki değişkenlik
- - Son enflasyon oranı
- - Yurt dışında ve içinde yabancı para ile banka hesabı açabilme gibi değişkenlerle tanımlanmaktadır. Enflasyonun varlığı ekonomik özgürlükleri azaltan bir faktör olarak değerlendirilmektedir.

Dış ekonomik ilişkilerde serbestleşme

- - Dış ticaretten alınan vergiler
- - İdari ticaret engelleri
- - Mevcut dış ticaret sektörü boyutu ile beklenen boyut arasındaki fark
- - Resmi döviz kuru ve karaborsa döviz kuru arasındaki fark
- - Uluslararası sermaye piyasası ile ilişki imkanı

Dış ekonomik ilişkilerde korumacılık ve kısıtlamaların ekonomik özgürlükleri olumsuz yönde etkilediği kabul edilmektedir.

Regülasyon (düzenleme):

- - Sermaye piyasası düzenlemeleri (özel ve kamu bankacılığı, yabancı bankaların varlığı, özel sektörün toplam kredilerdeki payı, faizlere müdahale)
- - İşgücü piyasası düzenlemeleri (asgari ücret - toplu pazarlık sisteminin önemi- askerlik süresi)
- - Girişim özgürlüğü ile ilgili düzenlemeler (fiyat kontrolleri, idari engeller ve bürokratik işlemlerin uzunluğu ve kolaylığı, harçlar vs.) regülasyon biçimini belirleyen faktörler olarak değerlendirilmektedir. R

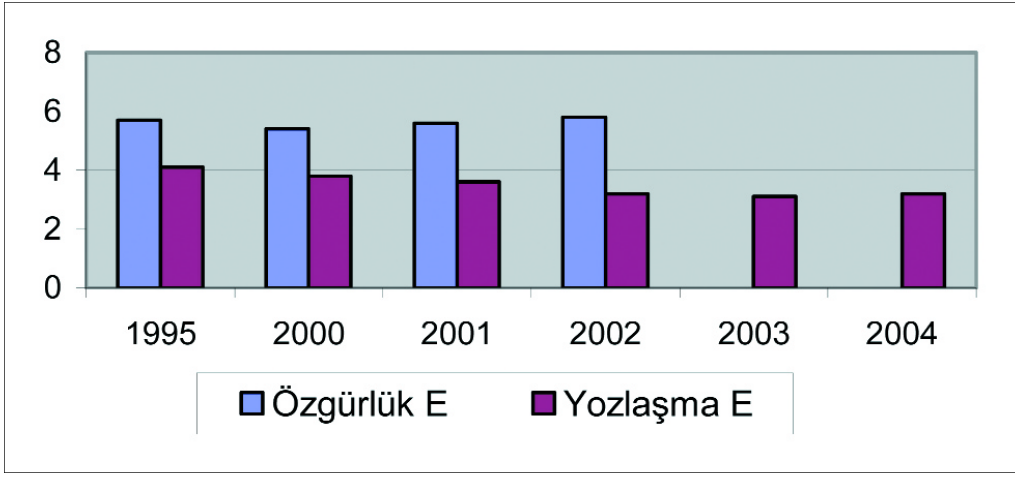
Engelleyici ve müdahaleci regülasyonların varlığı, ekonomik özgürlükleri sınırlayan bir faktör olarak değerlendirilmektedir.

Endeksin hazırlanmasında kullanılan bu beş ana değişkenin ekonomik suçlarla veya ekonomik yozlaşma olgusuyla da yakın ilişkisi olduğu açıktır.

2.3) Türkiye’de Ekonomik Yozlaşma- Ekonomik Özgürlük İlişkisi ve Gelişimi

Türkiye özelinde ekonomik yozlaşma ve ekonomik özgürlükler arasındaki ilişkiyi sağlıklı bir biçimde analiz etmek bazı zorluklar arzeder³. Yozlaşma ile ilgili veriler oldukça kısa bir dönemi kapsamaktadır. (Bakınız Grafik .6)

Grafik 6: Türkiye’de Ekonomik Özgürlük Yozlaşma İlişkisi

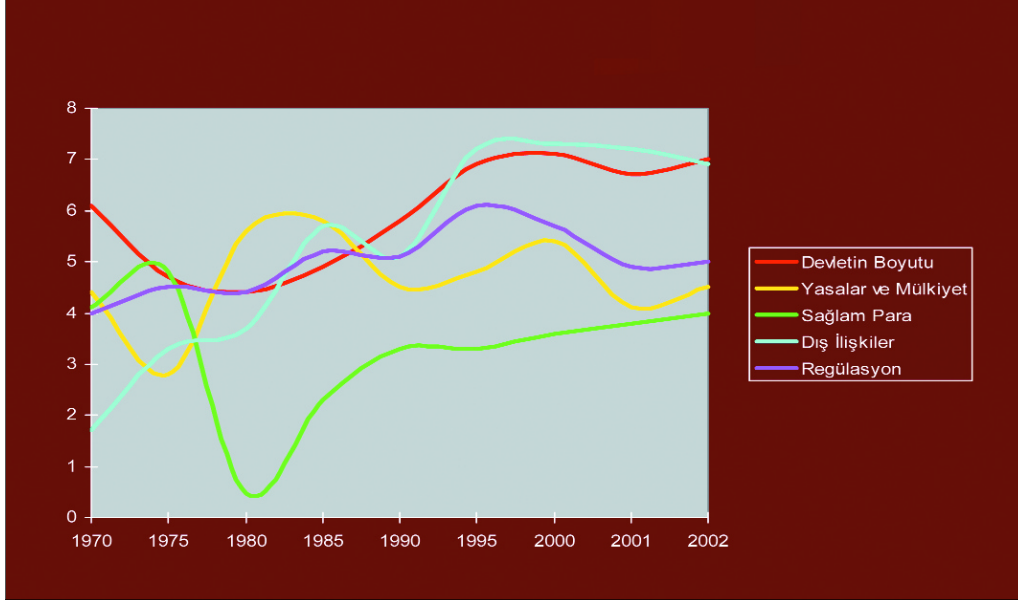


Kaynak: Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 ve Economic Freedom of the World: 2004 Annual Report verilerine dayanılarak hazırlanmıştır. 20 Ekim 2004

Diğer taraftan daha sonra da görüleceği gibi ekonomik özgürlüklerin 5-6 aralığında seyrettiği durumlarda yozlaşma düzeyi ve algılaması ülkeden ülkeye iki yönlü değişimler gösterebilmektedir. Ancak ekonomik özgürlük endeksindeki verilere dayanarak bazı tespitler yapılması mümkündür. Türkiye için yapabileceğimiz en önemli tespitlerden birisi Türkiye’de hem ekonomik özgürlük düzeyinin düşük olduğu hem de yozlaşma düzeyinin yüksek olduğudur. (Bakınız Grafik 6)

³ Türkiye için 2004 de yayınlanan ekonomik özgürlük reytingi değeri 2002 yılı içindir. Dolayısıyla 2003 ve 2004 verileri henüz belli olmamıştır. Ancak bu yıllarda özellikle enflasyondaki düşüş nedeniyle ekonomik özgürlük reytinginde belli bir iyileşmenin olması söz konusudur. Buna rağmen yozlaşma algılamasının artış göstermesi çelişkili bir durum değildir. Çünkü özgürlükteki iyileşmeler yozlaşma düzeyine hemen yansısı bile yozlaşma algılamasına yansması gecikmeli olabilmektedir.

Grafik 7: Türkiye’de İktisadi Özgürlüklerin Gelişmesi



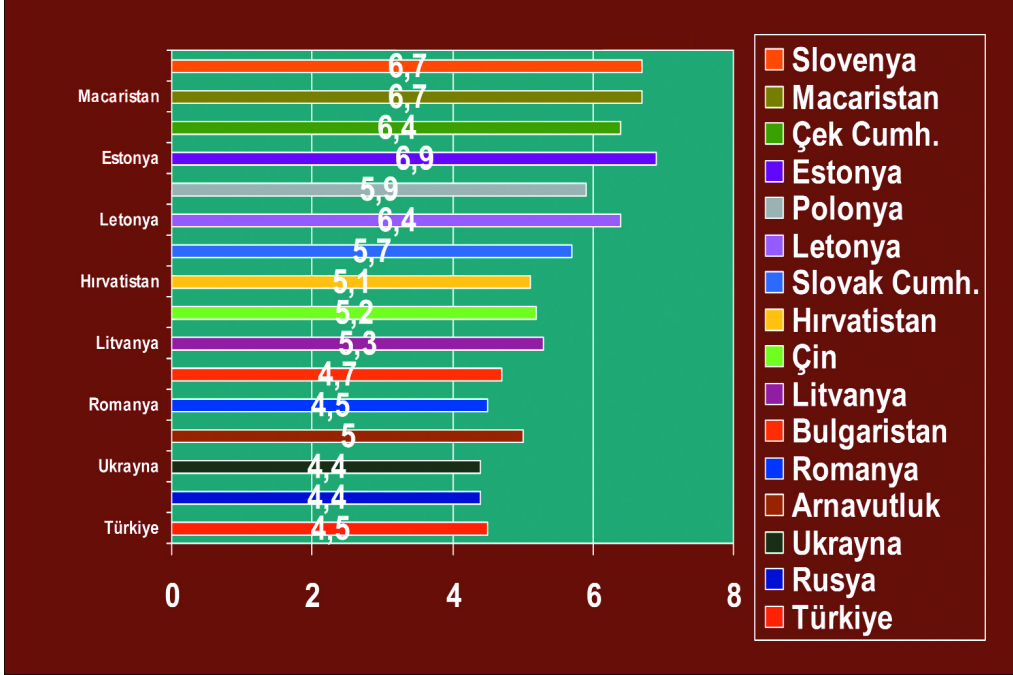
Kaynak: *Economic Freedom of The World 2004 verilerinden yararlanılarak hazırlanmıştır*

İkinci, önemli tespit ise özgürlüklerin zaman içinde önemli dalgalanmalar göstermesi yani Türkiye'nin kendisine kararlı bir istikamet çizememiş olmasıdır. (Bakınız Grafik 7)

Üçüncü önemli husus ekonomik suçlarla doğrudan ilişkili olan özgürlük faktörlerinde (Hukuk sistemi, regülasyon ve enflasyon) Türkiye'nin hem mutlak hem de nispi olarak çok geri olmasıdır. (Bakınız Grafik 7)

Nihayet ekonomik özgürlüklerin tanımlanmasında ana faktör olarak tanımlanan hukuki yapı ve mülkiyet hakkının korunması konusunda Türkiye'nin mutlak ve nispi olarak çok geri olduğu görülmektedir. Türkiye'nin hukuki yapı ve mülkiyet hakkının korunması konusunda çok kısa bir süre önce kolektivist sistem içinde olan geçiş ekonomilerinin bile gerisinde kalması düşündürücüdür. (Bakınız Grafik 8)

Grafik 8: Hukuki Yapı ve Mülkiyet Hakkının Korunması Konusunda Geçiş Ekonomileri-Türkiye Karşılaştırılması



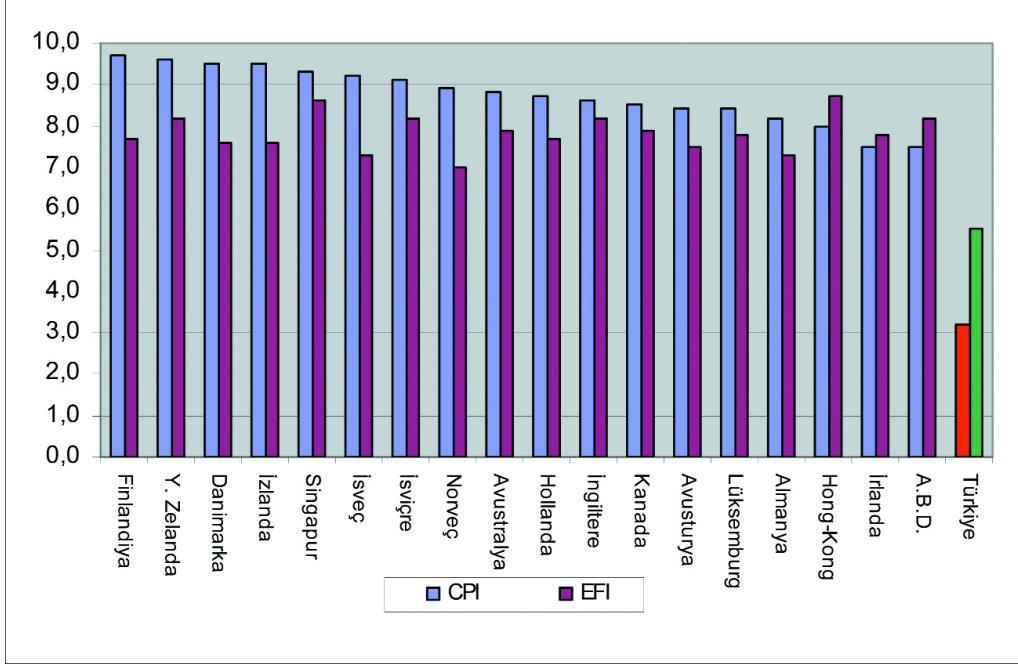
Kaynak: Economic Freedom of The World 2004 verilerinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

2.4) En Temiz ve En Yoz Ülkelerde Özgürlükler ve Yozlaşma İlişkisi

- Temiz Ülkelerde Ekonomik Özgürlük Yozlaşma İlişkisi

Temiz ülkelerde ekonomik özgürlüklerin de oldukça yüksek olduğu ve ekonomik özgürlük reytingi ile temiz toplum göstergesi olan yüksek yozlaşma reytinginin çakıştığı görülmektedir.

Grafik 9: Temiz Ülkelerde Ekonomik Özgürlük- Yozlaşma İlişkisi 2004

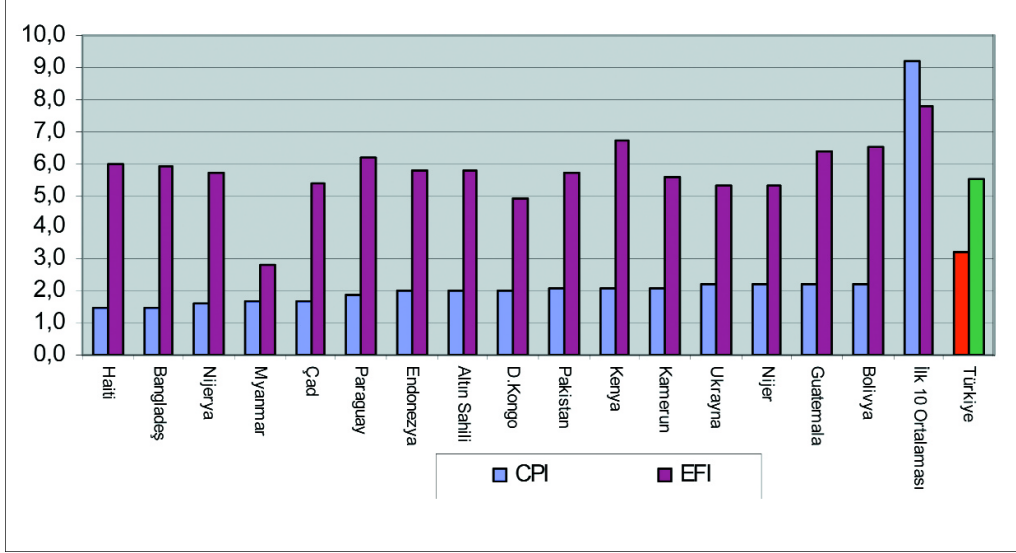


Kaynak: Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 ve Economic Freedom of the World: 2004 Annual Report verilerine dayanılarak hazırlanmıştır. 20 Ekim 2004

Grafik 9 da yer alan en temiz ülkeler aynı zamanda en özgür ülkeler arasında ilk sıralarda yer almaktadır. Bu durumun bir tesadüf olmadığı açıktır.

Yoz Ülkelerde Ekonomik Özgürlük- Yozlaşma İlişkisi

Grafik 10 izlendiğinde ileri derecede yozlaşmanın olduğu ülkelerde ekonomik özgürlük düzeyinin 5-6 civarında olduğu, yani bu ülkelerde sınırlı ve kısmi bir özgürlüğün geçerli olduğu görülmektedir.

Grafik 10: Yoz Ülkelerde Ekonomik Yozlaşma ve Özgürlük İlişkisi

Kaynak: Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 verilerine dayanılarak hazırlanmıştır.20 Ekim 2004

Grafik 9 ve 10 nun birlikte incelenmesi ekonomik yozlaşma ile ekonomik özgürlükler arasındaki ilişki açısından ilginç ipuçları vermektedir. Bu iki grafik sınırlı ekonomik özgürlüklerin (kısmi liberalizasyonun) ekonomik yozlaşmayı arttırıcı yönde etki yapabileceğini, liberalleşmede belli bir eşik aşıldıktan sonra yozlaşmada ciddi bir azalma olabileceğini göstermektedir. Bu eşğin de liberalleşmede en az 7-7,5 luk, daha ihtiyatlı bir değerlendirme ile 7,5-8 lik bir düzeyin yakalanması anlamına geldiğini göstermektedir.

2.5) Dünyada Ekonomik Özgürlük- Ekonomik Yozlaşma İlişkisi

En temiz ve en yoz ülkeler dışında kalan ara ülkeleri de değerlendirmeye aldığımızda ekonomik yozlaşma ile ekonomik özgürlük düzeyi arasında çok güçlü bir ilişki olduğu daha açık bir biçimde görülecektir. (Bakınız Grafik. 11)

Grafik 11: Dünyada Ekonomik Yozlaşma - Ekonomik Özgürlük İlişkisi



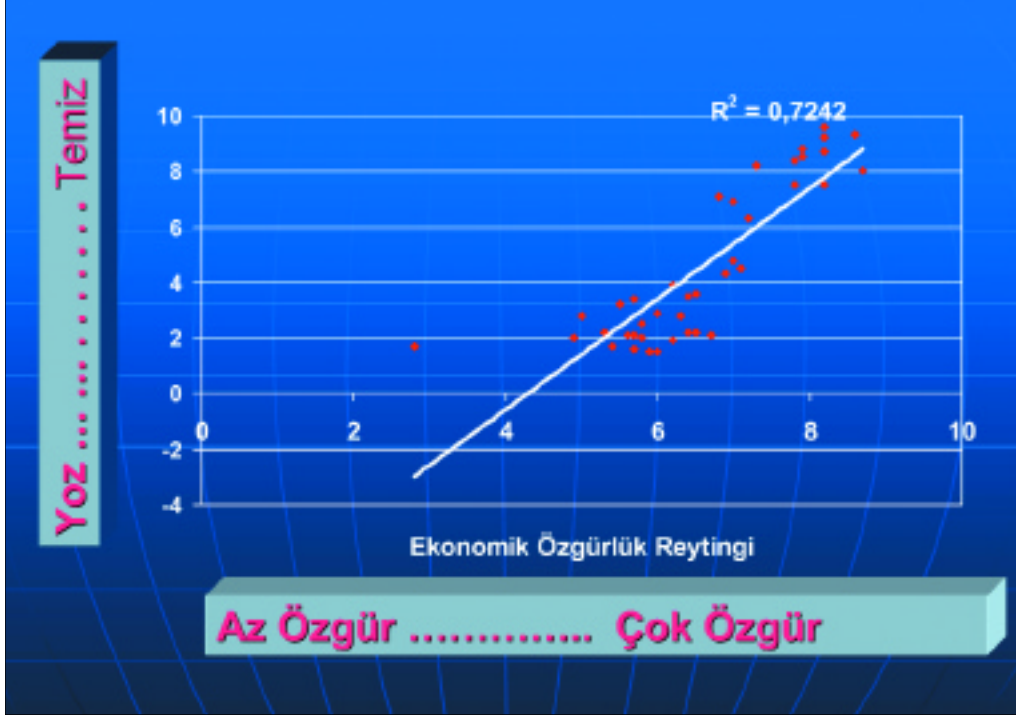
Kaynak: Fraser Enstitüsü ve Transparency International Corruption Perceptions Index, 2002

Grafikte ülkeler özgürlük düzeylerine göre dört kategoride ele alınmaktadır. Bunlar en az özgür olan en alt gurup, biraz daha fazla özgür olan dördüncü gurup, üçüncü, ikinci ve en fazla özgür olan en üst guruptur. En özgür ülkelerin reyting düzeyini nispeten daha yüksek olduğu yani bu ülkelerin daha temiz olduğu, buna karşılık daha az özgür ülkelerin reyting düzeylerinin de düşük olduğu yani bu ülkelerin daha yoz olduğu görülmektedir.

Aynı ilişkiyi bir basit bir regresyon analizi çerçevesinde ele alırsak özgürlükler ile yozlaşma arasında doğrusal bir ilişkinin varlığı ortaya çıkmaktadır. Grafik 12 de, özellikle 5-6 civarında bir özgürlük reytinginin yolsuzluk ve yozlaşma için çok müsait bir ortam yarattığı, buna karşılık 8-10 puan arısında bir özgürleşmenin ise yozlaşmayı çok önemli ölçüde ortadan kaldırdığı görülmektedir.

Türkiye'nin de dahil olduğu pek çok ülke bugün benzer bir sorun yaşamaktadır. Özgürleşmede belli bir noktaya kadar mesafe alınmakta bu noktadan sonra karşılaşılan dirençler nedeniyle yola devam edilememekte, bu aşamada artan yolsuzluk ve yozlaşma da özgürlükler konusunda daha ileri adımlar atılmasını zorlaştırmakta hatta imkansız hale getirmektedir. Hatta bu aşamalarda zaman zaman ekonomik özgürlüklerden geri adım atılması söz konusu olabilmektedir.

Grafik 12: Ekonomik Özgürlükler ve Yozlaşma Düzeyi



Kaynak: The Fraser Institute; Transparency International, Corruption Perceptions Index 2004 verilerinden yararlanılarak hazırlanmıştır. Bu durumu kısıtlı özgürlük tuzağı olarak nitelendirmek mümkündür.



3) Ekonomik Suçların Sonuçları

Ekonomik suçların yüksek bir düzeyde var olması ve algılanması çok önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Bunları genel olarak üç grupta toplamak mümkündür: Ekonomik yozlaşmanın kendi kendisini besleyen etkisi, ekonomik yozlaşmanın iktisadi kalkınmaya etkisi ve ekonomik yozlaşmanın politik yozlaşmayı besleyici etkisidir.

3,1) Ekonomik Yozlaşmanın Kendi kendisini Besleme Etkisi

Yüksek düzeyde ve yaygın ekonomik yozlaşma ekonomik suçları yaygınlaştırıcı ve olağanlaştırıcı etkiler yapar. Her şeyden önce ekonomik yozlaşma bulaşıcıdır. Özellikle iki tarafın uzlaşmasına dayalı ekonomik suçlar risksiz ve caziptir. Bazılarının ekonomik suç işlediği bir ortamda bazılarının dürüst davranması ciddi bir haksız rekabet yaratabilir. Bu durumda bireyler ekonomik suç işlemek veya yok olmak tercihi ile kalabilirler. Bu durum da ekonomik suçların bulaşıcılığını artırır. Diğer taraftan düşük gelirli ülkelerde büyük yolsuzlukların ortaya çıkması varlıksız kesimlerin ekonomik suç işlemesini meşrulaştırıcı etkiler yaratabilir. Böyle bir ortamda ekonomik suçların hem bazı entelektüel çevrelerden ideolojik destek görmesi hem de medya aracılığı ile bir çeşit meşrulaştırılması söz konusu olabilmektedir. Tüm bu etkiler, ekonomik suçların kendi kendisini besleyici etkiler yapması anlamına gelmektedir.

3,2) İktisadi Kalkınmaya Etkisi

Yozlaşmanın iktisadi kalkınmaya etkisi çok yönlüdür:

- Yozlaşma insanları üretken faaliyetlerden uzaklaştırır, girişim ve çalışma şevkini kırar.
- Yozlaşma kamu hizmetlerinde ciddi aksamalara neden olur. Sosyal ve fiziki altyapı darboğazını artırır.
- Yozlaşma uzun vadeli yatırımları caydırıcı etkiler yapar.
- Yozlaşma lüks tüketimi teşvik eder, tasarrufları caydırır.
- Yozlaşma yabancı sermayeyi caydırır.
- Nihayet yozlaşma rekabet ortamını bozarak kaynakların etkin dağılımını engeller.

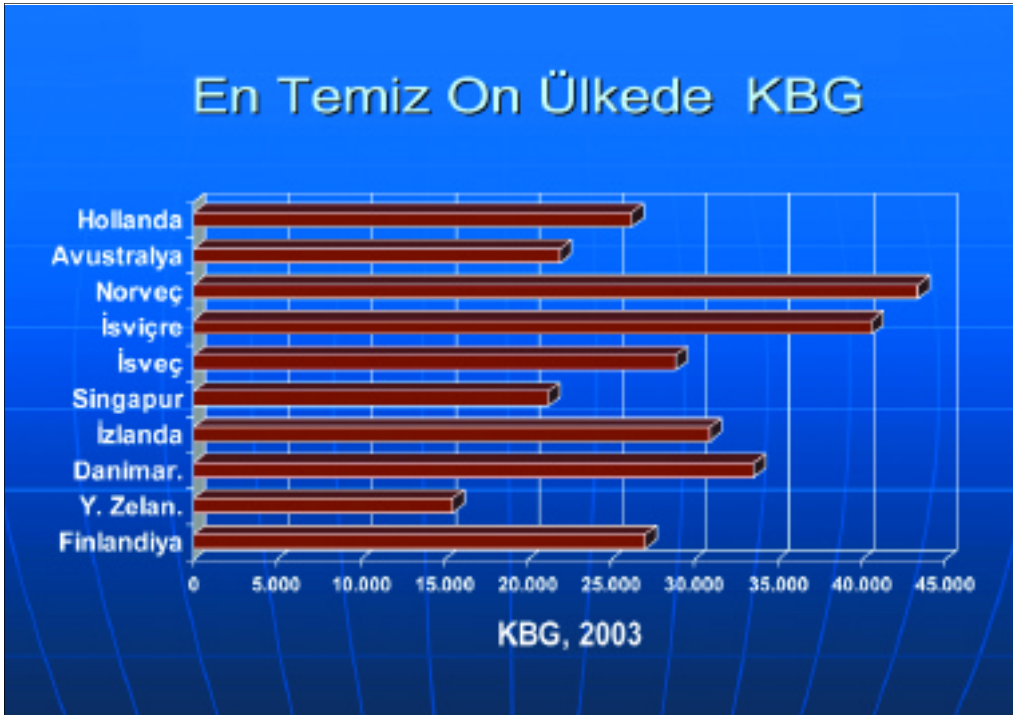
2001 verileriyle 20-30 bin dolar arasında olduğu görülmektedir. Yozlaşmanın iktisadi kalkınma ile ilişkisini ampirik olarak göstermek de mümkündür.

En Temiz on ülkede ve en yoz on ülkede kişi başına gelir düzeyine bakıldığında, temiz ülkelerde kişi başına gelir düzeyinin en az 15 bin dolar civarında olduğu genel

olarak da 20-30 bin dolar ve daha fazla düzeylerde seyrettiği görölmektedir. (Bakınız Grafik. 13)

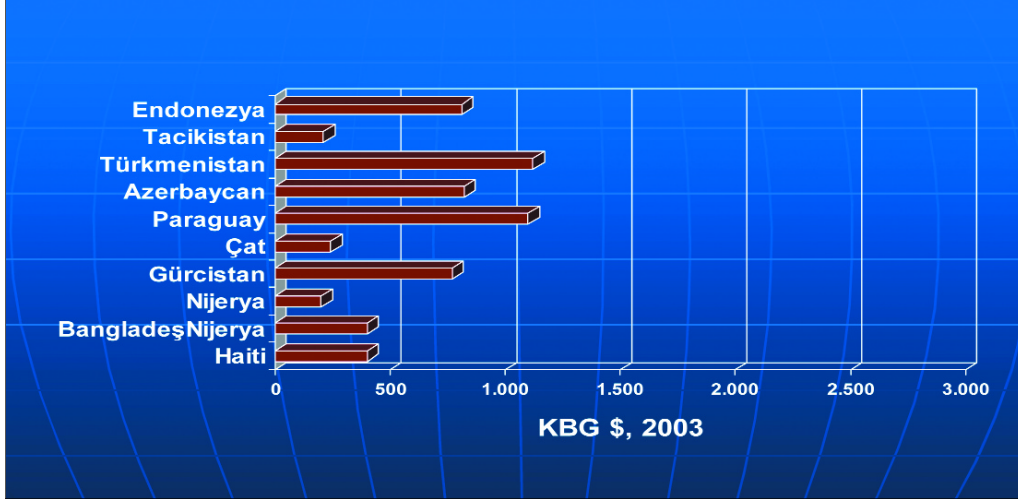
En kirli ölkelere bakıldığında da kişi başına gelir düzeyinin genellikle 500 doların altında ve birkaç ölkede de 1000 dolar civarında olduğu görölmektedir. (Bakınız. Grafik. 14)

Grafik 13: En Temiz On Ölkede Kişi Başına Gelir 2003



Kaynak: Dünya Bankası.2003

Grafik 14: En Yoz On Ülkede Kişi Başına Gelir

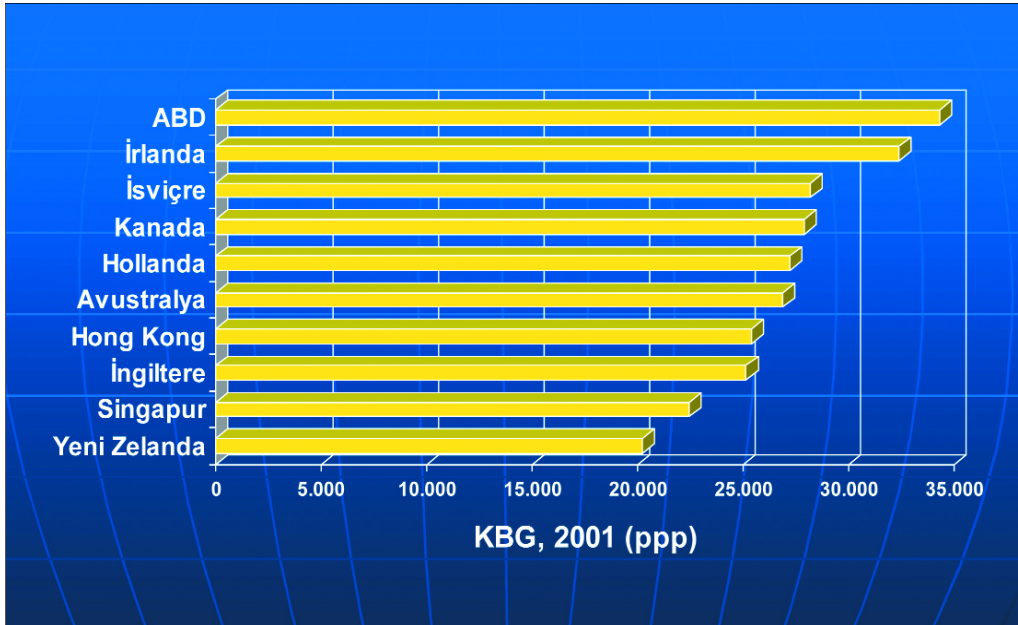


Kaynak: Dünya Bankası verilerinden hareketle hazırlanmıştır.

Diğer taraftan kişi başına gelir düzeyi ile özgürlükler arasında da çok sıkı bir ilişki vardır.

Grafik 15 de En özgür 10 ülkede de kişi başına gelir düzeylerinin en yüksek düzeylerde seyrettiğini göstermektedir.

Grafik 15: En Özgür 10 Ülkede Kişi Başına Gelir



Kaynak: Fraser Enstitüsü.

3.2) Politik Yozlaşma ve Diğer Etkiler

Şüphesiz yozlaşmanın politik sistem üzerinde de çok olumsuz etkileri olacaktır. Politik sistemin de bizatihi yozlaşmayı arttırıcı etkiler yarattığı yaygın olarak kabul gören bir hipotezdir. Ancak ekonomik yozlaşmanın politik yozlaşmayı hızlandırıcı etkiler yarattığı da bir vakiadır.

Ayrıca yozlaşmanın adalet sistemini bozan ve yozlaştıran etkilerinin olması da kaçınılmazdır. Bu durumun yozlaşmayı yaygınlaştıracı ve hızlandırıcı etkiler yaratması da kaçınılmaz olacaktır.

Sonuç:

Bu çalışmayla ulaşılan en önemli sonuç, ekonomik suçlarla ekonomik özgürlükler arasındaki kuvvetli bir ilişkinin varlığıdır. Ekonomik özgürlük düzeyi yüksek olan ülkelerin tümünde ekonomik suçlar nispeten düşük düzeydedir. Buna karşılık ekonomik suçların yüksek olduğu ülkelerin hepsinde ekonomik özgürlük düzeyi düşük kalmaktadır. Bu çerçevede aşağıdaki önermenin yapılması imkanı doğmaktadır.

- Ekonomik özgürlüklerin arttırılması hem ekonomik suç eğilimini azaltmakta hem de ekonomik suçlarla daha etkin bir şekilde mücadele imkanını vermektedir. Çünkü:
- Ekonomik özgürlüklerin arttırılması yargı sisteminin güçlendirilmesi, işlerlik kazanması, yargının üzerindeki ağır yükün hafiflemesi ve mülkiyet hakkının tam olarak korunması yoluyla ekonomik suçların caydırılması demektir..
- Ekonomik özgürlüklerin arttırılması rüşvet ve yolsuzlukları besleyen kısıtlayıcı regülasyonların ortadan kaldırılması demektir.
- Ekonomik özgürlüklerin arttırılması rekabet adil ortamını, ticari ahlakı ve adaleti bozan enflasyonun ortadan kalkması demektir.
- Ekonomik özgürlüklerin arttırılması her türlü kaçakçılığı besleyen dış ticaret kısıtlamalarının ortadan kaldırılması demektir.
- Ekonomik özgürlüklerin arttırılması kaçakçılığı kayıtsızlığı, rüşveti besleyen ağır kamu yükümlülüklerinin ve keyfi ve denetimsiz kamu harcamalarının azalması ve devletin asli görevlerine yönelmesi demektir.
- Kısaca ekonomik özgürlüklerin arttırılması herkesin kabul edeceği işleyebilir ve bir adil serbest rekabet ortamının ve cazip yatırım ortamının oluşturulması demektir.

Ekonomik suçların özgürlüklerin arttırılması yoluyla önlenmesi çok kapsamlı yapısal reformların yapılmasını ve kurumsal kapasitelerin arttırılmasını gerektirmektedir. Çünkü ekonomik özgürlüklerin arttırılması devletin boyutunun sınırlandırılması, sağlam para, kısıtlayıcı olmayan regülasyon, iyi işleyen bir hukuk sistemi ve mülkiyet

rejimi ve serbest bir uluslararası ilişkiler rejimini gerekli kılmaktadır. Bu koşulların sağlanması hem siyasi olarak hem de teknik olarak oldukça zordur.

Ekonomik suçlarla mücadelede en önemli zorluklardan birisi kısıtlı ekonomik özgürlük tuzağına düşülmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Bu tuzağına düşülmeden ekonomik özgürlüklerin 8 puan alabilecek bir düzeye çıkarılması yüksek bir politik kararlılık ve bilinç ile mümkündür.

Bu çalışmada ekonomik suçlarla ekonomik özgürlükleri genişleterek mücadele etmenin iktisadi gelişmenin sağlanması, politik sistemin ve yargı sisteminin yozlaşmasının engellenmesi açısından da önem kazandığı ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışma ekonomik suçları diğer suçlardan ayırt eden faktörler konusunda da bazı ipuçları vermektedir.

- İlk olarak ekonomik suçların büyük bir bölümü ekonomik sistemdeki zafiyetten ve de özellikle ekonomik özgürlüklerin yetersizliğinden kaynaklanmakta ve bu zafiyet giderilmeden bu suçların engellenmesi veya caydırılması da mümkün olamamaktadır. Diğer bir ifade ile ekonomik suçlarda siyasi iradenin sorumluluğu çok büyük hatta tayin edici düzeydedir.

- Diğer suçlardan farklı olarak ekonomik suçlar kendi kendini besleyen bir özelliğe sahiptirler. Bazı kişilerin suç işlemesi başkalarının da işlemesini tetikleyebilmekte veya zorunlu hale getirmektedir.

- Ekonomik suçlar zaman içinde değişebilmekte, her yıl çok sayıda yeni suç ortaya çıkabilmektedir (İnternet suçları). Ayrıca eskiden suç olan bir faaliyet sonradan suç olma niteliğini kaybedebilmekte (içki üretim ve tüketimi), bunun tersi durumlar da ortaya çıkabilmektedir

Bugün Türkiye ekonomik özgürlüklerdeki temel zafiyetlerini giderme yolunda önemli mesafeler almıştır.: Dış ilişkilerde serbestlik, enflasyonla mücadele, devletin küçültülmesi, gibi. Ayrıca adalet sisteminde de bazı adımlar atılmak üzeredir. Ancak bu konuda mevcut geriliğin giderilmesi kapsamlı bir seferberliğin yapılması ile mümkün olabilecektir. Diğer taraftan regülasyon alanında henüz istenilen mesafe alınamamıştır. Bu yolda kararlılıkla devam edilmesi ekonomik suçlarla mücadele için daha uygun bir ortam hazırlayacaktır. Özgürlükler arttıkça hem cezaların caydırıcı düzeylere çıkarılması hem de daha etkin bir biçimde takibe alınması mümkün olacaktır. Ekonomik suçların ayrı bir uzmanlık kategorisi olarak ele alınması bu konuda mesafe alınmasını kolaylaştıracaktır.

Hepinize saygılar sunuyorum.

BAŞKAN - İkinci ilginç sunuşu dinledik; puanlar çok iyi değil, ama geleceğe ilişkin ümitlerimizi kaybetmememize neden olan bu güzel toplantı, bu puanları yükseltmenin önemli bir adımı olarak değerlendirilebilir.

Sayın Bedi Ensari; buyurun.

Bedi ENSARİ - Teşekkür ederim.

Saygıdeğer konuklar, bu sempozyumu düzenleyen Adalet Bakanlığına ve TOBB'ye bütün yüreğimle teşekkür ediyorum. Eğer, Sayın Adalet Bakanı ki, bu fikrin babası burada olsaydı, âdetim olmadığı halde kendisini övecektim; ancak, bu övgümü gelecek pazar Borsacı'da çıkacak yazımda yazacağım.

ŞİRKETLERİN EKONOMİK SUÇLARA YÖNELİK ÖNLEMLERİ

Bedii ENSARİ - TOBB Sermaye Piyasası Sektör Kurulu Üyesi

GİRİŞ :

Ekonomi, bireylerin, toplumların, şirketlerin ve özellikle devletlerin can damarıdır. Uluslararası arenada güçlü devlet olmanın yolu, güçlü ekonomiye sahip olmaktan geçer. Tarih boyu bu böyle olmuştur, istisnası yok gibidir. Güçlü devlet olma teoreminde güçlü ekonomi şarttır.

I- Serbest Piyasa Ekonomisinin Egemen Olduğu Devletlerde; EKONOMİ YASAKLARLA YÖNETİLMEZ, YÖNETİLEMEZ. Marksist, devletçi ekonomilerden serbest piyasa ekonomisine geçen ülkelerde yasaklar asgariye inmiştir. Ayrıca yasaklar, "hukukun üstünlüğü" ilkesi içinde, çağdaş, uluslararası hukuka, anayasa ve yasaya dayalı olarak konulur. Suçun tanımı bu hukuk normlarına göre yapılır.

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, konumuzun temel önceliğidir. **Anayasamızın 38. maddesinde** "Suç ve cezalara ilişkin" hükümler ile yeni **TCK'nın 2. mad - desinde** ifadesini bulan "suçta ve cezada kanunilik ilkesi"; tüm suçlar ve cezalar için geçerlidir.

Bu maddeye göre;

1. Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hüküm olunamaz.

2. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ İLE SUÇ VE CEZA KONULAMAZ.

3. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında KIYAS YAPILAMAZ. Suç ve ceza içeren hükümler KIYASA YOL AÇACAK BİÇİMDE GENİŞ YORUMLANAMAZ.

Bu maddenin uygulama alanını; bütün suçları kapsayacak şekilde geniş tutan **yeni TCK'nın özel kanunlarla ilişki başlığını taşıyan 5. maddesi** büyük önem arz etmektedir.

Bu maddede; "Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" denilmektedir.

Ekonomik Suçlar; ekonomik faaliyetlerle ilgili olarak kanunlara aykırı eylemlerin oluşturduğu suçlardır. Bu suçlarda ve karşılığı olan cezalarda da KANUNILIK İLKESİ şüphesiz asıldır. Yani genel suçlar için uygulanan kanunilik ilkesi, ekonomik suçlar için de aynen uygulanacaktır.

- II- EKONOMİK SUÇLAR :** Yeni TCK'nın 2. maddesinde suç ve ceza açısından kanunilik ilkesine bağlanan ve 5. maddesi ile özel kanunlarla ilişki kurulan suçlar kapsamında olan ekonomik faaliyetler için; Anayasanın 166, 167 maddelerinde; her türlü ekonomik faaliyetin sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma görevini DEVLET ÜSTLENMİŞTİR.

Anayasanın adeta özel korumaya aldığı ekonomik faaliyetler, yasalara uygun yürütüldüğü sürece bu faaliyetleri yapan şirketlerin YASALLIK İLKESİNE UYMAK DIŞINDA BAŞKACA ÖNLEMLERE GEREKSİNİMLERİ YOKTUR. Şüphesiz sözünü ettiğimiz yasalar; Hukukun Üstünlüğü ilkesine sadık, Anayasaya uygun ve üyesi olduğumuz Uluslararası örgütlerin kabul ettiğimiz kuralları ile özdeşleşmiş olması gerekir. Yeni TCK'nın 3. bölüm 9. kısmında 235 ile 246. maddeleri arasında düzenlenen "Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar" yukarıda belirttiğimiz esaslara göre düzenlenmiştir. İhaleye fesat karıştırma, edinimin ifasına fesat karıştırma, fiyatları etkileme, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğinde ki bilgi veya belgelerin açıklanması, mal ve hizmet satımından kaçınma, tefecilik, suç olarak nitelenmiştir. Bu düzenlemeler çağdaş nitelikte olduğundan TOBB'dan, hukukçulardan veya diğer sivil toplum örgütlerinden itiraz gelmemiştir. Bu kanun maddeleri ile düzenlenen suçlar, ekonomik suçlar olarak nitelenmiş ise de cezaları hapis cezasıdır. Yani ekonomik ceza değildir.

- III- EKONOMİK SUÇA EKONOMİK CEZA :** TOBB'un Sermaye Piyasaları sektör kurulu temsilcisi olarak bu panelde özellikle Sermaye Piyasalarında ve Para Piyasalarında (bankacılıkla sınırlı) olan çarpıklığı ve alınması gereken önlemleri, yani ekonomik suça neden ekonomik ceza uygulanması gerektiğini özetle anlatmaya çalışayım.

1. SERMAYE PİYASALARINDA : Gelişmiş ülkelerde genel olarak ekonomik suça, ekonomik ceza verilmektedir. Bu genel ilkenin istisnaları azdır. Konumuz; Türkiye'de Sermaye Piyasalarının gelişmesi olunca; bu ilkeye dört elle sarılmak ve gereğini bütün platformlarda vurgulamak bir kere daha önem kazanıyor.

Bir çok yazımda ve televizyon söyleşilerimde; Türkiye'de Sermaye Piyasalarının

öneminin bilinmediğini, bu nedenle mevcut ve geçmiş tüm siyasi iktidarlarca yeterince ilgilenilmediğini dile getirdim. Bir kere daha altını çizerek söylüyorum "TÜRKİYE'NİN GELECEĞİ, GELİŞEN SERMAYE PİYASALARI İLE GÜZELLEŞİR"

30.07.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesi ile düzenlenen "Cezai Sorumluluk" ta; işlenen suçlara karşı bir aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmekte idi. Bu ceza 3794 sayılı yasa ile arttırıldı. En son 18.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4487 sayılı yasa ile de ceza; iki yıldan beş yıla kadar hapis olarak arttırıldı. Yani 1981 yılında bir ay olan asgari had, 1999 yılında iki yıla, azami had ise iki yıldan beş yıl hapis cezasına çıkarıldı. Bu uygulama, gelişmiş sermaye piyasalarını yeterince bilmemek, ekonomik suçları bilimsel olarak değerlendirememek yetersizliğidir.

Sermaye Piyasalarında aktör olmak, nerede ise eroin ticareti yapmak kadar riskli demek isteyenlerimiz olabilir. Ama merak buyurmayın; 5020 sayılı yasa ile 47. madde, Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi yasasının öncül maddesi yapıldı. 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesinin temel amacı: Uyuşturucu ticaretinden elde edilen paranın aklanmasını önlemek olduğuna göre, sermaye piyasaları ile uyuşturucu ticareti iki elti gibi oldular.

Şimdilerde Yolsuzluklarla Mücadele Yasası hazırlanıyor ve bu yasa hazırlanma aşamasında. Sermaye Piyasası suçlarının bu yasaya konu edilmek istenildiği duyumunu aldım. İnşallah yanlış duymuşumdur. Sermaye Piyasası Kurulu ve İMKB, Sermaye Piyasalarını korumak ve geliştirmek için her türlü gayretin içinde olduğu ve piyasa aktörlerinin (yatırımcı, ihraççı ve aracı kuruluşlar) nabzını da tutarak AB standartlarını yakalamaya, gelişmiş Sermaye Piyasaları ile entegre olmaya çalışırken, bu kurumların görüşlerinin temel alınmaması ve piyasa aktörlerinin dinlenmemesi sureti ile bu yasal düzenlemeler için sadece Adalet Bakanlığı, Kanunlar Dairesi bölümünde ki hazırlıklar ile yetinilmesi çok yanlıştır.

Sermaye Piyasası suçları ekonomiktir. Asla hapis cezası uygulanmamalı, ekonomik cezalar geliştirilmelidir. Özellikle Yeni Türk Ceza Yasasının 75. maddesinde ki "DAVANIN ÖN ÖDEME İLE DÜŞMESİ" ilkesi öncelikle uygulanmalıdır. Bu madde hükmü 2499 sayılı yasa için dahada geliştirilmelidir. SAYIN ADALET BAKANI, SİZ ÖZAL EKOLÜNDEN GELDİNİZ, EKONOMİK SUÇA EKONOMİK CEZA UYGULANMASI GEREKTİĞİNİ PEK ÇOK KİŞDEN DAHA İYİ BİLİRSİNİZ. Bu konuda Sermaye Piyasası Kurulunu, İMKB'yi ve Benim gibi bu piyasaya kendini adanmış fahri hukukçuları lütfen dinleyin. SERMAYE PİYASALARI, TÜRKİYE'YE ÇOK LAZIM OLACAK. GAYRİ İNSANİ VE AĞIR CEZALAR SORUN ÇÖZSEYDİ İDAM CEZALARI ANAYASALARDAN KALKMAZDI.

2 - PARA PİYASALARINDA (BANKACILIK FAALİYETLERİNDE)

Güçlü ekonomi; güçlü Devlet için olmazsa olmaz koşuldur. Güçlü ekonomiyi yaratanlar; reel sektör, sermaye piyasaları ve para piyasalarıdır. Reel sektörle genellikle özel reel sektörü ve içerisinde; sanayiden turizm'e, taşımacılıktan

müteahhitliğe kadar pek çok mal ve hizmet üreten gerçek ve tüzel kişileri kastediyoruz.

Reel sektörün sağlıklı çalışması ve gelişip büyümesi için her zaman kaynağa gereksinimi vardır. Şirketlerin öz kaynakları her zaman faaliyetleri ve büyümeleri için yeterli olmadığından; sermaye ve para piyasalarına mutlak gereksinimleri vardır. Sermaye piyasaları aracılığı ile halka açılıp ortak olarak kaynak sağlayabildiği **gibi, para piyasaları aracılığı ile** de kredi ve benzeri kaynaklar sağlayabilir.

Anayasanın 167. Maddesi; Sermaye ve para piyasalarının sağlıklı çalışmasını çok önemli bulmuş ve bu görevi DEVLET 'e yüklemiştir. Devlet bu görevi; yasama, yürütme ve yargı erkleri marifetiyle yapar. Binlerce yazımda sermaye piyasasını, önemini, Türkiye ekonomisine sağladığı kaynakları, olanakları, yatırımcı haklarını, Sermaye Piyasası Kurulunu, İMKB yi, aracı kuruluşları ve uğradıkları haksızlıkları anlatmaya çalıştım.

Finans Kulübün bana verdiği görev nedeni ile incelediğim ve 30/03/2005 tarihinde TBMM ne sevk edilen "Bankacılık Kanun Tasarısı" hakkında ki görüşlerimi özetleyeceğim.

Bankacılık Tasarısının İkinci Bölümünde yer alan Adli Suçlar ve Cezalar Başlığı altında ki ve 153. Maddeden başlayan maddelerin bir kısmının; hukukun üstünlüğüne olan aykırılığını belirteceğim:

1 - Madde 155 : **Düzeltilici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak,** BDDK nın alınmasını istediği önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü mensupları, İKİ YILDAN DÖRT YILA KADAR HAPIS ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu kanunun 69, 70, 71 maddelerine göre BDDK nın alacağı önlem kararları subjektif takdirine bağlıdır. Yani bu yasa taslağında önlem konuları teker teker sayılmamıştır. İşin icabına göre KIYAS YAPILACAK veya SUÇ VE CEZA İÇEREN İDARİ KARARLAR ALINACAKTIR. Bu madde Hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olduğu gibi yeni Türk Ceza Yasasının, suçta ve cezada kanunilik ilkesini getiren 2. Maddesine ve Yeni Türk Ceza Yasasının özel kanunlarla ilişki başlıklı 5. maddesine açıkça aykırıdır. Yürürlüğü 01 Haziran'a ertelenen Yeni TCK na böylesine ciddi ve vahim aykırılığı tasarıda görmek hukukun üstünlüğünü savunanları ürpertir, korkutur. Bankacıları ise mesleklerinden soğutur, uzaklaştırır.

Tasarının 150. Maddesi ise istenilen bilgi ve belgeleri vermeyen Bankacılara bir yıldan üç yıla hapis öngörüyor.

Tasarının 157. Maddesi sır saklama yükümlülüğüne aykırı davrananlara aynı hapis cezasını öngörüyor.

Tasarının 158. Maddesinde gerçeğe aykırı beyanda bulunanlara aynı hapis cezasını öngörüyor.

Tasarının 166. Maddesine kadar belirtilen bazı suçlara ONIKI YILA KADAR HAPIS CEZALARI öngörülüyor.

Tasarının 139. Maddesi İSPAT KÜLFETİ ile ilgili. Madde aynen şöyle : "Fon tarafından bu kanunun 109 ve 112 nci maddeleri hükümleri uyarınca AÇILMIŞ VE AÇILACAK DAVALARDA İSPAT KÜLFETİ DAVALILARA AITTİR." Yanlış okumadınız, çağdaş hukukta eşi, benzeri görülmeyen bir uygulama ile ispat külfeti davalıya yükleniyor. Yani BDDK veya TMSF seni suçladığında ey bankacı masumiyetini kanıtlayamazsan Marmara Çırası gibi yandın. İlahi bir tesadüf oldu, Ben bu yazıyı kaleme alırken, açık TV de Sn. Başbakan Afganistan'a gitmek üzere Hava Limanında aynen şöyle diyordu. MÜDDEİ İDDIASINI İSPATLA MÜKELLEFTİR. Yani iddia sahibi bunu kanıtlamakla yükümlüdür. Oysa size kısmen içeriğini anlattığım tasarının TBMM ne sevk yazısında Sayın Başbakanın imzasını görüyorum. Bu tavır, Hukuk Devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Sn. Başbakanı çelişkiye düşürmemek gerekir.

Bankacılık Ekonomik Faaliyettir. EKONOMİK SUÇA EKONOMİK CEZA VERİLMELİ, CEZALAR VE USUL HÜKÜMLERİ; Hukukun üstünlüğüne, Anayasanın hükümlerine ve çağdaş bankacılık hukukuna uygun olması gerekir.

IV- SONUÇ VE ÖNERİLER :

Türkiye'nin güçlü ekonomiye kesinlikle gereksinimi vardır. Bu gereksinim Türkiye Cumhuriyeti Devletinin; Ülkesi ve Ulusu ile bölünmez bütünlüğünün, çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkmanın, gelişmenin, dünya ülkeleri ile aynı konumda olmanın, Ulusun mutluluk ve erinçin koşuludur.

Güçlü ekonominin lokomotifi reel ve özel sektördür. Devletin ekonomide üretici olarak olamayacağı, ancak çağdaş ekonomi ve hukuk kurallarına uygun düzenleme ve denetleme yapabileceği, bunu da Uluslararası çağdaş hukuka, anayasaya uygun olarak yasalarla ve hukukun üstünlüğü içinde yapılabileceğini söylemek gerekir.

Reel sektörü, ekonomik faaliyetlerinde; Çağdaş, ve adil olmayan ceza müeyyideleri ile üretimi teşvik etmeyen ve geriletken vergi uygulamalarıyla, organize ve mali suçlar baskısıyla, örnek aldığımız AB ülkelerinde olmayan düzenlemelerle yıldırırmamak gerekir. Özel sektörü verimsiz bürokratik işlemlerle yatırımlarından caydırmamak gerekir. 2004 yılında gerçekleşen 9.9 büyüme oranı, özel sektör odaklıdır. Özel sektör 60 Katrilyon yatırım yapmıştır.

Ceza yasalarında ve ceza hükümleri içeren tüm yasalardaki hükümlerde, ekonomik suçlar, kıyasa yer vermeyecek şekilde net ve açık olarak tanımlanmalı ve EKONOMİK SUÇA MUTLAKA EKONOMİK CEZA UYGULANMALI, BU UYGULAMALAR YASA İLE OLMALIDIR. TBMM suç ve ceza düzenleme yetkisini, başka kurullara veremez, vermemelidir. İDARENİN DÜZENLEMELERİ İLE SUÇ VE CEZA OLMAMALIDIR.

ÖNERİLER :

1. Ekonomik faaliyetlerle ilgili yeni TCK ve ceza hükümleri taşıyan özel yasaların; uluslararası çağdaş hukuka, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, AB standartlarına ve Anayasa hükümlerine uygun olması gerekir.
2. AB'nin olmazsa olmaz 3 koşulu; Hukukun üstünlüğü, uluslararası ticaret ve sivil toplum örgütlerinin etkinliğidir. Türkiye'nin ticari faaliyetlerini düzenleyen yasaların buna uygun olması gerekir.
3. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun ceza içeren maddelerinin, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Kanunun Sermaye Piyasaları ile ilgili maddelerinin, Bankacılık Kanun Tasarısının maddelerinin, yoruma, kıyasa yer vermeyecek şekilde net ve açık olması ve CEZALARIN EKONOMİK CEZA OLMASI gerekir.
4. Amaç; Türkiye ekonomisinin büyümesi ve gelişmesidir. Yasak ve çağdaş olmayan hapis cezalarla sadece Türkiye'nin önü tıkanır ve yabancı sermaye güven duymaz. TOBB ve tüm sivil toplum örgütleri, hukukçuların da desteği ile bu önlemleri alabilmelidir. Böyle hükümler, açık ve net hale getirilmelidir
5. Halka açık AŞ'lerde kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması zorunlu hale getirilmelidir.
6. Uluslararası muhasebe standartları, önce halka açık şirketlerden başlayarak uygulanmalıdır.
7. Ekonomik suçlarda Cumhuriyet Savcılığının dava açması, ilgili kurumların (üst kurullar ve TOBB gibi) şikayetine bağlı olmalı. Böyle hükümler açık ve net hale getirilmelidir.
8. Üst kurullarca istenilen rasyoların ve uygulanan yöntemlerin AB standardında olması sağlanmalıdır.
9. Ekonomik suçların oluşmasını önlemek üzere, ticari sırları kapsamayacak şekilde, saydamlığın özendirilmesi ve kolluk görevinin güven, saydamlık ve kararlılık esasında yoğunlaştırılması gerekir.

TÜRKİYE HEPİMİZİN. EKONOMİSİ GÜÇLÜ TÜRKİYE CUMHURİYETİ HEPİMİZİN DİLEĞİDİR.

Beni dinlemek lütfunda bulunduğunuz için teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

BAŞKAN - Saygıdeğer konuklar, hoşgörünüze sığınarak biraz da oturumu uzatmak suretiyle, 3 değerli konuşmacının, toplantının ilk oturumunun amacına yönelik sunuşlarını dinlediniz. Bu amaç, toplantının tartışmasına zemin oluşturmaktı.

Saniyorum, tartişacak birçok konuyu değerli arkadaşlarımız sizlere sunmuş bulunuyor.

şimdi, konuşmacılara ve sabırla dinleyen dinleyicilere teşekkür ederek, yerimi, Sayın Doç. Dr. Ahmet Gökçen'e terk ediyorum. İkinci Oturumun Başkanı Sayın Hocam, buyurun efendim.

Konuşmacılar, Sayın Doç. Dr. İzzet Özgenci ve Sayın Doç. Dr. Cumhuri Şahin'i de davet ediyorum; buyurun efendim.



İKİNCİ OTURUM

YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ EKONOMİ, SANAYİ VE TİCARETE İLİŞKİN SUÇLAR

OTURUM BAŞKANI:

Doç. Dr. Ahmet GÖKCEN - Marmara Üniversitesi

KONUŞMACILAR:

Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

—○—

BAŞKAN - Değerli meslektaşlarım, sabahki gecikme dolayısıyla ara vermeden yoğun programa devam ediyoruz.

Bugünkü toplantının ikinci oturumda yeni Türk Ticaret Kanunu bağlamında rüşvet suçu ve ihale sürecinde işlenen suçlardan bahsedeceğiz. Bu konuşmaları yapmak üzere, bu konuda sizlere bilgi sunmak üzere iki değerli meslektaşımızla birlikte bu toplantıda bulunmak benim için bir onurdur.

Bu toplantıyı düzenleyen Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'ne ve Adalet Bakanlığı yetkililerine de teşekkür ediyoruz.

İlk konuşmacımız, rüşvet suçlarını anlatacak olan Sayın Doç. Dr. Cumhur Şahin Bey, daha sonra ihale sürecinde işlenen suçları da Sayın İzzet Özgenç yapacak.

Birçok meslektaşımızın tanıdığı gibi, her iki öğretim üyemiz, yeni ceza mevzuatımızın şekillenmesinde etkin bir biçimde katılan meslektaşlarımızdır.

Ben, kendileri arzu etmemelerine rağmen, kısaca özgeçmişlerini de vermek istiyorum.

Sayın Doç. Dr. Cumhuri Şahin, 1984 Ankara Hukuk Fakültesi mezunudur. Önce Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Hukuku Anabilim Dalında görev yapmış, daha sonra da Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine geçmiştir.

Doktora tezi, sanığın sorgusu üzerine yapılmış bir çalışmadır, kitap olarak yayınlanmıştır. Doçentlik tezi ise ceza muhakemesinde ispat hukukuyla ilgilidir, yine kitap olarak yayınlanmıştır.

Sayın Doç. Dr. İzzet Özgenç ise 1982 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Doktora tezi olarak, suça iştirak konusunda yapılmış çalışması, doçentlik tezi olarak da ceza hukukunda kusur kavramı üzerinde yaptığı çalışmasıdır.

Kendileri, Almanya'da doktora öncesinde Alman Akademik Değişim Kurumunun sağladığı bursla doktora çalışmaları yapmak üzere Marxplant Enstitüsünün Ceza Hukuku Enstitüsünde çalışmışlardır, orada birlikte de çalıştık.

Şimdi, yeni Türk Ticaret Kanunu bağlamında işlenen suçlarla ilgili, ekonomik suçlarla ilgili, rüşvet suçuyla ilgili bilgi vermek üzere sözü Sayın Cumhuri Şahin'e bırakıyorum; buyurun.



Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

(Konu Rüşvet Suçu)

Öncelikle bu seçkin heyeti saygıyla muhabbetle selamlıyorum.

Konum rüşvet, daha doğrusu rüşvet suçları, teknik bir konu, ceza hukuku açısından rüşvet suçlarını ele almak durumundayım.

Halen yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 1 Haziranda yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu açısından karşılaştırmalı olarak konuyu takdim etmeye çalışacağım.

Rüşvet, devlet ile insan ilişkilerinin ortaya çıkmasıyla birlikte gündeme gelen ve yozlaşma ya da yolsuzluk şekli olarak karşımıza çıkıyor. Önceki oturumdaki sayın konuşmacılar da ifade ettiler; yozlaşma, en geniş anlamda, siyasal karar alma mekanizmalarında rol alan aktörlerin özel çıkar sağlama gayesiyle toplumda mevcut hukukî, dinî, ahlakî, kültürel normları ihlal edici davranış ve eylemlerde bulunmaları şeklinde tanımlanabilir.

Yozlaşma, kamu zararına özel çıkar sağlama eylem ve davranışları olarak da ifade edilmektedir.

Yozlaşma bir üst kavram, bunun altında yolsuzluk kavramı karşımıza çıkıyor. Yolsuzluk, genellikle rüşvet, zimmet ve kayırmacılık gibi davranışların tümünü ifade etmek üzere kullanılmakta. Bazen sadece rüşvet kavramı yerine de yolsuzluk kavramı kullanılmaktadır.

Yolsuzluk ise, kazanç için ya da parasal olmayan özel amaçlara yönelik olarak kamusal yetkinin yasadışı kullanımını içeren davranış ve fiiller olarak tanımlanabilmektedir.

Özellikle rüşvet fiiliyle çok yakından ilişkili olan yolsuzluk, şahsi bir menfaat sağlama çabasının bir sonucu olarak yetkinin kötüye kullanımını ifade eden bir terennüm. Yolsuzluk, bir kamu görevlisinin devletten ekstra gelir sağlama gayesiyle yetkisini kötüye kullanması olarak da tanımlanmaktadır.

Rüşvetin, bir yolsuzluk ve yozlaşma şekli olarak ortaya çıkış sebepleri ve önlenmesi hususunda yapılabilecek olanlar önceki oturumda ortaya konuldu; tekrardan kaçınmak ve süreme uymak için bu hususları geçiyorum; açıklamalarım bu noktada büyük ölçüde örtüşmekteydi.

Rüşvet, sözlükte; görevli bir kimsenin elindeki imkanları para veya mal karşılığında kötüye kullanması olarak tanımlanmaktadır. Rüşvet kavramı, kamu görevlilerinin, kamusal mal ve hizmetlerin arz edilmesinde görev ve yetkilerini kötüye kullanarak, muhatap oldukları kişi veya kurumlara ayrıcalıklı işlem yapmaları ve bu suretle para veya diğer şekillerde bir menfaat elde etmelerini ifade etmektedir.

Rüşvet, iki tarafın katılımıyla gerçekleşen bir türlü mübadele. Bu mübadelede, taraflar, karşılıklı bağlantı kurabilecekleri gibi, bazı aracı kişi veya kurumlar vasıtasıyla da ilişki içerisinde olabilirler. Rüşvet, uzmanlaşmış bazı iş takipçileri, iş büroları, gezgincilik yapan bazı politikacı ve bürokratlar aracılığıyla da yürütülebilmektedir. Bu durumda, rüşvetin belli bir kısmı bu aracı kişi veya kurumlara ödenmektedir.

Hukuk literatüründe rüşvet, kamu görevlisinin icbar veya ikna tarzında bir hareketi olmaksızın görevi sebebiyle temin ettiği haksız menfaat olarak tanımlanmaktadır. Geniş anlamda rüşvet, yalnız kamu görevlileri tarafından kamu kurumlarında işlenen fiillerden ibaret değildir. Özel sektör çalışanları da görevleri dolayısıyla rüşvet alabilirler. 765 sayılı Kanun'da olmayan bu husus, yeni Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir.

765 sayılı Kanuna göre rüşvet suçları, 211 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Bu maddelerde, rüşvet, basit rüşvet alma ve verme, nitelikli rüşvet alma ve verme şeklinde tanımlanmaktadır; iki suç olarak düzenlenmektedir. Alma ve vermede basit

rüşvet alma veya basit rüşvet verme, nitelikli halinde de nitelikli rüşvet alma ve nitelikli rüşvet vermeden söz edilmektedir.

Yine, 765 sayılı Kanun'da, rüşvetin teklif edildiği kişinin görev ve niteliklerine göre birtakım ağırlatıcı sebepler kabul edilmektedir. Rüşvet alan veya verenin, yapılması istenen hususta bu iş kısmen de olsa yapılmadan evvel fiilinden vazgeçerek durumu yetkili mercilere bildirmesi hali bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir.

Rüşvet, çok failli bir suç olmakla birlikte, faillerden her birinin fiiline katılan kişinin, rüşveti veren veya alandan hangisinin vasıtası ise onun suç ortağı sayılacağı yine 765 sayılı Kanununun 216 nci maddesinde ifade edilmiştir.

Rüşvette verilen veya alınan yararın veya bunlarla edinilen mal veya değerlerin devlete intikalini düzenleyen müsadere hükmü de 217 nci maddede özel olarak düzenlenmiştir.

218 nci maddesi, memurun görevine girmeyen ve yapılması veya yapılmaması hususunda yetkili olmadığı halde işi yapacağı kanaatini uyandırıp yarar sağlamasını ayrı bir suç tipi olarak düzenlemiştir ve nihayet 2003 yılında 220 nci madde yeniden düzenlenerek, rüşvet veren failin bir tüzelkişinin yetkili temsilcisi olması halinde, tüzelkişinin de suçla elde edilen menfaatin iki katından üç katına kadar ağır para cezasına çarptırılacağı hükme bağlanmıştır.

765 sayılı Kanunun sistemini dikkate aldığımızda, rüşvet suçlarının esas olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir; bunlardan birisi rüşvet alma, diğeri ise rüşvet vermedir. Bu ikili taksim de kendi bünyesinde ikiye ayrılmaktadır; gerek rüşvet alma gerek rüşvet verme bakımından geçerli olan bu ayırımın birincisinde, görevin kötüye kullanılması için yapılması gerekenin yapılmaması, yapılmaması gerekenin yapılması için rüşvet alınması veya bu sebeple rüşvet verilmesi. İkincisinde ise göreve uygun olarak yapılacak iş için rüşvet alınması veya bu sebeple rüşvetin verilmiş olması söz konusudur.

Kanunun sisteminde rüşvet alma ve rüşvet verme suçları aynı fasılda ve birbirinden bağımsız suçlar olarak düzenlenmiştir. Buna göre, rüşvet alma suçunun faili görevli memurken, rüşvet verme suçunun faili memur karşısındaki bireydir.

765 sayılı Kanunun düzenlemelerini genel olarak hatırladıktan sonra 5237 sayılı Kanunun sistemine göre rüşvet suçunun düzenlenmesine gelebiliriz; karşılaştırma yapmak suretiyle aradaki farkı da daha iyi anlayabiliriz.

5237 sayılı Kanunda rüşvet, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Böylece, bu yeni kanunun sisteminde rüşvet suçuyla korunmak, cezalandırılmasıyla korunmak istenen hukukî değer, kamu idaresinin güvenilirliği ile kamu idaresinin eşit ve adil işleyişidir. Daha açık ifadeyle, toplumu oluşturan fertler, kamu görevlilerinden, üstlendikleri görevin ifası sırasında kamusal faaliyetin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmelerini beklemektedirler. Dolayısıyla,

kamu faaliyetlerinin eşitlik ve liyakat açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez, yani satın alınamaz oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekmektedir.

5237 sayılı Kanununun 252 nci maddesinin üçüncü fıkrasında, rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması olarak tanımlanmıştır. Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması olarak tanımlanmıştır. Buna göre rüşvet, ancak yapılması gereken bir işin yapılmaması ya da yapılmaması gereken bir işin yapılması için menfaat temini halinde söz konusu olmaktadır. Bu durumda, amaç teşkil eden fiil başlı başına bir suç oluşturmaktadır. Kamu görevlisi, rüşvet suçunun yanı sıra ayrıca, başlı başına bir suç oluşturan bu amaç suçtan dolayı da cezalandırılacaktır.

Bu tanımlamayla 765 sayılı Kanun'dan farklı bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. 765 sayılı Kanun'un 212 nci maddesinde ifade edilen "yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için menfaat temini" yeni kanunda rüşvet olarak nitelendirilmemiştir. Yeni Ceza Kanunu'nun izlediği suç siyaseti gereği, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temininin söz konusu olduğu bu gibi durumlarda rüşvet değil, belki icbar suretiyle irtikap veya görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Çünkü, burada, menfaati temin eden kişi, işinin, en azından zamanında yapılmayacağı konusunda bir endişeyle hareket etmektedir. Bu durumda, kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesi söz konusu olmaktadır.

İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi ise, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için bu baskının etkisiyle kamu görevlisinin şahsına veya gösterdiği üçüncü bir kişiye yarar sağlamaktadır.

Burada 765 sayılı Kanundan en önemli fark şu olmaktadır: 765 sayılı Kanunda basit rüşvet olarak nitelenen fiiller, yeni Türk Ticaret Kanununda rüşvet değil, icbar suretiyle irtikap veya görevi kötüye kullanma kabul edildiğinden, menfaati sağlayan vatandaşın herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Başka bir deyişle, haklı bir işin gördürülmesi için kamu görevlisine menfaat temin eden kişi de, 765 sayılı Kanunda rüşvet verme suçunun faili olduğu halde, yeni kanun, bu kişiyi ceza hukuku sorumluluğuna muhatap kılmamaktadır. Bu durumda, sadece icbar suretiyle irtikap veya görevi kötüye kullanma suçunu işleyen kamu görevlisinin, ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Sonuç olarak, yeni Türk Ticaret Kanunu, sadece 765 sayılı Kanunda, nitelikli rüşvet olarak kabul edilen halleri, rüşvet suçu kapsamında düzenlemiş bulunmaktadır.

Rüşvet suçunun konusu, talep, vaat veya temin edilen haksız menfaattir. İşin yapılması veya yapılmaması suçun konusunu oluşturmamaktadır. İşin yapılması veya yapılmaması, rüşvet suçunun amacıdır.

Menfaat, maddî, ekonomik değeri olan her türlü yararı içermektedir. Yararın ekonomik değerinin azlığı halinde suç yine de oluşmakla birlikte, fiilin içerdiği haksızlığın cezalandırmayı gerektirecek boyutta olmamasından söz edilebilir.

Rüşvet suçu, hukukî olmayan, yani görevin gereklerine aykırı olan bir işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla bir kamu görevlisinin, haksız bir menfaat temin etmesiyle oluşur. Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisince belli bir amaca yönelik olarak haksız bir menfaat temin edilmiş olmalıdır. Haksız menfaatin bir işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla temin edilmiş olması icap eder. Bu nedenle, rüşvet suçu, bir amaç suç niteliği taşımaktadır. Bunun sonucu olarak, iş yapıldıktan sonra, kamu görevlisinin, kişiden menfaat talebinde bulunması ya da işi görülen kişinin, sonradan, kamu görevlisine bir menfaat temini durumunda rüşvet suçunun varlığından söz edilemeyecektir. Çünkü, iş yapılmadan önce kamu görevlisi ile kişi arasında, işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik olarak haksız bir menfaat temini yönünde bir karar birliği mevcut değildir bu durumda. Herhangi bir beklenti olmaksızın kamu görevlisine hediye sunulması söz konusudur. Nitekim, Yargıtay'da, önceden bir anlaşma veya teklif olmaksızın yapılan bir işten duyulan memnuniyet sonucu verilen paranın rüşvet suçunu oluşturmayacağı, hatta suç dahi oluşturmayıp, ancak disiplin hükümlerini ihlal niteliğinde olduğu yönünden kararlar vermiştir.

Rüşvet suçu çok failli bir suçtur; bir tarafta rüşvet veren, diğer tarafta rüşvet alan vardır ve her ikisi de aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedir. Bu nedenle, 765 sayılı Kanundan farklı olarak ortada tek bir suç vardır.

Rüşvet suçu, yararın kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur; ancak, izlenen suç siyaseti gereği olarak, rüşvet suçunun, kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik olarak menfaat teminini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir. Bu durumda, aslında, henüz rüşvet konusunun verilip alınmadığı, sadece anlaşmanın yapıldığı aşamada suç tamamlanmış değildir, bir teşebbüs hali söz konusudur. Bu nedenle, bu durumda, failin, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekmektedir; ancak, kanun koyucu, izlediği suç siyaseti sonucu olarak, söz konusu teşebbüs halinin, suçun tam cezasıyla cezalandırılmasını öngörmektedir.

Suçun tamamlandığı anın tespiti, özellikle iştirak bakımından önem taşımaktadır. Yukarıda ortaya konulan yaklaşım kabul edildiğinde, menfaat temin edilinceye kadar bu suça iştirak mümkündür. Buna karşılık, doktrin ve uygulamada rüşvet suçunun tamamlanmış hali ile teşebbüs halinin aynı cezayla cezalandırılmakta oluşu, suçun tamamlanma anı, suça iştirak, suça teşebbüs ve suçun maddî unsurları konularında

farklı görüşler ortaya konulmasını sonuçlamıştır. Bazı yazarlar, bu durumda, suçun tamamlanması ve bitmesi ayırımı yapmaktadırlar. Bu ayırımı göre, haksız menfaatin temin edildiği anda suç bitmiştir; fakat, aslında, suç, daha önce tamamlanmıştır. Yargıtay'ın da benzer yönde açıklamaları olduğunu biliyoruz.

Kural olarak suça iştirak, ancak suçun işlenişi tamamlanıncaya kadar mümkündür. Rüşvet alma suçu, örneğin anlaşmayla tamamlanmış kabul edilecek olursa, artık, bu aşamadan sonra bu suça iştirakin mümkün olmaması gerekir. Bu ise kabul edilemez bir husustur. Teşebbüs aşamasında dahi faillerin tamamlanmış suçun cezasıyla cezalandırılmalarının suç siyaseti gereği olarak kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olması, bu suçun, haksız menfaatin temin edilmesinden önce tamamlanmış olduğu anlamına gelmez. Bu yönü itibariyle rüşvet suçu bir teşebbüs suçudur; ancak, haksız menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış olur ve bu aşamaya kadar suçun işlenişine iştirak mümkündür. Bu nedenle, 765 sayılı Kanunda öngörülen ve özel bir iştirak şeklini düzenleyen rüşvete aracılık etme fiili, 216 ncı maddedeki fiile 5237 sayılı Kanunda yer verilmemiştir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun rüşvet suçuna ilişkin düzenlemesi karşısında böyle bir hükme ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hüküm, rüşvet suçunu alan ve veren açısından hareketle iki ayrı suç olarak düzenleyen kanunların, genel iştirak hükümleri karşısında içine düştükleri çelişkiden kurtulmak için buldukları bir çözümdür. Gerçekten, 765 sayılı Kanunun 216 ncı maddesine göre, bazı durumlarda aracılık eden kimsenin rüşvet alan ve verenden kime aracılık ettiğinin tespiti mümkün olmamaktadır. Örneğin, bir kamu görevlisinin, rüşvet talebini muhataba ileten aracı şahıs, muhatabın bu talebi kabul etmesi durumunda, rüşvet olarak verilen nesneyi ondan alıp memura iletmesi halinde sorunun nasıl çözüleceği ortadadır. Bu olayda, rüşvet alma ve verme suçları gerçekleştiğinden ve aracılık eden de her iki suçun işlenmesine katkıda bulunduğundan, genel iştirak kuralları uygulandığında, fail, bu iki suça iştirakten ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Suçun asıl failleri tek suçtan cezalandırılırken, aracılık edenin, iki ayrı cezaya muhatap kılınmasının adil olmadığı şüphesiz.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için amaçlanan şeyin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması gerekir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işin yapılması amacıyla menfaat temini halinde rüşvet suçu oluşmaz. Bu durumda, yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama ya da dolandırıcılık suçundan söz etmek gerekir.

Rüşvet suçunun faili rüşvet suçunun alanı ve vereni var; rüşvet veren açısından bir sorun yok, herkes fail olabilir; alan kişinin ise kural olarak kamu görevlisi olması gerekir. Kamu görevlisinin ne anlama geldiği yeni kanunun 6 ncı maddesinde tanımlanmıştır. Kamu görevlisinin, 252 nci maddenin ikinci fıkrasında sayılan kişilerden olması halinde suçun daha ağır cezayı gerektiren bir durumuyla karşılaşılmaktadır; bunlar, hakem, bilirkişi, noter, yeminli malî müşavir veya yargı görevi yapan kişilerdir.

252 nci madde, kamu görevlisi olmayan bazı kişilerin de rüşvet suçunun faili olmalarını kabul etmek suretiyle suçun uygulama alanını genişletmiştir. 765 sayılı Kanundan farklı bir durum ortaya çıkmıştır burada. Buna göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı süresinde bu tüzelkişiler adına hareket eden kişilere, görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de rüşvet suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Aslında, bu kişiler, görevlerinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle adına hareket ettikleri tüzelkişiyi zarara uğratmaktadırlar.

252 nci maddenin son fıkrasında, yabancı kamu görevlisini rüşvet verilmesi de ceza yaptırımı altına alınmıştır. Böylece, kamu görevlisine veya dördüncü fıkrada sayılanlara değil, beşinci fıkrada sayılan yabancılara da maddî bir menfaat temin edilmesi, hatta bu yönde bir vaatte bulunmuş olması halinde dahi rüşvet söz konusu olacaktır. Bu hüküm, bu yabancı kamu görevlileriyle ilgili hüküm 2003 yılında Türk Ticaret Kanunu'na eklenmiş bir hükümdür, aynen buraya alınmıştır.

Rüşvet suçunun işlenmesiyle tüzelkişi lehine haksız bir yarar sağlanmışsa, tüzelkişi bakımından da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunması gerekmektedir. Kanunun 253 üncü maddesi bu konuda yenilik arz eden bir düzenlemedir. Tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbirleri de bu kanunun 60 ncı maddesinde düzenlenmekte olup, bunlar izin iptali ve müsadereyi içerir. Ancak, bu tedbirlere başvurulması, işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracaksa, bu tedbirlerden kaçınılabılır.

Etkin pişmanlık 254 üncü maddede düzenlenmektedir. Etkinlik pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra gündeme gelen ve cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlenmektedir.

Etkin pişmanlık, rüşvet alan, rüşvet veren veya rüşvet suçuna iştirak eden açısından olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiştir. Rüşvet alan, bu konuda başkasıyla anlaşan kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için henüz idarî de olsa herhangi bir soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi gerekmektedir. Rüşvet konusu henüz teslim alınmamış, sadece rüşvet anlaşması yapılmışsa, kamu görevlisinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara bildirmesi yeterlidir. Burada henüz rüşvet konusu menfaat temin edilmediği için, rüşvet konusu şeyin teslimi ve müsadereyi de söz konusu olmayacaktır.

Buna karşılık, rüşvet konusu menfaati temin eden kamu görevlisinin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için sadece yetkili makamlara soruşturma başlamadan önce durumu bildirmesi yeterli olmayıp, rüşvet konusu şeyi de soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi gerekmektedir. Bu durumda, bunun sonucu olarak bu şey müsadere konusu olacaktır.

Rüşvet vermek üzere anlaşılan kişi de henüz soruşturma başlamadan önce pişmanlık duyarak soruşturma makamlarını durumdan haberdar ederse, rüşvet suçundan dolayı hakkında cezaya hükmolunmaz. Rüşvet verdikten sonra da pişmanlık gösterilebilir. Bu durumda, ayrıca rüşvet olarak verdiği şey, el konulmak suretiyle kamu görevlisinden alınıp kendisine iade edilir. Böylece, rüşvet suçlarının ortaya çıkması da amaçlanmaktadır. Bu durumda, rüşvet konusunun müsadere edilmesi mümkün değildir, çünkü müsadere mülkiyet devlete geçeceği için iade söz konusu olmayacaktır.

Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişiler, henüz soruşturma başlamadan önce pişmanlık duyarak soruşturma makamlarını doğrudan haberdar etmeleri halinde haklarında bu suçtan dolayı cezaya hükmedilmeyecektir.

Nihayet, etkin ister rüşvet alan ister rüşvet veren isterse iştirak eden kişi olsun, etkin pişmanlıktan yararlanan kişi hakkında cumhuriyet savcısı, 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesi uyarınca kamu davası açmayabilecektir. Şayet kamu davası açılmışsa, yine bu kanunun 223 üncü maddesi gereği bu kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekecektir.

Sabrinız için teşekkür ediyor, herkesi tekrar saygıyla selamlıyorum.

BAŞKAN - Teşekkür ederim Sayın Şahin.

Sayın meslektaşım Doç. Dr. Cumhur Şahin, mevcut ve yeni Ceza Kanunundaki rüşvet suçlarına ilişkin düzenlemeleri, anlaşılabilir ve muhtevalı bir şekilde bizlere anlattı. Kendisine teşekkür ediyoruz.

Şimdi, ihale sürecinde işlenen suçları anlatmak üzere, sözü, değerli meslektaşım Sayın Özgenç'e bırakıyorum; buyurun.

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - Teşekkür ederim.

Değerli dinleyiciler; tebliğimin konusunu yeni Türk Ceza Kanununun ihale sürecinde işlenen suçlara ilişkin düzenlemeleri oluşturmaktadır. Ancak, izin verirseniz, ihale sürecinde işlenen suçlardan önce, yeni Türk Ceza Kanununun ekonomik çıkar amacına yönelik olarak işlenen suçlarla ilgili olarak benimsediği suç ve yaptırım siyaseti konusunda kısa bir açıklama yapmak istiyorum.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği ilke şudur: Suç, hiçbir zaman bir ekonomik çıkar elde etme yolu olarak görülmemelidir. Bundan çıkan sonuç da şudur: Bir suç işlemek suretiyle elde edilmiş olan bir kazanç varsa, bu kazancın, kişinin yanında kâr olarak kalmasının önüne geçecek bir yaptırım sistemi geliştirmemiz gerekir.

Bu bakımdan, 19. Yüzyıl ceza kanunlarındaki müsadere hükümleri son derece yetersizdi. Bu yetersizlik, 765 sayılı Ceza Kanunumuzun müsadere hükmüne de yansımıştır; yasama tekniği uygulamamızda Ceza Kanunundaki müsadere hükmünü düzeltme yerine, çeşitli kanunlarda özel müsadere düzenlemelerine yer vermek

suretiyle bu eksikliğin bir ölçüde önüne geçilmek amaçlanmıştır. Ancak, yeni Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanışı sırasında kazuistik mevzuat sisteminden vazgeçilmesi amacına yönelik olarak hem kazanç müsadereci hem de eşya müsadereci düzenlenmiştir. Diğer özel kanunlardaki müsadere hükümlerinin uygulanmasına ihtiyaç hissettirmeyecek ayrıntıda iki hükümdür bunlar. Bunlardan kazanç müsadereci suç işlemek suretiyle elde edilmiş olan kazancın kişinin yanında kâr olarak kalmasının önüne geçen bir yaptırım olarak yeni Türk Ceza Kanunu'nun 55 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Sadece suçtan elde edilmiş olan kazanç değil, bu kazancın değerlendirilmesi sonucunda elde edilmiş olan ekonomik değerler de müsadere edilmektedir. Böylece, yeni Türk Ceza Kanunumuzun sistemine kaim değerlerin müsadereci de girmiştir. Ancak, bu düzenlemeye bir sınırlama getirilmiştir. Suçtan elde edilmiş olan kazancı benim müsadere etmem neyi ifade ediyor; bu kazancın devletin mülkiyetine intikal etmesini ifade ediyor. Eğer suçun mağduru belliyse, suçun mağdurunun bu suçtan uğradığı zarar belliyse, o zaman, ben, bu suçtan elde edilmiş olan kazancın mülkiyetini devlete intikal ettiremem. Bu durumda, öncelikle suçtan mağdur edilmiş olan kişinin mağduriyetini gidermeye yönelik olarak bu kazanç üzerinde tasarrufta bulunmam gerekir. Birinci yaklaşım biçimimiz bu.

19. Yüzyıl ceza kanunlarında müsadere, kazanç müsadereci düzenlenmediği için, özellikle ekonomik çıkar amacına yönelik olarak işlenmiş olan suçlarda hapis cezasının yanında misli nitelikte ağır para cezası öngörülmekteydi. 765 sayılı Ceza Kanunumuzun sisteminde de pek çok suç tanımında bu yönde düzenlemenin olduğu görülmektedir. Bu şekildeki düzenlemenin yapılmasının nedeni, kanunlarda, kazanç müsadereci ilişkili etkin bir düzenlemenin bulunmamasıdır.

Yeni Türk Ceza Kanunumuzun sisteminde kazanç müsadereci ilişkili bu düzenleme yapıldıktan sonra ilgili suç tanımlarında ayrıca misli nitelikte para cezası öngörülmemiştir. Bunun öngörülmemesinin bir başka amacı daha vardır. Eğer, ilgili suç tanımlarında misli nitelikte para cezası öngörülmüşse, o zaman suçun mağdurunun bu suçun işlenmesi suretiyle uğramış bulunduğu mağduriyeti giderecek enstrümanlar ortadan kalkmaktadır. Çünkü, misli nitelikteki para cezaları genellikle katlamalı olarak verilmektedir. Katlamalı olarak verildiğinde kişinin elinde başka bir mal varlığı kalmıyor. Dolayısıyla, suçun mağdurunun, bu sistem gereği, mağduriyetini giderecek bir sistem işletemiyorsunuz. Bu mahzuru giderebilmek amacıyla kazanç müsadereci sistemi benimsenmiş, ama kazanç müsaderecinin yapılabilmesi için de suçun mağdurlarının belli olmaması gerekir.

Adli para cezası, bu sistemde hapis cezasına seçenek bir yaptırım olarak kabul edilmiştir. Ancak, bazı suçlarda, özellikle ekonomik çıkar amacına yönelik olarak işlenen suçlarda, suçun işlenmesi suretiyle kişinin bir kazanç elde ettiği muhakkak olarak görülmekle beraber, elde edilen kazancın miktarı çoğu zaman tespit edilememektedir. Bu gibi durumlarda kazanç müsadereci ilişkili hüküm işletemiyoruz; çünkü, suçtan elde edilmiş olan kazancın miktarı tespit edilmelidir ki, onunla ilgili olarak

müsadere yaptırımına hükmedebilelim. Kazanç miktarının tespit edilemediği durumlarda mahkemeye, hapis cezasının yanında bir yaptırım olarak adli para cezası öngörülmektedir. Mesela, uyuşturucu veya uyarıcı madde imali ve ticareti suçunun işlenmesi suretiyle elde edilen kazancı büyük bir ekseriyetle tespit edemeyiz. Bu mahzurun önüne geçebilmek amacıyla hapis cezasının yanında ayrıca adli para cezası öngörülmüştür.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği sorumluluk rejimi ve tüzelkişiler hakkında uygulanabilecek olan yaptırımlarla ilgili kısa açıklamada bulunmak istiyorum.

Tüzelkişi, bir gerçek kişi değildir. Suç, ancak bir gerçek kişi tarafından işlenebilir. Ceza da suçu işleyen kişiye karşı uygulanan bir yaptırımdır. Cezanın amacı da; kişinin, işlediği suçtan dolayı etkin pişmanlık göstererek, toplum ile arasındaki oluşan güvensizliğin ortadan kaldırılması yoluyla, tekrar topluma kazandırılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla, bu amaçlı bir yaptırım ancak gerçek kişiler için uygulanabilir, tüzelkişiler için ceza yaptırımı uygulanmaz.

Para cezasının bir tüzelkişiden de tahsil edilebilme imkanının olması karşısında, çeşitli kanunlarda belirli suçlar bakımından tüzelkişilerin de fail olabileceği kabul edilmiş ve bunlar hakkında da para cezası öngörülmüştür. Ancak, bu düzenlemeler, suç teorisi ve yaptırım teorisi bakımından doğru düzenlemeler değildir. Para cezası şeklindeki yaptırımın amacı, devletin bu suretle bir kazanç elde etmesi değildir.

Bu nedendir ki, yeni Türk Ceza Kanununun sisteminde bir tüzelkişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suç dolayısıyla ilgili tüzelkişi hakkında sadece güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Yani, bir suçun işlenmesi suretiyle, bir tüzelkişinin mal varlığında bir artış meydana gelmişse, o tüzelkişi hakkında da bir yaptırım uygulanır. Ancak, bu yaptırım, bir ceza değildir. Yeni Türk Ceza kanununun kazanç ve eşya müsadereesine ilişkin hükümleri tüzelkişiler hakkında da uygulanabilir. Bir suçun işlenmesi suretiyle tüzelkişinin malvarlığında artış meydana gelmişse, bu tüzelkişinin mal varlığında meydana gelmiş olan bu artış, müsadere hükümleri uygulanmak suretiyle giderilmiş olur.

Yeni Türk Ceza Kanununun sisteminde tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbiri olarak uygulanabilecek olan ikinci yaptırım ise, faaliyet izninin iptalidir. Tüzelkişiler genellikle kamusal bir izne dayalı olarak faaliyette bulunurlar. Bu kamusal iznin somut olayda kötüye kullanılması suretiyle bir suç işlemişse, suçu işleyen gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulamanın yanı sıra, bu tüzelkişi açısından da faaliyet izninin iptali yönünde bir hüküm tesis edebilecektir.

Ancak, bu iki yaptırımın tüzelkişiler açısından uygulanabilmesi için, ilgili suç tanımıyla bağlantılı olarak, kanunda, bu suçların tüzelkişinin yararına olarak işlenmesi halinde tüzelkişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı hususunda açıklık bulunması lazımdır. Bir suçla bağlantılı olarak böyle bir açıklık yoksa, tüzelkişiler açısından söz konusu yaptırımlara hükmedilemeyecektir.

Bu yaptırımlara hükmetmenin, işlenen suçta nazaran ceza adaleti bakımından daha ağır bir sonuç ortaya çıkarmaması gerekir. Mesela yüzlerce kişinin istihdam edildiği bir işletmeye sahip tüzelkişinin faaliyeti çerçevesinde ve kamusal bir iznin kötüye kullanılması suretiyle bir suçun işlenmiş olması dolayısıyla bu faaliyet izninin iptal edilmesi, yüzlerce insanın bir anda işsiz kalması gibi bir sonuç ortaya çıkarabilecektir. İşte bu gibi durumlarda, suçun işlenmesi dolayısıyla tüzelkişi hakkında öngörülen yaptırım bu suçun işlenmesiyle ortaya çıkan haksızlığa nazaran daha ağır bir sonuç ortaya çıkaracaksa, mahkeme, tüzelkişi açısından, mesela faaliyet izninin iptali yönünde bir hüküm tesis etmeyecektir. Aynı şey müsadere açısından da söz konusu olabilir. Meselâ bir tüzelkişiyeye ait yük gemisiyle ülkeye ekonomik değeri yüksek olmayan bir eşyanın kaçak olarak sokulması halinde, suçun işlenmesinde araç olarak kullanıldığından bahisle bu geminin müsaderesine hükmedilemeyecektir.

Sistemde bir mantalite farklılığı daha vardır. Para cezalarından oluşan miktar, Devlet bütçesinde gelir kalemleri arasında gösterilmemelidir. Yani, siz, bir yıl içinde işlenen suçlardan dolayı para cezası olarak şu kadar gelir elde edeceğinizi düşünerek bütçenize bir gelir kalemi koymamanız gerekir. Aksi uygulama, ülke için bir ayıptan ibarettir. Elbette ki, para cezalarının tahsili bütçe açısından bir gelir ortaya çıkarır. Bu, en azından miktarı öngörülmeyen gelir kalemleri arasında gösterilebilir. Yeni Türk Ceza Kanununun bu bakımdan bütçe tekniğine de bir yansımalarının olması gerekir.

"Ekonomik suçta ekonomik ceza" formülü, ceza hukuku biliminin kabul ettiği kural değildir. "Ekonomik suçta ekonomik ceza" tekerlemesine, hiçbir ceza hukucusu taraftar değildir.

Şimdi kısaca ihaleyle ilgili açıklamada bulunmak istiyorum.

İhale, bir mal, bir hizmet alım satımı veya kiralanması dolayısıyla yürütülen bir kamusal faaliyete ilişkin süreci ifade etmektedir. Bu süreç bir kamu hukuku faaliyettir. Bu sürecin, devletin kamusal faaliyetlerinin yürütülmesine ve bunların yürütülmesi sırasındaki kamu görevlilerine olan güvenin tesisine yönelik olarak hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde işletilmesi gerekmektedir. Bu sürecin işleyişinde toplumun kamu görevini yürüten kişilere karşı olan güvenini sarsıcı bir tutum, davranış içerisine girilmesi ceza hukuku bakımından yaptırımı gerektirmektedir.

765 sayılı Ceza Kanununun sisteminde "devlet hesabına" veya "hükümet hesabına" ihale diye bir ayırım yapılmaktadır; birinde on yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası, yani 10-24 yıl arasında ağır hapis cezası, diğerinde ise üç aydan yedi yıla kadar olacak olan bir hapis cezası öngörülmektedir. Bir ihalenin Türkiye Devleti hesabına mı yoksa hükümet hesabına mı olduğunu belirlemeye yönelik bir hukukî kıstas bulunmamaktadır. Bu bakımdan, 765 sayılı Ceza Kanununun ilgili düzenlemeleri hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Mesela bir olayda Yargıtay, bir kamu iktisadi teşebbüsünü zarara uğratacak şekilde ihaleye fesat karıştırmayı, Türkiye Devletinin hesabına yapılan bir ihaleye fesat karıştırmaya kabul etmiştir. Ancak buna karşılık, mahalli idareler hesabına yapılan bir ihale ise, bir görüşe göre 205 inci madde kapsamında mütalaa edilemeyecektir. 366 ncı madde kapsamında bunu mütalaa etmek gerekir. Ceza yaptırımları arasındaki bu uçurum, kişilerdeki hukuk güvenliğini sarsıcı sonuç ortaya çıkarabilecektir.

765 sayılı Ceza Kanununun ihaleye fesat karıştırmayı düzenleyen 205 inci maddesinde, edimin ifası sürecindeki fiiller de ihaleye fesat karıştırmaya suçu kapsamında mütalaa edilmiştir ve suç tanımlaması bakımından yetersizdir.

765 sayılı Ceza Kanununun sisteminde ihaleye fesat karıştırmaya suçunun oluşabilmesi için, bu fiilin işlenmesi sonucunda kamunun bir zarar görmüş olması ve kişinin bundan bir yarar elde etmiş olması lazımdır. Yeni Türk Ceza Kanununun sisteminde ise, bu ayırımlar terk edilmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu sisteminde bir kamu faaliyeti olarak ihale yapılıyorsa, artık, bunların arasında bir ayırım yapmanıza gerek yoktur. Bu, kamu adına yapılan bir ihale, mal alımı, hizmet alımı, kiralanması veya satılması şeklinde ortaya çıkabilir. İhale, kamu hesabına yapılmamış olmakla birlikte, kamusal bir faaliyet olarak icra edilmiş olabilir. İcra dairelerinde yapılan müzayedeler, bu hususta bir örnek oluşturmaktadır. Müzayede konusu mal, icra dairesi hesabına satılmaz veya satın alınmaz. İcra dairesi, bu mal satışına ilişkin ihaleyi alacaklı veya borçlular hesabına deruhte eder. Yeni Türk Ceza Kanununda bu fiilleri de kapsayacak bir suç tanımlaması yapılmıştır.

Yeni kamu ihale mevzuatını da göz önünde bulunduran Yeni Türk Ceza Kanununun sistemine göre, bir kamusal faaliyet olarak ihale süreci sözleşmenin imzalanmasıyla sona erer. Sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreç ise bir ihale süreci değil, edimin ifasına ilişkin süreçtir. Bu bakımdan, yeni Türk Ceza Kanununda ihaleye fesat karıştırmayla edimin ifasına fesat karıştırmaya olarak iki ayrı suç tanımına yer verilmiştir.

İhaleye fesat karıştırmaya suçu kapsamına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları adına yapılan ihaleler de dahil edilmiştir. Hatta, kamu kurumlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler ve bu kurum veya kuruluşların bünyesinde faaliyette bulunan vakıflar ile kamu yararına çalışan dernekler adına yapılan ihaleler de ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırmaya suçları kapsamına alınmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki tanımlama biçimi bakımından ihaleye fesat karıştırmaya suçunun oluşabilmesi için kamunun bir zarar görmesi gerekmiyor. Kamunun bir zarar görmüş olması, kişinin ilgili suçtan dolayı daha ağır bir cezayla cezalandırılmasını gerektirmektedir. Yine, bu suç tanımına göre, bu ihale sürecini deruhte eden görevlilerin –bu, yerine göre kamu görevlisidir, yerine göre değil;

mesela bir şirketin, bir vakfın, bir kamu yararına çalışan derneğin yöneticisi kamu görevlisi değildir- bu ihaleye fesat karıştırmak suretiyle bir menfaat elde etmiş olması halinde, sadece ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı değil, bu menfaat temini başka bir suç oluşturduğu takdirde, ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması gerekmektedir. Bu bakımdan, yeni Türk Ceza Kanununun bir olaya yaklaşım biçimiyle 765 sayılı Ceza Kanununun yaklaşım biçimi son derece farklıdır ve yeni Kanunda çok daha etkin bir yaptırım sistemi kabul edilmiştir.

Beni dinleme lütfunda bulunduğunuz için hepinize teşekkür ediyorum.

BAŞKAN - Biz de Sayın Özgenç'e teşekkür ederiz.

Saygıdeğer konuklar, oturumun bu safhasında yarım saatlik bir tartışma bölümü yer almaktadır; tabii, programımız aksadığı için ve akışı bozmamak maksadıyla bunu da gerçekleştirdikten sonra ara vermemiz söz konusu olacak.

Şimdi, yeni ceza mevzuatımızın hazırlanmasında, şekillenmesinde en çok emeği geçen iki değerli hocamız tebliğ sunmak üzere huzurlarınızda bulundular, tebliğlerini sundular. Hem anlattıkları tebliğlerle ilgili hem de yeni ceza mevzuatındaki düzenlemelerle ilgili sorularınız olursa onları cevaplandıracağız. Keza, önceki oturumda sunumda bulunan meslektaşlarımızla ilgili sorular da olabilir.

Soruları sözlü olarak alabiliriz.

İlk soruyu müsaadenizle Sayın Özgenç'e ben sormak istiyorum. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde suç işlemek suretiyle kazanç elde etmenin yolunun etkin bir biçimde kapatıldığını söyledi ve müsadereye ilişkin düzenlemelerden bahsetti. Basına da yansıyan bir konu olduğu için, dolandırıcılık suçlarıyla ilgili olarak müsadere hükmü nasıl işletilecek; onu açıklamasını rica edeceğim.

Buyurun Sayın Özgenç.

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - Yürürlükteki Ceza Kanunu sisteminde dolandırıcılık suçuyla ilgili olarak suçun temel şekli açısından elde edilen menfaatin bir misli ağır para cezası, nitelikli şekli açısından elde edilen menfaatin iki misli ağır para cezası öngörülüyor.

Bu sistem, suçun mağdurunun mağduriyetini gidermeye elverişli bir sistem değildir. Kazanç müsadere kabul edilmiş olsa bile, suçun mağdurunun mağduriyetini giderme imkanımız, eğer böyle bir yaptırımı kabul edersek mümkün olmayacaktır. Çünkü, kamusal bir yaptırım öncelikle uygulanarak kişinin mal varlığı müsadere edilecektir. Bir misli veya iki misli oranında elde ettiği kazancın müsadere edilmiş olması halinde kişinin elinde ne kalacak belli değil. Bu durumda müsadere edilen bu kazancın kişilere geri dönüşü mümkün olmayacaktır. Kazanç müsadere edilmiş olmasına ilişkin öngörmüş olduğumuz sistem, zaten kişinin elinde bu suçu işlemek suretiyle birikmiş olan mal varlığı değerlerinin müsadere edilmesine imkân tanımaktadır. Ancak bir

kayıtla, eğer bu kazanç suçun mağdurlarına ödenemeyecekse, verilemeyecekse bunu müsadere edeceğiz.

Yeni Türk Ceza Kanunu sistemiyle bizim sistemimiz arasında şöyle bir fark ortaya çıkıyor: Dolandırıcılık suçunun temel şeklinde bu bir misli ağır para cezası olduğu için, kazanç müsaderesiyle miktar bakımından örtüşmektedir; ancak, para cezası olduğu takdirde bu ödenmediğinde, bunu hapis cezasına dönüştürme imkânı vardır; ama, kazanç müsaderesinde kazancı elde edemediğimizde -tespit ediyoruz, ama miktar ortada yok- bu kazancı elde etmemiz açısından hapis uygulayamıyoruz. Burada sadece Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerini uygulamak suretiyle bunu tahsil etme imkanımız var.

Dolandırıcılık suçunun nitelikli şekli söz konusu olduğunda, yürürlükteki Ceza Kanunumuzun sisteminde, elde edilen menfaatin iki katı kadar ağır para cezası öngörülmektedir. Halbuki, kazanç müsaderesinde sınır, bir suçu işlemek suretiyle elde edilmiş olan kazancın nemalarıyla sınırlı tutulmuştur. Bu bakımdan da eski kanun sistemi ile yeni kanun sistemi arasında bu yönden de bir farklılık bulunmaktadır.

BAŞKAN - Teşekkür ederim Sayın Özgenç.

Buyurun efendim.

Mustafa BAĞAN (Türkiye Kimya Sanayicileri Demeği Genel Sekreteri) -

Teşekkür ederim.

Gerek bu oturumdan önce gerek bu oturumda açıklamalar yapan değerli uzmanlarımıza çok teşekkür ediyorum.

Ben, sektör itibariyle bir iki şeyi arz etmek istiyorum. Çevreye karşı yönelik işlenmiş suçlardan pek bahsedilmedi; biz kimyacıları oldukça ilgilendiriyor.

Kanunda "zehirli madde imal ve ticareti" gibi bir ifade var, bunu teknik açıdan soruyorum. Zehir çok soyut bir kavram, o maddenin zehirli olup olmadığına nasıl karar verilecek; bununla ilgili bir tanım göremedim.

Tüzel kişiliklerin cezalandırılması konusundan bahsedilirken, uygulamada kafama şöyle bir şey takıldı: Kuruluşlarda sorumlu müdürler var, bunlar hem şirketleri temsil ediyor hem de taşımakta oldukları sorumluluklar var. Acaba, yapılan bir yanlış uygulama sonucunda cezalandırma direkt bu şahıslara mı yapılacak, yoksa tüzel kişileri de kapsayacak mı?

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Buyurun efendim.

İskender ELVERDİ (TOBB Hukuk Müşaviri) - Tebliğcilere teşekkür ederek sözlerime başlamak istiyorum.

Bir kamu faaliyeti olarak kamu kesiminin yapım işleri 235 inci madde kapsamında mı mütalaa edilecek, 236 ncı madde mi? Ben her iki maddeyi de karşılaştırdım, fakat şu anda gerekçeleri elimde olmadığı için derinlemesine inceleyemedim. Bu sorunun İzzet Bey tarafından cevaplandırılacağını ümit ediyorum.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkürler efendim.

Buyurun.

Mustafa Yılmaz ÖZTEPE (TOBB Kuyumculuk Sektör Kurul Başkanı) - Sektörümüzün, bilhassa perakende sektörümüzün 35 bin kişiyi çok huzursuz eden eski 512 nci şimdiki 165 inci madde "bilerek" kelimesini vaktinizi almamak için söylüyorum. Bilerek bir hırsızlık mal alımı söz konusu; bu, çok rahatsız ediyor ve çok namuslu birsürü esnafımızın işi bırakacağı yönünde telkinleri var. Bununla ilgili görüş rica ediyorum hocamdan.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkürler.

Buyurun.

Dr. Bilal AK (TOBB Sağlık Sektör Kurulu Başkan Yardımcısı) - Sayın Özgenç Hocama bir sorum var:

Ceza hukukuna tabi olan kamu yöneticileri, bilhassa sağlık sektörü açısından önem arz ediyor; şöyle: Bilhassa hastanelerimizde hastane başhekimleri, hastane müdürleri, ekonomik işlerle de görevli. Hayatında hiç yönetim dersi görmemiş, ekonomi dersi görmemiş, yönetimle ilgili eğitimden geçmemiş başhekimlerimiz ita amiri görevi icra ediyorlar.

Hastane müdürü görevine atanabilmek için de Sağlık Bakanlığının Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinde kimlerin hastane müdürlüğüne tayin edileceği açıkça belirtilmiş konuyla ilgili okullardan mezun olanlar bu göreve atanır diye. Uygulamada, bu kişiler, çoğunlukla belirli ihale sürecinde suçlarla karşı karşıya kalabiliyorlar. Mahkemeye sevk edildiklerinde de "ben bunu bilmiyordum" diye bir savunma geliştiriyorlar, bilhassa başhekimler açısından.

Mevzuata uygun olmayarak başhekim veya hastane müdürlüğüne tayin edilen kişileri tayin eden makamların da bir sorumluluğu yok mu. Ceza hukuku, bunlar açısından da bir yaklaşım getiremez mi? Çünkü, uygulamada, hastane yönetimiyle ilgili Türkiye'de 5 tane lisans programı var, 9 tane yüksek lisans ve doktora programı

varken, hastanedeki ölü yıkayıcısı, hastanenin imamı, bir caminin imamı hastane müdürü oluyor, sınıf öğretmeni hastane müdürü oluyor, polis hastane müdürü oluyor. Bunları atayanların sorumluluğunda olması gerekli. Ceza yapmayı önleyici tedbirleri almamız lazım diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Biz de teşekkür ediyoruz.

Buyurun efendim.

Mustafa ACAR (Kıkkale Üniversitesi İktisat Bölümü) - Hocam, bir yerde "ekonomik suçun ekonomik cezası olmaz, ceza mantığına terstir" dedi. Dışarıdan bakanlar için nasıllı suçların bireyselliği makulse, ekonomik suçta ekonomik ceza da makul gibi görünüyor. Hocamın bu konuda gerekçelerini öğrenmek isterim.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Ben de teşekkür ederim.

Buyurun efendim.

Serdar ARIKAN (Ankara Birliği ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hâkimi) - Benim sorum cezayla ilgili değil, hukukla. Sizden evvel tebliğlerini sunan Türkkan Hocam, bize, istatistiklerden ve bunun sonuçlarından bahsetti ve bu bağlamda da Türkiye'nin uluslararasındaki aldığı notun 5'in altında ve iyi bir yerde olmadığını vurguladı.

Hocanın, ekonomik suçların algılanış biçimi ve ekonomik özgürlüklerle bunun aşılmasının sonucunda ekonomik suçların azalacağı yolundaki fikrine biz de katılıyoruz; fakat, benim tereddütüm şu: İstatistiği hazırlayan gelişmiş ülkeler, istatistiklerdeki sonuçlara bakarsak, yozlaşmış ülkeler ve notu 5'in altında olan ülkelerin tamamı da gelişmekte olan ya da geri kalmış ülkeler. Türkiye'nin konumu da kuşkusuz gelişmekte olan ülkeler içerisinde. Bunun nedeni de, bana göre, gelişmiş ülkelerdeki ekonomik olarak suç sayılan eylemlerin bu ülkelerde suç sayılmaması ve bunun tam tersi. Söz gelimi, bilgisayar yazılımıyla ilgili korsan faaliyetlerinin ya da bilgisayar yazılımlarının geliştirilmesiyle ilgili Batı'da suç sayılan eylemler, Hindistan tarafından bir devlet politikası vasıtasıyla suç sayılmıyor. Aynı şekilde, bir ilacın etken maddesinin gelişmekte olan bir ülkedeki kocakarı ilacı diye tabir ettiğimiz tedaviler sonucunda patente bağlanması halinde bu patentin o ülkede satılmasını geri kalmış ülkenin vatandaşı suç olarak kabul etmiyor. Yani, istatistiğin temelindeki verilerin, suçun ve ekonomik suçun, ekonomik algılayışın farklı siyasî kültürel nedenlerden olduğunu düşünüyorum.

Bu nedenle de, Türkiye'nin, o istatistiklerde almış olduğu puanın hak ettiğinin biraz altında olduğunu düşünüyorum. Bu konuda Türkkan Hocam ne der? Onu öğrenmek isterim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Buyurun efendim.

İbrahim ERCAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Teşekkür ederim.

Sorum İcra İflas Kanunundaki suçlarla ilgili olacak. Malumunuz olduğu üzere, İcra İflas Kanunumuzda çeşitli suçlar düzenlenmiştir, bu suçlar, süre olarak kısa olsalar bile, çok etkin olan cezalardır; çünkü, 352/a maddesine göre bu cezalar tecil edilemez ve paraya çevrilemez. Buradaki suçların Anayasaya aykırı olduğu konusu Türkiye'nin gündemini epeyce almıştı. Malum 38 inci maddedeki değişiklikten sonra bunların Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmişti ve elimdeki notlara göre, yaklaşık 59 ceza mahkemesi, bunların, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne göndermişti. Yargıtay'ımız, anlaşmalı taahhüdü ihlal suçu haricinde hiçbir suçun Anayasaya aykırı olmadığına karar verdi. Anayasa Mahkemesi ise bunların hiçbirisinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verdi. Fakat, yeni Türk Ceza Kanunu'muzun 5 inci maddesindeki genel hükümlerin özel hükümlere tatbik edileceği var. Bu durum karşısında İcra İflas Kanunu'ndaki suçlar ne olacak?

Onlar için de geçerli olacaksa, bir düzenleme yapmak gerekir mi? Çünkü, bunlar uygulamada çok önemli hususlar.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Buyurun Hanımefendi.

KATILIMCI - Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuracakları şirketlerin dahi aynı hükümlere tabi olacağını beyan ettiniz. Günümüzde hepimiz biliyoruz, özellikle sivil toplum örgütlerinin yaygınlaşması bağlamında, biz, pek çok kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bu sivil toplum örgütleriyle ya da tüzel ya da özel kişilerle iktisadi işletmeler dışında anonim şirket yapılanmaları içinde yer alıyorlar. Bu, inanılmaz bir netice doğuracaktır. Acaba, orada bir sermaye ekseriyeti aranacak mı, yoksa bir hisse sahibi de olsa bu kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu, o özel sektör diye tanımladığımız anonim şirketin ihaleleri bu yasaya ve netice olarak Ceza Kanununa mı tabi olacak?

Telif haklarıyla ilgili bir önceki süreçte söylemek istediğimiz şeyler var; ama, gelecek oturum o başlık altında. Biz, ekonomik suç ekonomik ceza bağlamında 5846 sayılı Yasadaki ceza hükümlerinin de dile getirilmemesi bakımından bir önceki oturuma ek yapmak isterdik. Önümüzdeki süreçte onu da dile getireceğiz.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Şimdi, cevap vermek üzere, sözü ilk olarak Sayın Özgenç'e veriyorum; buyurun.

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - İcra İflas Kanunu'yla ilgili olarak söyleyeceklerimiz şunlar: Doğrudur, İcra İflas Kanunu'ndaki şu anda ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin yeni Türk Ceza Kanununun sistemi karşısında uygulama kabiliyeti olmayacaktır. Bu bakımdan, İcra İflas Kanunu, yeni Türk Ceza Kanunu sistemiyle uyumunu sağlamak amacıyla yönelik bir düzenleme çalışması yapıldı, bu kanun teklifi olarak şu anda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündemindedir. Bunun da bir an önce kanunlaştırılması suretiyle uygulamada ortaya çıkabilecek olan sorunlar ortadan kaldırılmış olacaktır.

Burada özellikle hareket noktamız şu olmuştur: İcra sürecinde borçlu kişiye yüklenmiş olan birtakım yükümlülükler var, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olarak başta tazyik hapsi ve disiplin hapsi şeklinde bir sistem oluşturulmuştur. Bu yaptırımlar bir tazyik hapsine, bir kısmı yine ceza hukuku yaptırımını gerektiren düzenlemeler olarak kalmak üzere, bu tazyik hapsine ve disiplin hapsine dönüştürülmüş olan yaptırımlar açısından, bunların, artık, ertelenmesi veya paraya çevrilmesi söz konusu olmayacaktır. Çünkü, erteleme veya paraya çevrilme, ancak hapis cezası açısından söz konusu olabilir. Tazyik hapsi açısından böyle bir şey söz konusu olmayacağı için yaptırım sistemi buna uyarlanmıştır. Kanunlaştığı takdirde sorun çözümlenmiş olacaktır.

BAŞKAN - Sayın Özgenç, yani, yapılan yeni düzenlemeyle hem uygulamanın ihtiyacı karşılanıyor hem bunlar teknik olarak suç olmaktan çıkarıldığı için 5 inci maddeyle de çelişen bir durum söz konusu olmuyor. Disiplin hapsi ya da tazyik hapsi suretiyle hem sanık korunmuş olacak hem de ceza hukuku biliminin verilerine uygun bir düzenleme yapılmış olacak.

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - İhaleye fesat karıştırmaya suçunun 235 inci maddesindeki ifade biçiminde bir tereddüt oluştu. Orada hizmet ihalesi, mal veya hizmet alım veya satılmasından söz ettik. Aslında, bir yapım işi de mahiyeti bakımından bir hizmettir; ama, bu hizmet, mesela bir inşaat yaptırıyorum, inşaatın malzemesini ben temin ediyorum, ama bir firmaya bunun sadece inşasını gerçekleştirme konusunda firmadan hizmet satın alıyorum ya da bir müteahhitten hem malı hem de o malla beraber bu binanın yapılmasına yönelik hizmeti satın alıyorum. Bu bakımdan, bizim formülasyonumuzda hizmet ihalesi yapım ihalesini de kapsar. Yapım ihalesi, bir hizmet ihalesi türünden ibarettir. Fakat, ihale mevzuatımızdaki tanımlamalar, kavramlar karşısında hizmet ihalesinin yanında ayrıca yapım ihalesi kavramının kullanılması dolayısıyla bir tereddüt oluştu. Bu tereddüt Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından da dillendirildi, özellikle Anayasa Mahkemesi'nde Yüce Divan sıfatıyla yapılan yargılamada bunların bir sorun olarak karşımıza çıkabileceği endişesi doğdu. Biz, düşüncemiz olarak bunu böyle ifade ettik; fakat, amaç, sadece bir düşüncenin inadı peşinde olmak değil, uygulamada bir sorunun giderilmesi yönünde bir düzenleme yapmaktır. Bu bakımdan 5328 sayılı Kanunla 235 nci maddeye "hizmet ihaleleri ile yapım ihalelerine" demek suretiyle hizmet ihalesinin yanında yapım ihalesinin de ayrıca kanun metninde ifade etmiş bulunmaktayız.

Bu kanuna ilişkin sorunların açıklanmasında madde gerekçelerinin çok önemli olduğunu, madde gerekçeleriyle birlikte kanun metninin okunmasının anlamayı kolaylaştırması bakımından çok önemli olduğunu da vurgulamak isterim.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş olan şirketler; burada bizim için önemli olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirak oranı değildir. Ben, bir defa, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olarak adım bu şirketin kuruluşunda geçiyorsa, toplumda o şirket bünyesinde yürütülen faaliyetlerin adalet esasına göre yürütüldüğü konusunda bir güven oluşur. Bu krediden yararlanan bir şirketin yöneticilerinin dürüst hareket etmesi gerekir. Bu bakımdan, böyle bir ayırım öngörülmemiştir.

ihaleye fesat karıştırma suçundan söz ederken, mutlaka, bu, Kamu İhale Kanunu veya Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olan kurumları ifade etmiyor veya bundan şöyle bir anlam da çıkarılmamalıdır: Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş olan şirketler de bu hüküm sayesinde Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre ihale yapacaklardır. ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olduğundan, bu ihalenin, mutlaka, Kamu İhale Kanunu veya Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre bir ihale olmasını gerektirmemektedir.

Bir ihale usulünün değil de salt diğer bir ihale usulünün benimsenmesi bir fesat olarak düşünülmez, düşünülmemelidir. Önemli olan, bunun sonucunda bir hilenin olması, cebir veya tehdit olgusunun varlığıdır. Bir haksız kazanç elde etme veyahut da kamu açısından zarar meydana getirici bir sonucun ortaya çıkmasıdır; yoksa, belli bir mal veya hizmetin alınmasına ilişkin olarak veya satılmasına ilişkin olarak ihale mevzuatında öngörülmüş olan bir usulün dışına çıkmış olması, müfettiş mantığıyla hareketle ihaleye fesat olarak her zaman için mütalaa edilmemelidir.

Çevreye karşı suçlarla ilgili olarak şunu söyleyebiliriz: Çevre konusundaki düzenlemeler, suç tanımları ileri bir tarihte yürürlüğe girecektir. Bugün itibariyle bu düzenlemelerin yürürlüğe girmesinin, sanayi sektörü ve yerel yönetimler açısından ciddi bir sorun ortaya çıkarabileceği öngörülmüştür. Bu bakımdan, ileri bir tarihe kadar, yani çevrenin, bu türlü sektörlerin gerekli altyapıyı tesis etmelerine imkân sağlayacak bir zaman sonra bunların yürürlüğe girmesi amaçlanmıştır. Bu süre, bizim tarafımızdan belirlenmemiştir, siyasi irade olarak belirlenmiştir. Bu süre yeterli midir ülkemiz şartları bakımından; bu tartışılabilir; ama, böyle bir suç tanımı yapacaksa, bunu, mutlaka, bu suç tanımlarının ileri bir tarihte yürürlüğe girmesi konusunda düşüncemizi ifade etmiş bulunmaktayız ve bu da iki yıl olarak kabul edilmiştir.

BAŞKAN - Ben de şunu eklemek istiyorum: Çevreye karşı suçlar düzenlemesini yaptığımız zaman, anlaşıldı ki, Türkiye'de çevreyi kirleten kurumların başında kamu kurumları geliyor ve en çok da onlar bunun ertelenmesini istedi. O bakımdan da böyle bir erteleme söz konusu oldu, ama, gerek imar kirliliği gerek diğer düzenlemelerle bu anlamda ülkede çok önemli bir adım atılmış olacak.

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ - Kuyumcu sektörüyle ilgili olarak özellikle bir hususu vurgulamak istiyorum. Kuyumcuları potansiyel suçlu konumuna getirmeye yönelik bir düzenleme olarak bunu düşünmeyin. Buradaki "bilerek" ifadesi, aslında, sadece doğrudan kastı ifade ediyor. Muhtemelen suçun muhtemel kastla işlenmiş olması halinde, kişinin normalde cezalandırılmaması gerekir; ama, bugüne kadar kanunda "bilerek" ifadesi geçtiği halde, Yargıtay'ımızın bütün uygulamalarında muhtemel kastın varlığı halinde dahi suç eşyasını satın alma suçundan dolayı mahkumiyet kararları onanmıştır.

Bizim buradaki hareket noktamız şu: Kuyumcu bir kişi, kendisine satış için getirilen altınların, bir suçtan elde edildiği konusunda kuşku duyuyorsa, bunu satın almaması lazımdır. Kuşku duyduğu takdirde, bunu duymasına rağmen satın almışsa, ceza hukuku yaptırımını, bugüne kadar olduğu gibi, gerektiren bir fiille karşı karşıyayız; ama, bunun suçtan elde edildiği konusunda bir kuşkusu yoksa ve bu düşünceyle bunu satın almışsa, burada ceza hukuku bakımından sorumluluğu gerektiren bir durum yoktur. Yani, bizim kanun maddesine "bilerek" ifadesini yazmamakla Yargıtay'ın bugüne kadar olan uygulamalarını kanuna uydurmuş oluyoruz; yani ya kanunu Yargıtay'ın uygulamalarına uyduracaksınız ya da Yargıtay'ın uygulamalarını kanuna uyduracaksınız. Bugüne kadar Yargıtay'ın uygulamaları kanuna uymadığı için, kanunu, Yargıtay'ın bugüne kadar geliştirdiği uygulamalara yönelik bir düzenleme yapmış bulunmaktayız.

Zaman darlığı dolayısıyla bütün soruları cevaplandıramadım; özür diliyorum.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Buyurun Türkkan Hocam.

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN - Arkadaşımızın endişelerinin aynısını ben de duydum. Yani, bu istatistiklerle ilk karşılaştığım zaman, Türkiye'nin özgürlük endeksinde dünyada 123 ülke arasında 103 üncü sırada olması beni de çok şaşırttı. Hatta Slovakya'da bir konferansta bunu yapan enstitünün yetkilileri vardı, onlarla da bu konuyu konuştum; onlar beni ikna etti. Detayları okuduğum zaman, hakikaten bunun doğru olduğunu gördüm.

Türkiye'de devlet biraz daha büyük zannediyordum, halbuki bu endekste devletin büyüklüğu açısından Türkiye 10 üzerinde 7 civarında bir not alıyor. Orada bir küçülme zaman içerisinde olmuş, o yansımış. Şimdi, bu, iki yıl geriden devam ediyor. Dolayısıyla, şu andaki durumumuz da aynı. Mesela enflasyonda dünyada ilk 10 arasındaydık, şu anda 30 arasındayız, yani daha iyi olacak.

Ceza yasalarında değişiklikler oldu, bunlar henüz yansımadı endekse. Şu andaki endeks, muhtemelen ondan daha iyi bir sonuç veriyor ekonomik özgürlükler açısından.

Ekonomik cezaya suç meselesine gelince; orada da söylediğim gibi 16 enstitü var, bunlardan 12'si Türkiye'yle ilgili araştırmayı yapanlar. Bunların ortalaması alınıyor.

Ben, bu enstitülere baktım biraz, o kuşkuyu çünkü ben de duydum ve bunlar fevkalade saygın enstitüler ve tabii ki, bunların rakipleri de var. Yani, başkana da sık sık itirazlar oluyor, mesela dünyanın en yoz ülkesi seçilmişsiniz, bu ülke müthiş itiraz ediyor, nasıl olur; o da diyor ki: "Siz, yoz değilsiniz, ama yoz olarak algılanıyorsunuz." Bu algılama meselesi çok önemli.

Ben şunu da düşünüyorum, Türkiye'de bu hâkim ve savcılar, böyle birtakım doğru dürüst altında destek olmadan iddialarla ortaya çıkılması, yani hiçbir doğru dürüst delil olmadan işte, medyaya da sızdırılıyor, gayet güzel fiyaka yapıyorlar piyasada, işte birtakım arkadaşlar. Bu türlü şeyler Türkiye'yi tahrip ediyor, belki olduğundan daha da yoz algılanmamıza neden oluyor. Dolayısıyla, meselenin bu yönünün de düzeltilmesi lazım, aslında bu da bizim adalet sistemimizdeki bir aksaklık. Yani bir suçlama yapılırken, özellikle de bunu basına yansıtırken, insanın elinde doğru dürüst delil olması lazım. Bakıyoruz, beş gün sonra herkes serbest kalıyor veya suçsuz ilan ediliyor. Bu açıdan da bir etkisi olduğunu ben de hâlâ düşünüyorum. Dolayısıyla, ama, bu yoz algılanmak yoz olmaktan daha beter. Hani şuyuu vukuundan daha kötüdür diye bir laf vardır ya, aslına bakarsanız, yabancı sermaye Türkiye'ye gelirken bu endekse bakıyor, kötüyse gelmiyor. Bir sürü karar bu şekilde alınıyor, dolayısıyla, veya adamlar mesela ihaleye katılırken, rüşvet parasını da ayrıca koyuyorlar.

Size şunu söyleyeyim, ben, bunlardan çok da fazla bir gerçekten çok fazla sapma olduğunu düşünmüyorum. Türkiye'de kurallara uyan insan açısından, kurallara uymayanlar değil, kurallara gerçekten uyan insan açısından ekonomik özgürlükler açısından fevkalade sıkıntılı bir durum olduğu ortaya çıkıyor. Vergi kaçırmayan, tam kayıtlı ekonomi yapan, bütün belgeleri gerektiği gibi sonuna kadar almak isteyen bir insan için bu fevkalade zor.

Son olarak şunu söyleyeceğim: Ben şahsen bir vatandaş olarak, yani düzgün bir vatandaş olayım diye bir ara bir kendim çaba içerisine girdim, vergimi, arazilerimin vergisini tam olarak ödemek istedim ve ödeyemedim. Şu anda, ben, dolayısıyla, yoz bir vatandaşım, çünkü vergimi gereğinden daha düşük gösterdim. Bana dediler ki, bütün sistem bozulur dediler. Siz, gerçek arazi üzerinden, arazinin gerçek değeri üzerinden verirsiniz, bütün sistem bozulur diyorlar. Yani, devletin, insanları, tam düzgün, dürüst bir şekilde hareket etmeye teşvik etmeyi bir tarafa bırakın, ondan iten birtakım davranışları olduğunu bilmemizde çok büyük yarar var diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Ben de Erdal Türkkan Hocama çok teşekkür ediyorum.

Saygıdeğer konuklar, 1 saatlik yemek arası veriyoruz.

Çok teşekkür ediyorum.



ÜÇÜNCÜ OTURUM

FİKRÎ VE SINAÎ MÜLKİYET HAKLARI

OTURUM BAŞKANI:

Doç. Dr. Ali ULUSOY - A.Ü. Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı

KONUŞMACILAR:

Prof. Dr. Alper GÜVEL - Çukurova Üniversitesi

Türkay ALICA - Ankara Hâkimi

Serdar ARIKAN - Ankara Hâkimi

—○—

BAŞKAN - Değerli katılımcılar, sempozyumun Üçüncü Oturumunu açıyorum.

Adalet Bakanlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'ne, bu derece önemli ve güncel bir konuda böyle bir sempozyum düzenlediği için teşekkür ediyorum.

Üçüncü oturumumuzun konuşmacılarını kısaca tanıtmak istiyorum.

Sayın Prof. Dr. Alper Güvel, Çukurova Üniversitesi'nde Öğretim Üyesi, Fikrî Mülkiyet Haklarının Ekonomik Analizi konulu sunuş yapacak.

İkinci konuşmacımız Sayın Türkay Alıca, Ankara Hâkimi. Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Haklarının Ceza Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar Konulu sunuşu olacak.

Üçüncü konuşmacımız Sayın Serdar Arıkan, Ankara Hâkimi ve Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hakları Hukuk Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar konulu sunuşu olacak.

Sayın Prof. Dr. Alpel Güvel'e söz veriyorum; buyurunuz.

Prof. Dr. Alper GÜVEL - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Değerli konuklar, fikrî mülkiyet hakları son derece güncel bir konu ve gelecekte de önemini giderek artırarak hayatımıza girecek; ancak, daha çok hukuksal bir konu olarak incelenmiş durumda ve hukuk terminolojisi içerisinde açıklanıyor, algılanıyor. Halbuki, olayın gerisinde ekonomik bir boyut var, muazzam bir ekonomik evren var. Fikrî mülkiyet haklarının ekonomik evren içerisindeki yeri ve anlamı üzerine çok fazla bir açıklama yapılmış değil. Bu, sadece Türkiye'de değil, dünyada da böyle. Dünyada da fikrî mülkiyet haklarının ekonomik açıklamaları son bir iki yıldır ön plana çıkmış durumda. Ben, bu literatürdeki birikimi sizinle paylaşmak istedim.

Fikrî mülkiyet haklarının ön plana çıkmasının en temel nedeni, günümüzün zenginleşme, servet biriktirme, ekonomik büyüme modeliyle bağının giderek artıyor olması. Bu anlamda insanlık tarihi içerisinde ekonomik yapılar, hukuk normları ve zenginleşme modelleri arasında belirgin bir ilişki var; siyasal yapılar, hukuksal normlar büyük ölçüde dönemin hâkim zenginleşme modeline göre yapılıyor. Bu çerçevede insanlık tarihini 4 ana dönem içerisinde ele almak mümkün.

Birincisi, tarım devrimi ve sonrası dönemdeki insanlık tarihi. Bu dönemin servet kaynağı toprak. Ticarî kapitalizm aşaması, günümüzden 500 yıl önce karşımıza çıkan bir yapı, servetin kaynağı kıymetli madenler, altın ve gümüş. 230 yıl önce yaşanan sanayi devrimi sonrası dünyada servetin kaynağı maddî varlıklar, özellikle fiziksel sermaye stoku.

Günümüzden 15 yıl önce yaşanmaya başladığını ifade edebileceğimiz bilişim ve teknolojik devriminde ise servetin kaynağı yeniden tanımlanıyor ve gayri maddî varlıklar olarak karşımıza çıkıyor.

Yeni ekonomide varlıkların değerinin büyük bir kısmı gayri maddî varlıklarla açıklanmakta. Bu gayri maddî varlıklara fikrî mülkiyet de deniyor. Fikrî mülkiyet, en basit anlamda insan zekasının ürünü olarak gerçekleşen her türlü gayri maddî varlık. Gayri maddî varlıklar, kolektif olarak tüketilebilen, yani dışlama etkisi olmayan ve yeniden üretilmesi çok ucuz olan varlıklar. Bu yönüyle sosyal mallara benziyor.

Kamusal mallar gibi gayri maddî varlıkların sosyal faydaları yüksek; ancak, fiyatlandırılmaları son derece güç. Bu noktada internet giderek hayatımıza daha derinden girmeye başlıyor ve iki ucu keskin kılıç gibi işlemekte, bir yandan gayri maddî varlıkların yayılmasını hızlandırarak sosyal faydasını daha çok artırmakta, diğer yandan da potansiyel kullanıcıların girişini kolaylaştıracak varlıkların fiyatlandırılmasını daha da güçleştirmekte.

Bu noktada gayri maddî varlıkların yaratıcısı dışındakiler tarafından üretiminin ve ticarete kullanımının engellenmesi ve fiyatlandırılabilmesi yeni ekonominin temel

problemi olarak ortaya çıkmakta. Bu temel problemin tek çözümü fikrî mülkiyet haklarının korunması. Gayri maddî varlıkların yaratıcısı dışındakiler tarafından üretim ve ticarete kullanımının engellenmesi ve fiyatlandırılabilmesi ancak fikrî mülkiyet haklarının korunmasıyla mümkün olabilecek.

Fikrî mülkiyet hakkı, en basit anlamında, gayri maddî varlıklar üzerindeki mülkiyet hakkı ve bu fikrî mülkiyet haklarının içeriğini iki şekilde ifade etmek mümkün. Bunlar, ahlakî haklar ya da kişisel manevî haklar ve ekonomik ya da Türkiye'de daha çok kullanılan ifadeyle malî haklar.

Ahlakî fikrî mülkiyet hakkı, yazarın, mucidin adının, onur ve şöhretinin, çalışmanın bütünlüğünün korunması hakkıdır. Ahlakî haklar devrolunamaz ve miras bırakılamaz; yani, Yaşar Kemal, öldükten sonra, ben vasiyet bırakıyorum, benim kitaplarımın yazarı oğlum olacaktır diyemez, o kitapların yazarı Yaşar Kemal, bunu hiçbir şekilde devredemez ve miras olarak bırakamaz.

Ekonomik fikrî mülkiyet hakları ise yaratıcı aktivitenin ürünü olan, eseri ya da yeniliği kullanma, çoğaltma, dağıtma, değiştirme gibi haklardır. Becerilerin, yaratıcılığın, kaynakların ve teknolojinin elde edilebilirliğini ve kontrolünü mümkün kılan, mucide, sahibine ya da lisans sahibine rekabet üstünlüğü ve gelir avantacı sağlayan meşru hakların toplamıdır.

Ekonomik fikrî mülkiyet haklarını korumanın en etkin ve maliyetsiz yolu, yasal fikrî mülkiyet haklarının güçlendirilmesidir. Yasal fikrî mülkiyet hakları, hukuksal metinlerde belirtilen fikrî mülkiyet haklarıdır. Başlıca türleri, dünya fikrî mülkiyet örgütünün kuruluş anlaşmasının 2 nci maddesinin sekizinci fıkrasına göre şunlardır: Öncelikle edebî, sanatsal ve bilimsel çalışmalar. İcracı sanatçıların icraları, fonogramlar ve yayınlar, her alandaki buluşlar, bilimsel keşifler, endüstriyel tasarımlar, ticarî markalar, hizmet markaları, işletme adları ve dizaynları, haksız rekabete karşı koruma, endüstriyel bilimsel edebî ve sanatsal alanlardaki fikrî faaliyetlerden kaynaklanan bütün diğer haklar.

Bu çerçevede yasal fikrî mülkiyet haklarını iki ana gruba ayırmak mümkün. Bunlardan birinci grup telif hakları ve bağlı haklar, ikinci grup sınaî haklar. Telif hakları, edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasını amaçlayan haklar. Bunlar, fikirleri değil ifadeleri korumakta. Yasayla yazarlara, bestecilere, yayıncılara ve diğer kişilere edebî, müzikal, dramatik, sanatsal ve dijital çalışmaların basımı, satışı ve dağıtımını imtiyazının tanınması. Gazete makaleleri, romanlar, çizimler, resimler, mimari çalışmalar, müzik, dans, fotoğraflar, filmler, sanatsal icralar üzerindeki fikrî mülkiyet hakları bu gibi telif haklarının başlıca örnekleri.

Sınaî mülkiyet hakları ise kişilerin buluşları ve yenilikleri uygulama, tasarımları kullanma, ürünü üretme ve satma hakkına sahip olmalarını sağlayan gayri maddî bir haktır. Başlıca örnekleri, patent ve faydalı model belgesi, ticaret ve hizmet markaları, endüstriyel tasarımlar, ticarî sırlar, coğrafi işaretler, ticaret unvanları ve

işletme adlarıdır. Bunlar içerisinde en önemlileri patent ve faydalı model belgesi, ticaret ve hizmet markaları, endüstriyel tasarımlar.

Çeşitli sınaî hakların başlıca işlevleri de şöylece belirtilebilir: Patent ve faydalı model belgesinin işlevi fikir ve buluşları korumaktır. Endüstriyel tasarımın işlevi ürünün genel dış görünümünü ve tasarımı korumaktır. Ticaret markasının işlevi, ürünün aidiyetini, işaret, yazı, sembol, renk ve resim gibi ürünün aidiyetini belirten ifadeleri korumaktır. Ticaret unvanı, işletme sahiplerini koruma amacına hizmet eder. İşletme adı, işletmeleri korur. Hizmet markası, yine hizmetin işaretini, yazısını, sembolü, rengi vesair gibi hizmet aidiyetini belirten ifadeleri korur. Coğrafi işaret, ürünün coğrafi bölgeyle bağlantısını korur ve bunları birbirinden ayırır. Örnek vermek gerekirse, bir sandalyenin çalışma prensibini ve mekanizmasını korumak patent ve faydalı model belgesiyle mümkündür. Görünümünü korumak, endüstriyel tasarım belgesiyle mümkündür. Kaynağını belirtmek için de marka belgesi alınmalıdır.

Fikrî mülkiyet haklarının ömürlerine gelince; patentler 20 yıllık bir ömre sahiptir, faydalı model belgesi 10 yıl, telif hakları 70-100 yıl arasında, endüstriyel tasarım belgesi de 5-15 yıl arasında ömre sahiptir, ticarî markalar potansiyel olarak sonsuz, ticarî sırlar yine potansiyel olarak sonsuz, coğrafi işaretler de potansiyel olarak sonsuz bir ömre sahiptir.

Niçin yasal fikrî mülkiyet hakları sorusunun cevabını da, yasal fikrî mülkiyet haklarının hukuksal ve ekonomik rasyonelleri çerçevesinde ifade edebiliriz. Yasal fikrî mülkiyet haklarının hukuksal rasyonelleri büyük ölçüde sosyal sözleşme teorisine dayanmaktadır. Bu kapsamda iki temel hukuk teorisi karşımıza çıkar; birisi doğal hukuk teorisi, diğeri pozitif hukuk teorisi. Doğal hukuk teorisine göre, fikrî mülkiyet hakkı kendiliğinden doğan bir doğal haktır, devlet tarafından yaratılmamıştır ve devletçe şekillendirilemez. Pozitif hukuk teorisine göre ise fikrî mülkiyet hakkı devlet tarafından yaratılan bir haktır, devletin doğru ve adalet hakkındaki yargılarına bağlı olarak devlet tarafından şekillendirilebilir.

Fikrî mülkiyet haklarının ekonomik rasyonelleri ise politik yarar teorisi çerçevesinde açıklanmaktadır. Buna göre, fikrî mülkiyet hakları, ekonomik davranışı etkileme ve sosyal refah hedeflerini koruma aracıdır. Burada karşımıza çıkan ilk rasyonel ekonomik teşvik rasyonelidir, ikincisi rekabeti artırma ve girişimci yeteneğini koruma rasyonelidir, üçüncüsü bilimin, teknolojinin ve yaratıcılığın organizasyonu rasyonelidir.

Ekonomik teşvik rasyonelinde amaç sosyal faydayı artırmaktır; yenilikçi ve yaratıcı olma yönelimlerini teşvik eder, kaynak kullanımında ve dağılımında etkinliği teşvik eder, yeniliklerin açıklanmasını teşvik eder.

Rekabeti artırma ve girişimcilik yeteneğini koruma rasyoneli, endüstriyel gelişmeyi artırmak için açıklanan bir rasyoneldir.

Bilimin, teknolojinin ve yaratıcılığın organizasyonu rasyoneli ise enformasyon yayılımını artırma amacına hizmet eder, yine ekonomik teşvik rasyoneli gibi yeniliklerin açıklanmasını teşvik eder ve standardizasyonu, düzeneği, enformasyon artışını, enformasyon yayılımının artmasını sağlar.

Ekonomik rasyoneller çerçevesinde fikrî mülkiyet hakları yeni ekonomide çok önemli işlemlere sahiptir. Bu ekonomik işlemler, ulusal ekonomi ölçeğinde ve firma ölçeğinde açıklanabilir. Ulusal ekonomi ölçeğinde fikrî mülkiyet hakları, ekonomik refahın ve ekonomik büyümenin temelidir. Gayri maddî varlıkların sosyal getirisi özel getirisinden daha yüksektir. Bu nedenle, gayri maddî varlıkların üretimi bir ekonominin refah düzeyini artıracaktır.

Ekonomik büyümeyle bağlantısına gelince, kurumsal olarak bir ulusal ekonominin nispi verimliliği teknolojiyi absorbe etme kapasitesine bağlıdır. Gayri maddî varlıklara özellikle de bilgi ve enformasyon varlıklarına yatırım yapılması, toplam faktör verimliliğinde sürekli bir artışa yol açarak ekonomik büyümeyi hızlandıracaktır. Bilgi ve enformasyon varlıklarına eksik yatırım yapılması, toplam faktör verimlilik artışını ve ekonomik büyümeyi sınırlandıracaktır.

Ekonomik refah ve büyümenin temeli olan bilgi ve enformasyon varlıklarına niçin eksik yatırım yapıldığı problemi iktisadın en önemli problemlerinden biridir. İktisatçılar bunu iki şekilde açıklar: Birincisi, tam rekabetin olmamasıdır; tam rekabetin olmaması bilgi ve enformasyon varlıklarına eksik yatırım yapılmasına yol açmaktadır. İkincisi, bilginin ticarileştirilememesidir. Tam rekabetin olmaması ile fikrî mülkiyet haklarına eksik yatırım yapılması arasındaki ilişki şöyle açıklanabilir: Ekonomik büyüme, öncelikle projelerin yenilikçi yaratım ve rekabetçi seleksiyon sürecinden geçerek, ekonomiye, yeni fikirler, projeler ya da firmalar olarak intikal etmesine bağlıdır. Bu rekabetçi seleksiyon süresi, firmaları reorganizasyona ya da piyasadan çıkmaya zorlar. Bu noktada tam rekabet koşullarının işlenmesi ve sağlıklı bir çıkış süreci sürdürülebilir büyüme açısından kritik öneme sahiptir. Kaybedenlerin çıkışını sağlamayan bir rekabet açığı, kazananlar üzerinde maliyet yükleyerek, yaratıcılıklarını ve yenilikçilik teşviklerini azaltacaktır.

Bilginin ticarileştirilememesi ve fikrî mülkiyet hakları arasındaki ilişkiye gelince; bilgi ve enformasyon varlıklarının üretimi ve etkin kullanımı ticarileştirilebilmesine bağlıdır. Bilginin ticarileştirilebilmesi fikrî mülkiyet haklarının düzenlenmesine ve korunmasına bağlı olarak çok çeşitli şekiller alabilir. Bir tam rekabet ortamı olsa dahi fikrî mülkiyet haklarının düzenlenmesindeki açıklar, endüstriyel açıdan değerli bilgiyi ticaret aracılığıyla yeniden dağıtma kapasitesini zayıflatarak yenilikçilik yapma isteğini azaltacaktır. Kötü tanımlanmış fikrî mülkiyet hakları nedeniyle bilgi ve enformasyon varlıklarının ticarileştirilmesindeki eksiklikler yenilikçi aktivitelere eksik yatırım yapılmasının temel nedeni olarak görülmektedir.

Bu çerçevede yeni ekonomide bilgi ve enformasyon varlıklarının ekonomik refah ve

büyüme hedeflerine aktarılması sürecinde ulusal merkezi otoritenin en önemli görevi, bu varlıkların yasal mülkiyet haklarının ekonomik mülkiyet haklarına uygun olarak düzenlenmesi ve desteklenmesidir.

Firmalar açısından incelendiğinde, fikrî mülkiyet haklarının önemli işlevlere sahip olduğu karşımıza çıkar. Fikrî mülkiyet, firma ölçeğinde öncelikle bir şirketin en değerli varlığıdır. Firmaların sermaye piyasasındaki değerleri patent stoklarıyla yakından ilintilidir.

İkinci olarak fikrî mülkiyet, firmalarda gelirin temel dayanaklarından, özellikle de patentler.

Üçüncü olarak da fikrî mülkiyet, bir sermaye kaynağıdır. Risk sermayesinin bir şirketi değerlendirirken gözettiği tek şey fikrî mülkiyettir. Çünkü, teknoloji yapabilen bir firmaya yatırım yapıldığında iş başarısız olsa dahi işletmenin bir bedel karşılığında satılabilmesi mümkündür. Bu nedenle, risk sermayedarları Ocak 98-Temmuz 2000 arasında internet şirketlerine 65 milyar dolar yatırmışlardır. Son iki yılda ise son on yılın toplamından daha çok risk sermayesi yatırılmıştır internet şirketlerine. Türkiye'ye niçin yabancı sermaye gelmiyor probleminin bir cevabı da belki burada aranabilir.

Giderek daha çok bilgiye dayanan günümüz ekonomisinin bütün sektörlerinde başarılı şirket stratejisinin kilit belirleyicisi de bilgi temelli gayri maddî varlıkların yaratılması ve korunmasıdır. Yeni ürünler ve süreçler tasarlamaya yönelik ar-ge yatırımlarının artması ve bu yeni ürünlerin ticarî yaşayabileceğine yönelik piyasa araştırmaları, şirketlerin gayri maddî varlıklar yaratma fırsatını artırmaktadır. Ancak, şirketlerin bilgi temelli gayri maddî varlıklar yaratabilmesi, bu varlıkların anında taklit edilmeye karşı korunmasını gerektirir. Bu koruma, ulusal ve uluslararası düzeylerde fikrî mülkiyet haklarıyla sağlanabilecektir.

Bu çerçevede küresel ekonomide uluslararası fikrî mülkiyet korumasının boyutlarının ve sınırlarının anlaşılması şirket stratejileri açısından da büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede uluslararası alanda fikrî mülkiyet haklarının korunmasına yönelik hukuksal metinler düzenlenmektedir. Bu metinlerle fikrî mülkiyet haklarının uluslararası tesciliyle uluslararası koruması farklı kavramlar olarak karşımıza çıkar. Fikrî mülkiyet haklarında kural olarak ülkesel koruma ilkesi geçerlidir, evrensellik ilkesi geçerli değildir. Günümüzde bir dünya patentinden, markasından ya da tasarımından söz etmek imkânsızdır. Fikrî mülkiyet hakkı sadece tescil edildiği ülkelerin mevzuatı çerçevesinde korunmaktadır.

Fikrî mülkiyet haklarını korumaya yönelik ulusal normların önemli ölçüde değişiklik göstermesi, küreselleşme sürecine ve dünya ticaretindeki artışa paralel olarak uluslararası ekonomik ilişkilerde giderek artan bir gerginliğe yol açmaya başlamıştır. Bu gerginliği azaltma arayışları karşısında son on yılda fikrî mülkiyet haklarının ulus-

lararası korumasına yönelik çabalar artmıştır. Bunlardan bir tanesi bizim açımızdan son derece önemli, çok sayıda önemli anlaşma var, ama bir tanesi son derece önemli; Dünya Ticaret Örgütü'nün kuruluş yasasına ek olarak yer alan ticaret bağlantılı fikrî mülkiyet hakları anlaşması, Türkiye'deki fikrî mülkiyet hakları mevzuatı da büyük ölçüde bu anlaşmaya dayanıyor. Bir diğeri de tabii, Türkiye'deki mevzuatı belirleyen, gümrük birliği anlaşması. Türkiye'de son dönemde uluslararası normlara uygun iç hukuk düzenlemeleri yapılmış durumda, âdeta birebir tercüme gerçekleştirelmış; ancak, uygulama aşamasındaki problemler henüz aşılabilmemiş değil. Uygulamada çok temel problemler karşımıza çıkıyor. Zannediyorum, değerli hâkimlerimiz, uygulama boyutundaki sorunlar hakkında bizleri aydınlatacaklar.

Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

BAŞKAN - Teşekkürler Sayın Güvel.

Sayın Prof. Dr. Alper Güvel, fikrî mülkiyet haklarını özellikle ekonomik boyutuyla irdeledi, genel bir çerçeve çizdi, genel bilgiler verdi. Özellikle sunuşta dikkatimi çeken husus, bunun not edilmesini kendi açımdan yararlı gördüğüm bir husus, ekonomik fikrî mülkiyet hakları kavramı ile yasal fikrî mülkiyet hakları kavramının olabildiğince birbiriyle paralel olması veya aynılaştırılmasının gerektiği. Dolayısıyla, bir ekonomide ekonomik fikrî mülkiyet haklarının ne kadar yasal mülkiyet hakları olarak kabul edilirse, o ekonomide gelişmenin daha kolay olacağı ve özellikle de bilgi enformasyon varlıklarının ticarileştirilmesinin ekonominin gelişmesi için son derece önemli olduğu, fikrî mülkiyet haklarının korunabilmesi için önemli olduğu konusunu not ettim.

Kendisine teşekkür ediyoruz.

İkinci konuşmacımız Sayın Türkay Alica; buyurunuz.

Türkay ALICA (Ankara Hâkimi) - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Yüksek Yargı Organının çok değerli Başkan, daire başkan ve üyeleri, Sayın Müsteşarım, Türk Patent Enstitüsünden Sayın Başkanım ve katılımcılar; tebliğime başlamadan önce saygılarımı sunuyorum.

Tebliğ planını çok kısa bir girişten sonra şöyle sunmak istiyorum: Fikrî mülkiyet hakları, ceza mahkemelerinin kuruluşu ve görev kapsamına değineceğim, fikrî mülkiyete ilişkin suçlar ve yargılama usulüne zaman yettiğince, sadece iki örnek suç yönünden değinebileceğim; çünkü, Sayın Güvel'in sunuşu, esasen benim işimi çok kolaylaştırdı; işin altyapısını, türlerini, fonksiyonlarını özetledi. Görüldüğü gibi çok kapsamlı bir alan, o nedenle iki suç tipini tercih ettim en çok karşılaşılan, onlar üstünde duracağım. Daha sonra mahkememizdeki dava türleri ve sayısı üzerinde duracağım, daha sonra da uygulamada karşılaşılan sorunları zaman yettiği sürece tartışmaya çalışacağım.

Konu: 'Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hakları Ceza Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar'

Hakim Türkay ALICA⁴

İGİRİŞ

Tebliğimi sunmaya başlamadan önce, tüm katılımcılara hoş geldiniz diyerek saygı ile selamlıyorum. Sempozyumun hazırlanmasında katkısı olan herkese, böyle seçkin bir katılımcı topluluğuna hitap etme ve görüşlerimi paylaşma olanağı sağladıkları için çok teşekkür ederim.

Bilindiği gibi bir ülkede fikrî ve sinaî haklar sisteminin etkin bir şekilde işlemesi için, başlıca üç unsura ihtiyaç vardır. Birincisi, görev tanımı iyi yapılmış, aksamadan çalışan kurumsal yapılanmadır. Bununla, özellikle tescil sisteminin geçerli olduğu sinaî mülkiyet alanında iyi organize olmuş Patent Enstitüsü ve marka ve patent vekilleri, yeni bitki çeşitlerinin korunmasında Tarım ve Köyşleri Bakanlığı ile fikrî haklar alanında Kültür ve Turizm Bakanlığı ifade edilmek istenmektedir. İkinci unsur ise biri biriyle ve uluslararası düzenlemelerle uyumlu, tutarlı, kolay anlaşılır yasal altyapıdır. Sistemin üçüncü ayağını, yasalarla tanınan fikrî mülkiyet haklarının hızlı ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayacak yargı organları oluşturmaktadır.

Türkiye, 01.01.1996 tarihinde gerçekleştirilen Gümrük Birliği öncesinde, özellikle 1994-1995 yılları içerisinde fikrî ve sinaî haklar alanında devrim olarak adlandırılan, Türk Patent Enstitüsü'nün kuruluşu da dahil olmak üzere patent, marka, tasarım, coğrafi işaretler alanındaki bir dizi temel mevzuatın birlik müktesebatına uyum çalışmasını hayata geçirmiştir. Böylece sinaî mülkiyet alanında kurumsal yapılanma ve yasal alt yapı unsurları, günün ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde yeniden düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu alandaki yasama faaliyetleri, 08.01.2004 tarih ve 5042 Sayılı "Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun"⁵ ve 22.04.2004 tarih ve 5147 Sayılı "Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun"⁶ ile sürmüştür. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda da 06.07.1995 tarih ve 4110, 21.02.2001 tarih ve 4630 ve son olarak 03.03.2004

⁴ Ankara Hakimi, Ankara Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesi.

⁵ 15.01.2004 tarih ve 25347 sayılı R.G. Kanunun amacı komisyon raporunun genel gerekçesinde "Yurt içinde bitki ıslahçılarının çeşit geliştirmesini özendirerek, yeni çeşitlere ait ıslahçı haklarının korunmasını sağlamak ve aynı zamanda, karşılıklılık ilkesi uyarınca, ülkemiz ıslahçılarında koruma sağlayan diğer ülke ıslahçılarının haklarını da koruma altına almaktır. Bunun sonucunda, yeni bir çeşit geliştiren kişi veya kuruluşların çeşit geliştirme işleminde harcadığı emek, zaman, işgücü, materyal ve para gibi harcamalarını karşılama imkânı tanınacak ve yeni bitki çeşidinin getireceği ayrıcalıklı haklara sahip olma fırsatı sunarak daha sonraki çalışmaları için yeterli desteği bulma şansı verecektir." Şeklinde açıklanmıştır.

⁶ 30.04.2004 tarih ve 25448 Sayılı R.G. Kanunun amacı birinci maddesinde "Bu Kanun hükümlerine uygun entegre devre topoğrafyalarının korunmasını, bu alanda rekabet ortamının oluşturulmasını ve bu suretle sanayinin gelişmesini sağlamaktır." Biçiminde kaleme alınmıştır.

tarih ve 5101 Sayılı Yasalarla önemli değişiklikler yapılarak dar anlamda fikrî haklar alanında kaydedilen uluslararası gelişmeler iç hukukumuza yansıtılmıştır.

Yapılan yasal uyum çalışmalarına, konu ile ilgili uluslararası anlaşmaların imzalanması ve onayı sürecindeki hızlanma eşlik etmiştir. Bu alanda en önemli adımlardan birisi, Türkiye'nin Avrupa Patent Anlaşması (Münih Anlaşması) ve eklerine katılmasının 27.01.2000 tarih ve 4504 Sayılı Kanuna dayanılarak Bakanlar Kurulunca 07.06.2000 tarihinde kararlaştırılması ile atılmış oldu. Öte yandan konuyu küresel ölçekte düzenleyen ve 15.04.1994 tarihinde imzalanarak 01.01.1995 tarihinde yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ile bu anlaşmanın eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS), 26.01.1995 tarih ve 4067 Sayılı Kanunla⁷ uygun bulunarak mevzuatımızın parçası haline gelmiştir.

Yasama organı tarafından fikrî ve sınaî haklar sisteminin kurulması ve düzenlenmesi çok önemli olmakla birlikte, yeterli değildir⁸. Yasalarla vazedilen sisteminin somut bir anlam ifade edebilmesi için, bu hakların uygulanması, başka bir deyişle mahkemeler önünde hayata geçirilmesi gerekmektedir.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ve Avrupa Birliği Komisyonunun işbirliği ile geçen yıl sonuçlandırılan, "Türkiye'de Fikrî ve Sınaî Hakların Etkin Uygulanması Projesi", yukarıda özetlenen mevzuatla kurulmaya çalışılan fikrî ve sınaî haklar sisteminin uygulamaya gerçek anlamda aktarılmasını hedeflemektedir. Proje kapsamında Ankara, İstanbul ve İzmir'de Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemeleri kurulmuş, Ankara Üniversitesi Fikrî ve Sınaî Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi (FISAUM) bünyesinde bir kütüphane oluşturulmuş ve bu merkezle Mahkemeler arasında ağ bağlantısı sağlanmıştır⁹.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ihtisas mahkemelerinin kurulması, önemli bir aşama olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. Projenin uzun vadedeki temel hedeflerine ulaşılabilmesi, başka bir anlatımla fikrî ve sınaî hakların etkin biçimde uygulanması için, yukarıda sözünü ettiğim üç temel unsurun yanında, ayrıca siyasi

⁷ 25.02.1995 tarihli R.G.

⁸ Yasama sürecine halkın katılımı, kurulacak sistem üzerinde ilgili çıkar grupları arasında asgari düzeyde bir uzlaşma sağlanması Yasa koyucu tarafından oluşturulan sistemin sağlıklı ve etkin bir şekilde işlemesi ve uygulayıcılar tarafından hayata geçirilmesinde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Katılım ve uzlaşma aranmaksızın gerçekleştirilen yasal düzenlemelerin uygulamaya aktarılmasındaki güçlükler en son örnek ülkemizde Fikir ve Sanat Eserleri Yasasında yer alan ceza hükümleri ile ilgili olarak verilebilir. 21.02.2001 tarih ve 4630 Sayılı Yasa 5846 Sayılı Yasada yer alan ceza süre ve tutarlarındaki ölçsüz artışlar ciddi eleştiri ve uygulama zorlukları ile karşılaşmış ve bu nedenle üç yıl gibi kısa bir zaman geçmiş olmasına rağmen 03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı Yasa ile yeniden düzenlenmesi gerekmiştir.

⁹ Projenin "Hakimlerin Eğitimi"ne ilişkin ayağı hakkında bilgi için bkz. ALICA, Türkay: "Hakimlerin Eğitimi-Katılımcıların Perspektifi", Türkiye'de Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Haklarının Etkin Uygulanması Konulu Uluslararası Sempozyum. İstanbul, 06-07 Mayıs 2004.

kararlılığa¹⁰ ve konunun öneminin toplumun bütün katmanları tarafından kavranmasına da ihtiyaç vardır.

Tebliğde girişi takiben ikinci bölümde, öncelikle Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemelerinin kuruluşu ve görev kapsamı özetlenecektir. Üçüncü bölümde ekonomik suç kavramı içerisinde önemli bir yer tutan fikrî mülkiyete ilişkin suçlardan uygulamada en çok karşılaşılanlar ile bu suçların yargılama usûlü hakkında bilgi verilecek, dördüncü bölümde Ankara Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesine ait sayısal veriler aktarılacaktır. Sunuşun beşinci bölümünde, fikrî ve sinaî mülkiyet haklarına ilişkin ceza uygulamasında karşılaşılan sorunlar üzerinde durulacak ve son bölümde değerlendirme ve önerilere yer verilecektir.

İ-FİKRÎ VE SINAÎ HAKLAR CEZA MAHKEMELERİNİN KURULUŞU VE GÖREV KAPSAMI

A) Genel Olarak

Uluslararası boyutu giderek artan, oldukça teknik ve hızla gelişen bir alan olan fikrî mülkiyet ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü konusunda ihtisas mahkemeleri kurulması, uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesinde önemli bir yöntemdir. Genel olarak fikrî ve sinaî haklar alanında ihtisas mahkemelerinin kurulması yöntemi İngiltere, Almanya ve Fransa gibi belli başlı Avrupa ülkelerinde farklılıklar taşımakla birlikte geçmişi oldukça eski bir uygulamadır. Birleşik Krallık¹¹ ve Almanya¹² örneğinde, yalnızca fikrî ve sinaî haklara ilişkin hukuk davalarına bakmak üzere özel ihtisas mahkemeleri kurulmuştur. Avusturya örneğinde ise, özel ihtisas mahkemesi kurulmamakla birlikte, fikrî ve sinaî haklar hukuk davalarının, diğer davalarla birlikte, sadece Viyana Ekonomi Mahkemesinde, ceza davalarının da Viyana Bölge (Ceza) Mahkemesinde görülmesi sağlanarak bir tür ihtisaslaşmaya gidilmiştir¹³. Elde ettiğimiz veriler bizi yanıltmıyorsa, dünya ölçeğinde yalnızca fikrî ve sinaî haklar alanında doğan davalara bakmak üzere kurulan ihtisas mahkemelerinin tamamı hukuk mahkemeleridir. Bu nedenle, Türkiye’de Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemelerinin kurulması bir ilki oluşturmaktadır. Ancak adı geçen ülkelerde ceza kovuşturmasına başvuru oranının çok düşük olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin

¹⁰ Projenin ülkemizin kararlılığının önemli bir göstergesini ve kaydedilmiş somut bir aşamayı oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu kararlılığın son göstergeleri olarak 09.01.2004 tarih ve 5042 sayılı "Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Hakları Hakkında Kanun" ile 22.04.2004 tarih ve 5147 Sayılı "Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun"dan söz etmek mümkündür.

¹¹ İngiltere’de patent mahkemelerinin yapısı konusunda bkz. ARNOLD, Richard: "Court, Court Procedures and Judges: Common Law Approach", Eposcript, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, A Series of Publications from the European Patent Office, Vol. 6, sh. 475 vd.

¹² Almanya’da ihtisas mahkemelerinin yapısı konusunda bkz. MARSHALL, Hans: "Courts, Procedures and Judges: The German Approach", Eposcript, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, A Series of Publications From the European Patent Office, Vol. 6, sh. 485 vd.

¹³ HOLZER, Walter: "The Role of a Patent Attorney in Infringement Procedure", Eposcript, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, A Series of Publications From the European Patent Office, Vol. 6, sh. 499 vd.

tüm Fransa'da, marka ve telif hakları ihlaline ilişkin ceza mahkemelerince verilen karar sayısının yıllık ortalama 350 adet olduğu ve bunun 100 kadarının marka ihlaline ilişkin bulunduğu belirtilmektedir. Ceza soruşturmasına bu kadar az başvurulmasının nedenleri, deliller toplandıktan sonra, taraf vekillerinin genellikle sulh yoluyla uyuşmazlığı sonuçlandırmayı tercih etmeleri, ceza davalarının vazgeçme ile düşmemesi ve şahsi dava yönteminde şikayetten itibaren sorgu yargıcının dava açması için geçen sürenin iki yıl gibi uzun bir süre olması, ayrıca aksi karar çıkma olasılığının her zaman bulunması olarak gösterilmiştir¹⁴.

İngiltere uygulamasında ise ceza davaları istatistik düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar azdır. Bunun nedenleri, kısmen hukuk davalarının tekniği ve atmosferinin, iş dünyasındaki ilişkilere daha uygun düşmesi, kısmen de, uygulanan geçici ve sürekli tedbirler ile tazminatın, devlet adına ceza verilmesine göre davacılar tarafından daha yararlı bulunmasına bağlanmıştır. Yine bazı suçlar yönünden, bu gerekçelere ek olarak, ceza soruşturmasında, geçici önlemler veya sanıktan delil elde edilmesine ilişkin yargılama öncesi bir yonteme yer verilmemesi ile ceza yargılamasında, sanığın suçluluğu konusunda makul kuşkunun ötesinde kanaat elde edilmesi gerekliliği ve iddia makamı üzerine düşen ispat yükümlülüğünün daha yüksek seviyede olması gösterilmektedir¹⁵.

Ülkemizde açısından ise durum tamamen farklılık arz etmekte, fikrî ve sınaî hakların korunmasında cezai takibata başvuru oranı neredeyse hukuki takibata eşit seviyede bulunmaktadır. Sınaî haklar yönünden söz konusu olan hükümsüzlük davaları ile Türk Patent Enstitüsü kararlarına karşı açılan davalar, nitelikleri itibariyle ayrı tutulacak olursa, ihlal iddiasına dayanan her hukuk davasına çoğu zaman bir cezai takibat eşlik etmektedir. Nitekim bu konudaki sayısal veriler dikkate alınarak, Ülkemiz uygulamasında Fikrî ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemelerine de yer verilmiş bulunmaktadır.

B) Hukuki Dayanak ve Görev Kapsamı

Fikrî ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemelerinin kurulmasını öngören ilk düzenlemeler, sınaî mülkiyeti düzenleyen Kanun Hükmünde Kararnameler olmuştur. Buna göre, Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 Sayılı KHK'nin 146, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 Sayılı KHK'nin 58, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında 555 sayılı KHK'nin 30, Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı KHK'nin 71. maddeleri ile, "Bu Kanun Hükmünde Kararnamelerde öngörülen bütün davalarda, görevli mahkemenin, Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleri olduğu, asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceğini ve bu mahkemelerin yargı çevresini

¹⁴ GOUTAL, Jean Luis: "Criminal Enforcement Against Trade Mark Infringement: French Approach" ", Eposcript, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, A Series of Publications From the European Patent Office, Vol. 6, sh. 172-173.

¹⁵ CORNISH, William-LLEWELYN, David: Intellectual Property: Patents, Trade Marks and Allied Rights, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, sh.60-61

Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun belirleyeceğini hükme bağlamışlardır." Bu hükümlere dayalı olarak, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 13.07.1995 gün ve 503 sayılı kararı ile, adli yargı adalet komisyonlarının bulunduğu ağır ceza merkezlerinde olmak üzere, asliye ceza mahkemesinin, iki asliye ceza mahkemesi mevcut ise, (1) sayılı, ikiden fazla ise (3) sayılı asliye ceza mahkemelerinin, ihtisas mahkemeleri kuruluncaya kadar geçici olarak görevlendirilmesine karar verilmiştir.

Daha sonra 21.02.2001 tarih ve 4630 Sayılı Kanunun 30 maddesi ile 5846 Sayılı Kanunun 76. maddesinde yapılan değişiklikle, bu kanundan doğan davalarda, yasada öngörülen cezaların derecesine bakılmaksızın görevli mahkemenin kurulacak olan ihtisas mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır. Mahkemelerin asliye ceza mahkemesi derecesinde olduğu söz konusu düzenlemelerde açıkça vurgulanmıştır. Bu düzenlemeyi takiben, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 26.03.2001 tarih ve 335 sayılı kararı ile ilk kez İstanbul'da yetki alanı il mülki sınırları olarak belirlenmek suretiyle, "İstanbul Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesi" faaliyete geçirilmiştir. Böylece fikrî ve sinaî hakların ihlalden doğan ceza davaları, haksız rekabet suçları dışında, bir mahkemenin çatısı altında toplanmıştır. Daha sonra 15.10.2003 tarih ve 436 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı ile Ankara ve İzmir'de Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemeleri faaliyete geçirilmiştir. Son olarak 2004 yılı içerisinde İstanbul'da iki yeni ceza mahkemesinin kurulması ile, ülkemizde Fikrî ve Sinaî haklar Ceza Mahkemelerinin sayısı beşe ulaşmıştır.

Bu dönemde, sinaî mülkiyete ilişkin suçlar yönünden KHK'ler ile ihtisas mahkemelerinin kurulmasının, Anayasa'nın 142. maddesinde yer alan 'mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir' amir hükmüne aykırı olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁶. Bu eleştiriye dikkate alan yasa koyucu, 22.06.2004 tarih ve 5194 Sayılı Yasa ile yukarıda adı geçen KHK'lerin ihtisas mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin hükümlerini yeniden düzenleyerek bu tartışmaya son vermiştir.

Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemelerinin görevi kapsamına giren yeni suçlar ihdas eden ve 2004 yılı içerisinde yürürlüğe giren iki yeni yasadın söz etmek gerekir. Bunlardan ilki, 5042 Sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanundur. Kanunun, 66. maddesinde, 56. maddedeki ihlal sayılan eylemler esas alınarak yeni suç tipleri belirlenmiş, 68. maddesinde ise, bir sinaî hak türü olan yeni bitki çeşitleri üzerindeki islahçı hakkı konusundaki uyuşmazlıkların, diğer fikrî ve sinaî hak uyuşmazlıklarında olduğu gibi ihtisas mahkemeleri tarafından çözülmesi hükme bağlanmıştır. Diğer yasa ise, 22.04.2004 tarih ve 5147 Sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanundur. Kanununun 38. maddesinde cezalandırılması öngörülen eylemler belirtilmiş, 31. maddesinde ise yine

¹⁶ Bkz. KESKİN, Serap, Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, sh. 85-86,159.

ihhtisas mahkemelerine ilişkin diğer düzenlemelere paralel bir hükümlle, bu Yasada öngörülen davalara bakmakla görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri olduğu vurgulanmıştır.

Bu bölüme ilişkin açıklamalarımı, fikrî ve sınaî haklar ceza mahkemelerinin görev kapsamına ilişkin bir öneri ile bitirmek isterim. Yukarıda belirtildiği üzere, TTK'nun 64. maddesinde düzenlenen haksız rekabet suçları, fikrî ve sınaî haklar ceza mahkemelerinin görevi dışında bırakılmıştır. Ancak ülkemizin de tarafı bulunduğu, Sınaî Mülkiyetin Korunmasına İçin Uluslararası Bir Birlik Kurulmasına İlişkin Paris Sözleşmesinin (1967 Stokholm Metni) 1. maddesinin 2. fıkrasında açıklandığı ve 9-10. mükerrer maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlendiği üzere, haksız rekabet sınaî mülkiyet türlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Uygulamada sıkça, fikrî ve sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklar, haksız rekabet iddiası ile birlikte ileri sürülebilmekte veya uyuşmazlığın dayanağını her iki alana ilişkin düzenlemeler oluşturabilmektedir. Esasen fikrî haklara ilişkin özel düzenlemeler bulunmadığı hallerde, uyuşmazlığın haksız rekabet hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekmektedir. Örneğin markanın tescilli olup olmadığına ve eylemde işaret veya markanın kullanılış biçimine göre sanık üzerine atılı fiil, marka hakkının ihlali yada haksız rekabet olarak değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle haksız rekabete ilişkin ceza davalarına bakmaya yetkili asliye ceza mahkemeleri ile fikrî ve sınaî haklar ceza mahkemeleri arasında görev sorunu yaşanmaktadır. Bu itibarla haksız rekabet davalarının da ihtisas mahkemelerinin görevi kapsamına alınmasında yarar bulunduğu düşünülmektedir¹⁷.

III- FIKRÎ VE SINAİ MÜLKİYETE İLİŞKİN SUÇLAR VE YARGILAMA USÛLÜ

A) Genel Olarak

Bilindiği gibi, ceza yargılaması hukukunun amacı, toplumun yararını ve bireylerin hak ve özgürlüklerini birlikte gözeterek, maddi gerçeği araştırmaktır¹⁸. Böylece suç işlenmesi ile bozulan haklar dengesi ve toplumsal düzen yeniden kurulacaktır¹⁹. Bu dengenin kurulmasında, çabukluk ilkesi, verilecek kararın toplum ve yargılamanın tarafları açısından yararlı olabilmesi için doğrudan sonuca etkili olmaktadır. Teknolojideki gelişme ivmesi ile küreselleşme ve uluslararası ilişkiler başdöndürücü bir hızla arttıkça, adaletin işleyişinde de aksamalar artmaktadır. Adaletin gerçekleştirilmesinde yaşanan gecikmeler, ekonomik suçlarda, ekonomik istikrar ve gelişme ile toplumsal düzeni olduğu kadar bireysel çıkarları da olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle, teknolojik gelişme ve ekonomik ilişkilerin kazandığı hızla, adalet

¹⁷ Bu konuda yapılacak yasal düzenlemede, yargılama usulünün sınaî haklara ilişkin KHK'ler ile paralel şekilde belirlenmesine özen gösterilmelidir.

¹⁸ Bu konuda bkz. KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Kazancı Hukuk Yayınları, Sekizinci Bası, 1986 İstanbul, sh.19-28.

¹⁹ Adalet ve ceza konusunda bkz. ÇEÇEN, Anıl: Adalet Kavramı, Adalet Kavramının Göreliliği Üzerine Bir Deneme, Genişletilmiş 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, sh.56-60.

mekanizmasının da ayak uydurması, ceza adaletinin gerçekleştirilmesi açısından bir zorunluluktur.

Ceza yargılamasında, tercih edilen kovuşturma yönteminin türü, hızlı, isabetli ve adil bir yargıya ulaşılmasında en önemli etkenlerden birisidir. Fikrî ve sınaî haklara ilişkin suçların kovuşturulmasında ve ceza hükümlerinin uygulanmasında ortaya çıkan sorunların çözümü amacıyla, geçtiğimiz yıl içerisinde çıkarılan yasalarla, maddi ceza hukuku yanında yargılama usulüne ait önemli değişiklikler yapılmıştır²⁰. 03.03.2004 tarih ve 5101 Sayılı Yasa²¹ ile 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ve ilgili bazı kanunlarda, 22.06.2004 tarih ve 5194 Sayılı Yasa ile de, Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 Sayılı KHK, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 Sayılı KHK, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında 555 sayılı KHK ve Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı KHK'nin cezai yaptırımlar içeren hükümleri ile diğer bazı maddeleri yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile getirilen en önemli yenilikten birisi, faydalı modelin de cezai koruma kapsamına alınmasıdır²².

Ancak hemen belirtelim ki, sınaî mülkiyete ilişkin yukarıda sözü geçen dört KHK nin yasalaştırılması çalışmaları ile, bunlara 03.11.1995 tarih ve 4128 sayılı yasa ile eklenen ve cezai yaptırımları düzenleyen hükümlerde değişiklik yapılması çalışmaları halen devam etmektedir²³. Diğer yandan, 5846 Sayılı Yasanın yeniden kaleme alınması da Kültür ve Turizm Bakanlığı ile Avrupa Birliği Komisyonu'nun işbirliği ile yürütülen bir proje kapsamına alınmış bulunmaktadır.

Bu tebliğ kapsamında fikrî ve sınaî haklar ile ilgili suç tiplerinin tamamının ele alınmasına imkan yoktur. Bu nedenle sınaî mülkiyet içerisinde yer alan ve uygulamada en çok karşılaşılan marka suçları ile Fikir ve Sanat Eserleri Yasasında düzenlenen temel suç tiplerine, örnek teşkil etmesi ve bu alandaki sorunların anlatımında açıklayıcı olması bakımından değinilmekle yetinilecektir.

B) Marka Suçları

Hukukumuzda marka ile ilişkili suçlar, 03.11.1995 tarih ve 4128 Sayılı Yasa ile 556 sayılı KHK'ye eklenen 61/A maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır²⁴. Buna göre, marka suçlarını, marka hakkının ihlaline ilişkin suçlar ve diğer marka suçları başlığı altında incelemek mümkündür.

²⁰ 09.01.2004 tarih ve 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Hakları Hakkında Kanun" ile 22.04.2004 tarih ve 5147 sayılı "Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun" yine geçen yıl içerisinde yasama organı tarafından kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu yasalarla korunan haklar yönünden de cezai koruma getirilmiş bulunmaktadır.

²¹ Kanun 12.03.2004 tarihli R.G: yayımlanmıştır.

²² Bu konuda bkz. aşağıda bölüm V/B.

²³ Bu konuda bkz. aşağıda bölüm V/C.

²⁴ Ancak, tescilsiz markalar yönünden TTK'nun 64 . maddesinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin ceza hükümlerinin, koşulları bulunduğu takdirde uygulanabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir.

1- Marka Hakkının İhlaline İlişkin Suçlar

Uygulamada en sık karşılaşılan marka suçları bu grubu oluşturmaktadır. 4128 sayılı yasa ile 556 sayılı KHK'ye ek 61/A-I(c) madde, fıkra ve bendinde yer alan bu suçlar marka hakkının ihlali suçları olarak ta anılmaktadır²⁵.

a) Tipiklik (Kanunilik) Unsuru

Tipiklik yada yasallık unsurunun varlığı yasa koyucu tarafından bir eylemin suç olarak düzenlenmesini ifade eder²⁶. Marka hakkının ihlali suçunun tipiklik unsurunu, 4128 Sayılı Yasa ile 556 sayılı KHK'ye ek 61/A-I(c) madde, fıkra ve bendi oluşturmaktadır. Ancak suçun unsurlarının yasa ile düzenlenmesini ifade eden bu unsur yönünden hukukumuzdaki düzenleme bazı sorunlar içermektedir. Yasa koyucu bu suç tiplerini doğrudan ceza yaptırımını içeren hüküm içerisinde düzenlemek yerine, marka hakkının ihlali sayılan fiilleri belirleyen 61. maddeye atıfta bulunmak suretiyle düzenlemeyi tercih etmiştir. Ancak bu düzenleme biçiminin Anayasanın 2. maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyetinin "hukuk devleti" olma niteliği ile suç ve cezalara ilişkin ilkeleri düzenleyen 38. maddesindeki, "ceza ve ceza yerine geçen tedbirler kanunla konular" ve son olarak 91. maddesinde yer alan, "temel hak ve özgürlüklerin KHK ile düzenlenemeyeceği ilkesiyle" bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 61/A-I-c maddesinin atfı ile 61. maddenin (d) bendinin uygulanması söz konusu olan bir olayda yerel mahkemece ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasını yerinde görerek söz konusu 61. maddenin (d) bendini iptal etmiştir²⁷. İptal hükmü Resmi Gazete'de yayımlandığı 24.05.2004 tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecektir. Yüksek Mahkeme iptal hükmünü, "İtiraz konusu 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendi Anayasa'nın 91. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir" gerekçesine dayandırmıştır. Bu gerekçeye katılmamak mümkün değildir²⁸. Gerçekten de, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi cezaların kanun-

²⁵ Bkz. KESKİN, Serap, Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, sh. 128.

²⁶ Bu konuda bkz. DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir:Ceza Hukuku, Genel Kısım, cilt I, sekizinci bası,Filiz Kitabevi, İstanbul, sh.414-418.

²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 2.3.2004 gün ve Esas 2002/92, Karar 2004/25 sayılı kararı, 25462 sayı ve 24.05.2004 tarihli RG yayınlamıştır.

²⁸ İptal gerekçesinin önem taşıyan bölümü şöyledir. "Yasa Koyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi

la belirlenip, hangi eylemler için uygulanacağını KHK'lerle yapılan düzenlemesine bırakılmamalıdır. Aksi halde temel hak ve özgürlüklerin içinde önemli bir yeri olan bu ilkenin içeriği boşaltılmış olacaktır.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin atf yoluyla cezanın uygulanacağı eylemi KHK düzenlemesine bırakan 61/A-I-c hükmünü iptal etmeme gerekçesine katılmıyoruz. Deyim yerinde ise, Anayasaya aykırılığa neden olan asıl sorumlu, hukuki varlığını devam ettirirken, bu konuda hiçbir katkısı olmayan, marka hakkına tecavüz eylemlerini hukuki yönüyle düzenleyen madde bir bakıma cezalandırılmış ve iptal edilmiştir. Oysa, 61/A-I-c hükmünün göndermede bulunduğu 61. maddede ki diğer bentler de aynı aykırılığı barındırmaktadır. Bu nedenle iptal hükmünün gerekçesi karşısında diğer bentlerin iptali beklenmeden sınaî haklara ilişkin bütün KHK'lar yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır³⁰. Ayrıca ceza hükümleri belirlenirken her bir eylemin maddi unsurları açık, anlaşılır bir dille belirlenmelidir³¹.

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra Mahkememizin 2004/307 esas sayılı dosyası üzerinden 5194 sayılı yasa ile değişik 4128 sayılı yasa ile 556 sayılı KHK'ye ek 61/A-c madde ve bendi ile bu bent hükmündeki atf dolayısıyla aynı KHK'nin 61. maddesinin (a) ve yine bu bent atfıyla 9. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının (b) bentleri aleyhine aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Buna ilişkin kararın gerekçe kısmını aynen aktarmakta yarar görüyoruz. Bu gerekçe esasen sınaî mülkiyet kapsamındaki tüm KHK'ler yönünden uygulamada ortaya çıkan sorunlara işaret etmektedir.

Gerekçe şu şekildedir: "Mahkememizce somut olayda uygulanması söz konusu olan hükümlerin Anayasaya aykırılığı değerlendirilmiş ve aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır;

2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı taşıyan 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında "Hukuk Devleti" ilkesini de saymıştır. Bu ilke, Devletin her türlü eylem ve işlemlerinde uyması gereken hukuk kurallarının olduğu, böylece vatandaşlar yönünden tam bir hukuki

ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemlerin etkisini artırmak ya da bunları hafifletmek veya ortadan kaldırmak yetkisi yasa koyucuya aittir. Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. İtiraz konusu 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir."

³⁰ Bu sempozyumun düzenlendiği tarihte, Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girmesine bir aydan az bir zaman kalmış olacaktır. Ancak henüz marka (ve diğer sınaî mülkiyete ilişkin) kanun tasarısının ve ceza hükümlerine ilişkin düzenlemelerin yasalasma süreci tamamlanamamıştır.

³¹ Türk hukukunun aksine, diğer bazı ülke yasalarında hukuki ihlal eylemine atf yöntemi tercih edilmiştir. Bu ülkelere örnek olarak Fransa ve Birleşik Krallık mevzuatı gösterilebilir.

belirliliğin ve güvencenin sağlandığı bir toplum düzenini ifade eder³². Ancak hukuk devleti ilkesinin hayata aktarılması bazı somut koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır³³.

Ceza hukuku alanında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi başlıca iki unsurun varlığını zorunlu kılmaktadır. Bunlardan ilki, "suç ve cezaların kanuniliği" diğeri ise, "suç ve cezalar arasında ölçülülük" ilkeleridir.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ceza hukuku alanında hukuki güvenliğin gerçekleştirilmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Gerçekten de suç ve cezalara ilişkin temel esaslar ceza hukukunun düzenleme alanına bırakılmayarak Anayasal güvencelere bağlanmıştır. Anayasamızın 38. maddesi bu ilkeyi düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, "Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." İlke, insan hak ve özgürlükleri açısından taşıdığı öneme uygun olarak bu alandaki temel uluslar arası düzenlemelerin de ayrılmaz bir parçası olmuştur³⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de, suç ve cezaların yasallığı ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin asal unsurlarından birini oluşturur ve sözleşmenin koruma sistemi içinde önemli bir yer tutar³⁵. Bu nedendir ki, savaş veya öteki genel tehlike hallerinde dahi sözleşmenin 15. maddesi uyarınca istisna getirilemez. Suçların yasa ile konulmasının bir gereği de, suç tipinin düzenlendiği hükmün "yeterince açık ve anlaşılabilir" olmasıdır³⁶. Aksi halde vatandaşlar yönünden hukuki güvenliğin yeterince sağlandığını söylemek olanaklı değildir. Bir başka deyişle, hangi eylemlerin yasa koyucu tarafından yaptırıma bağlandığının, suçun yasal unsurlarının, ağırlaştırılmış hallerinin yeterince anlaşılır şekilde düzenlenmesi bir zorunluluktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suç öngören hükmün, gereğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olmasını ya da olası belirsizliklerin içtihatlarla aydınlatılmış olmasını yeterli görmektedir³⁷. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir hukukçunun yardımı ile veya içtihatlar yoluyla anlaşılır olmak için, o suç tipinin bir toplumda yeter-

³² İlkenin tanımı ve açıklaması için bkz. ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. baskı, Ankara 2002, sh.113 vd., SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul 1993, 158-159.

³³ Yüksek Anayasa Mahkemesi 'Hukuk Devleti' ilkesinin tanımına da yer verdiği bir kararında bu hususu şu şekilde vurgulamıştır: "Anayasa'nın 2. maddesine göre, Cumhuriyetin temel ilkeleri arasında sayılan hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır". Anayasa Mahkemesinin, 1.7.1998 tarih ve Esas 1996/74; Karar 1998/45 sayılı kararı.

³⁴ Ülkemizin de tarafı olduğu 10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11. maddesinin 2. fıkrası ve 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında bu ilkeye yer verilmiştir.

³⁵ Mahkemenin S.W./İngiltere, 22.12.1995 A 335-B kararı, aktaran: GÖZÜBÜYÜK, Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara 2003, sh.324.

³⁶ Bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age. Sh. 325.

³⁷ Bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age. Sh. 325.

ince tartişılmış ve uygulama olanağı bulmuş olması yanında, bu çalışmalara imkan verecek açıklıkta, üzerinde tartişılabilir sınırlara ve belirliliğe sahip yasal bir metnin varlığına ihtiyaç bulunduğunu söylemek hatalı olmaz. Bu görevin de yasama organı tarafından yerine getirilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Günümüzde bu gereklilik özellikle ticari ceza hukuku alanında kendisini daha fazla hissettirmektedir. Gerçekten de, yasama organının, ekonomik faaliyetin belirli alanlarında yeni suç tipleri oluştururken, ya da bu alanda etkin önlemler getiren yeni düzenlemeler yaparken, insanlık tarihi ile aynı geçmişe sahip, aşağı yukarı bütün toplumlarda suç olarak kabul edilmiş eylemler için yapılan düzenlemelere kıyasla daha belirgin, açık ve anlaşılır olması gerektiği tartişmasıdır. Ancak somut olayda sanık hakkında uygulanması olasılığı bulunan, 5194 sayılı yasa ile değişik 4128 sayılı yasa ile 556 sayılı KHK'ye ek 61/A-c madde ve bendi ile bu bent hükmündeki atf dolayısıyla aynı KHK'nin 61. maddesinin (a) ve yine bu bent atfıyla 9. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının (b) bentlerinin hukuk devleti ve suçların yasallığı ilkelerinin bir gereği olan bu zorunluluğu asgari düzeyde de olsa karşıladığını söylemek imkansızdır.

Gerçekten de, 5194 Sayılı Yasa ile değişik, 4128 Sayılı Yasa ile ek 556 Sayılı KHK'nin 61/A maddesinin (c) bendinin uygulaması en fazla olan "marka hakkının ihlali" suçunun cezasını belirlemekle yetindiği ve suçun unsurlarının tespitini esasen marka hakkının hukuki ihlali hallerini düzenleyen KHK'nin 61. maddesine atf yoluyla düzenlediği kuşkusuzdur. Sözü geçen bu son madde ise, marka hakkına tecavüz hallerini sayarken ilk olarak (a) bendi ile, "Marka Tescilinden Doğan Hakkın Kapsamı" başlığını taşıyan 9. maddenin her türlü ihlaline yer vermiştir. Başka bir deyişle marka hakkının kapsamında yer aldığı hukuken kabul edilebilecek ve marka hakkı sahibince önlenebilecek her türlü fiiller aynı zamanda suç sayılarak cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu durumun tekrardan kaçınmak gibi bir gerekçeyle açıklanmasına imkan yoktur. Marka hakkının hukuki (tazmini) sorumluluk gerektiren ihlallerinin nelerden ibaret olduğunun KHK hükümleri çerçevesinde saptanması bir yana, tescilli markadan doğan hakkın sınırları ve istisnaları ile bu hakka tecavüz kabul edilebilecek eylemlerin vatandaşlar açısından gereğinde bir hukukçunun yardımı ile dahi olsa bilinecek derecede açık olduğunu söylemek gerçekle bağdaşmayan bir yargı olacaktır. Gerçekten de bir markanın, tescilli olduğu mal ve hizmetler ile aynı mal veya hizmetler yönünden aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması suretiyle taklit edilmesi veya bu şekilde taklit edilmiş markaları taşıyan ürünlerin satılması, dağıtılması veya ticari amaçla elde bulundurulması eylemleri (556 Sy. KHK'nin 61. maddesinin b ve c bentleri) ayrı olmak üzere, örneğin marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilen hakların izinsiz genişletilmesi, (556 Sy.KHK'nin 61.md. d bendi) tescilli marka ile benzer olup benzer mal veya hizmetlerde kullanılması nedeniyle halk üzerinde tescilli marka ile bağlantılı olma ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin kullanılması veya tescilli tanınmış bir marka ile benzer işaretlerin, farklı sınıflardaki ürünler için tescilli markanın itibarından haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikte kullanılması (556 Sy.KHK'nin 9. maddesinin b ve c bentleri) hallerinde olduğu gibi, ihlalin saptanması çoğu zaman, markanın karıştırılma ihtimalinin veya

tanınmış marka olup olmadığının belirlenmesinde ürün, pazar payı ve tüketici bazında yapılan piyasa araştırmaları dahil uzun süren bir yargılamayı gerektirmekte ve varılan sonuçlar da çoğu zaman göreceli bulunmaktadır.

Bu gibi durumlarda hukuki (tazmini) sorumluluk öngörülmesi gerektiği kuşkusuz ise de, aynı zamanda hürriyeti bağlayıcı ceza ve işyeri kapatma cezası dahil bir takım ağır cezai yaptırımlar da öngörülmesi yasa koyucunun tercihi olduğu takdirde, ceza hukukunun, tarihin süzgecinden geçmiş ve insanlığın ortak değerleri arasına katılmış ilkelerine uygun bir düzenleme yapılmasını gerektirir. Başka bir deyişle, yasa koyucunun hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluk arasında temel ilkesel farklılıkları gözeterek cezai sorumluluğa ilişkin düzenlemeyi ayrıca ve suç oluşturan eylemin unsurlarına yeterli açıklık sağlayacak bir düzenleme yapması gereklidir. Aksi halde ortaya çıkan aykırılığın, yine hukuk devletinin bir diğer unsurunu oluşturan, yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla giderileceği kuşkusuzdur.

Öte yandan, ceza hukuku alanında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin bir diğer unsuru ise, "suç ve cezalar arasında ölçülülük" ilkesidir³⁸. Buna göre, öncelikle yasa koyucu norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. İlike ceza hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler açısından, bir suç için öngörülen cezanın, bu suçun işlenmesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacına elverişli, gerekli ve bu amaçla orantılı olması şeklinde tanımlanabilir³⁹. Bir başka deyişle "Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur... Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak, adaletli bir ölçü içerisinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindedir.⁴⁰" "Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu orantısallık bağının bulunması, hukuku devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasa koyucu cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır.⁴¹" Yine kural olarak, suçun ve ortaya çıkan toplumsal ve şahsi zararın ağırlığına, failin kişiliğine ve fiilin özelliklerine göre cezanın şahsileştirilmesi olanağının hakime verilmesi de ölçülülük ilkesinin gereğidir. Yasa koyucunun bu kuralları açıkça ihlal eder nitelikte yasa koyması Anayasaya aykırı olacaktır⁴².

Somut olayda uygulanması söz konusu olan yasa hükmünde öngörülen yaptırımlar anılan hükümde 22 haziran 2004 tarih ve 5194 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası "iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası **veya** yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezası **veya** her ikisi, **ayrıca** işyerlerinin bir yıldan az

³⁸ METİN, Yüksel: "Ölçülülük İlkesi- Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi", Ankara 2002, sh.69 vd.

³⁹ METİN, age.sh.70.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesinin 06.06.1991 tarih ve esas 1990/35; Karar 1991/13 sayılı kararı.

⁴¹ Anayasa Mahkemesinin 03.12.1992 tarih ve esas 1992/45; Karar 1992/51 sayılı kararı.

⁴² Maunz/Durig, aktaran METİN, age. Sh. 69-70 dp. not 261.

olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ticaretten men" cezaları olarak belirlenmiştir.

Anılan değişiklik öncesi hapis ve ağır para cezaları ile ayrıca işyeri kapatma ve ticaretten men cezalarının birlikte uygulanması söz konusu iken, yapılan bu değişiklikle hapis veya ağır para cezalarından sadece biri veya her ikisinin birlikte uygulanması hakimın takdirine bırakılmış bir bakıma suç ile ceza arasındaki var olan orantısızlık bizzat yasa koyucu tarafından giderilmeye çalışılmıştır. Ne var ki, yasa da öngörülen hapis ve ağır para cezalarının alt sınırının cezanın, somut olayın ağırlığına göre şahsileştirilmesine imkan vermeyecek bir şekilde yüksek tutulduğu ayrıca, maddede öngörülen ve fer'i ceza niteliğindeki "işyerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ile ticaretten men cezasının" uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hakime bir takdir hakkı tanınmadığı görülmektedir. Bir başka deyişle, somut olayda sanıkta elde edilen ürün sayısı, sanığın marka hakkına tecavüz oluşturduğu saptanan ürünleri bizzat üretilip üretilmediğine bakılmaksızın her koşulda mahkumiyet halinde "bir yıldan az olmamak üzere iş yerinin kapatılması ve aynı süre ile ticaretten men" cezasına da hükmedilecektir. Bu durumun hakime cezayı fiilin vahametine ve failin kişiliğine uyarılma imkanı vermediği ve bu nedenle çoğu zaman suç ile ceza arasında adalete uygun bir oranın kurulmasını engelleyici sonuçlara yol açacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla anılan hüküm "Hukuk Devleti" ve "ölçülülük" ilkelerine açıkça aykırı bulunmaktadır.

Yine, Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez". Yargılamaya konu olayda uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 61/A-c maddesinde cezalar, bu madde atfı dolayısıyla da 61 ve 9. maddelerde ise suç olarak kabul edilen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi, ikinci kısmının ikinci bölümünde bulunmakla, bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle gerçekleştirilmesi mümkün değildir ve aksi hal açık bir Anayasaya aykırılık oluşturur⁴³. Ancak burada iptali gereken hükmün, sadece cezayı belirlemekle yetinerek, suç oluşturan eylemleri 556 sayılı KHK'nin 9. ve 61. maddelerine atfı yoluyla düzenleyen 5194 sayılı yasa ile değişik 4128 sayılı yasa ile anılan KHK'ye ek 61/A-c madde ve bendi olduğunu vurgulamak gerekir.

Mahkememizce, yukarıda açıklanan gerekçelerle, yargılama konusu olayda, sanık hakkında uygulanması söz konusu olan hükümlerin, "Hukuk Devleti", "Suç ve Cezaların Yasallığı", "Ölçülülük" ilkeleri ile Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırı görülerek, re'sen Anayasaya aykırılık denetimi için Anayasa

⁴³ Anayasa Mahkemesinin 02.03.2004 gün ve Esas 2002/92, Karar 2004/25 sayılı kararı.

Mahkemesine başvurulmasına ve bu konuda verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına karar verilmiştir."

b) Maddi Unsur-Hareket

Marka hakkının ihlali suçları seçimlik hareketli suçlar olarak öngörölmüştür. Buna göre seçimlik hareketler olmak üzere aşağıdaki eylemlerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına **veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar** liraya kadar ağır para cezasına **veya her ikisine** , ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine, hükmolunur⁴⁴. Bu eylemler;

1) 9. maddenin ihlalini oluşturan eylemler, ki bunlar:

- Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması,
- Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması,
- Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescilli istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Yukarıda sayılan ve marka hakkının kapsamı içinde kaldığı kabul edilen kullanım aşağıdaki hallerden biri ile birleştğinde suç oluşturur;

- İşaretin mal veya ambalaj üzerine konulması,
- İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması,
- İşareti taşıyan malın ithali veya ihracı,
- İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması.

2) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,

3) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı

⁴⁴ 22.06.2004 gün ve 5194 sayılı yasa ile değişik metin. Metinde değişiklikler kalın (bold) karakterde gösterilmiştir.

taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak,

4) Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,

5) (1) ila (2) bentlerde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

6) Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak⁴⁵.

c) Manevi Unsur

Marka hakkına hakkının ihlaline ilişkin suçların manevi unsuru kasıttır. Genel kast yeterlidir. Ancak 556 Sayılı KHK'nin 61. maddesinin (c) bendinde yer verilen "markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde" biçiminde objektif sorumluluğa yakınlaşan bir ibareye yer verilmiştir. Doktrinde bu halin taksirli sorumluluk olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁴⁶. Ancak bizce burada yine kasıt aranmakla birlikte, objektif belirli ve somut koşulların varlığı halinde sanığın kastının varlığı herkesçe kabul edilebilecek kadar açık ise, sanığın bilmediğini kanıtlaması gereğine işaret eden bir düzenleme ile karşı karşıya bulunduğumuzu kabul etmek daha isabetli olacaktır⁴⁷. Çünkü düzenlemenin temel yaklaşımı kastın aranması yönündedir ve bu yaklaşımdan ayrılmaya yeterli, açık bir ifadeye yer verilmediği gibi, hükmün esasen hukuki ihlali düzenlediği unutulmamalıdır.

d) Hukuka Uygunluk Nedenleri

Literatürde markanın dürüstçe ve ticari veya sınaî konularda kullanımı⁴⁸, marka

⁴⁵ Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası düzenlemesi ve ceza yargılaması hukukunda sanığın susma hakkının bulunmasına karşısında, marka hakkına tecavüz eylemlerini hukuki açıdan düzenleyen bu bendin cezai sorumluluk doğurduğunu kabule olanak bulunmamaktadır. Aynı yönde ÖZGENÇ, İzzet: "Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk", Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, İstanbul 2003, sh. 848.

⁴⁶ KESKİN, a.g.e. sh. 141, aynı yönde bkz. YASAMAN, Hamdi / AYOĞLU, Tolga: Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2004, sh.1077.

⁴⁷ Aynı yönde hükümlere diğer bazı ülkeler mevzuatında da karşılaşılmaktadır. Örneğin 1994 tarihli İngiliz Marka Kanununun 92. maddesinde 'bilerek veya bildiğini kabul için yeterli neden bulunduğu halde' ibaresine yer verilmiştir.

⁴⁸ Aynı yönde Ankara FSHC Mahkemesinin 26.11.2004 gün ve esas 2004/28; karar 2004/449 sayılı kararı "...Müdahil firma adına kayıtlı markanın sanığa ait iş yerinin tabelasında kullanımı yönünden yapılan değerlendirmeye gelince; Gerçektende..... markası otomotiv alanında tanınmış bir marka olup tescil numarası ile müdahil firma adına ticaret markası olarak kayıtlı bulunduğu, sanığın yetkili servis ibaresi olmaksızın genel olarak bilirkişi raporunda belirtildiği üzere yaptığı tamir hizmetinin konusunu oluşturan otomobil türlerini belirtmek amacıyla sadece müdahil firmanın markasını değil yine otomotiv alanında tanınmış olan markasını da içerecek şekilde bir kullanımının söz konusu olduğu ve bu kullanımın 556 sayılı KHK'nin 12.maddesi çerçevesinde dürüstçe ve verilen hizmetin cinsinin belirtilmesi amacıyla sınırlı bulunduğu, bu haliyle müdahil adına kayıtlı markaların ihlali niteliğinde sayılamayacağı, eylemin marka suçlarında hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olan ilgili KHK'nin 12.maddesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği...."

hakkının tükenmesi⁴⁹ ve kullanma ile ayırt edicilik kazanmış bir işaretin bulunması (556 S.Y. KHK md.7/II) halleri hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir⁵⁰. Bir diğer neden olarak önceye dayalı kullanım hakkının bulunması gösterilebilir⁵¹. Bu hallerde hukuka uygunluk nedenlerinin olayda gerçekleşip gerçekleşmediği ceza mahkemesince ön mesele olarak çözülecektir.

2- Diğer Marka Suçları

Bu suçlar 556 sayılı KHK'nin 61/A-I madde ve fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde düzenlenmiş olup uygulamada çok nadiren rastlanmaktadır. Buna göre:

"a) Marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapanlar, marka koruması olan bir eşya veya ambalaj üzerine konulmuş, marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar, kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterenler hakkında, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına **veya ondörtmilyar liradan yir - miyedigimilyar** liraya kadar **ağır** para cezasına **veya her ikisine** hükmedilir.

b) **Mevcut olmadığını** veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde **bu Kanun Hükmünde Karamamenin** devir, intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehneden, bu haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulu-

⁴⁹ Ankara FSHC Mahkemesinin 26.11.2004 gün ve esas 2004/28; karar 2004/449 sayılı kararı : "Sanıkta elde edilen otomobil yedek parçalarının orijinal ürünler olduğunun anlaşılması karşısında, marka hakkı sahibinin izni ile piyasaya sürülmüş olmaları itibarıyla 556 Sayılı KHK'nin 13. maddesi çerçevesinde bu ürünler üzerinde marka hakkının tüketildiği ve sanık tarafından kullanılış biçiminin marka hakkına tecavüz oluşturmadığında kuşku bulunmamaktadır".

⁵⁰ KESKİN, e.g.e. sh. 144. karşı yönde, YASAMAN/AYOĞLU, a.g.e. sh 1081, yazarlar bu hallerde tipe uygun bir eylem bulunmadığından bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından da söz edilemeyeceği görüşündedirler.

⁵¹ Ankara FSHC Mahkemesinin 22.12.2004 gün ve esas 2003/225; karar 2004/550 sayılı kararı 'Açıklanan bu duruma göre sanığın, "....." ibaresini dershane tabelalarında kurucusu ve temsilcisi bulunduğu Eğitim ve Eğitim Araçları Ltd.Şti.adına gerçekleşen kullanımı, bu ibarenin 03/04/1996 tarihinde sözü geçen şirketin ticaret unvanı olarak ticaret siciline kaydedilmesi ile başlamakta olup, katılan firmanın tescilinden önceye dayandığı tartışmasızdır. Bir başka deyişle sanığın, yetkilisi bulunduğu şirketin unvanında, "....." sözcüğünü kullanmaktan dolayı hem 13/5/1996 tarihinde kurulan katılan firmanın işletme adı hem de bu firma adına 17/8/1998 tarihin - den geçerli olmak üzere tescil edilen 202540 sayılı "....." ibaresini taşıyan markaya göre 556 sayılı KHK'nin 7/1-b ve 8/5 madde ve fıkralarında yer alan düzenlenme anlamında önceye dayalı kullanım hakkı bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 20/01/2001 tarih 9368/640 sayılı yayınlanmamış "Çapari" kararında, 7/1-b hükmünü genişleterek davacının ticaret unvanında yer alan "Çapari" kelimesinin başkası tarafından hizmet markası ve işletme adı olarak tescil ettirilmesini anılan hükmün ihlali saymış ve yapılan tescillerin terkinine karar vermiştir. Öte yandan sanığın yöneticisi bulundu şirketin "....." sözcüğünü içeren ünvanının tescili ile buna dayalı kullanımının katılan firma adına markanın tescilinden sonra gerçekleşmesi halinde dahi marka hakkının ihlal edildiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Gerçekten de Yüksek Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 3/7/2000 tarih ve 2000/5334 esas, 2000/6307 karar sayılı "Tömer" kararında, davalının davacı adına kayıtlı "Tömer" markasını afiş tabela ve basılı evraklarında kullanmasının önlenmesi için, öncelikle davalı şirketin ticaret sicilinde tescilli ticaret unvanının terkininin istenmesi gerektiği, hukuken varolan bir hakkın fiilen kullanılmasının engellenemeyeceğine hükmetmiştir'.

nanlar ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korunmasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilânlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyan veya bu amaçla (yazılı ve görsel basındaki) ilân ve reklamlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar hakkında, iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine hükmedilir."

C) Marka Suçlarında Kovuşturma ve Yargılama Yöntemi

Bilindiği gibi halen yürürlükte bulunan ve 01.06.2005 tarihinde yürürlükten kalkacak olan CMUK uyarınca, kovuşturmayı yapan makamın statüsüne göre iki tür kovuşturma yöntemi kabul edilmiştir⁵². Esas itibariyle suçlar kamu adına devlet (organları) tarafından kovuşturulmaktadır. Bu yöntemde suçtan zarar gören kişiler, kamu davasına katılabilirler⁵³. Kamu davasında katılan, şahsi davada davacının sahip olduğu haklara sahiptir⁵⁴. Bu durumda, katılma anında veya daha sonra, hukuk mahkemesinde dava açılmamış olmak koşuluyla, şahsi haklarının hüküm altına alınmasını isteyebilir⁵⁵. Ancak, şahsi hakların karar altına alınabilmesi için, ceza davasında sanığın mahkum olması ve şahsi hakla ilgili karar vermek için yapılacak incelemelerin ceza davasını uzatmaması gerekir⁵⁶.

Ceza yargılamasında ikinci ve istisnai kovuşturma yöntemi ise, şahsi davadır⁵⁷. Bu davada iddia makamının görev ve yetkilerini şahsi davacı kullanacaktır. Ancak bu yöntem istisnai olduğundan CMUK'nun 344. maddesinde sayılan suçlar ile sınırlı olarak kullanılabilir. Maddede sayılan suçların tamamı kovuşturması şikayete bağlı suçlardır. Ancak şikayet kovuşturma türü ile ilgili olmayıp bazı suçlar yönünden kabul edilmiş bir muhakeme şartıdır⁵⁸. Yine bu yöntemde de, şahsi davacı ayrıca şahsi hak davası açabilir. Şahsi hak davası ile şahsi davacı, suçtan gördüğü zararın tazminini, suç eserlerinin ortadan kaldırılmasını ve yargılama giderlerini isteyebilir.

Buradan tekrar marka suçlarının kovuşturulması yöntemine dönecek olursak, buna ilişkin düzenlemenin 556 sayılı KHK'nin 61/A-II madde ve fıkrasında olduğu görüle-

⁵² KUNTER, ege. Sh.207.

⁵³ CMUK.md.363.

⁵⁴ CMUK md.367.

⁵⁵ KUNTER, ege. Sh.207.

⁵⁶ KUNTER, age. Sh. 208.

⁵⁷ 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 04.12.2004 tarih ve 5271 Sayılı CMK şahsi dava yöntemine yer vermemiştir. Anılan Yasanın yürürlüğe girmesi ile mevcut şahsi davalar kendiliğinden kamu davasına dönüşecektir.

⁵⁸ KUNTER, age. Sh. 59-83 ayrıca bkz.ÖZTÜRK, Bahri-ÖZBEK, Veli, Özer-ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. bası, Seçkin Matbaası, Ankara 2001, sh.59.yazarlar kavramı "dava şartı" olarak ifade etmişlerdir.

cektir. Anılan hükme göre, marka suçlarının kovuşturulmasında uygulanan yöntemin temel özellikleri şu şekilde özetlenebilir⁵⁹:

1- Kovuşturulması Şikayete Bağlıdır

Esas itibarıyla şikayet hakkı, marka korumasından doğan hakları tecavüze uğrayan kişiye aittir. Marka korumasından doğan hakları ihlale uğrayandan başka, Kararnamenin 61 inci maddesinde sayılanlar dışında kalan suçlarda Enstitü; **marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapılması** ⁶⁰ ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya herhangi bir sebeple marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilânlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyma veya bu amaçla ilân ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret veya ifadelerin kullanılması durumlarında, 8.3.1950 tarihli ve 5590 Sayılı Kanun⁶¹ veya 17.7.1964 tarihli ve 507 sayılı Kanuna tâbi kuruluşlar ve tüketici dernekleri de şikâyet hakkına sahiptir.

Bir önceki paragrafta italik olarak yazılan metinden de anlaşılacağı üzere özellikle, "mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak ve meslek disiplinini, ahlak ve tesanüdünü korumak"⁶² amaçlarına uygun olarak, yasa koyucu ticaret ve sanayi odalarına belirli suçlar yönünden şikayet hakkı tanımıştır. Ancak hemen belirtelim ki, bu günü kadar sınaî mülkiyet mevzuatında yer alan suçlar yönünden adı geçen meslek kuruluşları tarafından gerçekleştirilmiş bir şikayete tarafımızca rastlanmamıştır. Bunun nedenlerinin araştırılması ve üzerinde durulması gerektiğini düşünmekteyiz.

Şikayet yapılırken marka tescil belgeleri veya örnekleri ibraz edilmelidir. Marka hakkı sahibi dışındaki kişilerin ise, lisans, yetki belgesi gibi dayanak belgelerin aslı veya onaylı örneğini sunması gerekir⁶³. Şikâyet fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıl içinde yapılmalıdır. Ancak mütemadi ve müteselsil suçlarda, temadi ve teselsülün sona erdiğini öğrenme tarihinden itibaren şikayet süresinin başlayacağı pek tabiidir⁶⁴. Örneğin sanık tarafından başkası adına tescilli bir hizmet markasının,

⁵⁹ Marka suçlarının kovuşturma yöntemi ile ilgili yapılan açıklamalar, ilgili KHK'lerde, paralel düzenlemeler bulunması nedeniyle patent, tasarım, coğrafi işaretler aleyhine işlenen suçlar için de geçerlidir.

⁶⁰ 22.06.2004 gün ve 5194 Sayılı Yasa değişik metin.

⁶¹ "Ticaret Ve Sanayi Odaları", "Ticaret Odaları", "Sanayi Odaları", "Deniz Ticaret Odaları", "Ticaret Borsaları",ve "Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği" Kanunu, Yayımlandığı R.G. 15/3/1950 gün ve 7457 sayı.

⁶² 8.3.1950 tarihli ve 5590 Sayılı Kanununun 1. maddesi.

⁶³ Yargıtay 7. CD.'nin 01.02.2001 gün ve 2001/176-887 sayılı ve 29.01.2001 gün ve 2001/137-535 sayılı kararları, aktaran, NOYAN, Erdal: Marka Hukuku, Adil Kitabevi, 1. basım, Ankara 2003, sh.350-351.

⁶⁴ KUNTER, age. Sh. 79-80.

bir tabela üzerinde izinsiz kullanılması suretiyle sürekli şekilde hizmet verilmesi gibi. Şikayet, yazılı şekilde veya beyanın tutanağa geçirilmesi suretiyle sözlü olarak, Cumhuriyet Savcılığına yada CMUK md.151. maddesinde belirtilen mercilere yapılabilir⁶⁵.

Ancak hemen belirtelim ki, bir suçun kovuşturmasının şikayete bağlı tutulmasının amacı, günümüzde, suçtan zarar gören (hak sahibi) ile toplumun göreceği zararlar arasında bir denge kurulmasıdır. Bazı suçlar yönünden, bu suçun kovuşturulması mağdura (hak sahibine) zarar verebilir. Fikrî ve sınaî hak türleri ile bu alandaki suç tiplerine göre farklılıklar göstereceği muhakkak olmakla birlikte, örneğin çoğu zaman 556 sayılı KHK'nın 61.maddesinin, (d) bendinde düzenlenen "marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek" suçunun şikayete bağlı olmaksızın re'sen soruşturulması, marka sahibinin yararına olmayabilir. Çünkü taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir iş ilişkisi mevcuttur. Bu suçun re'sen soruşturulmasından elde edilecek toplumsal yarar, marka sahibinin zararına göre çok daha az olabilir.

Öte yandan, yapılmış olan şikayetin geri alınması, kararın kesinleşmesine kadar mümkündür. Şikayetini geri alan şikayetçi, şahsi haklarını saklı tutmuş olması koşuluyla hukuk mahkemesinde dava açabilir.

Ceza Yargılaması Kanununun şikayetin geri alınması sistemini kabul etmiş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁶⁶. Böylece kovuşturmanın akıbeti ve sanığın cezalandırılması, şikayetçinin arzusuna terk edilmektedir. Oysa, şikayet hakkının kullanılması ile şikayetçi yönünden kamu adına kovuşturma yapılmasında bir sakınca bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu durum marka hakkını ihlal suçlarında olduğu kadar, diğer fikrî ve sınaî haklar alanındaki suçlar için de geçerlidir⁶⁷. Yine şikayetin geri alınmasına olanak verilmesinin, uygulamada yargılama sürecini yavaşlattığı, tarafların kimi zaman anlaşma ihtimalinin bulunduğundan söz ederek süre talebinde buldukları gözlenmektedir. Bu durum, sanıklar ve toplumun diğer katmanları tarafından, suçun öneminin algılanmasına da olumsuz etki yapmaktadır. Tüm bu nedenlerle sınaî haklara ilişkin suçlar yönünden kovuşturmanın şikayete bağlı olması ilkesi korunmakla birlikte, şikayetin geri alınmasına olanak verilmemesi ve bu yönde yasal değişiklik yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yine yasa koyucunun TCK'nun 108. maddesindeki 6 aylık genel şikayet süresinden

⁶⁵ Bu konuda bkz. .ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, age.59-62. ve KUNTER, age. Sh. 73-83.

⁶⁶ Bu konuda bkz, KUNTER, age. Sh. 81, yazar geri alma kurumunun, şikayetin amacı hakkındaki hatalı ve eski devir artığı bir görüşü yansıttığını belirtmektedir.

⁶⁷ Nitekim bazı ülkelerde marka hakkının ihlali suçlarında şikayetin geri alınması kabul edilmemiştir.Fransa örneği için bkz. GOUTAL, Jean Luis: "Criminal Enforcement against Trade Mark Infringement: French Approach" ", Eposcript, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation, A Series of Publications From the European Patent Office, Vol. 6, sh. 172-173. Yazar bunu ceza soruşturmasının tercih edilmemesine gerekçe olarak göstermektedir.

ayrılarak 2 yıl gibi uzun bir süre kabul etmesini, makul nedenlerle açıklamak zor görünmektedir.

2- Kovuşturma Kamu Adına Yapılır

Şikayet üzerine C. Savcısı soruşturmayı yaparak, delilleri resen toplar ve yeterli kanıt bulunursa iddianame ile kamu davası açar. Esasen CMUK'nun 344. maddesinin I. fıkrasının 8. bendi sınaî mülkiyete ait suçları şahsi dava ile kovuşturulabilecek suçlar arasında saymıştır. Ancak, 556 sayılı KHK 61/ A-I(c) bu madde hükümlerinin uygulanmasında CMUK'nun I/8. bendinin uygulanmayacağını belirterek marka suçlarının şahsi dava ile kovuşturulması olanağını ortadan kaldırmıştır. Şikayet bulunmamasına rağmen, kamu davası açılmış ise, yine iki yıllık şikayet süresi içinde kalmak koşuluyla, davaya müdahale suretiyle şikayet hakkı kullanılabilir⁶⁸.

3- Acele İşlerden Sayılır

Yasa koyucu marka suçlarının (ve diğer sınaî mülkiyet haklarına karşı işlenen suçlarının) kovuşturmasının acele iş sayılacağını kabul etmiştir. Bunun uygulamada en önemli sonucu, adli tatil süresince bu suçlara ilişkin davalara bakılacak, tebligatlar yapılabilecek ve yasal süreler işleyecektir⁶⁹. Hazırlık soruşturmasında da kolluk kuvvetleri ve savcılıklar tarafından en kısa sürüde gerekli işlemler yapılacaktır.

4- Koruma Tedbirleri Bakımından Genel Hükümlere Tabidir

Kararnamenin açık hükmü uyarınca, marka başvurusu yada korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla, üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zapt edilmesi veya el konulması yada yok edilmesinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 36 ncı maddesi hükmü ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

Görüldüğü üzere marka suçları ile ilgili hazırlık soruşturmalarında, koruma tedbirlerine ilişkin kararlar genel hükümler uyarınca, sulh ceza mahkemesinden talep edilecektir. Marka suçlarında en çok uygulanan tedbirler, arama ve el koymadır. Bu işlemler yapılırken CMUK'nun sekizinci faslı (md.86-103) ile 25.04.2003 tarih ve 25117 sayılı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin hükümleri dikkate alınacaktır. Arama kararı verilebilmesi için suçun işlendiğine dair makul şüphe bulunmalıdır. (Yön. Md.7) Bu itibarla marka suçlarında şikayet ve arama kararı talebi ile birlikte makul şüphenin varlığını gösteren kanıtlar da sunulmalıdır. Bunlar, şikayet edilenden satın alınmış ürün, fatura veya satış fişi, yada fotoğraf olabilir. Kararı verme yetkisi sulh ceza hakimine aittir. Ancak, uygulamada kimi zaman, arama ve el koyma karar-

⁶⁸ Yargıtay 7. CD:3.7.1998 gün ve 1998/2682-6448 sayılı kararı. Aktaran: AYDIN, Hüseyin: Sınaî Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, sh.188-189.

⁶⁹ Yargıtay 7. CD. 7.11.2002 gün ve 2002/15181-15545, aktaran.

ların ihtisas mahkemelerinden talep edildiği veya sulh ceza mahkemelerince bu konuda, uygulama alanı olmayan 5101 sayılı yasa ile değişik 5846 sayılı yasanın 81. maddesinin 5. fıkrasına dayalı olarak görevsizlik kararı verildiği görülmektedir. Kararnamenin yukarıya da alınan açık hükmü ve ihtisas mahkemelerinin asliye ceza mahkemeleri statüsünde olmaları karşısında bu uygulama isabetli değildir. Ancak, sulh ceza mahkemelerinin bu konuda vereceği kararlara karşı ihtisas mahkemelerinde itiraz edilebilmesi için gerekli düzenleme yapılabilir.

Bu bölüme son vermeden önce, uygulamada taklit ürünlere el konulması ile ilgili ortaya çıkan bir soruna işaret etmek isterim; Hazırlık soruşturması sırasında ele geçen taklit ürünlerin, muhafazasında güçlük çekilmesi nedeniyle, çoğu zaman taraflara veya yedi emin sıfatıyla bir üçüncü kişiye verildiğine sıkça rastlanmaktadır. Bu durum özellikle tasarıma konu ürünlerde, örnek alınmaması nedeniyle kanıtların karartılmasına veya bu tür iddiaların ileri sürülmesine yol açmaktadır. Bu nedenle, mümkün olduğunca elde edilen ürünlerin tamamına el konulmalı, bu olanaklı değil ise, fotoğrafları çektilirip, dosyasına konulmalıdır⁷⁰.

5- Hukuk Davasının Ceza Davasına Etkisi

Marka suçlarının (ve diğer sınaî haklara ilişkin suçların) yargılması sırasında sıkça, ihlal edildiği iddia olunan hakkın hukuki durumu ile ilgili olarak, bazen hukuk mahkemesinde iptal veya hükümsüzlük davası açılabilmekte, kimi zaman da bu yola gidilmeyerek, ceza mahkemesinde savunma olarak bu iddialar dile getirilebilmektedir. Bu durumlarda, ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinde devam eden davanın sonucunu bekletici sorun yapıp yapmayacağı yada hukuki uyumsuzluğu nisbi dava yoluyla çözüp çözemeyeceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu sorunun cevabını, CMUK'nun 255. maddesi vermektedir⁷¹. Buna göre,

"Bir fiilin suç olup olmaması, adi hukuka müteallik bir meselenin halline bağlı ise ceza mahkemesi bu meseleye dahi ceza işlerindeki usul ve deliller için mer'i kaidelere göre karar verir.

Bununla beraber mahkeme, muhakemeyi talik ve hukuk davası açılması için alakadarlara bir mehil verebilir.

Hukuk mahkemesinden bu babda bir hüküm çıkmasını da bekleyebilir"

⁷⁰ Aynı yönde bkz. ALBAYRAK, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri İle Markalar Aleyhine İşlenen Suçlar, Adil Yayınevi, Ankara 2003, sh. 98.

⁷¹ 04.12.2004 tarih ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun '**Ceza mahkemelerinin ek yetkisi**' başlığını taşıyan 218 maddesinin 1. fıkrası da aynı yönde düzenleme içermektedir buna göre: "Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir."

Görüldüğü gibi ceza yargıcının önünde iki seçenek mevcuttur. Konuyu bekletici sorun yaparak yargılamanın durmasına karar verebileceği gibi, nispi yargılama ile sadece ceza davasında etkisi olmak üzere bir sonuca vararak asıl yargılamayı tamamlayacaktır⁷². Her iki tercihte de yararlı ve sakıncalı yönler mevcuttur⁷³. Yargıtay 7. CD. bir kararında " taraflar arasında görülen, haksız rekabet, tazminat, markanın iptali ve sicilden terkinine dair davanın...sonucu beklenerek buna göre sanığın hukuki durumunun tayini" gerekçesi ile yerel mahkeme hükmünü bozmuştur⁷⁴. Ancak marka suçlarında ve diğer sınaî haklara ilişkin ceza davalarında, hükümsüzlük davasının zorunlu bekletici sorun sayma nedeni olmadığını belirtmek gerekir⁷⁵. Olayın özelliğine göre, davanın sürüncemede kalmaması, çelişkili kararlar ortaya çıkmasının önlenmesi ve özellikle tescilli hakkın konusuna ve tescil sistemine göre bir karar verilmelidir⁷⁶. Bu konu değerlendirilirken, hukuk hakiminin sunulan delillerle bağlı olduğu, tarafların hukuk davası açmaya veya bu davayı sonuçlandırmaya zorlanamayacakları göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak yine unutulmamalıdır ki, ceza yargıcının bu konuda vereceği karar sadece önündeki davanın çözümü için etkilidir.

D) Fikir Ve Sanat Eserlerine İlişkin Suçlar

1- Manevi Hakların İhlaline İlişkin Suçlar

Bu suçlar 5846 sayılı yasanın 71. maddesinde düzenlenmiştir, Buna göre,

"Bu Kanunun hükümlerine aykırı olarak kasten:

a) Alenileşmiş olsun veya olmasın, eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmadan bir eseri umuma arz eden veya yayımlayan,

⁷² FSHCM'nin 23.12.2004 gün ve 2004/145 Esas; 2004/561 Karar sayılı kararı :

"Tüm bu değerlendirmeler ışığında mahkememizce bilirkişi raporunda belirlenen ve 8 Mayıs 2000 başvuru tarihli 2000 643 kodlu 8801 sayı ile A. T. adına tescilli tasarımlar ve yine müdahil adına tescil başvurusu yapıp iptal edilen 16.05.2000 tarihli 8425 sayılı tescile konu tasarımlar ile müdahil tarafından ihlal edildiği iddia olunan 2002 00762 ve 2002/00763 sayılı tasarımların genel izlenimleri itibarıyla aynı olduğu bu sebeple sözü geçen müdahil adına kayıtlı tasarımların tescilinin yapıldığı tarihte ayırt edicilik vasfını taşımadıkları hususu, mahkememizce bilirkişi raporu içeriği ve ayırt edicilik özelliğini kırıncı olduğu belirtilen A. T. adına tescilli 8801 sayılı ve müdahil N. B. adına tescil başvurusu yapıp Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun 11.05.2001 tarihli kararı ile iptal edilen 8425 sayılı tasarım belgeleri ve ekindeki görsel anlatımları itibarıyla kabul edilmiş ve müdahil adına tescilli tasarımların 554 sayılı KHK'nin 5.maddesi çerçevesinde korunmaya layık olmadığı hususunda tam bir vicdani kanaate varılarak unsurları itibarıyla oluşmayan atılı suçtan dolayı sanığın beraatine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur".

⁷³ Bu konuda bkz. YURTCAN, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun Şerhi, 2. Cilt, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1988. KUNTER, age. Sh. 320-345. 276-288.

⁷⁴ Yargıtay 7. CD. 3.10.2000 tarih ve 2000/9510-12180, karar için bkz. NOYAN, age. Sh.352-353.

⁷⁵ Bu konuda ülkelerin uygulamaları oldukça farklıdır. ABD, Fransa, Norveç ve İsrail gibi ülkelerde ceza yargıcı patent dahil bütün sınaî haklarda hükümsüzlük iddiasını çözmeye yetkilidir. Diğer bazı ülkelerde ise bu yetki sadece hukuk mahkemelerine yada patent ofisine aittir. bkz. www.aippi.org/reports/q169/q169_summary_e.html. (15.03.2005) ve www.aippi.org/reports/q169/q169_usa_e.html. (15.03.2005)

⁷⁶ Tescil sisteminin sadece şekli incelemeye tabi olduğu haklarda bu hususa özellikle dikkat edilmelidir.

b) Sahip veya halefinin yazılı izni olmadan, bir esere veya çoğaltılmış nüshalarına ad koyan,

c) Başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak gösteren veya 15 inci maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı hareket eden,

d) 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 ve 40 inci maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatici kaynak gösteren,

e) Eser sahibinin yazılı izni olmaksızın bir eseri değiştiren,

Kişiler hakkında, **iki yıldan dört yıla kadar** ⁷⁷ hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına **veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden** hükmolunur⁷⁸.

2- Mali Hakların İhlaline İlişkin Suçlar

Bu suçlar 5846 sayılı yasanın 72. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

"Bu Kanuna aykırı olarak kasten;

1. Aralarında mevcut bir sözleşme olmasına rağmen bu sözleşme hükümlerine aykırı olarak bir eser veya işlenmelerinin kendi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satan veya dağıtan kişiler hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya onmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

2. Hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri ve çoğaltılmış nüshalarını, bu Kanunun 81 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde satan kişiler hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden ⁷⁹,

3. Hak sahibinin izni olmaksızın;

a) Bir eseri herhangi bir şekilde işleyen,

b) Bir eseri herhangi bir şekilde çoğaltan,

c) Bir eseri herhangi bir şekilde yayan,

⁷⁷ 03.03.2004 gün ve 5101 Sayılı Yasa ile değişik metin kalın(bold) karakterde gösterilmiştir.

⁷⁸ 5101 sayılı yasa ile değişik metin. Maddenin değiştirilen son fıkrası şu şekilde idi: "Kişiler hakkında dört yıldan altı yıla kadar hapis ve elli milyar liradan yüzelli milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur."

⁷⁹ Bu cezalar, yasada öngörülen hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılarına da uygulanır. Bkz. 5101 sayılı yasa ile değişik Ek. Md.4/son.

d) Bir eserin nüshalarını yasal veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokan ve her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapan,

e) Bir eseri topluma açık yerlerde gösteren veya temsil eden, bu gösterimi düzenleyen veya dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yayan veya yayımına aracılık eden,

Kişiler hakkında **iki yıldan dört yıla kadar** hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur^{80.}"

3- Diğer Suçlar

Bu suçlar yasanın 73 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

Bu Kanunun 71, 72, 80 ve 81 inci maddelerinde belirtilen suçlar dışında kalan diğer suçlar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

1. Kasten;

a) Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak çoğaltıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiği bir eserin nüshalarını **ticarî amaçla elinde bulunduran,**

b) Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi icap ettiği malî hakkı veya ruhsatı başkasına devreden veya veren yahut rehmeden veyahut herhangi bir tasarrufun konusu yapan,

c) Yegâne amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı, ticarî amaç için elinde bulunduran veya dağıtan,

Kişiler hakkında **iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,**

2. Kasten; bu Kanunun hükümlerine uygun olarak çoğaltılmış ve yayılmış eser nüshalarının, yapımların ve fonogramların, çoğaltma ve yayma hakkı sahiplerinin ayırt edici unvan, marka ve künye bilgileriyle birlikte **tıpkı basım** ve yapım yoluyla, işaret, yazı, ses, hareketli veya hareketsiz görüntü ya da veri tekrarına yarayan alet veya yöntemlerle çoğaltan veya bu şekilde çoğaltılmış nüshaları yayan, **kişiler hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis veya yirmimilyar liradan ikiyüzmilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,** hükmolunur.

⁸⁰ Bu cezalar, veri tabanından doğan hakkın ihlalinde de uygulanır.bkz. 5101 sayılı yasa ile değişik Ek 8/son.

4- Bağlantılı Haklar ile İlgili Suçlar

Bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ihlâl edenler hakkında;

"a) Bir icra, fonogram veya yapımın izinsiz çoğaltılmış nüshalarının bu Kanunun 81 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde satışı ile ilgili ihlâllerde üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

b) Bu madde ile belirlenen diğer hakların ihlâlinde iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden, hükmolunur."

5- Bandrol ile İlgili Suçlar

Bandrole ilişkin suçlar 5101 Sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı yasanın 81. maddesinde düzenlenmiştir,

Buna göre kasten,

1. Bu Kanuna göre bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tespit edildiği kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayınları;

a) Bu maddenin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde, bandrol almaksızın satanlar hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

b) Bandrol almaksızın çoğaltan ve yayan veya eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin haklarını ihlâl edecek şekilde bedelsiz yayan, bu Kanuna ve ilgili mevzuata uygun alınmış bandrolleri mevzuatta belirlenen şekilde yapıştırmadan bedelli ve bedelsiz yayan kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

2. Bu Kanun ve ilgili mevzuata göre bandrol alma hakkı olmadığı halde, sahte evrak veya dokümanlarla veya herhangi bir biçimde Bakanlık veya yetkilendirdiği kuruluşları yanıltarak bandrol alan, münhasıran bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tespit edildiği kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayınlar için verilen bandrolleri amacı dışında kullanan kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya yirmimilyar liradan ikiyüzmilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

3. Sahte bandrol imal eden, kullanan ve/veya sahte bandrolden her ne şekilde olursa olsun ticarî menfaat sağlayan kişiler hakkında, üç yıldan altı yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan ikiyüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden, hükmolunur."

6-Veri Tabanından Doğan Hakların İhlali Suçu

Yasa koyucu 5101 sayılı yasa ile 5846 sayılı yasaya eklediği ek 8. madde ile veri tabanları için sui generis korumayı kabul etmiş veri tabanından doğan hakların ihlalini suç olarak düzenlemiştir Buna göre, bir veri tabanını,

"Hak sahibinin izni olmaksızın;

a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktaranlar,

b) Herhangi bir yolla dağıtan, satan, kiralayan veya topluma ileten

Kişiler hakkında iki **yıldan dört yıla kadar** hapis **veya** ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya **zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur."**

7- Eserler Üzerindeki Bilgileri İzinsiz Kaldırmak Suçu

Eser ve eser sahibi ile, eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin

kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldıran veya değiştirenler hakkında **üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilir.**

8- Bilgi ve İçerik Sağlayıcıları ile İlgili Suçlar

5846 sayılı yasanın ek 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden **bilgi içerik sağlayıcıları hakkında, (72 nci maddenin (2) numaralı bendi) 'üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur.**

E) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Suçlarda Kovuşturma ve Yargılama Yöntemi

5846 sayılı Yasanın düzenlediği suç tiplerinin çokluğu kadar, bu suçların kovuşturmasında uygulanacak yöntemde de bir çokluk, hatta karmaşa gözlenmektedir.

Gerçekten de yasanın ihtiyaçlar karşısında her değiştirilişinde, kovuşturma usulünde de değişikliklere gidilmiş, ancak tutarlı, kolay uygulanır bir sisteme oturtulamamıştır. En son 3.3.2004 tarih ve 5101 Sayılı Yasa ile suçlar için öngörülen cezalar kadar kovuşturma yönteminde de önemli yeniliklere gidilmiştir. Yapılan bu değişiklik sonrası mevcut sistemin özellikleri şu şekilde özetlenebilir:

1- Yargılama Yönteminde Çokluk Mevcuttur

Kovuşturma makamı bakımından tercih edilecek yönetime göre kamu adına kovuşturma yapılması yada şahsi dava açılması mümkündür. Bu sonuç 5101 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sırasında, 5846 sayılı yasanın 76. maddesinin 2. fıkrasındaki "şahsi dava açılmışsa, CMUK'nun 358. maddesinin uygulanacağına" dair ibarenin bilinçli olarak yasadan çıkarılmamasından da anlaşılmaktadır. Ancak yakınıcı, C. Savcılığına başvurmuş ise, artık şahsi dava usulünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Esasen bu husus 5101 Sayılı Yasanın 21. maddesi ile değişik 5846 Sayılı Yasanın 75. maddesinin 1. fıkrasında açıkça vurgulanmıştır. Buna göre, bu madde (Bu ifadeden yasanın 71, 72, 73 ve 80. maddelerini anlamak gerekir) hükümlerinin uygulanmasında 1412 Sayılı CMUK.nun 344. maddesinin 1. fıkrasının 8 numaralı bendi uygulanmaz.

2- Kamu Adına Kovuşturma-3005 Sayılı Yasanın Uygulanması-Şahsi Dava

Konunun detaylarına girmeden önce özetle belirtecek olursak;

- 81. maddedeki bandrol suçları her koşulda kamu adına ve 3005 sayılı yasaya göre kovuşturulur, şahsi dava ile takip edilemez, suçtan zarar görenler katılabilirler.

- 71,72,73 ve 80. maddedeki suçlar ile bu maddelere atf yoluyla cezalandırılan suçlar, hak sahiplerinin soruşturma makamlarına şikayette bulunmaları halinde, kamu adına ve 3005 sayılı yasa hükümlerine göre kovuşturulurlar. Ancak hak sahipleri bu suçlarda şahsi dava da açabilirler⁸¹. Bu durumda 3005 sayılı yasa uygulanmaz. Bu temel ilkeleri açıkladıktan sonra konunun irdelenmesine girecek olursak;

Yasanın 5101 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesi metninde 75. maddenin 1. fıkrasında CMUK'nun 344. maddesinin 1.fıkrasının 8. bendinin uygulanmayacağına dair aktardığımız ifade bulunmamaktadır. Ancak, bu suç ile ilgili olarak 3005 sayılı yasanın 1. maddesinin a bendindeki yer ve 4. maddesindeki zaman koşuluna bakılmaksızın, aynı kanundaki yargılama usulünün uygulanacağı, 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı yasa ile 4. fıkraya dahil edilmiş, bu husus 5101 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası 75. maddenin 6. fıkrasında aynen tekrar edilerek korunmuştur.

⁸¹ 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 04.12.2004 tarih ve 5271 Sayılı CMK'nun şahsi dava yöntemine yer vermediğini tekrar hatırlatmak gerekir. Anılan Yasanın yürürlüğe girmesi ile mevcut şahsi davalar kendiliğinden kamu davasına dönüşecektir.

Bu durum karşısında 5101 Sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce de, hak sahibinin C.Savcısına şikayette bulunması durumunda artık, C.Savcılarının kamu davası açmak zorunda olduğunun kabul edilmesi gerekirdi⁸². Ancak uygulama aksi yönde gelişmiştir, yani hak sahibinin C.Savcısına şikayetçi olması üzerine Savcılıklar tarafından hazırlık soruşturması işlemlerinden arama ve el koyma gibi tedbirler yerine getirildikten sonra, atılı suçun CMUK.nun 344. maddesinde yazılı şahsi dava ile takibi mümkün suçlardan olduğu ve kamu yararı görülmediğinden kovuşturmaya yer olmadığı kararları verilmiştir. 3005 Sayılı Yasanın 4. maddesi ve uygulama talimatnamesinin içeriği itibarıyla bu durumda kamu yararının varlığının yasa tarafından benimsenmiş olduğu ve kamu davası açılmak gerektiği gözden kaçırılmıştır. Uygulamanın anılan biçimde gelişmesi, 71, 72, 73. maddeleri ile sınırlı kalmamış, sehven şikayete bağlı tutulmadığını düşündüğümüz 80. madde ile bilinçli olarak şikayete bağlı tutulmamış olan 81. maddedeki (bandrolle ilgili) suçları da kapsayacak şekilde uygulanmaya başlanmıştır. Bunun üzerine 5101 sayılı yasa, açıkça, yukarıda aktardığımız hükmü kabul ederek bu soruna çözüm getirmiştir. Bundan böyle hak sahibinin şikayeti soruşturmanın 3005 sayılı yasa uyarınca yürütülmesini gerektirecek ancak kamu davasının açılması için yeterli kanıt bulunmadığı takdirde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilecek, kamu yararı görülmemesi gerekçesi ile bu karar verilemeyecektir.

Bilindiği gibi suçüstü yargılaması, belirli suçlarda, failin suçu işlediği sırada veya pek az sonra yakalanması halinde⁸³ uygulanan istisnai bir tür seri yargılamadır. Siyasi suçlarla, özel soruşturma yöntemlerine veya takibi izin alınmasına bağlı suçlarda bu yasa uygulanmaz. Kovuşturmayı yapan süje itibarı ile de devlet (C.Savcısı) tarafından yapılma özelliği taşır.

3005 sayılı yasaya tabi suçların kovuşturmasında, şikayet üzerine veya **şahsi dava yolu ile takip olunan** suçlarda, suçtan zarar görenlerin zabıta memurlarına sözlü şikayetleri, şikayet ve şahsi dava açmak hakkındaki genel hükümlere göre yapılacak işlem hükmünde sayılır (3005 sy.md.2) Ağır cezalı suçlar dışında zabıta, yakalanan şahsı düzenleyeceği tutanakla maddi sübut delilleriyle birlikte vakit geçirmeksizin **aynı günde** (24 saat içinde) Cumhuriyet Savcılığına teslim eder. Şikayet veya **şahsi dava yolu ile takip edilen suçlarda** şikayet edildiğinin tutanağa yazılması ve şikayet edenin bunu imzalaması gerekir (3005sy.md.4/3). Kolluk kuvvetleri bütün delilleri toplayacak, tanık, suçtan zarar gören kişi ve gerek duyulursa bilirkişiyi hazır

⁸² Bkz. GÜLER, Mahmut-TAŞDEMİR, Kubilay: Açıklamalı içtihatlı ceza yargılamaları usulü. Adalet matbacılık, Ankara. Sahife 686 Ancak doktrinde bu husus tartışmalıdır. Karşı görüş için bakınız YURTCAN age. Sahife 14-16.

⁸³ Bu suçlar 3005 SY'nın 1. maddesinde belirtilmiştir: "Ağır ceza mahkemesinin vazife gördüğü yerlerdeki belediye sınırları içinde işlenen ağır cezalı meşhud cürümler; Asliye teşkilatı olan yerlerdeki belediye sınırları içinde ve panayirlarda işlenen ağır ceza mahkemelerinin vazifeleri dışındaki meşhud cürümlerle Türk Ceza Kanununun 529,534,536,537,539,545,547,548,551,565,567,568,571,-572,573,574,575 ve 576 ncı maddeleri ile 540 ncı maddenin ikinci fıkrasında yazılı meşhud olarak işlenen kabahatlar hakkında takip ve duruşma bu Kanun hükümlerine tabidir."

edecek ve soruşturma en geç üç gün içinde tamamlanıp yeterli delil mevcut ise kamu davası açılacaktır.

5846 sayılı yasada olduğu gibi yer ve zaman koşuluna bakılmaksızın 3005 sayılı yasanın uygulandığı durumlarda uygulanacak usûl ayrıca belirtilmemiş olmakla birlikte aynı hükümlere uyulacağı kabul edilmektedir⁸⁴.

Suçüstü yargılamasının kabul edilmesinin nedenleri, gerçek anlamda suçüstü halinin bulunduğu durumlarda, halkın tepkisinin daha büyük olması ve bu nedenle yargılamanın gecikmeksizin yapılması suretiyle bozulan toplumsal düzenin yeniden tesis edilmesidir⁸⁵.

İkinci ve istisnai olarak yargılamanın daha çabuk yapılması istenilen durumlarda uygulanmaktadır. Bu durumda yasa koyucu belirli suçların kovuşturmasının seri biçimde yapılmasını temin için yer ve zaman koşulu aranmaksızın 3005 sayılı yasanın uygulanacağını kabul etmektedir. 5846 sayılı yasada da bu yol seçilmiştir. Ancak şartlar gerçekleşmeden, 3005 sayılı yasa hükümlerinin uygulanacağını belirtmek, sistemin iyi işlemesini engellemekte, suçüstü yargılamasından beklenen yarar elde edilememektedir⁸⁶. Nitekim uygulamada 5846 sayılı yasadaki suçların gerçek anlamda 3005 sayılı yasaya göre yapılmadığı görülmektedir. Sadece bazı illerde sanığın sorgusu yapıp diğer eksikliklerin tamamlanması için duruşma günü verilmekte, çoğunlukla da normal soruşturma evrakı işlemine tabi tutulmaktadır. Uygulamanın sağlıklı işlemesi ve beklenen yararın elde edilmesi için, kanaatimizce sadece 81. maddedeki bandrol suçları 3005'e tabi olmalı diğer hükümler acele iş sayılmakla yetinilmelidir. Çünkü özellikle 71, 72, 73 ve 80. maddelerdeki bazı suçların yapısı 3005 SY. ile soruşturulmaya uygun değildir. Bu bakımdan suçların yeniden sınıflandırılması ihtiyacı vardır. Bir eserde yapılan atıfların 'kifayetsiz' olduğunun iddia edilmesi durumunda (md.71/1-4) suçüstü yargılamasına başvurunun gerekliliğini açıklamak oldukça zordur.

Hak sahibinin C.Savcılığı aracılığı ile suçun kovuşturulmasını gerekli görmediği durumlarda bizzat şahsi dava açması olanağı,571 Sayılı Yasanının yürürlüğe gireceği 01.06.2005 tarihine kadar devam etmektedir. Burada hemen belirtelim ki şahsi dava olanağı sadece yasanın 71, 72, 73 ve 80. maddeleri ile sınırlı tutulmalıdır. Yasanın 81. maddesinde düzenlenen bandrole ilişkin suçlar kamu adına kovuşturulması gereken suçlardan olup, bu sonuca 81. maddenin düzenleniş biçimi ile anılan maddenin kovuşturulmasının şikayete bağlı olmamasından varmak mümkündür. Gerçektende Yasanın 81. maddesinin 5101 Sayılı Yasanın 24. maddesi ile değişik 4. fıkrasında "Bu maddede belirtilen ihlallerde, genel kolluk ve zabıta; re'sen ve/veya hak sahipleri, komisyon, meslek birlikleri, Bakanlık veya ilgili diğer

⁸⁴ ÇOLAK, Haluk: Türk Hukukunda Suçüstü Yargılaması,Adil Yayınevi,Ankara sh.140-141.

⁸⁵ Bu konuda bkz.ÇOLAK, age sh.158-160.

⁸⁶ Aynı yönde, ÇOLAK, age sh97-98.

kanunlarda kendisine yetki ve görev verilmiş olanların ihbarı üzerine harekete geçerek, usulsüz ve izinsiz olarak çoğaltılmış ve yayılmış nüsha ve yayınlar ile bunları çoğaltmaya yarayan her türlü aracı ve diğer delilleri toplayarak taşınmaz olanları emanet altına aldıktan sonra toplanan delilleri C.Savcısına suç duyurusu ile birlikte sevk eder" hükmü getirilmiştir. Bu durumda artık şahsi dava açma olanağının bulunmadığını kabul etmek gerekir. Yargıtay'ın⁸⁷ yerleşik kararları ve uygulama bu yöndedir⁸⁸.

3- Şikayete Bağlılık - Resen Soruşturma

Şikayete bağlılık yönünden özetle;

- Yasanın 71,72,73 ve 80. maddeleri ile, bu maddelere atfla düzenlenen suçlar, kovuşturması şikayete balı suçlardır, şikayetin geri alınması ve vazgeçme mümkündür.
- Yasanın 81. (ve idari para cezası gerektiren Ek 10.) maddesindeki suçlar şikayete bağlı olmaksızın resen kovuşturulurlar.

Yasada öngörülen suçlar için uygulanacak kovuşturma yöntemi esas itibariyle 75. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre yasanın 71, 72, 73 ve 80. maddelerindeki suçlardan dolayı yapılacak kovuşturma şikayete bağlıdır. Şikayet hakkı bu yasada tanınan haklara sahip olupta, hakları ihlale uğrayan kişilere veya bu hakları devralmış kişilere aittir⁸⁹. Yasada açıklık bulunmamakla birlikte bu maddelerdeki cezalara atıf yapan ek 4 ve ek 8. maddeler yönünden de aynı sonuca varmak doğru olacaktır. Yasa koyucu tarafından bilinçli bir şekilde şikayete bağlı tutulmayan 81. maddedeki bandrol suçları yönünden ise şikayet aranmaz.

Şikayetin dava zamanaşımı içinde kalınmak koşulu ile fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren altı ay içinde hakları kanıtlayan belgelerle birlikte Cumhuriyet Başsavcılığına veya CMUK'nun 151. maddesinde sayılan mercilere yapılması gerekir(5846 SY.md 75/1). Bu başvuru üzerine kovuşturma kamu adına ve 3005 sayılı yasaya göre yürütülmelidir.

⁸⁷ Yargıtay kararları için bkz. ÇOLAK, age.sh. 65-66.

⁸⁸ Bu konuda aksi fikirde olan Çolak, 3005 sayılı yasanın 2.maddesinde 4/3 madde ve fıkrasında geçen " şahsi dava" tabirinin gerçek anlamda kullanıldığını çünkü 1933 tarihinde çıkarılan kanunla TCK.'undaki şahsi dava, şikayet, şikayetname terimlerinin kaldırılarak yerine yazılı şikayet teriminin konulduğunu 1933 tarihli değişiklikten sonra, 1936 yılında yapılan 3005 sayılı yasada ki terimlerin yerinde kullanılmadığını söylemenin mümkün olmadığını bildirmektedir.Bu konuda Bkz. ÇOLAK, age.sh.66, aynı yönde YURTCAN şahsi dava sh.9.

⁸⁹ Hak sahibi dışında şikayet hakkı olanlar şunlardır: 71 inci maddenin dört numaralı bendinde belirtilen hallerde 35 inci madde gereğince kaynak gösterme mükellefiyetine aykırı fiiller söz konusu ise, Millî Eğitim ve Kültür Bakanlıkları, 71 inci maddenin dört numaralı bendinde belirtilen hallerde 36 ncı madde gereğince kaynak gösterme mükellefiyetine aykırı fiiller söz konusu ise, Kültür Bakanlığı ile Basın-Yayın Genel Müdürlüğü ve Türk Basınıni temsil eden kurumlar 19 uncu maddenin son fıkrası çerçevesinde 14 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında belirtilen hallerde Kültür Bakanlığı ve faaliyet gösterdikleri alanlarda meslek birlikleri.

Kovuşturması şikâyete bağlı suçlar yönünden, yasa koyucu 03.03.2004 tarih ve 5101 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası "dava şartı" niteliğinde yorumlanabilecek bir koşul öngörmüş bulunmaktadır. Buna göre: "71, 72, 73 ve 80 inci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma şikâyete bağlıdır. **Şikâyet üzerine hak sahiplerinin haklarını kanıtlayan belge ve/veya nüshaları Cumhuriyet savcılığına sunmaları halinde kamu davası açılır. Altı ay içinde bu belge ve/veya nüshaların sunulmaması halinde takipsizlik kararı verilir,** bu Kanunun 76 ncı madde hükümleri saklıdır"⁹⁰. Bu düzenleme, 76. maddede yer alan karene oluşturacak nitelikte belgelerin yeterli sayılması yönündeki hükümle birlikte yorumlanmalıdır. Madde metninde 76. maddeye yapılan atfın anlamı da bu olmak gerekir. Ancak hükmün yürürlüğe girmesinden bu yana, uygulamada, C.Savcılarının hak sahipliği belgelerinin sunulmasını beklemeksizin kamu davası açtıkları gözlenmektedir. 01.06.2005 tarihinden itibaren, hak sahipliği belgeleri sunulmadan, 71,72,73 ve 80. maddeler kapsamında yer alan suçlar nedeniyle kamu davasının açılması, 5271 sayılı CMK'nun 174. maddesi kapsamında iddianamenin iadesi sebebi olabilecektir.

IV- ANKARA FSHCM'NE AÇILAN DAVALARA AİT BİLGİLER

Mahkememiz, 15.10.2003 tarih ve 436 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı ile faaliyete geçirilmiş, görev alanı Ankara ili mülki sınırları olarak belirlenmiştir. Ankara Adliyesi içindeki kendisine ait birimde, fiilen Ocak 2004 tarihinden itibaren faaliyetine başlamış, aynı yıl Eylül ayı başında da TPE Kampusundaki bağımsız bloktan oluşan çalışma alanına taşınmıştır. Mahkememizin kurulmasını takiben daha önce bu davalara bakan Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesinden görevsizlik kararı verilerek gönderilen dosyalar ile yeni açılan davalara ait iş durumunu belirten veriler ekte sunulmuştur⁹¹. Ayrıca, aradan geçen zaman içerisinde yaptığımız değerlendirmeler ışığında ulaştığımız sonuçlara göre, dava türleri ile tahmin edilen yaklaşık yargılama sürelerini gösteren bir tabloda hazırlanmıştır. Ancak her bir dosya yönünden sanığın sorgudan kaçması, orijinal ürünlerin zamanında⁹² sunulmaması, istenilen belgelerin süresinde gelmemesi gibi ortaya çıkabilen sorunlar yargılamanın normal sürelerin üzerinde sürmesine neden olabilmektedir.

Son olarak 2003 yılından devreden dosyalar ve 2004 yılında açılan ve karara bağlanan davaların sayısı ve suç türlerini gösteren bir grafik oluşturulmuştur⁹³. Tablo ve grafiklerin değerlendirmesinde, suç türlerine göre dava sayılarının incelenmesinde 2003 yılında 556 Sayılı KHK.ya aykırılıktan açılan davaların en fazla olduğu, bunu az bir farklılıkla 5846 Sayılı Yasaya aykırılık suçuna ilişkin davaların izlediği,

⁹⁰ Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu Gereğesinde bu düzenlemenin nedeni "Bilgi ve belgelerin sunulması haklılık gerekçesi olduğundan buna bağlı olarak kamu davası açılmasının uygulamada kolaylık sağlayacağı" şeklinde ifade edilmiştir.

⁹¹ Bkz.Ek-1.

⁹² Bkz.Ek-3.

⁹³ Bkz.Ek-2.

üçüncü sırada tasarım hakkının ihlaline ilişkin davaların yer aldığı ve son olarak önemsiz denecek sayıda patent ve faydalı modele ilişkin davaların bulunduğu görülmektedir.

2004 yılına bakıldığında ise tablo tamamen değişmekte, ilk sırayı 656 dava sayısı ile 5846 Sayılı FSEK'.na aykırılıktan açılan davaların, ikinci sırayı ise 229 dava sayısı ile marka hakkının ihlaline ilişkin davaların aldığı, bunu 42 dava sayısı ile tasarım hakkının ihlalinden kaynaklanan davaların izlediği ve son olarak patent ve faydalı model hakkının ihlaline ilişkin davaların sayısının 18 olarak saptandığı görülmektedir.

Bu veriler 5101 Sayılı Yasa ile 81.madde kapsamında yer alan bandrole ilişkin suçların resen takibi zorunlu hale getirilmesi nedeniyle 5846 Sayılı Yasa kapsamında açılan davaların sayısında büyük bir artışa işaret etmektedir. Özellikle çarşı, pazar, cadde ve meydan gibi açık alanlarda kurulan seyyar tezgahlarda satılan süreli olmayan yayınlar ile sinema ve müzik eserleri içeren materyallerin satılması eylemlerinin şikayet aranmaksızın resen işleme tabii tutularak el konulması(5846 S.Y.madde 81/9.f-1/b), bu artışta etkili olmuştur. Bu nedenle anılan ürünlerin özellikle mesai saatleri içerisinde görünür bir şekilde bu tür yerlerde satışının düşmeye başladığı alınan bilgiler arasındadır.

V- UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

A) Genel Olarak

Mahkememizin bakmakla görevli olduğu suç türlerine örnek teşkil etmesi için III. bölümde ele alınan marka suçları ile fikir ve sanat eserlerine ilişkin suçlar konusunda verilen bilgiler itibariyle de mahkememizin uygulamada karşılaştığı bir takım sorunlara değinilmiş bulunmaktadır. Ancak bu bölümde, karşılaşılan sorunlar genel bir bakış çerçevesinde değerlendirilecek ve yargılama sürecinde karşılaşılan sorunlar ile ilgili somut ve detaylı bilgi verilmeye çalışılacaktır.

Ele alınacak sorunların esas itibariyle iki başlık halinde incelenmesi mümkündür. Bunlardan ilki, fikrî ve sınaî haklara ilişkin siyasi düzeyde alınması gereken genel nitelikli kararlar ve politikalara karşılık gelmektedir. Bu kapsamda yine genel olarak ülkemizdeki yasama süreci, halkın ve ilgili sektörlerin Fikrî ve Sınaî Haklar konusunda bilinçlendirilmesi, bu hakların halk arasında algılanış biçiminden kaynaklanan sorunlar yer almaktadır.

Sorunların ikinci bölümünü ise doğrudan fikrî ve sınaî haklar alanındaki yasal düzenlemeler ve uygulamaya ilişkin olanlar oluşturmaktadır.

B) Fikrî ve Sınaî Haklar Ceza Politikası

Esasen, fikrî ve sınaî hakların türleri ile bu türler içerisinde yer alan haklara ilişkin hangi ihlal hallerinde cezai yaptırım öngörüleceği, ülkelerin egemenlik hakları içinde değerlendirilen ve ceza politikasını ilgilendiren bir konudur. Ancak hemen belirtilme-

lidir ki, günümüzde bu konu sadece bir iç hukuk sorunu olmaktan çıkmış ve uluslararası sözleşmeler ile düzenlenen bir alan haline gelmiştir. Bir başka deyişle devletler, bu alanda ceza politikalarını belirlerken, tarafı buldukları uluslararası sözleşmeler ile getirilen kurallara ve yükümlülüklerine uymak durumundadırlar.

Bu alanda üzerinde durulması gereken en önemli uluslararası düzenleme Ülkemizin de tarafı olduğu Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) dır. Anlaşmanın 61. maddesi, ceza yaptırımları açısından belirli asgari koşullar getirmiş bulunmaktadır. Buna göre, **'Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka taklidi veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak ceza yargılaması usulü ile cezaları hükme bağlayacaklardır.... Üyeler fikrî mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu suçlar kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak ceza yargılaması usulü ve cezaları hükme bağlayabilirler.'**

Görüldüğü gibi, TRIPS 61. madde, taraf devletleri, iç hukuklarında, ticari ölçekte bilerek marka taklidi veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak ceza yargılaması usulü ile cezaları hükme bağlamakla yükümlü tutmuştur. Fikrî mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu suçlar kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak ceza yargılaması usulü ve cezaları hükme bağlama konusunu ise devletlerin tercihine bırakmıştır.

Bu nedenle örneğin, Arjantin, Kanada, İrlanda, Paraguay, Birleşik Krallık ve Singapur gibi TRIPS üyesi bazı ülkelerde patent hakkının ihlali cezai yaptırıma bağlanmamıştır⁹⁴. Patent hakkının ihlaline cezai yaptırım öngörülmemesine gerekçe olarak, bir yandan bu davaların oldukça karmaşık ve teknik özelliklere sahip olması, diğer yandan ise ceza kovuşturmasının yavaş olması gösterilmektedir⁹⁵. Yine örneğin Birleşik Krallık'ta patent yanında, tescilli yada tescilsiz tasarımdan doğan hakların ihlalini oluşturan eylemler ile haksız rekabetin Anglo-Sakson hukukundaki karşılığını oluşturan "passing off" için ceza yaptırımı mevcut değildir⁹⁶. Söz konusu devletler, belirtilen bu hakların ihlali halinde hukuki (tazmini) koruma sağlamakla yetinmişlerdir.

Ülkemiz uygulamasında ise, bir önceki bölümde sözü edilen düzenlemeler ile fikrî ve sınai hakların tamamı yönünden, çoğunlukla hukuki ihlale ilişkin maddelere atıfta bulunulmak suretiyle, cezai koruma öngörülmüş bulunduğu

⁹⁴ Bu konuda bkz. www.aippi.org/reports/q169/q169_summary_e.html.(15.08.2004).

⁹⁵ bkz. www.aippi.org/reports/q169/q169_summary_e.html.(15.08.2004).

⁹⁶ Ancak söz konusu hakkın konusunu oluşturan ticari sır niteliğindeki bilgi bir kağıt üzerine aktarılmış ve bu kağıt alınmış ise hırsızlık suçundan sorumluluk doğabileceği gibi, bu eylemlerin yapılan bir gizli anlaşma (komplo) çerçevesinde birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde ceza yaptırımı söz konusudur. Bu konuda bkz.CORNISH/LLEWELYN, age.Sh.62-63; Ayrıca, bkz. www.aippi.org/reports/q169/q169_unitedkingdom_e.html.(15.08.2004).

söyleyebiliriz⁹⁷. Yukarıda açıklandığı üzere, bu düzenleme biçimini, bir başka deyişle, hukuken hak ihlali oluşturan fiillerin hiçbir değerlendirme ve ayırım yapılmaksızın ceza yaptırımına tabi tutulmasını, uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerimize dayandırmak mümkün değildir. Bununun nedenlerini, ülkemizde genel anlamda fikrî ve sınaî haklar alanında uygulanacak ceza politikasının henüz oluşturulamamasında aramak daha doğru olacaktır.

Bu kapsamda, öncelikle Fikrî ve Sınaî Haklar alanında tanınan ve özel düzenlemelere tabi tutulan hak türleri ile buna ilişkin ulusal mevzuatın uluslararası düzenlemelerle ve Avrupa Birliği müktesebatı ile uyumlu olduğunu söylemek gerekir. Ne var ki yukarıda açıklandığı üzere bu hakların hangilerinin hukuki koruma yanında cezai yaptırımlarla korunacağı, uygulanacak soruşturma ve kovuşturma yöntemleri büyük oranda ülkelerin iç hukukuna ve ceza politikalarına bırakılmıştır. Ancak ülkemizde bu olanağın yeterince iyi kullanıldığını söylemek mümkün değildir. Özellikle henüz ülkemizde yerleşmemiş olan ve başlangıcı giriş bölümünde açıklandığı üzere 1995 yılına kadar gidebilen sınaî mülkiyete ilişkin tasarım, coğrafi işaret, faydalı model gibi hak türleri yönünden de aynı seviyede cezai koruma getirilmesi bir takım sorunlara yol açmıştır.

Bunlardan mahkememiz uygulamasında en çok karşılaşılanı tasarımlara ilişkin olanıdır. Bilindiği gibi 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kabul edilen tescil sisteminde inceleme başvurunun şekli şartları ile sınırlı olarak gerçekleştirilmektedir. Bir başka deyişle 554 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 26 ve 28., ilgili Yönetmeliğin 7 ve devamı maddelerinde düzenlenen başvuru belgelerine ilişkin şekli inceleme ile yetinilmektedir⁹⁸. Tasarımın yenilik özelliğini taşımadığının anlaşılması halinde dahi, yasa koyucunun açıkça şekli inceleme sistemini tercih etmiş olması karşısında, TPE'nin tescil prosedürünü durduramayacağı belirtilmektedir⁹⁹.

Türk Patent Enstitüsü başvuruyu şekli açıdan inceledikten sonra, bu konuda bir eksikliğin bulunmadığı anlaşılır, yada saptanan eksiklikler süresi içerisinde giderilirse tasarımı tescil ve ilgili bültende ilan eder. (554 Sayılı KHK. Mad. 34)Yayımlarından itibaren 6 ay içerisinde gerçek veya tüzel kişiler ile ilgili **meslek kuruluşları** gerekçelerini açıkça belirtmek suretiyle Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı nezdinde tescile itiraz etmesi mümkündür. (554 Sayılı KHK.nun Mad. 37) Görüldüğü üzere tasarıma ilişkin mevzuatımız uyarınca belirlenen yasal süre içerisinde itiraz edilmiş bir tasarım, koruma koşullarını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın tescil işlemi

⁹⁷ Ancak, fikrî ve sınaî haklara ilişkin suçların oluşumu için genel olarak kasit aranır. Objektif sorumluluk hallerine yaklaşan birkaç tartışmalı ayrık durum dışında, fiil kasten işlenmemiş ise, diğer koşullarının varlığı halinde hukuki(tazmini) sorumluluğa hükmedilmesi mümkün iken, manevi unsur gerçekleşmediğinden ceza yaptırımına hükmetmek olanaklı değildir.

⁹⁸ 1995 yılı itibarıyla Tasarım Tescillerinde dünya ölçeğinde 63 ülkenin esasa ilişkin inceleme, 48 nin ise şekli incelemeyi kabul ettiği, saptanmıştır. Avustralian Law Reform Commission (ALRC) Aktaran: SULUK age sh. 371.

⁹⁹ SULUK age sh 371.

kesinleşebilmekte bu aşamadan sonra ancak mahkemeler önünde hükümsüzlük davasına konu olabilmektedir.

Tasarıma ilişkin tescillerde % 80'e yakın başvurunun esasen yenilik özelliğini taşımadığı alınan bilgiler arasındadır. Bir başka deyişle, tasarım başvurusunda bulunan kişiler sistemin amacına uygun şekilde bizzat ürettikleri tasarımı değil, başka bir yerden elde ettikleri tasarımların kendileri adına tescili yoluna gidebilmektedirler. Bu durum daha çok mobilya, tekstil ve profil sektöründeki tasarım tescilleri konusunda görülmektedir. Genellikle itiraz süresi dolduktan sonra, tasarım sahipleri, ihlal iddiası ile aynı tasarıma konu ürünü yıllardır üreten bir başka üreticiyi piyasadan uzaklaştırmak amacı ile, ya doğrudan doğruya Cumhuriyet Başsavcılıklarına başvurarak iş yerinde arama ve el koyma talebinde bulunmakta, yada hukuk mahkemeleri aracılığı ile tespit yaptırdıktan sonra ihlal iddiası ile tazminat talebinde bulunmaktadırlar. İşte ancak bu aşamada, tasarımı ihlal etmekle suçlanan üreticiler, tasarımın yeni olmadığı, yıllardır kendisi ve başkaları tarafından da üretildiği konusunda ceza Mahkemelerinde karşı savunmada bulunmakta veya hukuk mahkemeleri önünde karşı dava açarak hükümsüzlük kararı verilmesi talebinde bulunmaktadırlar¹⁰⁰.

Bu konudaki sorunların giderilmesi esasen ilgili sektör temsilcilerinin yada meslek birliklerinin yayınlanan bültenleri itina ile takip ederek süresi içerisinde itirazda bulunmalarına bağlıdır. Üretici kişi yada firmaların da kendi sektörleri ile ilgili olarak bu bültenlerde yayınlanan tasarım tescil başvurularını izlemelerinde sistemin iyi işlemesi bakımından büyük yarar bulunmaktadır. Ne var ki, yukarıda açıklandığı üzere bu konuda gerek meslek kuruluşları (Ticaret ve Sanayi odaları), gerek üreticiler, anılan bülteni yeterince titizlikle takip ederek gerekli itirazı zamanında yapmamaktadırlar. Bunun sonucunda tasarımla ilgili Ceza Mahkemeleri ve Hukuk Mahkemeleri önündeki, neredeyse her davada, koruma koşullarının bulunmadığı (tasarımın yeni ve ayırt edici olmadığı) yönünde iddialar ve hükümsüzlüğe ilişkin karşı davalar gündeme gelmektedir. Bu iddiaların ileri sürülmesi durumunda yargılamanın en az birkaç kat daha fazla süre alacağına kuşku yoktur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle tasarım konusunda sistemin tam anlamı ile oturmamış olması, tescil sisteminin şekli incelemeye dayanması da dikkate alınarak, sektör bazında alan araştırmaları yapılmak suretiyle, tasarım için cezai korumanın uygulanıp uygulanmayacağı, yada daha sıkı ek koşullar altında uygulanması konusunda bir politika oluşturulmalıdır.

Yukarıda tasarım için açıklanan hususlar büyük ölçüde 551 Sayılı KHK.nin 154 ve devamı maddelerinde düzenlenen faydalı modeller (küçük patentler) için de geçerlidir. Gerçekten de 1995 yılına kadar Türk Hukukunda faydalı modellere ilişkin her hangi bir düzenleme yapılmamıştır. Faydalı model, buluş basamağı patente göre

¹⁰⁰ Ceza Mahkemelerinde bu yönde ileri sürülen iddiaların çözümüne ilişkin olarak bakınız yukarıda bölüm II/B-5.

daha düşük, küçük ve orta ölçekli işletmelerin yararlanmasına uygun düştüğü düşünölen, pratik çözümler üreten yeni ve sanayiye uygulanabilen buluş olarak tanımlanabilir. (551 Sayılı KHK md. 154) Faydalı model başvurusu, 551 Sayılı KHK.nin 42. maddesinde belirlenen belgeler eklenerek Enstitüye yapılacak başvuru sonucu 43 ve 53. maddelerine göre kesinleştirilir Enstitü tarafından bu başvuru şekli açıdan incelenir, inceleme sonucunda bir eksiklik bulunmadığı anlaşıldığı takdirde ilgili bültende yayın yapılır. Patentler için Enstitü tarafından düzenlenmesi öngörölen, tekniğin bilinen durumuna ilişkin araştırma raporu, başvuru veya belge sahibi tarafından istenmedikçe faydalı modeller için düzenlenmez(551 Sayılı KHK md.160/son). Bir başka deyişle buluşun yenilik ve tekniğin bilinen durumunun aşılmasına dayanak teşkil edecek unsurları taşıyıp taşımadığı araştırılmaz. Başvurunun ilanından itibaren 3 ay içerisinde yararı bulunan kişi veya kurumlar faydalı model verilmesine ilişkin bu başvuruya gerekçe göstererek itiraz edebilirler. İtirazda yenilik özelliğinin bulunmadığı ve tarifnamelerin buluşun uygulanmasına yeterli açıklığı içermediği gerekçelerine dayanabilir. (551 Sayılı KHK.madde 161/1) İtiraz ve bu itirazlara başvuru sahibince verilen cevabı inceleyen Enstitü, belgenin verilmesine karar verdiği takdirde belge ilana çıkarılır.

Göröldüğü üzere faydalı modele ilişkin tescil sistemi de tasarıma gibi kötü niyetli kişilerce kullanılabilecek boşluklar içermektedir. Bu yönüyle kanaatimizce 22/06/2004 tarih ve 5194 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası faydalı modellerin de cezai koruma kapsamına alınması en azından yeterli araştırma ve değerlendirmeye dayanmayan bir karar olmuştur. Aynı sakıncalar incelemesiz patent verilmesi sisteminde de mevcuttur.(551 sayılı KHK md. 60 vd.)

C) Yasama Sürecine İlişkin Sorunlar

1- Genel Olarak

Tebliğin daha önceki bölümlerinde de değinildiği üzere Fikrî ve Sinaî Haklar alanında 1994 ve 1995 yılında yapılan yeni düzenlemeler sonrası daha önce koruma altında olmayan tasarım, faydalı model, coğrafi işaret gibi yeni tescilli sinaî hak türleri ihdas edilmiştir. Bu çalışmaların büyük çoğunluğu 01/01/1996 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki Gümrük Birliğinin uygulamaya aktarılması öncesine rastlamaktadır. Gerek bu dönemde yapılan düzenlemeler, gerekse daha sonra mevcut mevzuatta yapılan değişiklikler yeterli sektör araştırması yapılıp, ihtiyaçlar saptanmadan hazırlanmıştır. İlgili kesimlerin katılımı ve asgari düzeyde bir uzlaşma sağlanmasından çok, genellikle bir takım tarihlere yetiştirilme kaygısı ön plana çıkmıřtır¹⁰¹.

¹⁰¹ 551, 554, 555 ve 556 Sayılı sinaî mülkiyete ilişkin KHK'lere ceza hükümlerinin eklenmesi için kabul edilen 03.11.1995 tarih ve 4128 Sayılı Kanunun 'da aynı kaderi paylaşmıştır. Bu kanunun için hazırlanan tasarımin esasen daha ayrıntılı ve fazla sayıda hükümden oluştuğu bilinmektedir. Ancak dönemin koalisyon hükümetince Meclisten geçirilmesindeki güçlükler nedeniyle, her KHK için bir maddeye sıkıştırılmak suretiyle yasalaaşmıştır.

2- Sinaî Mülkiyete İlişkin Yasama Sorunları

1995 yılında kabul edilen 551, 554, 555, 556 Sayılı KHK.lerin özellikle ceza hükümleri içeren bölümüne ilişkin uygulamalarda ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla 22/06/2004 tarih ve 5194 Sayılı Yasa ile değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler ceza yargısında ve uygulamasında önemli yenilikler getiren 26/09/2004 tarih ve 5237 Sayılı TCK.nun yine 04/11/2004 tarih ve 5271 Ceza Muhakemesi Usulü Kanunlarının yasallaşması ve yürürlüğe girme tarihleri ile aynı zamana rastlamıştır. Anılan değişikliklerin somut olaylarda sanığın lehine yada aleyhine oluşu değerlendirilmesi zorunluluğu nedeniyle ceza yargılamasında kaçınılmaz olarak duraksamada ve yargılama sürecinin uzamasına neden olmuştur.

Öte yandan 5237 Sayılı TCK.nun 2¹⁰² ve 5.¹⁰³ maddesi hükümleri nedeniyle KHK'lerde yer alan veya bunlara bir yasa ile eklenen ceza hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler ve Anayasa Mahkemesi'nin daha önce üzerinde durulan 2.3.2004 gün ve esas 2002/92, karar 2004/25 sayılı kararı dikkate alınarak sinaî mülkiyete ilişkin KHK'lere 03.11.1995 tarih ve 4128 sayılı yasa ile eklenen ve cezai yaptırımları düzenleyen hükümlerde değişiklik yapılması çalışmalarına hız verilmiştir.

Bu değişikliğin gerekçesinde, 4128 Sayılı Yasa ile sinaî mülkiyete ilişkin KHK'lere eklenen ceza hükümlerinden bahisle, bu maddelerle tanımlanan "fiillerin bir kısmının ceza hukuku yaptırımıyla cezalandırılmayacağı, çünkü bu madde(ler)de suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkeleriyle, suç teorisinin seçimlik hareketli suçlara ilişkin prensipleriyle ve ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralıyla bağdaşmayan hükümler bulunduğu, bu fiillerin müeyyidesiz kalmaması için, söz konusu madde hükmünde (hükümlerinde) suç tanımlarının yeniden yapıldığı" belirtilmektedir.

Gerekçede, maddelerde tanımlanan bir kısım fiillerin müeyyidesiz kalacağı yönündeki belirlemenin 5237 Sayılı Ceza Kanununun 2. ve 5. maddelerine dayalı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, Yeni Ceza Kanununun Yürürlüğe girmesinden önce neredeyse genel kabul gören bu anlayışa katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Öncelikle, 5. maddede yer alan "bu Kanunun genel hükümleri" ibaresinden anlaşılacak gereken maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, 'teşebbüs, iştirak ve içtima gibi' esasen Ceza Kanununun genel hükümlerinde yer alan ve ceza uygulamasında doğrudan uygulanırlığı bulunan hükümler olup, bu maddeyle özel yasalarda çelişik hükümlere yer verilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Diğer taraftan 2. maddede düzenlenen 'suç ve cezaların kanuniliği' ilkesi 765 Sayılı Ceza Kanununda

¹⁰² 2. maddenin 1 ve 2. fıkraları şu şekildedir. "(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolünamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz."

¹⁰³ 5. madde hükmü şöyledir: "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."

da mevcut olup esasen İnsan Haklarına ilişkin sözleşmelerde dayanağını bulan Anayasal ve genel bir kuraldır. Bu kurala aykırı bir düzenleme karşısında kalan hakim izleyeceği yol, yine Anayasanın 152. maddesinde belirlenmiş olup, Anayasa Mahkemesi'nde Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmaktan ibarettir. Aksi halde, Yeni Ceza Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen yine Anayasal bir ilke olan 'orantılılık' ilkesine aykırı bir hüküm karşısında olduğunu düşünen bir mahkemenin Anayasa Yargısına başvurmaya gerek duymadan bu normu uygulamayacağını da kabul etmek gerekecektir. Bu sonuç, Anayasa hukukunun temel ilkelerine aykırı olup, hukuki belirsizliğe neden olacaktır. Gerekeceği yürürlükteki KHK'lere yasa ile eklenen düzenlemeler hakkında ortaya konan diğer düşüncelere ise katılmamak mümkün değildir.

Bu bölümde, sempozyumun duyurulan amacına uygun düşeceği düşüncesi ile, 19.04.2005 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan 551, 554, 555 ve 556 Sayılı KHK'lerde değişiklik yapılmasına ilişkin kanun teklifi üzerinde ana hatları ile durmakta yarar görülmüştür.

- Teklifin gerekçesinde, 'suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik' ilkesine uygun düzenleme yapılmasının hedeflendiği belirtilmektedir. Ne var ki, teklifin patente ilişkin 1. maddesi "Başkasına ait patent hakkına tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden..." ibaresini kullanarak önceki düzenleme ile aynı mahiyette bir düzenlemeyi tercih etmiş ve hangi hallerin tecavüz sayılacağı konusunu hukuki ihlali düzenleyen 551 sayılı KHK'nın 136. maddesine bırakmıştır. Öte yandan anılan maddedeki hukuki ihlal hallerine göre daha dar bir kapsamı olduğu kuşkusuzdur. Bir bakıma ihlal hallerinin belirlenmesinde belirsizlik devam ederken, ihlal oluşturan ürün yada hizmet ile sanığın ilişkisini belirleyen eylemler yönünden kapsamı oldukça dar tutmuştur.

- Tüm sınai hak türlerine ilişkin maddeler yönünden, ihlal oluşturan ürünün satışa sunulmuş halde olmamakla birlikte, ticari amaçla depolanmış şekilde elde edilmesi halinde fail sorumlu tutulamayacaktır. Bu durum uygulamada sıkça, ürünün satışa sunulmuş halde olmadığı depoda bulundurulduğu yolunda savunmalara yol açacak ve bu yasal boşluğun kötüye kullanılmasına neden olacaktır.

- Tüm maddeler yönünden en büyük sakınca sınai hak konusu ürünün cezai koruma için mutlak şekilde Türkiye'de üretilmesi şartının getirilmesidir. Örneğin Türkiye de tescilli olsa dahi, bir sınai hak, bu hakkın konusunu oluşturan ürün ülkemizde üretilmiyor ise, bu sınai hakkı ihlal eden bir faille cezai yaptırım uygulanamayacaktır. Ülke içinde yabancı sermayenin yatırım yapıp üretimde bulunmasını teşvik etmek gibi iyi niyetli bir yaklaşım olduğu kuşkusuz olmakla birlikte, bu düzenleme tarzı bir çok hukuki ve pratik zorluklara neden olacaktır.

Bir kere bu durum Ülkemizin de tarafı bulunduğu uluslararası sözleşmelerle kabul edilen sistemle çelişki içindedir. Ayrıca bir yatırımcı örneğin bir markayı daha yatırımın planlanması aşamasında tescil ettirip daha sonra fiili üretime geçebilir.

Yine her ihlal iddiası, suç tarihinde bu sınaî hakkın ilgili olduğu mal veya hizmetin henüz Türkiye’de üretilmeye başlamadığı savunmasını karşısında bulacaktır. Bir başka deyişle sınaî hak sahibi ürünü ne zaman üretmeye başladığını da kanıtlayan belgelerini sunmak zorunda olacaktır. Diğer yandan günümüzde bir ürünün kimi zaman birden fazla ülkede değişik parçalarının üretilip montajının da bir başka ülkede yapılması mümkündür. Bu gibi durumlar, birden fazla ülke resmi makamları ile yazışma yapmayı gerektirecek ve uygulamada yargılamayı çıkmaza sokacaktır.

Teklifte genel olarak coğrafi işaretler yönünden de Türkiye’de ürünün üretilmesi koşulunun aranması ise içerisinde teknik bir açmazı barındırmaktadır. Gerçekten de coğrafi işaretlerin bir türü olan "menşe adı", üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümüyle o adı taşıyan bir yöre, alan veya bölge sınırları içinde yapılan bir ürünü ifade eder. Bu durumda yabancı bir ülkeye ait bir bölgede üretilen ve menşe adına konu ürünün Türkiye’de üretimini şart koşturmak işin mahiyeti ile uyumsuzdur.

- Diğer taraftan genel olarak tüm maddelerde hapis ve adli para cezasının birlikte öngörülmesi, bir başka deyişle 5194 sayılı Yasa ile yapılan düzenleme öncesine geri dönülmesinin nedenlerini anlamak mümkün değildir. Bu ‘orantılılık’ ilkesi ile de çelişmektedir. Örneğin seyyar satıcı da ele geçen 10-15 adet tekstil ürünü yönünden de hapis ve para cezası birlikte uygulanacaktır.

- Yine tasarım, coğrafi işaret ve marka yönünden, suçun kanuni unsuru "iktibas veya iltibas suretiyle" tecavüz ederek mal (ve hizmet) üretmek biçiminde düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu terminoloji konuyu düzenleyen KHK’lerin temel kavramlarına uzak düşmektedir. Örneğin marka açısından aynı veya benzer sınıf mal ve hizmet yönünden ayırım bulunmadığı gibi, tanınmış markalara yönelik düzenlemelere de yaklaşımı açık değildir. Aynı eleştiri kanaatimizce tasarımlara ilişkin madde içinde geçerlidir.

- Etkin pişmanlığa ilişkin her bir maddede yer verilen hüküm isabetlidir. Ancak hazırlık soruşturması aşaması ile sınırlı tutulması gerekirdi. Bu haliyle yargılama sürecini uzatıcı sonuçları olacağı düşünülmektedir.

3- Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Yasama Sorunları

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun ceza hükümlerinde de 07/06/1995 ve 4110, 21/02/2001 tarih ve 4630, 03/03/2004 tarih ve 5101 Sayılı Yasalarla önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler daha önceki bölümlerde de üzerinde durulduğu gibi, gerek maddi ceza hukukuna gerekse yargılama yöntemine ilişkin konulara temas etmektedir. Ancak yapılan değişiklikler beklenen sonuçları vermediğinden, adeta süreklilik kazandığı gözlenmektedir. Yasama sürecine halkın katılımı, kurulacak sistem üzerinde ilgili çıkar grupları arasında asgari düzeyde bir uzlaşma sağlanması, oluşturulan sistemin sağlıklı ve etkin bir şekilde işlemesi ve uygulayıcılar tarafından hayata geçirilmesinde önemli bir unsurdur.

Katılım ve uzlaşma aranmaksızın gerçekleştirilen yasal düzenlemelerin uygulamaya aktarılmasındaki güçlükler en son örnek ülkemizde Fikir ve Sanat Eserleri Yasasında yer alan ceza hükümleri ile ilgili olarak verilebilir. 21.02.2001 tarih ve 4630 Sayılı Yasa¹⁰⁵ ile 5846 Sayılı Yasada yapılan değişiklik ile, ceza süre ve tutarlarındaki ölçsüz artışlar, ciddi eleştiri ve uygulama zorlukları ile karşılaşmış ve bu nedenle üç yıl gibi kısa bir zaman sonra 03.03.2004 tarih ve 5101 Sayılı Yasa¹⁰⁶ ile yeniden düzenlenmesi gerekmiştir. Yapılan bu değişiklik ve eklemeler nedeniyle 5846 Sayılı Yasa biri biriyle tutarsız, sistematığı bozulmuş bir o kadar da anlaşılması güç bir yasa haline gelmiştir. Tüm bu nedenlerle, Kültür ve Turizm Bakanlığınca başlatılan bir proje çerçevesinde Yasanın tamamı ile yeniden kaleme alınması gündemdedir.

Yine söz konusu değişikliklerle kimi zaman, bir öncekinden tamamen farklı hatta tam aksi yönde hükümler getirilmekte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durum söz konusu yasaların gerekçelerinde açıkça gözlenmektedir.

Mevzuatın ihtiyaca göre yenilenmesi yadırganacak bir durum değildir. Ancak bu alan kendine özgü terminolojiye sahip, uzmanlık gerektiren, uluslararası gelişmelere açık bir konudur. Yeni düzenlemeler ilgili sektörlerin, çıkar gruplarının idari ve yargısal aşamada görev alan uygulayıcıların katkıları sağlanarak gerçekleştirilmelidir. Aksi halde kısa süre içerisinde yasal değişiklik ihtiyacı gündeme gelmektedir.

4- Yasamaya İlişkin Sorunların Uygulamaya Yansımaları

Genel olarak fikrî ve sınaî haklar alanında suç teşkil eden bir eylemin, soruşturma makamları önüne taşınması ile yargılama sürecinin tamamlanması arasında ortalama altı ay ile bir yıl arasında değişen bir süreye ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak konu ile ilgili uygulamanın istikrar kazanması için, verilen yerel mahkeme kararlarının,

¹⁰⁵ Yasanın genel gerekçesi şu şekildedir "...Ayrıca, **TRIPS metninin 61 inci maddesindeki yüküm lülüğümüzü yerine getirmek amacıyla;** maddede belirtilen yazılı izinleri ve bandrolü almadan işaret, resim ve ses tekrarına yarayan alet veya yöntemlerle eserleri çoğaltan veya yayanlar hakkında **hapis ve para cezalarının artırımına gidilmiştir.**" Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporundaki şu gerekçeler ise şaşırtıcı olduğu kadar yasama ve yargı faaliyeti açısından çıkartılacak önemli dersler içermektedir. "Tasarıda mevcut Kanunun bandrol uygulamasına ilişkin 81 inci maddesinde değişiklik yapan düzenlemeyle, ihlali oluşturan durumlar bentler halinde sayılmıştır. Bu şekilde ihlal halleri açıkça tanımlanmıştır. **Caydırıcılığın sağlanması için, hapis cezalarının paraya çevrilmemesi ve ertelenemez olması amacıyla bu maddedeki cezalar, dört yıldan altı yıla kadar hapis ve 50 milyar liradan 150 milyar liraya kadar ağır para cezası olarak düzenlenmiştir.**"

¹⁰⁶ Yasanın 81. maddesine ilişkin gerekçesinde ise 4630 sayılı yasanın gerekçesinde düşülen yanıştan dönülmüş bulunmaktadır. Buna göre, "Madde ile; 5846 sayılı Kanunun 81 inci maddesinde yapılan değişiklikle bandrol kullanımına ve denetimine ilişkin usul ve esaslar ile uygulamanın ihlali halinde hükmolunacak cezaların yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür. **Yargının takdir yetkisini genişletici bu düzenleme ile yargıca, öngörülen özgürlüğü bağlayıcı ceza ve para cezasını olayın özellikleri ve suçun ağırlığının değerlendirilerek şahsileştirebilmesi imkânı tanınmıştır. Bu imkân, terditi ceza oluşturmak suretiyle yaptırımlar "veya" bağlacı ile bağlanarak tesis edilmiştir.**"

Yüksek Mahkeme tarafından yol gösterici, esasa temas eden içtihatlarla kesin hükme bağlanması ve bu içtihatların da yine yeknesaklık arz etmesine ihtiyaç vardır. Tebliğ ekinde yer alan 3 nolu tablodan da anlaşılacağı üzere, bu sürecin en az 2,5-3 yılı gerektirdiği görülmektedir. Yargıtay içtihatlarının uygulamaya yön verecek olgunluğa ulaşması için ise gereken süre kabaca 4-5 yıldır.

Ancak Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Hukuku alanında yapılan yasal değişikliklerin zaman aralıkları göz önüne alındığında uygulamanın içtihat birliğine kavuşması neredeyse hiçbir zaman mümkün olmamıştır. Yüksek mahkeme yasal değişiklik halinde sanık hakkında lehe olan hükmün uygulanacağına dair TCK 2/2 madde fıkrasının amir hükmü nedeniyle yerel mahkemeden verilen kararları esasa girmeden bu nedene dayalı olarak usûlden bozmaktadır¹⁰⁷. Bu durum fikrî ve sinaî haklar alanında içtihat birliğinin tesisine engel oluşturmaktadır.

D) Halkın Bilinçlendirilmesine İlişkin Sorunlar

Fikrî ve sinaî haklar alanında kurumsal ve yasal alt yapının oluşturulması ve ihtisas mahkemelerinin kurulması, sistemin iyi işlemesi için zorunlu olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. Bu alanda beklenen sonuçlara ulaşılabilmesi, ve anılan hakların etkin biçimde uygulanması için, ayrıca konunun öneminin toplumun bütün katmanları tarafından kavranmasına da ihtiyaç vardır.

Bu süreçte, ilki genel ve küresel nitelikli, diğeri daha çok ülkemize özgü başlıca iki sorunla karşılaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, TRIPS'le birlikte, fikrî mülkiyet haklarının uluslararası ticaretle bağlantısının ön plana çıkması nedeniyle, yaratıcılığın özendirilmesi ve korunması suretiyle ekonomik kalkınma ve refaha katkısının gölgelemiş olmasıdır. Bu durum, sistemin az gelişmiş yada gelişmekte olan ekonomilerin yada ulusların aleyhine ve gelişmiş ekonomilerin lehine tek yönlü olarak çalıştığına dair görüşün yaygınlaşmasına yol açmıştır. Bu gelişmenin ulusal ölçekteki yansıması, fikrî mülkiyetin, tüketicinin ve yurttaşların maliyetlerine katlandığı ve sadece sanayinin yada bu alandaki çıkar gruplarının yararlanmasına hizmet eden bir sistem olarak algılanması biçiminde görülmektedir¹⁰⁸. Bu nedenle tüketici bazında, korsan ve taklit ürünlerin satın alınmasının, hatta kısmen üretim ve satışının

¹⁰⁷ Bkz.Yargıtay 7.Ceza Dairesinin 25/05/2004 tarih ve 2004/8417-7056 esas ve karar sayılı ilamı. "hükümden sonra 12/03/2004 gün ve 25400 sayılı R.G.de yayınlanarak yürürlüğe giren çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin 5101 Sayılı kanunla 5846 Sayılı Yasada düzenlenen suçlar için öngörülen ceza miktarında değişiklik yapılmış olup, anılan düzenleme ve TCK.nun 2.maddesi hükmü birlikte değerlendirilerek yeniden bir karar verilmesi gerekmesi..." 556 Sayılı KHK.nin 61/A-c maddesine temas eden bir olay nedeniyle aynı yönde verilen karar için bkz.Yargıtay 7.Ceza Dairesinin 01/07/2004 gün ve 2004/9370-9087 esas ve sayılı karar. Karar metinleri için bkz.ALBAYRAK, a.g.e. sh.109 ve sh.213.

¹⁰⁸ Bu konuda Avrupa Birliği'nin İç Pazardan Sorumlu Komisyon Üyesi Frits BOLKESTEIN'in 06.10.2003 tarihli konuşmasına bkz. [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gttxt=gt&doc=SPEECH/03/\(15.12.2004\)](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gttxt=gt&doc=SPEECH/03/(15.12.2004)).

ahlaken kınanılması gereken bir eylem olarak algılanmadığı gözlenmektedir. Bunda kültürel farklılıklar da etkili olmakla birlikte, sistemin yararlarının kavranamaması önemli bir etkidir. Ayrıca korsan ve taklit ürünlerin arkasında gizlenen kayıt dışı ekonominin büyüklüğü, vergi kaybı, haksız rekabete yol açması nedeniyle ulusal ekonomi ve refaha olan olumsuz etkileri, organize suç örgütleri ile ilişkilerinin yeterince farkında olunmadığını söylemek mümkündür.

Diğer taraftan özellikle küçük ve orta ölçekli girişimler yönünden sistem, yaratıcılığın özendirilmesinden çok, tescil sisteminin boşluklarının kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen tesciller nedeniyle rekabeti bozucu yönde işleyebilmektedir. Bu nedenle esasen sistemin iyi işlemesini sağlamak için özellikle ticaret ve sanayi odaları ile diğer meslek kuruluşlarına önemli görevler düşmektedir. Bu görevlerin en başında özellikle tasarım ve faydalı model bültenlerinin sıkı takibi suretiyle kötü niyetli tescillere daha başında engel olarak serbest rekabet ortamının gerçek anlamda tesisini sağlamaktır. Bir diğer görev de halkın bu konuda aydınlatılmasıdır. Korsan ve taklit üretimin hiçbir sosyal argümanla açıklanamayacağı, esasen bunun rekabeti bozucu etkisi nedeniyle, birim başına ürün maliyeti artırdığından yine tüketicinin aleyhine sonuç verdiği konusunda toplum ikna edilmelidir.

E) Yargı Organları Önünde Hak Takibi Sürecindeki Sorunlar

Yargı organları önünde bir davanın açılıp sonuçlandırılması sürecinde hukuki alt yapıdan kaynaklanan sorunlara yukarıdaki bölümlerde değinilmiştir. Bu nedenle burada daha çok hak sahipleri ve sanıklar yönünden ceza uygulamasında karşılaşılan sorunlar ana başlıklar halinde ele alınacaktır.

Genel olarak tüm fikrî ve sınaî haklar ceza uygulamasında karşılaşılan en önemli sorun, takiplerin vekil merkezli yürütülmesinden kaynaklanmaktadır. Vekil merkezli takipten, davanın takibinde vekilin çoğu zaman takip sürecini hak sahibinin desteğini almadan ve bütün kararları kendisi alarak yürütmesi kastedilmektedir. Uygulamada daha çok hak sahibi vekaletini verdikten sonra süreci takip etmemektedir. Bu durum yargılamada bazı sorunlara yol açmaktadır.

Özellikle 5846 Sayılı Yasanın 71, 72, 73 ve 80. maddelerinde öngörülen ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda hak sahipliği belgelerinin temini önem arz etmektedir. Çoğu zaman bu belgelerin sunulması yapılan ihtarlara rağmen sağlanamamaktadır. Bu durumun yargılamayı uzatmasının önüne geçilmek üzere 5101 Sayılı Yasa ile değişik 75. maddede "Şikâyet üzerine hak sahiplerinin haklarını kanıtlayan belge ve/veya nüshaları Cumhuriyet Savcılığına sunmaları halinde kamu davası açılır. **Altı ay içinde bu belge ve/veya nüshaların sunulmaması halinde takipsizlik kararı verilir, bu Kanunun 76 ncı madde hükümleri saklıdır.**" hükmüne yer verilmiştir. Bir başka deyişle, anılan maddelere dayalı şikayette hak sahipliği belgeleri hazırlık soruşturmasında altı ay içerisinde sunulmalıdır. Aksi halde dava açılmayacak ve takipsizlik kararı verilecektir. Ancak dava şartı olarak öngörülen bu koşula uygulamada Cumhuriyet Savcılarınca uyulmamak-

tadır¹⁰⁹. Diğer yandan 76. madde hükmü saklı tutulmuştur¹¹⁰. Bir başka deyişle şikayetçinin hak sahipliğine ilişkin kuvvetli kanaat oluşturmaya yeterli delil sunması halinde, sanık karşı delillerini sunmak zorunda kalacaktır. Ancak Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesi uygulamada bu maddeyi şikayetçinin tüm telif hakları sözleşmelerini sunması gerektiği şeklinde yorumlamakta karineye ilişkin hükmü işletmemektedir¹¹¹. Bu durum adeta yargılamayı çıkmaza sürüklemektedir. Özellikle zorunlu bandrole tabi yüzlerce, hatta binlerce kitabın yada materyalin elde edildiği durumlarda her biri için belge talep etmek 5101 sayılı yasa ile yapılan değişikliğin ruhuna ve sistematiğine aykırıdır. O halde zorunlu bandrole tabi eserlerde, resen soruşturma yapılması yasanın amir hükmü olmasına göre, müdahillik yönünden sadece materyaller üzerindeki bilgilerle yetinilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Pek tabii bu durumda uygulama 81. maddesi ile yapılmalı, materyal üzerinde hak sahibi olarak görünen gerçek yada tüzel kişiye katılan sıfatı verilmelidir. Aksi halde binlerce ürün içerisinde, sadece hak sahipliği belgeleri sunulan ürünlere el konulup kalanının bırakılması gündeme gelecektir. 81. madde metni ise bu konuda kuşkuya yer bırakmayacak açıklıktadır. Ürünlerin tamamına el konulacak ancak hak sahipliği iddiasında bulunan kişiler yönünden karine de dikkate alınarak katılan sıfatı verilerek davaya dahil edilecektir.

Sınaî haklar yönünden ise vekil merkezli takip, çoğu zaman karşılaştırmalı inceleme ihtiyacı bulunan hallerde orijinal ürün sunulmasında, yada orijinal ürüne ait özelliklerin açıklanmasında gecikmelere yol açmaktadır.

Yine özellikle, patent, faydalı model, tasarım ve marka ihlallerinde ürünlerin orijinal olma ihtimali bulunan hallerde, hak sahibi firmaların vekillerine ve soruşturma makamlarına destek vermeleri gerekmektedir. Aksi halde, orijinal ürünlere el konulmakta, ihlal iddiasına maruz kalan ve yasal ticaret yapan kişiler madur edilebilmektedir.

Özellikle 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra şikayete bağlı suçlarda geçerli olacak uzlaşma yöntemi nedeniyle de hak sahibi ve vekillerin birlikte hareket etmeleri yararlı olacaktır.

VI- SONUÇ

Fikrî ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemelerinin, kuruluş amaçlarına uygun olarak, ülkemizde bu alandaki uygulamanın etkin bir şekilde gerçekleştirilmesine katkıda bulu-

¹⁰⁹ Bu eksikliğin 5271 sayılı CMK madde 174 uyarınca iddianamenin iadesi nedeni olacağı kanaatindeyiz.

¹¹⁰ Bu Kanun kapsamında açılacak davalarda mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması halinde, korumakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge ve/veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.

¹¹¹ 7.CD. 17.06.2004 gün ve 2004/8425-8405 vd. kararlar için bakınız ALBAYRAK, age. 106-107.

nacağından kuşku duyulmamalıdır. Bu etkinlik, makul sürede ve isabetli kararlar verilmesi suretiyle hak sahipleri için olduğu kadar, hak ihlalinde bulunduğu iddia olunan sanıklar yönünden de yargısal güvenceyi ifade edecektir. Böylece, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olan adil yargılanma hakkının sağlanmasında önemli işlevi olacaktır.

Ancak, ihtisas mahkemelerinin kurulmasından beklenen sonuçların alınabilmesi, diğer çevresel koşulların da sağlanması ile mümkün olabilecektir. Bu anlamda, ilgili tüm kurum ve kuruluşların etkinliklerinin artırılması, ayrıca hak sahipleri ve tüketicilerin bilinçlendirilmesi çalışmalarına da ağırlık verilmesi gerektiği düşünölmektedir. Başka bir anlatımla fikrî ve sınaî hakların etkin biçimde uygulanması için, ayrıca siyasi kararlılığa ve konunun öneminin toplumun bütün katmanları tarafından kavranmasına da ihtiyaç vardır.

Öte yandan, ölkemizde fikrî ve sınaî haklar alanında, sektörler bazında saha araştırmaları ile desteklenmiş verilere ve tüm ilgili kesimlerin katılımına dayalı kalıcı bir ceza politikasının oluşturulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Oluşturulacak bu politika sayesinde işleyen ve beklenen sonuçları verebilen bir fikrî ve sınaî haklar ceza uygulamasına kavuşmak mümkün olacaktır. Böylece yasalarda değişiklik yapma ihtiyacı asgari düzeyde olacak, ceza uygulaması içtihat birliğine ve istikrara kavuşacaktır.

Gerek sınaî haklara ilişkin ceza hükümlerinde yapılacak düzenlemeler ve gerekse fikir ve sanat eserlerine ilişkin yapılması düşünölen değişiklikler bu anlamda başlangıç için bir fırsattır. Bu fırsat iyi değerlendirildiğinde uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümüne katkısı olacaktır.

Tebliğimi bir öneri ile sonuçlandırmak isterim. Fikrî ve sınaî haklar ceza ve hukuk uygulaması bir bütündür. Sistemin yürümesi için iki temel ayağı oluştururlar. Bu nedenle ölkemizin ihtiyaçlarını gözeterek, bütünlük arz eden, birbiriyle ve uluslararası hukuk ile uyumlu bir fikrî ve sınaî haklar politikası oluşturulması için çalışmak ve gerekli yasal düzenlemeleri hazırlamak üzere en kısa zamanda bir komisyon oluşturulmalı, bu çalışmalar Kültür ve Turizm Bakanlığınca yürütölen FSEK'nun yeniden kaleme alınması çalışması ile entegre edilmelidir. Böylece bu alanda daha etkin, ölkemizin kalkınma ve refahına azami seviyede katkıda bulunacak bir sistem ve uygulamaya ulaşılabileceği düşünölmektedir.

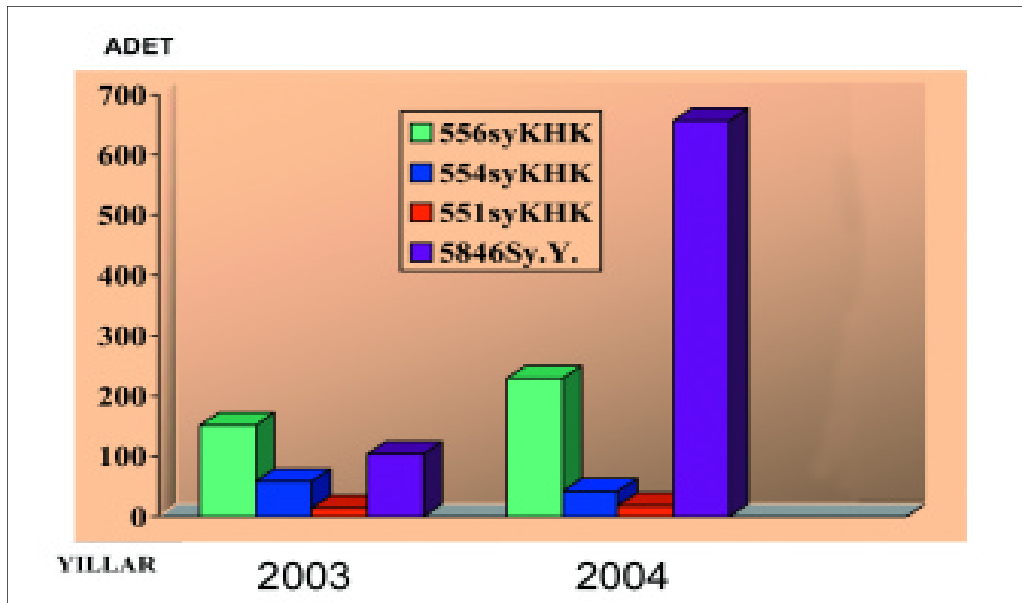
Ek-1

ANKARA FİKRİ VE SINAİ HAKLAR CEZA MAHKEMESİ İSTATİSTİKLERİ

YILLAR	DAVA TÜRLERİ	SAYISI
2004 Yılında Gelenler	2003Yılından Devir(3.Asliye C.'dan gelen)	320
	Patent ve Faydalı Model (551 Sy.KHK)	18
	Tasarım (554 Sy.KHK.)	42
	Marka (556 Sy.KHK)	229
	FSEK (5846 Sy.Kanun)	656
	Bozularak Gelen	-
	TOPLAM	1265
2004 Yılında Çıkanlar	Patent ve Faydalı Model (551 Sy.KHK)	18
	Tasarım (554 Sy.KHK.)	54
	Marka (556 Sy.KHK)	220
	FSEK (5846 Sy.Kanun)	328
	TOPLAM	620
	2005 Yılına Devir	645
2005 Yılında Açılanlar	20/04/2005 Tarihi İtibariyle	246
2005 Yılında Çıkanlar	20/04/2005 Tarihi İtibariyle	190
DERDEST	20/04/2005 Tarihi İtibariyle	701

Ek-2

ANKARA FİKRİ VE SINAİ HAKLAR CEZA MAHKEMESİNE AÇILAN DAVALARIN ŞUÇ TÜRÜNE GÖRE DAĞILIMI



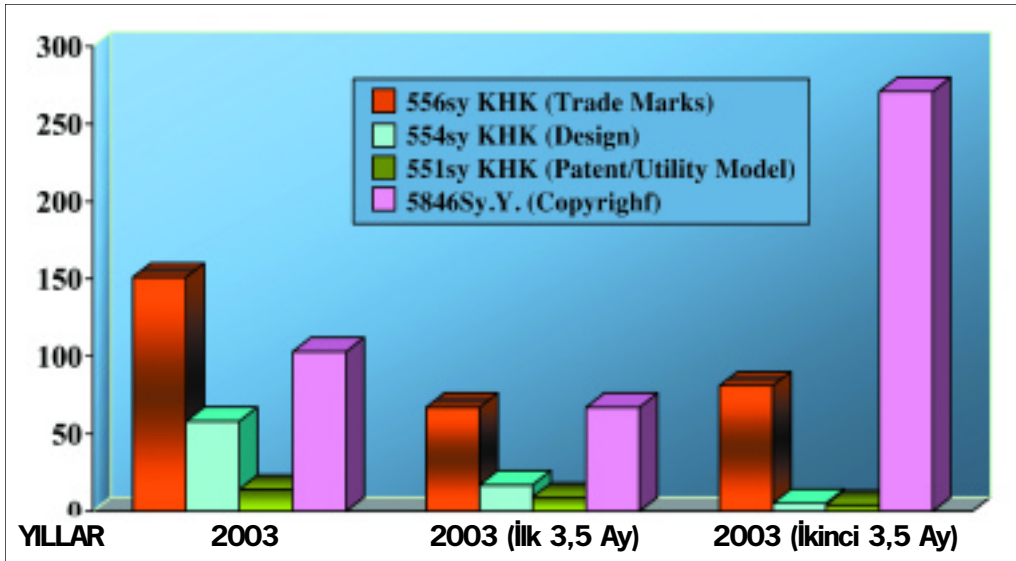
Ek-3

**ANKARA FSHCM
TAHMİN EDİLEN YAKLAŞIK YARGILAMA VE KARAR VERME SÜRELERİNİ
GÖSTERİR TABLO**

SUÇ TÜRÜ	YARGILAMA SÜRESİ (TEMYİZ EDİLMEDİĞİ TAKTİRDE)	TEMYİZ SÜRESİ (TUTUKLU OLMADIĞI TAKTİRDE)
MARKA (556 SY.KHK. 61/A-c)	4-7 AY	2 YIL
PATENT (551 SY.KHK. 73/A-c)	5-10 AY	2 YIL
FAYDALI MODEL (551 SY.KHK. 166 DEL. 73/A-c)	2-10 AY	2 YIL
TASARIM (554 SY KHK 48/A-c)	4-8 AY	2 YIL
5846 S.Y.	71.Md.	5-10 AY
	72.Md.	5-10 AY
	73.Md.	4-10 AY
	80.Md.	5-10 AY
	81.Md.	3-6 AY
5846 SAYILI YASANIN 75/3 VE 81/5. MADDELERİNDEKİ TEDBİRLER	1-2 GÜN	-

TABLO:4

ANKARA FSHCM AÇILAN DAVALARIN SUÇ TÜRÜNE GÖRE DAĞILIMI



Sabrınız için çok teşekkür ederim.

BAŞKAN - Sayın Alıca'ya bu kapsamlı ve çok değerli sunuşu için teşekkür ederim.

Bazı kanun ve konuyla ilgili kanun hükmünde kararnamelerin zaten değişeceğinden bu konuda da bir kanun teklifi verilmiş olduğun bahsetti. Tabii, çok da iyimser bir yaklaşımla. Çünkü, biliyorsunuz, ülkemizde bir konuda kanun teklifi verilmesi, o konunun hemen kısa bir sürede kanunlaşacağı ve o kanunun da yürürlüğe gireceği anlamına gelmiyor. Bunun çok örneği var. Kanun tekliflerinin kanun tasarılarına göre kanunlaşma şansı çok daha az oluyor bildiğiniz gibi.

Diğer bir nokta, 5846 sayılı Kanunla ilgili eleştirilerinden de ilham aldığım kadarıyla son dönemde çok anormal bir kanunlaştırma hareketleriyle karşı karşıyayız. Anormali burada olumsuz anlamda kullanmıyorum, ama çok sık kanun değişikliği yapıldığı için söylüyorum. Çok önemli, çok temel birtakım kanunların yeni baştan bütünüyle yapıldığını görüyoruz. Onun dışında çok sayıda kanunda -neredeyse her alanda- önemli değişiklikler yapıldığını görüyoruz. Tabii, burada bu kadar çok ve hızlı kanun değişiklikleri yapılırsa, ister istemez -ki, bu konuda Adalet Bakanlığı'nın da, özellikle Adalet Bakanı'nın ne kadar titiz olduğunu biliyorum, bazı kanun çalışmalarında ben de elimden geldiğince katkı sağlamaya çalışıyorum hazırlıklarda- bazı konularda hatalar olabiliyor, gerektiği kadar titiz olunamayabiliyor. Tabii, bu, son zamanlarda önemli bir sorun. Bir yandan şu söyleniyor: Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde birtakım kanunların çok kısa bir süre içinde çıkarılması gerekiyor. Bazı konularda bu türden Avrupa Birliği veya diğer uluslararası kurumlardan bir baskı olmamasına rağmen acil toplumsal ihtiyaç olduğu için bazı kanunların hemen değişmesi gerektiğini söylenebilir. Bunların hepsinde haklılık payı olabilir. Ancak, bir kanun yapmak çok kolay bir şey değil, çok kolay bir şey de olmamalı. Bu konularda ne kadar titiz olunursa olursun, çok hızlı kanunlaştırma yapılmasından dolayı birtakım hatalar ister istemez oluyor.

Onun için, zannediyorum, bu noktada biraz daha mutedil olmakta yarar var; çünkü, bu kadar çok hızlı kanun değişikliği yapılması, çok kanun değişikliği yapılması kamuoyunda da bazı tepkilere yol açıyor. Mesela, ben, kendi alanımla ilgili olarak son dönemde yapılan kanun değişikliklerini bile takip edemez duruma geldim. Profesyonel hukukçular bile artık bu duruma gelmişse, sıradan vatandaşların bu derece hızlı ve çok çabuk değişen kanunlara uyum sağlayabilmesi veya onları algılayabilmesi, onları öğrenebilmesi neredeyse olanaksız. Hatta bu kadar çok kanun değişikliği olduğu için, eskiden, bilirsiniz, bir kanun değişikliği yapıldığında şu sayılı şu isimli kanunun şu maddesi şu şekilde değiştirilmiş şeklinde kanun değişikliği yapılırdı. Şimdi bakıyoruz, özellikle "bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun" gibi 50-60 kanunda aynı anda değişiklik yapan birtakım torba kanunlar çıktı. Bunlarda neyin değiştirildiğini, neyin değiştirilmediğini takip etmek imkânsız hale geldi. Hatta, bu kanunlarda değiştirilen kanunun ismi bile artık yazılmıyor. Mesela 555 sayılı kanunun şu maddesi şöyle değiştirilmiştir... O kanunun neye ilişkin olduğu bile belli değil, yani kanunun ismi bile artık yazılmıyor. Ben bunu çok önemli bir sorun

olarak görmeye başlıyorum. Dediğim gibi, bu konuda birtakım ihtiyaçlar olabilir, çok hızlı kanun değişikliği bazı konularda gerekebilir; ama, zannediyorum, artık, ölçü biraz kaçma noktasına geliyor. Henüz kaçtı mı, orası tartışılabilir; ama, bu konuda biraz daha mutedil olunmasında bence yarar var.

Adalet Bakanlığı'nın bu konuda çok ciddî çalıştığını biliyorum, kendim de bazı çalışmalara katıldığım için. Fakat, bu insan üstü gayretle bile çalışılsa bu kadar hızlı değişiklik olduğu zaman ister istemez hata olacaktır. Bu hatayı önlemenin de en kolay yolu bu kadar hızlı değişiklik yapmamak, bu kadar çabuk ve çok kanun değişikliği yapmamak, biraz daha mutedil olmakta yarar var diye düşünüyorum.

Sözü Sayın Serdar Arıkan'a bırakıyorum; buyurun Sayın Arıkan.

Serdar ARIKAN (Ankara Hâkimi) - Adalet Bakanlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin ortaklaşa düzenlediği böyle bir toplantıda böylesine seçkin bir topluluğun önünde hukuk yargıcı olarak konuyu sunmanın memnuniyetini ve onurunu yaşıyorum.

Konu çok geniş olduğu için kendi sunacağım tebliğin dışında kalan ve sayın meslektaşım Alıca'nın sunduğu ve kendisiyle paylaştığım iki nokta üzerinde kişisel fikrimi belirtmek isterim.

Bunlardan birincisi, fikrî ve sınaî haklar mahkemelerinin göreviyle ilgili. Gerçekten gerek fikrî sınaî haklar ceza, gerekse hukuk mahkemelerinin görevleri 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile Patent, Marka, Coğrafi İşaret, Endüstriyel Tasarım Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'lerden, çiftçilerin ışlahçı haklarıyla ilgili kanundan ve entegre devrelerin korunmasıyla ilgili kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakar. Fakat, bu mahkemelerin ismi sınaî hak mahkemesi olduğuna göre, bu mahkemede çözümlenecek konuların başında sınaî hakların tamamı gelir. Nitekim, Avrupa'daki uygulamada da tüm ihtisas mahkemeleri, tüm sınaî uyuşmazlıkları görüp sonuçlandırmaktadır.

O halde, sınaî hak nedir; öncelikle, az önce bahsettiğim kanun ve kararnamelerdeki haklar sınaî haklardır, bunlardan ayrı olarak Türk Ticaret Kanununda düzenlenen ve birer sınaî hak olarak açıkça ifade edilen işletme hakları, ticaret unvanları, logolar, amblemler, ticarî işletmelerin çalışanların giydiği giysiler, işletmelerin genel görünüşleri ve hepsinden önemlisi, haksız rekabet. Bunların hepsi birer sınaî hak olarak belirtilmiştir. Aynı şekilde, 1982 tarihli Paris Sözleşmesi'nin 1 inci ve 8 inci maddelerinde bu saydığım, fakat fikrî sınaî haklar mahkemesinin görevine girmeyen hakların tamamı da sınaî hak olarak belirtilmiştir.

şu halde, Sayın Müşteşarım ve Sayın Yargıtay'ın Yüksek Başkan ve Üyeleri de buradayken, bu konuda bize yardımcı olup, tüm sınaî hakların da bu mahkemenin görevine girecek şekilde düzenlenmesi sağlanırsa, sanırım büyük bir sorunu çözmüş oluruz.

Sayın Alica'nın ikinci olarak vurguladığı, fakat benim katılmadığım bir diğer konu, yine tebliğimin dışında kalmakla birlikte değinmekte fayda gördüğüm, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 255 nci maddesi. Ceza mahkemesi uygulamasında sınai hakka dayalı şikayetler üzerin açılan kamu davalarında ceza yargıçlarımız - örnek olarak Sayın Alica- müşterinin ya da müdahilin dayandığı sınai hakkının tescil edilebilirlik koşulunu yargılamada inceleme yetkisini kendisinde görmekte. Oysa, bu tescil belgesi, Türk Patent Enstitüsü'nden veyahut da 5846 sayılı Kanundan ya da Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nca verilmiş belgelerden, diğer kanunlardan doğmaktadır. Eğer bu belgelerin iptali yasaya uygun olarak alındığına göre, iptal edilmediği müddetçe -eş anlatımla- hukuk mahkemeleri olarak bizler iptal etmediğimiz müddetçe siz bunun teşhir edilebilirlik koşullarını tartışıp, sanığa atılan suçun maddi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunu tartışmaya açarsanız, ileride sizin beraat verdiğiniz bir davada, aynı şahıslar arasında görülen bir hukuk davasında, biz, sanığı, yani davalıyı tazminata mahkum edebileceğiz, ticaretten men edeceğiz, ticarethanesini kapatacağız. Bu nedenle, Ceza Dairesinin Sayın Başkan ve Üyeleri, tetkik hakimleri buradayken, belki bu sorunu da bir şekilde çözeriz.

Bu kısa açıklamalardan sonra ben kendi tebliğimi sunmaya geçiyorum.

FİKRÎ HAKLARIN ETKİN KORUNMASI ALANINDAKİ MEVCUT EKSİKLİKLER ÇÖZÜM ÖNERİLERİ ve TÜRKİYE'DEKİ DURUM

Hazırlayan Serdar ARIKAN

Ankara Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hakimi

HKONUNUN TAKDİMİ:

Fikrî mülkiyet haklarının bilim ve teknoloji alandaki gelişmelerin, yeniliklerin, araştırmaların ve yeni buluşların yapılmasını cesaretlendirmek anlamında en uygun bir araç oldukları genel olarak kabul edilen bir olgudur¹¹². Bu nedenle bu tür haklar amaçlarına uygun bir korunma sistemini hak etmekte olup, ulusal ve uluslararası alanda teknolojik gelişme ile ekonomik büyümenin sağlanması için her bir ülkenin siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyolojik yapılarına uygun esneklikte, kabul edilebilir, etkin uygulanabilir bir fikrî hak sisteminin tesisi gerekli görülmektedir.

Öte yandan hukuk ve ekonomi alanındaki en eski tartışma konularından biri "Fikrî Mülkiyet" ve "Fikrî Mülkiyet Hukuku" kavramlarıdır. Hukukçu ve ekonomistler uzun

¹¹² "The Doha Development Agenda: The EU Perspective"; Pedro Valasco Martins; Adminisrator EC, DG Trade; Pg..1

yıllar fikrî mülkiyet diye bir hakkın olup olmadığını, var ise bunun diğer hak grupları içindeki yerini ve korunma biçimlerini tartışmışlar, gerek ulusal gerekse uluslararası alanda değişik çözümler üretmişlerdir. Bu süreç içerisinde bir yandan, insan zihninin yaratıcılığının sonucu olan buluşlar, faydalı modeller, tasarımlar, fikir ve sanat eserleriyle benzeri düşünsel eserlerin yaratıcılarını koruyup, onlara yasal mutlak haklar tesis etmek suretiyle ödüllendirip teşvik etmeye çalışırken, öte yandan, ortaya konulan ürün ve eserleri kullanan kişilerin karşılıklı çıkar çatışmalarını dengelemek, tarafları tatmin eden doğru bir çözüm yolu bulmak çalışmaların asıl amacı olmuştur.

Genel geçer bir kural olarak "Fikrî Mülkiyet" İngilizce'deki "Intellectual Property" sözcüklerinin Türkçe karşılığı olup bir üst kavram olarak kabul edilmiştir¹¹³. Buna karşın doktrinde ve uygulamada bazıları "Fikrî Mülkiyet Haklarını" 1886 tarihli "Edebi ve Artistik Eserlerin Korunmasıyla İlgili Bern Sözleşmesi" ile 1883 tarihli "Sınâî Mülkiyetin Korunmasıyla İlgili Paris Sözleşmesini" dikkate alıp, Fikir ve Sanat Eserleri üzerindeki haklar (telif hakları) ve Sınâî Haklar diye iki ayrı grup olarak düşünmüşlerdir. Bunlardan telif haklarının fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar ile bağlantılı haklar (komşu haklar)¹¹⁴ olduğu, sınâî hakların ise patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, marka, coğrafi işaretler,¹¹⁵ yeni bitki ve hayvan çeşitlerine ait ıslahçı hakları ve yarı iletkenlerin topografyaları olduğu ileri sürülmüştür. Hatta birincisi 2002 yılında İstanbul'da, diğer ikisi 2003 yılının Kasım ayında Ankara ve İzmir illerinde kurulan "Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk/Ceza Mahkemeleri'nin" isimlendirilmesi sırasında da aynı görüşten hareket edilip, telif hakları ve sınâî haklar ayırımına itibar edildiği izlenimi alınmaktadır. Bu ayırma göre telif haklarının tamamen zihinsel bir faaliyet sonucunda ortaya çıkartıldığı ve birer fikrî ürün oldukları kabul edilmiş, ancak yine insan yaratıcılığının bir ürünü ve sonucu olan, yani birer fikrî ürün oldukları kabul edilen patentler, faydalı modeller ve endüstriyel tasarımlar sınâî hak olarak benimsenmiştir. Ancak böyle bir ayırımın her zaman kabulü pek mümkün değildir. Hatta 554 sayılı End.Tas.KHK'nin 1/3 maddesinde vurgulandığı gibi, anılan kararname gereğince endüstriyel tasarımlara sağlanan sınâî hak korumasının, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile sağlanan korumaya engel olmayacağını belirtilmesi karşısında, aslında telif hakları ile sınâî haklar arasında kesin ve belirgin bir sınır çizmenin mümkün olmadığı, bu nedenle de yukarıda özetlenen ayırımın pek pratik bulunmadığı ortadadır.

Yine 1883 tarihli sınâî mülkiyetin korunmasıyla ilgili Paris Sözleşmesinin 1. ve 11. maddelerinde sınâî hakların neler oldukları teker teker sayılmış, bu bağlamda aslında fikrî yaratıcılıkla doğrudan ilişkili olmayan haksız rekabet ile ticaret unvanları, ticaret sırları ve ticari elbiseler de sınâî haklar kapsamı içine alınmış, böylece konu ticaret hukukunun bazı bölümlerini içine alacak şekilde genişletilmiştir.

¹¹³ TEKİNALP Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh.1.

¹¹⁴ 5846 Sayılı Yasa, md.80; İcracı sanatçıların hakları, fonogram ve film yapımcılarının hakları ve Radyo ve Tv kuruluşlarının yayınları üzerindeki hakları.

¹¹⁵ TEKİNALP Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh.1.

Şu halde açıklanan nedenler karşısında "Fikrî Mülkiyet" veya "Fikrî Mülkiyet Hakları" terimlerinin bir üst kavram olarak düşünülüp, geniş anlamda hem telif haklarını hem de sınaî hakları içerdiğini, "Fikrî Mülkiyet Hakları Hukukunun" da her iki tür hakların niteliklerini, korunma koşullarını, sınırlarını, kısaca yaratıcıları ile kullanıcıları arasındaki çıkar çatışmalarını belli bir disiplin içinde düzenleyen kurallar bütünü olduğunu söylemek mümkündür.

Konunun Türkiye özelindeki durumu ise çok eskilere kadar gitmektedir. Ancak bu yazıda inceleme üç ana başlık altında yapılmış, birinci bölümde Fikrî Mülkiyet Hukukunun ilk bölümünü oluşturan "Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar" ile özellikle "*korsan ve taklitçilik*" şeklinde somutlaşan hak ihlalleri üzerinde durulup uygulamada karşılaşılan sorunlar ele alınmış, ikinci bölümde hak sahipleri ile meslek kuruluşlarının beklentileri ve çözüm önerileri üzerinde durulmuş, nihayet üçüncü bölümde de Türkiye'deki durum irdelenip, korsan ve taklitçilerle yapılan mücadele ve bunun sonuçları hakkında bilgiler verilerek, bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır.

II- KORSAN ve TAKLİTÇİLİK: 116

Günümüzde fikrî ve sınaî mülkiyet hakları alanındaki korsanlık ve taklitçilik ulusal ve uluslararası ciddi bir sorun haline gelmiştir¹¹⁷. Korsan ve taklitçiler her yıl hak sahiplerinin milyonlarca dolarlık zarar görmelerine neden olmakta, ayrıca faaliyet gösterdikleri ülkeleri de oldukça ciddi vergi, istihdam ve yatırım kayıplarına katlanmak zorunda bırakmaktadır¹¹⁸. Yapılan bir araştırmaya göre, bilgisayar, eğlence, müzik, basım-yayım ve film endüstrisindeki taklit ve korsanlığa dayalı yıllık kaybın 15. Milyar Amerikan Doları olduğu, bunun ülke ekonomilerinde anılan sektörlerdeki iş kaybı, Devletin toplayamayıp mahrum kaldığı vergi kaçağı ve kara para ekonomisi olarak somutlaştığı ileri sürülmektedir¹¹⁹.

Genel geçer bir kural olarak korsanlık ve taklitçiliğin önlenmesinin ancak etkin ve kuvvetli bir fikrî mülkiyet hakları koruma sisteminin kurulması ile mümkün olabileceği düşünülmektedir. Böyle bir sistem için ise üç temel koşul aranmaktadır. Birincisi, konuyla ilgili yasal düzenlemelerin yapılması ve ulusal hukukun gerek ikili gerekse çok taraflı uluslararası anlaşmalar nedeniyle işbirliği yapılan ülke hukuklarıyla uyumlu hale getirilmesidir. Yani hak sahiplerinin eserleriyle ilgili haklarının ve bu hakların ihlal edilmesi halinde başvuracakları tatmin edici cezai ve hukuki yaptırımların yasal

¹¹⁶ Uygulamada değişik şekillerde tanımlanmakla birlikte, genel olarak "korsan" terimi telif haklarının konusu olan ürünlerin izinsiz imal edilip kullanılmasını, "taklit" ise Markalar ve Patentler Hakkındaki KHK'lar ile korunan hakların izinsiz kullanımlarını ifade etmek için kullanılmaktadır.

¹¹⁷ "Enforcement of Intellectual Property Rights: Existing Shortcomings and Best Practices" Page. 1; Copyrights industries' response to WIPO request for information December 2001.

¹¹⁸ "Enforcement of Intellectual Property Rights: Existing Shortcomings and Best Practices" Page. 1; Copyrights industries' response to WIPO request for information December 2001.

¹¹⁹ "Enforcement of Intellectual Property Rights: Existing Shortcomings and Best Practices" Page. 2; Copyrights industries' response to WIPO request for information December 2001.

teminat altına alınmasıdır. İkincisi bu yasaları uygulayacak idari birimlerin, yani ulusal patent ofislerinin, hak sahipleriyle ilgili meslek kuruluşlarının, hakların korunmasını takip eden inceleme komisyonlarının, güvenlik güçlerinin, Sanayi, Kültür ve Tarım Bakanlıklarının konuyla ilgileri nedeniyle kurumsal idari birimlerinin yapılandırılmalarını gerçekleştirip, örgütsel yapının tamamlanmasıdır. Nihayet üçüncü koşul ise, yapılan düzenlemeleri etkin ve verimli bir şekilde uygulayacak ihtisas mahkemelerin kurulması, kurulacak bu mahkemelerde çalışacak hakim, savcı ve yardımcı personelin temin edilmesidir.

Tüm bunların yapılmaması halinde korsan ve taklitçiler, ulusal yasalardaki boşluklardan, çelişkilerden ve yetersizliklerden istifade edip, faaliyetlerini organize etmede avantaj elde edecekler, dahası kendilerinin belirlenmeleri, soruşturulup cezalandırılmaları ve tazminata mahkum edilmeleri zor olacaktır. Ayrıca korsan ve taklitçiliğin yaygın olduğu ülkeler, modern Dünya tarafından takip edilecek, ticari, siyasi, ekonomik, hatta kültürel ilişkilerde kuşkuyla karşılanacak, bu alanlarda uluslararası ambargoya maruz kalabileceklerdir. Bunlara ilave olarak taklit ve korsan ürünlerin insan ve çevre sağlığına yapacağı olumsuz etkiler, Devlet hazinesinin uğrayacağı mali kayıplar, ilgili sektörlerdeki istihdam daralması, özellikle doğrudan gelen yabancı sermaye akışının durması ve benzeri makro ekonomik/sosyal sorunlar dikkate alındığında, etkin ve verimli bir fikrî mülkiyet hakları koruma sisteminin önemi daha da açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu koşullardan ilk iki tanesi, yani fikrî ve sınaî hakların etkin korunmalarıyla ilgili modern ve yeterli, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan gereklerin yerine getirildiği yasal düzenlemeleri hazırlamak, bu düzenlemelerin uygulanmasıyla ilgili idari anlamdaki örgütsel yapılanmayı tamamlamak pek zahmetli değildir. Çünkü bu gerekler siyasi iradenin bu yolda kararlı olması ve gerekli hukuksal düzenlemeleri yapıp, ihtiyaç duyulan mali kaynakları da ayırarak, örgütsel birimleri oluşturmasıyla mümkün olacaktır. Ancak hazırlanan yasal düzenlemelerin etkin ve verimli bir şekilde uygulanmasını temin etmek asıl sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bu aşamada maddi eksikliklerin giderilmesi yanında, etkin uygulamayı gerçekleştirecek kamu otoriteleri ile halkın kendi vicdanlarında fikrî mülkiyet hakları korumasını benimsemiş olmaları, bunun gerekli olduğu konusunda bir tereddütlerinin bulunmaması gerekecektir. Aksi halde fikrî hak ihlallerini yapan korsan ve taklitçilerin paraya muhtaç, zayıf ekonomileri olan ve pahalı ürünleri ucuza satan kişiler olarak algılanıp, fikrî mülkiyet hukukunun yeni Dünya düzenindeki bir sömürü vasıtası olduğunun düşünülerek ihlal eylemlerinin hoş görülmesi halinde mücadelenin zor alacağı kaçınılmaz olacaktır.

Bu anlamda Türkiye özelinde, Türkiye ile Avrupa Birliği (AB) arasındaki ilişki süreci belirleyici olmuştur. Türkiye'nin Avrupa Birliği (AB) ile ilişkileri 1963 yılında Ankara Anlaşmasıyla başlamış, anlaşmada hazırlık, geçiş ve son dönem ayrımlarına yer verilmiştir. Bunlardan "Gümrük Birliği" anlaşmanın son dönemini oluşturup, amaç malların serbest dolaşımını sağlamaktır. Bunun için de öncelikle ulusal gümrüklerle AB gümrükleri eşitlenecek, bu arada taraf mevzuatları da birbirleriyle uyumlu hale getir-

ilecektir. Bu çalışmalar sırasında "Fikrî Mülkiyet Hakları Hukuku" mevzuatının da uyumlu hale getirilmesi Türkiye için zorunlu olmuştur. Hatta fikrî mülkiyet hakları hukukunun temel yapılarından biri olan TRIPS anlaşmasıyla elde edilen ve gelişmekte olan ülkelere tanınan ek geçici sürelerden yararlanma hakları dahi mevzuatların uyumunun sağlanması için feda edilmiştir. Eş anlatımla 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliğinin kurulmasından sonra, kararın 8.nolu ekindeki yükümlülükleri gereğince, Türkiye bir yandan Avrupa Birliği'nin de benimsediği fikrî ve sınaî mülkiyet haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmaları imzalamış, öte yandan da ulusal hukukunu AB ile uyumlu hale getirmiştir. Bu bağlamda 4110, 4630, 5101 ve 5194 sayılı yasalarla 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu önemli ölçüde değiştirilmiş, 1879 tarihli İhtira Berati Kanunu ile 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlükten kaldırılıp, bunlar yerine 27.6.1995 yayın tarihli 551 sayılı Pat.KHK.ve 556 sayılı Mar.KHK.'ler yürürlüğe konulmuş, yine anılan tarihe kadar sınaî hak koruması sağlanmayan ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki haksız rekabet hükümlerine göre korunan endüstriyel tasarımlar ile coğrafi işaretlerin etkin korunması için aynı tarihli 554 sayılı End.Tas.KHK. ve 555 sayılı Coğ.İş.KHK.'ler yürürlüğe sokulmuştur. En son olarak da 8.1.2004 tarihinde 5042 sayılı "Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun" ile 22.4.2004 tarihinde 5147 sayılı "Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkındaki Kanun" TBMM.'de kabul edilmiştir. Böylece fikrî mülkiyet hakları (FMH) ile ilgili temel yasal mevzuatın yürürlüğe konulması gerçekleştirilmiş, ayrıca önce 544 sayılı "Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ile ulusal patent ofisi kurulup, sonradan 5000 sayılı kanunla bu yapılanma teyit edilmiş, Kültür Bakanlığı bünyesindeki "Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü" yeniden yapılandırılmış, kurumsal örgütlenme tamamlanmaya çalışılmıştır. 5147 sayılı EDTKHK. ile 5042 sayılı YBÇİHKK. gereğince örgütsel yapılandırma süreçleri ise halen devam etmektedir. Şu halde Türkiye'de etkin ve verimli bir fikrî mülkiyet hakları koruması için gerekli ilk iki koşulun yerine getirildiğini söylemek mümkündür.

Ne var ki modern yasal düzenlemelerin yapılıp, idari örgütsel yapılanmanın tamamlanması, tek başına etkin ve verimli bir koruma için yeterli olmamakta, ayrıca bu yasal düzenlemelerin etkin uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Bunun için de üçüncü koşul olan özel ihtisas mahkemelerinin kurulması, bu mahkemelerde çalışacak hakim, savcı ve ilgili personelin yetiştirilmelerinin sağlanması zorunlu olmaktadır. Nitekim takip eden bölümlerde bu konuyla ilgili cezai ve hukuki yaptırımlar, delillerin değerlendirilmesi ve ihtiyati tedbirlerin alınmasıyla ilgili uluslararası düzenlemelere uyum sağlanması alanındaki sorunlar ele alınıp, uygun çözüm önerileri sunulacaktır.

III- UYGULAMADA KARŞILAŞAN MEVCUT SORUNLAR:

1-Genel Olarak:

Bu bölümde uygulama sorunları özellikle eser ve bağlantılı hak sahipleriyle bunların

oluşturdukları meslek kuruluşlarının tespit ve beklentileri üzerinde durulacak, belirlenen her bir uygulama sorunu incelenip çözümler bulmaya çalışılacaktır¹²⁰.

A- Cezaî Yaptırımlarla İlgili Olarak:

a- Fikrî Mülkiyet Hakları Hukukunu Uygulama Gücü Olanların Re'sen Harekete Geçme Yetkilerinin Olmaması:

Fikrî mülkiyet hakları sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi halinde başvurdukları yollardan birincisi ihlali yapan kişi hakkında cezai soruşturmanın başlatılmasıdır. Bu soruşturma kural olarak Cumhuriyet Savcıları ve güvenlik güçleri tarafından yapıldığından ve tüm masraflar da ilk aşamada Devlet tarafından karşılandığından özellikle tercih edilmektedir. Çünkü hak ihlalinin tespitinden sonra, sanığın yakalanması, mallara el konulup taklit veya korsan olup olmadıklarının belirlenmesi, emanete alınıp korunması, tüm delillerin toplanıp sonunda kamu davasının açılması emek, zaman ve para harcanmasını gerektiren olgular olup, hak sahipleri bunun genellikle Devlet tarafından yapılmasını istemektedirler. Bu nedenle de fikrî mülkiyet hakları ile ilgili mevzuatı ve bu anlamda cezai yaptırımları uygulayacak kurum ve kuruluşların, örneğin; güvenlik güçleri, inceleme komisyonları veya Cumhuriyet Savcılarının hak sahibinin şikayeti üzerine değil de, re'sen harekete geçmeleri gerektiği düşünülmektedir. Aksi halde yasaları uygulayacak ve cezai yaptırımları tesis edecek yetkisi olan ancak re'sen harekete geçme gücü olmayan bu kurum ve kuruluşların korsan ve taklitçilerle etkin bir mücadele yapmaları olanaklı olmayacaktır. Kaldı ki, cezai soruşturmanın başlatılması için bir şikayetin yapılmasının talep edilmesi, toplumda ve yasayı uygulayacak olanların zihninde, bu tür suçların yani korsan ve taklitçiliğin pek de önemli olmayan bir suç olduğu yolunda bir kanının oluşmasına neden olacak, bu nedenle de korsan ve taklitçilikle mücadelede hak ettiği önemi göremeyebilecektir. Açıklanan nedenlerle yasa uygulayıcılarının korsan ve taklitçiler hakkında şikayete gerek olmaksızın re'sen hareket etmelerinin sağlanmamış olması cezai yaptırımlar alanında birinci problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

b- Korsan ve Taklitçilere Verilen Cezaların Önleme Gücünün Zayıf Olması:

Cezai yaptırımlardan beklenen amaç, bir yandan yasanın ihlal edilmesi nedeniyle bozulan kamu otoritesinin yeniden tesisi, öbür yandan da ihlali yapan kişinin bunu bir daha yapmaktan vazgeçmesini temin etmektir. Bu amaçların yerine getirilmesi için de eylem ile ceza arasındaki ilişki ve nitelik dikkate alınarak uygun, oranlı ve caydırıcı

¹²⁰ Bu makale hazırlanırken bir yandan etkin korumanın kamu sektörünü temsil eden mahkemeler, kuruluşlar ve uluslararası örgütlerin yaklaşımları, öbür yandan da hak sahipleriyle bunların oluşturdukları meslek birliklerinin görüşleri esas alınmıştır. Bu bağlamda Avrupa Birliği Komisyonunun talebi üzerine dokuz ayrı meslek birliği tarafından düzenlenen "Enforcement of Intellectual Property Rights: Existing Shortcomings and Best Practices" Copyrights industries' response to WIPO request for information December 2001." isimli çalışma hareket noktası olarak alınmıştır.

bir cezanın belirlenip, uygulamaya sokulması gerekmektedir. Oysa gerçekte fikrî mülkiyet haklarını ihlal edenlere verilen cezaların çoğu kez hafif olmaları nedeniyle caydırıcı olduklarını söylemek pek olası değildir. Böylece hafif yaptırımlarla cezalandırılan korsan veya taklitçi, verilen cezayı kendi vicdanında Devlete ödemiş olduğu bir vergi, bir ücret ve bu yolda kendisine tanınan ihlal için verilmiş bir taviz bedeli olarak düşünmekte ve ihlal eylemlerine devam etmektedir. Oysa fikrî mülkiyet hukuku ile eser sahiplerinin sanatçı kişilikleri, yaratıcı güçleri ve bunların kullanılmasıyla ortaya çıkartılan eserleri korunmakta olup, bu eserlerin korsan ve taklitçiler tarafından izin alınmaksızın ticaret alanına çıkartılması apaçık bir hırsızlıktır. Şu halde korsan ve taklitçilerin de en az normal hırsızlar gibi cezalandırılmaları, eş anlatımla haklarındaki soruşturmanın re'sen başlatılıp, hırsızlara verilen cezalara muadil, caydırıcı gücü olan ve hak sahiplerini tatmin eden cezai yaptırımlar uygulanmalıdır. Böyle bir uygulamanın bulunmaması ceza alanında karşılaşılan ikinci önemli sorunu oluşturmaktadır.

c- Korsan ve Taklitçiler İçin Öngörülen Cezaların Sadece Ticari Amaçlı İhlallerde Uygulanabilir Olması:

Bir çok ülkede korsan ve taklitçilerin cezalandırılmaları ancak ihlal sayılan fiillerini ticari amaçla işlemeleri halinde mümkün olabilmektedir. Bir başka anlatımla ticari gaye taşımayan ancak hak sahiplerinin haklarının açık ihlali olan fiiller cezasız kalmakta ve olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Oysa burada yapılması gereken "*ticari faaliyet*" kavramının sınırını amaca uygun tanımlamaktır. Örneğin; bir ticari işletmenin korsan bir yazılım programını ticaret alanına sokmayıp pazarlama yapmamasına karşın, kendi birimlerinde kullanması halinde, doğrudan bir ticari gayesi olmadığı halde, yasal bir yazılım kullansaydı, ödeyeceği bedel kadar bir kar elde ettiği ortadadır. Açıklanan nedenle hak ihlali eylemlerinin salt ticari gaye ile yapılması halinde cezalandırılması yoluna gidilmesi ayrı bir uygulama sorunudur.

Yine kişisel bilgisayar kullanıcılarının hiçbir ticari gaye ve kazançları olmadığı halde, başkalarının eserlerini, örneğin bir güzel sanat veya müzik eserini, ya da bir yazılım programını internete koyup, milyonlarca potansiyel bilgisayar kullanıcılarının çoğaltmalarına (izinsiz ve telif ücreti ödemeksizin download etmelerine) olanak tanınması halinde, ticari gaye olmadığından bahisle eylemi yapanın cezasız bırakılması doğru olmayacaktır. Şu halde bu tür ticari olmayan eylemlerin dahi cezai soruşturmaya tabi tutulması gerekebilecektir.

d- Cezai Yaptırımların Hafif Olmasının Etkin ve Verimli Uygulama Üzerinde - ki Olumsuz Etkisi:

Korsan ve taklitçilerin ihlal eylemlerine verilen cezaların hafif ve caydırıcı nitelikte olmaması, bu cezaları uygulayacak güvenlik güçleri, Cumhuriyet Savcıları ve Hakimleri zaman zaman yasa maddelerini etkin bir şekilde uygulamaktan alıkoymaktadır. Çünkü netice itibarıyla anılan yasa uygulayıcılar ihlal eylemleriyle karşılaştıklarında, suç sayılan eylem ile buna ait cezanın/yaptırımın nicelik ve

niteliğine göre hareket edeceklerdir. Örneğin, korsan ve taklitçiyi tutuklayacaklar veya tutuklamayacaklar, iş yerleri veya evlerinde arama, zapt ve benzeri ihtiyati tedbirleri alıp veya almayacaklardır. Eğer ilgili cezai düzenlemelerde anılan önleyici ve caydırıcı tedbirlerin alınmasına olanak verecek derecede bir ceza öngörülmemişse, fikrî mülkiyet alanında etkin ve verimli bir korumadan söz etmek olanaklı olmayacaktır. Çünkü tutuklanma için asgari cezanın, söz gelimi 5 yıl, arama kararı için 3 yıl, verilen cezanın paraya çevrilmesinin zorunlu olduğu ceza miktarının 1 yıl olduğu bir ülkede, fikrî hak ihlalleri için tayin edilen cezaların bu miktarlardan az veya bunlara eşit olmaları halinde, korsan ve taklitçilerin tutuklanmaları, ev ve iş yerlerinin aranması, ticaret kanallarının açıklattırılması ve benzeri önleyici tedbirlerin alınması cezai anlamda çoğu kez olanaklı olmayacaktır. Böyle bir uygulamanın ise etkin ve verimli bir fikrî hak koruma sisteminin oluşmasında ne derece önemli bir engel olduğu ortadadır. Belirtilen nedenle eylemler için öngörülen cezaların, aynı zamanda yasalarda alınması gereğine değinilen diğer önlemlerin tesisi için yeterli ve oranlı olması gerekmektedir.

B- Hukukî Yaptırımla İlgili Olarak:

a- Caydırıcı ve Önleyici Bir Tazminat Hesabı Sisteminin Olmaması:

Bazı durumlarda hak sahibi tarafından başlatılan hukuk davası lehe sonuçlanmış olsa bile, kendisine ödenecek tazminatın hesap biçimi amaca uygun olmayabilmektedir. Hükmedilen tazminatın hak sahibini tatmin etmemesi bir yana, tam tersine korsan ve taklitçiyi eylemlerine devam etmesi konusunda cesaretlendirdiği bile mümkün olabilmektedir. Özellikle hükmedilecek tazminatın hak sahibinin mahrum kaldığı kar kaybı veya korsan ve taklitçide yakalanan ürünlerin satış fiyatları dikkate alınarak hesaplanan elde ettiği karın ödenmesi şeklinde kararlaştırıldığı durumlarda, çoğu kez ihlalcı yasal yoldan hak sahibinin iznini alsaydı, ödeyeceği telif ücretinin altında bir tazminat ödemekte, böylece kendisi eylemlerine devam etme konusunda cesaretlendirilmektedir.

Aynı şekilde yakalanan ihlalcinin yasal olarak ödemesi gereken telif ücretini ödemeye zorlanması halinde de durum değişmeyecektir. Çünkü korsan ve taklitçi eylemlerine devam edip, yakalanırsam zaten ödemek zorunda olduğum telif ücretini öderim şeklinde düşünecektir. Belirtilen nedenlerle korsan ve taklitçiden alınması gereken tazminatın hesabında, genel kurallar yerine caydırıcı, etkin önlemlerin alınması gerekmektedir. Örneğin, yakalanan korsan ve taklitçinin normal koşullarda ödemesi gereken telif ücretinin birkaç katı tazminat ödemesi, buna ilave olarak elde ettiği karı hak sahibine vermesi ve hak sahibinin tüm maddi zararlarını karşılaması, hatta hakkaniyet gerektiriyorsa başkalarına örnek olması için gerçek zarar miktarını aşan bir tazminatın hükmedilmesi şeklinde düzenlemeler yapılması muhtemel çözüm önerileri olarak düşünülebilir.

Hak sahiplerinin zararlarının belirlenmesinde karşılaşılan bir diğer sorun da, gerçek zararın tespitinin her zaman mümkün olmaması halidir. Korsan ve taklitçiler çoğu

kez izinsiz üretilen ve imal edilen ürünlerle değil de bu ürünlerin imali için gerekli malzemelerle yakalanmaktadırlar. Bu nedenle de kendilerinin ne kadar korsan ve taklit ürün imal edip pazarladıklarının tespiti mümkün olmamaktadır. Böyle durumlarda ise çoğu ülke yasalarında yakalanan ürünler dikkate alınarak bir tazminat miktarı belirlenmekte olup, bunun hak sahiplerini tatmin ettiğini söylemek olanaklı değildir. Örneğin, her birinde 150.000 adet CDs basılabilecek 5 ayrı kalıp ve yeterli malzemeyle yakalanan bir korsanın elinde sadece 2000 adet izinsiz çoğaltılmış CDs bulunursa, tazminatın yakalanan bu 2000 adet CDs'e göre mi yoksa muhtemel üretim miktarına göre mi hesap edileceği belli değildir. Bazı ülkelerde bu hesap yakalanan CDs sayısına göre yapıldığından bunun caydırıcı ve tatmin edici olduğunu söylemek mümkün değildir.

Aynı şekilde eser sahiplerinin veya bağlantılı hak sahiplerinin izinlerini almadan internet ortamına konulan ve milyonlarca bilgisayar kullanıcılarının çoğaltmalarına (izinsiz ve telif ücreti ödemeksizin download etmelerine) olanak tanınması halinde, çoğaltma sayısının tespiti mümkün olmayacağından, zararın hesabı nasıl yapılacaktır? Böyle bir durumda, maddi zararın sembolik bir miktar olarak belirlenmesi korsan ve taklitçiyi cesaretlendirecek, onları ödüllendirmiş olacaktır.

b- Hükmedilen Tazminatın Hak Sahibinin Tüm Zararını Karşılıyor Olması:

Çoğu ülke yasalarında korsan ve taklitçiler hak sahiplerinin doğrudan oluşan ekonomik zararları ile mahrum kaldıkları karı ödemek zorunda bırakılmaktadırlar. Ancak ihlal eylemlerinin çok kötü biçimde ve hak sahibinin toplumda elde ettiği güven ve saygın durumu hiç dikkate almadan, salt korsan ve taklitçinin ekonomik çıkarını ön planda tutarak işlenmesi hallerinde, sadece oluşan gerçek zarar ile mahrum kalınan karın ödenmesi, aslında hak sahiplerini tam olarak tatmin etmemektedir. Çünkü ihlal eylemleri çoğu kez hak sahibinin ürünlerinin güvenilirliğini ve işletmesinin güvenini sarsmakta, hak sahibi ihlalden önceki saygın ve güven ortamını tekrar elde etmek için uzun uğraşlar verip, fazladan emek, zaman ve para harcamak zorunda kalmaktadır. Şu halde ihlal eylemleri nedeniyle ihlalden önceki halin geri getirilmesi için yapılmak zorunda kalınan ek harcamaların da karşılanması gerekmekte olup, bunun yapılmaması doğru olmayacaktır.

Öte yandan fikrî mülkiyet haklarından kaynaklanan hakların elde edilmesi çoğu kez masraflı bir uğraşı gerektirmektedir. Hakkın korunmasının talep edildiği ülkedeki yasal noksanlıklar, delillerin elde edilmesindeki güçlükler, avukatlık ücretlerinin yüksekliği ve yargılama giderleri bazı durumlarda hak aramayı zorlaştırmakta, dahası zaman zaman imkansız bile kılmaktadır. Bu nedenle hak sahibinin yaptığı tüm masrafların korsan ve taklitçi tarafından eksiksiz ödenmesi gündeme gelmektedir. Oysa çoğu ülke yasalarında bu tür masraflar ya ödenmemekte ya da eksik ödenmektedir. Örneğin, yargılamaya gelmek için hak sahibi veya vekilinin seyahat harcamaları, konaklama ücretleri yargılama gideri olarak kabul edilmemekte, yine hak sahibinin davayı kazanmış olması halinde bile, kendisinin vekiline ödediği vekillik ücretinin çok altında bir rakam korsan ve taklitçiden avukatlık ücreti olarak tahsil edilmektedir.

Tüm bunların korsan ve taklitçileri cesaretlendireceği fakat hak sahiplerini üzeceği ortadadır.

C- Usul Hukukundan Kaynaklanan Sorunlarla İlgili Olarak:

Ulusal usul hukuklarından kaynaklanan sorunlar etkin ve verimli bir fikrî mülkiyet hakkı koruma sisteminin oluşturulmasında önemli bir yer tutmaktadır. Bunları şöyle sıralamak mümkündür.

a- Eser Niteliği ve Eser Sahipliğinin Belirlenmesiyle İlgili Olarak:

Bilindiği gibi fikrî mülkiyet hakları yasaları ile korunan, eser sahiplerinin düşünceleri değil, yarattıkları eser ve ürünler üzerindeki mali ve manevi haklarıdır. Şu halde bu tür korumadan yararlanabilmek için, ortada öncelikle bir eser olmalı ve eserin sahibinin de ispat edilmiş olması gerekmektedir. Bazı ulusal yasalarda bu olgular bazı karinelerle, yani aksi ispat edilmediği sürece doğru oldukları kabul edilen varsayımlardan hareketle hak sahipleri lehine bir düzenleme ile belirlenirken,¹²¹ bazı ülke yasalarında ispat külfeti ters çevrilmekte, hak sahibi üzerinde bırakılmaktadır. Böyle bir durumda ise, korsan ve taklitçi hiçbir inandırıcı delil ortaya koymadan, ihlale konu eserin telif hakları yasası anlamında eser olmadığını ve bir an için eser olduğu kabul edilse bile, hak sahibi olduğunu iddia eden davacının gerçekte hak sahibi olmadığını ileri sürmekte, bunun üzerine hak sahipleri bu iddiaların aksini ispat edebilmek için uzun uğraşlar vermekte, mahkemeler de gereksiz araştırmalara girmek zorunda kalmaktadırlar. Bu tür düzenlemelerin fikrî mülkiyet hakları yasalarının caydırıcılığını ve önleyici rolünü olumsuz etkileyeceği ortadadır. Aslında böyle bir düzenleme üye ve imzacı ülkeleri bağlayıcı nitelikte bulunan Bern Sözleşmesi ile TRIPS sözleşme hükümlerine da aykırıdır.

b- Korsan ve Taklit Ürünlerin Teknik İncelenmesiyle İlgili Olarak:

İspat külfeti ile ilgili bir diğer sorun da soruşturma sırasında yakalanan korsan ve taklit ürünlerin sahteliklerinin ve izinsiz imal edildiklerinin ortaya konulması sırasında yaşanmaktadır. Bazı cezai soruşturmalarda korsan ve taklitçiler çoğu kez çok sayıda taklit ve korsan CDs, DVDs ve benzeri ürünlerle yakalanmakta, yargılama

¹²¹ 5846 sayılı FSEK'in 11 ve 12. maddelerinde eser sahipliği hakkında bazı karinelere yer verilmiş, bu bağlamda, 11. maddede; "Yayımlanmış eser nüshalarında veya bir güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır. (değişik 2.fıkra: 4110 – 7.6.1995) Umumi yerlerde veya radyo- televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse o eserin sahibi sayılır, meğer ki, birinci fıkradaki karine yoluyla diğer bir kimse eser sahibi sayılsın." Denilmiş, 12. maddede ise; "Yayımlanmış olan bir eserin sahibi 11'nci maddeye göre belli olmadıkça, yayımlayan ve o da belli değilse çoğaltan, eser sahibine ait hak ve salâhiyetleri kendi namına kullanabilir. Bu salâhiyetler, 11'nci maddenin 2'nci fıkrasındaki karine ile eser sahibinin belli olmadığı hallerde konferansı verene veya temsili icra ettirene aittir. Bu maddeye göre salâhiyetli kimselerle asıl hak sahipleri arasındaki münasebetlere, aksi kararlaştırılmamışsa, âdi vekâlet hükümleri uygulanır." ifadelerine yer verilmiştir.

sırasındaki savunmalarında da bu ürünlerin tamamının mahkeme tarafından teker teker incelenip taklit ve korsan olup olmadıklarının tespitini talep etmektedirler. Bu tür taleplerin kabulü ve yakalanan tüm ürünlerin teker teker incelenmesi hak sahiplerini ve mahkemeleri gereksiz emek, mesai ve para harcamak zorunda bırakmakta, bu işlemlerin yapılması yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Açıklanan bu sorunun giderilmesi için yasal düzenlemelerde değişiklikler yaparak, tüm ürünlerin değil de, belli bir miktarının, örneğin %15-20'sinin incelenmesiyle yetinilip, kalanın da korsan ve taklit olduğunun karine olarak kabulü mantıklı görülmektedir. Çünkü böyle bir uygulamadan amaç, korsan ve taklitçileri yargılamanın uzamasına, pahalılaşmasına ve amacından sapmasına izin vermekten alıkoymaktır. Zaten bunun doğru olmadığına davalı tarafından ileri sürülüp, aksinin ispatı her zaman mümkündür.

c- İnandırıcı Olmayan ve Somut Delilleri Gösterilmeyen Savunmalarla İlgili Olarak:

Bazı ihlal davalarında korsan ve taklitçilerin sahte deliller üretip mahkemeye sundukları görülmektedir. Örneğin hak sahibiyile yapılmış bir telif hakkı sözleşmesi olmadığı halde, bunun olduğunu belirtip sahte sözleşmeler sunmakta, bazen de süresi bitmiş bir lisans sözleşmesini halen geçerliymiş gibi kullanmaya çalıştıkları olmaktadır. Bu tür savunmaların incelenmesi ve doğruluklarının belirlenmesi ise uzun zaman almakta, bundan da korsan ve taklitçi yararlanmaktadır. Böyle durumlarda hakkın kötüye kullanıldığı açık olup, bunun önlenmesi için savunmada kullanılan belgelerle ilgili olarak tüm somut ve inandırıcı delillerin, kullanmak isteyen kişiler tarafından mahkemeye getirilmesinin sağlanması, bunun için mahkemeye ayrıca bir araştırma yapmak külfetinin yüklenmemesi düşünülebilir. Zaten aksi halde gerek ceza gerekse hukuk mahkemeleri ağır ve gereksiz bir yük altına gireceklerdir.

d- Kamu Otoritelerinin Hak Sahipleriyle Bilgi Paylaşımıyla İlgili Olarak:

Bu sorun daha çok ceza yargılaması sırasında elde edilen delillerin, hak sahipleri tarafından hukuk yargılamalarında kullanılmasıyla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza soruşturmaları kural olarak hazırlık ve son soruşturma safhalarından oluşmakta olup, hazırlık soruşturması Cumhuriyet Savcısı ve emri altındaki güvenlik güçleri eliyle yapılmaktadır. Ne var ki, çoğu kez, bu süreçte elde edilen bilgi ve bulgular hak sahiplerine verilmemekte, soruşturmanın selameti ve gizliliği gerekçesine dayanılarak hak sahiplerinden esirgenmektedir. Böyle olunca da elde edilmiş bir delil, hiç de adil olmadığı halde korsan ve taklitçi aleyhine hukuk davalarında en azından istenen süratte ve zamanda kullanılamaz olmaktadır. Oysa gerek hak sahiplerinin gerekse kamu otoritelerinin amaçları korsan ve taklitçiliği önlemek, yapanları hukuk ve cezai anlamda sorumlu kılmaktır.

e- Korsan ve Taklitçileri Ticaret Kanallarını Açıklatmakla İlgili Olarak:

Yukarıda da vurgulandığı gibi fikrî mülkiyet haklarının korunması hayli masraflı ve külfetli bir uğraştır. Bu nedenle de hak sahipleri korsan ve taklitçilikle uğraşırken,

onlar aleyhine yasal işlemlere girişirken, elde edecekleri menfaatlerle yapacakları masrafları mukayese edip, bir karara ulaşmaktadırlar. Örneğin, sokak satıcıları veya küçük çapta korsan ve taklit ürün pazarlayan kişiler aleyhine cezai veya hukuki soruşturma başlatmak pek mantıklı görünmeyebilir. Ancak yakalanan bu kişiler, kendi eylemleri itibarıyla küçük de olsalar, eğer onlardan ticaret kanallarıyla ilgili bilgileri alıp, korsan ve taklit zincirinin halkaları tespit edilebilirse, soruşturmanın genişletilip, sorunun kökten çözümlenmesi olanaklı olabilmektedir. Ancak bunun için de yakalanan veya mahkum olan korsan ve taklitçileri, ticaret kanallarını açıklamaya zorlayacak yasal düzenlemelere ihtiyaç olup, böyle düzenlemesi olan ülke sayısı ise çok azdır¹²².

Burada üzerinde durulması gereken bir başka sorun da, hukuk yargılaması sırasında suç sayılan eylemleriyle ilgili açıklama yapmak zorunda bırakılan korsan ve taklitçi hakkında, bu açıklamalarına dayalı olarak ceza soruşturmasının başlatılıp başlatılmayacağı meselesidir. Örneğin, bir miktar korsan ürünle yakalanan bir kişinin, ticaret kanallarıyla ilgili yapmak zorunda bırakılması sonucunda, kendisinin bu alanda oluşturulmuş bir organize suç örgütünün üyesi olduğunun anlaşılması halinde, hukuk mahkemelerindeki açıklama ve ikrarı nedeniyle, eylemin de gerçekten sabit olması halinde hakkında ceza davası açılabilir mi? Böyle bir dava açılabilirse, bu Anayasalardaki ve Evrensel İnsan Hakları Bildirgesindeki fikrî açıklama hürriyetiyle ne derece uyumlu olacaktır? Ceza yargılamasında susma hakkı olan sanığın hiç konuşmama hakkı varken, hukuk mahkemesince alınan bir kararla bir anlamda zorla suçunu itiraf etmesi halinde, bu ikrarı her ne kadar yasal yoldan elde edilmiş ise de aleyhine delil olarak kullanılabilecek midir? Kanaatimizce böyle bir durumda, korsan veya taklitçinin hukuk mahkemelerinde yaptığı açıklamaları baştan itibaren yok kabul edilecek, hiç dikkate alınmayacak ve gerek davanın açılması gerekse cezalandırılma sebebi olarak kabul edilmeyecektir. Ancak bu açıklamalar olmasa da, kamu otoriteleri tarafından elde edilen diğer delillerle böyle soruşturmanın açılması ve korsan veya taklitçinin cezalandırılması mümkün ise, artık aynı gerekçeye dayanılmasının doğru olmadığı düşünülmektedir. Çünkü böyle bir durumda, yapılan soruşturma ve verilen mahkumiyet kararı, korsan veya taklitçinin bizzat kendi ikrarına değil, re'sen elde edilen delillere dayanmaktadır.

D- İhtiyati Tedbirlerle İlgili Olarak:

Fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili ihtiyati tedbir kararları ayrı bir özellik arz etmektedir. Genel olarak ihtiyati tedbirler Türkiye özelinde HUMK.'nun 101 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, asıl davanın açılmasından önce veya sonra, gecikmesinde zarar veya zarar tehlikesi olan hallerde verilebilmektedir. Fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili olarak ise, telif hakları yönünden 5846 sayılı FSEK.'te, sınıfl

¹²² Türkiye uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bu yükümlüğünü gerek Telif Hakları gerekse Sınai Haklarla ilgili olarak yerine getirmiş ve korsan ve taklitçileri ticaret kanallarını açıklamak zorunda bırakan ülkeler arasında yer almıştır.

haklar yönünden ilgili Kanun Hükmünde Kararnamelerde¹²³ özel düzenlemelere yer verilmiş, eksik kalan olgular yönünden de genel hükümlere atıflar yapılmıştır. Bu anlamda 5846 sayılı FSEK'in 77. maddesinde, "Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin veya emrivakilerin önlenmesi için veya diğer her hangi bir sebepten dolayı zaruri ve bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse mahkeme, bu Kanunla tanınmış olan hakları ihlal ve tehdide maruz kalanların veya şikayete salâhiyetli olanların talebi üzerine, davanın açılmasından önce veya sonra.....ihtiyati tedbir yoluyla ...karar verebilir." denilmiştir. Böylece genel hükümlerdeki hakime tanınan sınırlı olasılıklarla bağılı kalınmaksızın daha geniş bir hareket imkanı verilmiş ve adeta tedbirin verilmesi bir anlamda kolaylaştırılmıştır. Aynı eğilimi tüm sınaî haklarla ilgili KHK.'larda da görmek mümkündür.

Buna karşın uygulamada bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Bunları şöyle belirtmek mümkündür.

a- Etkin İhtiyati Tedbir Hükümlerinin Yasalarda Bulunmaması, Bulunsa Bile Elde Edilip Uygulanmasının Zor Olması İle İlgili Olarak:

Korsan ve taklitçilerin çok kısa bir zaman içerisinde hak sahiplerine büyük miktarlarda zarar verdikleri bilinen bir gerçektir. Ayrıca bu tür bir saldırıyla karşılaşan hak sahiplerinin asıl ihlal davalarını açıp, normal yargılama prosedürü içerisinde delilleri toplaması, bazı suç ve ihlal olgularına ulaşmaları çoğu kez imkansız olmaktadır. Çünkü davanın açıldığını öğrenen korsan ve taklitçi yine aynı süratle tüm delillere yok edebilmektedir. Bunun için de çoğu ülke ulusal yasalarında korsan ve taklitçilikle ilgili delilleri bulmak ve elde tutabilmek için ihtiyati tedbir hükümlerine yer vermişlerdir. Aynı zamanda TRIPS sözleşmesinin de bir gereğı olan bu düzenlemelerin yapılmasıyla ilgili olarak bir sorun görülmemektedir. Burada karşılaşılan problem, ihtiyati tedbir hükümlerinin uygulanma kabiliyetleriyle ilgili olup, bazı ülkelerde bu tür tedbirler istenen süratte alınamamakta veya alınması için izlenmesi gereken prosedür çok hantal, ağır veya pahalı olmakta, bu nedenle de eylemli olarak hiç kullanılmamaktadır.

Bazı durumlarda ise tedbirler yetersiz kalmaktadır. Şöyle ki, verilen tedbir kararlarıyla sadece korsan ve taklitçilerin elindeki ürünler belirlenip zapt edilebilmekte, ancak sanıklardan korsan ve taklitçilik zincirini ortaya çıkartacak ek bilgiler alınamamaktadır. Bu anlamda kendileri zorlanmamakta, evrakları, ticari kayıtları incelene-meyip bilgiye ulaşılammamaktadır. Böylece asıl korsan ve taklitçiliğı yapanlar faaliyetlerine devam edebilmekte, zincirde yakalanan kişilerin yerlerini başkaları alabilmektedir. Böylesine yetersiz ve ihlal zincirini ortaya çıkartamayan ihtiyati tedbir düzenlemelerinin ise uygulamada yetersiz kaldığı çok açıktır.

¹²³ 551 sayılı Pat.KHK, 554 sayılı End.Tas.KHK, 555 sayılı Coğ.İşar.KHK ve 556 sayılı Mar.KHK.'lar.

b- İhtiyati Tedbir Kararının Verilmesinden Önce Diğer Tarafın Haberdar Edilmesi:

Fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili korsan ve taklit ürünler ile bunların imalinde kullanılan delillerin nitelikleri nedeniyle çok kısa bir zaman içinde yok edilmeleri mümkündür. Örneğin, bir korsan bilgisayar yazılımının veya film veya müzik dosyasının tek bir düğmeye basılmasıyla yok edilmesi olanaklıdır. Açıklanan nedenle hakkında ihtiyati tedbir talep edildiğini öğrenen korsan ve taklitçinin derhal tüm delilleri yok etmesi ve alınan kararın hemen hemen hiç uygulama kabiliyetinin kalmaması kuvvetle muhtemeldir. Bunun için ihtiyati tedbir istemlerinin diğer tarafa haber verilmeden ve hak sahibinin delilleri değerlendirilerek bir karara bağlanması büyük önem kazanmaktadır. Buna karşın bazı ülkelerde savcı ve yargıçların tedbir istemlerini diğer tarafa ulaştırıp, onların muhtemel savunmalarının alınmasından sonra karar vermede ısrarlı davranmaları, düzenlemeden beklenen amacı faydasız kılmaktadır.

c- İhbarcının Kimliğinin Saklanmasıyla İlgili Olarak:

Hak sahipleri bir çok ihlal olayında bazı gerçek kişilerden haklarının ihlaliyle ilgili olarak ön bilgiler almakta ve bu ön bilgilerden hareketle alacakları ihtiyati tedbir kararları sonucunda asıl ihlal olayını ortaya çıkartabilmektedirler. Ancak bu ön bilgileri veren kişiler genellikle, ya bu ihlal olayına bir şekilde karışmış ama şimdi pişmanlık veya başka nedenle ayrılmak isteyen ya da ihlalin yapıldığı iş yerinde çalışan kişiler olabilmektedir. Bu kişiler açıklanan pozisyonları nedeniyle kimliklerinin ortaya çıkartılmasını kabul etmemekte, mahkemede ifade vermek istememekte veya yazılı/yeminli beyanda bulunmayı kabul etmemektedir. Böyle olunca da hak sahipleri aldıkları bu ön bilgilerle mahkemelere başvurmakta, ancak mahkemeler ihbarcı kişileri bizzat dinlemek istedikleri takdirde ihtiyati tedbir kararının alınması mümkün olmamaktadır. Bu tür yaklaşım haliyle tedbir kararlarının alınmasını zorlaştırmaktadır.

d- Mahkemelerce Talep Edilen Teminatın Miktarı ve Asıl Davanın Açılması İçin Verilen Süreyle İlgili Olarak:

Hemen hemen tüm ülkelerin ulusal yasalarında ihtiyati tedbir kararının verilmesi sırasında, hak sahibinden davalı/davalıların muhtemel zararlarının karşılanması için belli miktarda bir teminatın yatırılması hak sahibinden talep edilebilmektedir. Ancak kimi zaman talep edilen bu teminat miktarları çok yüksek olabilmekte, bu durumda da tedbir kararının uygulanması eylemli olarak imkansız olmaktadır. Oysa istenecek teminatın davalının muhtemel, belki de hiç olmayacak bir zararının karşılığı olarak talep edildiği düşünülüp, tedbir kararının verilmesinde bir engel olarak uygulanmalıdır.

Buna bağlı olarak bir diğer sorun da, ihtiyati tedbir kararının alınmasından sonra asıl davanın açılıp açılmayacağı ile ilgilidir. Örneğin Almanya'da ihtiyati tedbir kararının alınmasından sonra asıl davanın hak sahibi tarafından açılması bir zorunluluk değildir. Eğer karşı taraf yani ihlalcisi olduğu iddia edilen kişi veya kişiler kararın

doğru olmadığını düşünüyorsa, kendileri dava açmak durumundadırlar. Ancak bazı ülkelerde bu zorunluluk hem hak sahipleri üzerinde bırakılmış, hem de hak sahiplerine davalarını hazırlayıp açabilmeleri için yeterli zaman verilmemiştir. Örneğin, Türkiye'deki uygulama bu tür davaların hak sahipleri tarafından 10 gün içerisinde açılması biçiminde düzenlenmiştir. Oysa her zaman bu 10 günlük sürenin asıl davanın hazırlanıp açılması için yeterli olmadığı bilinen bir olgudur. Sonuç olarak gereğinden fazla kısa süre önceden alınan tedbir kararını ortadan kaldırabilmekte, bu da hak sahipleri aleyhine sonuç doğurmaktadır.

e- Korsan ve Taklitçilerin Mal Varlıklarını Kullanmaya Devam Etmeleriyle İlgili Olarak:

Korsan ve taklitçilerin yaptıkları faaliyet sonucunda kolay ve çok para kazandıkları bilinen olgulardır. Çünkü bu kişiler vergi ödememekte, araştırma-geliştirme için sermaye ayırmamakta, ürettikleri taklit ve korsan ürünlerin nitelik ve kaliteleriyle pek uğraşmamaktadırlar. Tek amaçları en az masrafla daha çok kazanmaktır. Böyle olunca da yakalanana kadar elde ettikleri mal varlığının kendilerinde bırakılmaları ne derece doğru olacaktır? Eğer en son suç sayılan eylemleri dikkate alınıp, bu eylemleri nedeniyle elde ettikleri mal varlığına el koyulacaksa, önceki eylemlerinden elde ettikleri mal varlıklarını kullanmaya devam edecekler ve haliyle eski işlerine devam edeceklerdir. Belirtilen nedenlerle korsan ve taklitçinin önceki ve sonraki tüm yasal olmayan faaliyetlerinden elde ettiği tüm mal varlığına el konulması istenilmektedir. Ancak böyle bir düzenleme yapılırsa bile, bu durumda da mal varlığının tespiti sorunu gündeme gelmektedir. Çünkü öncelikle ticari kuruluşlar, örneğin bankalar, uhdelelerinde bulunan mali bilgileri vermekte gönülsüz davranmakta, bu konuda mahkeme kararı olduğu halde çoğu ülkede ancak belli hesaplara ulaşmak mümkün olabilmektedir. Ayrıca verilen tedbir kararlarının sadece kararın verildiği ülkede geçerli olup, sınır ötesinde uygulama kabiliyetinin bulunmaması verilen kararı etkisiz kılmaktadır.

IV- MEVCUT SORUNLARLA İLGİLİ ÇÖZÜM ÖNERİLERİ:

Burada bir önceki bölümde ortaya konulmaya çalışılan sorunlara atıflar yapılarak muhtemel çözüm önerileri sunulacak, böylece gereksiz tekrarlardan kaçınmaya çalışılacaktır.

1- Cezai Yaptırımla İlgili Olarak:

Cezai yaptırımla ilgili uygulama sorunları makalemizin 1/A-a, b, c ve d bölümlerinde açıklanmıştı. Bunları sırasıyla:

- a- Yetkili kamu otoritelerinin re'sen harekete geçmemeleri,
- b- Fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili yasalardaki para ve hapis cezalarının caydırıcı ve önleyici nitelikte olmamaları,

c- Yasalardaki cezaların alt ve üst sınırları nedeniyle hakim ve savcılarının etkin ve verimli önlemleri alamamaları,

d- Cezai müeyyidelerin uygulanmasının ticari amaçlı ihlal olaylarıyla sınırlı tutulmaları şeklinde özetlemek mümkündür.

Birinci Sorunla İlgili Olarak, güvenlik güçleri ile diğer yasa uygulama gücü bulunan birimlerin re'sen cezai soruşturma konusunda yetkilendirilmiş olmaları sorunu önemli ölçüde çözmüş olacaktır. Hatta bazı ülkelerde meslek birliklerine de cezai soruşturma başlatma yetkisinin verildiği bile görülmektedir. Yine bu konuyla ilgili olarak Avrupa Konseyi tarafından alınan 2001/7 nolu tavsiye kararında, fikrî hak ihlallerinde kamu otoritelerinin re'sen harekete geçmelerini sağlayacak düzenlemelerin yapılması önerilmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, sadece re'sen harekete geçme yetkisinin verilmesi tek başına yeterli olmayıp, ilgili birimlerin soruşturmayı başarıyla tamamlanması için lojistik ve teknik olarak da desteklenmesi gerekir.

İkinci Sorunun Çözümü İçin hak ihlallerinde verilecek para ve hapis cezalarının caydırıcı ve önleyici nitelikte olmalarını temin etmektir. Hatta bu miktarlar devamlı takip edilip, ne derece etkili oldukları araştırılıp, gerekirse miktarları arttırılmalı veya indirilmelidir. Bu yapılarken korsan ve taklitçinin yaptığı ihlaller sonucunda elde ettiği mali varlığın tamamının elinden alınması, hatta bir miktar da fazla olarak ceza ödemeye mahkum edilmesi üzerinde durulmalıdır. Eş anlatımla sanık yaptığı korsan ve taklitçiliğin bir geçim kaynağı olamayacağını kesin bir şekilde anlamalıdır. Aksi halde tayin edilen cezayı ödeyip, ihlal eylemlerine devam edecektir.

Üçüncü Sorun Yasa Koyucuyla Yargının Birlikte Hareket Ederek çözecekleri bir konudur. Öncelikle korsan ve taklitçiliğin bir tür hırsızlık/sahtecilik suçu olduğu kabul edilip, yasal düzenlemenin diğer hırsızlık veya sahtecilik suçlarına verilen öneme benzer bir ciddiyet içinde yapılıp, cezaların da ona göre belirlenmesi gerekecektir. Bu tür suçların ekonomik olduğu, orijinal ürünün fiyatının korsan ve taklidinin birkaç katı, tüketici ne yapsın şeklindeki gerekçelerin arkasına sığınılmamalıdır. Söz gelimi bu suçlar için tayin edilecek ceza miktarı, korsan ve taklitçinin tutuklanmasına imkan verecek ölçüde olmalı, iş yeri ve evinde arama yapılması kadar ciddi bir yaptırımla desteklenmeli, gerekirse taklit ve korsan ürünlerin zapt ve müsaderesi için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

Dördüncü Sorunun Çözümü tamamen yasa koyucuyla ilgilidir. Korsan ve taklitçiliğin sadece ticari amaçla yapılması halinde suç olarak kabul edilecek bir olgu değildir. Sorunlar bölümünde verilen örneklerde görüldüğü gibi, bir eserin sahibinin iznini almadan internet ortamına aktarılıp, milyonlarca kopyasının izinsiz yapılmasına imkan verilmesi halinde veya bir ticari kuruluşun pazarlama amacıyla değil de kendi işlerinde korsan yazılım programlarını kullanması halinde, bu eylemlerden hak sahiplerinin zarar görecekleri açık ortadadır. Şu halde korsan ve taklitçiliğin ticari veya gayri ticari amaçla yapıldığına bakılmaksızın, hak sahip-

lerinin izinlerinin alınmadan yapılması eylemlerinin tamamının suç sayılması ve kovuşturulması zorunlu olmalıdır. Kuşkusuz bu arada telif hakları yasalarındaki hakların korunmalarıyla ilgili istisnaları da dikkate almak gerekecektir. Örneğin, kişisel kullanım, eğitim öğretim amaçlı kullanım, kamu yararı gereğince kullanım vs. istisnalar eylemi suç olmaktan çıkartacaktır.

2- Hak Sahiplerinin Zararlarının Tazminiyle İlgili Olarak:

a- Hükmedilecek Tazminat Tatmin Edici ve Önleyici Nitelikte Olmalıdır

Korsan ve taklitçinin eylemlerinin yasal olmadıklarının tespiti halinde, hak sahiplerine ödenecek tazminatın miktarı önemli bir hal almaktadır. Çünkü bu tür tazminatın tahsilinden amaç korsan ve taklitçinin eylemlerine son vermeyi sağlayıp, onların yeni ihlaller yapmak yolunda cesaretlerinin kırılmasını sağlamak ve hak sahiplerinin tüm zararlarının karşılanmasını temin etmektir. Bu nedenle de mahkemelerin bu amaçlara uygun kararlar verecek hale getirilmesi gerekir.

Öte yandan hak sahiplerine ödenecek tazminatın açıklanan nitelikte olabilmesi için öncelikle uğranılan zararın tam olarak ve eksiksiz bir şekilde kendilerine ödenmesi gerekir. Aksi halde hak sahipleri kendi eserleri için yeni emek, para ve mesai harcamaktan vazgeçecekler, eş anlatımla yeni eserler yaratma şevk ve heyecanlarını yitireceklerdir. Bu anlamdaki ikinci koşul, ihlali yapan korsan ve taklitçinin yasal olmayan eylemleriyle elde ettiği tüm kazancın hak sahiplerine ödenmesine imkan vermektir. Böylece ihlalcı eylemleriyle elde ettiklerinin yanına kar kalmayacağını bilmeli, bu tür ihlallerin kazanç nedeni olmadığını iyice anlamalıdır. Bu tür bir düzenleme aslında hak sahiplerinin çalınan ve haksız kullanılan yaratıcı düşüncelerinin karşılığı olarak kendilerine takdim edilen bir meyve şeklinde de düşünülebilir. Nihayet hükmedilecek tazminatın miktarı korsan ve taklitçileri bu tür eylemlerden vazgeçirecek derecede ve önemde olmalıdır. Tazminat mutlak surette önleyici nitelikte bulunmalıdır. Bunun için de, örneğin yakalanan korsan ve taklit ürünün tazminata esas olacak bedelleri belirlenirken, bunların ihlalcı tarafından satıldığı fiyatlardan değil de, orijinal ürünlermiş gibi kabul edilip gerçek satış fiyatları dikkate alınabilir. Ya da bu ürünlerin üretilip pazarlanması için ödenmesi gereken telif ücretinin birkaç katı tazminat olarak belirlenebilir. Sonuç olarak hükmedilecek tazminatın önleyici nitelikte olabilmesi için, mutlak surette Borçlar Hukukunun genel hükümlerine uygun olarak hesaplanacak gerçek zarar yerine, "*cezai niteliği olan tazminat*" olarak isimlendirilebilecek bir tazminat türü tercih edilmelidir. Aslında böyle bir düzenleme, zaten TPIPS sözleşmesinin de gereğini yerine getirmekle eş anlamlı olacaktır.

b- Yasa Tarafından Önceden Maktuan Belirlenmiş Bir Tazminat Olabilir

Hak sahiplerine ödenecek tazminatın korsan ve taklitçileri caydırıcı nitelikte olması ve hak sahiplerini tatmin etmesi için TPIPS'in 45/2 maddesinde üye ülkelere bir seçenek tanınmıştır¹²⁴. Bu maddeye göre anlaşmaya üye ülkeler, hak sahiplerine haklarının ihlal edilmesi halinde kendilerine seçimlik haklar sunabileceklerdir. Hak sahipleri isterlerse bir önceki paragrafta belirtilen gerçek zararlarını talep edebilecekler veya bundan vazgeçip, yasa koyucu tarafından önceden tayin ve tespit edilmiş maktu bir tazminatın kendilerine ödenmesini isteyebileceklerdir. Böyle bir durumda mahkemeler artık zararın tespitiyle ilgili araştırma yapmayacaklar, ihlalin yapıldığının anlaşılması halinde yasa da belirtilen tazminatın ödenmesine karar vermekle yetineceklerdir. Böylece hem mahkemelerdeki yargılama süresi oldukça kısılacak, hem de yasa koyucu tarafından önceden tayin ve tespit edilip hak sahiplerini tatmin edici, korsan ve taklitçileri caydırıcı nitelikte olan tazminat miktarı zaman içerisinde güncellenebilecektir¹²⁵.

c- Tazminat Ağırlaştırılmış Olarak veya Örnek Kabilinden Tespit Edilebilir

Yukarıda da vurgulandığı gibi tazminatın tahsilinden amaç, bir yandan hak sahiplerinin zararlarını gidermek, öbür yandan korsan ve taklitçileri ihlallerinden vazgeçirmeye, onların cesaretlerini kırmaya yönelik olmaktır. Bunun temin edilebilmesi için de, bazı durumlarda, cezai nitelikte de olsa, mahkemece tayin ve tespit edilen tazminatın miktarı ve niteliği bu amaçları gerçekleştirmeye yeterli olmayabilir. Aslında böyle bir durumun olup olmadığı her bir ihlal olayının özelliklerine, uygulandığı coğrafi alana, mali portresine, kısaca eldeki davanın nicelik ve niteliğine göre belirlenmelidir. İşte böyle bir durumla karşılaşılması halinde, adli mercilere, normal koşullarda belirlenecek tazminattan ayrı olarak, ek bir tazminata hükmetmek ve başkalarına, hatta bizzat korsan ve taklitçinin kendisine örnek olması bağlamında daha ağır ek bir cezanın verilmesine olanak tanımak faydalı olabilir. Nitekim İrlanda Telif Hakları Yasasının 128 (3), İngiltere Telif Hakları, Tasarım ve Patent Yasasının (1988) 97 (2) maddelerinde benzer düzenlemelere yer verilmiştir¹²⁶.

¹²⁴ TRIPs madde 45/2; "...Üyeler uygun olan hallerde adli mercileri, ihlal eden kişi bilmeden veya bilmesi için makul nedenler bulunmadan ihlal edici fiilde bulunmuş olsa bile, karların gere alınmasını ve/veya önceden tespit edilmiş tazminatın ödenmesini emretme konusunda yetkili kılabilirler.

¹²⁵ Bu tür uygulamalara Kanada ve ABD Telif Hakları yasaları yer vermişlerdir. Kanada Telif Hakları Yasasının 38.1 (1) maddesinde, hak sahiplerinin 500 ila 20.000 dolar arasında önceden belirlenmiş bir tazminat talep etme haklarının olduğuna, ABD Telif Hakları Yasasının ise 1117 (c) maddesinde benzer düzenlemeye yer vermiştir. ("Enforcement of Intellectual Property Rights: Existing Shortcomings and Best Practices" Page. 19; Copyrights industries' response to WIPO request for information December 2001. Türkiye özelinde ise, 5846 sayılı FSEK'in 68. maddesinde net bir rakam zikredilmemiş ise de, hak sahiplerinin normal koşullarda talep edebilecekleri telif ücretinin üç katını isteyebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

¹²⁶ "Enforcement of Intellectual Property Rights: Existing Shortcomings and Best Practices" Page. 20; Copyrights industries' response to WIPO request for information December 2001.

d- Hak Sahiplerinin Tüm Yargılama Giderlerini Tam Olarak Tahsil Etmeleri Sağlanmalıdır

Hak sahipleri yönünden bir diğer önemli konu da yargılama giderleridir. Çünkü korsan ve taklitçilerin eylemlerinin takip edilip, soruşturulması, korsan ve taklit mallara el konulup bunların belli süreler için muhafaza altına alınması, kısaca yargılama sürecindeki masraflar zaman zaman oldukça yüksek olabilmektedir. İşte tüm bu giderlerin yargılama sonunda korsan ve taklitçiden tahsil edilmesi ihlal eylemlerinin engellenmesinde oldukça etkili olacaktır. Yalnız burada dikkat edilecek olgu, yargılama sürecinde yapılması gereken ve avukatlık ücretini de içeren tüm giderlerin dikkate alınacak olmasıdır. Özellikle vekillik ücretiyle ilgili sorun hak sahiplerini tatmin etmemektedir. Çünkü yargılama sonunda hak sahipleri lehine takdir edilen ve Avukatlık Ücret Tarifesine göre hesaplanan avukatlık ücreti, çoğu kez, hatta Türkiye özelinde her zaman hak sahiplerinin avukatlarına verdikleri ücretin çok altında kalmakta, bu durum bin yandan ihlalcileri cesaretlendirirken, öbür yandan hak sahipleri yönünden tatmin edici olmamakta, haklı oldukları bir davada karşı taraftan alamayacakları bir miktarı avukatlık ücreti olarak ödemek zorunda kalmaktadırlar. Açıklan nedenle yargılama giderleriyle ilgili masraflar gerçek miktarları üzerinden hesap edilip karar altına alınmalıdır. Aslında bu olgu TRIPs sözleşmesinin 45/1 maddesinde, üye ülkeler için zaten yerine getirilmesi gerekli olan bir olgu olarak ifade edilmiştir.

3- Usul hukukundan Kaynaklanan Sorunlarla İlgili Olarak:

a- Eser Niteliği ve Sahipliğinin Belirlenmesiyle İlgili Olarak:

Hukuk ve ceza yargılamalarının olabildiğince hızlı yürütülmesi istenen, dahası özlenen bir olgudur. Hatta "Gecikmiş adalet adaletsizliktir." şeklindeki deyiş de herkesin malumu olmak gerekir. Çünkü yargılamanın yavaşlatılması gerek adli sistem gerekse hak arayanlar için büyük bir külfet olmakta, bir yandan yargılamayı çok pahalı bir hale getirirken öbür yandan adalete olan güveni de sarsmaktadır.

Fikrî hak ihlalleriyle ilgili hemen hemen tüm davalarda ise, haklarında dava açılan veya cezai soruşturma başlatılan korsan ve taklitçiler ilk savunmalarında, dava veya soruşturmaya konu eserlerin Telif Hakları Yasası anlamında korunması gereken eserlerden olmadığını belirtilip, bir an için eser oldukları kabul edilse bile bunların sahiplerinin davacı veya şikayetçi olmadığını ileri sürmektedirler. Bu tür savunmalar çoğu kez hiçbir somut nedene dayanmamakta, sadece soyut bir savunma argümanı olarak kullanılmaktadır. Özellikle mahkemelerce bu tür savunmalara itibar edilip, hak sahiplerine davaya konu çalışmanın önce korunması gereken eser olduğunu, daha sonra da sahiplerinin kendileri olduklarını ispat etmek için görev verip, bu konuların araştırmasına girildiğinde, yargılama gereksiz uzamakta, hak sahipleri hakkaniyete aykırı bir şekilde emek, para ve zaman harcamak zorunda bırakılmaktadırlar. Bunun için Telif Hakları yasalarında bu tür haksız savunmaların önüne geçilmesi için, bazı karinelerin hak sahipleri lehine kabul edilip, bunların aksinin korsan ve taklitçiler

tarafından ileri sürülmesi halinde, ispat külfetinin de onlara yüklenmesi sorunun çözümünde etkili olacaktır. Örneğin 5846 sayılı Yasanın 11. ve 12. maddelerinde eser sahipliğiyle ilgili bazı karinelere yer verilmiş, bu bağlamda 11/1. maddede; "Yayımlanmış eser nüshalarında veya bir güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır. (değişik 2.fıkra: 4110 – 7.6.1995) " denilip, 11/2. maddede ise, "Umumî yerlerde veya radyo- televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse o eserin sahibi sayılır, meğer ki, birinci fıkradaki karine yoluyla diğer bir kimse eser sahibi sayılsın." ifadelerine yer verilmiştir. Yine anılan yasanın 12. maddesinde; "Yayımlanmış olan bir eserin sahibi 11'nci maddeye göre belli olmadıkça, yayımlayan ve o da belli değilse çoğaltan, eser sahibine ait hak ve salâhiyetleri kendi namına kullanabilir. Bu salâhiyetler, 11'nci maddenin 2'nci fıkrasındaki karine ile eser sahibinin belli olmadığı hallerde konferansı verene veya temsili icra ettirene aittir. Bu maddeye göre salâhiyetli kimselerle asıl hak sahipleri arasındaki münasebetlere, aksi kararlaştırılmamışsa, âdi vekâlet hükümleri uygulanır." olguları vurgulanmıştır. Şu halde bir ihlal veya ceza soruşturmasında, anılan hükümlerdeki karine-ler anlamında eser sahibi sayılan kişiler, örneğin dava konusu yapılan bir kitabın üzerinde ismi yazılı bulunan davacı, ekstra bir araştırma yapmaya gerek kalmadan dava/soruşturma konusu kitap şeklindeki eserin maliki sayılacak, ancak bunun kor-san veya taklitçi tarafından inkar edilmesi halinde, bu defa ispat külfeti bunlara yük-lenip, kendilerine ispat olanağı tanınacaktır. Böyle olunca da kendilerinin soyut ve yargılamanın uzatılmasına yönelik savunmalarına itibar edilmeyecek, yargılama hissedilir bir hız kazanmış olacaktır. Kuşkusuz haklarında dava açılan kiler, bu karinelerin doğru olmadığını ispat ettiklerinde savunmalarına itibar edilip, davacı yanın aktif dava ehliyetinin olmadığı konusu gündeme gelecek, belki dava red-dedilebilecektir.

b- İnanıncı Olmayan ve Somut Delilleri Gösterilmeyen Savunmalarla İlgili Olarak :

Yukarıda 3/1-C-c bölümünde açıklandığı gibi, korsan ve taklitçilikle ilgili bazı davalar-da, davalı veya suçlanan kişilerin sanki hak sahipleriyle aralarında yapılmış bir lisans sözleşmesi varmış gibi sahte sözleşmeler ile aslında önceden yapılmış ancak süresi dolmuş eski lisans sözleşmelerini süreleri bitmemiş sözleşmeler gibi savunma delilleri olarak kullandıkları görülmektedir. Böyle bir delilin ileri sürülmesi halinde ise, zaman zaman mahkemelerin hak sahiplerine dönüp, bildirilen lisans sözleşmelerinin sahte olup olmadığı veya süresinin dolup dolmadığı konularında delil istedikleri olmaktadır. Oysa böyle bir olaya imkan vermemek gerekir. Çünkü hak sahibi eldeki davayı veya cezai soruşturmayı başlattığına göre, kural olarak davalı/suçlanan kişiyle bir lisans sözleşmesi yapmadığını, yapmışsa da bunun süresinin dolduğunu veya lisans alan davalı/suçlanan kişinin lisans hakkının tanıdığı sınırların ötesine geçtiğini peşinen mahkemeye bildiriyor demektedir. Şu halde davanın açılmasıyla böyle bir pozisyon alan davacının anılan iddialarının doğru olmadığını ispat etmek de davalıya düşmelidir. Yani davalı veya suçlanan kişi işlemlerinin hak ihlali olmadığını,

delil olarak sunduğu lisans sözleşmesinin geçerli, doğru ve henüz süresinin dolmamış olduğunu bizzat kendisi ispat etmeli, bu yoldaki tüm delillerini mahkemeye sunmalı, eş anlatımla davacı tarafı ve mahkemeyi kendi iddialarının ispatı külfeti altına sokmaması gerekir. En azından böyle bir durumda, mahkemeye tarafların imzalarını, onaylarını, tarih ve koşulları yazılı bulunan geçerli bir lisans sözleşme örneğinin aslının dosyaya sunulması talep edilebilmelidir. Nitekim Türkiye'deki uygulamada aynen açıklandığı biçimde devam etmekte, bu tür delillerle ilgili ispat külfeti davalı taraf üzerinde bırakılmakta, inandırıcı ve yeterli delilin sunulması halinde, bu defa davacı tarafın karşı diyecekleri alınıp, gerekirse taraf kayıtları incelenip bir sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır.

c- Korsan ve Taklit Ürünlerin Teknik İncelenmesiyle İlgili Olarak:

Fikrî hak ihlali davalarında dava konusu olan ve korsan veya taklit olduğu ileri sürülen ürünlerin teknik incelemelerinin yapıp, orijinal veya taklit olup olmadıklarının tespiti önemli bir yargılama safhasıdır. Bazı ihlal davalarında çok sayıda, söz gelimi on binlerce CDs, binlerce çanta veya on binlerce fermuar yakalanabilmektedir. Bir keresinde Ankara Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesine iki kamyonet korsan ve taklit olduğu ileri sürülen çanta, ayakkabı, CDs'lerin getirilmiş olduğu bizzat gözlemlenmiştir. İşte böyle bir durumda mahkemeler ile mahkemece atanacak bilirkişilerin tüm bu ürünler üzerinde teker teker teknik inceleme yapıp, taklit veya korsan olup olmadıklarını belirlemek zorunda bırakılmaları, kanaatimizce doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü böyle bir durumda mahkeme hakimi ve bilirkişiler zamanlarının büyük bir bölümünü bu işe ayıracaklar, gereksiz emek ve para harcayacaklardır. Açıklanan nedenle böyle durumlarda, bu ürünlerden bir kısmı üzerinde, mesela toplam ürünün % 15-20 oranındaki bölümü üzerinde teknik inceleme yapılarak bir sonuca ulaşılması, kalan ürünlerin ise aynı nitelikte oldukları karine olarak kabul edilebilmelidir. Kuşkusuz böyle bir karinenin aksinin ileri sürülmesi halinde kalan ürünler için de inceleme yapılacak, ancak böyle bir durumda dahi, bir önceki paragrafta vurgulandığı gibi, kalan ürünlerin böyle olmadığı yolundaki iddiaların ciddiye alınmasını gerektiren delillerin de belirtilmesi talep edilecektir.

d- Kamu Otoritelerinin Hak Sahipleriyle Bilgi Paylaşımı Sorunu:

Gerek hak sahiplerinin gerekse kamu otoritelerinin yani mahkemelerin, güvenlik güçlerinin, inceleme komisyonlarının, patent ve marka ofislerinin ve diğer kurumların ortak amacı korsan ve taklitçiliğin önüne geçmektir. Ne var ki uygulamada bunun başarılması için hemen hemen herkes tarafından ön koşul olarak kabul edilen bilgi paylaşımı kamu otoriteleri ile hak sahipleri arasında istenen ölçüde yapılmamaktadır. Bu sorun örneğin, gümrüklerde taklit ve korsan ürünlere el koymayla ilgili olarak, Gümrük Yönetmeliği aracılığıyla çözülmüştür. Anılan yönetmeliğe göre gümrük kapılarında korsan veya taklit olduğundan şüphelenilen ürünlerin gerçek hak sahipleri görevliler tarafından haberdar edilmekte, kendilerine ürünler üzerinde inceleme yapma olanağı verilmekte, gerekirse cezai ve hukuki süreç başlatmaları sağlanabilmektedir. Ancak diğer ihlal davalarında, hak sahiplerinin Cumhuriyet

Savcılığı veya mahkemeler elinde bulunan ürün ve bilgilere istenilen süratte, zamanda ve yeterlilikte ulaşmaları çoğu kez imkansız olmaktadır. Soruşturmanın gizliliği, davada henüz taraf olmama veya benzeri gerekçelerle bu hakkın önüne geçilmekte, böylece ihlalciler adeta ödüllendirilmektedir. Oysa yasal bir düzenlemeyle bunun önüne geçilmesi ve sorunun gümrük kapılarında olduğu gibi tüm ülke genelinde de çözümlenmesi mümkündür. Şu an için bu sorun Cumhuriyet Savcıları, Hakim ve güvenlik güçlerinin kişisel tasarruflarıyla aşılmaya çalışılmaktadır.

4- İhtiyati Tedbirlerle İlgili Olan Sorunlarla İlgili Olarak:

İhtiyati tedbir kararları fikrî hak ihlallerinde ayrı bir yeri ve önemi olan bölümdür. Çünkü ihtiyati tedbir kararları davanın açılmasından önce veya dava sırasında verilebilen, fakat her halükarda kardan önce tesis edilen bir karardır. Çoğu kez de böyle bir karar asıl davayla alınması istenilen sonucu daha işin başında hak sahibine bahşetmektedir.

Türkiye özelinde yukarıda da açıklandığı gibi ihtiyati tedbirler genel olarak HUMK.'nun 101. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş, ancak fikrî haklarla ilgili davalarda gerek 5846 sayılı FSEK.'te, gerekse sınaî haklarla ilgili 551, 554, 555 ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde özel hükümlere yer verilmiştir.

İhtiyati tedbirlerle ilgili sorunlar yukarıda 1/D-a, b, c ve d bölümlerinde açıklanmış idi. Bu sorunlarla ilgili çözüm önerilerini ise aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür.

a- Yetkili Kamu Otoriteleri Delileri Elde Etmeye ve İhlali Önlemeye Olanak Veren Hızlı Kararlar Vermelidir:

Fikrî hak ihlali davalarında yetkili makamlar yani Cumhuriyet Savcılıkları ve mahkemeler ihlalle ilgili delilleri elde etmede ve ihlali önleyecek tedbirleri almada çok hızlı bir şekilde hareket edip karar vermeli ve bu kararları uygulayabilmelidirler. Bu kararlarla hem ihlal eylemleri sonucu üretilen korsan ve taklit mallara, hem de bunların imal ve pazarlamasında kullanılan araç ve gereçlere el konulup muhafaza altına alınması gerekir. Bu işlem yapılırken zapt edilecek ürünlerin teker teker isimlerine bakmak veya ihtiyati tedbir kararında yazılan isimleri belirleyerek değil de, hak sahiplerinin korunan haklarının kapsamına giren ve ismi ne olursa olsun, ancak korunan hakkın kullanımı sonucu imal edilebilen ürünlerin tamamı toplanmalıdır. Böylece ilk etapta ihlali bizzat yapan kişinin ihlali kesinlikle önlenmelidir. Ancak böyle bir karar verilerken hak sahibinden gerekirse istenecek teminat ihtiyati tedbir kararının alınmasını olanaksız kılacak derecede yüksek olmamalı, makul bir miktar saptanmalıdır. Eş anlatımla görünürde kullanılacak bir hak eylemli olarak kullanılamaz hale getirilmemelidir. Nihayet alınan ihtiyati tedbir kararından sonra, asıl davanın açılabilmesi için hak sahibine makul bir süre verilmelidir. Örneğin bu süre Türkiye'de HUMK.'nun 109. maddesi ile tedbir kararının verilmesinden itibaren 10 gün olarak belirlenmiştir. Oysa çoğu davalarda 10 günlük bu sürenin asıl dava hazırlıkları için yeterli olmadığı pek çok kez görülmüştür. Bu nedenle bu sürenin ya toptan kaldırılması, yani tedbir kararını alan hak sahibinin bir

dava açmak zorunda bırakılmaması veya bazı yabancı ülke yasasında olduğu gibi 30 iş gününe tekabül eden bir sürenin verilmesi yararlı olacaktır¹²⁷.

Bunlardan ayrı olarak ihlal eylemlerinin sadece korsan ve taklitçinin bizzat kendisi yönünden önlenmesi tek başına yeterli değildir. Çünkü ihlalcı bizzat taklit ve korsan ürünleri imal edip, dağıtan ve satan kişi değil de, örneğin sadece ürünleri satan kişi ise, tedbir kararıyla bu kişiden ürünleri satın aldığı yerleri, içinde yer aldığı korsan ve taklitçi zincirini deşifre etmesini istemek mümkün olabilmelidir. Aksi halde zincirin en tepesindeki organizasyon, yakalanan satıcının yerine bir başkasını bulup ihlal eylemlerine devam edebilecektir. Açıklanan nedenlerle ihtiyati tedbir kararlarında hak sahiplerine, yakalanan eylemli ihlalciden ticaret kanalları ile ilgili bilgileri almaları imkanı verilmeli, korsan ve taklitçilikle ilgili suç zincirinin ortaya çıkartılması sağlanabilmelidir.

b- İhtiyati Tedbir Kararları Mümkün Olduğunca Davalının İştiraki Olmaksızın Verilebilmelidir:

Geçen bölümlerde de belirtildiği gibi, fikrî hak ihlallerinin gerek yapılması, gerekse yapılan ihlallerin izlerinin yok edilmesi çok kolay ve çok hızlı yapılabilmektedir. Bu nedenle ihlalcı şans eseri habersiz yakalanmayacak olursa, çoğu kez ihlalle ilgili bir delil elde etmek mümkün olmamaktadır. Bu nedenle de ihtiyati tedbir istemlerinin diğer tarafa haber verilmeksizin ve ondan habersiz değerlendirilip bir sonuca ulaşılması çok yararlı olacaktır. Aksi halde istemden haberdar olan ihlalcinin tüm delilleri yok etmesi kuvvetle muhtemel olacaktır. Zaten tedbir kararının verilip, gerekli deliller toplandıktan sonra, korsan veya taklitçi olduğu ileri sürülen tarafın, kararın doğru olmadığını bildirip buna itiraz etmesi her zaman mümkün olabilecektir.

Türkiye'deki uygulamada ise genel olarak tedbir istemleri karşı tarafa haber vermeden değerlendirilmekte ve mahallinde tespit veya keşif yapılacaksa, bu işlemler bizzat hakimlerin de katılımıyla teknik yardım da alınmak suretiyle yerinde yapıp, gerekli incelemelerden sonra bir karara varılmaktadır.

c- Söylenti Şeklindeki İddialar İle İsimsiz İhbarlar Dikkate Alınmalıdır:

Fikrî haklarla ilgili uyuşmazlıklarda, davanın açılmasından önce veya dava sırasında talep edilen ihtiyati tedbir istemlerinde isimsiz yapılan ihbarlar ile söylenti şeklinde elde edilmiş deliller ayrı bir yer tutmaktadır. Önceki bölümlerde açıklandığı gibi, kimi kişiler korsan ve taklitten bir şekilde haberdar olup, bunu önlemek istemekte, ancak sosyal ve mesleki pozisyonu nedeniyle deşifre olmayı istememektedir. Örneğin bir avukat; bir diş hekimi ve bir ticaret erbabı kendi işlerini yürütürken, sırasıyla

¹²⁷ Örneğin Fransız Telif Hakları Yasasının L. 332-3 maddesinde asıl davanın 30 gün içinde açılması gerektiği vurgulanmıştır.

müvekkilinin, hastasının veya komşusu olan iş yeri sahibinin korsan ve taklit ürün imal ettiğini öğrendiğinde buna mani olmak istemesine karşı, isminin açıklanmasını istemeyebilecektir. Bunun sebepleri etik veya yasal olabilir. Ancak böyle bir durumda adı geçen kişiler isimlerini belirtmeden bir ihbarda bulunurlarsa, ya da hiç kimse ihbar etmese de belli bir işyerinde korsan ve taklit malın üretilip pazarlandığı şaya haline gelmişse, hak sahipleri tarafından talep edilecek tedbir istemleri nasıl değerlendirilecektir?

Kanaatimizce benzer durumlarda olaya özgü davranıp kararlar almak gerekecektir. Kural olarak yasal yoldan elde edilmeyen bir delile dayanıp, doğru veya sahte olduğu bile olmayan bir ihbara dayanarak bir başkasının iş yerinde, evinde, ticari kayıtları üzerinde ve benzeri yerlerde arama ve inceleme yapılması doğru değildir. Kaldı ki isimsiz ihbar mektuplarının ya da kişiselliği ağır basan söylentilerin her zaman doğru olduklarını kabul etmek de mümkün değildir. Şu halde böyle bir durumda salt ihbar mektupları veya söylentilere dayalı olarak ihtiyati tedbir kararı istemek de vermek de risklidir. Talep eden yönünden risklidir; çünkü tedbir kararından bir sonuç alınamazsa yetersiz delille tedbir kararının infazının sağlanıp, davalının ticari itibarının sarsılması nedeniyle tazminat ödenmek zorunda kalınabilir. Ayrıca kararı veren kamu otoritesi yönünden risklidir; salt bir şüphe üzerine başkalarının gizli ve korunması gereken bilgilerine, mekanlarına, iş yerlerine girilmesi doğru olmayacaktır. Ancak bu tür delillerin tamamen reddedilmesi de yerinde değildir. Aksi halde bir şekilde şikayet ve ihbar yolunu tıkayan korsan ve taklitçiler ödüllendirilmiş olacaktır. Bunun için de böyle durumlarda, gelen isimsiz ihbarlar ile söylentilerin doğru olduğu yolunda hak sahiplerinden ek bilgi ve belgeler istenmeli, bunlar hep birlikte değerlendirilip bir karara varılmalıdır. Hatta bunlarla da bir sonuca varılamıyorsa, yine tamamen bu deliller yok sayılmamalı, bu defa karşı tarafa da haber verilmek suretiyle savunması da alınarak bir karar verilmesi doğru olacaktır. Kısaca durumun takdir ve gereğini Cumhuriyet Savcılar ve Hakimler her bir olayda ayrı ayrı değerlendireceklerdir.

V- TÜRKİYE'DEKİ MEVCUT DURUM:

Türkiye'de korsan ve taklitçilik, fikrî mülkiyet hakları alanındaki en önemli sorunların başında gelmektedir. Gerçekten Avrupa Birliği'yle ilişkilerin ivme kazanıp, 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye ve AB arasında Gümrük Birliğinin kurulmasından sonra, kararın 8.nolu ekindeki yükümlülükleri gereğince, Türkiye bir yandan Avrupa Birliği'nin de benimsediği fikrî ve sınaî mülkiyet haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmaları imzalamış, öte yandan da ulusal hukukunu AB ile uyumlu hale getirmiştir. Bu anlamda üyelik sıfatını elde etmek isteyen ve şimdilik aday ülke statüsünü kazanan Türkiye, gerek telif hakları gerekse sınaî haklarla ilgili tüm yasal düzenlemeleri 1995 yılından itibaren tümünden gözden geçirmiş, bu çalışmaları yaparken de, imzalamış olduğu uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri ile uygulamada karşılaşılan sorunları ve getirilen eleştirileri dikkate almıştır. Bu günkü gelinen nokta itibarıyla Türkiye'deki fikrî mülkiyet hakları rejiminin telif haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmalarda öngörülen standartlara oldukça yaklaşmış,

hatta çoğu Avrupa Birliği ülkelerindeki emsal rejimlerle benzer hale gelmiş olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak Türkiye’de yaklaşık 10-12 yılda gerçekleştirilen bu büyük değişiklikler kolay olmamıştır. Dahası bu değişikliklerin halen yeterli olmadığını söyleyenler yanında, getirilen düzenlemelerin doğru olmadığını ileri sürenler de mevcuttur.

Bu bağlamda özellikle fikrî mülkiyet hakları korumasının yüksek olduğu ülkelerdeki meslek kuruluşları, ticaret odaları, tv-radyo yayıncılığı yapan şirketler ve hak sahipleri, Türkiye’deki yasal düzenlemelerin yeterli olmasına karşın, bunların etkin uygulanmadığını, örneğin öngörülen cezaların verilmediğini, korsan ve taklitçilikle mücadelede etkin bir yöntem olarak getirilen "Bandrol Sisteminin" beklenen faydayı sağlamadığını, güvenlik güçlerinin ve mahkemelerin bu tür suçları engellemekte kısmen de olsa isteksiz davrandıklarını, yargılamaların uzun sürdüğünü, gümrüklerdeki denetimin, özellikle korsan ve taklit ürün ihracatında bunun yetersiz olduğunu ileri sürebilmektedirler. Bu tür iddialarla ilgili olarak ABD.’ki "Uluslararası Fikrî Mülkiyet Birliği" isimli bir teşkilatın her yıl hazırladığı "Special 301 Raporu" adlı çalışmasını örnek göstermek mümkündür. Bu raporlarda her yıl Türkiye’deki fikrî mülkiyet hakları koruma sistemi, yapılan değişiklikler ve gelişmeler izlenip değerlendirilmekte ve kendilerine göre bir rapor hazırlanmaktadır. Sözgelimi 2005 yılı için hazırlanan raporda, ABD Telif Hakları Endüstrisinin 2004 yılında Türkiye’deki korsan ve taklitçilik nedeniyle uğradığı zararın 187 milyon USA doları olduğu ileri sürülmüştür¹²⁸. Yine Avrupa Birliği üye ülkelerinin gümrük kapılarında yakalanan Türkiye menşeli korsan ve taklit ürünlerin miktarlarının ciddi boyutlara ulaştığı değişik tarihlerde yapılan uluslararası toplantılarda açıkça dile getirilmektedir. Kuşkusuz bu tür raporlar ve iddialar Türkiye’deki ilgili birimlerce ayrıca incelenip gerekli karşı savlar ileri sürülmekteyse de, Türkiye’deki sistemin uluslararası eleştiri boyutunu görmek açısından bir fikir verebilmektedir. Öte yandan korsan ve taklitçilikle mücadelede gereksiz ve aşırı önlemler alındığını söyleyen çevreler de mevcuttur. Böyle düşünenlere göre, sanayi ve ekonomisini gelişmiş ülkelerdeki seviyeye getirmemiş olan ülkelerin, gelişmiş ülkelerdeki fikrî mülkiyet hak koruma sisteminin aynısını veya benzerini uygulamaya çalışmaları doğru olmayıp, en azında adil de değildir. Çünkü bu tür ülkelerin ekonomilerinin henüz gelişmemiş olduğu dönemlerde, fikrî mülkiyet koruma sistemini uygulamadıkları bilinen olgulardır. Örneğin Japonya, Çin ve Hollanda’da etkin fikrî mülkiyet koruma sistemi belirli dönemlerde uygulanmamıştır. Şu halde henüz ekonomisini ve sanayini gelişmiş ülkelerle eşitlememiş olan Türkiye’de böylesine etkin ve ağır yaptırımların uygulanmaya çalışılması doğru olmayacaktır. Özellikle koruma altındaki ürünlerin fiyatlarının, korsan ve taklit olanların fiyatlarına göre 4-5 kat fazla olması düşünüldüğünde, alıcıları korsan ve taklit ürünlerden vazgeçirmek de kolay olmayacaktır. Eş anlatımla hak sahiplerinin aşırı kar etmek arzuları olabildiğince önlenmelidir. İnsan sağlığıyla yakından ilgili olan ürün ve ilaçların temin edilmesinde veya satın alınmasında, hatta jenerik üretimin

¹²⁸ " International Intellectual Property Alliance 2005 Special 301 Report TURKEY" Page 471

yapıldığı ülkelerden yapılacak paralel ithalatın bile önüne geçebildiği durumlarda, yüksek fiyattan bu tür ürünleri etkin ve yüksek seviyedeki koruma nedeniyle alamayan ve kendilerini tedavi ettiremeyen kişilerin durumu ne olacaktır? Nitekim benzer durum HIV virüsüyle mücadelede Güney Afrika Cumhuriyeti'nde yaşanmış ve orada geçici bir takım önlemler alınarak, daha doğrusu fikri hak sahibi şirketlerin kar kayıpları devlet tarafından karşılanmak ucuz paralel ithalata izin verilmek suretiyle sorun çözülmeye çalışılmıştır. Yine korsan ve taklit ürünlerin sokaklardaki pazarlama çalışmalarında kullanılan küçük yaşta çocukların, ellerinde yakalanan sınırlı sayıdaki korsan ürünler nedeniyle iki ila beş yıl arasında değişen hapis cezasıyla cezalandırılmaları da doğru olmayacaktır. Netice olarak bu çevreler etkin bir fikri mülkiyet hakları koruma sisteminin Türkiye özelinde henüz erken olduğunu, belirli bir geçiş dönemine gerek bulunduğunu, ekonomik ve mali çıkarlarına ters düştüğü halde böylesine yüksek derecede bir koruma sisteminin kabul edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadırlar. Ancak gelişmiş ülkelerin içinde bulunduğu Avrupa Birliğine aday ülke konumundaki Türkiye'nin böyle bir gerekçeyle etkin sistem oluşumuna karşı çıkması halinde, nasıl bir duruma düşeceğini açıklayamamaktadırlar. Sonuç olarak bazı eksik ve olumsuz yönleri olmakla birlikte, kulağa hoş da gelse, modern dünyada yer almak ve onlarla siyasi, ekonomik, mali konularda bütünleşmek isteyen, bu yolda oldukça iyi bir mesafe de katetmiş olan Türkiye'nin, istihdam kaybı, vergi kaçağı, kayıt dışı ekonomi ve kara para aklama argümanı olarak tanımlanan korsan ve taklitçilikle mücadeleden vazgeçmesi olanaklı görülmemektedir. Nitekim halen uygulanan politika da bu yöndedir.

Bu kısa açıklamalardan sonra, korsan ve taklitçilikle ilgili Türkiye'deki tabloya bakarsak, aşağıdaki gibi bir değerlendirme yapmak mümkün olabilecektir.

1- Kitap Korsanlığı:

Türkiye'deki korsan ve taklitçilik sorununa baktığımızda, korsan olarak basılmış kitapların yoğun bir şekilde pazarlandığı gözlenmektedir. Yapılan bir araştırmaya göre Türkiye'deki korsan kitap basımının % 50 oranında olduğu bildirilmektedir¹²⁹.

Korsan kitaplar her hangi bir ayırım yapılmadan basılmakta, tek ölçü olarak piyasadaki satış ve bilinme gücü dikkate alınmaktadır. Eş anlatımla her türlü yerli ve yabancı romanlar, ilmi eserler, okul ders kitapları, yerli ve yabancı lisan ders kitapları ve benzeri kitap türlerinin korsan baskıları yapılmakta ve bunlar yaya trafiği yoğun olan caddelerde, kaldırımlardaki satış büfelerinde, alt ve üst geçitlerde, köprülerde, pazarlarda, okul ve dershane yanlarında, kısaca her yerde satılabilmektedir. Bu kitapların baskı tekniklerinin çok geri olması, bazı sayfa veya bölümlerinin eksik bulunması, harf ve rakam puntolarının okumaya elverişli olmaması gibi bir dizi olumsuz yönleri bulunmasına karşın, salt fiyatlarının ucuz olması nedeniyle pazarlanmaları mümkün olabilmekte, ancak açıklanan eksikliklerin neden olduğu veya

¹²⁹ "International Intellectual Property Alliance 2005 Special 301 Report TURKEY" Page 473.

olacağı zararlar üzerinde hiç düşünülmemektedir. Örneğin, bazı sayfa veya bölümlerinin bulunmadığı bir ders kitabını alan öğrencinin ya da kitaplardaki eğitici özelliği olan renkli resimleri siyah-beyaz basılmış, belki de net görülemeyecek kadar silik baskılı kitapları alan kişilerin kayıpları pek önemsenmemektedir.

Korsan kitap basımının bir diğer türü de eserlerin korsan fotokopilerinin yapılması şeklinde olmaktadır. Korsan fotokopiler genellikle okul, dersane ve üniversitelerin çevrelerine yerleşip, bir şekilde temin ettikleri kitapları fasikül fasikül çoğaltıp, öğrencilere pazarlamaktadırlar. Hatta bu tür yerlerde, her hangi bir kitap ve benzeri ilim ve edebiyat eserinin fotokopisinin yaptırılması istenildiğinde, küçük ücretler karşılığında bu istem yerine getirilmekte, bunun yasal olmadığı bu tür fotokopi merkezlerinde gözardı edilmektedir. Yapılan bir araştırmaya göre korsan fotokopi yapmanın oranının Türkiye’de % 90 civarında olduğu bildirilmektedir¹³⁰.

Geçmiş dönemlerde gerek hak sahiplerinin gerekse bunların kurdukları meslek örgütlerinin özellikle büyük şehirlerde yaptıkları etkin mücadeleye karşın, açıklanan türdeki korsan kitap basımı ve fotokopisi faaliyetlerinin halen devam ettiği bilinen bir olgudur.

2- Müzik ve Film Endüstrisindeki Korsanlık:

Türkiye’deki film ve müzik endüstrisindeki korsanlık ayrı bir sorundur. Piyasada gösterime yeni giren film veya müzik CDs ve DVDs’lerinin izinsiz çoğaltılmış örnekleri, orijinalleriyle aynı anda veya çok kısa bir süre sonra pazarlanabilmekte, bu tür korsan ürünler, ne yazık ki toplumda oldukça ciddi bir itibarları olan modern ve lüks otellerde, barlarda, lokallerde, öğrenci derneklerinde, şehirler arası otobüslerde, kahvelerde ve benzeri eğlence yerlerinde kullanılmaktadır. Bu tür korsan ürünlerdeki ses ve görüntüdeki kalite düşüklüğü, yukarıda vurgulandığı gibi fiyatlarının ucuz olması ve korsan ürün kullanımı halinde eser ve komşu hak sahiplerine ayrıca bir telif ücreti ödenmeyecek olunması nedeniyle alıcılar tarafından hoş karşılanabilmektedir.

3- Korsan ve Taklitçilerin İyi Organize Olmuş Olmaları:

Yine gözlemlendiği kadarıyla, kitap ve optik disklerin korsan ve taklitçiliğini yapan kişi ya da kişilerin çok iyi organize oldukları, birbirleriyle iletişimlerinin güçlü olduğu anlaşılmaktadır. Tüm ülke genelinde aynı anda ve yüksek miktarda korsan ürün piyasaya çıkması, bu ürünlerin yüzlerce sokak satıcısı çocuklar veya ekonomik gücü zayıf kişiler eliyle pazarlanması, korsan ve taklit ürünlerde kullanılan ham madenin gerekirse ithalat yoluyla karşılanması ve korsan baskıların yapılması için ciddi miktarda para, emek ve zaman harcanması gerektiği halde, bu güne kadar çok iyi organize olmuş oldukları sabit olan bu korsan çetelerinden her hangi biri yakalanabilmiş değildir. Uygulamada bir merkezde yapılan baskın ve denetimler çok kısa bir

¹³⁰ "International Intellectual Property Alliance 2005 Special 301 Report TURKEY" Page 473.

süre içinde diğer korsanlar tarafından haber alınabilmekte, eş zamanlı yapılmayan denetimler yetersiz kalabilmektedir. Zaten yapılan denetimler sonucunda da yakalanan kişiler genellikle sokak satıcıları veya korsan ürün satan küçük bazı kitapçılar ile ikinci el kitap satan kişiler olmuştur.

4- Taklit Ürünlerle İlgili Olarak:

Fikrî mülkiyet hukukunda korsan ve taklit sözcükleri aynı anlamı ifade etmemektedir. Korsan daha çok telif haklarıyla ilgili bir sözcük olup, 5846 sayılı FSEK koruması altında bulunan eser ve bağlantılı hak sahiplerinin ürünlerinin sahteleri için kullanılmaktadır. Taklitçilik ve taklit mal sözcükleri ise sınai hak korumasıyla ilgilidir. Eş anlatımla 556 sayılı Mar.KHK. ile 551 sayılı Pat.KHK.'lar ile korunan ürünlerin izinsiz üretilmesi veya sahtelerinin pazarlanmasıdır.

Bu anlamda Türkiye'de taklit mal üretimi ve pazarlaması da oldukça ciddi boyuttadır. Marka ve patent sahipleri haklarının gerek iç pazarda gerekse dışarıda ihlal edildiğini her vesile açıkça ifade etmektedirler. Özellikle semt pazarlarında, cadde ve sokaklarda, alt ve üst geçitlerde, kısaca korsan ürünlerin pazarlandığı her yerde taklit ürünler de pazarlanabilmekte, korsan ürünlerle ilgili yukarıda yapılan açıklamaların aynısını taklit ürünler yönünden de söylemek mümkündür.

Taklit ürünlerle ilgili olarak korsan mallardan farklı ve daha da tehlikeli olduğu düşünülen bir olgu da, insan sağlığı ile yakından ilgili ilaç, kozmetik ve benzeri ürünlerin taklit edilip pazarlanmasında görülmektedir. Gerçekten bu tür ürün taklitçiliğinde görülen vergi kaçağı, istihdam kaybı, kayıt dışı pazar yaratılıp, kara para aklanması gibi olumsuzluklar bir yana, eylemin asıl tehlikesi insan sağlığı ile ilgilidir. Taklit ilaç ve kozmetiklerin tedavideki etkilerinin az veya hiç olmaması bir yana, uygun olmayan koşullarda üretilmeleri nedeniyle tam tersine zararlı olmaları kuvvetle muhtemeldir. Yine yakın geçmiş dönemde Türkiye'de üretilen taklit ve sahte rakımlar insan ölümlerine neden olabilmişlerdir. Şu halde taklitçiliğin de önüne geçilmesinin zorunlu olduğu apaçık ortadadır.

VI- SONUÇ ve ÖNERİLER:

Türkiye'de fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili ilk çalışmalar 18. yüzyılda başlamıştır. Patentlerle ilgili "1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu" ile markalarla ilgili "1872 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi" bu alandaki ilk düzenlemelerdir. Takip eden yıllarda ve özellikle Avrupa Birliği ile ilişkilerin başlamasından sonra bu alandaki çalışmalar bir hayli hız kazanmış, telif haklarıyla ilgili 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 2001 ve 2004 yıllarında 4630 ve 5101 sayılı yasalarla yapılan esaslı değişiklikler sonucunda şimdiki haline getirilmiş, 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu ile 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlükten kaldırılıp, bunlar yerine 27.6.1995 yayın tarihli 551 sayılı Pat.KHK.ve 556 sayılı Mar.KHK.'laf yürürlüğe konulmuş, yine anılan tarihe kadar sınai hak koruması sağlanmayan ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki haksız rekabet hükümlerine göre korunan endüstriyel tasarımlar ile coğrafi işaretlerin etkin korunması için aynı tarihli 554 sayılı End.Tas.KHK. ve 555 sayılı

Coğ.İş.a.KHK.'ler yürürlüğe sokulmuştur. En son olarak da 8.1.2004 tarihinde 5042 sayılı "Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun" ile 22.4.2004 tarihinde 5147 sayılı "Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkındaki Kanun" TBMM.'de kabul edilmiştir. Şu halde Türkiye'de etkin ve verimli bir fikrî mülkiyet rejimi için gerekli olan birinci koşulun, yani gerekli yasal düzenlemelerin yapıldığını söylemek mümkündür.

Geçen bölümlerde vurgulandığı gibi bu alandaki ikinci koşul gerekli örgütsel yapının tamamlanmasıdır. Bu anlamda da bir eksikliğin olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle inceleme konumuz korsan ve taklitçilikle ilgili olarak, yasal düzenlemelerde kurulması gereğine değinilen meslek birlikleri, inceleme komisyonları, güvenlik güçleri içinde korsan ve taklitçilikle mücadele için özel olarak oluşturulmuş departmanlar, ihtiyari ve zorunlu tescili sağlayacak kurumlar (Sinaî haklar yönünden Türk Patent Ofisi, telif hakları yönünden Kültür Bakanlığı içindeki Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü), bandrol sistemi etkin bir biçimde faaliyete geçirilmiş, bu birimler arasındaki iletişim ve koordinasyon sağlanmıştır. Bu arada bandrol sistemindeki eksikliklerle ilgili sorunların giderilmeye çalışıldığı da bilinmektedir.

Ancak Türkiye'deki gerçek sorun üçüncü koşulla ilgili uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Yasal düzenlemelerin etkin ve verimli uygulanması eleştirilerin odağı olmaktadır. Bu sorunla ilgili olarak 2002 yılından itibaren yoğun çalışmalar yapılmıştır. Güvenlik güçleri içinde re'sen hareket edecek yetkilerle donatılmış özel departmanlar kurulmuştur. Ayrıca Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Komisyonu ile birlikte yürüttüğü bir proje çalışmasıyla, toplam 8 hakim ve savcının 6 ay yurt içi 10 ay da yurt dışında olmak üzere fikrî mülkiyet hukuku alanda eğitim almalarını sağlamış, bu hakim ve savcılarının tekrar göreve başlamalarını takiben de 2003 yılında Ankara, İstanbul ve İzmir illerinde toplam üç tane Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi ve dört tane de Fikrî ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesi adı altında ihtisas mahkemelerini kurmuştur. Takip eden tarihlerde gelen istatistik bilgilere göre gerek görülecek diğer merkezlerde de bu tür ihtisas mahkemelerinin kurulması düşünülmektedir.

Netice olarak Türkiye etkin ve verimli bir fikrî mülkiyet rejiminin oluşturulması için elinden geleni yapmış ve yapmaktadır. Ancak böyle bir rejimin istenilen seviyede olması kısa zaman içinde mümkün olamamaktadır. Ekonomik ve etik bazı nedenlerle, korsan ve taklitçilerin toplumda hoş karşılanıp, tüketiciler tarafından cazibe merkezi gibi algılanması, örneğin, sattıkları ürünlerin salt ucuz olmaları nedeniyle satın alınıp muhtemel bir soruşturma veya davada hak sahiplerine yardımcı olunmak istenmemesi, zaman zaman bunların geçimlerini sağlamaya çalışan masum kişiler gibi algılanması nedenleriyle sokaktaki mücadelede henüz tam başarıya ulaşılmış değildir. Ancak bu durum istenilen ve özlenen rejimin kurulmasından vazgeçmek için bir neden de olmamalıdır. Şu halde Türkiye bu yolda aynı kararlılıkla yoluna devam etmek zorundadır. Kaldı ki kısaca açıklanan bu sorun sadece Türkiye'ye özgü de değildir. Aynı ihlalleri söz gelimi İspanya, Yunanistan ve İtalya'da da görmek mümkündür.

Bunun yanında korsan ve taklitçiliğin önlenmesinde hak sahiplerine düşen görevler de vardır. Şimdiye kadar yapılan gözlemler sonucunda, hak sahiplerin mücadeleyi genellikle devlete havale etmek gibi bir eğilim içinde oldukları izlenimi alınmıştır. Özellikle kurumsallaşmış bir görünüm veren meslek birliklerinin, özel müfettişler tutup ihlalleri saptamak, delilleri bizzat kendileri toplamak yerine, Cumhuriyet Savcılığına, İnceleme Komisyonlarına veya güvenlik güçlerine şikayet dilekçeleri vermekle yetindikleri, bu şikayetler üzerine elde edilen delillere göre hareket ettikleri gözlenmektedir. Çünkü bilindiği gibi ceza soruşturması hak sahipleri yönünden bedava olup, tüm masraflar devlet tarafından karşılanmaktadır. Bu tür soruşturmalardan zaman zaman bir sonuç alınamaması üzerine ise, meslek birliklerine olan güven azalmakta, kendileri adeta şüphe ettikleri her hal ve şartta, dahası herkes hakkında şikayette bulunan kurumlar gibi kabul edilir hale gelmekte, güvenilirlikleri azalmaktadır. Şu halde bu kuruluşların kendi özel araştırmalarına ayrı önem vermeleri, işi tamamen kamu otoritelerine bırakmamaları, güçlü delillerle hukuk ve ceza davalarını başlatmaları gerekmektedir. Aksi halde haklarındaki olumsuz kanaatin yayılmasına engel olamayacaklardır.

Şu halde hak sahipleri ve meslek birliklerinin korsan ve taklitçilerle mücadelede ceza davalarına göre masraflı da olsa, hukuk mahkemelerine de başvurup, gerekli delilleri toplatmaları, örneğin korsan ve taklitçinin iş yerinde ihlal eyleminin tespitini takiben ticaret kanallarının açıklattırılmasını temin edip, işin asıl kaynağını ortaya çıkarabilmeleri sağlanmalıdır. Çünkü uygulamalar göstermiştir ki, korsan ve taklit ürünleri imal edip pazarlayan, bu suç zincirini kuran asıl failer yakalanmadığı sürece, sokakta, caddede, kaldırımda, alt ve üst geçitle benzeri yerlerde bu tür ürünleri satan sokak satıcılarını veya ticari faaliyetleri küçük/orta derecede kalmış kişileri cezalandırmak veya tazminata mahkum ettirmekle sorun aşılamamaktadır. Eş anlatımla "sivrisineklerin teker teker öldürülmesi yerine, bataklık kökten kurutulmalıdır." Bunun için de hak sahipleri ve meslek birliklerinin mücadelede görevli kişi ve kuruluşları bıktırarak, masrafı fazla yararı az olan soruşturma ve davayla meşgul etme yerine, gerekirse işbirliği yapılmak suretiyle ciddi deliller bulup, arkasından harekete geçmeleri gerekir.

Bu arada güvenlik güçleri ve mahkemelerin uygulamalarından da kısaca bahsetmek yararlı olacaktır.

5101 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucunda, güvenlik güçlerine bandrol suçlarıyla ilgili olarak re'sen takip yetkisi verilmiştir. Bu önemli bir gelişmedir. Çünkü halen yürürlükte olan 5846 sayılı yasanın 81. maddesine göre musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınların bandrolsüz pazarlanması yasaklanmış, dahası suç haline getirilmiştir. Kitap, müzik ve film endüstrisinde karşılaşılan en büyük sorun ise bu ürünlerin korsan basılıp satılmasıdır. Şu halde getirilen düzenlemeyle bandrolsüz ürünlerin pazarlandıklarını gören veya meslek birlikleri/hak sahipleri tarafından bir şekilde haberdar edilen güvenlik güçleri halen re'sen hareke geçip soruşturma başlatmaktadır. Bu tür yaklaşımın mücadelede etkin bir yöntem olduğu ortadadır.

Öte yandan yukarıda da belirtildiği gibi halen Ankara ve İstanbul'da hem hukuk hem de ceza, İzmir'de ise sadece cezayla ilgili ihtisas mahkemeleri kurulmuştur.

Ankara Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk/Ceza Mahkemeleri 2003 yılının Kasım ayında faaliyete geçirilmişlerdir. Bunlardan FSHHM.'ne anılan tarihten bu yana toplam 1590 dava açılmış, 654 adedi karara bağlanmıştır. Halen derdest dava sayısı 936'dır.

Ankara FSHCM.'ne ise belirtilen tarihten bu yana toplam 1515 kamu davası açılmış, 809 adedi karara bağlanmıştır. Kararlardaki mahkumiyet oranı vazgeçme nedeniyle düşmesine karar verilen davalar hariç % 80 civarında olup, verilen cezalar hapis, para veya hem hapis hem de para şeklinde olmuştur. Bunlara ilave olarak mahkemelerin tüm istemleri ve özellikle ihtiyati tedbir taleplerini büyük bir titizlik ve olabildiğince süratli <bir şekilde değerlendirip kararlar verdiğini de ilave etmek gerekir.

Sonuç olarak Türkiye ulusal ve uluslararası konumu itibariyle korsan ve taklitçilikle mücadele etmek konusunda oldukça azimli ve isteklidir. Bu güne kadar getirilen tüm eleştirileri büyük bir hoşgörüyle karşılamış, bunlardan gerekli gördüklerini aynen benimseyip yasalarını değiştirebilmiştir. Esasen Avrupa Birliği kulübü içerisinde yer almak isteyen ülkelerin başka bir seçenekleri de yoktur. Kuşkusuz bu nedenle ve göreceli de olsa farklı/zayıf ekonomik yapısı nedeniyle bazı zamanlar zararlı olması kaçınılmaz olacaktır. Ancak kanaatimizce modern dünyada yer almanın ödenmesi gereken bir fatura olarak kabul edilebilir. Açıklanan nedenlerle Türkiye'nin bundan sonra da aynı düşüncelerle hareket edeceği, ulusal ve uluslararası anlaşmalarda belirlenen standartlarda bir fikrî mülkiyet rejimini kurup yaşatacağı düşünülmektedir.

Dinlediğiniz ve sabrınız için hepinize teşekkür ediyorum.

BİBLİYOGRAFYA

- 1- TEKINALP Ünal; "Fikrî Mülkiyet Hukuku", Beta; Haziran 2002.
- 2- "The Doha Development Agenda: The EU Perspective"; Pedro Valasco Martins; Adminisrator EC, DG Trade;
- 3- "Enforcement of Intellectual Property Rights: Existing Shortcomings and Best Practices" Copyrights industries' response to WIPO request for information December 2001.
- 4- SARAÇ Tahir; Paetentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması", Seçkin;; Ankara 2003.
- 5- Ankara Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk/Ceza Mahkemeleri Kararları

BAŞKAN - Sayın Serdar Arıkan'a çok teşekkür ediyorum, gerçekten çok doyurucu bir sunuŐtu. Ben de Şahsen oldukça yararlandım bu sunuŐundan.

Sorular bölümüne geçeceğiz; ancak, bir hatırlatmada bulunmak gerekirse, fikrî mülkiyet hukukuna ne kadar uygun bilmiyorum ama, Şu anda bu salonda tebliğ vermeye hakkı olan, fikrî hakkı olan 2-3 konuşmacı, onlar dışında soru adı altında tebliğ sunulursa bu korsan tebliğ olacak, hele böyle bir suçun mağduru da hâkimler olacak burada.

Sorularınız varsa alalım.

Buyurun.

Dr. Bilal AK (TOBB Sağlık Sektör Kurulu Başkan Yardımcısı) - Őahsınızda sayın sunumculara teşekkürlerimi arz ediyorum; çünkü, akademisyen ve uygulayıcıların bir arada olması bize lezzet katkı, hoŐluk yarattı; teşekkür ediyorum.

Sayın Serdar Arıkan'a bir sorum var: Bu kadar fikrî ve sınaî haklar konusunda ihlalin olduğu bir ülkede uluslararası kuralların mutlaka uygulanması gerektiğini söylediniz; bunu nasıl uygulayacağız?

İkincisi, Sayın Türkay Alıca Beyefendiye sorum: Konuşmanın bir kısmında uluslararası düzenlemelerle ülkenin çıkarlarının bir noktada buluŐması gerektiği, yani ülkenin çıkarlarının da korunması gerektiğini söylediler. Sık sık sözü edilen 95/1 sayılı Türkiye'nin imzaladığı Avrupa Birliği belgesinde ilaçta veri korumayla ilgili imzamız var ve bunun sonucu olarak da Avrupa Birliği ve Amerika Türkiye'yi sıkıŐtırıyor bir an önce bunu uygulayın diye. Halbuki, o belgede, Türkiye'nin belirli bir geçiş süreci hakkı vardı. Biz, TOBB olarak bu hakkın mutlaka kullanılması gerektiğini defalarca vurguladık; ama, bu uygulanmadı. Sonuçta çok sıkıntılı bir duruma geldik; yani, ilaç sektörü, Türkiye ilaç pazarının % 80'ine hitap ederken, bugün bu oran çok aŐađılara indi ve yabancı firmalar, üretici araŐtırıcı firmalar adı altında bir araya geldi. Türkiye'de bir tekel oluşturmaya doğru gidiyorlar ve pazarı ele geçiriyorlar. Bunun sonucunda da ilaç fiyatları ortalama 6 kat artacak. Bunun sonucunda da bizim sosyal güvenlik kurumlarımız zaten berbat halde, ne hale gelecek. Bu konuda ne yapmamız gerekli; yani, bir taraftan uluslararası kurallara uymak zorundayız, zamanımız yok diyoruz; ama, öbür taraftan da ülkede bir sektör siliniyor, uzman personelin çalıŐtıđı fabrikalar kapanacak ve fiyatlar artarak ülke ekonomik sıkıntıya girecek. Bu konuda düşüncelerinizi öğrenmek isterim.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkürler.

Buyurun.

Prof. Dr. Ercan TEZER (TOBB Otomotiv ve Yan Sanayi Sektör Kurulu) -

Teşekkür ederim. Sorum Serdar Beye.

İki sene önce derneğimize bir telefon geldi. "Şirketiniz veya kurumunuzda lisanssız bilgi işlem programı var mı?" Niye soruyorsunuz diye cevapladığımızda "biz gelip sizi denetleyeceğiz, biz, sivil toplum örgütüyüz" dediler. Daha sonra gazetelerde birsürü ilan çıktı "15 gününüz kaldı, bu sürede lisansınızı almazsanız bölgenizde denetleme yapılabilir" diye. Hukuken buna imkân var mı? yani, bir sivil toplum örgütü gelip denetleme yapabilir mi? Bu ilan olarak gazetelerde yayımlandı.

Bu yapılıyorsa, acaba, bizim hukukumuzda bir boşluk mu var? yani bilgi işlem programlarının lisans kullanmasını engelleyen bir boşluk mu var ki, sivil toplum örgütü, bu boşluğu doldurmak için gayret içinde?

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Buyurun Hanımefendi.

Yelda Dikmen URAS - Bir anlamda umuma açık mahalleri temsilen konuşuyorum, on yıldır, bu içinden çıkılmaz ve 2004'teki değişiklikleriyle Sayın Yargıcımın söylediği gibi, hiçbir maddesinin içinden çıkılmaz olduğu bir yasayı yorumlama ve çözüm bulma çabasıyla süreç geçirmiş, ama bireysel olarak hiçbir davada taraf olmamış bir hukukçu olarak konuşuyorum. Son süreçte de TOBB adına, çünkü bu umuma açık mahallerin tümü Odalar ve Borsalar Birliği'nin çatısı altındaki özel sektör temsilcileridir.

Sayın Yargıcım "sistem doğru olursa adli yargıdan netice alınabilir" dedi. Son yapılan yasayla içinden çıkılmaz 41, 42, 43 düzenlemesiyle Odalar ve Borsalar Birliği'ne verilmiş yetkiyi dahi kabul etmeyen bir sistemde sorunlar sizin önünüze getirilmekte. Hakkın korunması değil hakkın suiistimali gibi bir süreç yaşanmakta ne yazık ki. Yani, buyurduğunuz gibi, Türkiye için yeni bir konu, tabii ki dünyaya uyum sağlayacağız. Fakat hakkın suiistimali ve bunun için anormal bir şekilde düzenlenmiş yasadaki ceza maddelerinin, sizler aracılığıyla baskı yapılarak inanılmaz rakamların istenmesi ve inanılmaz şartları içeren sözleşmelerin imzalanması noktasına gelme süreci yaşanıyor.

Dilerdik ki, Sayın Arıkan, meslek birliklerinin istemleri yanında, umuma açık mahalleri de –yegane katılmadığımız husus- korsan nitelendirmeniz oldu. Bağışlayın; çünkü, umuma açık mahaller korsan kullanıcı değildir görüşünderiz. Umuma açık mahaller kanun kapsamında bandrollenmiş mekanik eserleri ya bizzat kullanan ya da salonlarını sünnet düğünü, yemek, davet için kiralanmış mahallerdir. Fakat, bu umuma açık mahallerin sınırı o kadar çok ki, bir fabrikanın yemekhanesi dahi umuma açık mahal. Hollanda'da verdiğiniz örneği Türkiye'de yaşıyoruz.

Bizim dileğimiz, sayın yargıçlarımızdan –bir soru anlamında olmayacak, tebliğ de sunmak istemiyorum, günlerce konuşulabilecek bir konu, yıllardır çözülmemiş bir

konu- umuma açık mahallerin korsan olarak nitelendirilmemesi. 41 inci maddedeki içinden çıkılmaz düzenleme yerine, sayın yargıçlarımızın, Adalet Bakanlığı'na, yeni bir taslak metin sunmaları. Çünkü, Eylül ayı geliyor, henüz 2004 ve 2005 süreçleri yaşanır, bir yandan savcılık şikayetleri yapılıp sözleşmelere oturulurken Eylül ayında 2006 tarifeleri çıkacak. Uzlaştırma kurulu raporu çıkmadan sanki tarifeler kesinleşmişcesine ceza ve hukuk mahkemelerine müracaatlar olacak.

Bu konuda, sizden, sorunlara çözüm kısmını geçtiniz; hak sahiplerinin değil, eser sahiplerinin haklarını, eser sahiplerinin alabileceği sistem için önerileriniz neler olabilir. Bunu sizlerden rica ediyoruz.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Buyurun efendim.

Mustafa BAĞAN (Türkiye Kimya Sanayicileri Derneği Genel Sekreteri) -

Sorum Sayın Güvel'e olacak. Kendileri, fikrî mülkiyet kapsamını tanımlarken bir sürü kritere değindi. Fakat belki de ben atladım, proseslerin bu kapsam içinde olup olmadığını öğrenmek istiyorum.

Serdar Arıkan Beye sorum: Konuşmalarında, genelde benim hissiyatım şu oldu: Özellikle pazar içi denetimlerin zayıf olduğunu, takiplik konusunda zayıflık yaşandığını söyledi. Acaba, sizce, sadece ceza kanununda ya da fikrî sınai mülkiyet haklarda mı var? Çünkü, alelacele hazırlanan Avrupa Birliği'ne uyum adı altında kanunlar, yönetmelikler, benzer şeyler ortaya çıkıyor; maalesef, hiçbirinin altyapısı yok, ne gerekli teknik eleman var, ne laboratuvar var, ne buna benzer eğitim sistemleri var. Bu yönetmelikler yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer deniyor. Buna, ne sizin yargı tarafınız ne bizim zaman zaman suçlu durumuna düştüğümüz sanayi tarafımızın yetişmesine imkân yok. Acaba altyapı oluşması için Avrupa Birliği'nin aday ya da eski ülkelerine verdiği geçiş süreçlerinin Türkiye'ye de verilmesi sağlanamaz mı?

Sizin bahsetmiş olduğunuz devlet otoritesinin zedelenmesi bu şekilde engellenemez mi?

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Çok teşekkürler.

Sorulara kısaca yanıt istirham edeceğim.

Buyurun Serdar Bey.

Serdar ARIKAN - Teşekkür ederim.

Vakit geniş olsa da bu soruların her biri için ayrı ayrı tartışsak.

Bunlardan bir tanesi, ihlal çok fazla, kurallar nasıl uygulanacak. İhlalin çok fazla olması kuralların uygulanmaması için bir neden değil. Bu anlamda güvenlik birliği içerisinde güvenlik kuruluşlarında özel departmanlar kuruldu. Ankara ve İstanbul'da hatta İzmir'de ihtisas mahkemeleri oluşturuldu. Bu mahkemelerde çalışacak hâkim ve savcılar 4 ay yurtiçi 10 ay yurtdışı olmak üzere fikrî ve sınaî haklar konusunda eğitim aldılar. İsviçre, Almanya, İngiltere, Fransa, İtalya'nın fikrî mülkiyet hukukuyla ilgili üniversitelerinde mastır programına katılıp, konunun Avrupa'da nasıl uygulandığını bizzat incelediler ve Türkiye'ye döndükten sonra da bu yolda kurulan ihtisas mahkemelerinde görev aldılar.

Uygulamanın bir hayli olduğunu söyleyebilirim. Sayın Alca ceza mahkemesi için bahsetti, hukuk mahkemesindeki durum şöyle: Eğer bilirkişi incelemesi yapılmıyorsa dava 7 ayda bitiyor. Yapılıyorsa 12 ayda bitiyor. Davanın taraflarından biri yurt dışında oturuyorsa bunun üzerine 5 aylık bir yurtdışı tebligat süresi koyacaksınız. Karar Yargıtay'a gidecekse 1 yıllık temyiz süresi koyacaksınız. Biz, bu bilgileri iki gün önce de Avrupa Birliği'ne verdik. Yani, uygulama konusu sadece ulusal bir mesele değil. 3-4 ay aralıklarla Avrupa Birliği zaten bunu bizden soruyor. Çünkü, projenin kapsamı bu mahkemelerin kurulması, 95'ten bu yana yapılan yasal düzenlemeler tamamen Avrupa Birliği'yle iç içe giren bir plan proje dahilinde. Uygulamalarda sorunlar yok mu; var tabii.

Bu arada ihtiyati tedbir kararları hak sahipleri için çok önemli. Davanın bitmesi bu kadar zaman sürse de tedbir kararlarının alınıp alınmaması önemli, ihtiyati tedbir kararları da Ankara Fikrî Hakları Hukuk Mahkemesi'nde en geç 2 gün içerisinde bir sonuca bağlanıyor.

Bir diğer soru veri korumasıyla ilgili. Çok teşekkür ediyorum, harika bir soruydu. Çünkü, ilaç patenti, Türkiye'nin üzerinde çok durması gereken bir konu ve yabancı ilaç şirketleri de Türkiye'de jenerik üretim yapan, yani eşdeğer ilaç üreten firmalarla kanlı bıçaklı olmuş bir durumda. Normalde ilaçlar patentle korunur ve bir ilaç patentinde ilaçtaki etkin maddenin patente bağlanmasıyla o etkin maddenin içinde bulunduğu ilacın piyasaya sürülmesi 10 yıl gibi bir zaman alır ve patentlerdeki koruma 20 yıldır. Bu nedenle, ilaç patenti sahipleri, korumanın kısa olduğunu ileri sürerek, öncelikle bir 5 yıllık koruma uzatma imkanını elde ettiler. Normal ürünlerdeki 20 yıllık patent koruması ilaç patentlerinde 25 yıla çıkarıldı. Fakat, bu da yetmedi, en sonunda sizin söylediğiniz, ilaç patentini aldınız, ilacınızı hazırladınız, Sağlık Bakanlığı'na, bu ilacı pazarlamak için başvuruyorsunuz. Sağlık Bakanlığı, bu ilacın veri tabanlarını istiyor. Bunun anlamı da şu: İlacın insanlar üzerine uygulanması, bunun sonuçları, yan etkileri ve sair bilgileri. Bunları, ilk patent sahibi, ilaç firmaları zaten Sağlık Bakanlığı'na veriyor. Patent koruması süresi bittikten sonra da ulusal ilaç üreticileri, bu ilaçların eşdeğerlerini üretilip ruhsat için başvurduklarında, asıl patent sahiplerinin önceden bakanlığa sundukları veri tabanlarına atıfta bulunuyorlar ve Sağlık Bakanlığı da 2004 yılına kadar, hatta 2005 yılına kadar bu veri tabanlarına yapılan atfı kabul edip ilaç ruhsatlarını jenerik ilaç firmalarına veriyorlardı. Fakat,

yoğun süren Avrupa Birliği ile Türkiye Hükümeti arasındaki çalışmalar sonucunda şimdi bu veri tabanlarını ulusal ilaç şirketlerinin, jenerik üreticilerin kullanamayacağı, eğer kullanmak isterlerse telif ödemeleri gerektiği konusunda mutabakata varıldı ve veri tabanlarıyla ilgili korumanın süresi de 5 yıl olarak belirtildi.

Bu konudaki endişelerinize katılıyorum, fakat yapacak bir şey yok. Çünkü, hükümet bunu benimsedi. Hatta yabancı şirketler çok daha ileri gittiler, hükümetin benimsemesinden önce verilmiş ruhsatlara da ücretlendirme talep ettiler. Fakat onu kabul ettiremediler. Mevcut durum bu. Mahkemeler olarak bizim yapacağımız bir şey yok orada.

KATILIMCI - Hindistan, bu veri korumayla veya fikrî ve sınaî haklarla bir tavır koyuyor ve kendi menfaatlerini koruyor. Bizim niye yapacak bir şeyimiz yok arkadaşlar? Ülke parça parça gidiyor, sektör sektör gidiyor. Bir şeyler yapmamız gerekli.

Serdar ARIKAN - Hindistan ile Türkiye'nin durumunu arada sizinle beraber tartışalım. Hindistan tek başına dünyaya meydan okuyan bir ülke, özellikle bilgisayar yazılımında.

Üçüncü soru, lisanssız bilgi işlem denetimini nasıl yapacağız; hiçbir hukukî dayanağı yok. Herhangi bir şirketin, gerçek veya tüzelkişinin lisanssız korsan veya taklit ürün kullandığını iddia eden hak sahibinin savcılığa veya mahkemeye başvurup, o yerde izin alması lazım, bizden tedbir istemesi alması lazım; bize, inandırıcı delil sunması lazım; yoksa, ben hak sahibiyim, istediğim yere giderim, istediğim araştırmayı yaparım. Bırakın araştırma yapmayı, size bir ihtar göndermesi "lisanssız program kullandığınızı duyduk, kullanımınıza son verin" şeklindeki bir ihtar göndermesi bile, eğer siz ihlalcı değilseniz bir maneî tazminatı gerektiren, sizin ticarî itibarınızı zarara sokan bir eylem olarak bile düşünülebilir.

Bir diğer soru, umuma açık kullanım yerlerde kullanım. Bunun çaresi ve istisnası yoktur. Bu konuda Yargıtay'dan ve yerel mahkemelerden yardım alıyoruz. Hollanda örneğini verdim, çok sivri bir örnektir. Amerika'da, bununla ilgili özel hükmü var. İstisna hükmü; yani, karı-koca, karı-koca-evlat, karı-koca-kardeş, aile işletmelerinde bir başkasının eserinin çalışması veya ürününün taklit edilmesi kişisel kullanım olarak kabul edilmekte ve hakkın ihlalinin istisnası olarak anlaşılmaktadır. Türkiye'ye de aynı istisnayı getirebiliriz. Söz gelimi, çok küçük bir kıraathanede 10-15 kişinin devam ettiği bir ayhanede müzik eserinin alınması ihlal olmayabilir veya taksilerde radyo alınması, şehirlerarası otobüslerde videoların seyredilmesi ihlal kapsamı dışına çıkarılabilir. Fakat, 5846 sayılı Yasanın lafzına ve açık metnine bakarsak, bunların hepsi birer ihlaldir. Somut bir olay da karşımıza gelmediği için, ben, burada şöyle davranırım, böyle karar veririm demek durumunda değilim.

Düğün törenleriyle ilgili sorunuza gelince; herhangi bir umuma açık mahalli kapatıp sadece davetlilerinizi çağırarak istediğiniz şarkıyı alabilirsiniz. Ücreti karşılığında size müzik Çaldıran kişi getirirseniz, o kişi sizden ücret aldığı için, çaldığı eserlerle

ilgili telif hakkı ödemek zorunda kalır. Ona dikkat edin; fakat, sizlerden biri onu çalarsa sorun yok.

Fikrî ve sınâî hak ihlallerinin Ceza Kanunuyla önlenip önlenemeyeceği sorusu: Zinhar önlenemez. Çünkü, ceza kanunu, fikrî hak ihlalcilerinin eylemlerinin önlenmesi için uygun bir argüman değildir. Ceza pahalıdır, cezalar, hak sahiplerinin ve temsilciler olan meslek kuruluşlarının devletin parasını bedava kullanmak istemesi gayesinden başka bir işe yaramaz. Hak ihlali varsa, mademki bu hakkın bu kadar kıymetli, o halde, hakkın ihlaliyle ilgili delillerle hukuk mahkemesine gel. Hukuk mahkemesinde, ihlalcinin yerini, mekanını göster, evini ve işyerini göster; ben oraya gideyim, hepsini halledeyim. Ceza kesinlikle olacak bir iş değil. Zaten Avrupa'da hiç kimse ceza hukukuyla uğraşmıyor. Türkiye'de cezanın bu kadar öne geçmesi, tamamen Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nin ekonomik baskıları sonucunda yapılan düzenlemeler. Bu, bizde 2 yıldan 5 yıla kadar olan hapis cezaları Avrupa'da 2-3 ay, 6 ay; çünkü, onların üzerinde böyle bir baskı yok. Biz bu baskıları yaptık. Zamanı geldiğinde cezalardaki bu ağır hükümlerin de çıkarılacağını düşünüyorum.

Bir diğer soru, örgütsel yapılanma tamam mı, altyapı ne durumda? Sınâî haklarla ilgili örgütsel yapılanma harika. Özellikle Türk Patent Enstitüsü Başkanı Sayın Balcı burada, geçen akşam beraberdik. Türk Patent Enstitüsü, artık, patentlenebilirlik kriterlerini bile ulusal bağlamda inceleyip bir sonuca ulaşabilecek seviyeye geldi. Bir marka, endüstriyel tasarım, coğrafi işaret, patent için başvuru yaptığınızda Kanun Hükmünde Kararnamelerdeki belirtilen süreler içerisinde, hatta bazen daha da önce sınâî hakkınızı elde edebiliyorsunuz.

Mahkemelerin, davaların bitirilmesiyle ilgili dava sayısına bağlı birtakım sıkıntıları varsa, ihtiyati tedbir anlamında tüm talepçilerin taleplerini çok hızlı bir şekilde yerine getirdiği de bir gerçek.

Güvenlik güçlerindeki durum nedir onu bilmiyorum. Kültür ve Turizm Bakanlığı ve Tarım ve Köyşleri Bakanlığı'ndaki durum nedir, onu da bilmiyorum.

Pazardaki kontrol konusunda getirilen en büyük eleştiri de şu: Pazardaki kontrol mesai saatleri içerisinde güvenlik güçleri ve görevliler tarafından yapılmakta, akşam saat 5.30'dan sonra korsanlar piyasaya çıkmakta. İzin verin, 5.30'dan sonra da hak sahipleri yapsın o işi.

BAŞKAN - Çok teşekkürler.

Normal süremizi 40 dakika açtık; o yüzden, birer cümleyle rica edeceğim.

Buyurun Sayın Alıca.

Türkey ALICA - Çok özet noktalara değinip geçeceğim.

Şikayete bağlılık konusunda bir yanlış anlaşılma olmasın. 81 inci madde, zaten band-

rol maddesi şikayete bağlı değil. Bu konudaki eleştiriler, Sayın Arıkan'ın bildirdiği eleştiriler de, sanıyorum, önceki dönemlere ait olmalı.

Caydırıcı mı değil mi; tebliğimde dipnotlarda gerekçeleri açık açık bildirdim. Daha önceki 4360 sayılı Yasayla 2001 Şubatında yapılan değişiklikte gerekçe şu idi: Caydırıcılığı TRIPS 61'e uygunluğu sağlamak için, biz, bunların alt sınırını 4 yıl yaptık. Pek güzel, ama anayasal ilkelere, ölçülülüğe uyduk mu; hayır, uymadık. Sonuç ne; bandrol hükümleri uygulanmayan hükümler halinde ölü olarak kaldı, bir tane bile örnek gösteremezsiniz 81'den mahkumiyetin verildiği.

Şimdi ne oldu; 5101 ile bu fark edilmedi. Öncekinin gerekçesi şuydu: Yargının cezaları erteleyememesi ve paraya çevirememesi –bakın, çok çarpıcıdır, böyle yasama süreci olursa, maalesef sonuçlar böyle olur- için alt sınır yukarıda tutulmuştur ve 4 yıl olarak belirlenmiştir. Buyurun, şimdi, 10 CD ile yakalanan bir sokak satıcısını, siz, bununla mahkum edebilir misiniz? Üstelik, bizden bunu isteyen Amerika Birleşik Devletleri'nin uygulamasına dönelim, birçok kıstas vardır sokak satıcıları hakkında resen soruşturma yapmak için. 6 ay içerisinde 10 defa yakalanacak, değeri 2 500 doları bulacak. Amerika bunu böyle uyguluyor.

Çaresiz miyiz, beyefendi soruyor, nasıl telafi edeceğiz diye; o soruyla bağlantılı hale getiriyorum. Keşke vakit daha fazla olsa da o konulara girebilseydik. Evet, çünkü, uluslararası sınırlar tamamen ilkesel çerçevede, TRIPS 61'i biraz evvel verdim. Zorunlu olanlar ceza uygulaması açısından bildiriyorum. Hukukî koruma mutlak, onlar kaçınılmaz, ceza koruması açısından korsanlık, yani telif hakları korsanlığı ve marka taklidi ve bunlar da bilerek, kasten olanlar; yani, sonuçta, bunun ötesi pek tabii ki, işte bizim manevra alanımız. Ulusal ekonominin durumuna bakarak, kültürel yapıya bakarak, fikrî ve sınai hakların algılanış biçimine bakarak, biz, bunu, kendi iç hukukumuzla ve kendi ekonomik ve kültürel durumumuza uyarlayabiliriz. Biz, maalesef, bu manevra alanını dahi kullanmıyoruz.

Amerika ve İngiltere'de tasarım için cezayı koruma yok, hukukî korumayı yeterli buluyorlar. Bize kimsenin bunu zorladığı da yok, çünkü çok kısmen lokal bir şey tasarım koruması.

Sonuçta, yine 255 ile ilgili bölüme bağlantı yapacağım. Şu anda başvuruların biraz önce verdiğim rakam % 70 kadarı zaten kendi ürettiği tasarım değil. Peki, ben ne yapayım; bunu hiç tartışmayayım. Yeni mi, ayırt edici mi tartışmayım, bir de ceza uygulamasını hükümsüzlük davası açılmışsa, git hukuk mahkemesine dava aç. Ben bu kanaatteyim.

Bu sürekli değişiklik sonucu da, bakın, sıkıntı, esasen biraz da burada, ben de tebliğimde bildirdim. Sürekli değişiklikleri tarih olarak tekrar etmek istemiyorum, ama sonuç şudur: Bir uygulamanın, yeni yasanın yürürlüğe girmesi ve onun ihlaliyle Yargıtay'dan sonuçlanması en az 2,5-3 yıl alır. Bizim, bütün bu yasalarımız, tebliğimde verdim, 3 yılda bir zaten değişiyor. Bir de af yasasını dikkate alırsak

hiçbir şekilde Yargıtay'dan içtihadın oturması, süreklilik kazanmasına izin verilmiyor bir bakıma. O zaman yapılacak şey şu: Bunların ilkesel bazda temel yapıları belirlenecek, bir politika belirlemesi yapılacak ve bu sınırlar içerisinde de ülkeye uyarlatma işlemine geçilecek.

Umumi mahallerde kullanılan eserler özellikle fonogramla ilgili yanınızdaki beyefendi en son bizim mahkememizden bir karar çıktı. Sanıyorum, eline ulaşmış. Ondan o kararı alabilirsiniz. Tabii, bu, ilkesel bazdadır, onu belirtmem lazım ve fonogram yapımcılarına ilişkin haklarla bağlantılıdır. Bizim oradaki temel düşüncemiz şuydu: Fonogram yapımcıları yönünden 82 maddede bağlantılı haklara ilişkin temsil hakkı açıkça belirtilmemiş olmasına göre, ceza yargılamasında da dar yorumlama, genişletmeme, kıyas yapmama yasağı dikkate alınarak, biz, o hakkı, bakın hukukî ihlal açısından söylemiyorum. Adil, uygun bir bedel ödenmesi maddesi içerisinde değerlendirdik. O nedenle de, eğer, doğrudan kamuya iletim, tüketicilerin de müzik için gittiği mahaller değilse, diskotekte tüketici, tabii ki, müzik dinlemek için gidiyor, evet kamuya iletim var, ama siz bir berbere gidiyorsunuz, orada neyin çaldığına önem vermezsiniz, daha iyi berbere gidirsiniz ya da alışkanlık edindiğiniz berbere gidirsiniz. Berber, orada kendisi dinlerken siz de müşteri olarak dinlemişsiniz. Hayır efendim, kamuya iletim... Bu, hukuken tartışılabilir. Ceza olarak, ceza boyutunda kanaatimce, burada dar yorumlama gereği ki, unsurları da açık değildir. Sadece bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ihlal edenlere şu kadar ceza.

Çok Teşekkür ediyorum.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.



DÖRDÜNCÜ OTURUM

REKABET HUKUKU

OTURUM BAŞKANI:

Abdullah ASLAN - TOBB Başkanlık Danışmanı

KONUŞMACILAR:

Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU - Rekabet Kurumu Eski Başkanı

Prof. Dr. Şükrü KIZILOĞLU - Gazi Üniversitesi

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK - Galatasaray Üniversitesi

—○—

BAŞKAN - Adalet Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığının müştereken tertiplediği Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumunun bugünkü son oturumu, maalesef, yorgun bir döneme denk geldi; bu yorgunluğu kısa sürede ve mümkün olduğu kadar süratli bir şekilde bunu toparlayacağız.

Sayın konuşmacılarımızı tanıyor sunuz, ama bir defa daha takdim etmek istiyorum saygıdeğer haziruna.

Serbest piyasa ekonomisi ve rekabet ihlalleri konusunda Prof. Dr. Tamer Müftüoğlu sunuşunu yapacaklar. Kendileri Başkent Üniversitesi Öğretim Üyesi ve Rekabet Kurumu eski Başkanı. Rekabet hukukunun yerleştirilmesi konusunda hayli emeği olan bir hocamız.

İkinci konuşmacımız, şirketlerde vergi suçu konusunda Sayın Prof. Dr. Şükrü Kızılot. Kendileri, vergi hukukuna gerçekten emek veren, sayısız eserler veren bir hocamız, Gazi Üniversitesi'nde Öğretim Üyesi.

Üçüncü konuşmacımız, ekonomik suçlar ve vergi ilişkisi konusunda Doç. Dr. Hakan

ÜZELTÜRK Galatasaray Üniversite Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, İngiliz ekolüne bağlı iddialı bir vergi hukukçusu. Muhakkak yararlanacağız.

Buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU - Teşekkürler Sayın Başkan.

Bugünün son oturumu; son konuşmacının kaderi bir de son oturumun kaderi söz konusu. Yani son oturumun son konuşmacısının kaderi. Son konuşmacının kaderi hikayesi şöyle. Böyle bir toplantıda konuşmacılar sırasıyla gelip konuşuyorlar, konuşmacı sayısı arttıkça salon boşalıyormuş. Nihayet, bir konuşmacı kürsüye gelmiş, bir dinleyici var, buna da şükür, diyerek tek dinleyicisinin gözünün içine bakarak konuşmasını tamamlamış ve konuşmasından sonra dinleyicisine sormuş "siz beni mi çok merak ediyordunuz, yoksa konuşmama, konuya mı ilgi duyuyordunuz". Dinleyici sakin bir şekilde; "yok sizden sonra sıra bende de onun için dinledim" demiş. Siz, bizi, böyle bir durumla karşılaştırmadınız; onun için çok teşekkür ediyorum.

Değerli konuklar, benim konum serbest piyasa ekonomisi ve rekabet ihlali. Serbest piyasa ekonomisi üç sacayağı üzerinde duruyor; özel teşebbüs, özel mülkiyet ve rekabet. Rekabet derken, burada etkin bir rekabeti, işleyen bir rekabeti kastediyoruz. Sabah da TOBB Başkanımız, serbest piyasa ekonomisinin başına bu sıfatı da ilave etti, rekabetçi serbest piyasa ekonomisi dedi; bu, oldukça önemli bir konu; çünkü, serbest piyasa ekonomisinin varlığı, her ne kadar firmalar kâr maksimizasyonu için çalışıyor dense de, sonuçta bir kamu yararına yönelik, yani toplumsal yarara yönelik. Bu toplumsal yararı sağlayamıyorsa, bu işlevini yerine getiremiyorsa sistemin varlık nedeni de ortadan kalkacaktır. Yani, bir şey Mehmet için faydalıysa, memleket için de faydalı olabilmelidir. İkisini bağdaştırmak fevkalade büyük bir önem taşıyor. Serbest piyasa ekonomisi de işte bu hedefi, yani Mehmet'in menfaati ile toplumun menfaatini en iyi şekilde bağdaştırdığı iddiası ile sahneye çıkan ve bu niteliğinden dolayı tercih edilen bir sistem. Bu işlevini yerine getiremeyen bir serbest piyasa ekonomisi sistemi ya kendini yeniden düzenleyerek işlerini yerine getirmek veya bir ekonomik düzen seçeneği olarak sahneden çıkmak durumundadır.

Serbest piyasa ekonomisi için ideal olan piyasa şekli tam rekabet piyasası, fakat böyle bir piyasa şekli ne şimdiye kadar gerçekleşti ne de bundan böyle gerçekleşebilir bir niteliğe sahip. Kısaca tam rekabet piyasası düzeni sadece ders kitaplarında okuyabileceğimiz ideal bir piyasa düzeni. Dolayısıyla, onun yerine, uygulanabilir nitelikte olan etkin ve rekabetçi, işleyen bir piyasa ekonomisi kavramı kullanılıyor. Nitekim, Kopenhag Kriterlerinde bu işleyen piyasa ekonomisi terimi geçerli, yani aday ülkelerin, üye olabilmeleri için Avrupa Birliğine, işleyen bir piyasa ekonomisine sahip olmaları ve aynı zamanda da Birlik içindeki rekabetçi baskıya karşı koyabilecek güçte bir rekabet kapasitesine sahip olmaları, yani rekabet gücüne sahip olmaları önkoşul olarak ifade ediliyor.

Burada serbest piyasa ekonomisinin işlerliğini kısıtlayan bazı faktörler var. Bir tanesi pozitif ve negatif dışsallıkların olmaması. Bunun anlamı şu: Bazı durumlarda,

kişiler, külfetsiz nimet elde edebiliyor. Biz buna pozitif dışsallıklar diyoruz; bu, sistemi bozuyor. Mesela, siz, çok güzel bir elma bahçesi yapmışsınız, yanı başınızda komşunuz kendi bahçesine arı kovanlarını koyuyor ve sizin yetiştirdiğiniz güzel ağaçların çiçeklerini arılar götürüp komşunuza bir nimet elde ettiriyor. Bundan tam kurtulmak mümkün değil, fakat, bu olay, piyasa ekonomisinin işlerliğini büyük ölçüde baltalıyor; çünkü, külfete katlanan nimetlenemiyor. Bunun tersi de geçerli, bazen külfete katlanırsınız, nimet elde edemeyebilirsiniz. Bu kez de negatif dışsallıklar ortaya çıkıyor. Her iki dışsallık da serbest piyasa ekonomisinin etkinliğini azaltan oluşumlar.

Piyasa ekonomisinin işleyebilmesi için diğer bir konu, giriş ve çıkış engellerinin olmaması. Burada girişin kolaylaştırılması tabiri belki daha önemli; fakat, çıkış engeli demek belki biraz anlamsız, çünkü bazı durumlarda çıkış bir ayrıcalık yaratıyor. 1970'li yıllarda o dönemde Federal Almanya Şansölyesi (Başbakanı) olan Willy Brand'ın güzel bir sözü vardır, o zamanki kapitalizmi sınırlı sorumlu kapitalizm olarak ifade ediyor. Bir teşebbüs ne kadar büyürse, piyasadan çıkması, iflas etmesi, artık kolay kolay gerçekleşmez; çünkü, çok büyük bir güce sahip oluyor; yani, büyük bir teşebbüs, hükümete gidip dese ki; ben yarın fabrikamı kapatıyorum ve 30 bin işçiyi sokağa bırakıyorum. Buna hiçbir hükümet, parlamento katlanamıyor ve devlet yardımlarının muslukları açılıyor. Bu da sistemin etkinliğini büyük ölçüde ortadan kaldıran bir özellik teşkil ediyor. Halbuki etkin bir piyasa ekonomisinde piyasadan çıkışların da aynen piyasaya girişler gibi engellenmemesi veya zorlaştırılmaması büyük önem taşır. Piyasanın başarılı ile başarısız ayırdetme ve başarısız olanı ayıklama sürecinin etkili bir şekilde çalışması gerekir. Devletin bazı işletmelere ayrıcalık yaparak çeşitli desteklerle onların piyasadan ayrılmalarını (iflaslarını) önleme yoluna gitmesi ancak Mehmet ile menfaat çıkarlarının piyasa ekonomisi çerçevesinde çakıştırılmamaları durumunda geçerli olabilir. Bu durumda da söz konusu firmanın özel teşebbüs firması değil kamu teşebbüsü olması tercih edilmelidir.

Nihayetinde piyasa ekonomisinin işlerliğini olumsuz etkileyen doğal ve hukukî tekeller. Artık, günümüzde, bu, özellikle önem kazanıyor; çünkü, doğal ve hukukî tekeller özelleştirmeye özel sektöre geçince, artık, kamu yararı olayının gerçekleşmeyeceğinden hareketle, sektörel regülasyon kuruluşları devreye girerek bu teşebbüslerin, yani doğal ve hukukî tekellerin toplum yararına işlememe durumunu engellemeye çalışıyor, âdeta etkin bir piyasa varmış gibi fiyatı belirliyor, giriş çıkışları kontrol altına alıyor.

Yine, sanayi sonrası toplumda veya bilgi toplumunda önem kazanan şebeke ekonomileri, asimetrik enformasyon durumu, yine, piyasa ekonomisinin işlerliğini olumsuz etkileyen faktörler olarak ortaya çıkıyor.

Üzerinde durmak istediğim diğer bir konu, serbest piyasa ekonomisinin özgürlük ve kural boyutları. Burada özgürlük boyutuna fevkalade önem vermek gerektiğini düşünüyorum serbest piyasa ekonomisinde, çünkü, serbest piyasa ekonomisine üstünlüğünü kazandıran bu boyuttur, özgürlük boyutudur. Çünkü özgürlükle birlikte serbest piyasa ekonomisine özellikle bilgi toplumunda çok büyük bir üstünlük

sağlayan yaratıcılık devreye giriyor. Bu, özellikle bilgi toplumunda fevkalade önemli diye düşünüyorum; çünkü, sanayi toplumu, benim şahsi kanaatime göre, kuralcı ve disiplin arayan bir toplum düzeni, hatta şunu bile iddia edebileceğimi düşünüyorum; sanayi toplumunda fikir özgürlüğü bir idealdi, fakat ekonomik rasyonaliteye çokca ters düşmekteydi. Sanayi ekonomisi disiplin isteyen, düzen isteyen bir sistemdi. Fikir hürriyeti, sistemin rasyonalitesine yabancı bir ideal, ama olması gereken bir insan hakkı olarak algılanıyordu; halbuki bilgi toplumunda fikir özgürlüğü, ekonomik değer yaratmanın en önemli unsuru haline geldi. Dolayısıyla, serbest piyasa ekonomisinin özgürlük boyutu bilgi toplumunda daha büyük bir önem kazandı diye düşünüyorum.

Buna karşılık, kurallar da gerekiyor; çünkü, insanın doğasında Mehmet, daha ziyade memleketi değil de kendini düşünüyor. Dolayısıyla, Mehmet'in memleket faydasına çalışabilmesi için, kendi menfaatlerini memleket menfaatleriyle çakıştırabilmek için bazı kurallar konması kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkıyor. Nitekim, serbest piyasa ekonomisinin o klasik sloganı, bırakınız yapsınlar bırakınız geçsinler, bakıldı ki, kendiliğinden, piyasa ekonomisinin kendi içsel dinamikleriyle çalışmıyor, piyasa ekonomisinin çalışmasına bazı kurallar konması, bazı düzenlemelere (regülasyonlara) gidilmesi gereği kabul edildi. Bazı ülkelerde (faşizan ve kominizan düzenlerde) bu kurallar ve düzenlemeler çok ileri aşamalara götürüldü. Serbest piyasa ekonomisi serbest olmaktan tamamen çıkarıldı (merkezi plan sistemleri). 1930'lu yıllarda o dünya krizinin de etkisi sonucunda slogan birdenbire değişti, bırakmayın yapmasınlar, yakalayın kaçmasınlar oldu ve kurallar çoğaltıldı. O zaman da bu bırakmayın yapmasınlar, yakalayın kaçmasınlar ideolojisinin somut şekli olan merkezi planlama modeli ta 1990'a kadar şöyle veya böyle yaşadı, ama sonunda iflas etmek mecburiyetinde kaldı. Çünkü, hakikaten, sistemin özgürlük boyutunu boğduğunuz zaman serbest piyasa ekonomisi toplum için yararlı olma özelliğini tamamen kaybediyor.

Bu boyutuna önem veren ülkeler serbest piyasa ekonomisinin kural regülasyon boyutunda rekabet hukuku çerçevesinde düzenlemeler yaptılar. Hem serbest piyasa ekonomisi düzeninin kendine özgü üstünlüklerini gerçekleştirdiler ve hem de olumsuzluklarını yasal düzenlemelerle (rekabet hukuku) mümkün olduğunca ortadan kaldırmaya çalıştılar. Bu düzenlemeye Amerika Birleşik Devletleri 1894'lerde başlamış, Avrupa ise 1929 dünya krizinden sonra bunun farkına varmış, fakat İkinci Dünya Harbi, bunu geciktiren bir faktör olmuş ve bu arada Keynes'in meşhur genel denge teorisiyle devletin ekonomiye müdahalesi bilimsel olarak gerekçelendirilmiş ve harpten sonra da 1946 yılında İngiltere, 1957 yılında Almanya ve diğer Avrupa ülkeleri de bu rekabet hukukuna, rekabet kurallarına önem vererek rekabet hukuku düzenlemeleri yapmaya başlamışlar.

Türkiye bu duruma maalesef epey geç ulaştı. 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun çıkarıldı. Bu kanun biraz istenmeyerek çıkarıldı herhalde, 11 kişilik Rekabet Kurulunun atanmasına 27 ay sonra karar verilebildi ve 1997 yılının şubat ayı sonunda nihayet bu 11 kişi belirlenebildi.

Avrupa Birliğinde Roma Anlaşmasında bir de devlet yardımlarının düzenlenmesi ve denetlenmesi konusu vardı rekabet boyutunda, maalesef bizim yasamızda bu gündemdişi bırakıldı ve hâlâ da gündem dışında kalmaya devam ediyor.

Bu özgürlük ile kural ve yasalar arasındaki ikilem, kanaatimce, ilkeler olarak mümkün olduğunca özgürlük, gerektiği kadar kurallar şeklinde bir ilke manzumesi içinde çözüme kavuşturulmalı diye düşünüyorum. Burada çözüm açısından ahlak, etik olayının fevkalade önemli olduğunu düşünüyorum. Etik altyapı ne kadar güçlüyse özgürlük ile kuralcılığın barıştırılması ve optimum bir dozajda birleştirilmesi o kadar kolay oluyor.

Bir yerde serbest piyasa ekonomisinin özgürlük boyutu sistemin görülmeyen elini temsil ederken, burada bir de görünmeyen vicdana ihtiyaç var, bu görünmeyen vicdanı da bir yerde etik temsil ediyor. Bunun fevkalade önemli olduğunu düşünüyorum ve Türkiye'de en önemli sorunumuzun da bu olduğunu düşünüyorum ve şunu da iddia etmek istiyorum: Türkiye serbest piyasa ekonomisine gezerken 1980'li yıllarda olayı çok mekanik algıladı, arz ve talep bir araya gelecek ve serbest piyasa ekonomisi olacak şeklinde algılandı ve zaten zayıf olan etik altyapı iyice çatlatıldı ve bugün bunun sancılarını çok acı şekilde çekiyoruz diye düşünüyorum.

Bir söz vardır: şövalyelik kahramanlığa, krallık şerefe, kapitalizm ahlaka dayanır. Siz kapitalizmden o ahlakî altyapıyı çekip alırsanız, bir vahşi orman kapitalizmine dönüştürüyorsunuz; çünkü, sistemin özü külfeti minimize, nimeti maksimize et ilkesine (rasyonel prensip veya iktisadilik prensibi) dayanıyor. Bu konuda her şeyi serbest bırakırsanız, insanlar, başkalarının külfeti üzerinden nimet elde etme yoluna gidecekler ve bir çıkmaz sokağa saplanmaktan kurtulamayacaksınız. Kapitalizmin bu ilkesi, bir yerde insanın şeytanını gıdıklayan bir sistem; yani, Mehmet, hep Mehmet, Mehmet diyor, memleket hiç umurunda değil; fakat, memleketsiz bir Mehmet de hiçbir işe yaramıyor. Hatta günümüzde, bunu, sanki memleket boyutunda değil, dünya boyutunda düşünmemiz gerekecektir.

O zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğunun Roma Anlaşmasınının 85 inci maddesi teşebbüslerarası anlaşmalara ilişkin, 86 nci madde, hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin, 90 inci madde iktisadi amaçlı tekellere ilişkin; o zaman, birleşme ve devralmalar konusunda bir denetim, düzenleme yok Avrupa Birliğinde. Bu düzenleme 1979'da gündeme geldi; çünkü, o yıllarda birleşme ve devralmalar yoluyla Avrupa işletmelerinin rekabet güçlerinin artacağı ve dünya piyasalarında ancak bu şekilde at oynatabilecekleri düşünülüyordu. Belki, bu açıdan, bizim 4054 sayılı Yasamızda 7. madde ile hemen bu düzenlemeyi devreye sokmamız belki de yanlış oldu; çünkü, bunun sancılarını şu anda görmeye başladık, bizim ekonomimizde birleşme ve devralmalarla ekonomiye yeni bir yapı kazandırma zorunluluğu tüm sektörlerde kendini gösteriyor.

En önemli konu, Roma Anlaşmasındaki 92 nci madde, devlet yardımlarına ilişkin olan düzenleme. Burada devletin belirli işletmeleri veya ürünlerin üretimini veya böl-

geleri ve sektörleri desteklemek suretiyle rekabeti bozan veya bozma tehdidi içeren devlet yardımlarına ilişkin düzenleme yapılıyor. Devlet yardımı her zaman rekabeti bozan bir unsur. Türkiye'de devletin oyuncu olarak da ekonomideki ağırlığı fevkalade büyük olduğu için, bu etki çok daha üst seviyelerde ortaya çıkıyor. Bu konuda, maalesef, yine Parlamentomuz olsun özel sektörümüz olsun, bir baskı ortaya koyamıyorlar. Herhalde herkes yardım bekliyor. Belki benim firmama, benim sektörüme, benim bölgeme de devlet yardımı gelir ümidiyle devlet yardımlarına yeterince karşı çıkılmıyor.

Biz, 1997'de Rekabet Kurulu kurulduğu andan itibaren bu konuyu hep gündeme getirdik, devlet yardımlarının düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkin maddeler geliştirerek hükümetle sürekli ilişki içinde olduk, modeller geliştirildi bu nasıl yapılacaktır, Rekabet Kurulu bünyesinde mi ayrı bir kurul mu olacak, DPT bünyesinde mi olacak, bakanlık bünyesinde mi olacak; ama muhakkak olması gerekli; ama, bir uygulamaya yönelik adım atılmadı ve Avrupa Birliği'nin de Türkiye'deki rekabet uygulamalarına ilişkin eleştirileri başından beri sürekli bu noktada odaklaşıyor. Devlet yardımlarının, rekabet düzenini bozduğu ve bunun bir denetim altına alınması gerektiği sürekli olarak vurgulanıyor.

Devlet yardımlarına ilişkin beni çok etkileyen bir Alman özdeyişi vardır: "Devlet yardımları, sübvansiyonlar 3 mark atılıp 1 mark alınan kumar makinesidir; fakat, herkes 1 mark almak kuyruğundadır; çünkü, sizin aldığınız 1 marka karşı 3 markı kimin verdiği belli değildir; ama, muhakkak, birileri, topluma o 3 markı ödeyecektir."

Bir televizyon programında seyretmiştim, ibibik ile serçe kuşunun hikayesi anlatılıyordu programda: ibibik kuşu çok tembel bir kuşmuş, yumurtasının üstünde bile kuluçkaya yatmaktan kaçınır ve yumurtasını genellikle kendi yumurtaları üzerine kuluçkaya yatmış olan bir serçenin altına koyarmış. Serçe de, zavallı, kendi yumurtalarıyla birlikte onun yumurtası üstüne de kuluçkaya yatarmış. İbibik kuşu yumurtası erken çatlar ve yavru ibibik erken çıkarmış, ibibik kuşunun genlerinde tembellik olduğu için çıkar çıkmaz diğer yumurtaları kanatlarıyla aşağı atarmış ve tek başına kalırmış. Zavallı serçe, hızla büyüyen ibibik kuşunu doyuracağım diye sabahtan akşama kadar oradan oraya uçar durmuş. Bizim devlet de bu şekilde büyük işletmeleri doyurabilmek için koşup duruyor, enflasyon da yapıyor, şunu da bunu da yapıyor, fakat bir türlü doyurmak da mümkün olmuyor. Çünkü, Mehmet'in psikolojik olarak doyması mümkün değil fiziki olarak doysa bile.

Serbest piyasa ekonomisinde başarı şartlarına ilişkin çok kısa bir şekilde birkaç noktaya değineceğim. 1950'li yılların meşhur iktisat bakanı Erhard'ın serbest piyasa ekonomisinin başarısı için önkoşul olarak ortaya koyduğu bir husus şu: Bağımsız bir Merkez Bankası ve bağımsız bir rekabet otoritesi. Bağımsız merkez bankası, enflasyonsuz para birimini gerçekleştirecek, bağımsız bir rekabet otoritesi ise piyasalarda rekabeti etkin bir rekabet şeklinde sürdürülmesini sağlayacak.

Belki günümüzde özelleştirmeye hukukî ve doğal tekellerin özel sektöre geçmesi sonucunda bu ikiliğe bir de yine bağımsız çalışan etkin sektörel regülasyon kuru-

luşlarını ilave etmek gerekecektir. Bu arada, yine, piyasa ekonomisinin başarı şansı, yarışmacı olan girişimcilerimizin başarısına bağlıdır. Burada rekabet gücü yüksek, katma değer yaratan girişimcilere ihtiyacımız var. En küçük bir sıkıntıda hemen kendilerini koruyan birtakım yasaklama tedbirlerini isteyen girişimciler değil, tam tersine, yaratıcı, katmadeğer yaratan girişimcilere ihtiyacımız var. Günümüzde bu de büyük imkanlar ortaya koyuyor artık bilgi toplumunda, hele akıl teriyle ortaya koyabileceğiniz katmadeğer artışları, âdeta, sanayi toplumunun bütün hayallerinin ötesine taşıyor.

TÜBİTAK'ın bir toplantısında farklı ürünlerin teknolojiye ve innavasyona bağlı olarak elde ettikleri katma değere ilişkin olarak şöyle bir örnek verilmişti: 1 kilo kumun ekonomik değeri 0,07 sent olarak belirlenmiş; bu kumdan hammaddesi % 100 kum olan cam yaparsanız ekonomik değeri 1 dolara çıkıyormuş, yine hammaddesi %100 kum olan pentium 3 çipi yaparsanız 1 kilosu 17 bin dolara çıkıyormuş; yani, 1 kilo kumu 0,07 sente de 17 bin dolara da satabiliyorsunuz. Bu çok müthiş bir fark. Yine bir işadamımızın anlattığına göre, Hollanda'ya 7 TIR dolusu gömlek gönderdiğimizde Hollanda'dan karşılığında sadece bir sandık domates tohumu getiriyorsunuz; çok büyük bir fark. Bu konuda piyasa ekonomisinin başarısı ilk etapda ve ağırlıklı olarak girişimcilerimizin başarısı şeklinde önplana çıkıyor.

Serbest piyasa ekonomisinin sınırları konusunda birkaç yollama yapmak istiyorum. Birincisi, geçmiş dönemlerde Fransa'da başbakanlık makamına da oturmuş olan Jaspers'in bir değerlendirmesi: "Zenginlik yaratmak açısından piyasa ekonomisinin üstünlüğü açık olarak kanıtlanmıştır; ancak, bu gerçek, bizim piyasayı kendi başına bir değer olarak görmemizi gerektirmez. Piyasa, verimli ve gerekli bir araçtır, ama yalnızca bir araçtır; piyasa, kurallara bağlanmalı ve toplumun hizmetinde kalmalıdır. Piyasanın varlığı, toplumun sosyal kontrat talebini dışlayamaz." Bu değerlendirmesini şu sloganla netleştiriyor:

"Piyasa ekonomisine evet, piyasa toplumuna hayır."

Çok tartışmalı bir kişi olan, fakat entelektüel derinliği oldukça yüksek olan bir kişiye yollama yapmak istiyorum: J. Soroz'un bu konudaki değerlendirmesi şöyle: "Sadece en güçlülere hayat hakkı tanıma, bir toplumun ana ilkesi olamaz. Piyasa fundamentalizmi –ki, bu kavram çok hoşuma gitti- ile ekonomik değerler tüm politik ve sosyal değerlerin önüne konulamaz.

Piyasanın görünmeyen elinin yanında bir de görünmeyen yüreği (vicdanı) olmalıdır."

Yine, bir Türk dostu olan ve çok da güzel Türkçe konuşan, uzun yıllar Daimler Benz'in Yönetim Kurulu Başkanlığı yapan E.Reuter'in de bu konuda ilginç bir değerlendirmesi var; Royter'in babası Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde 30-40'lı yıllarda öğretim üyeliği yapmış ve savaştan sonra da belediye başkanlığı yapmıştır. Reuter konuyu şöyle değerlendiriyor: "Para kazanma özgürlüğünü sınırlayacak, ekonomik aktörleri toplumsal ihtiyaçlara, ahlakî değerlere ve kültürel değerler ile kültürel geleneklere saygı göstermeye zorlayacak uluslararası

kurallar getirilmeli ve bu kurallara uyulup uyulmadığını denetleyen kuruluşlar oluşturulmalıdır."

BAŞKAN - Efendim, ikinci konuşmacı, Sayın Prof. Dr. Şükrü Kızılot, kendisi vergi otoritesi, vergiyle ilgili büyük katkıları var, büyük eserleri var; sözü kendilerine bırakıyorum.

Buyurun efendim.

Prof. Dr. Şükrü KIZILOT - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

I- GİRİŞ

Vergi suçu, vergi ödevlerinin yerine getirilmemesi sonucunu içeren ve kanunların cezalandırdığı fiillere verilen isimdir. Bir suç, tek fiilden oluşabileceği gibi birden fazla fiilden de oluşabilir. Örneğin, **vergi kaçakçılığı suçu** (VUK Md. 359) tek maddede gösterilmiş çok sayıda fiilden oluşmaktadır. Bu fiiller, maddi ve şekli vergi yükümlülüğüyle ilgili olarak kanunların yap dediğini yapmamak (emirlere aykırı gelmek) veya yapma dediğini yapmak (yasakları ihlal etmek) şeklinde davranışlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Emir ve yasakların korudukları hukuki yararlar göre oluşturulan çeşitli gruplamalar veya tertipler söz konusu olabilir. Bu nedenle suç, tertip edilmiş fiillerden de meydana gelebilir.

Yukarıdaki tanımdan daha geniş bir tanım vermek gerekirse **vergi suçu**, vergi mükellefi veya vergilendirme işlerinde görevliler tarafından, vergi kanunlarında gösterilen maddi veya biçimsel yükümlülükler ve mecburiyetlere aykırı olarak işlenen, devleti vergi kaybına uğratan ya da kamu düzenini bozan yasal tanıma uygun ve cezayı gerektiren fiiller olarak tanımlanabilir¹³¹.

Buna göre, vergi suçu;

- Vergi suçu, vergi mükellefi, vergi sorumlusu veya vergilendirme işlerinde görevli olanlarca işlenebilir. Vergi yükümlüsü veya sorumlusu tarafından işlenen vergi suçları **'doğrudan doğruya vergi suçları'**, vergilendirme işlerinde görevli memurlarca işlenebilecek vergi suçu ise görevden doğan vergi suçları olarak incelenebilir.
- Vergi suçu, vergi kanunlarında gösterilen maddi veya biçimsel ya da hem maddi hem de biçimsel yükümlülükler aykırı hareket edilmesi suretiyle işlenebilir.
- Vergi suçları sonucu devlet vergi kaybına uğrayabileceği gibi, vergi kaybı ihtimali ile kamu düzeni de bozulabilir.
- Vergi suçu, kanuni tarifeye uygun fiillerle işlenebilir.

¹³¹ Bkz. Akif ERGİNAY, Vergi Hukuku, 15, b, Ankara-1995, s.15; Selim KANETİ, Vergi Hukuku, 2.b, İstanbul-1989, s.17.

- Bu fiillerin vergi suçu olarak nitelendirilebilmesi için, kanunlarda bu fiiller için ceza öngörülmüş olmalıdır¹³².

Vergi Usul Kanunu'nda **'vergi suçları'** ile ilgili olarak doğrudan bir tanım bulunmamaktadır. Ancak anılan Kanun'un 331. maddesinde "vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapda yazılı vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar" şeklinde bir hüküm yer almaktadır.

Şirketlerde vergi suçları denilince akla ilk gelen, Vergi Usul Kanunu'nun 359 ve 360. maddelerinde yeralan **'Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ile Cezalandırılacak Suçlar ve Cezaları'** olmaktadır. Burada sözü edilen 359. madde **'kaçakçılık suçları ve cezaları'** 360. madde ise **'kaçakçılık suçuna iştirak'** edenlerle ilgilidir. Buna göre, birden fazla kişi 359. maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettikleri takdirde, fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan herbiri, bundan ayrı ayrı menfaat gözetmek koşuluyla, o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır. Söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezalar hükmolunur. Bu fiillere maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere, fiile ilişkin cezanın dörtte biri hükmolunur.

Vergi cezaları arasında, en ağır olanı **'kaçakçılık suçu'** ile ilgilidir. Kaçakçılık suçu fiillerini işleyenler hakkında, hem **'üç kat vergi ziyai cezası'** hem de **'hapis cezası'** uygulanabilmektedir (VUK Md. 344/3 ve 359).

Şirketlerde vergi suçları bakımından asıl önem taşıyan ve VUK'un 359. maddesinde yeralan **'vergi kaçakçılığı suçları ve cezaları'** iki grupta toplanmıştır. Bunlardan birinci grupta yeralan fiiller 7 bent halinde, ikinci gruptakiler ise 6 bent halinde gruplandırılmak suretiyle aşağıda sıralanmıştır.

II- HAPIS CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR VE ŞİRKETLERDEKİ VERGİ SUÇLARININ ÖZEL OLUŞUM BİÇİMLERİ

A- BİRİNCİ GRUPTA YER ALAN VE 6 AYDAN 3 YILA KADAR HAPIS CEZASINI GEREKTİREN KAÇAKÇILIK SUÇLARI VE CEZALARI (VUK Md. 359/a)

- 1- Defter ve kayıtlarda, hesap ve **muhasebe hileleri yapmak** ,
- 2- Gerçek olmayan ya da kayda konu işlemlerle **ilgili bulunmayan kişiler adına hesap açmak** ,
- 3- Defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri, vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde, tamamen ya da kısmen **başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek,**

¹³² Doğan ŞENYÜZ, **Vergi Ceza Hukuku** , Ezgi Kitabevi, 2. Baskı, Eylül 2003, s.13-14.

¹³³ Varlığı noter tasdik kayıtları ya da sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili olanlara, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir (VUK Md. 359/a-2 parantez içi hüküm).

- 4- Defter, kayıt ve belgeleri **tahrif etmek** ,
- 5- Defter, kayıt ve belgeleri **gizlemek** ¹³³,
- 6- Muhteviyatı (kapsamı) itibariyle yanıltıcı **belge düzenlemek** ¹³⁴,
- 7- Muhteviyatı (kapsamı) itibariyle **yanıltıcı belge kullanmak**.

B- İKİNCİ GRUPTA YER ALAN VE 18 AYDAN 3 YILA KADAR HAPIS CEZASINI GEREKTİREN, KAÇAKÇILIK SUÇLARI VE CEZALARI (VUK Md. 359/b)

- 1- Defter, kayıt ve belgeleri **yok etmek** ¹³⁵, defter sayfalarını yok ederek, yerine başka yapraklar koymak ya da hiç yaprak koymamak¹³⁶,
- 2- Belgelerin asıl veya suretlerini **sahte** ¹³⁷ **olarak düzenlemek** ,
- 3- Asıl ya da suretleri **sahte olarak düzenlenmiş belgeleri kullanmak** ,
- 4- Belgeleri, **Maliye Bakanlığı ile anlaşma yapmadan basmak** ,
- 5- Belgeleri **sahte olarak basmak** ,
- 6- Sahte olarak basılmış belgeleri **kullanmak** ¹³⁸.

C- ŞİRKETLERDE VERGİ SUÇLARININ ÖZEL OLUŞUM BİÇİMLERİ

1- İştirak

a- Genel Açıklama

Vergi Usul Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Suçlar ve Cezaları başlığı altında Kaçakçılık (Madde 359), Vergi Mahremiyetinin İhlali (Madde 362) ve Vergi Mahremiyete Yasayla Getirilen İstisnaların Kötüye Kullanılması Suçu (VUK Madde 5/5) Mükelleflerin özel işlerini yapma (Madde 363) suçu düzenlenmiştir.

Genel Ceza Hukuku kurallarından biri olarak iştirak müessesesi, vergi mahremiyetini ihlal ve mükellefin özel işlerini yapma suçundan ayrı olarak VUK'nun 360. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Diğer iki suç için TCK'daki iştirak hükümleri uygulanacak, kaçakçılık suçlarına iştirak halinde ise VUK madde 360 yer alan özel hükümler ile bu yasaya aykırı düşmeyen TCK hükümleri uygulanacaktır.

¹³⁴ Gerçek bir durum ya da işleme dayanmakla birlikte, bu işlem veya durumu mahiyet ve miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir (VUK Md. 359/a-2 parantez içi hüküm).

¹³⁵ Geniş bilgi için Bkz. Şükrü KIZILOĞLU, "Defter ve Belgelerin Yok edilmesi ve Bunların Yaptırımı", **Ekonomik Bülten** , 13-19 Ağustos 1990, s.9.

¹³⁶ Geniş bilgi için Bkz. Şükrü KIZILOĞLU, "Defterlerin Sayfalarını Yok Etme Fiili", **Ekonomik Bülten** , 1-7 Nisan 1999, s.9.

¹³⁷ Sahte belge; gerçek bir işlem ya da durum olmadığı halde, bunlar varmış gibi düzenlenen belgelerdir.

¹³⁸ Burada 6 bent halinde sıralanan fiillerin tanımı ve kavramların açıklaması konusunda Bkz. Şükrü KIZILOĞLU, **Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması** , (Föy Volant), C. 10, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1999, s.3055 vd.

Vergi Usul Kanunu'nun 360. maddesinde 4369 Sayılı Yasa ile yapılan son düzenlemeye göre; **'Birden fazla kişi 359. maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri bundan ayrı ayrı maddi menfaat gözetmek şartıyla, o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır. Söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezalar hükmolunur.**

Bu fiillere maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere fiile mahsus cezanın dörtte biri hükmolunur."

b- İştirakte Aranılan Koşullar

- ba) Birden Fazla Fail ve Bu Failler Tarafından Yapılan Birden Fazla Hareket Olmalı
- bb) Katılanlarda Katılma İradesi Bulunmalı
- bc) İştirak Edilen Suç, Kaçakçılık Suçlarından Olmalı

c- İştirakte Menfaat Gözetme Durumu

VUK'nunda maddi menfaat gözetip gözetilmemesi ayrımı yaparak, TCK'daki iştirak sisteminden ayrılmıştır.

360. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen asli maddi faillere aynı fıkra hükümlerinin uygulanabilmesi için her bir ortağın suçun işlenmesinde ayrı ayrı maddi menfaatlerin bulunması gerekir. Aksi takdirde ikinci fıkra hükmü uygulanır.

Birden fazla iştirakçinin varlığı halinde işlenen fiil; tek bir kaçakçılık suçu olabileceği gibi, birden çok kaçakçılık suçu da olabilir.

2- Tekerrür

VUK'nun 359. maddesinde **"Tekerrür"** ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Bu madde hükmü VUK'ndaki idari nitelikte (vergi ziya ve usulsüzlük) cezalarla ilgili olup ceza mahkemelerinde yargılanacak vergi suçlarına ilişkin herhangi bir düzenlemeyi içermemektedir.

Bu nedenle, VUK'nunun 359. maddesinde düzenlenen Kaçakçılık, Vergi Mahremiyetini İhlal (VUK Madde 362) Mükelleflerin özel işlerini yapma (VUK Madde 363) ve Vergi Mahremiyete Yasayla Getirilen İstisnaların Kötüye Kullanılması Suçu (VUK Madde 5/5) suçlarında VUK'nunda özel bir düzenleme olmadığından TCK'nun 81. maddesinde düzenlenen tekerrür hükümleri uygulanacaktır.

Tekerrür hükümleri açısından önem arz eden bir madde de VUK'nun 340. maddesinde düzenlenmiştir. VUK Madde 359/1'e göre; "Bu kanunda yazılı vergi ziya cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez."

Bu hüküm uyarınca VUK'da öngörülen idari nitelikli cezalarla aynı yasanın 359. maddesindeki hürriyeti bağlayıcı cezaların veya diğer yasalardaki adli suç sayılan fiillere ilişkin cezaların tekerrüre esas alınmalarına imkan yoktur. TCK'da yer alan tekerrür kurumu buna elverişli değildir. Aynı yargı mercilerini ilgilendiren idari-vergisel cezalarla adli cezalar birbirine karşı tekerrüre esas alınamazlar¹³⁹.

3- İştirakte Cezalar

VUK'un 360. maddesi uyarınca yukarıda açıklandığı şekilde işlediği fiilde maddi menfaat gözeten asli maddi fail ile vergi kaçakçılığı suçuna azmettiren ortağa VUK'nun 359. maddesinde gösterilen ceza verilir.

Maddi menfaat gözetmeksizin kaçakçılık suçuna iştirak eden; asli maddi failer ile yardım eden fer'i failer 360. maddenin ikinci fıkrası uyarınca 359. maddede gösterilen cezaların dörtte biri oranında cezalandırılacaklardır.

III- UYGULANACAK HAPİS CEZASI, HAPİS CEZASININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ

A- ALTI AYDAN ÜÇ YILA KADAR UYGULANACAK HAPİS CEZALARI VE HAPİS CEZASININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Yukarıda, birinci grupta yedi bent halinde sıralanan ve altı aydan üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren fiilleri işleyenler;

- **Filleri, Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanına** girdiği için bu mahkemelerde yargılanırlar.

- Fillerin yaptırımı, **6 aydan 3 yıla kadar hapis** cezasıdır.

- Bu gruptaki suçlara tayin olunan, **bir yıla kadar hapis cezaları** para cezasına çevrilebilir.

- **İki yıla kadar olan hapis cezaları** da ertelenebilir.

- Hükmolunan **hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde**, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan 16 yaşından büyük işçiler için, **yürür - lükte bulunan asgari ücretin** bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır¹⁴⁰ ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez (VUK Md.359/a son fıkra).

B- 18 AYDAN 3 YILA KADAR UYGULANACAK HAPİS CEZALARI VE HAPİS CEZASININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Yukarıda ikinci grupta altı bent halinde sıralanan ve 18 aydan üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren fiiller;

¹³⁹ Nuri OK, Ahmet GÜNDEL, **Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.68; Uğur YİĞİT, **Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları**, İstanbul 2004, s.52.

¹⁴⁰ Şükrü KIZILOĞLU, "Hapis Cezalarının Paraya Çevrilmesi", **Sabah**, 'Mali Yaklaşım Köşesi', 16.03.1996, s.7.

- **Ağır Ceza Mahkemelerinde** ¹⁴¹ yargılanır.
- Mahkemece hükmolunacak hapis cezası 18 aydan üç yıla kadar **"ağır hapis cezası"** dır.
- Cezanın, niteliği ve süresi itibariyle **para cezasına çevrilmesi ve ertelenmesi mümkün değildir.**

IV- SAHTE YA DA KAPSAMI İTİBARIYLA YANILTICI BELGE OLAYI VE ÇÖZÜMLENEMEYEN SORUNLAR

A- GENEL AÇIKLAMA

Özellikle son birkaç yıldır, **"haylon fatura"** ¹⁴² kullanılması ve düzenlenmesi fiilleri, ciddi tartışmalara neden oldu. 4369 sayılı Kanunla, VUK'un 359. maddesinin 1 Ocak 1999'dan itibaren değiştirilmesi ve sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma fiili ile ilgili hükümde daha önce yer alan **"bilerek"** sözcüğünün kaldırılması, tartışmanın boyutlarını artırdı.

Maliye denetim elemanlarının önemli bir kısmı, **"bilerek"** sözcüğünün kaldırılmasını **"bilerek ya da bilmeyerek naylon fatura kullanan herkesin"** kaçakçılık suçu işlediği, ceza mahkemelerine sevk edilmesi gerektiği şeklinde yorumladılar. Böyle olunca da, ayırım gözetilmeksizin 30 bin civarında mükellef **"kaçakçılık suçu"** nedeniyle, ceza mahkemelerine sevk edildiler. İçlerinden, binlerce mükellef sembolik faturalar nedeniyle hapse mahkum oldular.

B- 306 NO'.LU TEBLİĞ İLE YAPILAN DÜZENLEME

Özellikle basında, bu konuda yer alan haberler ve örnek olaylar üzerine, Maliye Bakanlığı 306 No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile¹⁴³ mevcut soruna, kısmi bir müdahalede bulundu ve **"... sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin bilerek kullanılıp kullanılmadığının araştırılmasında, bu belgeleri bilmeden kullandığı sonucuna varılan mükellefler adına vergi suçu raporları düzenlenmemesi ve haklarında Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmaması..."** gerektiği açıklandı¹⁴⁴.

306 No.lu Tebliğ, Vergi Usul Kanunu'nda bulunmayan ancak suçun manevi unsuru sayılan **"bilme"** kavramını, suçun manevi unsurları içerisine dahil etmekte ve bunun takdirini de hiçbir objektif ölçü getirmeden, vergi inceleme elemanına bırakmaktadır.

¹⁴² Naylon fatura konusunda geniş bilgi ve ayrıntılı açıklama için Bkz. Şükrü KIZILOĞ, "Vergi Hukukunda Naylon Fatura", **Vergi Dünyası Dergisi** , Sayı: 188, Nisan 1997 Eki, s.1-88.

¹⁴³ 18.06.2002 tarih ve 24789 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

¹⁴⁴ Bu konuda geniş bilgi ve ayrıntılı açıklama için Bkz. Veysi SEVİĞ, "Naylon Fatura Kullanılması İle İlgili Son Düzenleme", **Yaklaşım**, Yıl : 10, Sayı : 115, Temmuz 2002, s. 21-25.

Vergi mükelleflerine de inceleme elemanlarının kasıt ve bilme unsurlarını takdirde oluşabilecek yanlışlarına karşı, herhangi bir hukuksal güvence sağlamamaktadır.

Tebliğ ile yapılan düzenleme, kuşkusuz devam eden incelemelerde denetim elemanları açısından etkileyici olabilir. Ancak, VUK Genel Tebliği'nin Ceza Mahkemesi'nde, hakime yasal dayanak olarak gösterilmesine itibar edilmeyeceği kuşkusuzdur.

VUK'un 359/b-1 maddesinde yer alan '**sahte belge kullanma fiili**' nin, idari tasarrufla suç olmaktan çıkarılması ve suç sayılabilmesi için idari takdir yetkisinin kullanılabilmesi, mevcut yasal düzenleme ile örtüşmediği gibi, yeni bir suçun konusunu oluşturur niteliktedir¹⁴⁵.

Yukarıda da belirtildiği gibi, **Tebliğ ceza mahkemeleri açısından, herhangi bir önem taşımamaktadır.** Ceza yargıcı yasayı uygular, uygularken de ne Adalet Bakanlığı ne de Maliye Bakanlığı, ceza yargıcına tebliğleri ile yön veremez¹⁴⁶.

C- VERGİ BARIŞI YASASI İLE YAPILAN DÜZENLEME

Vergi Barışı Kanunu ile, sahte ve kapsamı itibariyle yanıltıcı belge (naylon fatura) kullanan mükellefler hapse girmekten kurtarıldı. Ancak bu düzenleme 31 Ağustos 2002 tarihinden önce işlenen suçları kapsadı. Buna göre, VUK'un 359. maddesinde sayılan suçları **31 Ağustos 2002 tarihine kadar işleyenler hakkında;**

- Hapis cezası istemi ile, Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmadı.
- Suç duyurusunda bulunulmuş olup, soruşturma aşamasında bulunanlar için takibat yapılmayacak,
- Açılmış olan kamu davaları ortadan kaldırıldı.
- Kesinleşmiş hapis cezaları infaz edilmedi.

Ancak, mükelleflerin getirilen aftan yararlanabilmeleri için, salınan vergi, ceza, gecikme zammı ve gecikme faizini, yasanın yürürlüğe girmesinden önce veya yasa hükümlerinden yararlanarak ödemiş olmaları koşulu arandı.

Naylon fatura kullananlara af getirilirken, naylon faturayı düzenleyenler affın kapsamı dışında bırakıldı. Buna göre;

- Defter kayıt ve belgeleri yok edenler,

¹⁴⁵ Veyssi SEVİĞ, "Sahte Belge Kullanımında İdari Takdir Yetkisi Olabilir mi?", **Dünya** , 24.06.2002, s.7.

¹⁴⁶ A. Bumin DOĞRUSÖZ, "Naylon Fatura Olgusu ve Genel Tebliğ Düzenlemesi", **Dünya** , 20.06.2002, s.11.

- Defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar,
- Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler,
- Belgeleri sahte olarak basanlar,

Ayrıca naylon fatura düzenleyenler, Vergi Barışı Kanunu ile getirilen vergi kolaylıklarından da yararlanamadılar.

V- YAPILMASI GEREKEN DÜZENLEMENİN NASIL OLMASI GEREKTİĞİ

Sahte veya kapsamı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme ya da kullanma fiili ile ilgili bu soruna Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesini değiştirmek suretiyle kalıcı bir çözüm getirmek gerekiyor. Bunun için de, öncelikle iyi niyetli ve kötü niyetli kişileri ve davranışları ayırmakta yarar var. Örneğin;

1- Birkaç milyon YTL (trilyon TL) cirosu olan bir işletme, 50-100 YTL'lik ya da 1-2 bin YTL'lik naylon faturaya tenezzül etmez. Bu nedenle, işletmenin cirosunun yüzde 1 ya da 2'si kadar olan naylon faturalar bulunduğu; vergisi, 3 kat cezası ve ayrıca gecikme faizi ödenmek koşuluyla, hapis cezası uygulanmasın. Böylelikle, kaçakçılıkla ilgisi olmayan ya da yanında çalışan elemanın aldığı fatura nedeniyle **'sanık'** durumuna düşen ve **'hapse giren'** , iyi niyetli esnaf, sanatkâr, tüccar ve şirket yöneticisi, bu olayın dışında tutulsun.

2- Yüksek tutarda fatura alanlar, örneğin 40-50 bin YTL ya da 100-200 bin YTL'lik naylon fatura alanlarda **'bilmeden aldım'** gerekçesine itibar edilmeyip, hapis cezası uygulanmalı. Bu arada belli tutarı aşan ödemelerin, o kişi adına açılmış banka hesabına yatırılması ya da üzerinde **'vergi kimlik numarası'** nın da belirtileceği **'isme yazılı çek'** düzenlenmesi zorunlu kılınmalı.

3- Vergi yasalarında, defter ve belgelerin yanması, kaybolması ve benzeri şekilde yok olması halinde, nasıl bir uygulama yapılacağı hakkında, açıklık getiren bir hüküm bulunmamaktadır. Bu düzenleme acilen yapılmalıdır.

4- **'Aracı ihracatçılar'** yani **'pasif ihracatçılar'** ile **'hayali ihracatçılar'** arasındaki ayırım ya da ilişki net olarak tanımlanmalı. Vergi Usul Kanunu'nun 333/3. maddesi ve genel ceza hukuku gereğince cezai sorumlulukta **'şahsilik ilkesi'** geçerlidir. **Olayla doğrudan ilişkisi ve sorumluluğu bulunmayan yönetim kurulu üyesinin, cezai sorumluluğu söz konusu olamayacağından,** tüm yönetim kurulu üyelerinin ceza mahkemesine sevk edilmesi yanlıştır. Nitekim 143 No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde de, **yönetim kurulu üyelerinin tamamının değil, suçun ayrıntısını bilen ve oluşumunda katkıda bulunan temsilci için işlem yapılacağı belirtilmiştir.** Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir¹⁴⁷. Bu neden-

¹⁴⁷ Yrg. 11. Ceza Dairesi'nin, E. 2001/10750, K. 2002/1592 sayılı Kararı

le, aracı ihracatçı firmada, **sırf yönetici konumunda olduğu için**, kişileri cezalandırmamak gerekir. Özetle, mevzuat düzenlemesiyle gerçek ihracatçı korunmalı, hayali ihracatçı da en ağır şekilde cezalandırılmalı. Ancak, bunun için yasalara 3 yıl 5 yıl hatta 10 yıl hapis cezası konulması tek başına çözüm değil. Aşağıdaki önlemlerin de alınması gerekir.

5- Yıllar önce, bir anonim ya da limited şirket kurulurken, sermayesinin 1/4'ü bankaya yaklaşık bir hafta süre ile **'bloke'** edilirdi. 1995 yılında, bu uygulamaya nedense son verildi.

Böyle olunca da; 1 milyon YTL hatta 50 milyon YTL sermayeli bir şirketi kurmak kolaylaşır. Bu da özellikle sahte işlem yapanların, hayalîcilerin işini kolaylaştırır. Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanan trilyonluk sermayelerini göstererek, sağda solda güven yarattılar ya da yaratmaya çalıştılar.

6- Sahtekârlık yapacak olanlar **'minareyi çalan kılıfını hazırlar'** sözünde olduğu gibi, olayın başında, kendilerini sağlama alırlar. Hamal, çoban, amele, bulaşıkçı, odacı, alkolik, esrarkeş ya da işsiz kişiler adına şirket kurup ya da bunları yönetime getirip, başlıyorlar eyleme. İleride olay ortaya çıkarsa, muhatabı belli; odacı, hamal, amele, alkolik, esrarkeş ve benzeri kişiler...¹⁴⁸. Denetçi seçilecek kişilerde ise, okur-yazarlık şartı bile aranmıyor¹⁴⁹.

Olay bu kadar basit olmamalı ve şirket kuruluşunda, kurucularda bazı özellikler aranmalı ya da bir takım bilgi ve belgeler istenebilmeli¹⁵⁰.

VI- VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU VE NAYLON FATURADA CEZANIN SORUMLULARI

A- GİRİŞ

Vergi kaçakçılığı suçu ve naylon fatura, gerek neden olduğu vergi ziyayı gerekse bu suçların sorumluları açısından, büyük bir önem taşımaktadır¹⁵¹. Özellikle de naylon fatura ile vergi ziyasına sebebiyet verilmesi durumunda, mevcut kanunlarda ağır yaptırımlar bulunmaktadır. Yaptırımların, hürriyeti bağlayıcı ceza¹⁵² (hapis) niteliğinde olması, caydırıcı olması bakımından oldukça ağırdır¹⁵³.

¹⁴⁸ Şükrü KIZILOĞLU, "Çaycı, Hamal ve Amele ile Devleti Soymak", **Hürriyet**, 'Mali Yaklaşım Köşesi', 18.09.2003, s. 12; Şükrü KIZILOĞLU, "Çaycılar ve Sekreterler Yönetim Kurulu'nda", **Ekonomik Bülten**, 10-16 Temmuz 1995, s.7.

¹⁴⁹ Şükrü KIZILOĞLU, "Okur-Yazar Olmayanlar Bile A.Ş. Denetçisi Olabiliyor", **Ekonomik Bülten**, 14-20 Ağustos 1995, s.7.

¹⁵⁰ Şükrü KIZILOĞLU, "Sinekler ve Batakılık", **Hürriyet**, 'Mali Yaklaşım Köşesi', 22.01.2003, s.9.

¹⁵¹ Veysi SEVİĞ, "Naylon Fatura Kullanılması İle İlgili Son Düzenleme", **Yaklaşım**, Sayı: 115, Temmuz 2002, s. 21 vd.

¹⁵² Adnan ÇAVUŞ, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Ceza", **Yaklaşım**, Sayı: 103, Temmuz 2001, s. 203.

¹⁵³ Adnan ÇAVUŞ, "Vergi Kaçakçılığı Suçunun Özellikleri", **Yaklaşım**, Sayı: 105, Eylül 2001, s. 220 vd.

Ancak bu suçların niteliği itibariyle, suçtan sorumlu olacak kişiyi tespit etmek çok da kolay olmamaktadır. Bu konuda yargıya büyük bir görev düşmektedir.

Şöyle ki bir naylon fatura düzenlenmemiş olabilirsiniz. Ancak düzenlenmiş bir naylon faturayı, farkında olmadan kullanarak da bu suçun faili olabilirsiniz. Bu doğrultuda, doğrudan doğruya cezanın muhatabı olabilirsiniz. Bu nedenle vergi kaçakçılığı suçu ve naylon faturaya ilişkin düzenlemelerin daha açık ve çözümcü olması gerekmektedir. Özellikle de bu suçların işlenmiş olması halinde, cezanın muhatabını bulmak bakımından daha açık düzenlemelere ihtiyaç vardır.

B- ŞİRKETLERDE CEZAI SORUMLULUK

Gerçek kişi olarak faaliyet yürüten mükelleflerin, vergi kaçakçılığı suçlarını işlemeleri halinde, cezai sorumluluğun kime ait olacağını belirlemek daha kolayken, tüzel kişiliğe sahip şirketlerde bu durum biraz daha karmaşıktır. Sorumluluğun kanuni dayanaklarına bakacak olursak;

VUK'un 10. maddesinin birinci fıkrasına göre; **"Tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir."**

Aynı Kanun'un 333. maddesinin son fıkrası uyarınca da **"Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360. maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunur."**

Görüldüğü gibi yukarıda sözü edilen maddelerdeki hükümler, şirketlerde cezai sorumluluğun genel ilkelerini belirlemiştir. Şimdi bu ilkeler çerçevesinde, çeşitli şirket türlerinde kimlerin kanuni temsilci olduğuna ve cezai sorumluluklarına kısaca göz atalım.

1- Anonim Şirketlerde Sorumluluk

Anonim şirketlerde sorumlulukla ilgili hükümler Türk Ticaret Kanunu'nun 317, 319 ve 321. maddelerinde düzenlenmiştir¹⁵⁴.

317. maddeye göre; **"Anonim şirket idare meclisi tarafından idare ve temsil olunur."**

319. maddenin birinci fıkrasına göre; **"Esas mukavelede idare ve temsil işlerinin idare meclisi azaları arasında taksim edilip edilmeyeceği ve taksim edilecekse bunun nasıl yapılacağı tespit olunur. İdare meclisinin en az bir azasına şirketi temsil selahiyeti verilir."**

¹⁵⁴ Şükrü KIZILOĞLU, "Şirketlerde Görev Dağılımı Yoluyla Hapis Cezasından Kurtulma", **Yaklaşım**, Sayı: 115, Temmuz 2002, s. 26 vd.

Esas mukavele ile temsil yetkisinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdür- lere bırakabilmek için umumi heyete veya idare meclisine yetki verilebilir."

Görüldüğü gibi anonim şirketlerde genelde birden fazla kanuni temsilci vardır. Ancak cezai sorumlulukta ana ilke şudur:

Vergi kaçakçılığı suçunu oluşturan olayın mahiyetine göre, fiilin ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rolü bulunan temsilci veya temsilcilerin cezai sorumluluğu asıldır. Yasalarda ya da sözleşmelerde gösterilen kanuni temsilcilerin tümünün cezai sorumlulukları söz konusu değildir.

Kanuni temsilciler arasında görev bölüşümü yapılmışsa, suçun konusunu oluşturan olay, hangi temsilci veya temsilcilerin görevine giriyorsa cezanın muhatabı da onlardır¹⁵⁵.

Açıklamamızı somutlaştıracak olursak: üç kanuni temsilcisi bulunan anonim şirkette temsilciler ayrı ayrı idari-personel, alım-satım, teknik işler şeklinde bir görev dağılımı yapılmışsa, doğal olarak sahte belge kullanımıyla ilgili vergi kaçakçılığı suçundan alım-satım işlerinden sorumlu temsilci cezanın muhatabı sayılarak cezalandırılacaktır.

Anonim şirketin yetkili kişi ya da kurullarının temsil ve idare konusunda herhangi bir kişiyi **"vekil"** olarak ataması da mümkündür. Geçerli bir vekaletnameyle yetkilendirilmiş olan vekilin, yetkileri dahilinde, suç teşkil eden fiillerinden dolayı cezai sorumluluğu vardır. Bu durumda, suça maddi veya manevi iştiraki bulunmayan şirketin kanuni temsilcilerinin cezaya muhatap tutulmaları söz konusu olmaz.

2- Limited Şirketlerde Sorumluluk

Türk Ticaret Kanunu'nun 540. maddesine göre; ***'Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar.***

Şirket mukavelesi veya umumi heyet kararı ile şirketin idare ve temsili ortaklardan bir veya birkaçına bırakılabilir."

Yine aynı Kanun'un 541. maddesine göre de; ***'Şirket mukavelesi veya umumi heyet kararıyla şirketin idare ve temsili, ortak olmayan kimselere de bırakılabilir."***

Yukarıdaki maddelerden anlaşılacağı gibi limited şirketi müdür ya da müdürler tem-

¹⁵⁵ Kazım YILMAZ, "Vergi Yükümlüsü Olmayan Kurum Yöneticileri ve Vergi Usul Yasası'nın 359. Maddesi", **Yaklaşım**, Sayı: 102, Haziran 2001, s. 201 vd.

sil ve idare ederler. Müdür, şirketin ortağı olabileceği gibi dışarıdan da atanabilir. Bu durumda vergi kaçağılığı suçlarının muhatabı müdürdür. Müdürün birden fazla olması ve işlerin vekaletle bir başkasına gördürülmesi hallerinde cezai sorumluluk konusunda anonim şirketler için yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

3- Kollektif Şirketlerde Sorumluluk

Türk Ticaret Kanunu'nun 160. maddesine göre; "ortaklardan her biri ayrı ayrı şirketi idare hak ve vazifesini haizdir. **Şu kadar ki, şirket mukavelesiyle veya ortakların ekseriyeti ile idare işleri, ortaklardan birine veya birkaçına yahut hep sine verilebilir."**

Yukarıda anonim şirketlerin kanuni temsilcilerinin cezai sorumlulukları hakkında yaptığımız açıklamalar kollektif şirket temsilcileri için de geçerlidir.

4- Komandit Şirketlerde Sorumluluk

Türk Ticaret Kanunu'nun 257. maddesi uyarınca; **"Komandit şirketlerin idare ve temsili komandite ortaklara aittir..."**

Komanditer ortaklar şirketi temsil ve idare yetkilerini haiz değildir. Şu kadar ki, şirket mukavelesinde aksine hüküm olmamak şartıyla komanditer ortak; yalnız ticari mümessil, ticari vekil veya ticari memur olarak tayin edilebilir."

Komandite ortakların her biri ayrı ayrı şirketi temsil ve idare hak ve yetkisine sahiptir.

Şirket sözleşmesi veya ortakların çoğunluğunun vereceği kararla temsil ve idare yetkisi, komandite ortaklardan birisine veya birkaçına ya da ortak olmayan diğer bir şahsa bırakılabilir.

5- Kooperatiflerde Sorumluluk

Kooperatifler Kanunu'nun 55/1. maddesine göre; **"Yönetim kurulu, kanun ve ana sözleşme hükümleri içinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organıdır."**

Aynı Kanun'un 58. maddesi uyarınca da kooperatifin yönetimi ve temsili, kooperatif ortağı olan ya da olmayan bir veya birkaç müdüre bırakılabilir.

Bu durumda prensip olarak kooperatifin kanuni temsilcisi yönetim kuruludur.

Ancak ana sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla, kooperatif genel kurulu veya yönetim kurulu bir veya birden fazla müdüre ya da yönetim kurulu üyesine temsil yetkisi verebilir. Müdürlerin kooperatif ortağı olması şart değildir.

VII- ŞİRKETLERDE 'GÖREV DAĞILIMI' YOLUYLA HAPİS CEZASINDAN KURTULMA

A- GENEL AÇIKLAMA

Özellikle son yıllarda, vergi yasalarına aykırı fiiller nedeniyle, hapis cezasını da gerektiren **'kaçakçılık cezası'** yaygın bir şekilde uygulanmaya başlandı.

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan ceza hükümlerinde, 4369 sayılı Yasa¹⁵⁶ ile, 01.01.1999 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde bazı değişiklikler yapılmış ve kaçakçılık suçları ile bu suçlar için hükmonulacak hapis cezalarına, yeniden düzenlenen 359. maddede yer verilmiştir. Bu düzenlemede, sahte ya da muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge¹⁵⁷ **'düzenlenmesi'** ya da bunların **'kullanılması'** kaçakçılık suçu olarak belirtilmiştir.

Her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde suçlar; **cürüm** ve **kabahat** olarak belirtilmiş ve aynı Kanun'un 45. maddesinde **cürümde kastın bulunmaması halinin, cezayı kaldıracağı** hükmüne yer verilmişse de, vergi uygulamasında bundan uzaklaşıldığı görülmüştür. Daha önce, kaçakçılık suçu nedeniyle hapis cezasının uygulanmasında, sahte ya da muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılması fiilinde **'bilerek kullanma'** şeklindeki ifadenin 4369 sayılı Yasa ile değiştirilip, **'bilerek'** sözcüğünün kaldırılması **'bilerek ya da bilmeyerek ayırma bakılmaksızın'** tüm fiillerin, sembolik tutarlardaki faturaların kullanılması da dahil, ceza mahkemelerine hapis cezası istemiyle intikal ettirilmesine ve yüzlerce kişinin sembolik tutardaki faturaları kullanmaları nedeniyle ceza mahkemelerinde yargılanmalarına ya da hapse mahkum olmalarına neden olmuştur.

Basında ve kamuoyunda yoğun tepkiler üzerine, Maliye Bakanlığı bir Genel Tebliğ¹⁵⁸ ile olayı yumuşatmaya çalışarak, failin oluşturduğu suçtan sorumlu tutulabilmesi için, **kastın mevcudiyetinin gerektiğini,** kasten hareket edilmiş sayılabilmesi için de, suçu oluşturan fiilin **bilerek ve isteyerek işlenmiş olması gerektiğini,** açıklamıştır¹⁵⁹.

Maliye Bakanlığı'nın, bir tebliğle konuyu açıklığa kavuşturması kuşkusuz olumlu bir yaklaşımdır.

¹⁵⁶ 29.07.1998 tarih ve mükerrer 23417 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁵⁷ Maddede **sahte belge;** gerçek bir muamele ya da durum olmadığı halde, bunlar varmış gibi düzenlenen belge, **muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge** ise, gerçek bir muamele ya da duruma dayanmakla birlikte, bu muamele ya da durumu mahiyet veya miktar itibarıyla, gerçeğe aykırı bir şekilde yansıtan belge olarak tanımlanmıştır.

¹⁵⁸ 18.06.2002 tarih ve 24789 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁵⁹ Bu konuda, geniş bilgi ve ayrıntılı açıklama için bkz., Veysi SEVİĞ, "Naylon Fatura Kullanılması İle İlgili Son Düzenleme" **Yaklaşım**, Yıl:10, Sayı : 115, s.21-25.

Ancak bu düzenlemenin tebliğ yerine yasa ile yapılması ve haksız yere yargılananlarla, mahkum edilenleri de kapsayan bir yasa çıkartılması çok daha anlamlı ve hukuka uygun olurdu¹⁶⁰.

Son gelişmeler, özellikle anonim şirketlerde, **yönetim kurulu başkan ve üyeleri** - **ni**, limited şirketlerde ise **şirket müdürlerini** ürkütmüş ve yanlarında çalışan bir elemanın aldığı faturadan ya da bizzat kontrol edemedikleri bir belgeden dolayı, hapis cezasına muhatap olmaktan endişe eder duruma getirmiştir.

Vergi Usul Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda tüzel kişilerde, hapis cezası suçlamasına muhatap olmaktan kurtulmaya olanak sağlayan bazı düzenlemeler yer almakta olup, aşağıda bu konuya yer verilmiştir.

B- VERGİ USUL KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN GÖREV DAĞILIMI VE HAPIS CEZASI YÖNÜNDEN, FİİLİ İŞLEYENİN CEZALANDIRILMASI

1- Vergi Usul Kanunu'nun, Hapis Cezası Yönünden Fiili İşleyeni Sorumlu Tutan Hükmü

Vergi Usul Kanunu'nun "**Tüzel Kişilerin Sorumluluğu**" başlıklı 333. maddesinin üçüncü fıkrasının 4369 sayılı Kanun'la değişen ve 01.01.1999'dan itibaren yürürlüğe giren üçüncü fıkrasına göre; Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde, bu fiiller için 359 ve 360. maddelerde öngörülen; 6 aydan 3 yıla ya da, 18 aydan 3 yıla kadar olan hapis cezaları; **bu fiilleri işleyenler hakkında** hükmolunur.

Yukarıda belirtilen fıkra hükmünden de anlaşılacağı gibi, anonim ve limited şirketler ile diğer tüzel kişilerde, hapis cezasının sorumlusu "**fiili işleyen**" kişi olmaktadır. Ancak, **pratikte fiili işleyenin tespiti pek mümkün değildir.** Özellikle çok sayıda çalışanı olan bir firmada, her faturanın ya da diğer belgelerin, kimin tarafından alınacağı veya fatura konusu mal ya da hizmetin alım kararının kimin tarafından verildiğinin tespiti son derece zordur.

Bu nedenle, **fiili işleyenin tespiti bakımından;** çalışanlar arasında görev ve yetki dağılımı yapıldığının, alınan mal ya da yaptırılan hizmetle ilgili kararın ve bunun faturasının, çalışanlardan hangisi tarafından alındığının, yani fiili işleyenin kanıtlanabilmesi halinde, hapis cezasının muhatabı, fiili işleyen kişi olacaktır.

Fiili işleyeni tespit edebilme, bir anlamda fatura ya da hizmet faturasının alınması olayında sorumlu olan kişinin belirlenmesi anlamına geldiği için, şirket yönetim kuru-

¹⁶⁰ Şükrü KIZILOĞLU, "Bilmeden Sahte Faturaya Hapis Kalktı", **Sabah**, "Mali Yaklaşım" Köşesi, 19.06.2002, s. 10.

lu üyeleri arasından, **murahhas üyeye** ya da **murahhas müdüre** yetki verilmesi yönünde karar alınması gerekmektedir.

Aşağıda, olayın hukuki boyutu özellikle Türk Ticaret Kanunu yönünden ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

2- Türk Ticaret Kanunu Yönünden

a- Genel Açıklama

Türk Ticaret Kanunu'nun 317. maddesine göre, **anonim şirket, yönetim kurulu tarafından idare ve temsil olunur.** Aynı Kanun'un 319. maddesine göre de; **ana sözleşmede, yönetim ve temsil işlerini, yönetim kurulu üyeleri arasında taksim edilip edilmeyeceği ve taksim edilecekse, bunun nasıl yapılacağı belirlenir.**

Yönetim kurulunun en az bir üyesine de, **"şirketi temsil yetkisi"** verilir.

Ana sözleşme ile **temsil yetkisinin ve idare işlerinin tamamını ya da bazılarını yönetim kurulu üyesi olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zorunlu bulunmayan müdürlere bırakabilmek için, genel kurula ya da yönetim kuruluna yetki verilebilir.**

Bu tür kayıtlar bulunmadığı takdirde 317. madde hükmü uygulanır.

Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin bir Kararı'nda da¹⁶¹; anonim şirket ana sözleşmesinde hüküm bulunması koşuluyla¹⁶², temsil ve idare işlerinin, tamamının ya da bir kısmının, yönetim kurulu üyesi olan murahhaslara ya da pay sahibi olması zorunlu bulunmayan müdürlere bırakabileceği şeklindedir.

Bu durumda, **anonim şirketin tüm yönetim kurulu üyeleri değil,** temsil ve idare işleriyle görevlendirilen murahhas üye ya da müdürler cezadan sorumlu olacaklardır¹⁶³.

b- Şirketi Temsil ve İdare Yetkisinin Bırakabileceği Murahhas Üye ve Murahhas Müdür

ba) İlgili Yasa Hükümleri

¹⁶¹ Yrg. 11. CD.'nin, 20.06.2001 tarih ve E. 2001/3350, K. 2001/7004 sayılı Kararı, (**Yaklaşım**, Yıl:10, Sayı:115, Temmuz 2002 s.220-221.)

¹⁶² Mehmet HELVACI, "Yönetim Kurulunun Görevlerini Murahhaslara Devretmesi", **Yaklaşım**, Yıl: 2, Sayı: 24, Kasım 1994, s. 118, 119.

¹⁶³ Şükrü KIZILOĞLU, "Şirketlerde Görev Dağılımı Yoluyla Cezadan Kurtulma", **Sabah**, "Mali Yaklaşım Köşesi", 27.06.2002, s. 11.

Türk Ticaret Kanunu'nun, **"3- Vazifelerin Azalar Arasında Taksimi"** başlıklı 319. maddesinin ikinci fıkrası aynen aşağıdaki gibidir:

'Esas mukavele ile temsil selahiyetinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakabilmek için umumi heyete veya idare meclisine selahiyet verilebilir. Bu gibi kayıtlar bulunmadığı takdirde, 317. madde hükmü tatbik olunur.'

Türk Ticaret Kanunu'nun **"VI- MÜDÜRLER/1-Mesuliyet"**

"Madde 342- Şirket muamelelerinin icrası safhasına taalluk eden kısmı, esas mukavele veya umumi heyet veya idare meclisi kararıyla idare meclisi azasından veya ortaklardan olmayan bir müdüre tevdi edildiği takdirde; müdür, kanun veya esas mukavele yahut iş görme şartlarını tespit eden diğer hükümlerle yükletilen mükellefiyetleri, gereği gibi veya hiç yerine getirmemiş olması halinde idare meclisi azasına mesuliyetlerine ait hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklarına karşı mesul olur. Bu esasa aykırı bir şartın esas mukaveleye konması veya müdürün idare meclisinin emri ve nezareti altında bulunması mesuliyeti bertaraf edemez."

Yukarıda metnine yer verilen TTK'nın 319. maddesinin ikinci fıkrasında ve 342. maddesinde yer verilen **"müdür"** deyimini, uygulamada bazı karışıklıklara da neden olabilmektedir.

Bu karışıklıkları giderebilmek için doktrinde, TTK Md. 319/II'de düzenlenen müdüre **'muraahas müdür'** , TTK Md. 342'de yer verilen müdüre de, yalnızca **'müdür'** denilmektedir. Nitekim, TTK Md. 319/II'de de **'muraahas müdür'** deyimini açıkça kullanılmıştır. İcra organı müdürlerin aksine, **muraahas müdürler, şirketin yöneticisi durumundadırlar ve yönetime ilişkin kararları alma yetkisine sahiptirler.**

bb) İcra Organı Müdürle, Murahhas Müdür Arasındaki Farklar

bba) Müdürlerin Seçimi Yönünden

Murahhas müdür tayin edilebilmenin ilk koşulu ana sözleşmede bu yönde hüküm bulunmasına bağlıdır. Sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde murahhas müdür tayin edilemez. Ana sözleşmede hüküm bulunmaksızın, murahhas müdür tayin edilmiş olsa bile, TTK'nın 317. maddesi gereğince, şirket yönetimi ve temsil hakkı bizzat yönetim kuruluna aittir. Oysa müdür tayin edilebilmesi için ana sözleşmede hüküm bulunma zorunluluğu yoktur. Ana sözleşme böyle bir hüküm taşımasa bile, yönetim kurulunun müdür tayin etme yetkisi vardır. Yönetim kurulunun müdür tayin etmesi istenmiyorsa, bu konuya ilişkin hükmün ana sözleşmeye konması gerekir.

bbb) Müdürleri Tayin Edecek Organ Yönünden

Murahhas müdürleri, genel kurul veya yönetim kurulu atayabilir. Bu konuda ana sözleşmede hüküm bulunuyorsa, murahhas müdürleri atama yetkisi bu hükme göre belirlenir.

Ancak ana sözleşmede hüküm yoksa, murahhas müdürleri atamaya yetkili organ genel kuruldur. Ana sözleşmeye bu yetkinin yönetim kuruluna verildiği belirtilmişse, artık murahhas müdürler bu organ tarafından atanacak demektir.

Müdürlerin tayin edilmeleri bakımından durum biraz değişiktir. Murahhas müdürlerin tayininin aksine, ana sözleşmede hüküm bulunmaması halinde, müdürleri tayin etme yetkisi, yönetim kurulunda bulunmaktadır (TTK Md. 343).

Bu yetki esas sözleşme ile genel kurula bırakılabileceği gibi, ana sözleşmeyle dahi müdür veya müdürlerin tespit edilmesi mümkündür (TTK Md. 342).

bbc) Müdürlerin Yönetim Kurulu Üyesi Olup Olmamaları Yönünden

İki müdür arasındaki farklardan bir diğeri de, bunların yönetim kurulu üyesi olup olmamalarıyla ilgilidir.

Çünkü **murahhas müdürlerin yönetim kurulu üyesi olmaları söz konusu olamaz** -
mazken, diğer müdürlerin bu sıfatı taşımaları veya taşımamaları mümkündür.

Başka bir anlatımla, murahhas müdürler mutlaka yönetim kurulu dışından seçilmek zorundadırlar. Bunlar yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmişlerse, murahhas müdürden değil, murahhas üyeden söz edilir. TTK'nın 342. maddesine göre seçilen **müdürler** ise, gerek yönetim kurulu üyeleri arasından, gerekse yönetim kurulu ve hatta ortak bile olmayan kişiler arasından seçilebilirler. Bunlar, yönetim kurulu içinden seçilseler murahhas üye, yönetim kurulu üyeleri haricinden seçilseler murahhas müdür sıfatı kazanamazlar.

bbd) Yetki Sınırları Yönünden

Murahhas müdürler, şirketin yöneticisi ve çoğu kez de temsilcileridirler. Bu yetkileri ile yönetim kurulunun yerini alırlar. **Müdürler ise,** yöneticilik ve temsilcilik sıfatlarını taşımazlar. Onlar şirket yöneticilerinin almış oldukları kararları icra etmekle görevli çalışanlardır. Şirketteki sıfatları itibarıyla, işveren vekili sayılmaktadırlar. Çünkü şirketin kendisi ve onun yasal temsilcisi yönetim kurulu, işveren sayılmaktadır.

Müdürler ise yönetim kurulu veya murahhas müdürlerin memuru durumundadırlar.

bbe) Müdürlerin Azilleri Yönünden

Murahhas müdürler yönetim kurulu tarafından atanmış olsalar bile, ancak genel

kurul tarafından görevden alınabilirler. Bunların görevden alınmaları ile ilgili başkaca özel hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık TTK Md. 342'de belirtilen **müdürlerin azil edilmeleri** ile ilgili olarak TTK 343 ve 344. maddelerden söz etmek mümkündür. Bunlardan TTK'nın 343. maddesinde, müdürlerin yönetim kurulu tarafından tayin ve azledilebilecekleri hükme bağlanmıştır. 344. maddede ise azil bakımından, ortak olan müdürlerle ortak olamayan kimseler arasından seçilen müdür arasındaki farka yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre, bu müdürler her zaman azledilebilirler. Azil işleminin mutlaka haklı bir nedene dayanması gerekmez. Hatta azil için bir nedenin bulunması dahi zorunlu değildir. Azledilen müdür, şirket ortakları dışından biri ise tazminat talep edebilir.

Ancak, ortaklar arasından seçilmiş bir müdürün sebepsiz yere azli söz konusu ise tazminat talep edilemez (TTK Md. 344).

Bu da aradaki farklardan biri olarak belirtilebilir¹⁶⁴.

bc) Anonim Şirket İle İcra Organı Müdür Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Türk Ticaret Kanunu'nun 342. maddesinde; yönetim kurulunun, görevlerini yerine getirirken, şirket işlerinin icra aşamasına yönelik olarak, müdür veya müdürleri atayabileceği belirtilmiştir.

İcra organı olan bu müdür, ister genel kurul ister yönetim kurulu tarafından atanmış olsun; şirketle aralarında doğrudan doğruya bir sözleşme kurulmuş olur. Müdürü yönetim kurulunun tayin etmiş olması, durumu değiştirmez.

Bu durumda dahi sözleşme, anonim şirket ile müdür arasında kurulmuş olur. Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkide olduğu gibi, burada da hukuki nitelendirme sırasında değerlendirilmesi gereken sözleşme türleri, **vekalet** ve **hizmet** sözleşmeleridir.

Ancak, yerleşik olan görüşe göre, burada baskın olan unsurlar hizmet sözleşmesine ilişkindir. Arada, bir sözleşme bulunduğundan, doğal olarak taraflar, sözleşme şartlarını diledikleri gibi belirleyebilirler.

Bu durumda, sözleşmenin şartlarını inceleyerek hukuki nitelimenin yapılması gerekir. Eğer yapılan sözleşmede nitelermeye yardım edecek herhangi bir hüküm yoksa, anonim şirket ile müdür arasındaki sözleşme **'hizmet'** sözleşmesidir. Çünkü; icra organı olarak tayin edilen müdürler açısından ücret önemli bir unsurdur.

bd) Yönetim Kurulu Yetkilerinin Murahhaslara Bırakılmasının Hukuki Niteliği

Burada belirtilen yönetim kurulu ile murahhas arasındaki değil, anonim şirketle

¹⁶⁴ İbrahim YAĞCI, "Anonim Şirketlerde Murahhas Müdür, Murahhas Üye ve Müdür Kavramları ile Yönetim Yetkisini Devrin Sınırları", **Maliye Postası**, 01.05.2002, s. 73-74.

murahhas arasındaki ilişkidir. Çünkü murahhaslar, ister genel kurul, ister yönetim kurulu tarafından tayin edilsinler, aradaki ilişki doğrudan doğruya şirketle kurulmuş olur. Zira bunlar, organ sıfatından dolayı murahhasları tayin etme yetkisine sahiptirler.

İlişkinin hukuki niteliğinin tespiti, anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkide olduğu gibi, sorumluluk açısından değil aksine, murahhaslara talimat verme ve onları azletme bakımından önem taşımaktadır.

Özellikle, söz konusu ilişkiyi yönetim kurulu ile murahhaslar arasında düşündüğümüzde, bu önem daha da artmaktadır.

Yönetim kurulu ile murahhas arasında vekaletten söz edilemez. Kaldı ki; bunlar arasında kanımızca bir hukuki ilişki dahi söz konusu değildir. Çünkü bu hukuki ilişki, doğrudan doğruya şirketle murahhaslar arasında kurulmaktadır¹⁶⁵.

VIII- SONUÇ

Vergi kaçakçılığı suçu, özellikle **'naylon fatura'** kullanımı yönüyle geniş bir kesimi ilgilendirmektedir. Kuşkusuz, **bilmeden aldığı bir fatura örneğın sahte yakıt faturası nedeniyle bir avukatın da sahte fatura kullanan durumuna düşmesi mümkündür.**

Maliye Bakanlığı, bu konudaki sorunlara şimdiye kadar kalıcı bir çözüm getirememiş, genel tebliğlerle ya da geriye dönük af getiren yasalarla, geçici çözümler getirmiştir.

Oysa böylesine önemli bir konunun, gerek Türk Ticaret Kanunu gerekse Türk Ceza Kanunu ile uyum sağlayacak şekilde Vergi Usul Kanunu'nun 333/3 maddesinde yer alan ve tüzel kişilerde **'fili işleyen cezalandırılacağı'** na ilişkin maddenin yeniden ele alınarak düzenlenmesi, bu yapılırken Türk Ticaret Kanunu'nun 317 ve 319. maddelerinin de göz önüne alınmasında ve **'görev taksimi'** konusunun açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır¹⁶⁶.

Vergi kaçakçılığı ve naylon fatura suçlarına verilecek cezaları hukuki platformda düzenlemek yerine, bu suçların işlemesine sebep olan birtakım etkenlerin ortadan kalkmasını sağlayacak düzenlemeler getirmek, daha çözümcü bir yaklaşım olacaktır. Kişileri, naylon fatura düzenlemeye ya da kullanmaya iten en önemli sebep vergi kaçırmaktır. Kişiler, vergi kaçırmak amacıyla giderleri fazla göstermek için,

¹⁶⁵ YAĞCI, a.g.m., s. 76, Bu konuda ayrıca Bkz. Mustafa ÜNAL, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", BATIDER, 1982, C: XI, Sayı: 3, s. 85-89.

¹⁶⁶ Bu konuda geniş bilgi ve ayrıntılı açıklama için Bkz. Şükrü KIZILOĞLU, "Şirketlerde Görev Dağılımı Yoluyla Hapis Cezasından Kurtulma", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 115, Temmuz 2002, s. 26-32.

aslında hiçbir ödeme yapılmamasına karşın üçüncü kişilere ödeme yapılmış gibi gösteren naylon faturalar düzenlemektedirler. Kişiler, neden vergi kaçırma eğilimindedir? Çünkü mükellefin vergi yükü, ağırlaştırılmıştır ve her geçen gün de ağırlaştırılmaktadır. Anayasa'nın 73. maddesi gereğince, **'herkesin mali gücüne göre vergi ödeyeceği'** ilkesine göre, vergilendirme sisteminin oluşturulması, vergi politikamızın bu doğrultuda yönlendirilmesi, vergi kaçakçılığı ve diğer vergi suçlarının işlenmesine meydan vermeyecektir. Türk vergi sisteminin, sürekli revizyon geçiren vergi kanunlarına değil, kökten çözümcü vergi kanunlarına ihtiyacı bulunmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da fark edileceği gibi, şirketlerde, görev dağılımı yoluyla hapis cezasından kurtulabilmek mümkündür.

Ancak bununla ilgili olarak, öncelikle ana sözleşmede bazı hükümlerin yer alması hemen ardından da, bu yönde bir takım kararların alınıp, görevlendirmelerin yapılması gerekmektedir.

Sahte ya da muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılması olayı başta olmak üzere, mali anlamda ortaya çıkabilecek çok sayıdaki sorunun, özellikle hürriyeti bağlayıcı ceza yönünden muhatabı olmamak için, şirketi temsil ve idare işlerinin tamamının ya da bir kısmının, **yönetim kurulu üyesi olan murahhas üyeye** ya da pay sahibi olmaları zorunlu bulunmayan murahhas müdürlere bırakılmasında yarar vardır.

Ben, daha sonra sorularla devam etmek istediğim için tam 20 dakikamı doldurdum. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

BAŞKAN - Sayın Kızılot hocamıza çok teşekkür ederiz.

Önemli gördüğüm, ceza yargılamasını gerektiren işlemlerle ilgili düzenlemelerin genel tebliğlerle değil, kanunlarla yapılmasıdır. Maalesef, Maliye Bakanlığımız –eski mensubu olarak ben de ifade edeyim- biraz genel tebliğler yoluna, ikincil mevzuatlar yönüne ağırlık veriyor. Bu da çeşitli sorunlar yaratıyor, yapılmaması temennimizdir.

Üçüncü konuşmacımız Sayın Hakan Üzeltürk Bey.

Ekonomik suçlar ve vergi konusunda; gerçekten yararlı olacak konuşmadır üyelerimiz ve hâkimlerimiz açısından.

Buyurun Hocam.

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

EKONOMİK SUÇLAR VE VERGİLER

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1. Genel Olarak Ekonomik Suçlar

Ekonomik düzen günümüz dünyasında hem suç işleyenler, hem de bu suçları önlemeye çalışanlar bakımından bitmez tükenmez ihtimallerin bulunduğu bir alandır. Suçlular bakımından bu alanın uçsuz bucaksız, hukukun geçerli olmadığı bir savaş alanı olarak algılanmasından dolayı yapılan faaliyetlerin maddi karşılık esasına dayanması ve duygulara yer verilmemesine karşı ekonomik düzeni koruyanlar bakımından ekonomik faaliyetler çeşitli düzenlemelere tabi tutulmakta, ceza hukuku da bu düzenlemeler kapsamında yer almaktadır¹⁶⁷. Bu alana ceza hukukunun müdahalesinin ne oranda olması gerektiği konusu ise konunun en hassas noktalarından birisini oluşturmaktadır.

Ekonomik ceza hukukunun gelişimi konusunda iki çeşit yaklaşım ileri sürülebilir¹⁶⁸:

1. Liberal bakış açısına göre, Devletin ekonomik alana müdahalesi esas olarak belirli özgürlüklerin korunması ile sınırlı olduğundan, devlet bazı kişiler tarafından özgürlüklerin kötüye kullanılması yolu ile sınırlandırılmasını engellemelidir. Bu durumda ekonomik ceza hukuku, sınırlı bir biçimde, üçüncü kişilerden gelen tehditlere karşı kişinin malvarlığını korumaya yönelik bir hukuk dalı olmaktadır.

2. Devletçi bakış açısına göre ise ekonomik ceza hukuku sadece kişilerin menfaatlerini korumaktan öteye gitmekte, sadece bir uyumsuzluğa hakemlik değil, ekonomik faaliyetler için bir araç olma amacını da gütmektedir.

Ekonomik konjonktür ve ekonomi politikası ile sıkı ilişkileri sebebiyle ekonomik ceza hukuku değişken niteliktedir. Özellikle kriz dönemlerinde ekonomik alanda daha ağır ihlaller gerçekleşmektedir. Bunun sebebi, yaşama savaşı veren işletmelerin diğer menfaatlere ve kendi davranışlarının başkaları üzerindeki etkilerine önem vermeden hareket etmeleridir. Bu durumda, kurallara uymayarak topluma ve rakiplerine zarar verenlerin yaptırıma tabi tutulması daha fazla önem kazanmaktadır¹⁶⁹.

Ekonomik düzeni bozucu nitelikli kurallara aykırılıkların cezai yaptırımlara tabi tutulmaları gerekmektedir. Zira, cezai olmayan yaptırımların caydırıcılıkları daha zayıftır.

¹⁶⁷ Jean François Renucci, *Droit pénal économique*, Masson, Paris-1995, s.1.

¹⁶⁸ Ibid., s.4.

¹⁶⁹ Pierre Bezard, L'Objet de la pénalisation de la vie économique, *Les Enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche, Dalloz, Paris-1997, s. 13.

Bu durum ise ekonomik nitelikli suçlardan faydalananlar bakımından teşvik edici mahiyettedir.

Ekonomik suçlarla ilgili yaptırımlar çok çeşitlidir. Örneğin hukuki sorumluluk, hukuki işlemlerin yokluğu gibi özel hukuka ilişkin yaptırımlar, yetersayılara uyulmaması sebebiyle kararların geçersiz sayılması gibi şirketler hukukuna ilişkin yaptırımlar, muhasebeciler ve portföy yöneticileri gibi meslek mensuplarını kapsayan disiplin cezaları, faaliyetin yasaklanması gibi mali yaptırımlar, Rekabet Kurulu veya Sermaye Piyasası Kurulu'nca verilen para cezaları veya Menkul Kıymetler Borsası'nca bazı finansal işlemler için izin verilmemesi gibi idari cezalar şeklinde karşımıza çıkmaktadırlar. Ayrıca cezai yaptırımlar da söz konusudur. Bazen hem ceza hukuku hem de özel hukuk sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

Nitelikleri ve bunlara karar veren organ ne olursa olsun, bütün bu yaptırımların aynı amaca, bir takım etik kurallar uyarınca ekonomik hayatın dinamik ve uyumlu gelişimi amacına katkıda bulunmaları zorunludur¹⁷⁰.

Cezai yaptırımlar, ekonomik alanda özellikle ağır ihlallerle mücadele etmek için oluşturulmuşlardır. Örneğin, Fransa'da icra iflas mevzuatı ve rekabet mevzuatında ceza hükümlerine büyük bir yer ayrılmaktayken, 1985 ve 1986 tarihlerinde yapılan reformlarla ceza hükümlerinde önemli bir azalma olmuştur. Fakat ticaret şirketlerine ilişkin 24 Temmuz 1966 tarihli yasada birçok ceza hükmü yer almaktadır. İhmal edilemeyecek derecede önemli olmakla birlikte temel hüküm niteliği taşımayan cezai yaptırımları ayırmak, bu gibi cezai yaptırımlar yerine para cezaları gibi yaptırımlar getirilebilir¹⁷¹.

Ekonomik suçlar gelişen şartlara rahatça ayak uyduran ve sürekli olarak varlığını değişik boyutlarda koruyan suç gruplarından¹⁷². Vergi suçları ekonomik suçların tipik örneklerinden olup, ülkemizde ihracatta vergi iadesi ve naylon fatura konularında ciddi sıkıntılar yaşanmış ve yaşanmaktadır¹⁷³. Vergi suçlarının malî suçlar kapsamında olduğu ekonomik suçların ise hem malî hem ticarî suçları içerdiği ileri sürülmektedir¹⁷⁴. Mali suçluluk ise hukuka aykırı araçlarla gerçekleştirilen para kazancına bağlı suçluluk olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Ibid., s.14.

¹⁷¹ Ibid., s. 15.

¹⁷² Ayşe Nuhoğlu – Hakan Üzeltürk, *Ekonomik Suçlarda Suç ve Ceza Politikası*, 1992 TÜSIAD Bilim Ödülü Alan Yayınlanmamış Çalışma, İstanbul-1992.

¹⁷³ Sahir Erman, *Ticari Ceza Hukuku*, Cilt I, Genel Kısım, İstanbul-1992, s.7 vd.

¹⁷⁴ Şehnaz Cin Şensoy, *Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri*, Çetin Özek Armağanı, İstanbul-2004, s.831.

¹⁷⁵ J. Pradel, *Malî Suçluluk: Kavramlar ve Temel Açıklamalar*, (Çeviren-Zeynep T. Kangal), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mecmuası, Cilt LX (2002), Sayı 1-2, s.312.

Ekonomik suçta ekonomik ceza üzerinde çok tartışılan 1980'li yıllarda çok kullanılan bir terim olmasına rağmen, değer yargılarında çözülme, ahlaki çöküntü ve devlete ve organlarına güvensizlikle sonuçlanmıştır¹⁷⁶. Buna rağmen günümüzde de ekonomik suçta ekonomik ceza verilmesi hararetle savunulmaktadır.

Bu konuda daha makûl gözüken kademeli bir yaklaşımdır. Bu kapsamda ağır nitelikli ve ülke ekonomisi ve fertlerin haklarına büyük zararlar veren fiiller suç sayılmalı, diğerleri idari müeyyidelerle karşılanmalıdır¹⁷⁷. Burada fiilin verdiği bu zarara göre bir ayırım yapılması yanında, fiilin tekrarlanması halinde de kademeli ceza verilmesi ve ilk seferde verilen idari cezanın hapis cezasına dönüşmesi sağlanmalıdır.

Ekonomik suçlardan olan vergi suçlarının ve bunlara uygulanan cezaların Türkiye'deki özellikleri aşağıda incelenecektir.

2. Türkiye'de Vergi Suçları ve Cezalarının Bazı Yönleri

Bu başlık altında öncelikle uzlaşma yolu-vergi suç ve cezaları bağlantısı ile ilgili bilgilere yer verilecek, daha sonra vergi suç ve ceza sistemimizde yer alan bazı hukuka aykırılıklar dile getirilecektir. Konunun sonunda ise yeni ceza kanunu kapsamında vergi suç ve cezalarının durumu gözden geçirilecektir.

Türkiye'de vergi kaçırıcılar çeşitli hukukî yollardan yararlanmak yoluyla cezalardan kurtulma imkanı bulmaktadırlar. Bunlardan bir tanesi uzlaşma yoludur. 2000-2004 seneleri arasında gerçekleşen uzlaşma başvurusu sayısı 506.397 ve uzlaşmaya varılan dosya sayısı 445.187'dir. Gelirler Genel Müdürlüğü'nün 2004 yılı Faaliyet Raporu'na göre, 2000-2004 yıllarını içeren beş yıllık dönemde, mahalli denetim elemanlarınca yapılan incelemelerle ilgili, 89.395 adet tarhiyat öncesi uzlaşma başvurusu yapılmıştır. 2000 yılında 20.504, 2001 yılında 15.437, 2002 yılında 19.339, 2003 yılında 10.020 olan uzlaşma talebine konu dosya sayısı, 2004 yılında 24.095'e ulaşmıştır.

Söz konusu dönemde, Tarhiyat Sonrası Uzlaşma Komisyonları'nda uzlaşmaya konu olan dosya sayısı ise 417.002 olarak belirlenmiş, tarhiyat sonrası uzlaşma başvuruları da, 2000 yılında 59.184, 2001 yılında 87.648, 2002 yılında 102.086, 2003 yılında 57.110, 2004 yılında da 110.974 olarak gerçekleşmiştir.

Gelirler Genel Müdürlüğü verilerine göre, 2000-2004 döneminde mahalli denetim elemanlarınca yapılan incelemelerle ilgili tarhiyat öncesi 89.395 uzlaşma talebinin 78.827'si olumlu sonuçlanmış olup, tarhiyat sonrası uzlaşma komisyonlarına gelen

¹⁷⁶ Türkân Sancar, Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında "Ekonomik Suça Ekonomik Ceza" Söylemi, *Çekler Hakkındaki, 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu* (12.1.2002), Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s.4.

¹⁷⁷ Adnan Tezel, "Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi, Arttırma ve Eksiltmelere İlişkin Suçlar, Kamu Taahhütlerinde Hile", *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, İstanbul-1987, s.52.

417.002 dosyanın da 366.360'ında taraflar arasında uzlaşma sağlanmış bulunmaktadır. Böylece uzlaşma taleplerinin yüzde 68.1'inde taraflar arasında bir anlaşmaya varılarak, dosyalardaki vergi ve ceza tutarları, önemli miktarlarda düşmüştür.

Faaliyet Raporu'na göre, sadece geçen yıl Gelirler Kontrolörleri tarafından yapılan incelemelerle ilgili, tarhiyat öncesi uzlaşmalar sonucunda 12 trilyon 502.6 milyar liralık vergi alacağı 7 trilyon 794.2 milyar liraya, 21 trilyon 375.1 milyar liralık ceza da, 965 milyar liraya inmiştir.

Vergi sistemimizde yer alan en önemli hukuka aykırılıklardan bir tanesi vergi ziyai cezasının Anayasa'ya aykırılığı meselesidir. 1.1.1999 tarihi itibarıyla 4369 sayılı Kanunla Vergi Usul Kanununda yapılan değişiklikler ile, kaçakçılık, ağır kusur ve kusur suç ve cezaları yürürlükten kaldırılarak yerine vergi ziyai cezası ihdas edilmiştir. Vergi Ziyai, Vergi Usul Kanununun 341. maddesinde, "mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilememesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi" şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı Kanun'un 344. maddesinde vergi ziyasına sebebiyet verilmesi, vergi ziyai suçu olarak tanımlanmıştır. Bu suçun cezası da, aynı maddenin 2. fıkrasında, "ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112. maddesine göre ziyaa uğratılan verginin tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur" şeklinde belirlenmiştir.

Anayasamızın 38. maddesinde yer alan "kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" şeklindeki hükümlerle ceza hukukunda "suç ve cezada kanunilik ilkesi" belirlenmiştir.

Vergi ziyai cezasında cezanın belirsizliği bu cezayı Anayasa'ya aykırı hale getirmektedir. 344. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "... bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112. maddesine göre ziyaa uğratılan verginin tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi" ibaresi bu açıdan Anayasa'ya aykırıdır. Zira Anayasa Mahkemesinin E.1999/10 K.1999/22 sayı ve 7.6.1999 günlü Kararında da belirtildiği üzere, suç işleyen suçu işlediği tarihte ne kadar ceza ile karşılaşacağını bilmesi gerekir. Daha sonra cezanın azaltılması durumu hariç, herkes suçu işlediği günde yürürlükte olan kurala göre cezalandırılır. Bu kişiler için Anayasa ile teminat altına alınmış bir haktır". Oysa Vergi Usul Kanununda yer alan ceza düzenlemesine göre, hiç kimsenin vergi kaybına yol açan bir fiili için ileride alacağı cezayı hesaplama veya bilme olanağı yoktur. Çünkü ceza, idarenin incelemedeki etkinliğine, fiili tespitine ve ceza ihbarnamesini tanzim tarihine göre

değişecektir. Bir başka deyişle fiili bir ay sonra tespit edilenle, 4,5 yıl sonra tespit edilen kişinin alacağı ceza arasında küçümsenmeyecek kadar fark olacaktır.

Öte yandan burada cezayı belirleyen fiil değil, idarenin denetimdeki etkinliği ve fiili tespit ederek ihbarnameye bağlanması sürecidir. Özellikle uygulamada, ciddi bir vergi incelemesinin bazen bir yılda tamamlandığı veya idarenin incelemelerini genellikle zamanaşımı süresinin dolmasına 1 veya 2 yıl kala yaptığı gerçeği nazara alınırsa, ceza miktarının belirlenmesinde fiile nazaran idarenin rolünün daha da ağır bastığı ortaya çıkmaktadır. Hatta idare, gelen inceleme raporuna veya takdir komisyonu kararına dayanarak ihbarnamayı geç düzenlemek yolu ile dahi ceza tutarını arttırabilecektir.

Oysa bu sonuç, Anayasa da bir çok hükümde ifade olunan "eşitlik" ilkesine de aykırı düşecektir. Dolayısıyla düzenleme, Anayasanın 38. maddesinde yer alan suç ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkeleri ve Anayasa'nın 12. maddesinde ifade olunan eşitlik ilkesine aykırıdır. Kaldı ki, idarenin etkin bir denetim örgüt ve organizasyonunun olmaması, inceleme oranının % 2'lerde olması, incelemelerin uzun süreler alması, cezayı arttırıcı bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu da cezanın belirsizliğini ve mükellef aleyhine adaletsizliğini ortaya çıkartan bir başka faktördür. Bu faktör aynı zamanda, inceleme zamanı ve süresi üzerinde söz sahibi olan idareyi, bu yolla ceza miktarı üzerinde de söz sahibi kılmaktadır.

Idareyi, ceza miktarı üzerinde söz sahibi kılan bir diğer hususta, cezanın gecikme faizine endeksli olmasıdır. Vergi Usul Kanununun 112. maddesine göre gecikme faizinin oranı, gecikme zammının oranıdır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunun 51. maddesine göre, gecikme zammının oranının belirlenmesinde Bakanlar Kurulu söz sahibi olmaktadır. Dolayısıyla yürütme organı, ceza üzerinde belirleyici bir rol üstlenmektedir. Bu durum ise, suç ve cezaların yasa ile belirleneceğini öngören Anayasanın 38/son maddesine aykırıdır.

Vergi ziyasına yol açan bir kişinin bu fiili işlediği tarih ile ceza hesaplamasına esas olacak olan ihbarnamenin tanzim tarihi arasında geçen süre içerisinde, Bakanlar Kurulunca gecikme zammı, ve dolayısıyla gecikme faizi oranlarında yapılacak bir değişiklik, kesilecek ceza miktarını da etkileyecektir. Bu husus, ceza üzerinde yürütme organının etkinliğini, daha da bariz şekilde ortaya çıkaracaktır. Öte yandan, ileride Bakanlar Kurulunca yapılacak bir değişikliğin önceden kestirilmesi veya tahmin edilmesi olanaksız bulunduğundan, vergi ziyasına yol açan bir kişinin, bu fiili işlediği tarihte, ileride alabileceği ceza miktarını bilmesi veya hesaplaması olanaksızlığını daha da bariz biçimde ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla bu Yasal düzenleme sebebiyle, vergi ziyası cezası belirsiz bir cezaya dönüşmekte ve bu yönü ile de Anayasa'ya aykırı düşmektedir.

Bir başka Anayasa'ya aykırılık sebebi de, cezanın hesaplanma tarihi olarak, "ceza ihbarnamesinin tanzim tarihinin" esas alınmasıdır. Idare, İnceleme Elemanı Raporunun veya Takdir Komisyonu Kararının kendisine gelmesinden sonra hemen

tanzim yerine kasten veya ihmal ile aylarca bekletmek suretiyle ceza miktarını da değiştirebilmekte ve cezanın bu yolla artmasına sebep olma olanağına sahip olmaktadır. 280 sayılı Vergi Usul Kanununun Genel Tebliği ile "cezanın hesaplanmasında, ihbarname tanziminin gecikmesi halinde, İnceleme Raporunun veya Takdir Komisyonu Kararının vergi dairesi kayıtlarına girdiği tarihin esas alınacağı" açıklanmışsa da, Her hangi bir yetkiye dayanılmaksızın yapılan bu açıklama, kişiler için bir yasal güvence veya hak oluşturmadığı gibi, Kanuna da aykırıdır. Bu Genel Tebliğ açıklaması, Kanunla yaratılmış bulunan ve idarenin ihbarnameyi geciktirmek suretiyle ceza üzerinde etkili olma olanağını da ortadan kaldırmamaktadır. Kaldı ki bu açıklama, bir başka bakış açısıyla, Kanunla Anayasa'ya aykırı olarak belirlenen cezanın, bu aykırılıklarının kısmen de olsa, İdare tarafından giderilmeye çalışılma çabası olarak da yorumlanabilir.

Vergi suçları ve cezalarının özellikleri ve kapsamaları ile ilgili problemler, üzerinde çok durulmuş bir konudur. Bu çalışmada ise vergi suçları ve cezaları ile bağlantılı, bunların etkilerini azaltan veya ağırlaştırıcı bazı başlıklar üzerinde durulacaktır.

Vergilerin toplanmasının en önemli unsurlarından bir tanesi olan Gelir İdaresi halen hantal yapısı ve teknolojik imkansızlıkları sebebi ile verimli olarak çalışmamaktadır¹⁷⁸. Bu nedenle bazı öneriler getirilebilir:

1- Vergi toplama işi ile ilgili birimlerin ve özellikle vergi dairelerinin teknolojik imkanlarla donatılması ve buradaki personelin o çevredeki mükellef sayısı ile orantılı hale getirilmesi gerekmektedir.

2- Vergi toplanması ile ilgili işlemlerde söz konusu olan yetkilerin bir kısmının taşra teşkilatına devredilmesi işlemlere hız kazandıracaktır¹⁷⁹.

3- Sadece gelirlerin hızlı ve doğru bir şekilde toplanabilmesi amacı ile diğer görevleri üstlenecek farklı birimler oluşturulması ve gelirler kısmında merkezden alt birimlere kadar düzenli bir yapılanma sağlanması gerekir. Bu birimler arasındaki koordinasyon ve elektronik kolaylıklar sistemi verimli hale getirecektir.

Bunların dışında organizasyon değişikliğinden ziyade yeniden yapılandırmanın gerekli olduğu bugüne kadar çeşitli kereler ifade edilmesine rağmen¹⁸⁰ halen etkin bir vergi idaresi eksikliği çekilmektedir. Halihazırda kanunlaşmak üzere olan metin de başta oldukça başarılı bir hazırlık ve metinle başlamasına rağmen aradan geçen

¹⁷⁸ Gelirler Kontrolörleri Derneği, *Gelir İdaresinin ve Vergi Denetiminin Yeniden Yapılandırılması*, İstanbul-2001, s.6 vd. (Bundan sonra Yapılandırma olarak atf verilecektir).

¹⁷⁹ Yapılandırma, s.7.

¹⁸⁰ James W. Martin-Frank C.E.Cush, *Maliye Bakanlığı Kuruluş ve Çalışmaları Hakkında Rapor*, 13.8.1951 ve B. Frank White, *Türkiye'de Vergi İdaresi*, 2.12.1963 (*Vergi Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara-1992, s.244-245).

zamanda metin üzerinde yapılan değişiklikler sebebiyle bugün problemleri çözücü bir yapıda değildir.

Gelir İdaresi çalışmalarında da en ciddi sorun denetim olarak ortaya çıkmıştır. Vergi denetimi Maliye Bakanlığı temelinde taşrada defterdarlıklara bağlı vergi denetmenleri vasıtası ile yapılmaktadır. Vergi Usul Kanunu'nun 135.maddesindeki düzenlemeye göre ilin en büyük mal memuru sıfatı ile Defterdar ve Vergi Dairesi Müdürleri'nin de vergi inceleme yetkisi olmasına rağmen bu kişiler iş yoğunluğu sebebi ile bu görevlerini genellikle hiç kullanmamakta veya çok nadir olarak kullanmaktadırlar. Merkezde vergi denetimi ise yine Maliye Bakanlığı temelinde Maliye Müfettişleri, Gelirler Kontrolörleri ve Hesap Uzmanları vasıtası ile yapılmaktadır.

Bu kapsamda neler yapılabilir sorusuna şu cevaplar verilebilir:

1- Merkezi denetim birimleri tek çatı altında toplanarak vergi toplama organizasyonunun verimliliği sağlanabilir. Aksi halde uygulamada söz konusu olan yetki ve görev problemleri devam edecektir¹⁸¹.

2- Mevcut kadrolar nitelikli elemanlar yetiştirmek ve bunları kaybetmemek yolu ile doldurulabilir ve arttırılabilir. Bu açıdan sadece hizmet içi eğitim değil yüksekökol vasıtası ile eleman yetiştirmek fikri de düşünölmelidir¹⁸².

Merkezi denetim elemanlarının ayrılmalarındaki sebeplerden bir tanesi de 3568 sayılı Kanun'un 9.maddesinde belirtilen meslekte on yılını dolduranların sınavsız yeminli mali müşavir olabilmeleridir. Bu kişilerin kavuştukları mali olanaklar erozyonun sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸³. Mevcut kadroların dahi yeterli olmayacağı bir işlem yükü ve vergi kaybının söz konusu olması karşısında mevcut durumun dahi ne derece yetersiz olduğu ortadadır.

3- Denetim elemanlarının dünya ticaretinin karmaşıklığı sebebi ile çeşitli konularda uzmanlaşmış kişilere ve kurumlara ihtiyaç vardır. Özellikle gelir idaresi bünyesinde uzmanlaşmış kurullar oluşturulmalıdır.

İdari birimler arasındaki koordinasyon eksikliği de vergi toplanmasında zaaf yaratmaktadır. Örneğin ekonomik kriz sırasında Maliye Bakanlığı'nın yükselen faiz oranları karşısında hızla hareket edememesi sonucu mükellefler vergilerini ödememe yolunu seçerek, bunları düşük faizli kredi olarak kullanmışlardır¹⁸⁴.

¹⁸¹ Yapılandırma, s.19.

¹⁸² *Vergi Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara-1992, s.236.

¹⁸³ *Radikal*, 27.4.2001, s.15.

¹⁸⁴ *Radikal*, 1.3.2001, s.13.

İlgili birimlerin de belirttiği üzere¹⁸⁵ bu konuda özellikle vergi uzmanı hukukçular ön plana çıkmaktadır. Zira hukuki boyutu ihmal edilmiş bir vergi sisteminde artacak olan aksaklıkların bugünkü yargı sistemimizde hemen çözülmesi mümkün olmadığından hem yargı yerlerinin iş yükü artmakta hem de zaman kaybı ve bürokrasi söz konusu olmaktadır. Özellikle vergi idareleri tarafından işlemlerde görülen hukuk eksikliği vergi ile ilgili ihtilafların hem daha kolay yaratılmasına sebebiyet vermekte hem de vergi yargısının yükünü ağırlaştırmaktadır. Örneğin, vergi ziyanının olmadığı hallerde vergi ziyaı suçu ile mahkumiyet tesis edilebilmektedir. 4369 sayılı Kanun tasarısı esnasında bir hukukçunun bulunmaması bunun en önemli sebebidir¹⁸⁶.

Yargı faaliyeti sebebiyle hukuk eğitime duyulan ihtiyaç sistemin işleyişine katkıda bulunacaktır. 2000 yılı itibarı ile idari yargı alanında ilk derece mahkemelerde görev yapan hukuk fakültesi mezunu hakim oranı %20, Danıştay'da görev yapan tetkik hakimi ve savcılarda bu oran %22'dir. 1978'de Danıştay açısından bu oran %81 idi¹⁸⁷. Burada anlaşılması zor olan husus ise 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda adli yargı adayları için hukuk fakültesi mezunu olma şartı söz konusu iken, idari yargıda hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren yüksek öğretim kurumlarından mezun olanlar da idari yargıda görev yapabilmekte, açık öğretim mezunları dahi bu kapsamda yer alabilmektedir¹⁸⁸. İdari yargı hakim adaylığına sadece hukuk fakültesi mezunlarının kabul edilebileceğine dair teklif halen kanunlaşmamıştır¹⁸⁹.

Vergi suçlarının önlenmesinde yapılması gereken önemli çalışmalardan birisi mükelleflerin ekonomik faaliyetlerinin izlenerek vergi ile ilgili bağlantılarının doğru olarak saptanmaya çalışılmasıdır. Yapılan işlemlerin banka kanalı ile gerçekleştirilmesi mükelleflerin izlenmesinde önemli kolaylıklar sağlayacak, mükelleflerin hesapları, para transferleri ve diğer ekonomik faaliyetleri takip edilebilecek, sağlıklı bir inceleme yapılabilecektir. Fakat gerek vergi toplamada gerekli kararlılığın olmaması, gerekse bankacılık sistemindeki ciddi problemler sebebiyle böyle bir izleme mümkün olmamakta ve vergi suçları ile mücadelenin önemli bir halkası eksik kalmaktadır.

¹⁸⁵ Yapılandırma, s.9.

¹⁸⁶ Bumin Doğrusöz, "Vergi ceza hukukuna ilişkin gelişmeler", *Dünya*, 25.1.2001.

¹⁸⁷ Orhun Yet, "İdari Yargının Etkinliğine İlişkin Sorunlar", *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, Ankara-2000, s.88.

¹⁸⁸ İl Han Özay, "İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yeniden Yapılanması Bağlamında İdari Yargı Örgütü ve Reorganizasyonu", *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, Ankara-2000, s.67. Özay, Danıştay'ın danışma fonksiyonu sebebi ile bu kurumu eleştirisi dışında tutmakta ve özellikle yargılama hukukuna ilişkin derslerdeki eksikliklere dikkat çekmektedir, s.68; Bu konudaki Fransız sistemi için, Ali Uluyol, *İdari Yargı Mensuplarının Seçimleri, Güvenceleri ve Denetlenmeler - Fransa ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme*, 2001 Danıştay Sempozyumu'nda sunulan tebliğ, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Ankara, 11-12 Mayıs 2001.

¹⁸⁹ 2/433, 24.1.2001.

Vergi sistemimiz içinde yer alan bazı imkanlar da vergi suçlarının oluşmasına artmasına sebep olmaktadır. Bunlar uzlaşma, vergi cezalarında indirim, tecil ve af olarak belirlenebilir. 1963 senesinde mevzuatımıza giren¹⁹⁰ ve Anayasamızın 73.maddesinde yer alan ve Kanunilik ilkesine aykırılığı tartışılan uzlaşma müessesesi ile vergi idaresi ve mükellef VUK'nun Ek maddelerinde düzenlenen hükümler çerçevesinde vergi matrahı ve cezalarında anlaşabilmektedir. Vergi cezaları da vergi mükellefinin vergi idaresinden talepte bulunması üzerine VUK'nun 376. maddesi çerçevesinde indirilebilmektedir. Bir başka kolaylık Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 48.maddesinde düzenlenmiş bulunan tecil müessesesidir.

Bu şekilde uygulamada yer alan uygulanma şekline göre Avrupa Birliği bünyesinde devlet yardımı olarak kabul edilip¹⁹¹ müeyyidelendirilen yollarla mükellefler arasında ciddi bir vergi ödememe eğilimi oluşmaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun 344. maddesinde yer alan vergi ziyai suçu için aynı Kanun'un 112. maddesi ile bağlantılı olarak hesaplanan vergi ziyai cezası, ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanunlarında belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi ile bulunur. Vergi ziyai fiili belirlendikten sonra ceza ihbarnamesi düzenlenecek, bu tarihlerdeki farklılıklar cezanın da farklı hesaplanmasına sebep olacaktır. Bu durum hukukun temel prensiplerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine, dolayısı ile Anayasa'nın özellikle 10. ve 38. maddelerine aykırılık teşkil edecektir. Zira mükellefin fiili neticesi kendisine uygulanacak ceza miktarını bilme imkanı kalmamaktadır. Anayasa Mahkemesi benzer bir durumla ilgili kararında¹⁹² Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hapis cezalarının paraya çevrilmesinde *hüküm tarihinde* yürürlükte olan asgari ücret miktarının esas alınmasını öngören düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu durum ileride ayrıntılı olarak belirtilecektir.

Vergi Usul Kanunu'nun 367.maddesine göre Cumhuriyet Savcıları vergi incelemesi talep ettikleri zaman 359.madde kapsamındaki fiillerin varlığı ile 360.maddedeki iştirak hali tespit edilebilir. Ancak bu inceleme neticesinde kamu davası açılabilir. Uygulamadaki problem bu inceleme raporlarında suç unsuru tespitlerinin tam olarak yapılamaması ve kanaate dayalı sonuçların ortaya çıkmasıdır. Cumhuriyet Savcılarının bu konuda bizzat inceleme yetkisi olmadığından durumun vergi daireesine bildirilmesi gerekmektedir. Uygulamada ise talep yazısına dayanmak suretiyle iddianame hazırlanmakta ve dava açılmaktadır. Daha sonra ağır ceza mahkemelerince atanan bilirkişiler daha çok maliye mensubu oldukları için unsurların belirlenmesinde takdiri görüşler ön plana çıkmaktadır. Bu durum verilen kararları etkilemektedir¹⁹³.

¹⁹⁰ RG:28.21963/11347.

¹⁹¹ Hakan Üzeltürk, "Mali devlet yardımları: Vergi hukuku boyutu", *Dünya*, 13 Temmuz 2001, s.13.

¹⁹² T.7.6.1999, E.1999/10, K.1999/22 (RG:12.10.2000).

¹⁹³ Veysi Seviğ, "Vergi suçlarında ceza davası", *Dünya*, 18.9.2000.

3. Avrupa Birliği Boyutu

Avrupa Birliği boyutunda vergi suçları ile mücadele konusunda oluşturulan sistemin yürütülmesinde en önemli nokta bilgi toplanmasıdır. Bu konuda önemli belgelerden bir tanesi 1988 yılında imzaya açılan ve 1.4.1995 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi-OECD ortak çalışması olan Vergi Sorunlarında Çok Taraflı İdari Yardımlaşma Anlaşması'dır¹⁹⁴. Burada yer alan bilgi değişimi ile ilgili düzenleme 19.12.1977 tarihli Konsey Direktifi'nin yanı sıra, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının da genellikle 26. maddesinde yer almaktadır. Mutual Assistance Directive ile ilgili ilk karar bu Direktif'in yorumu hakkındaki *W.N. v. Staatssecretaris van Financien*¹⁹⁵ davasında verilmiştir.

Buna göre bilgi değişimi beş şekilde yapılabilmektedir. Bunlar, talep üzerine, otomatik olarak, anında(spontane) bilgi, diğer bir ülkede bilgi edinme ve Çok Taraflı Anlaşma ile getirilen iki yada daha çok ülkede simultane vergi incelemeleridir. Bütün bu yolların kullanılması vergi gibi ortak çıkarlar sebebi ile verimli olarak işleyebilecektir. Fakat her bir ülke için vergilerle ilgili bilgi ve belgelere doğru ve anında ulaşılması gerekmektedir. Türkiye açısından ileride bilgi sağlanması ve akışındaki eksiklikler sebebi ile ciddi problemlerle karşılaşılması kuvvetle muhtemeldir.

Bir başka önemli nokta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde *adil yargılanma hakkı* ilkesidir¹⁹⁶. Bu konuda vergi hukuku ile ilgili olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce verilen *Bendenoun v. France* kararında¹⁹⁷ mükellefin birçok belgeye ulaşım okuması yeterli bulunmuş, bunların ayrıca kendisine verilmemesinin adil yargılanma hakkını ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Mahkeme 6. maddenin uygulanabilmesi için verilen vergi cezaların niteliğine bakarak gerçekten bir suç olup olmadığını incelemiştir. Tespit edilen ilkeler genellikle-herkese uygulanabilme ve zarar tazmininden ziyade tekrar suç işlenmesini önleyici hale getirme-hem önleyici hem de cezalandırıcı nitelikte olma idi. Bunlar birlikte oldukları takdirde ancak bir suç oluşabilirdi.

Burada adil yargılanma hakkı ile ilgili bazı örnekler ile kararlar verilecektir. Vergi ceza davalarında sürelerin uzunluğu da adil yargılama hakkına aykırıdır. *Lechacynski v. France* (1999) davasında 9 yıl 5 ay, *Helmut Radolf v. Austria* (1998) davasında 13 yıl 5 ay, *MHS and RS v. France* (1998) davasında 6 yıl 4 ay, *S,R,H and M v. Austria* (1999) davasında 11 yıl 1 ay süren davalar adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. Adli yardımda bulunmama da adil yargılanma hakkı'nın ihlaline sebep olmaktadır. Bu konuda da *Ian Poole v. UK* (1999) ve *Shoun Johnson v. UK* (1998) kararları örnek verilebilir. Adil yargılanma konusunda mükellefin yararlanabileceği

¹⁹⁴ Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters.

¹⁹⁵ 13.1.2000, C-420/98.

¹⁹⁶ Hakan Üzeltürk, "Vergi Hukuku ve Adil Yargılama:Point-No-Point", *Vergi Dünyası*, Sayı.250 (Haziran-2002).

¹⁹⁷ 29.2.1994, EHRR 18-54.

imkanlara örnekler: makul süre talep hakkı, silahların eşitliği ve ceza yargılamasının çekişmeli olması - *Bendenoun v. France* (1994), mahkemeye ulaşma hakkı - *Golder v. UK* (1975), masumiyet karinesi - *AP, MP and TP v. Switzerland* (1997), *EL, RL and LO v. Switzerland* (1997), susma hakkı - *Funke v. France* (1993), *Saunders v. UK* (1996). Türkiye'deki vergi mükellefleri de şartlar gerçekleştiği takdirde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne kişisel başvuruda bulunabileceklerdir.

4. Avrupa'da Bazı Ülkelerde Vergi Suçları ve Cezaları İle İlgili Örnek Uygulamalar

A. Birleşik Krallık

Vergi kaçırma Birleşik Krallık gelirler idaresinin en çok önem verdiği konulardandır. Bu amaçla uzmanlardan kurulu bir birim işbaşındadır. Burada görevli olan uzmanlar "hayalet avcılarını-yok edicileri" olarak anılırlar. Bunların temel hedefi, *ghost* denilen kazançlarından vergi ödemeleri gereken, fakat kayıtlarda yer almayan kişiler ile *moonlighters* denilen ikinci bir işte çalıştıkları halde bunları beyan etmeyen kişilerdir. Uzmanlar aynı zamanda kazançlarını bildirmeyen kişiler hakkında da bilgi toplarlar. Gelirler idaresi *Customs and Excise* ile ortak gruplar oluşturmak suretiyle vergi ve KDV konularında birlikte çalışırlar. Bizde kayıt dışı ekonomi olarak yer alan kavram burada gizli veya gölge ekonomi olarak yer almaktadır¹⁹⁸.

Bunun yanında gelirler idaresi ticari hesapları inceleyerek düşük olarak beyan edilmiş kazançları ortaya çıkarır. Çok ciddi boyutlu vergi kaçırma suçları ile ilgili olarak Özel Uyum Birimi mevcuttur.

Birleşik Krallık vergi sisteminde yer alan vergi cezaları temel olarak "Taxes Management Act" denilen 1970 tarihli Vergilerin İdaresi Kanunu'nda (bizdeki Vergi Usul Kanunu) düzenlenmiştir. Bu Kanunun 10. bölümü "Cezalar ve benzerleri" başlığını taşımaktadır. Bunun yanında yine aynı Kanun'un diğer bölümlerinde ve Katma Değer Vergisi Kanunu gibi diğer bazı kanunlarda da çeşitli hükümler mevcuttur.

Bir vergi kaçırma söz konusu ise (tax evasion) buna *back duty case* adı verilmektedir. Bu durumda idare ceza davası açar, kaçırılan vergi için tarhiyatta bulunur ve bunun için faiz talep ederek ceza keser. İdare genellikle mükellefle uzlaşma yolunu tercih etmektedir. Ceza davası yoluna başvurulma oranı¹⁹⁹ 1/1500 gibi çok düşük bir orandadır. İdare bu yola başvururken 105. maddeden hareket eder. Özellikle mükellefin itirafları önemlidir. Fakat mükellefin söyledikleri delil olarak daha başka ihlallerin araştırılmasında kullanılabilir (*IRC v. Nuttall*²⁰⁰). Uzlaşmada kayıp vergi mik-

¹⁹⁸ Hakan Üzeltürk, "Gölgelerin Efendisi:Gölge Ekonomi-Bazı Ülkelerden Örnekler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-2004.

¹⁹⁹ Chris Whitehouse-Elizabeth Stuart-Buttle, Revenue Law-principles and practice, Butterworths, Edinburgh-1992.

²⁰⁰ (1990) STC 194.

tarı, faizler, cezalar ve mükellefin işbirliği yanında en önemli unsur benzer davalardaki hükümler arasındaki yeknesaklıktır.

Eğer bir ceza takibi söz konusu ise başvurulacak kanun 1911 tarihli yalancı şahitlik (perjury act) ve 1978 tarihli hırsızlık kanunu (theft act)'dur. Bu kanunlarda belirtilen çeşitli tiplerdeki fiillerden sorumlu olanlar eğer bir şirket söz konusu ise şirketin yetkilileridir.

Vergi tarhiyatı için öngörülen süre ilgili vergi yılının bitiminden itibaren 6 senedir (m.34). Fakat kasdi veya kusurlu hareketler neticesi bir vergi kaybı söz konusu ise süre 20 seneye çıkmaktadır (m.36). Bu durumda sürenin başlangıç tarihi kast veya kusurlu hareketin ilgili olduğu tarhiyat veya hesap yılının sonundan itibaren işlemeye başlayacaktır. Eğer bir ortaklık söz konusu ise diğer ortaklar üzerinde bir extra vergi tarhiyatı söz konusu olabilecektir. 20 yıllık sürenin getirilmesinden önce kaçakçılık veya ağır kusur hallerinde zaman sınırı uygulanmıyordu (1936-1937'ye kadar gidebiliyordu).

Bazı kararlar konunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Örneğin, *Kovak v. Morris*²⁰¹ kararında vergi mükellefi vergi beyannamesini zamanında vermemeyi alışkanlık haline getirmişti. Daha önce bu durumda ağır kusur cezası söz konusu iken bugün bu fiil kusurlu davranışlar kapsamındadır. *Pleasence v. Atkinson*²⁰² kararında mükellef ağır kusur açısından masum olmasına rağmen mükellefin işlerini gören muhasebe firması indirim konusunu mükellefin özel hayatına taşımıştı. Bu durumda muhasebe firması suçlu bulundu ve konuyla ilgili diğer iddiaların ispatlanmasına gerek duyulmadı. *Honig v. Sarsfield*²⁰³ kararında vergi tarhiyatı tamamlanarak ilgili belgeler tamamlanmış ve imza edilmiş, fakat mükellef tebligatı almadan ölmüştü. 6 yıllık süre tamamlanmadığı için bu işlem geçerli sayılmıştır. Ayrıca kasti veya kusurlu hareketler neticesinde vergi kaybı söz konusu olduğu zaman mükellefin ölümünden sonra 3 yıllık bir süre de kanunda öngörülmüştü (m.40). *Baylis v. Gregory*²⁰⁴ kararında vergi tarhiyatının ilgili olduğu dönem 1975-76 yerine 1974-75 olarak yapılmış ve bu yanlışlık 1975-76 senesine ait zamanaşımı süresi dolduktan sonra fark edilmişti. Vergi müfettişi 1974-75 senesine ait bir tarhiyat olmadığını raporunda belirttikten sonra mahkeme burada iki husus üzerinde durdu. Birincisi 1974-75 senesine ait tarhiyatın iptali mükellefe tebligat yapılmadığından mümkün değildi. İkinci olarak bu durum 1975-76 senesine atıf yapılmasını gerektirmezdi. Bu durumda 1974-75 senesine ait gerekli şartlara uygun olarak yapılacak bir vergi tarhiyatına ihtiyaç vardı. Fakat zamanaşımı süresi gerçekleştiği için vergi mükellefinin vergiye tabi tutulması mümkün değildi. Bir başka ihtilafta mükellefin iflasının da en yüksek

²⁰¹ (1985) STC 183.

²⁰² (1987) STC 728.

²⁰³ (1986) STC 31 ve 246.

²⁰⁴ (1987) STC 297, (1988) STC 476.

ceza miktarının ödenmesine engel olmadığı *Re Hurren, ex p Trustee v. IRC*²⁰⁵ kararında belirtilmiştir.

Vergi cezaları hususunda Keith Komitesi (Komite Lord Keith of Kinkel başkanlığında 1980 senesinde oluşturulmuştur-Committee of Enforcement Powers of the Revenue Departments) tarafından yapılan geniş kapsamlı çalışmalar bunların sadece bir bölümünün 1989 kabulü ile dar kapsamlı olmuştur. Getirilen değişiklikle cezaların büyük bir bölümünün daha önce söz konusu olan ceza takibatı süreci yerine tebliğ edilerek yürürlüğe girmesi esas benimsenmiştir(m.100). Uygulamada vergi cezaları genellikle iki tarafın uzlaşması ile sonuçlanmaktadır. Zira idarenin ceza söz konusu olduğunda taviz vermeyen fakat mükellefin içinde bulunduğu durumu yakından incelemeleri bu sonucu yaratmaktadır. Keith Komitesinin en ihtilafli kararlarından bir tanesi cezaların ağırlıklarına göre artış gösteren bir dizi otomatik cezanın getirilmiş olmasıdır. Fakat bu durum muhalif görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuş ve teklif kabul edilmemiştir. Finance Act-1989 ile yürürlükteki ceza sistemi geliştirilmiştir.

B. Fransa

Fransa'da mükelleflerin vergiye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde Genel Vergi Kanunu (Code Général des Impôts-CGI) tarafından öngörülen yaptırımlarla karşı karşıya kalmaları söz konusu olur. Yaptırımlar, niteliklerine göre ya idare tarafından ya da mahkeme tarafından belirleneceklerdir. İdare, verginin tarhi ve tahsili hususlarında yaptırımlar uygulamaktadır ve bu yaptırımlar da mahkemenin denetimine tabi olmaktadır²⁰⁶.

Vergi konusunda öngörülen idari yaptırımlar çoğunlukla mali nitelikli olarak düzenlenmiştir²⁰⁷. Bu yaptırımların çift niteliği olduğundan bahsetmek mümkündür: Bir taraftan hazinenin uğradığı zararı tazmine yönelik, maddi bir zararın ortadan kaldırılmasını amaçlayan cezalar, mükellefin iyi niyetli olması halinde dahi uygulanırlar. Buna karşılık, gerçek bir ceza niteliği taşıyan kimi müeyyideler doğmuş bir zarar olmasa dahi uygulanacakları gibi, idare tarafından kötü niyetin varlığının tespiti halinde ağırlaştırılmaları dahi mümkündür²⁰⁸.

Vergi hukukunda uygulanan yaptırımlar iki kategoriye ayrılır.

1. İdari yaptırımlar: Mahkemenin denetimine tabi, idarece uygulanan para cezaları

²⁰⁵ (1982) 3 All ER 982.

²⁰⁶ Francis Lefebvre Mémento Pratique, Fiscal 2003, Levallois-2003, s.1084.

²⁰⁷ Jean-Yves MERCIER-Bernard PLAGNET, Les impôts en France, Traité de fiscalité 2003-2004, Levallois-2004, s.550.

²⁰⁸ Pierre Di MALTA, Droit Fiscal Pénal, Paris-1992, s.39.

2. Ceza hukuku anlamında yaptırımlar : Belli bir ağırlığı olan fiillere mahkemece verilen ıslah edici cezalar

Bazı hukuka aykırılıklar her iki tip yaptırımın da birlikte uygulanmasını gerektirebilir.

İdari Yaptırımlar

A. Beyanname Eksiklikler

Vergi matrahını etkileyecek eksiklikler, karışıklıklar idarenin tarhiyatta bulunması sonucunu doğurur. Bu eksiklikleri matraha etki etmeyen, sadece vergi denetimi ile ilgili belgelerden ve de verginin ödenmesi ile ilgili hukuka aykırılıklardan ayırmak gerekir. Bu eksikliklerin giderilmesine ilişkin ikmal tarhiyatları mükellefin iyi niyetli olup olmasına göre niteliği değişen bir vergi cezasını da içerir²⁰⁹.

Kural olarak, mükellef iyi niyetli varsayılır. Şayet vergi denetimi sonunda mükellefin kötü niyetli olduğu ya da hileli hareketlerde bulunduğu sonucuna varılırsa, kanunda belirtilen miktarlarda cezalar artırılır²¹⁰. Hileli hareketler idare tarafından vergi matrahını azaltacak ya da ortadan kaldıracak, devletten haksız iadelere yol açacak işlemlerde bulunmak olarak tanımlanmaktadır. Bu işlemler, vergi hatası olarak değerlendirilmemekte; gerçekte eksik ve tamamen veya kısmen vergiyi ödemeye yönelik açık niyeti içeren beyannamele hukuken geçerli görünüm sağlamaya yönelik kasti hareketlerin sonucudurlar. Fransız Danıştay'ı, bu tip hareketleri idarenin denetim yetkisini aşmaya yönelik hareketler olarak değerlendirmektedir²¹¹ (muhassebeleştirilmemiş, sürekli nakden alım satımlar²¹², sahte ve yanıltıcı faturalarla giderlerin gerçekmiş gibi gösterilmesi²¹³, ispat vasıtası olan belgelerin üzerinde tahrifat ve tahrifat yapmak²¹⁴ ...).

İyi niyetin varlığı halinde % 0.75 gecikme faizi uygulanır. Gecikme faizinin uygulanacağı tutar idarece tarh edilen miktardır²¹⁵. Kötü niyet halinde uygulanacak yaptırımlarda ise Mükellefin kötü niyeti sabitse, üzerinden gecikme faizi hesaplanan miktara kötü niyet halinde %40, mükellefin hileli hareketten suçlu bulunması halinde %80 oranlarda artırım yapılır²¹⁶.

Beyanname üzerine veya ekine açıkça kayıt düşülmek suretiyle "yasanın ya da durumun gerektirdiği üzere" vergilendirilecek bazı kalemleri tamamen ya da kısmen

²⁰⁹ CGI art. 1729.

²¹⁰ LPF art. L 195 A.

²¹¹ CE 3.5.1995 no.77174.

²¹² CE 27.9.1991 no 64005.

²¹³ CE 28.6.1991 no 77150.

²¹⁴ CE 24.2.1986 no 50433.

²¹⁵ CGI art. 1727.

²¹⁶ CGI art 1729.

bildirilmemesi veya indirilemeyecek giderlerin indirilmesi hallerinde, iyi niyetli mükellefe yapılacak (re'sen ve ikmalen) tarhiyatlarda gecikme faizi uygulanmaz (yasanın ya da durumun gereklerini yanlış yorumlama)²¹⁷.

İyi niyetli mükellefin beyan ettiği matrah ile idarece tespit edilen matrah arasındaki farkın, belli bir yüzdeyi geçmemesi halinde herhangi bir faiz tahakkuk ettirilmez²¹⁸ (bu müsamaha çeşitli vergilerde farklı yüzdelerde uygulanmaktadır, örneğin, gelir vergisi için %5, diğer bazı vergilerde %10²¹⁹).

B. Beyannamelerin Geç Verilmesi Ya da Hiç Verilmemesi Hali

Beyannamelerin verilmemesi ya da geç verilmesi halinde aylık %0.75 gecikme faizi uygulanır. Çeşitli hallerde bazı artırımlar uygulanacaktır²²⁰:

- İdare tarafından kendisine beyanname verilmesi için yapılacak bir tebligatı izleyen 30 gün içerisinde veya böyle bir tebligat söz konusu olmasa dahi mükellef beyannameyi kendiliğinden verdiği takdirde %10,
- Beyannamelerin verilmesine dair ilk tebligattan itibaren 30 gün içerisinde beyanname verilmezse %40,
- İlk 30 günlük sürenin bitimi sonunda yapılacak ikinci bir tebligatı müteakip 30 gün içerisinde de beyanname verilmezse %80.

C. Verginin Geç Ödenmesi Ya da Hiç Ödenmemesi

Beyanname usulüne tabi vergilerin geç ödenmesi halinde %10 ceza uygulanır. Beyanname verme ve taksit tarihlerini izleyen belli sürelerde vergiler ödenmezse bu yaptırımlar uygulanacaktır. %0,75lik gecikme faizi bu durumlarda uygulanmamaktadır²²¹. Genel olarak vasıtalı vergilerin geç ödeme ya da ödememe halinde %0,75 oranında aylık gecikme faizi ve ödenmeyen kısım üzerinden %5 vergi cezası kesilir²²².

D. Diğer Hukuka Aykırılıklar

1. Vergi denetiminde kullanılan belgelerin ibraz edilmemesi ya da geç ibrazı²²³

²¹⁷ CGI art 1732.

²¹⁸ CGI art 1733.

²¹⁹ Mémento Fiscal, s.1087, § 7334.

²²⁰ CGI art 1728.

²²¹ CGI art. 1731.

²²² CGI art. 1727.

²²³ CGI art. 1725.

Vergi denetiminde kullanılacak her türlü belgenin ibrazının geciktirilmesi ya da bu belgelerin ibraz edilememesi halleri para cezası ile yaptırıma bağlanmıştır. Tutarı 15€ olup geç verilen ya da verilmeyen her belge için uygulanır. Bu belgelerin ibrazı için idarece yapılacak bir tebligatı izleyen 30 gün içerisinde belgeler ibraz edilmezse para cezası tutarı 150€'ya çıkarılır. İkinci bir tebligatı izleyen 30 günde de belgeler ibraz edilmezse, ilgili belgelerin tamamı eksik kabul edilerek ceza uygulanır. Eğer belgeler ibraz edilmesi gereken tarihi izleyen üç ay içerisinde mükellef tarafından kendiliğinden ya da idarenin ilk talebi üzerine verilirse; mükellef aynı tür bir belgeye ilişkin bir suç, dört yıldan beri işlemediğini beyan ve idare bu hususu tespit eder ise, bu ceza uygulanmayacaktır. Mücbir sebep halinde de bu ceza uygulanmayacaktır.

2. İbraz edilen belgelerde eksiklik ve belirsizlikler bulunması²²⁴

Kanunda (CGI 1725) zikredilen vergi denetimine ilişkin belgelerde yer alması gereken bilgilerin tamamının ya da bir kısmının eksik ya da belirsiz olması halinde bu eksiklik ya da belirsizlik başına 15€ para cezası uygulanır. Her halde bu para cezası belge başına 150 €'dan az olamaz. Eğer bu belgeler vergi matrahının tespitine ilişkin ise uygulanacak ceza beyannamelerdeki eksikliklere ilişkin cezadır. Bu para cezası mücbir sebep hallerinde uygulanmaz. Eğer bu suç dört yıldan beri ilk kez işleniyorsa ve belgeler ibraz edilmeleri gereken tarihi izleyen üç ay içerisinde mükellef tarafından kendiliğinden ya da idarenin ilk talebi üzerine verilirse, bu ceza uygulanmayacaktır.

E. Yaptırımların Gerekçesi

Mükelleflerin tabi oldukları vergi cezalarının gerekçeli olması zorunludur²²⁵. Bu gerekçenin yazılı olması ve cezanın temelini teşkil eden vakıaları ve dayanan hükümleri açık ve anlaşılır şekilde içermesi zorunludur. Ödeme emrinin ya da tarihyatın tebliğinden en az otuz gün önce mükellefin bilgisine sunulması gerekir.

Ceza Hukuku Anlamında Suç ve Cezalar

A. Vergi kaçakçılığı suçları

Hileli hareketlerle vergi ziyana sebebiyet veren ya da vermeye teşebbüs edenler vergi kaçakçılığı suçu işlemiş olurlar. Bu suç çeşitli şekillerde işlenebilir²²⁶: Bunlar beyannamenin verilmemesi, vergiye tabi miktarın gizlenmesi, aciz halindeymiş gibi gösterilerek ya da başka şekillerde verginin tahsilini engelleme, muhasebe hileleridir.

²²⁴ CGI art. 1726.

²²⁵ LPF art. L.80 D.

²²⁶ CGI art. 1741.

Bütün bu hallerde vergi kaçırma kastı ile hareket edilmiş olması gerekmektedir. Kastın varlığını ispat yükü iddia eden taraf olan idareye düşer. Suçu işleyen idari cezalardan bağımsız olarak azami 37 500 € para cezası ve azami beş yıl hapis cezasına çarptırılır. Kaçakçılık, sahte fatura ya da faturasız alım satım suretiyle gerçekleştirilmiş ise veya devletten haksız iadeler elde etme amacını güdüyorsa, para cezası 75 000 €²²⁷.

Söz konusu suçları işleyenlerin medeni ve vatandaşlık haklarını kullanmaları Ceza Kanununun 131-26 maddesi uyarınca yasaklanabilir²²⁸. Suçun beş sene içinde tekrar etmesi halinde, para cezası 100 000 €, hapis cezası ise on yıl olarak uygulanır. Mahkeme kararın tamamen ya da kısmen resmi gazete ve belirleyeceği gazetelerde yayınlamasına ve üç ay boyunca tamamen ya da kısmen, mükellefin ikamet ettiği mahalde resmi yayınların ilanına tahsis edilmiş panoya asılır. Keza, mükellefin işyeri binasının dış kapısına da asılmak sureti ile ilan edilir. İlan masrafları suçluya yüklenir²²⁹.

Vergi kaçakçılığının fail ve şerikleri ziyaa uğratılan vergi ve cezaların ödenmesinde müteselsilen sorumludur. Şerikler muhasebeci ya da kamu görevlileri ise başka cezalara da hükmedilebilir²³⁰.

Suçun manevi unsuru CGI art 1741 metninde açıkça görülmektedir. Anılan madde metnine göre, kaçakçılık suçu, iradi olarak eksik beyanname veren veya vergiye tabi unsurları iradi olarak gizleyen kişi tarafından işlenir²³¹. Fransız Yargıtay'ı çeşitli kararlarında²³² irade unsurunun göz önüne alınmasının ihmal edildiği hususunda eleştirilmiştir. Bu eleştiriler doğrultusunda yapılan mevzuat değişikliği neticesinde LPF (Fransız Vergi Usul Kanunu) 227 uyarınca, CGI 1741 - 1743 maddelerinde öngörülmuş olan, verginin eksik tarh ettirilmesi ya da eksik ödenmesi şeklinde tezhür eden suçun işlenmesinde kast unsurunun varlığını ispatla idare ve savcılık mükellef tutulmuştur²³³. Doktrinde geniş olarak eleştirilen bu değişiklik ile ilgili olarak, bu maddenin anılan şekli ile düzenlenmemiş olması halinde de kast unsuru açısından aynı sonuca varılacağı; dolayısı ile anılan değişiklik ile aslında maddeye bir yenilik getirilmemiş olduğu ileri sürülmektedir²³⁴.

İdare de 20 Mart 1980 tarihli tebliği ile, kanun değişikliği ile takibatta bulunan taraflara ek bir yükümlülük getirilmeyip, var olan temel bir ceza hukuku prensibinin tekrar dile getirilmesinden ibaret olduğunu belirtmektedir²³⁵.

²²⁷ CGI art. 1741.

²²⁸ CGI art. 1741.

²²⁹ CGI art. 1741.

²³⁰ CGI art. 1742, 1743, 1745.

²³¹ Di MALTA, s. 191.

²³² Cour de Cassation, Chambre criminelle, 1974-10-03, 73-93259; Cour de Cassation, Chambre Criminelle 1974-07-03, 73-92987.

²³³ Di MALTA, s.191.

²³⁴ idem.

²³⁵ idem.

Kaçakçılık kastının belirtileri; mükellefin giriştiği hileli hareketler, faaliyetlerinin devamlı nitelik arz etmesi ya da kötü niyete karine teşkil eden, mesleği gereği vergisel yükümlülüklerinin bilicinde olması halleri olarak sayılmıştır.

Hileli hareketler, içtihat tarafından suçu oluşturan bir unsur olarak kabul edilmemekle beraber mükellefin kaçakçılık kastına ilişkin bir belirti teşkil ettiğinin kabulü mümkündür²³⁶. Fransız Yargıtay'ının içtihatlarına göre bazı hareketler hileli hareket olarak kabul edilmiştir. İdarenin denetimini imkansız hale getirmek için bilhassa karışık muhasebe kayıtları tutulması²³⁷; satışların az gösterilmesi²³⁸ vb... Kaçakçılık kastının varlığına delalet eden hileli hareketler mükellefin gerçek usulde vergilendirme rejimine geçmekten kaçınmasına yönelik olabileceği gibi²³⁹, bir faaliyetin ticari karakterini gizlemek için oluşturulan perde dernekler veya paravan şirketler kurulması²⁴⁰ şeklinde tezahür edebilir.

Mükellefin bazı faaliyetlerinin devamlılık arz etmesi de, Yargıtay içtihatları ile kaçakçılık kastının belirtisi olarak kabul edilmiştir. Örneğin, mükellefin harcamalarını muhasebeleştirilmemiş çekleri ciro ederek yapmayı alışkanlık haline getirmesi²⁴¹.

Mükellefin mesleği gereği vergisel yükümlülüklerini yerine getirmemesinin sonuçlarını biliyor olması hali içtihat tarafından vergi kaçırma kastının mükellefe atfedilmesi neticesini doğurmaktadır²⁴².

Hata, ancak çok sınırlı hallerde ileri sürülebilecektir. Hukuki hata zaten ileri sürülemez. Buna karşılık, sürekli olmayan hata ve ihmalden kaynaklanmayan ve muhasebecilerine güvenden kaynaklanan hukuki hata sayılmayan hatalar kabul edilebilecektir²⁴³.

B. Diğer suçlar

- Vergi denetimine bireysel ya da toplu direnme failleri için çeşitli cezalar öngörülmüştür²⁴⁴.
- KDV hususunda gerçek dışı iadeye yol açan hileli davranışlar hazine aleyhine dolandırıcılık teşkil etmekte olup Ceza Kanunu m. 313-1 de öngörülen (375 000 €) anlamında yaptırıma bağlanmıştır.

²³⁶ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 1974-07-03, 73-92987.

²³⁷ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 1978-05-25, 77-92637.

²³⁸ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 1977-02-24, 76-92378.

²³⁹ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 1979-05-21, 78-92205.

²⁴⁰ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 1983-01-03(yayınlanmamış karar).

²⁴¹ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 1979-05-21, 78-92205.

²⁴² Di MALTA, s.192.

²⁴³ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 1977-02-24, 76-92378.

²⁴⁴ CGI art. 1747.

C. Usul

Vergi suçları komisyonunun idarenin şikayeti hakkında olumlu görüş bildirmesi üzerine idarece ceza mahkemesine başvurulur. Başvuru suçun işlendiği tarihten itibaren üçüncü senenin sonuna kadar yapılabilir²⁴⁵. Bu süre azami altı ay olmak üzere komisyona başvuru ile komisyonun görüşünü bildirmesine kadar geçen süre boyunca durur.

DIĞER YAPTIRIMLAR

Vergi suçu işleyenler ne para cezası ne şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza teşkil eden ek cezalara da çarptırılabilirler.

A. Faaliyetten men ve sürücü ehliyetine el konulması²⁴⁶

Vergi suçu işleyenler mahkemece ek ceza olarak mesleki, ticari faaliyetten belli bir süre men edilebilecekleri gibi, sürücü ehliyetlerine el konulabilir. Her iki ceza birlikte verilebilir. Bu cezaların süresi üç yılı aşamaz; tekerrür halinde süre iki kat olarak hükmedilebilir. Şayet mükellef bu yaptırımlara uymazsa azami iki yıl hapis ve/veya 18 000 € para cezasına çarptırılır.

B. Kamu ihalelerinden yasaklama²⁴⁷.

C. Belçika

İdari Yaptırımlar

Belçika gelirlerden alınan vergiler hakkında kanunu "Code des impôts sur le revenu" (CIR) madde 444 uyarınca, beyannamenin verilmemesi ya eksik ya da beyanda bulunulması halinde beyan edilmeyen gelire isabet eden vergiler % 10 ila % 200 artırılır. Herhalde, beyan edilmemiş gelire isabet eden vergi miktarı ve vergi artırımını beyan edilmemiş geliri geçemez.

Bu vergi artırımını mükellefin iyi niyetli olması halinde dahi uygulanacaktır²⁴⁸. Buna, bu hatanın mükellefin muhasebecisi tarafından yapılmış olması hali de dahildir. Ancak kanun iyi niyet halinde idarenin vergi artırımının en az % 10'undan vazgeçebileceğini öngörmektedir²⁴⁹. Beyan edilmeyen miktarın 620 euro'dan daha az olması halinde vergi artırımını uygulanmaz²⁵⁰.

²⁴⁵ LPF art. L228-L233.

²⁴⁶ CGI 1750.

²⁴⁷ Code des Marchés Publics art. 43,46,47.

²⁴⁸ Emekli aylığı alanların beyanname vermeyeceklerini düşünerek beş yıl boyunca beyanname vermeyen mükellefin iyiniyetli kabul edilmeyeceği hakkında Gand İstinaf Mahkemesi Cour d'appel de Gand dd. 15.10.1991, 15.10.1991 G 91/14 kararı.

²⁴⁹ CIR. 444.

²⁵⁰ CIR. 444.

Bu vergi artırımların uygulanmayacağı diğer durumlar ise şunlardır²⁵¹:

- Eğer matrahtaki artış dış belirtiler usulü ile hesaplanmadan kaynaklanıyorsa; ek tarhiyat iradi vergi hatalarından değil, mükellef ve müşterisi arasında vergi alanında etki doğuran ticari bir ihtilafın yargı yolu ile çözümünden kaynaklanıyorsa;
- Beyanname verilememesi mükellefin iradesi dışındaki sebeplerden (mücbir sebep) kaynaklanıyorsa;
- Mükellef herhangi bir vergi incelemesi ya da idarenin talebi olmadan kendiliğinden gizlediği gelirleri beyan ederse;
- Eğer ihtilaf bazı mesleki giderlerin indiriminin reddi, mükellefin bu indirimlerin gerçekleştirilebileceği kanısında olması makul gözükmemekte ise;

Ceza hukuku anlamında suç ve cezalar

"Kaçakçılık kastı ya da zarar verme amacı ile bu kanun hükümlerine veya bu kanunun uygulanması için çıkarılan yürütmenin genel düzenleyici işlemlerine karşı gelenler, sekiz günden iki seneye kadar hapis ve 250 € ila 12500 € para cezasına veya bunlardan sadece bir tanesine çarptırılırlar²⁵²."

Zarar verme amacı; (10 şubat 1981 tarihli kanunun gerekçesinde) kamu ya da bireylerin yasal hak ve menfaatlerini ihlal etme niyeti olarak tanımlanmıştır²⁵³.

Kaçakçılık kastı; kendisi ya da bir üçüncü kişi lehine yasal olmayan bir kazanç ya da bir yarar sağlama amacı olarak kabul edilmiştir²⁵⁴.

449'uncu maddede düzenlenen suçları işlemek amacıyla sahte resmi evrak düzenleyen ve kullananlar bir aydan beş yıla kadar hapis cezası ve 250 € ila 12500 € para cezası veya bunlardan sadece bir tanesine çarptırılırlar²⁵⁵.

Hazine'nin menfaatlerine zarar verebilecek bir belgenin bilerek tanzim edenler veya kullananlar sekiz günden iki seneye kadar hapis ve 250 € ila 12500 € para cezasına veya bunlardan sadece bir tanesine çarptırılırlar²⁵⁶.

Bu düzenlemeler dışında, yalan yere tanıklık ve tanıklıktan kaçınma halleri de suç

²⁵¹ Marc DASSESE-Pascal MINNE Pascal, Droit Fiscal principe généraux et impôts sur les revenus, Bruxelles-1996, s.340.

²⁵² CIR. 449.

²⁵³ DASSESE/MINNE, s.351.

²⁵⁴ idem.

²⁵⁵ CIR. 450.

²⁵⁶ CIR. 450.

olarak düzenlemiş ve ceza kanunda bu suçlar için öngörölmüş olan suçlar ile müeyyidelendirilmiştir²⁵⁷.

Meslek sırrına ilişkin hükümlere aykırılık, ceza kanununun ilgili maddesi uyarınca cezalandırılır²⁵⁸.

Bazı Diğer Yaptırımlar

- Bir mesleğin icrasının yasaklanması: Muhasebe ve vergi danışmanlığı yapanların veya muhasebe işlemlerine yardımcı olan kişilerin bu mesleklerin doğrudan ya da dolaylı olarak icrası, hakim kararıyla üç aydan beş yıla kadar engellenebilir²⁵⁹.

- İşyeri kapatma: Hakim suçu işleyen çalışanı ya da yöneticisi olduğu, şirket, dernek veya işletmenin üç aydan beş yıla kadar kapatılmasına, gerekçesini göstererek karar verebilir²⁶⁰.

- Mahkumiyet kararının yayınlanması: Hakim, mahkumiyet kararının kendisi tarafından belirlenecek bir yerde yayınlanmasına karar verebilir²⁶¹.

- Şeriklerin verginin ödenmesinden müteselsil sorumluluğu: Suça iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılan kişiler, ziyaa uğratılan verginin ödenmesinden asıl faille birlikte müteselsilen sorumludurlar²⁶².

Diğer bazı Avrupa ülkelerinde ekonomik suçlar alanında yer alan yeni düzenlemeler şu şekildedir²⁶³: Avusturya'da ekonomik suçlar bakımından teşviklerin kötüye kullanılmasına ceza yaptırımı getirilmiştir. Rusya Ceza Kanunu'nun ekonomik faaliyetler alanındaki suçlar başlıklı kısmı 30 madde ile en kapsamlı alan olup, ilginç bir şekilde hırsızlık ve malvarlığına karşı diğer suçlar ekonomik düzene karşı suçlar olarak kabul edilmiştir. Polonya Ceza Kanunu'nda da 296-309. maddeler ekonomik ilişkilere karşı suçlar olarak yer almıştır. Almanya'da sübvansiyon dolandırıcılığı ve kredi dolandırıcılığı özel tehlike suçları olarak düzenlenmiş, iflas suçları İflas Kanunu'ndan çıkarılarak tekrar Ceza Kanunu'na alınmıştır.

Almanya'da vergi suçları bakımından uygulanan para cezaları 3.6 milyon DM'a kadar çıkmakta, vergi kaçakçılığı için de 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilmekte, kayıt ve belgeler 10 yıl saklanmaktadır²⁶⁴.

²⁵⁷ CIR. 451,452.

²⁵⁸ CIR. 453.

²⁵⁹ CIR. 455 s.1.

²⁶⁰ CIR. 455 s.1 /son.

²⁶¹ CIR. 459.

²⁶² CIR. 458 / 1.

²⁶³ Yener Ünver, "Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri", Çetin Özek Armağanı, İstanbul-2004, s.907-1012.

²⁶⁴ Sabahattin Benlikol-Muhsin Akgür, Avrupa Birliği'nde Kayıtdışı Faaliyetlerin Kontrolü ve Denetimi, İstanbul Ticaret Odası Yayını: 2002-14, İstanbul-2002, s.48-49.

5. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Vergi Cezalarına Etkileri

Yeni 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde "Bu Kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmü getirilmiş olup bu düzenleme vergi cezaları alanında ceza kanunları ile olan ilişki bakımından oldukça önemlidir. Ceza hukuku anlamında vergi suç ve cezaları kamuoyunda çok bilinen 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde düzenlenen ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile müeyyidelendirilen kaçakçılık, 4. maddenin son fıkrasında yer alan vergi mahremiyetini ihlal suçu ve 5. maddede düzenlenen mükelleflerin özel işini yapma suçudur. Bu çalışmada sadece 359. madde ile ilgili bazı tespitler yapılacaktır.

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesi, 22.7.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanunla 1.1.1999 tarihinden geçerli olmak üzere değiştirilmiş olup şu şekilde düzenlenmiştir:

"MADDE 359 - a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1. 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,

2. Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler (Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir) veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir.)

Hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için (.....)²⁶⁵ yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez.

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

²⁶⁵ "(...)" içindeki "hüküm tarihinde" sözcükleri, Anayasa Mahkemesinin 12.10.2000 tarih ve 24198 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7.6.1999 gün ve E.1999/10 - K.1999/22 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

1. Defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini 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 (Sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir.),

2. Belgeleri Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde basanlar ile sahte olarak basanlar veya bu belgeleri kullananlar,

hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar ağır hapis cezası hükmolunur.

371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.

Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez."

Yeni düzenlemeler çerçevesinde getirilen hükümlerin 359. maddede belirtilen suçların cezalarına ve infazına çeşitli etkileri vardır. Her şeyden önce, ağır hapis cezaları hapis cezalarına dönüşmüştür. Madde 359 (a) bakımından davalar asliye ceza mahkemelerinde açılacaktır. Madde 359 (b) bakımından ise ağır ceza mahkemelerinin görev alanlarının değişmesi sebebiyle davalar asliye ceza mahkemesinde açılacaktır. 359(b) bakımından

Yeni Türk Ceza Kanununun 50. maddesine göre kısa süreli hapis cezaları, suçlunun kişiliğine, duyduğu pişmanlığa ve sosyal ve ekonomik durumuna göre adli para cezasına ve çeşitli diğer yaptırımlara çevrilebilir. Cezanın adli para cezasına çevrilmesi halinde uygulanacak kıstas aynı Kanun'un 52 (2). maddesinde en az 20 en fazla 100 Yeni Türk Lirası olarak belirlenmiştir. Burada kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurulacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde ise onsekiz yaşını bitirmemiş veya altmış yaşını aşmış kişilerde üç yıl olmak üzere iki yıl veya daha az süreli hapis cezalarının ertelenebileceği belirtilmiştir. Burada sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm olmamış olması ve mahkemenin sanığın tekrar suç işlemeyeceği yönünde bir kanaate ulaşması gerekmektedir. Cezanın ertelenmesi mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlanabilir.

5237 sayılı Kanun'un 66. maddesi dava zamanaşımı süresini düzenlemektedir. Buna göre temel olarak ceza davası zamanaşımı süresi beş yıldan sekiz yıla çıkmaktadır.

Bu düzenlemeler kapsamında 359. maddeye baktığımızda paraya çevirmede

kıstasın değiştiğini görmekteyiz. Madde 359 (b)'deki fiillerin cezaları ise paraya çevrilemeyecek, fakat Ceza Kanunu'nun 51. maddesine göre ertelenebilecektir. Ayrıca, yeni Ceza Kanunu'nda zamanaşımı ile ilgili yeni hükümler ile Vergi Usul Kanunu'nun zamanaşımı hükümleri arasındaki farklılık önemli sorunlara yol açacaktır. Vergi Usul Kanunu'nun 114. maddesinde yer vergilendirme zamanaşımının ve defter ve belgeleri saklama ve ibraz süresinin beş yıl olarak belirlenmesi dolayısıyla, ceza dava zamanaşımı süresi içinde açılacak ceza davalarında ispat bakımından sıkıntılar yaşanacaktır.

Bütün bu sebeplerle her iki Kanun arasında zamanaşımı bakımından uyumun sağlanması gerekmektedir. Ayrıca yeni düzenlemeler kapsamında getirilen erteleme imkanı sebebiyle vergi cezaları da etkisini yitirmiştir. Özellikle kaçakçılık gibi çok önemli bir suç artık müeyyidesiz hale gelmiştir. Ülkemizde vergiler bakımından çok yüksek oranlardaki denetim zafiyeti ve kayıtdışılık sebebiyle bu durumu düzeltecek tedbirlerin acil olarak alınması ve 1 Haziran 2005 tarihinden önce gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

4. Sonuçlar

1. Ekonomik suçların en önemli kısımlarından birisini oluşturan vergi suçları ve cezaları sistemimiz gerek bünyesindeki eksiklikler, gerekse denetim problemleri sebebiyle sağlıklı çalışmamaktadır.
2. Ülkemizde İdare'nin ve mükelleflerin vergilere bakış açısı sistemdeki bozuklukların açık bir göstergesidir.
3. Vergi İdaresi'nin çağın gereklerine uygun yapılanması, mükellef haklarına önem vermesi ve denetimi tek elden yürütmesi gerekir. Bugünkü şekliyle yapılması düşünölen değişiklikler yeterli değildir.
4. Vergi suçlarına kademeli cezalandırma sistemi getirilmelidir.
5. Vergi yargısından kaynaklanan ve adaleti geciktiren hususlar ortadan kaldırılmalıdır.
6. Vergi cezaları ile yeni Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler bakımından uyumsuzluklar düzeltilmelidir.
7. 3568 sayılı Kanun'dan (Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirlik ve Yeminli Malî Müşavirlik) kaynaklanan problemler çözümlenmelidir.
8. Vergi affı yoluna gidilmemeli, mevcut uygulamadaki adaletsizlikler giderilmelidir.
9. Çağdaş vergi akımları takip edilmeli, uluslararası kurallar ve mahkeme kararlarının sistemimize girmesi sağlanmalıdır.

10. Vergi suç ve cezalarının etkin olabilmesi için vergi sistemimiz hukuk ve adalet temelinde yeniden yapılandırılmalıdır.

Çok teşekkür ederim.

BAŞKAN - Sayın hocamıza açıklamaları için teşekkür ederiz.

Hocam bir iki konu üzerinde hassasiyetle durdu; birincisi, vergi kanunlarındaki vergi ziyai cezasının Anayasa'ya aykırı olduğu konusudur; bu, idare tarafından da biliniyor, fakat bir türlü çözüm üretilmiyor; anlamak mümkün değil.

Vergi mükellef hakları konusu; mükellef hakları konusunda idarenin gerekli hassasiyeti göstermemesi. Bu konuda ileride Avrupa Birliği normları çerçevesinde idareye değişik sorunlar açacak niteliktedir.

Diğer açıklamaları tekrar etmenin anlamı yok, benim için de yararlı bir konuşma oldu; çok teşekkür ederim, sağ olsunlar, var olsunlar.

Şimdi sorulara geçiyoruz.

Buyurun efendim.

Prof. Dr. Ercan TEZER (Otomotiv Sektör Kurulu) - Vergi yasalarımızın hemen tümünde, hükümete vergi hadlerini % 100'e kadar artırma yetkisi tanınmış. Bu tanımı, Anayasadaki vergilendirme kıstasıyla ilgili bağlantısını kurabilir misiniz? Bazı iddialara göre, Anayasa'da öngörülen vergi hadlerinin hükümet tarafından yükseltilmesi, sadece vergide aşınma payını gidermeyi amaçlıyor; yoksa, durup dururken, Meclisin dışında birdenbire vergiyi % 100 artırma hakkını tanımıyor. Bu konuda yoruma ihtiyaç var galiba. Lütfederseniz teşekkür ederim.

BAŞKAN - Buyurun efendim.

Nihat KÖSEOĞLU (Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı) - Sayın Kızılot Hocamız, açıklamasında, vergi kanunundaki cezai düzenlemenin özel kanun olduğundan genel kanun uygulanamayacağını, özel kanunun geçerli olduğunu söylediler. Oysa, son düzenlenen 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda henüz yürürlüğe girmedir. Fakat genel hükümlerin 5 inci maddesinde "genel hükümlerin özel kanunları kapsadığı" şeklinde düzenleme yapıldığından ve para cezalarıyla ilgili düzenleme de bu kapsamda olduğundan, özel kanunu kapsadığı kesin, bu konuda tereddüt yok. Onu açıklamak istiyorum.

Sayın ÜZELTÜRK Hocamıza sorum: Elimizdeki davaların büyük çoğunluğu ticaretle uğraşan dürüst tacirlerle ilgili değil. Kızılot Hocamızın belirttiği gibi, çaycı, odacı, çalışan kişilerle ilgili mükellefiyet tesisi yaptırmışlar. Onlarla ilgili açılan davalar ve dolayısıyla, bunlar sonuçlandırılmıyor. Elimizde olan davaların çoğu da zaten giyabi tutuklu, sorguları yapılamamış davalar.

"Vergi raporlarında yapılan denetim sırasında ticarî faaliyette bulunmadığı tespit edilmiştir" deniliyor. Yani, siz, dürüst mükellefi ele alarak açıklamalar yaptınız ve davaların bitmediği, uzadığı şeklinde yorum getirdiniz. Araştırmanızın bu konuları da kapsamı gerekirdi diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Buyurun efendim.

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN - Türkiye'de vergi sistemiyle ilgili olarak 3 temel sorun görüyorum: Bunlardan birisi, vergilerin gelire göre çok yüksek olması. Bunun sebebi, bazı insanlar vergi vermiyor, o yüzden yüksek tutuyoruz.

İkinci konu, vergilerin herkesten alınamaması. Türkiye'de bir vergi veren, mutlaka vermek zorunluluğunda olan, veren kesim var, bir de vermeyen kesim var; bunu herkes biliyor. Bu bir ayırım yaratıyor, bir haksız rekabet ortaya çıkıyor. Dolayısıyla, vergi vermeyenler yüzünden vergi veren çok mağdur oluyor. Bu, Avrupa'dan farklı bir durum, vergiler yüksek olabilir, herkesten alırsanız, sadece bu bir sorundur; ama, vergi hem yüksek olur hem de herkesten alamazsanız çifte sorun var demektir. Karşı tarafı çok kötü bir duruma sokuyorsunuz demektir.

Üçüncü konu da, vergilerin ani değişmesi. Keyfi olarak değişmesi, belki 4 kat değişiyor. İş dünyasında bir insansınız, birsürü alışveriş yapmışsınız, sistemler kurmuşsunuz vergiler bu oranda gidecek diye ya da aşağı yukarı % 5 diye. Vergi, birden bire 8 kat, 7 kat, 6 kat artıyor ve bütün sisteminiz alt üst oluyor, batacak hale geliyorsunuz. Avrupa'da hiçbir ülkede bunlara rastlanmıyor.

Sayın ÜZELTÜRK "burada bağlayıcı cezalar da olsun" dedi. Vergide bu kadar büyük kusurlarımız varken ve bunları gideremezken, nasıl siz bağlayıcı ceza yapacaksınız.

Bir de bu vergileri düşürmeden o problemi çözebilir miyiz? Vergileri yüksek tuttuğunuzda mutlaka belli kesimler vermeyecektir. Belli kesimler vermeyince sorun double olacak ve devlet de sık sık neden artışa başvuruyor. Çünkü, devamlı kaynak arayışında; insanlar vergi vermeyince, devlet de ben haklıyım diyor. Böyle bir garip çıkmaz.

Sayın Kızılot hocama onu soruyorum: Bu, bir anlamda kısır döngüyü nasıl çözeceğiz?

Sayın hocama da bir soru soracağım: Ahlakın gelişmesine, vergi ahlakının, daha doğrusu her alanda bir etik gelişmeye değindiniz. Vergi alanında da aslında bu vardır. Fakat, bu kadar katı kurallar olduğu zaman, bu kadar zorlu kurallar olduğu zaman, vatandaşa, tepeden inme sürekli bir şeyler empoze ettiğiniz zaman bir ahlak gelişebilir mi? Çünkü, ahlakın gelişmesi, kuralların, yasaların herkesin kabul edebileceği tarzda olmasına bağlıdır. Yani, herkesin kabul edebileceği tarzda kurallar koyarsanız, o alanda bir etik ve ahlak da gelişir. Fakat, siz, herkese bu kadar day-

atmacı, bu kadar ağır kurallar koyarsanız, orada ahlak gelişebilir mi? Yani, biz, devlet eliyle ahlakın gelişmesini engellemiyor muyuz diye bir genel soru soruyorum.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim hocam.

Sorusu olan kalmadı.

İsterseniz en sondan başlayalım, vergi ahlakı ve serbest rekabet politikası.

Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU - Haklısınız bir dereceye kadar, ama bazı toplumsal değer yargıları, alışkanlıklar da çok etkili oluyor bu konularda. Mesela, ben düşünüyorum da, Meclise her gün 15 bin ziyaretçi geliyormuş. Bir istatistik yapılsa neden geliyorlar diye, herhalde % 95'i gayri ahlakî ve gayri kanuni isteklerle geliyor.

Şimdi, nasıl bir işadımı, giren çıkandan fazla olduğunda iflas ederse, politikacı da giren oy, çıkan oy hesabı yapıyor. O da bir çıkmazın içinde. O da zor durumda. Bundan 5-10 sene önce, Siyasal Bilgiler Fakültesinde yüksek lisans öğrencilerime şöyle bir ev ödevi vermişim: Türk insanı devletten alırken çok iştahlı, devlete verirken çok cimdi. Fakat, ekonominin de bir yasası var Lavazze'nin "hiçbir şey yoktan var olmaz, vardan yok olmaz" dediği gibi, her nimet bir külfet karşılığı, külfetsiz nimet yok; ancak, cennete gidersek inşa Allah, orada olacak. Demek ki, ben alırsam birisi verecek. Türk insanındaki bu alışkanlık veya bu değer yargısı nereden kaynaklanıyor diye iki öğrenci birbirinden habersiz aynı sonuca varmışlar, ganimet kültüründen diyorlar. Devlet gidiyor bir yerden topluyor geliyor, vatandaş da onu almak için devlete hücum ediyor. Bunlar önemli, bunları bilinçli bir şekilde ele alıp, olumlu yönleri sokabilmemiz lazım.

Mesela, siz, sabahki konuşmanızda rahmetli Özal'ın bu "benim memurum işini bilir" sözü. Hakikaten o dinamit gibi toplumu sarstı ve bayağı var olan etik kuralları da allak bullak etti. Çok dikkatli olmalıyız. Mesela, beyanatta öyle bir cevap tam yerine oturdu diyebilirsiniz, ama, onun faturası sonra öyle bir geliyor ki, burada çok dikkatli olmamız lazım.

Haklısınız tabii, kurallar doğru konmazsa. Kuralların doğru konmaması, biraz önce sözünü ettiğim Meclise giren o % 95 kitlenin, yasa yapan parlamenterleri belirli bir kanala doğru itekliyor. Mesela, vergi affını söyledi sayın hocam, pek tabii ki yapılmamalı, hatta hiçbir konuda af yapmamalı. Parlamento'nun ne hakkı var buna. Fakat, giren oy çıkan oy hesabını yapıyor. Seçim yaklaştığı zaman vergi de affediliyor, gecekonduda da affediliyor ve bundan mağdur olan, yani o 1 markı, 3 markı veren kesim kayıtsız kalıyor. Çünkü, orada da ben bir cahillik görmüyorum. Orada âdeti millî piyango'nun belki bana da çıkabilir sloganıyla, su bulanık olsun da belki ben de bir şey yakalarım düşüncesiyle hep o külfetsiz nimet elde etme arzusu toplumu bir çıkmaz yola sürüklüyor. Bu muhakkak halledilecek. Günümüzde öyle ganimet elde etme imkânı yok. Fakat, bu koridordan yara bere almadan dört beş senede

çıkmanız mümkün. Yara bere içinde 20-30 yılda çıkacağız; ona yazık olacak. Bizim gibi belki birkaç nesil daha çok zor şartlar altında yaşamak zorunda kalacak.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Diğer soruları cevaplamak üzere buyurun Sayın Kızılot hocamız.

Prof. Dr. Şükrü KIZILOOT - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Ercan Tezer'in "Hükümetin % 100'e kadar artırma yetkisi var, Anayasa'ya aykırı mı" sorusunun yanıtı: Son yapılan % 100'e kadar değil, % 300. Hasan Pulur'un var ya arkadan asma kavakçı geliyor hikayesi... Siz % 100'e razı olun, istediğiniz 840 olayı.

Anayasa'mızın 73 üncü maddesinde "vergi, resim, harç ancak kanunla düzenlenir" diye net yazıyor. Maddenin sonunda da, Bakanlar Kurulu'na ilgili yasalarda yetki verileceği belirtiliyor. İlgili kanunlarda yer alan bu yetkiye istinaden bu düzenlemeler yapılıyor. Ancak, bunları kendi adıma ben doğru bulmuyorum.

Bugün gazeteleri okuduysanız, yabancı yatırımcılarla toplantı yapılmış. İki noktanın üzerinde çok duruluyor. Deniliyor ki: "1. Ülkenizde vergi oranları çok yüksek. 2. Oranlarınız düşük, yüksek, neyse ne, ama adını koyun öyle kalsın; 50 ise 50, 80 ise 80; oran budur deyin, biz de gelelim bakalım ki, Türkiye'deki oran budur ve ona göre stratejimizi belirleyelim. İşimize gelmiyorsa kenardan geçer, ülkenize uğramayız veya bakarız, oran bu deriz. Fakat, biz geliyoruz, oran bu diyoruz, yatırım yapıyoruz, daha yatırımın temelini atarken bir kararname, sonra bir daha, bir daha derken bütün hesaplar allak bullak oluyor. "

Tabii ki, burada en çok mağdur olanlardan birisi otomotiv sektörü, inanılmaz şekilde artışlar yapıldı. Şu anda biz bir dünya rekoruna sahibiz otomobilden alınan vergiler anlamında, % 100'den fazla.

Bir başka boyutu daha var, verginin de vergisi alınıyor. Yani, ÖTV oranı çok yüksek, o da maliyete ekleniyor. Onun da KDV hesaplanıyor, mal bedeli, artı ÖTV, KDV.

Ben, bu konularda ayrıntılı araştırmalar yapıldığı kanısında değilim. Bir defasında Motorlu Taşıtlar Vergisi'yle ilgili olarak bir kıyaslama yaptım. Kendim de inanamadım; 30 milyon lira değerinde olan bir aracın 10 milyar 800 milyon vergisi çıktı; 500 milyar lira değerinde olan aracın 800 milyon lira vergisi çıktı. Sayısız örnekler. Dayanamadım, onu tablo haline getirdim, yazdığım gazete de bunu birinci sayfaya taşımış. O gün tesadüfen Maliye Bakanı'yla beraber sordum "ne diyorsunuz Sayın Bakanım buna" diye "Hoca, ben de ilk defa burada fark ediyorum, böyle miymiş" dedi. Ondan sonra telefon açtı, isim vermeyeyim, yetkiliyle görüştü, oradan da benzeri bir yanıt aldı. Yani "bu kadarlık bir fark olduğunun biz de farkında değildik" diye. Ardından, değeri üzerinden alınması gündeme geldi. Benim önerim de oydu; yani, 30 milyar değerindeki bir aracın ona göre vergisi olsun. 1 trilyon 200 milyarlık bir

araç bulmuştum. Ben görsem tanımam o aracı da, ama araştırıp buldum. Ferrahi Enzo galiba, öyle bir şey. Onun vergisi de 1,5 milyar falandı, trilyonluk aracın. Onları da koyunca çarpıklık daha belli oluyordu.

Sayın Bakan dedi ki: "Biz bunu değere göre alacağız, böyle yazın." Ben, Maliye Bakanı'nın böyle bir açıklama yaptığını ve bu sorunun çözümleneceğini yazdım. Ardından Maliye Bakanlığı yetkilileri açıklama yaptı "çalışmalar yapıyoruz, kısa süre içerisinde motorlu taşıtların değeri üzerinden vergi alınacak" diye. Böylece sorun çözümlenmişti. Aradan birkaç ay geçti, yeni Motorlu Taşıtlar Vergisi açıklandı. Değerle hiç ilişkisi yok. Motor silindir hacmine göre. O zaman, bu Türk filmlerinde gördüğümüz, Chevrolet arabalar, satsanız 3-4 milyar eder. Onların vergisi neredeyse değeri kadar çıktı. Vatandaşın mektuplar yağmaya başladı. "ben bu aracımı uçurumdan atsam bir cezası olur mu? Ben bunu satmak istiyorum, kimse almıyor. Ben bunu bedava versem almıyorlar. Vergisi bedeli kadar. Getirsem Maliye Bakanlığı'nın önüne park edip gitsem bana bir şey yaparlar mı" diyorlar. Daha sonra açıklama yapıldı Maliye Bakanlığı'nca "Avrupa Birliğine geçiş sürecinde Avrupa Birliği ülkelerinde silindir hacmi esas alınıyor ve ona göre vergi alınıyor, biz de ona uyduk" deyince, bıçakla kesilir gibi kesildi.

Ben de baktım, gerçekten, Avrupa Birliği ülkelerinde silindir hacminden alınıyormuş. Sonra aradan bir ay geçti, yurt dışına çıktığımda, beni karşılamaya gelen bir yakınım iyi bir arabayla gelmiş. Yeni almış arabayı, ben dayanamadım "bunun dünyanın vergisi vardır, 20 bin sterlindir falan" dedim. Yok, "o kadar değil" dedi. "o zaman 15" dedim. Çünkü, Türkiye'yle kıyaslıyorum "bunun 60 sterlin vergisi var" dedi. Olamaz dedim. "Peki, diğer Jaguarların, Mercedeslerin" dedim "onların da olsun olsun 80 paund, 100 paund olsun"dedi. "Nasıl olur, burada silindir hacmine göre alınmıyor mu" dedim. Dayanamadım, diğer ülkeleri araştırdım. Evet, silindir hacmine göre, ama aldıkları vergiler çok sembolik. Yani Türkiye'nin onda biri kadar. Hiçbirimiz şunu düşünmemişiz, silindir hacmine göre alıyorlar, ama ne alıyorlar? Ben araştırdım, bunu tablo halinde koydum. Kişi başına düşen millî gelir Türkiye'nin beş katı, üç katı, on katı olan ülkelerde, bizdekinin onda biri kadar ödüyorlar diye günlerce uğraşarak. Hatta Amerika'da bazı eyaletlerde hiç motorlu taşıt vergisi almıyorlar. Çünkü, onlar, buzdolabı, televizyon, çamaşır makinesi gibi doğal bir ihtiyaç görüyorlar. Bunu bir tablo yaptım, dedim ki: Çok büyük bir olay, uğraştım, ama sonunda netleştirdim. Gazeteye gönderdim; herhalde bu da birinci sayfadan çıkar dedim. Ertesi günü baktım, birinci sayfada yoktu, çünkü daha önemli bir haber vardı, o da şuydu: "Maychl Douglas'ın karısı ikinci çocuğuna hamile kalmış." Biz buyuz; birinci sayfalarda gördüğümüz fotoğrafları görüyorsunuz.

O nedenle, Ercan Bey yerden göğe kadar haklı. Otomotiv sektörü Türkiye'nin lokomotif sektörlerinden birisi, yan sanayiiyle birlikte.

Yarınki köşemde yazacağım, gerektiğinden fazla vergi almak yasal hırsızlıktır diye bir söz var. Bir başka söz de fazla vergi, vergiyi öldürür diye. Birazdan Türkkan Hocanın sorusuna gelirken, bunun açılımını yapmak istiyorum. Özellikle sektörle ilgili

olanlar ciddi bir rahatsızlık yaratıyor. Keşke, halk arasında, Başbakan'ın deyimiyle sürümden kazanmak diye bir ifade var; keşke vergi oranları düşük olsa da sürümden kazansak, satışı artırsak.

Sayın Nihat Köseoğlu'na katkısından dolayı teşekkür ederim. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5 inci maddesinde şöyle bir hüküm var: "Bu kanun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır." Yürürlüğe bu şekliyle girdiğinde, 359 uncu maddenin (a) bendindeki asgari ücretin yarısı olanın da 20 ile 100 lira arasında olacağı anlaşılıyor. Fakat, keşke bunu biraz daha net yazabilseler. Yani, bu kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında. Siz tabii çok iyi anlıyorsunuz. Çünkü siz bu işin profesörünüz, içinde yaşıyorsunuz. Fakat eğitilmiş birinin de anlayacağı şekilde, kanunlarda yer alan cezalarla ilgili rakamlarda bunlar uygulanır gibi keşke biraz açık dile getirilseydi.

Sayın Türkkhan Hocam, oranların aniden artırılmasının mükellefe ile ekonomiye etkilerine değindi. Mükellefe etkileri, kuşkusuz, ekonomiyle de bağlantılı oluyor. Bu ülkede yaşıyoruz. Konuşmamın başlangıcında belirttim, yabancılar da mükelleftir, dar mükelleftir bir kısmı; bir defa olara etkisi var. Onlar, Türkiye'ye güvenip gelmiyorlar veya yeterince yabancı sermaye gelmiyor. 2 milyar dolar civarında 2004 yılında ülkemize doğrudan yabancı sermaye yatırımı geldiği açıklandı. Ben araştırdım, siz de rahatça tespit edebilirsiniz veya çoğunuz biliyorsunuz: Merkez Bankası kayıtlarında var; gelen 2 milyar doların 1,3 milyar doları Türkiye'de yazlık ev almak için gelen paradır. Benim anlamak istediğim, burada tesis yapan, fabrika kuran, istihdam yaratan, işçi çalıştıran doğrudan yabancı sermaye deyince, benim aklıma hep o geliyor. Hiç değilse, bir parantez içinde bu açıklansın. Denilsin ki, şu kadar geldi, bunun şu kadarı gayrimenkul almak için gelen, şu kadarı yatırım için. Onu düştüğümüzde, olayın gerçek tablosu ortaya çıkıyor.

Bu olayın mükellef üzerindeki etkisi şu oluyor: Geçen hafta yazdım, kümeften 106 bin kaz uçtu diye. Bugünkü gazetelerde var Turizm Bakanı'nın açıklaması: "Vergi mükelleflerini, yani ödeyenleri kaza benzettikten sonra, bu kazlara iyi davranmak lazım, biz bu kazlara iyi davranmıyoruz, fazla yoluyoruz" gibi böyle benzetmeler.

Maliye Bakanlığı'nın kayıtlarına göre mükellef sayıları tek tek var, internetten girdiğinizde. Gelirler Genel Müdürlüğü'nün, Gelir Vergisi mükellef sayısı, Kurumlar Vergisi, KDV falan hepsi var. Ben baktım, 1 Ocak'taki mükellef sayısına ve Mart sonundaki mükellef sayısına. Normal şartlar altında, diyoruz ya vergi tabanını genişletiyoruz, büyüme var, rekor kırdık büyümede diye. Büyüyen bir ekonomide yatırım yapan sayısı çoğalır, vergi mükellefi, yeni işyeri açan veya mevcut işlerini genişletenler çoğalır. O da ne; vergi mükellefi sayısı 106 bin kişi azalmış, artma değil. İşte, vergi oranlarındaki artışın da bunda etkisinin olduğunu söyleyebiliriz.

Ayrıca, bunları ortaya koyarken, çok samimi olduğumuz inancında değilim. Chorchill demiş ya "ben, size, kan, gözyaşı ve ıstırap vaat ediyorum" millet de durumunu

gördüm, onun davranışına girmiş. Anlatılan ile gerçek tablo farklı olunca, önce heyecanlanıyoruz, sonra gerçeği görünce bir burukluk oluyor, boynumuzu büküyoruz. Kısa süre önce yapılan zamların açıklaması; altın tabak, altın kaşık, altın çatal, kürk ve havyara ÖTV artışı yaptık denildi. Bu, kulağa ne kadar hoş geliyor; hepimiz, tabii ki onlara yapsınlar diyoruz. Sonra, ben bile içimden bir an böyle düşünmüş gibi oldum. Ardından düşündüm, ben, hayatımda, hiç altın tabakta yemek yiyen insan tanımadım. Altın tabak, altın kaşık, altın çatal; inanın hiç tanımadım, tanımadığım gibi duymadım da. Ben, bu ülkede, altın tabakta yemek yiyen insanı duymadım; çocukken masal kitaplarında okurdum. Böyle bir şey yok efendim, varsa da belki yüzbinde birdir, yani o kesimi ilgilendirmiyor.

Havyarı araştırdım gümrükten, ne kadar ithalat yapıyor diye. O da ciddi bir şey değil. Kürkü araştırdım, siz de tespit edebilirsiniz, Maliye Bakanlığı açıklıyor, bunlar resmî rakamlar. 111 adet kürk imal edip satan kişi var Türkiye genelinde, Türkiye Gelir Vergisi mükellefi var. Ödedikleri vergilere baktım, ayda 40 milyon lira. Ayda 40 YTL vergi ödüyorlar. Kürk imal edip satan 50 şirket var. Ödedikleri vergi ayda 8 milyon lira, anonim şirket, limitet şirket. Dolayısıyla, bunların hiç umurunda değil. Hani, ormana gelen vergici diye bir hikâye vardır. Herkes kaçıyor, maymun kaçmıyor; o fıkrada olduğu gibi. Adamların umurunda değil. Çünkü, belgeyle tanışmamışlar zaten kürkçüler. Dolayısıyla, vergi oranları ya mükellefleri, mükellefiyeti terk edip işyerini kapatmaya ya da yeni girişimlerde bulunmamaya yönlendiriyor. Vergi rekortmenleri listesi açıklandı. O da var internette. İlk 10'a bakın lütfen, içlerinde bir sanayici yok, bir tüccar, bir meslek sahibi kişi yok. Hepsi kira geliri, menkul sermaye iradı, hazine bonusu faizi falan. Deyimi dikkatli kullanmak istiyorum, onları suçlar gibi değil de; ama, insan, biraz da, üreten, istihdam yaratan, işyeri açan insanların da vergi yarışında ön safhalarda olmasını istiyor. Bunun da etkisi var hem yabancı hem yerli yatırımcıda. Biraz daha öte gidelim, yabancı sermayenin gelmesini beklerken yurt dışına kaçanlar da var, hatta özelleştirme olayında var.

2005 yılı bütçesi açıklandığında ÖTV % 50 artırıldı sigara ve içkide. Ben, eyvah dedim, Kasım ayında bu şu anlama geliyor dedim: Sigara ihalesine girecek olan firmalar girmeyecek veya çok düşük teklif verecekler. Çünkü, bunların çok iyi danışmanları var, diyecekler ki: Efendim, Türkiye'de sigara ihalesine gireceğiz, ama % 50 vergi artışı gelecek, zaten sigaranın bedelinin dörtte üçü vergi, o zaman kaçak sigara artacak. Ben, gümrüklerden araştırdım, Türkiye'ye yüzlerce kaçak ürün giriyor, Türkiye'ye en çok kaçak giren ürün sigara. Gümrükteki yetkili arkadaşlara niye diye sordum "en kazançlısı bu da onun için" dediler. Çünkü, bir konteyner kaçak sigaradan 500 bin dolar ile 1 milyon dolar arasında kaçakçılar para kazanıyorlarmış. Biz, sigaradaki vergileri yükseltince hem kaçakçılığı teşvik ettik, ekmeleklerine yağ sürdük, bal döktük; hem de özelleştirmeyi aksattık. Sigaranın özelleştirilmesi iptal oldu. Aynı durum alkolde oldu: Rakıdaki olayı gazetelerden okuduk; iç piyasada, ithalatta oldu. Türkiye'de daha önce 6 milyon euroluk viski ithal ediliyormuş. 3 milyon euroya düşmüş. Viski içenlerin sayısı yarıya mı indi, yoksa aradaki fark kaçak yollardan mı kapatıldı sorusunun cevabını sizler verebiliyorsunuz.

Akaryakıt olayında da yüksek vergiler, başka faktörlerle ciddi anlamda kayıplar var. Sonuçta, yüksek vergi oranları, yerli ve yabancı mükellefleri doğrudan ilgilendiriyor, ekonomiyi de ilgilendiriyor.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Buyurun.

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK - Öncelikle bir yanlış anlamayı düzeltmek istiyorum. Bu mükellefleri ele alarak açıklama yaptınız dediniz; ama, bunu kastederek yapmadım. Sadece süreler uzuyor diye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları bu yönde. Dolayısıyla, bizde de böyle bir sonuç olursa, yani davalar belirttiğim süreleri aşarsa mahkum edilme riskimiz var. Onu söylemek istedim; ama, söylediğiniz yanlış da değil, bütün dünya mükellef odaklı çalışıyor. Çünkü, idarenin, zaten güçlü olduğuna inandıkları için, mükellef haklarını o sebeple ön plana çıkarıyor. Fakat, benim buradaki kastım, tabii ki o değildi, sadece süre yönündeki tehlikeyi belirtmek istedim. Kaldı ki, süre dışında da adil yargılanmada ona yakın hak var. Bu hakların her biri açısından yine sıkıntılarımız olacak mutlak. Bu biraz iş yükünden, biraz da mükellef davranışlarından kaynaklanıyor.

5 inci madde meselesi doğru. Zaten, ben de açıklamamda ona dayanarak söyledim. Kaçakçılık suçlarıyla ilgili erteleme konusundaki söylediklerim zaten sizinle aynı yönde. 5 inci madde, doğru, üstün geldiği için, Ceza Kanunu hükümlerini uygulayacağız. Böylece de müeyyidesiz bırakmış olacağız. O konu da tamamen doğru.

Hürriyeti bağlayıcı ceza meselesi hep tartışılacak mesele. Bu, benim şahsi yaklaşımım; ama, bu 80'lerin söylemi, ekonomik yaklaşım ilkesi; fakat, son beş yıllık gelişmeye büyük ülkelerde baktığınızda, hepsinin, hazırlanan çalışmalarda, hürriyeti bağlayıcı cezaya dönme yönündeki görüşlerini göreceksiniz. Yani, bu artık, ekonomik suça ekonomik ceza prensibi terk edilmeye başlanıyor gelişmiş ülkelerde dahi; olmasa bile, ben, yine de hürriyeti bağlayıcı cezadan yanayım. Fakat, iyi işlemiş bir sistemde bu ikisini tabii ki ayırt etmek lazım. Benim söylediklerim teorik anlamda; fakat, vergi sistemi çok kötü. Siz, sürekli içeri atıyorsunuz; tabii ki, o doğru değil. 359'un sıkıntılarını biliyorum. Tabii, onların hepsini maalesef yaşamış durumdayız.

Vergileri düşürmeden problemi çözebilir miyiz. Tabii ki çözemeyiz. Çünkü, verginin verimliliği demek yüksek olması demek değil. Vergileri düşürürseniz çok daha fazla verim alırsınız. Bütün dünya uygulamalarında bu şekilde göreceksiniz. Fakat, ne kadar düşürdüğünüzde ne kaybediyorsunuz ne kazanıyorsunuz, bunun bir analizi yok maalesef. O sebeple, bu oranlar da bahsedildiği üzere, % 200-300 ve 400 gibi, hiçbir objektif kritere dayanmayan oranlar. Tabii, bu % 100'e artırma iyi niyetli olarak söylenmiş. % 300'lerin yanında çok hafif kalıyor. Tabii ki, hukukun temel prensiplerine aykırı, kanunilik ilkesi, hukukî güvenlik ilkesi. Daha önceden artırılacak oranların bilinmesi lazım, bir sene önceden; ancak, izleyen yılın sene başından itibaren geçerli olması lazım. Doğrusu odur.

Anayasamızın 73 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin öncelikle kaldırılması lazım. Bu kanunun çıkmadığı, kısır dönemlerdeki durumların bir sonucu. Dolayısıyla, artık, modern devletlerin olmadığı gibi, bizim de böyle bir maddeye ihtiyacımız yok. Verginin oturması lazım, yani sorunu kökünden halletmemiz lazım.

ÖTV oranları; % 300 oran falan ama, kanunda zaten dört katına kadar artırma yetkisi var. Yani, buradaki bakanlığın şu anda yaptığı artırımların hepsi kanuna uygun, biri haricinde. Bu, tabii, ÖTV'deki 3 sayılı listenin (a) cetvelindeki mallar için dört katına kadar artırabiliyorsunuz. (a) cetvelinde içkiler, alkollü içkiler, tütün mamulleri ve saire var. Sadece şu örneği vereceğim: En yüksek oran % 275,6 maktu vergi saymıyorum. Bunu 4 ile çarptığımda binde 102,4 çıkıyor. Yani, bugün Maliye Bakanlığı, % 1102 oranında artırabilir. Buna bir engel yok. Yani, böyle bir vergi de ödemeniz mümkün. Bu, tabii, ilk hazırlandığında, 2002 senesinden önce, zannediyorum şubat ayında, Halil Nadaroğlu anısına yapılan bir konuşmada, zamanın Gelirler Genel Müdürü Akif Hamzaçebi, Veysi Seviğ ve benim olduğum bir toplantıda bu % 400 oranında olarak düşünülmüştü. O % 400 oranının uygulanamaz olduğunu söylemiştik. Onlar da değiştireceklerini söylemişlerdi. Sonra çıkan kararda da % 400 yerine 4 katı olmuş, yani hiçbir değişiklik yok. Sadece ifade olarak bir değişiklik olmuş. O sebeple, dediğiniz doğru, bu oranları konuşmaya bile değmez.

Yalnız, şu son % 300 oranında artırılan % 6,7'lik listedeki malların % 20 olması, onunla ilgili kanundaki hükme baktığınızda "% 25'e kadar artırmaya" ifadesi var. Yani, bu artırma da hukuka aykırı. Dolayısıyla, % 25 ifadesi karşısında bunun da bir mantığının olmadığı görülüyor. O sebeple, zaten kanunsuz bir şey olduğu için bunun hakkında yorum yapmanın da bir anlamı kalmıyor.

Hukukun üstünlüğü; hukuka dayalı bu oranların belirlenmesi demek. Zaten kanunilik esası, "Magna Carta"dan gelen esas, buna bağlı kalırsak, Meclis belirlerse, bu durumda, artık, Bakanlar Kurulu'nun da böyle garip artırımlara gerek duymaya çağını düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Değerli konuklar, bugünkü son oturumu burada tamamlamış bulunuyoruz.

Katkılarınız için, sabırla izlediğiniz için Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği adına hepimize teşekkür ederim, saygılar sunarım. İyi akşamlar efendim.



BEŞİNCİ OTURUM

ORGANİZE VE MALÎ SUÇLAR

OTURUM BAŞKANI:

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN - Rekabet Derneği Başkanı

KONUŞMACILAR:

Ergin ERGÜL - Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı.

Dr. Genç Osman YARAŞLI - Maliye Bakanlığı Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanı.

Birsen KARAKAŞ - Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

—○—

BAŞKAN - Bu oturumda çok değerli üç konuşmacımız var; sizlere onları takdim etmek istiyorum.

Sayın Ergin Ergül, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dışilişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı.

Sayın Dr. Genç Osman Yaraşlı, Maliye Bakanlığı Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanı.

Sayın Dr Birsen Karakaş, Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi.

Efendim, konuşmacılarımızın özgeçmişlerini okumak istiyorum.

Sayın Ergin Ergül, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dışilişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, 1993 yılında hâkim olarak göreve başladı, 1997 yılında

Adalet Bakanlığında tetkik hâkimi olarak göreve başladı, Uyuşturucu Maddeler ve Suçları 1997, Karaparanın Aklanması ve Suçları 1998, Karapara Endüstrisi ve Aklama Suçu 2001, Suçların ladesi ve Hükümlülerin Nakli 2003, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması 2004 konulu basılı eserleri vardır. Kendisini tebrik ediyoruz, çok güzel eserler. Haberimiz yok, bunlar insanın moralini düzeltiyor, iyi ki bu açıklamayı okudum.

Sayın Dr. Genç Osman Yaraşlı, 1956 Muğla doğumlu, 1982'de Ankara Üniversitesi SBF mezunu.

Bu hukuklular ile SBF'liler arasında eskiden bir sorun vardı, yani SBF'liler hukukluları daha çok severdi, hukukluların SBF'lileri daha az sevdiği söylenirdi. Bunun neden olduğunu ben anlayamamışım. Çünkü, SBF'lilerin hukuklu olma hakları vardı, herhalde ondan, birkaç fark ders vererek onlar hukuklu olabiliyorlardı, o yüzden, hukuklu olana yakın hissediyor. Hukuklular da bunlar nereden geliyor bizim hakkımızı elimizden alıyorlar filan gibi bir anlayış vardı. Bilmiyorum şimdi ne oldu.

1982'de Maliye Bakanlığı Maliye Teftiş Müfettiş Yardımcısı oldu, 1985'te Maliye müfettişi, 1989-91 arasında ABD'de iktisat mastırı yaptı, 1994-97 arasında İstanbul Defterdar Yardımcısı Vekili oldu, 1997 şubatta Malî Suçları Araştırma Kurulu Masak Kurucu Başkanı oldu, 1997 Ağustos'unda Bakanlık Müşaviri, 2003 Mayısında MASAK Başkanı oldu., 2003'te İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi'nde doktora derecesini aldı.

Kendisini kutluyoruz.

Sayın Dr. Birsen Karakaş, Ayancık doğumlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini 1976 yılında bitirdi, 1979 yılında savcı olarak göreve başladı, Adıyaman, Korkuteli, Abana ve Bafra'da Cumhuriyet Savcısı olarak çalıştı, 1991'de Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı'na atandı, 2003 yılında Yargıtay Üyesi seçildi ve 2003'te İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde doktora derecesini aldı. Kendisini kutluyoruz.

Birsen Hanımın doktora çalışmaları da sanıyorum organize suçlarla ilgili; fevkalade 3 değerli uzmanımız var.

Sayın Ergül, organize suçlar ve karaparanın aklanması konusundaki tebliğini sunmak üzere, buyurunuz.

Ergin ERGÜL - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Bütün katılımcıları saygıyla selamlıyorum.

Böyle güzel bir organizasyonu ve içerik olarak zengin ve dolu bir programı düzenledikleri için TOBB ve Bakanlığımıza teşekkür ediyorum.

ORGANİZE SUÇLAR VE KARAPARANIN AKLANMASI

Ergin ERGÜL *

I. KARA EKONOMİ VE AKLAMA

Resmî kayıtlara girmeyen ve belgelendirilmeyen yasal ya da yasadışı faaliyetler kayıt dışı ekonomi olarak nitelendirilmektedir. Bu ekonominin bir kesimini oluşturan kara ekonomi, başta uyuşturucu trafiği, silah kaçakçılığı, insan ticareti ve yolsuzluklar olmak üzere muazzam tutarlarda kara para ya da kirli para doğuran bir çok suç faaliyetini içerir. Bu faaliyetler, genelde örgütlü ve gelirleri de nakit formundadır.

Bunu izleyen aşamada ise, 1980'lerden itibaren uluslararası toplum ile finans ve hukuk dünyasının gündemine oturan ve yasadışı yollardan elde edilen gelirlerin statüsünün değiştirilerek, normal ve temiz bir kazanç gibi yasal ekonomiye sokulmasına imkân veren metotların tümü olarak tanımlanabilecek aklama işlemi devreye girmektedir. Aklanan suç gelirleri, yine kazanç sağlayıcı suç faaliyetlerinde kullanılarak, birbirini besleyen ve giderek büyüyen bir suç-kazanç zinciri sarmalı halinde, sosyal, ekonomik ve demokratik yapıları da tahrip eden suç ekonomisine diğer bir anlatımla kara ekonomiye altyapı oluşturmaktadır. Kara ekonomi ise yasal ekonomik faaliyetler içinde sağlıklı bir vücudu giderek kangrenleştiren bir kanser gibi yayılmaktadır. Bu yönüyle karapara aklama çağdaş ekonominin bulaşıcı hastalığı olarak da görülebilir.

Aslında, suç kazancını aklama ihtiyacı, suç ve suçlulukla özdeş bir tarihi geçmişe sahiptir. Suçluların ellerindeki paraların suçtan kazanıldığı biliniyorsa, söz konusu kirli kazançlar sadece bir para koleksiyonundan ibaret olur. Dolayısıyla, kara para her şeyden önce kullanılabilir için aklanmak zorundadır.

Dünya kara sandığının tutarı 1 ilâ 2 trilyon dolar arasında tahmin edilmektedir. Hukuk bu muazzam tutarların aklanmasına kayıtsız ve eli kolu bağlı kalamaz. Çünkü ilk olarak, aklanan bu fonların bir bölümü tekrar uyuşturucu kaçakçılığı, terör ve diğer örgütlü suçların finansmanında kullanılmaktadır.

Suç gelirleri aklanarak buharlaştığı zaman en önemli suç kanıtları da kaybolmakta, suçluların ceza görme riski azalmakta, bu ise ceza sisteminin etkinliğine zarar vermektedir.

Suçlular sahip oldukları bu muazzam kara fonlar sayesinde politik ve ekonomik sisteme etki etmekte, hukuk devletini ve bu devletin egemenliğini zayıflatmaktadır.

* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı.

90'lı yıllardan itibaren gündeme oturan malî küreselleşme ile birlikte, aklama faaliyetleri artmış, sınıraşan nitelik kazanmış, ayrıca kullanılan teknikler de çeşitlenmiş ve karmaşıklaşmıştır. Hatta para aklama sınıraşan örgütlü suç faaliyetlerinin doğal bir boyutu haline gelmiştir. Bu gelişmeyi vurgulamak için artık "mafyalalar daha beyaz yıkar" ifadesi kullanılır olmuştur. Günümüzde sınır tanımayan bir olgu halini alan kara para aklamayla mücadelede, mülkilik ve ulusal egemenlik prensiplerine bağlı mevcut ceza hukukunun yetersiz kaldığı uzmanlar arasında kabul görmektedir.

Diğer yandan, kestirilemeyen kararlar ve sermaye hareketleri aracılığıyla ekonomik mekanizmaları ve dengeleri istikrarsızlaştırma riski taşıması dolayısıyla, kara para aklama ekonomi için de ölümcül bir risktir. Çünkü aklayıcıların mantığı klasik kâr ve en iyi yatırım mantığı değildir. Aksine, yatırım kolaylıklarını, özellikle bankacılık, şirketler hukuku ve ceza hukuku alanlarında mevzuatın gevşekliğine bakmaktadırlar.

Sınıraşan suçlar ve bu bağlamda uluslararası Suç A.Ş'ler olarak nitelendirilen küresel mafyalarla mücadele de, bir süredir uluslararası yasama politikasının odağında yer almaktadır. Bu bağlamda gelirlere doğru yönlendirilen suçluluğu kontrol stratejileri, tamamen yeni bir önem kazanmıştır. Bu bakış açısından, bir yandan karapara aklamayla cezai mücadele, öbür taraftan da karaparanın müsadere, suçlulukla mücadele stratejisinin sonuç alıcı öğeleri olarak kabul görmektedir. Her iki unsur birarada çifte strateji oluşturmaktadır. Bir yanda karapara aklama suçu failini (in personam) hedefleyen cezai yaptırım, diğer tarafta suçun maddi konusunu (in rem) hedefleyen şüphelinin mallarına müsadere amaçlı el koyma. Gerçekten, son on beş yıl içinde uluslararası finans sektöründe karapara ile mücadele kapsamında meydana gelen önemli gelişmeleri İngilizce literatürde "Üç F" ile özetlenmektedir: Finding-Bulma, Freezing-Dondurma, Forfeiture-El koyma

II. ÖRGÜTLÜ SUÇ VE KARAPARA AKLAMA

Suç örgütleri günümüzde kara ekonominin şirketlerini, holdinglerini, kartellerini, hatta çok uluslu şirketlerini oluşturmaktadır. Malî güçlerini kesin olarak saptamak güç de olsa, adeta bir şirket gibi faaliyet gösteren suç örgütlerinin zenginliği somut bir gerçektir. BM'in Haziran 1999 tarihli İnsan Kalkınması hakkında yıllık raporunda, "yıllık 1500 milyar dolar ciroyla uluslararası örgütlü suçun ekonomik gücü, büyük çokuluslu ticari şirketlerin gücüne denktir" denilmektedir. Dünya mafyalarının tüm dünyadaki yıllık kârları 1 trilyon dolar düzeyinde tahmin edilmektedir. Bu yaklaşık olarak, ABD bütçesine denk bir rakamdır. Yine bu rakam, Dünya Bankasının değerlendirmelerine göre, toplam nüfusları 3 milyara varan az gelirli ülkelerin tümünün gayri sâfi milli gelirine eşittir. Bu tahmin, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı vb. suç örgütlerinin kontrolündeki işlerden gelen kârları kapsamaktadır. Aklanan para ile yapılan yasal işler kapsamındaki yatırımlar bu hesabın dışında kalmaktadır. Örgütlü suç ve finansal sektör arasındaki bağlantı karapara aklama yoluyla sağlanmaktadır.

ABD bankası Merrill Lynch'in tahminlerine göre, suç örgütlerinin dünyanın 55 vergi cennetinden yönetilen özel serveti en az 3 trilyon dolardır. Bu rakam dünya gayri safi gelirinin yüzde 15'ine eşittir.

Suç dünyası, son yirmi yılda ekonomi alanında yaşanan gelişmelere paralel bir değişim geçirmiştir. Bu bağlamda, örgütlü suç tek amacı kazanç sağlama olan gerçek suç şirketlerinin oluşmasına yol açmıştır. Bu suç şirketleri üretim, dağıtım bölümleri, iletişim sektörleri, malî ve insan kaynakları idarelerine sahip yasal ekonomik ve ticarî şirketlere benzer şekilde yapılmışlardır. Bu şirketlerin daha gelişmiş biçimleri, holdinglere ve kartellere benzetilebilir. Örneğin Kolombiya kartelleri, ekonomik işlemlerden doğan kazançlarını kasalarına aktarmaya imkan veren dönüştürmeden geçerek üretimden dağıtımına aynı maddenin her aşamasını kontrol etmektedirler.

Günümüzde her türden suç örgütleri, suç faaliyetlerinden elde ettikleri gelirleri aklamak ihtiyacı içindedir. Bunun temel iki nedeni vardır; Birincisi, kazanılan paranın izleri suç faillerinin suçluluklarının ispatına delil teşkil edebilir. İkincisi ise, bu para bizatihî soruşturma ya da müsadereye konu olabilir.

Suç örgütleri, illegal ve legal faaliyetlerini sıkı bir biçimde bağlantılamaktadırlar. Böylece, meşru ekonomik piyasalarda da ikinci bir ayak oluşturarak, hukuka aykırı fiillerin örtülmesi, gizlenmesi amacıyla kazançların legal hale getirilmesi için karapara aklama operasyonları gerçekleştirilmektedir. Karapara aklama sonucunda elde edilen paralar ise yasal yatırımlarda kullanılmaktadır.

Son yıllarda ortaya çıkarılan önemli karapara aklama olaylarının hepsi ortak noktalara sahiptir: suç örgütleri suç kaynaklı gelirlerini aklama, keza adli soruşturmaları sonuçsuz bırakmak için geniş ölçüde off-shore merkezlerin ve vergi cennetlerinin kendilerine sunduğu imkanları kullanmaktadır.

Örgütlü suç grupları, illegal mal ve hizmetlerin elde edilmesi ve dağıtımını için ulusal ve uluslararası planda işbirliği yaparak dayanışma ve karşılıklı bağımlılık içinde ortak bir çıkar topluluğu oluşturmaktadırlar. Bu tür gruplar ekonomik kazanç ve güç sağlama çabası içinde, organizasyona dahil kişiler arasında suç örgütüne aidiyet, mensubiyet duygusu yaratmaktadırlar. Aynı zamanda organizasyon üyeleri için geçerli olan örgüt kuralları yaratılmaktadır.

Karapara aklayıcılarının malî sistem içine soktukları suçluluk ürünü astronomik rakamlar, toplumun tüm katmanlarını etkilemektedir. Örgütlü suçluluk hesabına karapara aklama sosyal planda çok tehlikeli sonuçlara yol açmaktadır. Aklanan para uyuşturucu kaçakçılara, teröristlere, silah tacirlerine ve diğer suç şebekelerine suç imparatorluklarını idare etmek ve geliştirmek için ihtiyaçları olan yasal görünümü finans desteğini sağlamaktadır. Bundan dolayı karaparanın aklanmasının önlenmesi, örgütlü suçluluk ve terör canavarlarına karşı etkin bir mücadele yöntemi sayılmaktadır.

Diğer taraftan, yasadışı yollarla elde edilen paranın yasal işlere dönüştürülmesi, kendi işlerini yasal yoldan finanse eden girişimciler bakımından haksız rekabete yol açmakta, uyuşturucu ticareti ve benzer yollarla elde edilen haksız, büyük kazançlar yoluyla, politik sisteme, basına, kamu idaresine nüfuz edilmektedir.

Günümüzde, uydular, iletişim ağları parayı kanunsuz ve sınırsız bir dünyada dolaştırmakta, Karapara, vergi cennetlerinde birikmektedir.

Büyük malî ve ekonomik suçluluk devletlerin denetiminden kurtularak gelişmektedir. Malî piyasaların ihtiyaç duyduğu sermayeleri de artık o sağlamaktadır. Suçluların sermayeleri önem kazandıkça, keşfedilme riskleri o oranda azalmaktadır.

III. ULUSLARARASI ALANDA AKLAMAYLA MÜCADELE

Kara para aklamanın suç sayılması, ilk olarak, örgütlü suçluluğun tehdidiyle en fazla muhatap olan ABD ve İtalya'da başlamıştır. Diğer ülkelerde ise, bu süreç uluslararası hukukun harekete geçirmesiyle gerçekleşmiştir. Bu alanda uluslararası hukuk temel ilke ve tanımları koymuş, devletler de bunları iç hukuklarına yansıtmışlardır.

Uluslararası hukuk alanında, kara para aklamaya ilişkin önemli bir uluslararası kurallar çerçevesiyle karşılaşılmaktadır. Bu çerçevedeki bir dizi belge kara para aklamanın önlenmesi ve cezalandırılması konusunda yol gösterici özellik ve tavsiye niteliği taşır. Örnek olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 27 Haziran 1980 tarihli R(80)10 sayılı Tavsiye Kararı, Belçika, Kanada, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Hollanda, İsveç, İsviçre, İngiltere, ABD ve Lüksembourg Merkez Bankası temsilcileri ve denetim otoritelerinden oluşan Basle Komitesi'nin Aralık 1988'de yayınladığı İlkeler Bildirisi ve Malî Eylem Görev Grubu (FATF) nun 40 tavsiyesi.

FATF, ilk olarak 1990 yılında Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı, 1988 Viyana Sözleşmesi ve Basle Komitesi ilkelerini esas alarak oluşturduğu karapara aklama ile mücadele esaslarını belirten ve sadece uyuşturucu suçlarından elde edilen gelirlerin finansal sistem aracılığı ile aklanmasının takibi konusunda uygulanabilme özelliği taşıyan 40 Tavsiye Kararı yayımlamıştır.

Karapara aklama yöntemlerindeki değişimler de dikkate alınarak 1996 da yenilenen 40 Tavsiye kararı, son olarak, finansal kuruluşlar dışında meşru zeminde faaliyet gösteren kişi ve kuruluşların suiistimale açık olması, profesyonel meslek sahiplerinin uzmanlık ve danışmanlıklarından yararlanılması hususları ile terörizmin finansmanı ile mücadele yaklaşımı dikkate alınarak revize edilen yeni 40 Tavsiye, FATF'nin Haziran 2003 tarihindeki Genel Kurul toplantısında kabul edilmiştir.

Yeni tavsiyelerin fonksiyonel etkinliği bakımından, ülkelerin, karaparanın aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi konusunda revize edilen kararları değerlendirmeleri hususu önem kazanmış ve tavsiyelere uyumun denetlenmesi ve uygulamanın yaygınlaştırılması için FATF bünyesindeki organların yanısıra, uluslararası bölgesel organizasyonlar, Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankası gibi kurumlarla ortak hareket edilmesinin gerekliliği ön plana çıkmıştır.

Gözden geçirilen 40 tavsiye; Hukuk Sistemleri, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanını Önlemek İçin Finansal ve Finansal Olmayan Kuruluşlar ile İş ve Meslek Grupları Tarafından Alınacak Tedbirler, Karapara Aklama ve Terörün Finansmanı İle

Mücadele Sistemi İçin Gerekli Olan Kurumsal ve Diğer Tedbirler ve Uluslararası İşbirliği konuları olmak üzere 4 ana bölümden oluşmaktadır.

Ayrıca, Taraf Devletleri bağlayıcı nitelik taşıyan 4 temel uluslararası metin bulunmaktadır.

İlk olarak, Viyana'da 1988 yılında kabul edilen Uyuşturucu ve Psikotrop Maddeler Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi olarak da bilinmektedir)

İkincisi ise, Avrupa Konseyinin himayesinde 8 Kasım 1990'da Strazburg'da kabul edilen Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, Zaptedilmesi ve Müsaderesine İlişkin Sözleşme (Strazburg Sözleşmesi olarak da adlandırılır)

Üçüncüsü, AB ülkeleri yönünden 4 Kasım 2001 tarih ve 2001/97/CE sayılı direktifle değişik 1991 tarihli AB Konsey Direktifi. Direktifin amacı; sermaye akışını ve mali hizmetlerin sunulmasını sınırlamadan mali sistemin kara para aklanmasında bir araç olarak kullanılmasını engellemektir.

Son olarak, 2000 tarihli Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi (Palermo Sözleşmesi). Sınırışan örgütlü suçlarla mücadeleyi amaçlayan ve Viyana ve Strazburg sözleşmelerindeki yöntem gibi kara para aklamanın önlenmesi ve cezalandırılmasına, ayrıca el koyma ve müsadere kararlarının yabancı bir ülkede infazına ilişkin hükümler içeren Sözleşme, Türkiye tarafından 13.12.2000 tarihinde imzalanmış, 30.1.2003 tarih ve 4800 sayılı kanunla da onaylanmıştır.

Viyana Sözleşmesinin kara para tanımı uyuşturucu gelirleri ile sınırlıdır. Ancak sözleşmenin 3. maddesindeki kara para aklama suçu tanımı, hem Strazburg ve Palermo Sözleşmeleri ve AB direktifi hem de çoğu ülke mevzuatınca benimsenmiştir.

Sözleşme Devletleri kara para aklamayı suç saymaları ve kolluk birimlerinin suç gelirlerini araştırmalarına ve kaynağını belirlemelerine imkan veren yasalar çıkarmaları mecburiyetini getirmektedir. Bu yasalar sayesinde kanun uygulayıcı makamlar önlerindeki soruşturma ve davalar çerçevesinde yasadışı gelirlere el koyabilecek, müsadere kararı verebilecek ve şüphelilerin malî dosyalarını inceleyebileceklerdir. Ayrıca, bir ülkede alınan uyuşturucu kara parasının zapt ve müsaderesine ilişkin karar kara paranın bulunduğu ülkede adli yardımlaşma yoluyla infaz ettirilebilecektir.

Strazburg Sözleşmesine gelince, kara para aklamanın suç sayılması ve kara paranın müsaderesi sözleşmenin ana konusunu oluşturmaktadır. Sözleşme kapsamında kara para tüm ağır suç gelirlerini içermektedir. Türkiye tarafından 16.6.2004 tarih ve 5191 sayılı kanun ile onaylanmıştır.

Ayrıca, OECD'nin 1997 tarihli Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'nin 1999

tarihli Yolsuzluğa Karşı Ceza Sözleşmesi ile 2000 tarihli Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi uluslararası rüşvet ve yolsuzluk gelirlerinin aklanmasının cezalandırılmasına ilişkin hükümler içermektedirler.

IV. KARAPARA AKLAMA İLE MÜCADELEDE ÖNLEYİCİ DÜZENLEME VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Karapara aklama ile mücadele kolluk ve adli makamların temel kaygılarından biri olsa da, bu mücadeleyi klasik suçlardaki gibi tek başına başarmak karmaşık ve uluslararası boyut taşıyan işlemler nedeniyle oldukça zordur. Çözüm büyük ölçüde, çoğunlukla iradesi dışında bu karaparanın taşıyıcısı olan özel sektörün de, bu mücadeleye dahil edilmesinden geçmektedir.

Uluslararası belge ve sözleşmelerde öngörülen mecburi ya da ihtiyari nitelik taşıyan birtakım düzenlemeler, karaparanın aklanmasını caydırmak ve açığa çıkarmak amacıyla devletlerin kapsamlı bir hukuki ve idari sistem oluşturmalarına yöneliktir. Genel olarak, karapara aklama faaliyetlerinin tespitini kolaylaştıracak ve aklamayla mücadelede görevli makamlar arasında bilgi değişimini teşvik edecek kapsamlı bir sistem oluşturulması söz konusudur. Adeta mali jandarma görevi verilen mali kurumlar ile tespit edilen diğer kuruluşlar, suç fonlarının mali sisteme girişini engellemek, sisteme daha önce sızmış iseler bu fonları araştırma ve tespit vasıtalarını sağlamak ve nihayet yakalama ve adli kovuşturmaları kolaylaştırma amacıyla ait oldukları kişileri meydana çıkarmak için tedbirler almak zorundadırlar.

Karapara aklama ile mücadele alanındaki önleyici önlemlerin bir kısmı, "Dikkat ya da özen yükümlülükleri" olarak adlandırılmaktadır.

Bunlar bildirim yükümlülüklerine ek olarak, Bâl bildirisi, FATF'ın 40 tavsiyesi, 1990 Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve 1991 tarihli Avrupa Birliği direktifi gibi uluslararası belgelerden esinlenen yükümlülüklerdir.

- Özellikle hesap açma sırasında müşteri kimliğinin tespiti,
- Gerçek kişilerin hesabın kapatılmasından itibaren belgelerin en az 5 yıl süre ile muhafazası,
- Birim tutarın üzerindeki işlemlerin özel olarak incelenmesi, (Fransa'da 1 milyon doların üzerindeki işlemler.)
- Mali kuruluş bünyesinde, şüpheli işlemlerin bildirileceği mali istihbarat birimine muhatap atanması,
- Bütün bu hükümlerin vesayet kuruluşu ya da şüpheli işlem bildirimlerini alan kurum tarafından periyodik olarak kontrol edilmesi,

İkinci grup önlemler ise bildirim yükümlülükleridir.

Kimi mevzuatlar yükümlü grupları tarafından yapılan karapara aklamaya müsait bazı işlemleri sistematik olarak mali istihbarat birimine bildirme yükümlülüğü (Devamlı bilgi verme yükümlülüğü) getirmektedir. Bu durumda Malî İstihbarat Birimi, kendine gelen bilgilerin tamamını analiz etmek suretiyle, şüpheli işlemleri bizzat bulmak zorundadır. Bu, Almanya, ABD ve Avustralya mevzuatları tarafından tercih edilen sistemdir.

Bu seçimin nedeni, bildirimün sübjektif (şüpheli görünümüne) değil, objektif kriterlere (işlemin niteliği) dayanmasıdır. Otomatik niteliği nedeniyle, değerlendirme hatalarına ve yolsuzluklara daha az imkan vermektedir. Bu bildirimlerin intikali toplu şekilde ve bilgi-işlem sistemleriyle yapılabilir.

Şüpheli işlem bildirimleri ise, bankacı, sigortacı ya da mali aracı yükümlüye, yaptığı işlemleri analiz ederek bunların şüpheli eylemler içermeye elverişli olup olmadığına karar verdikten sonra, yasa tarafından yetkili kılınan birime bildirimde bulunma sorumluluğu getirmektedir. Burada yükümlü ağır bir sorumluluk taşımakta ve çifte riskle karşı karşıya kalmaktadır: Bu risklerin ilki, hileli bir işlemin yapılmasına geçit vermek suretiyle, kendisini dürüstlüğüünün suistimal edildiğini ve bildirimde bulunmamasının kasıtlı olmadığını ispatlama ödevine maruz bırakan istemeden ya da taksirle, bir suç örgütünün faaliyetlerine iştirak etmesidir. İkinci risk ise, aceleci yükümlünün kanunun şimşeklerini üzerine çekmemek kaygısıyla, sonradan tamamen normal oldukları anlaşılacak işlemleri hemen şüpheli işlem olarak bildirmesidir.

Ancak, devletlerin çoğu tarafından bu sistem kabul edilmiştir. Bu sistem, yükümlü gruplarının ve bankacıların karapara mücadelesine aktif şekilde katılımını sağlamaktadır. Ancak bu katılım kendilerine rağmen suç örgütlerinin aracı olmak istemeyen finans ve bankacılık sektörleri tarafından da istenilen bir husustur. Bu sistem iki ön koşula dayanmaktadır. İlki, yükümlülerin özen görevlerini yerine getirip getirmediğilerinin denetlenebilmesi, ikincisi de karapara aklayıcı profilleri ve aklama metotları konusunda duyarlı hale getirilmeleri için personelin tam bir şekilde eğitilmesi ve söz konusu metotların sürekli değişmesi karşısında bu eğitimin sürekli güncelleştirilmesi gerekmektedir.

V. TÜRK HUKUKUNDA AKLAMANIN CEZALANDIRILMASI

1. GENEL OLARAK

Türkiye'de kayıtdışı ekonomi kaynaklarının giderek büyümesi ve gelişmesi, Türk parasının kıymetini koruma mevzuatındaki aşırı liberalleşme, "karaparanın Türkiye'de de aklanmasına neden olmuştur. Özellikle yabancı ülkelerde elde edilen gayrimeşru kazançların, döviz ithalinin bir sınırlamaya bağlı olmaması nedeniyle, Türkiye'de aklanma ihtimalinin ortaya çıkması, bir çok modern hukuk sisteminde bu konuda düzenlemelerin bulunması, 1988 Viyana Sözleşmesini onaylamamız ve Türkiye'nin de üyesi olduğu FATF'ın tavsiye kararlarının iç hukuka aktarılması gereği Türk yasa koyucusunun da konu ile ilgili bir düzenleme yapmasında etkili olmuştur.

Hukukumuzda para aklamının suç haline getirilmesi ilk olarak 13.11.1996 tarih ve 4208 sayılı kanunla gerçekleşmiştir. 19.11.1996 tarihinden itibaren yürürlüğe giren bu yasayla mevzuatımıza karapara deyimi de girmiştir. Yasanın çıkartılma amacı birinci maddesinde ifade edildiği şekilde: "Karapara aklanmasının önlenmesi konusunda uygulanacak esasları belirlemek"tir.

Kanun karapara aklanması suçuna ve bu suça özel inceleme, soruşturma ve yargılama kurallarının yanısıra, karaparanın aklanmasını önleyici düzenlemeleri, bunların ihlali halinde uygulanacak yaptırımları ve mali istihbarat birimine ilişkin hükümleri de içermektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecek 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yeni TCK 282. maddesinde "Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama" suçunu ihdas etmiştir.

2. SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİ AKLAMA SUÇU (TCK m.282)

Temel kanunlara ilişkin reform sürecinde, daha önce özel bir kanun olan 4208 sayılı Kanunda düzenlenen suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suç ve ceza düzenlemeleri Türk Ceza Kanununa; aklama suçunun soruşturulmasına ilişkin hükümler ise Ceza Muhakemesi Kanununa alınmıştır

Karapara aklama suçunu yeniden düzenleyen TCK'nun 282. maddesi Kanunun özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitapta, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlığını taşıyan dördüncü kısımda "Adliyeye Karşı Suçlar" başlığını taşıyan ikinci bölümde "Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme" başlıklı 281.maddenin devamında düzenlenmiştir. Suçluların ve suç örgütlerinin aklama işlemine girişmelerinin bir temel amacı da suç delillerini gizlemek olduğundan maddenin burada düzenlenmesinin tutarlı olduğu söylenebilir.

1.SUÇUN HUKUKÎ KONUSU

Bu suçun konusunu alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri oluşturmaktadır. Malvarlığının sözlük anlamı, bir kişiye ait para ile ölçülebilen hakların bütünüdür. Ceza hukuku açısından "suçtan elde edilen maddi menfaat" kavramı ise, suçun işlenmesi suretiyle elde edilen maddi menfaat, suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen menfaat ve bunların değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan menfaatleri içerir.

Bu malvarlığı değerlerinin elde edildiği suçun türü veya mahiyeti önemli değildir. Önemli olan, bu suçun konusunu oluşturan ekonomik değerlerin, başka bir suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olmasıdır.

2. AKLAMA SUÇUNUN UNSURLARI

A- Yasal Unsur

Suçun yasal unsuru, alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, yurt dışına çıkarılması veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tabi tutulmasıdır.

B- Ön Şart

Öncül suçlar, ülkelerin tercihine göre tüm suçları veya belirli bir süre hapis cezasını gerektiren suçları (eşik yaklaşımı) kapsayabileceği gibi belirlenmiş bazı cürümleri (liste yaklaşımı) de kapsayabilir. Bu yaklaşımların bir kombinasyonu da yapılabilir. Kanun koyucu burada 4208 sayılı yasadaki sayma sisteminin aksine burada cezanın türü ve miktarını göz önüne alan eşik sistemini tercih etmiştir. Buna göre, öncül suçun alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmelidir. Suçun ceza kanununda ya da özel bir kanunda düzenlenmiş olması önem taşımaz. Malvarlığı değerleri aşağı haddi bir yılın dışında kalan bir suçtan elde edilmişse aklama suçu oluşmamıştır.

4208 sayılı yasanın aksine, uluslararası metinlerde öncül suç olarak kabulü istenilen göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, yolsuzluğa ilişkin suçlar ve çıkar amaçlı örgüt suçları öngörülen hapis cezaları bir yılın üzerinde olduğundan öncül suç kapsamına alınmış olmaktadır. Ancak, yeni TCK'nun 155. maddesindeki "Güveni kötüye kullanma", 156. maddesindeki "Bedelsiz senedi kullanma", 163. maddesindeki "Karşılıksız yararlanma", 209. maddesindeki "Açığa imzanın kötüye kullanılması", 228. maddesindeki "Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama" gibi az sayıda suç gelir doğurabilecek nitelikte olmasına rağmen aşağı sınır bir yılın altında kaldığı için aklama suçunun öncül suçu olamayacaktır.

C- Maddi Unsur

Söz konusu suç, seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır.

1. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına çıkarılması (birinci seçimlik hareket)

En bilinen aklama yöntemi, karaparanın kazanıldığı ülkeden başka bir ülkeye fiziki olarak naklidir. Bu yöntemde, fonlar fiziksel olarak yurtdışına, kambiyo kontrolü olmayan ve tercihan bankacılık sırrına sahip bazı ülkelere taşınmaktadır. Yabancı ülkede, fonlar serbestçe kullanılacak bir bankaya ya da diğer bir malî kuruluşa yatırılmaktadır. Fonlar bundan böyle, tüm dünya finans piyasalarında normal biçimde dolaşımında olan yasal kaynaklı fonlara karışacaktır. Ancak malvarlığı değerlerini yurtdışına çıkarma (transfer) fiziki olabileceği gibi (örneğin bir kurye marifetiyle) elek-

tronik yolla da (örneğin bankacılık işlemleri ya da posta havalesi) yapılabilir. Bu hareket daha ziyade karapara aklamalarının birinci aşamasına karşılık gelmektedir.

2. Suçtan elde edilen değerlerinin, gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması (2. seçimlik hareket)

Buradaki seçimlik hareket birincinin aksine, serbest hareket olarak belirlenmiştir. Bu tür bir düzenleme, karapara aklamaya yönelik mevcut ve bilinen yöntemleri kapsadığı gibi, aklayıcıların hayal gücü ve yeni teknolojik gelişmelere paralel olarak ortaya çıkabilecek yeni teknikleri de içermesi bakımından uygundur. Bu hareketler açısından önemli olan, bunların gerçekleştirilişi sırasında güdülen amaçtır. Buradaki hareketler aklama işleminin üç aşamasını da (yerleştirme, ayırma ve bütünleştirme) kapsamaktadır.

Bu işlemler, değişik şekillerde gerçekleşebilir. Örneğin, karaparanın banka hesabına yatırılması, dövize çevrilmesi, gayrimenkul, araba, sanat eseri, hisse senedi alımında kullanılması yurt dışında işlenmiş olan bir suçtan kaynaklanan gelirin, meşru yolla elde edilmiş bir para görüntüsüyle yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde ülkeye sokulması, sahte fatura düzenlenmesi, sahte iş akdi yapılması.

Bu işlemlerle suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin gerçek niteliği, kaynağı, yeri, durumu, hareketi, bu malla ilgili haklar ya da mülkiyeti gizlenmiş veya değiştirilmiş olabilir.

D- Manevi Unsur

Manevi unsur seçimlik hareketlere göre farklılık göstermektedir. Birinci seçimlik hareketin yani yurtdışına transferin gerçekleştirilişi sırasında, yurt dışına transfer edilen malvarlığı değerlerinin suçtan elde edilmiş olduğunun bilinmesi gerekir. Başka bir deyişle, bu seçimlik hareket açısından kastın varlığı yeterlidir. Ayrıca herhangi bir saik ya da maksat aramaya gerek yoktur.

İkinci seçimlik hareket bakımından ise özel kast aranmaktadır. Bu ise, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin, gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla hareket edilmesidir. Aslında bu aklama işleminin zaten amaç ve doğasında yer alan bir unsurdur.

Madde, özel olarak dikkatsizlik ya da ihmal halini öngörmemekte olup suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Basit ya da ağırlatıcı nedenlerin bulunduğu (nitelikli) aklama olsun, failin karaparasını akladığı kişinin, öncül suçlardan birini işlediğini ya da akladığı paranın öncül suçlardan geldiğini bilmesi yeterlidir. Ancak, aklayıcının nitelik, zaman, yer, suçun işleme koşullarını, öncül suçun fail ya da mağdurunun şahsını tam olarak bilmesi gerekmez (Genellikle aklanan malvarlıkları çok sayıda suçtan gelebilir).

Ağırlaştırıcı şartlar söz konusu ise, bunların uygulanarak cezasının arttırılabilmesi için failin bunların varlığını bildiğinin de kanıtlanması gerekecektir.

Kanuni tanımında "bilerek" ifadesine yer verilmediğinden aklama suçu hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir.

Gerçekten, bazı olgular nedeniyle, failin suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin kökenini bilmemesinin mümkün olmadığı sonucuna varılabiliyorsa olası kastın dolayısıyla aklama suçunun manevi unsurunun gerçekleştiği sonucuna varılabilir.

3- FAIL

Suçun faili, herkes, herhangi bir kimse olabilir. Ayrıca bu suçu işleyebilmek için failin bazı niteliklere, özelliklere sahip olması şart değildir. Fail öncül suçlara iştirak eden birisi de olabilir. Zira kanun koyucu uluslararası sözleşmelerin tanıdığı imkanı kullanarak, kendi suç gelirini aklayanı öncül dışında ayrıca cezalandırmak istemese bunu "Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme" başlıklı 281. maddedeki gibi düzenleyebilirdi. Çünkü anılan maddeye göre, kişiye kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçun delillerini yok etmesi, gizlemesi veya değiştirmesi dolayısıyla ayrıca ceza verilmez.

Ancak, failin öncül suçlarla ilişkisinin olması şart değildir. Zaten büyük miktarın söz konusu olduğu, dolayısıyla karmaşık tekniklerin kullanılmasının gerektiği aklama olaylarında öncül suçlarla ilgisi olmayan özellikle bankacılık, sermaye piyasası, sigortacılık, borsa, uluslararası ticaret, uluslararası hukuk ve iktisat alanında uzman kişiler fail olarak görünmektedir. En tehlikeli aklayıcılar da, özellikle uluslararası malî ilişkilerdeki mesleki faaliyetlerinin kolaylıklarını kullanan faillerdir. Ancak failin aklama işlemi karşılığında bir çıkar sağlamış olması da gerekmez.

Fail tek şahıs olabileceği gibi, iki veya daha fazla kimse olabilir. Bu durumda koşulları varsa "teşekkül" halinde suç işleme söz konusu olabilir.

4- YAPTIRIM

Suçun cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş günden az olmamak üzere (TCK. 52/1) yirmibin güne kadar adli para cezasıdır. 2. fıkradaki ağırlatıcı sebebin uygulanması halinde, 4 yıl 6 aydan 7,5 yıla kadar hapis,3. fıkradaki ağırlatıcı sebebin bulunması halinde, 4 yıldan 10 yıla kadar hapis ve 40 bin güne kadar adli para cezasıdır.

Buradaki adli para cezasının alt sınırı beş gündür. Adli para cezasına hükmederken hâkim önce, suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün birimi sayısını saptayacaktır. Toplam gün birimi sayısı belirlenirken hâkim cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçüleri esas alarak bir sonuca varacaktır. Örneğin yüz gün birimi gibi. Örneğin birkaç bin dolar ücret karşılığında karaparayı yurtdışına çıkararak kuryenin tahsili mümkün olmayacak derecede adli para cezasına hükmedilmesinin bir anlamı

olmayacaktır. İkinci aşamada ise kişinin, ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde tutularak bir gün biriminin parasal miktarı tayin edilecektir. Bu miktarı hâkim, kişinin malvarlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken gelirini dikkate alarak takdir edecektir. Örneğin elli Türk Lirası gibi. Daha sonra toplam gün birimi sayısı ile bir gün biriminin parasal miktarı çarpılarak, adli para cezasının miktarı tespit edilecektir. Örnekte yüz (gün) ile elli (Türk Lirası) çarpıldığında adli para cezasının miktarı beş bin Türk Lirası olarak bulunmaktadır.

5- CEZAYI AĞIRLAŞTIRICI NEDENLER

A. Bu Suçun, Kamu Görevlisi Tarafından veya Belli Bir Meslek Sahibi Kişi Tarafından Bu Mesleğin İcrası Sırasında İşlenmesi

Burada bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli söz konusudur. Buna göre, söz konusu suçun kamu görevlisi tarafından görevini yaparken ve görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak ya da belli bir meslek sahibi kişi tarafından (avukat, mali müşavir, bankacı, muhasebeci vs.) mesleğinin icrası sırasında ve sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi hâlinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılacaktır. Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılacaktır(TCK m.6/c). Buna göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.

B. Suçun, Suç İşlemek İçin Teşkil Edilmiş Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Bu durumda, verilecek ceza bir kat artırılacaktır. Cezanın bir kat artırımından kasıt, cezanın kendisi kadar artırılıp tekrar kendisine eklenmiş halidir. Ancak, belirtilmelidir ki, bu suçtan dolayı verilecek artırılmış ceza, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı ayrıca cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir.

Buradaki örgüt yeni TCK'nun "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlıklı 220. mad-

desine göre belirlenecektir. Maddenin 4. fıkrasına göre "Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmlenir."Bu düzenlemeye göre fail, gerçek içtima kuralları uygulanarak hem nitelikli suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama" (282/3) suçundan hem de suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçundan (m.220) cezalandırılacaktır.

6- TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA UYGULANACAK GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının gereği olarak sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Ancak bu ilke, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilmesine engel değildir.

Gerçekten maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmlenacaktır.

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri ise yeni TCK'nun 60. maddesinde düzenlenmiştir.

Tüzel kişilerin faaliyetleri genelde kamu makamlarının verdikleri izne dayalı olarak yürütölmektedir. Bu nedenle, suçun bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenmesi durumunda suçu işleyen gerçek kişilerin cezalandırılması yanında mahkûmiyet kararıyla birlikte, iznin iptaline de karar verilecektir.

Bu tedbire karar verilebilmesi için ilk koşul özel hukuk tüzel kişisine, belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen bir iznin varlığıdır. İkinci koşul ise, bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenmesidir. Dikkat edilmelidir ki, burada söz konusu olan suç, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç değildir. İşlenen suçla, verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağı olmalıdır. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri gerekir. Örneğin uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görünüştü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması hâlinde, bu döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişisinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir. Yine, ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuarda uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması durumunda da, aynı sonuç doğacaktır.

Özel hukuk tüzel kişileri bakımından öngörölen diğer bir güvenlik tedbiri ise müsadere'dir. Buna göre, tüzel kişi yararına işlendiği belirlenen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsaderesine hükmedilecektir. Bu hâlde iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacaktır.

Özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında, işlenen suç

dikkate alındığında, çok ağır sonuçlar doğabilir. Örneğin çok sayıda kişi işsiz kalabilir veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelebilir. İşte bu gibi hâllerde mahkeme maddedeki orantılılık ilkesine dayanarak bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir.

Özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine, her suç bakımından değil, kanunda özel olarak belirtilen hâllerde hükmedilebilecek olup, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklamada bu tedbirlere konu olabilecek suçlardandır.

7- ETKİN PİŞMANLIK

Maddenin beşinci fıkrasına göre, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini gizleme nedeniyle kovuşturma başlamadan önce, bu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu suç nedeniyle cezaya hükmolunmayacaktır.

Yasa koyucu burada faal nedamet duygusunu aramıştır. Bu nedenle kişi örneğin sarhoşluk halinde ve irade haricinde malvarlığı değerlerinin yerini bildirmişse bu ceza bağışıklığından yararlanamaz. Malvarlığı değerlerinin yeri kolluk tarafından zaten biliniyor ve kaçırılma ihtimali yoksa failin bunların yerini bildirmesi etkin pişmanlıktan yararlanmasını gerektirmez. Bu hüküm sadece etkin pişmanlık gösteren fail ya da failere uygulanır; diğer suç ortaklarına etki etmez.

Madde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini gizleme nedeniyle kovuşturmadan bahsettiğinden öncül suç kovuşturması başladıktan sonra örneğin uyuşturucu kaçakçılığı kovuşturması esnasında sanığın veya üçüncü kişi aklayıcının söz konusu suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlaması veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştırması halinde de bağışıklıktan yararlanması gerekecektir.

8- DAVA ZAMANAŞIMI

TCK'nun 66. maddesi uyarınca, suçun cezası 5 yılı geçmediğinden dava zamanaşımı 8 yıldır. Bu suçta delillerin genelde yurtdışından adli istinabe yoluyla temini gerektiği ve daha önce 4208 sayılı yasadaki 10 yıllık sürenin yetersiz bulunarak 15 yıla çıkarıldığı düşünüldüğünde 8 yıllık sürenin yetersiz kalacağı açıktır.

9- MÜSADERE

Yeni TCK'nda da müsadere yaptırımı bir emniyet tedbiri olarak öngörülmüştür. Kanununun 54. maddesi « Eşya müsadere » ni düzenlemektedir. Buna göre; « (1) İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereye hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya,

kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması hâlinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur. »

Maddede müsaderenin Anayasada yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine karar verileceği kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Başka bir deyişle, kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesine hükmedilecektir.

Madde gerekçesinde vurgulandığı üzere, müsaderenin hukukî niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesinin doğal sonucu, müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmaması dahi, müsaderesine hükmedilebilecektir.

İkinci fıkraya göre, müsadere konusu eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması hâlinde; bunun değeri kadar para tutarının müsaderesine hükmedilecektir.

Üçüncü fıkrada ise, müsaderede orantılılık kuralı kabul edilmiştir. Buna göre, suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyecektir.

Maddenin dördüncü fıkrasında, yasak olan eşyanın müsaderesine ilişkin hükme yer verilmiştir. Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın, her hâlde müsaderesine hükmolunacaktır.

Beşinci fıkrada, kısmi müsadere; altıncı fıkrada ise, müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan eşyanın müsaderesi düzenlenmiştir.

Suçtan elde edilen malvarlığı değerlerini aklama suçunda müsadere ise, ise kanunun 55. maddesinde ve « Kazanç müsaderesi » adı altında özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; « (1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için Maddî menfaat suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir. »

Madde gerekçesinde vurgulandığı üzere, « Maddede, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsaderesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç müsaderesi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsaderesi olanaklı hâlde getirilmiştir. Böylece, kazanç müsaderesi, "karapara aklama", uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur. Bu hükmün uygulanmasında mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacak, bunlara ait maddî değerler kazanç müsaderesine tabi tutulmayacaktır.

Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değerlerin müsaderesidir. Buna göre, müsadere konusu ekonomik değerlerin harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkansız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir. »

Görüldüğü gibi, 53 ve 54. maddeler tüm suçlar bakımından klasik eşya müsaderesinin yanısıra hem değer müsaderesini hem de kaim değerlerin müsaderesini içeren genişletilmiş bir müsadere yöntemini mevzuatımıza sokmuştur.

Bu sistemde müsadere bir ceza değil de güvenlik tedbiri olduğundan, kişi akıl hastası olduğu için ceza verilemese ya da öldüğü için mahkumiyet söz konusu olmasa bile suç kazancı müsadere edilebilecektir.

Sanığın ölümü nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi halinde, niteliği itibariyle müsadereye tabi eşya ve kazanç müsadereyesine ilişkin yargılamaya -sanığın ölümüne rağmen devam edilmesinin mümkün olduğu hâllerde- devam edilip hasıl olan neticeye göre bir karar verilecektir. Hükümlünün ölümü halinde ise, hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kalkmakla birlikte, müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin olup ölümden önce kesinleşmiş bulunan hüküm infaz olunacaktır. (TCK 64)

Yeni TCK'nun 70. maddesi, öngörülen müsadere açısından ayrı bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Buna göre; «Müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmez.

10- Görev

26.9.2004 Tarih ve 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanuna göre Asliye Ceza Mahkemesidir.

Kanımızca, teşekkül halinde uyuşturucu temini ve haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlardan elde edilen malvarlığı değerlerini aklama da CMK'nun 250. maddesinde öngörülen geniş yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına alınmalıdır. Bu hem usul ekonomisinin hem de bu suçlarda uzmanlaşma ihtiyacının gereğidir.

VI. AKLAMA SUÇUNA İLİŞKİN CEZA MUHAKEMESİ TEDBİRLERİ

Bu tedbirler yeni Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

1. ELKOYMA

CMK'nun 123 ve 124. maddesi uyarınca; İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsadereyesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulabilir.

Söz konusu eşya veya diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekten kaçınırsa hakkında 60ncı maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz.

El koyma terimi burada zapt yerine kullanılmakta ve rıza bulunmayan hâllerde zorla şeyi alma yetkisini ifade etmektedir.

Ancak, Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kişilerin nezdinde buldukça el konulamaz. (CMK m.126)

Tanıklıktan çekinebilecek olan kişilere tanınan ayrıcalık, Anayasamızın 38 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." kuralının ifadesi olduğundan, tanıklıktan çekinebilecekler hakkında disiplin hapsinin uygulanamayacağı kanunda açıkça belirtilmiştir.

A. El Koyma Kararı Verme Yetkisi

CMK'nun 127. maddesi uyarınca zor kullanarak el koymaya esasta hâkim karar verecektir. Kişinin rızası olmadan eşyasına el konulması o eşya üzerindeki tasarruf hakkını kaldırmış olacağından, zorla el koymaya hâkim karar vermelidir. Diğer yünden el koyma, delilleri koruma açısından önemli olduğu için, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı ve bunların yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmeye memur olan kolluk görevlileri de Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emri ile zor kullanarak el koyma işlemini gerçekleştirebileceklerdir. El koyma ile ilgili düzenlenecek tutanağa bu işlemi yapan kolluk görevlisinin açık kimliği yazılacaktır. El koyma hâkim kararı olmadan, yetkili merciin başka bir ifadeyle Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilmiş ise bu karar yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulacaktır.

El konulan eşya yanında bulunan kişi, kendi nezdindeki eşyaya el konulduğu, dolayısıyla tasarruf yetkisinin kaldırılmasından etkilendiği için, hâkime başvurarak bu hususta yani el koymanın gerekip gerekmediği hakkında bir karar vermesini isteyebilecektir.

1. Kamu davası açılmış ise karar verme yetkisi, kuşkusuz kamu davasına bakan hâkim veya mahkemeye aittir.
2. Henüz kamu davası açılmamış ise karar verme yetkisi, el koyma işleminin yapıldığı yerin sulh ceza hâkimine ait olacaktır.

Kamu davası açıldıktan sonra da, delillerin korunmasının zorunlu olduğu hâllerde, Cumhuriyet savcısı ve bunların yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmeye memur olan kolluk görevlileri tarafından bir kısım eşyaya el konulabilecektir. Bu takdirde davaya bakan hâkim veya mahkemeye hemen ve her hâlde en geç yirmidört saat içinde bilgi verilecek ve eşya, hâkim veya mahkemenin emri gereğince işleme tâbi tutulmak üzere hazır bulundurulacaktır.

2. ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ

CMK 133. madde uyarınca, suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın

onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyımına verildiği açıkça belirtilir.

Şirket yönetimine kayyım tayinini için öncelikle, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun, zincirleme veya kesintisiz suç olarak, bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerekir. Ayrıca, şirket yönetimine kayyım tayini, soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olmalıdır. Bu bakımdan bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsa bile, icrası tamamlanmış olan bir suçla ilgili olarak şirket yönetimine kayyım tayin edilemez. Bir turizm şirketinin faaliyeti çerçevesinde örneğin uyuşturucu madde ticareti, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, fuhuş, kumar oynatma gibi suçların işlendiği; kurulan şirketin, gerçek bir ticari faaliyetin icrası için değil, örneğin banka kaynaklarının zimmete geçirilmesinde bir araç olarak kullanıldığı; kurulan şirketin, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına transfer edilmesinde veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tabi tutulmasında araç olarak kullanıldığı hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, bu koruma tedbirine başvurulabilecektir.

Şirket yönetimine kayyım tayini, ancak hâkim veya mahkeme kararıyla olabilir. Hâkim veya mahkeme kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliği kayyımın onayına bağlı kılınabilir. Bu durumda, özel hukuk hükümlerine göre görevlendirilmiş olan şirket yönetim kurulu veya müdürleri, görevlerine devam ederler. Ancak, bu kişilerin şirket yönetimiyle ilgili tasarruflarının veya şirket adına üçüncü kişilerle yaptıkları işlemlerin hukukî geçerlilik taşıyabilmesi, atanan kayyımın onayına bağlıdır. Atama kararı ile yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyımına da verilebilir. Bu durumda, özel hukuk hükümlerine göre görevlendirilmiş olan şirket yönetim kurulunun veya müdürlerinin görevleri sona erer. Şirket yönetimine kayyım tayininin üçüncü kişilerle yapılan işlemlerle ilgili olarak bağlayıcı sonuç doğurabilmesi için, hâkim veya mahkeme kararının ticaret sicili gazetesinde ilan edilmesi gerekir. Bu karar örnekleri, ayrıca, ilgili şirketin merkez ve şubelerinde üçüncü kişiler tarafından görülebilecek şekilde asılır. Atanan kayyımın görevi, soruşturma ve kovuşturma sürecinde ve en geç hüküm anına kadar devam edebilir.

Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.

Madde hükmünde ayrıca kayyımın işlemlerine karşı özel hukuk hükümlerine göre mahkemeye başvurulabilmesine ilişkin düzenleme de yer almaktadır. Buna göre, ilgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler.

Yasa bu madde hükümlerinin uygulanabileceği suçları tek tek saymış olup, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282) suçuna da yer vermiştir.

3. ÖZEL SORUŞTURMA TEKNİKLERİ

CMK, uygulamada eksikliği duyulan ve doktrinde eskiden beri önerilen bazı özel soruşturma tedbirlerini aklama suçuna da genişletmiştir. Bu durum, aklama fiillerinde delil elde etmenin kolaylaştırılması yönünde önemli bir adım oluşturmaktadır.

A. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilecek, dinlenebilecek ve kayda alınabilecektir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.

CMK'nın 2. maddesi uyarınca, şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

İfade eder.

Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

Tedbirin uygulaması sürelidir. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, kullanmakta olduğu mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, kullanılan mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

Alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur. (m.135)

Ancak, Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, söz konusu tedbir uygulanamaz. (m.136)

Hazırlık soruşturması sırasında bu tedbirle ilgili olarak hakim kararı alınıp alınmamasının değerlendirilmesi Cumhuriyet savcılığına ait bir görevdir. Kollukça C. savcılığından bu konuda bir istemde bulunulduğunda, savcılıkça yapılacak değerlendirme sonucunda bu tedbire gerek duyulduğu takdirde hakimden karar istenecektir. (Y.8.CD,21.12.2000 E.27613,K.21500).

a. Kararların Yerine Getirilmesi, İletişim İçeriklerinin Yok Edilmesi

Verilecek karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi hâlinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Verilen karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir.

Söz konusu kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da 135. maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgili sine yazılı olarak bilgi verir.

b. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği

şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

B. Teknik Araçlarla İzleme

CMK'nun 140. maddesi uyarınca, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir. Burada kastedilen teknik araçlar, insanın görme ve işitme duyusunun sınırlarını aşmaya yardımcı olan optik ve/veya akustik gözetlemeye yarayan araçlardır.

Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur.

Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

Elde edilen deliller, yasada sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.

Teknik araçlarla izleme, kişinin konutunda uygulanamaz. Bu tedbirden konutun istisna tutulması kanaatimizce de olumludur. Zira kişinin en dokunulmaz yaşam alanlarına girilmesi insanlar arası iletişimi imkansız kılar. Bu durumun yol açacağı tehlike örgütlü suçların oluşturduğu tehditten de daha fazladır.

Eğer izlenen kişi, hakkındaki izleme tedbirinden bir şekilde haberdar olmuşsa, buna rağmen tedbirin uygulanmaya devam edilmesi oranlılık ilkesine uymaz. Zaten tedbirden beklenen amacın gerçekleşmesi de mümkün olmaz.

SONUÇ

Karapara aklayıcıların ekonomik ve teknolojik gelişmeler karşısındaki müthiş uyum yetenekleri, yeni imkânlar ve hukukî boşlukları lehlerine kullanma becerileri karşısında, aklama karşıtı mekanizmaların da sürekli gözden geçirilme ve yenilenme ihtiyacı vardır.

Aklama ile mücadelenin günümüzdeki temel problemi aklama olaylarını saptamanın

güçlüğü değil, ama adaletin önüne suçun delillerini getirmek, faileri tespit etmek ve mahkum ettirmek hususlarında odaklanmaktadır.

Aklama suçunun öncül suçlarının genişletilmesi, ispat yükünün yer değiştirilmesi ya da paylaşılması, suç gelirlerine el koyma ve müsaderecinin güçlendirilmesi, mali istihbarat biriminin çok yönlü yapılandırılması ve malî ve ekonomik suçlar alanında uzman savcılık ve mahkemeler oluşturulması, artık tüm çağdaş ülkelere ortak kara para aklama ile mücadele stratejisinin başlıca halkalarını oluşturmaktadır.

Hukukumuzda, sayma sistemini benimseyerek öncül suçları tek tek sayan karapara aklamanın önlenmesine ilişkin 4208 sayılı yasa, uygulamada arzulanan etkinliği sağlamamıştır. Zira sayma sisteminin doğal sonucu, aklama suçunun ispatının zorlaşmasıdır. Kara para aklama ile mücadele, aynı zamanda yolsuzluk terörünün finansmanı ve örgütlü suçlarla mücadelenin en önemli tamamlayıcısı olup, T.C.K nun 282. maddesi ile birlikte gerek TCK ve gerek özel kanunlardaki alt sınırı 1 yıl ve üzeri hapis cezası gerektiren tüm yolsuzluk suçlarının kara para aklama suçunun öncül suçları arasına alınması sağlanmıştır. Ülkemizde, mali suçluluğun sosyal maliyeti ölçülemeyecek boyutlarda ağır sonuçlara yol açtığı artık çok açık görülmektedir. Bir bankanın içinin boşaltılmasından elde edilen suç gelirleri milyar dolarlarla ifade edilmektedir. Oysa bin ayrı büyük adi suç da bile böyle bir rakam söz konusu olmamaktadır.

Dolayısıyla, yasal metinleri uygulayacak olan yargı sisteminin genelde uluslararası nitelik taşıyan bu karmaşık suçları etkili bir şekilde cezalandırabilmesi için ilk etapta büyük illerde bünyesinde mali uzmanların yer aldığı, insan, yer, araç gereç, teknolojik imkanlar yönünden eksikliği bulunmayan ve gerekirse birden fazla yargı çevresinde yetkili mali suç savcılıkları oluşturulması gerekmektedir. Bunu, ileri de mali ve ekonomik suçlar alanında uzmanlık mahkemeleri izlemelidir.

Bu tür suçlarla mücadele eden kolluk güçlerinin mükemmel bir teknolojik donanıma sahip olması şarttır. Gerekirse, ABD'de olduğu gibi, aklama, rüşvet ve çıkar amaçlı örgüt suçlarında müsadereye konu değerlerin bir kısmının bu amaçla kullanılmasına ilişkin yasal değişiklik yapılmalıdır.

Aklama suçunun öncelikli uygulama alanı, yolsuzluk ve örgütlü suç faaliyetlerinin gelirlerini uluslararası planda aklayan örgütlü şebekelerle mücadeledir. Bu alana uygun, en tehlikeli ve en örgütlü fiilleri hedeflemiş bir suç politikasının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Günümüzde, Devletler kara para aklama karşıtı ceza mevzuatlarına hapis ve para cezalarının yanısıra müsadere tedbirlerini de eklemişlerdir. Müsadere tedbiri çoğunlukla ihtiyarî biçimde öngörölmüş olup, ceza mahkemeleri gerekliliğini serbestçe takdir etmektedirler. Diğer yandan ülkelerin çoğu, Viyana Sözleşmesi (m.5/1) ve Strazburg Sözleşmesi tarafından öngörölen değer müsaderesini kabul etmişlerdir. Genellikle değişik yerlere ve ülkelere yayılmış malvarlıklarının müsaderesinin zorluğunun bilincinde olan mevzuatlar ceza mahkemelerine suçlu-

ların servetleri içinde bulunan (suçlardan elde edilmiş kazançlara) karşılık malvarlığının müsadereesine imkân vermektedirler. Yeni TCK 53 ve 54. maddeleri ile bu konuda etkin ve çağdaş düzenlemeler getirmiştir.

İçinde bulunduğumuz elektronik çağda, muazzam tutarlar bir kaç dakikada tüm dünyayı dolaşabilir. Suç gelirleri kolaylıkla yasal ticarî gelirlerden elde edilen paraya karışabilir. Suç gelirleri alanındaki uluslararası cezaî işbirliği adli ve polisiye birimlere etkili araçların sağlanmasını gerektirir. Mallar (hava araçları, gemiler, para vs.) birkaç gün, bir kaç saat hatta bir kaç dakikada bir ülkeden diğer ülkeye yer değiştirebildiği için suçla mücadele eden makamların gerekli tedbirleri alabilmeleri amacıyla hızlı biçimde hareket etmeleri önem taşır. Ayrıca, suçtan kaynaklanan malvarlıkları çok ender olarak bir müsadere davasının açıldığı bir Devlet ülkesinde bulunur. Gerçekten suçlular müsadere alanındaki yasalardan paralarını başka bir ülkeye transfer etmek suretiyle kolayca kurtulabilirler. Bu durumda, bu alanda uluslararası işbirliği kaçınılmaz hale gelmektedir. Viyana, Strazburg ve Palermo Sözleşmeleri, yasadışı gelirlerin etkisizleştirilmesi alanında tam bir karşılıklı adli yardımlaşma mekanizması kurmuşlardır.

Kara para aklama alanında kovuşturma organlarının en büyük gücünü suç delillerinin ortaya çıkarılmasıdır. Bu gücünün 1. nedeni teknik düzeydedir: kara para aklama gizli bir suçtur. Dolayısıyla, kara para yığınları yasal para içine karışmakta, oldukça hızlı, kolay ve gizli şekilde uluslararası çapta yer değiştirmektedir. İkinci neden ise hukuki düzeydedir: kara para aklama işlemlerin gizliliği ilkesinin hakim olduğu bir sektör içinde yürütülen malî bir aktivitedir. Ayrıca, netice suçu niteliği kovuşturma makamlarını cezalandırılabilir bir ön suçun varlığını kanıtlamaya mecbur etmektedir. Bu nedenle, Ceza Muhakemeleri Kanunumuzun iletişimin tespiti ve teknik izleme tedbirlerini aklama suçları içinde öngörmesi olumlu bir adım olmuştur.

Kara para aklamayla mücadelede şüpheli işlemlerin bildirim mekanizması merkezi bir öneme sahiptir. Bu mekanizmanın etkinliğinin sağlanmasında Mali İstihbarat Biriminin yapısı, işleyişi ve yükümlü guruplarını eğitmesi ve bilinçlendirmesi rol oynamaktadır. Bu bağlamda idari nitelik taşıyan Mali İstihbarat Birimleri bünyesinde yargı, gümrük ve kolluk temsilcilerinin de görev yapması, mücadelenin etkinliği için şart olan kurumlar ve disiplinler arası işbirliğinin sağlanmasının önemli bir aracıdır.

Kara para aklama karşıtı mevzuatın etkinliği, bir taraftan Mali İstihbarat Birimi ile mali sektör, diğer taraftan ilgili adli makamlar, polis değişik birimleri, mali kuruluşların denetim ve düzenleme organları arasında ve işbirliği yapabileceği yabancı makamlarla iyi bir işbirliğinden geçmektedir.

Diğer yandan, son zamanlarda hız kazanan aklamaya karşı uluslararası girişimler ile ulusal mevzuatlar hükümlerinin uygulamada amaçlanan sonucu vermesi için, bu konudaki ulusal aktörlerin (Adli makamlar, kolluk, Mali İstihbarat Birimi, denetleyici kurumlar,) imkanlarının artırılması ile kendi aralarında ve uluslararası muhataplarıyla daha sıkı bir işbirliğine yönelik mekanizmaların da hayata geçirilmesi şarttır.

Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

KAYNAKÇA

CRETIN, T : Mafias du mondes, Puf, Paris, 1997.

CSONKA, P : Bruxelles et les mafias, panoramiques, 1999, No:30, s. 54-61.

CUTASAR, C. : Le blanchiment des produits illicites, Strasbourg, 2000.

DUPUIS, M.C. : Finance criminelle, puf, Paris 1998

ERGÜL, E. : Uyuşturucu Maddeler ve Suçları, Ankara 1997.

_____ : Karaparanın Aklanması ve Suçları, Adalet yayınevi, Ankara 1998

_____ : Karaparanın Aklanmasının Hukukî ve Cezai Boyutları", Karapara Aklama ve Önlemler, T.C.Merkez Bankası yayını, Ankara 1999, s. 23-35.

_____ : Karapara Endüstrisi ve Aklama Suçu, Ankara 2001.

FRANÇOIS, L., CHAIGNEAU, P., CHESNEY M. : Blanchiment et Financement du terrorisme, Elips, Paris 2004.

GRIMAL J.-C. : Drogue: L'autre mondialisation, le monde folioactuel, édition gallimard, Paris 2000.

HEILLANT, G.H. : Crime and control in comparative Perspectives, Berlin; New York 1992

HERAIL J.L., RAMMEL P. : Blanchiment d'argent et crime organisé, puf, paris 1996.

LABROUSSE, A. : "Les guerres, les drouges et les mafias", Panoramiques- Corlet, 1999.

MAILLARD, De J. : Un monde sans lois, Stock, Paris 1998

MANACORDA, S. : "La réglemantation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système", RSCDPC, 1999/2, s.251-258.

MANI, M. : L'Union européenne dans la lutte contre le blanchiment d'argent, L'Harmattan, Paris, 2003.

PEILLON V. : Les Milliards noirs du blanchiment, Hachette, Paris 2004.

RAITH, W. : Yeni Mafya Karteli, Sarmal yy., Istanbul 1995.

RAUFER, X.-QUERE, S. : Le crime organisé, Que sais-je, Puf, Paris 2000.

ROBINSON, J. : Karapara Aklayıcıları, Arion yayınevi, İst.2003.

ROCHE-MARIN-NOCQUET,C. : La justice pénale face à la délinquance économique et financière, Dalloz, Paris 2001.

SOMMIER, I. : Les mafias, Montchrestien, Paris 1998.

THIERRY, J.-P./PATRICE de M. : Crime et blanchiment, Fixot, Paris.1993.

TAŞDELEN,A. : Hukuksal Açıdan Türkiye’de Karaparanın Aklanması ve Önlenmesi, Turhan Yayınevi, Ankara 2003.

VERICOURT, De G. : Les Mafias, Edition Milan, Toulouse, 1998.

VERNIER, E. : Techniques de blanchiment et moyens de lutte, Dunod, Paris 2005.

ZIEGLER, J. : Suçun derebeyleri, Doğan Kitap, İstanbul 1999.

BAŞKAN - Sanıyorum bir uyanma problemiyle karşı karşıyayım benzeniz, o bakımdan, aslında sizin biraz daha vaktiniz varmış; ama, doğrusu, kısa kesilmesinde bir sakınca yok, sorularla uzatırsınız; alacağınız olsun.

İkinci konuşmacımız Sayın Genç Osman Yaraşlı, malî suçlar ve takibi konusunda tebliğ verecekler.

Dr. Genç Osman YARAŞLI - Teşekkür ederim efendim.

Başında bulunduğum kurulun ismi Malî Suçları Araştırma Kurulu, isminde her ne kadar "malî suçları araştırma" ibaresi mevcut ise de görevi sadece karapara akla-mayla mücadeledir. Bu sunumumda malî suçların niteliklerini belirterek, malî suçlar-la mücadelede neler yapmak lazım geldiği hususunda birkaç söz söyleyeceğim.

Ekonomiler geliŐtikçe işlenen suç profili değişiyor, adi suçlardan ya da klasik suçlar-dan ekonomik suçlara doğru bir artma oluyor. Bu arada, adi suçların bir kısmı da nitelik deđiŐtiriyor, artık adam öldürmeyi kan davası sebebiyle yapmıyorsunuz da, organize bir suç Őebekesinin bir aleti olarak gerçekleştiriyorsunuz. Bir taraftan ekonomik suçlar artarken bir taraftan klasik suçlardaki saikler de bir miktar deđiŐebiliyor. O açıdan, ekonomik suçlar, çağımızın en önemli tehditlerinden biridir.

Ekonomik suçlar çok mağdurlu suçlardır, korunmak istenen menfaat sadece birinci derecede zarar görenin menfaati değildir, daha ziyade ekonomik hayatın işleyişini korumak amaçlanmaktadır. Bu arada özellikle malî suçlarla devletin gelir kaynakları da korunmaktadır. Yine, ekonomik suçların ülke güvenliğini zayıflattığı ifade edilmektedir. Bunun örneklerini yaşadık, sadece bankacılık sektörünün, bankacılık dolandırıcılığının bize faturası 46-47 milyar dolardır. Ekonomik suçlar çoğunlukla örgütlü işlenebilen suçlardır.

Buradan hareketle malî suçları nasıl tanımlayabiliriz; malî suçları bir dar, bir de geniş anlamda tanımlamak mümkün. Dar anlamda malî suçu, sadece birinci derecede mağduru devlet olan, kamu olan suçlar olarak tanımlamak mümkün. Böyle tanımlarsanız, vergi suçları, kamunun harcamasına yönelik suçlar, ihaleye fesat karıştırma, gümrük kaçakçılığı, kalpazanlık ve benzeri suçlar dar anlamda malî suçlar arasında sayılabilir. Ama, "maliye"yi İngilizce'deki "finans" kelimesinin içeriğine uygun olarak biraz daha geniş alırsanız bankacılık suçları, tefecilik suçları ve benzerleri de malî suçlar arasında sayılabilir.

Nasıl mücadele etmeli konusuna geçmeden önce, **neden kaynaklanıyor** sorusuna kısaca cevap bulmamız lazım; pek çok neden sayılabilir. Aklıma gelen birkaçını ifade etmek istiyorum. Bu çok söylenmiyor, ama bizim toplumsal çatıŐmaları çözmeye biçimimizle ilgili bir sorunumuz var. Her toplumda toplumsal çatıŐmalar olabilir, ama bunu çözmeye biçiminiz yumuŐak olabilir, sert olabilir; bunların ayrıntısına girmiyorum. Toplumsal çatıŐmaları çözmeye biçiminiz sürekli küskün toplumsal kesimler yaratıyorsa orada bir problem var demektir; çünkü, küskün toplumsal kesimler, malî suç işlemeyi, hatta ekonomik suç işlemeyi bir nevi bir baş kaldırma yolu olarak göre-

bilirler. Buraya mim koyuyorum. Bu konu, belki sosyologların ve siyaset bilimcilerin üzerinde çalışması gereken bir konu.

İkinci husus, biz, galiba serbest piyasa ekonomisini kontrolsüz piyasa ekonomisi olarak anlıyoruz. Bizdeki denetim altyapısının eksikliği bu görüşü doğrular nitelikte. Bu kadar denetimden konuşuyoruz, ama denetim altyapısı eksik. Mesela vergi sistemimiz beyana dayalı bir sistem, ama beyana dayalı vergi sisteminde, yani gelirlerinizi beyan ediyorsanız, kamu otoritesi, o gelirleri başka birtakım vasıtalarla kontrol etme imkânına sahip olmalı. Kontrol imkanı yok mu? Bir miktar var; ama yetersiz. Maliyede, daha doğrusu, kamu iktisadında gelir şöyle belirlenir; bir dönem içinde elde edilen gelir ya tüketilir ya da servete eklenir. Bu bir aritmetik. Öyleyse, tüketim ve servetteki değişimlerle de geliri kontrol etme imkanınız olmalıdır. Ama, bizim vergi mevzuatımızda maalesef buna yönelik bir düzenleme, bir vergi sistemi güvenlik müessesesi bulunmamaktadır. Denetim anlayışımızda problemler vardır ve maalesef etkin değildir. Neden? Çünkü, mesela biz, ekonomi bu kadar parasallaştığı halde, halen para takibi yerine mal takibiyle uğraşıyoruz. Görmüşsünüzdür, şehirlerin girişlerinde vergi kontrol noktaları vardır, orada kamyonları çeviririz..! Halbuki, ekonominin yani gayri safi millî hâsılanın % 55'i hizmetler sektörüdür. Hizmetleri nasıl kontrol edeceksiniz? Bütün bu varlıklar neticede paraya tahvil olunuyor. Demek ki, mal takibi gibi bir denetim yönteminden, artık, paranın takibi yöntemine geçmek gerekir.

Riskli sektör, kişi (veya mükellef) veya alanları belirlemeye yönelik çalışmaları pek fazla yapmıyoruz. Bilgi işlem teknolojilerinden yeterince yararlanmıyoruz. Mesela, gelişmiş ülkelerde vergi beyannamelerinin ilk revizyonu, sisteme yüklenen kriterlere göre bilgi işlem sistemlerince yapılır. Bu revizyon sonrasında incelenmesi gerekli görülen beyanlar ayrılır ve onlar incelenir.

Denetimde bir problem de, denetimi klasik usullerle yapmaya devam ediyor olmamızdır. İşletmelerin IT teknolojisini yoğun bir biçimde kullandığını dikkate almıyoruz. Halbuki, dünyada, klasik denetimlere başlanmadan önce sistem mühendisleri, o işletmenin kullandığı IT sistemini denetliyor.

TMSF'ye devredilen bir bankayı hatırlayın; beyan edilen mevduat 780 trilyon civarındaydı, daha sonra gerçek mevduatın 6,5 katrilyon olduğu ortaya çıktı, yanlış hatırlamıyorsam. Bu kadar sene ilgili denetim birimleri buraları denetlemedi mi; denetledi! Nereden denetledi? IT sisteminin çıktıları üzerinden! Siz o sistemin önünüze konulan çıktıları üzerinden denetim yaparsanız, sistemin nasıl işlediğini bilmezseniz, daha doğrusu sisteme verilen bilgilerin doğru outputu çıkardığını tespit etmezseniz, ayarlanmış çıktıları dayanarak her şeyi normal görürsünüz. Demek ki, bu noktalarda problemimiz var.

Ekonomik suçlar, malî suçlar, hangi kategoriye alırsanız alın, hatta ticarî suçlar deyin, bu suçlarda bilgi analizi hayati önemdedir; ama, biz, henüz bu safhada değiliz.

Öbür taraftan, hızlı kentleşmenin yarattığı birtakım sosyal problemler var. Hızlı kentleşmenin tabii bir sonucu olan bu problemler ekonomik ve malî suç şebekelerine eleman sağlıyor. Gelir dağılımındaki adaletsizlikler hakeza, ekonomik ve malî suç işlemenin sebepleri arasında. Sık sık çıkarılan aflar sebepleri arasında. Enflasyonist ekonomik ortam ekonomik ve malî suçun en önemli sebepleri arasındadır. Çünkü, enflasyon en adaletsiz vergi demektir ve adaletsiz vergilemeye karşı insanlar bir noktadan sonra tepki göstermeye, direnç göstermeye başlarlar.

Öte taraftan, adalet sisteminin işleyişiyle ilgili problemlerimiz var. Adalet sisteminde özellikle ekonomik ve malî suçlarla ilgili ceza yargılaması bakımından uzmanlaşma yok. Dün ifade edildi, davaların uzaması ayrı bir problem; enflasyonist ortamda davaların uzaması daha büyük bir problem! Türk Ceza Kanunu'nda müsadere konusunda yetersizlikler vardı. Şu anda uygulamada olan Ceza Kanunu sadece eşya müsaderesine imkân veriyordu, suçtan elde edilen gelirin müsaderesine imkân vermiyordu. O problem, yeni Türk Ceza Kanunu'yla çözülmüş olacak.

Niçin mücadele etmeli konusu, belki burada ayrı bir oturum konusu olarak tartışılmalıydı; çünkü, gelişmeler olmasına rağmen, bizim kafamız bu noktada çok net değil. Mesela; kayıtdışı ekonomi iyi ki var, bu sayede biz ekonomiyi düzeltiyoruz diyebiliyoruz; üstelik, akademisyen çevrelerden bile bu türlü değerlendirmeler gelebiliyor. Halbuki kayıtdışı ekonominin önemli kısmı suç geliridir. Burada bunun analizine girmeye vaktimiz yok.

Oysa, ekonomik ve malî suç un yaygınlığı;

- Rekabetçi bir ekonomi kurmamızı engeller, çünkü rekabet eşitsizliği yaratır. Eğer rekabet eşitliği sağlayamazsanız, dünya piyasalarında rekabet edebilen bir ekonomi kuramazsınız.
- Kamu maliyesinin altını oyar, işte Türkiye'nin girdiği borç batağı... Üzerinde durmayacağım.
- İş ahlâkını ve genel olarak ahlâkı bozar. Ahlâk genel olarak sadece metafizik bir kavram olarak ele alınır. Kamu maliyecileri, daha doğrusu kamu iktisatçıları, ahlâkı, sosyal bir mal olarak ele alırlar. Sosyal mal, herkesin tükettiği, ama tüketicilerin birbirine rakip olmadığı, herkesin aynı faydayı elde edebildiği mallardır. İşte, güvenlik böyle bir maldır. Ahlâk da böyle bir maldır. Bir toplumun ahlâk seviyesinin yüksek olması, ekonominin işlem maliyetini minimize eder. Sözlerin senet olmadığı, senetlerin bile anlam ifade etmediği bir toplum düşünün, insanlar çek, senet yazıyor, davalar açıyor, davalar uzun sürüyor, senetlerin hiçbir anlamı olmuyor, tahsil edemiyorsunuz, icra sistemi çalışmıyor vesaire. Bu ekonominin işlem maliyetini düşünün! Öbür taraftan insanlar senet bile yazmıyor, sadece söz veriyorlar ve söz verdiği zamanda malını teslim ediyorlar, alıcı da gününde parasını ödüyor ve bir kontratlar zinciri olan ekonomi böyle çalışıyor. Bu ekonominin etkinliği ile diğer ekonominin etkinliğini karşılaştırınız!

Ekonomik ve malî suçların olumsuz etkileri bundan daha fazla elbette, ama yeterli zamanımız olmadığından konuyu uzatmak istemiyorum.

Temiz bir siyasal yapı oluşturmak istiyorsak, ülkenin güvenliğiyle ilgili endişelerimiz varsa, biz, bu ekonomik ve malî suçlarla bir şekilde mücadele etmeliyiz. Peki, **nasıl mücadele etmeliyiz?** İki kategoride ele alınmalı: önleyici tedbirler ve suç mücadelesiyle ilgili tedbirler.

Sebeplerden yola çıkarsak, **önleyici tedbirler** bakımından; bir kere biz, toplumsal çatışmalarımızı daha barışçı bir şekilde, çok fazla kırılmaya yol açmadan çözümlerini bulmalıyız. Bu nasıl yapılır bilmiyorum.

Malî suçlara karşı toplumsal bir bilinç oluşturmalıyız; yani, "devletin malî deniz, yemeyen domuz" anlayışını terk etmeliyiz. Zaten toplumsal bilinç oluşturmak ve kamuoyu duyarlılığı sağlamak, uluslar arası tavsiyelerin başında gelmektedir. Mesela, Avrupa Konseyi bünyesindeki Greko'nun yolsuzlukla mücadele konusunda kabul ettiği 20 tane ilkedeki birincisi ahlâkı geliştirmek ve toplumsal bilinç yaratmaktır.

Denetimin etkinliğini artırmalıyız. Ekonomik ve malî suç işlemenin bir aritmetiği var, aritmetik şu: rasyonel bir suçlu, suç işlemek suretiyle elde etmeyi beklediği gelir ile yakalanması halinde karşı karşıya geleceği beklenen cezayı mukayese eder; eğer, beklenen gelir, beklenen cezadan fazlaysa suçu işler. Rasyonel bir suçlu böyle davranır ama rasyonelitenin farklı tanımları olabilir. Tabii, istatistikî olarak beklenen gelir ve beklenen cezanın nasıl hesap edileceğine girmeyeceğiz. Burada en önemli husus şu: beklenen cezayı artırabilecek iki unsur vardır. Birincisi, suç için öngördüğünüz müeyyidenin ağırlığı, ikincisi ve en önemlisi ve dahi bizde olmayana suçlunun yakalanma ihtimalinin yüksekliğidir. Yani, iş gelip, sonuçta etkin bir denetim sistemine, hatta etkin bir kolluk sistemine dayanır. Eğer müeyyideyi çok fazla artırırsanız bunun başka yan etkileri olur ve onlar da en az müeyyidenin düşük olması kadar tehlikelidir. Öyleyse optimal ağırlıkta bir müeyyide öngörmemiz, buna mukabil mutlaka yakalanma ihtimalini yükseltmemiz gerekir.

Bu suçlarla **nasıl mücadele etmeliyiz?** Artık mal takibi yerine para takibine başlamalıyız. Risk belirlemeleri yapmalıyız. Risk analizi bugün bankacılık sistemine bir miktar girmiş vaziyettedir. Denetim birimleri de her alanda risk belirlemeleri yapmalı ve riskli alanları tespit edip, oralarda yoğunlaşmalıdır. Bilgi işlem teknolojilerinden yeterince yararlanmalıyız. E-beyannameye de geçiyoruz artık, neden bizim beyannamelemizimizin ilk revizyonu oluşturacağımız bilgi işlem sistemi tarafından yapılmasın?

Denetim kavramının içine IT sistemlerinin denetimini de almalıyız. Artık, inceleyeceğimiz banka, işletme her ne büyüklükte olursa olsun, önce onların bilgi işlem sistemlerinin doğru verilerden doğru çıktılar verip vermediğini denetlememiz lazım. Aksi takdirde, birileri aynı veritabanından iki farklı rapor üretecek bir sistem oluşturur; doğru olanı kendi kullanır, yanlış raporları da sizin önünüze getirir ve siz bundan haberdar olmazsınız.

Önleyici mekanizmalar, Şu anda bankacılık sisteminde biraz uygulanıyor. Bunu her alanda uygulamak mümkün; müşterinin tanı prensibi, kimlik tespiti, hamiline işlemlerden kaçınılması ve belki en önemlisi, Şüpheli işlem bildirim sistemi. Şüpheli işlem bildirimini ülkemizde de uygulanıyor, ama Şüpheli işlem bildiriminde bulunanları hukukî ve cezaî yaptırımlardan koruyacak hükümler Şu anda mevcut olmadığı için maalesef yeterli bildirim alınmıyor. Birçok ülkede uygulanan nakit işlem bildirimleri alma, risk takip sistemleri geliştirme gibi konulara da eğilmeliyiz.

Vergi sistemi güvenlik müesseseleri oluşturmalıyız. Bir kere daha ifade edeyim: beyan esasına dayanan vergi sistemi uygulanan bir ülkede gelir ile tüketim ve servet arasındaki ilişkiyi esas alan bir vergi sistemi güvenlik müessesesine ihtiyaç vardır. Herkes kümesteki kazların çok yolunduğundan Şikayetçi. Tamam, kümesteki kazları çok yoluyoruz. Peki, o zaman vergi tabanı genişletelim, vergi güvenlik sistemleri oluşturalım demeye başladığınızda, birden itirazlar yükseliyor. Kümesteki kazları yoluyorsunuz diyenler ile o itirazları yükseltenler, maalesef, çoğu zaman aynı kişiler oluyor. Burada bir problem var diye düşünüyorum. Bu problemi aşmanın bir yolunu bulmalıyız.

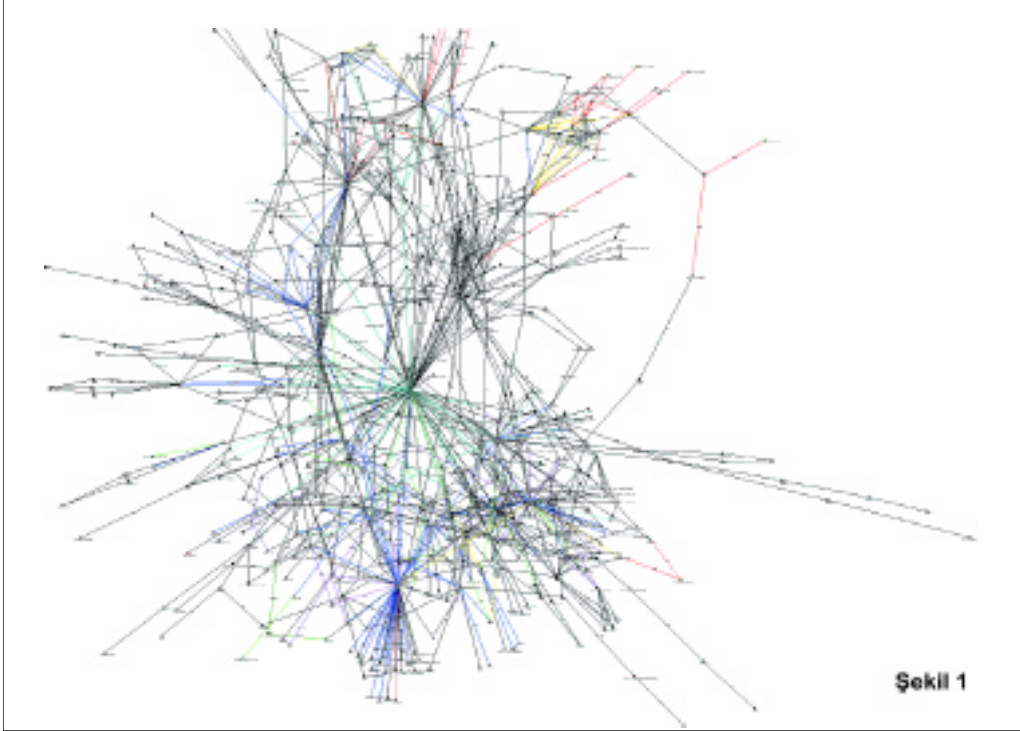
Burada ifade etmek istediğim en önemli noktalardan biri Şu: Özellikle ceza yargılamasını gerektiren ekonomik suçlar bakımından bilgi analizi çok önemlidir. Bakın, bizim kolluk sistemimiz, yargı sistemimiz klasik suçları soruşturmada başarılıdır; çünkü, elimizde parmak izi, DNA testi, adli tıbbın benim de bilmediğim bir sürü imkânı var; bunlar kolluğa ve yargıya sorunu çözmek bakımından çok önemli bilgiler veriyor. Fakat, ekonomik ve malî suçlarda bu tekniklerin hemen hiçbirisi bir anlam ifade etmiyor; yani, parmak izinin bir anlamı yok. Ne diye DNA testi yapacaksınız? Malî suçların (ben malî suçlar diyeyim, siz onu aynı zamanda ekonomik suçlar olarak da anlayın, çünkü bu her ikisi için de geçerli) tespiti ve soruşturması bakımından en önemli husus, bilgi analizidir. Malî bilgilerle diğer bilgilerin, (kimlik, suç bilgileri, ülke giriş çıkış bilgileri ve servet unsurlarına ilişkin çeşitli veri tabanlarındaki bilgiler vb.) bir arada analizi, malî suçları çözmek açısından hayati önemdedir. Biz burada başarılı değiliz maalesef; yani, adli tıbbın alternatifini malî ve ekonomik suçlar için oluşturabilmiş değiliz. Bunun adresi MASAK'tır. MASAK'ta bu eksikliği telafi edecek bir sistem oluşturuyoruz. 6 milyon Euro harcayarak inşallah 2006 yılının ilk yarısında bitecek bir bilgi işlem merkezi oluşturuyoruz.

Ulusal birimler arasında koordinasyon konusunda bir zaaf var. Bu konuda epey mesafe aldık, biraz daha iyi koordine oluyoruz; ama, halen gidilecek çok yol var. Maliye Bakanlığı, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Emniyet, Jandarma gibi birimlerin bazı konularda çok yakın koordinasyon içerisinde çalışması lazım.

Keza, bu suçlar çoğu zaman sınırötesi suçlardır, onun için uluslararası işbirliği önemlidir.

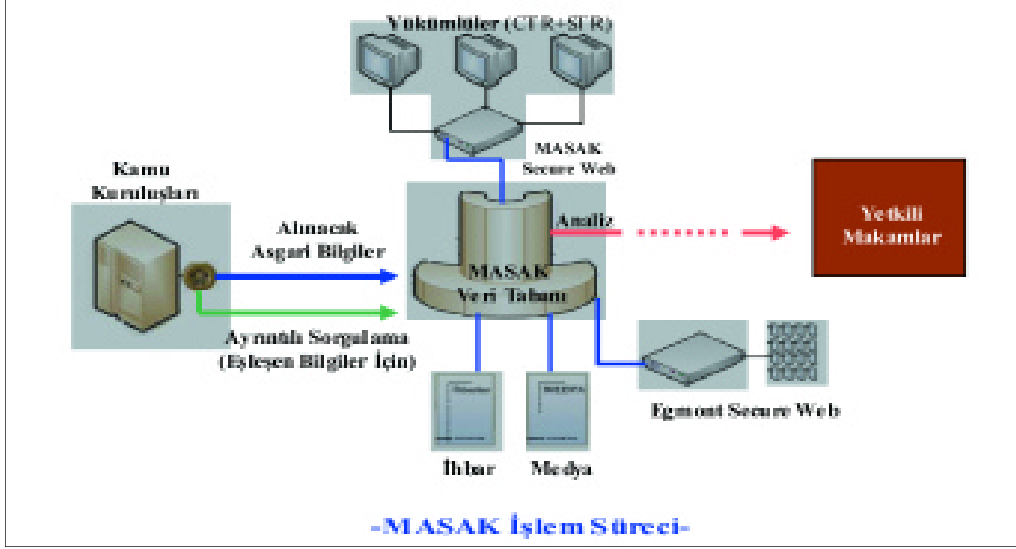
Biraz önce klasik suçların delillendirilmesinde adli tıbbın verdiği hizmeti, ekonomik suçlar bakımından, bilgi analizi bakımından verecek bir kuruma ihtiyaç var dedik.

Dünyada bu konu malî istihbarat birimleri (MIB) kurulmak suretiyle çözümlenmeye çalışılmıştır. Malî istihbarat birimleri, malî ve malî olmayan birtakım bilgileri toplayan, analiz eden ve ulaştığı sonuçları ilgili kurumlara -savcılık, kolluk vb.- servis yapan birimlerdir. Çağımızda bankalarda, işletmelerde milyonlarca işlem yapılıyor. Bu bilgileri insan kafasıyla tasnif edip, bunlardan sonuç çıkarmak mümkün değildir; ama birtakım verileri bilgi işlem ortamlarına aktarır ve bunlar uygun analiz yazılımlarıyla analiz edilirse sonuç çıkarmak mümkün olabilir.



Yukarıdaki şekilde her bir noktacık bir işlemi ifade eder; bizim için bu yüzlerce işlemden her biri çok büyük bir anlam ifade etmeyebilir; ama, uygun bir yazılımla analiz ettiğinizde bakıyorsunuz ki, o bilgilerin ya da o transferlerin, malî hareketlerin birtakım odak noktaları var. İşte onlar bizim için bir şeyler ifade eder. Yoksa, bu kadar işlemi insan beyniyle analiz etmeye çalışırsak bu işin içinden çıkamayız.

Bu işin bir tarafı bilgi analizi, ama bir tarafı da bilgi toplama! Tek bir birimin birçok veri tabanına ulaşabilmesi ve bir merkezde analiz edebilmesinin ölçek ekonomisi sağladığını da ifade etmek isterim.



Yukarıdaki şekil de biraz önce kısaca bahsettiğim projenin hayata geçirilmesi halinde, bilgi analiz sürecimizi gösteriyor. Şeklin soldaki kısmı MASAK veri tabanının kamu kuruluşlarından, onların veri tabanlarına bağlanarak aldığı bilgileri temsil etmektedir. Üstteki kısım, yükümlülerden aldığımız şüpheli işlem bildirimleri, nakit işlem bildirimleri gibi bilgileri göstermektedir. Altındaki kısım, ihbarlar ve medyadan alınan ihbar niteliğindeki bildirimleri temsil etmektedir. Bir de dünyada mafî istihbarat birimlerinin oluşturduğu bir birlik olan EGMONT Grup üyesi ülkelerin MIB'lerinden güvenli bilgi ağı vasıtasıyla alınan istihbarî nitelikteki bilgiler sisteme dahil edilecektir. Bütün bu kaynaklardan alınan bilgiler MASAK veri tabanında birtakım analiz yazılımları yardımıyla analiz edilecek ve şüpheler bu analizle ciddi şüphe haline getirilebilirse bu bilgiler yetkili makamlara servis edilecektir.

Son olarak şunu ifade etmek isterim ki, Türkiye'de ispat külfetinin tersine çevrilmesi konusunu artık düşünmeye başlamalıyız; çünkü, kamuoyunun bildiği birçok organize suç örgütü liderinin üzerinde, etrafında hiçbir mal varlığı bulamıyorsunuz. Bu konuyu tartışmaya başlasak iyi olur diye düşünüyorum.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Bu türlü suçlarda bunları kovuşturanların suçlular hakkında bilgi sahibi olması çok önemli. Osmanlı'nın bu konuda izlediği ilginç bir yöntem var. Fransız bir tarihçinin makalesini okumuştum Divanı Hüsrev Paşa'nın suiistimalleriydi makalenin başlığı. Divanı Hüsrev Paşa Gaziantep'te Osmanlı Paşası. Devamlı İstanbul'a haberler gidiyor, bu Divanı Hüsrev Paşa para yiyor, rüşvet alıyor filan diye. İstanbul da bunu tespit edip çağırıyor, herkes bekliyor ki, Divanı Hüsrev Paşa idam olacak. Bir bakıyorlar, adam İstanbul'a gidiyor, vezir yapıyorlar. Sonradan araştırıyor neden böyle yapıldı diye, diyorlar ki: "O, suiistimalleri iyi bildiği için suiistimalleri önlemekle kendisini görevlendirdik. Bu konuda mutlaka başarılı olacaktır." Hakikaten bunları bilmek gerekiyor.

Üçüncü konuşmacımız Sayın Dr. Birsen Karakaş; buyurunuz.

Dr. Birsen KARAKAŞ - Yüksek yargı mensupları ve yeni yasalarla mücadele eden cefakâr hâkim ve savcı arkadaşlarım, eğitimci hocalarım ve ayırtıramadığım tüm konuklara hoş geldiniz diyorum. Bu bilgi alışverişinin bize sağlanmasına katkıda bulunan Adalet Bakanlığı temsilcilerine ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkan ve üyelerine, tüm emeği geçenlere teşekkürlerimi iletiyorum.

Dr. Birsen KARAKAŞ

Yargıtay 7.Ceza Dairesi Üyesi

İçindekiler

Önsöz

***Gümrük eşyası kaçakçılığı tanımı**

***4926 Sy.Kn. ve tasarı mukayesesi**

I-Harekete göre kaçakçılık suçunun oluşumu

1-Bireysel kaçakçılık

2-Toplu kaçakçılık

3-Teşekkül halinde kaçakçılık

II-4926 ve tasarıya göre kaçakçılık suçları

1-İthali mümkün eşyada ithal kaçakçılığı

2-Transit rejimi hükümlerine aykırılık

3-Gümrük kontrolü altında işleme rejimi çerçevesinde ithal edilen eşyada kaçakçılık

4-Özel kanunları gereği vergiden tamamen veya kısmen muaf olarak ithal olunan eşya kaçakçılığı

5-Geçici olarak ithal edilen eşyayı yurt dışı etmemek,

6-Antrepo ve geçici depolardan eşya çıkarmak suçu,

7-İthali veya ihracı yasak eşyada ithal ve ihrac kaçakçılığı,

8-İhrac şartıyla satılan eşyada ihrac kaçakçılığı,

9-İhrac kaçakçılığı suçları,

10-İdarenin düzenleyici işlemleri ile oluşan kaçakçılık suçları,

11-Yolcu beraberinde getirilen ve çıkartılan eşyada kaçakçılık,

III-Etkin pişmanlık

IV-Ön ödeme

V-Kamu davasına müdahale

VI-Zamanaşımı

1-Suçlarda zamanaşımı**2-Kabahatlerde zamanaşımı****VII-İdari para cezalarının uygulanması****VIII-İdari para cezalarının tahsili****IX-İdari para cezalarının infazı****X-Eski ve yeni yasalar uygulamasında izlenmesi gereken süreç****Kaynakça****GİRİŞ**

Avrupa Birliği'ne katılma sürecinde öncelikle TCK. CMUK larında yapılan değişimler sonucunda özel yasalar olarak bilinen çerçeve kanunlarda, genel kurallara uyum sağlamak için bir takım değişiklikler yapıldı. Bu yasalardan biride konumuzu teşkil eden 4926 sayılı kaçakçılıkla mücadele kanunudur.

4926 sayılı kanunu 19.07.2003 tarihinde 1918 sayılı kaçakçılığın men ve takibine dair kanunu yürürlükten kaldırarak yeni bir yasa olarak hayatımıza girmiş, ve mahalli mahkemeler tarafından uygulanmaya başlanmış ve Yargıtay denetiminden fazlaca geçip kuralları belirlenmeden bu defa bu yasada da bir takım değişikliklerin yapılması lüzumu ile karşı karşıya kalınmıştır.

Bunun nedenleri üzerinde durmak istiyorum.

1 - TCK. nun 5. maddesinde yer alan- (1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır hükmü,

2 - 5237 Türk Ceza Kanunu'nun 2.maddesinin. (2) fıkrasında: İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.düzenlemesi karşısında, 4926 sayılı yasanın bazı hükümlerinin idarenin düzenleyici işlemlerine bağlı olarak yürütülmesi nedeniyle; bir kısım fiiller müeyyidesiz kalacağından bu değişikliğin yapılması zorunlu hale gelmiştir. Özellikle, 4926 sayılı kanunda düzenlenen kaçak eşyanın ve kaçak eşya naklinde kullanılan araç müsaderesini düzenleyen hükümleri ile TCK.nun 54²⁶⁶.

²⁶⁶ TCK: **Eşya müsaderesi**

MADDE 54. - (1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükümlenir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.

madde hükümlerinin çelişmesi gibi etkenler 4926 sayılı kanun da TCK.nun genel kuralları doğrultusunda değişiklik yapılmasını gerektiren konulardandır.

Şimdi 4926 sayılı kanun, tasarı ve gerektiğinde mülga 1918 sayılı kanun ile birlikte mevcut düzenlemelerin mukayesesi yapılmalıdır.

1918 sayılı Kanun gelişen ihtiyaçlarla birlikte çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramış, bu değişiklikler kanunun bütünlüğünü büyük ölçüde bozmuştur. Zaman içinde suç tanımlarında önemli değişiklikler olmuştur. Şöyle ki, 1932 yılında önem arz eden aşırı korumacılık, tekelcilik 2000 li yıllarda yerini serbest piyasa ekonomisi kurallarına terk etmiştir. Süreç içerisinde bazı mallardaki (ispirto, ispirotolu içkiler, kibrit, tuz gibi) tekel kaldırılmış, dolayısıyla tekel suçları esas alınarak hazırlanan 1918 sayılı kanun bu yönüyle uygulanamaz hale gelmiştir. Özü itibarıyla gümrük kaçakçılığı olmamakla beraber Devletçe önem atfedilen bazı fiiller de kaçakçılık suçu olarak kanuna konulmuştur. Bunlara devletçe ihraç şartıyla müşterisine satılan ürünler ile emniyet bölgelerine eşya giriş çıkışı örnek olarak gösterilebilir²⁶⁷." Bu gerekçe ile 1918 sayılı kanun yerine yeni bir yasa hazırlanarak. kaçakçılığı etkin biçimde engellemek, evrensel hukuk kurallarına uymak, Avrupa Birliği mevzuatına geçişi kolaylaştıran, yargı organları ile idarede hızlı sonuç almayı amaçlayan, ticaretin önünü açan ve sadece cezaların artırılmasının suçlarda caydırıcılığı sağlamadığından bir kanun yapılması amaçlanmıştır. Bu amaçla hazırlanan kanun 19.07.2003 tarihinde 4926 sayılı kanun adı ile yürürlüğe girmiştir²⁶⁸..

GÜMRÜK EŞYASI KAÇAKÇILIĞI TANIMI

Yasalarımızı incelediğimizde çeşitli konularda ve değişik anlamlarda "kaçakçılık" kelimesinin kullanıldığı görmekteyiz. Mesela, Vergi Usul Kanununun kabul ettiği kaçakçılık bazı vergi suçları için yapılan bir düzenlemeler dizini olduğu gibi, 6136 Sayılı Kanunda silah kaçakçılığı, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda eski eser kaçakçılığı, TCK.nun da uyuşturucu madde kaçakçılığı dair hükümler bulunmaktadır.

Konumuzu teşkil eden kaçakçılık suçları ise gümrük eşyaları üzerinde gerçekleşen kaçakçılık suçudur. 4926 sayılı Kanunun 2. madde (ı) fıkrasında yapılan **eşya** tanımlamasında "her türlü madde, ürün ve değeri" ifade ettiği belirtilmiştir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükümlenir.

²⁶⁷ Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Tasarısı ile İçişleri ve Adalet komisyonu Raporları (1/591) Dönem: 22 S.Sayı: 199 Sh.1. (Hükümet gerekçesi).

²⁶⁸ Raporlar – İçişleri komisyonu raporu) Sh.14.

4926 SAYILI KANUNA ve TASARI MUKAYESESESİ

4926 sayılı kanunun suç teşkil eden fiiller başlığı altında kaçakçılık suçlarının genel olarak 15 başlık altında tanımlaması yapılmış olmasına karşılık **tasarıda** "Kaçakçılık fiilleri" başlığı altında **suçlar** ve **kabahatler** olarak düzenlendiğini görmekteyiz.

Suçlar ve kabahatler altında kaçakçılık suçu tanımları ve ceza hükümleri düzenlenerek, 4926 sayılı kanunun tanımları gösteren 3. ve ceza hükümlerini düzenleyen 4. maddeleri birleştirilerek görülür ve kolay anlaşılır hale getirilmiştir.

4926 sayılı kanunda ise tüm suç tipleri cürüm olarak düzenlenmiş olmasına rağmen **Tasarıda** bir takım suçlar hapis cezası ile bir kısım suçların ise idari para cezası ile cezalandırılır hale getirilmiştir. Suçlar hakkında TCK., kabahatler hakkında ise Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

I - HAREKETE GÖRE KAÇAKÇILIK SUÇUNUN OLUŞUMU :

1 - BİREYSEL KAÇAKÇILIK

4926 sayılı kanunun 3. Maddesinde sayılan eylemler kaçakçılık olarak belirlenmiş ve bu eylemlerin bir kişi tarafından işlenmesi halinde bireysel kaçakçılık suçunun oluştuğu ve bu eylemlerin 4. maddede cezai düzenlemesinin yapıldığı, 1918 sayılı kanunda bulunan münferit kaçakçılık olan tanımlamanın bireysel olarak değiştirildiğini kanun gerekçesinden çıkartmaktayız.

1918 sayılı kanunda ticari ve istimal kaçakçılığı ayırımı olduğu, ticari kaçakçılığın cürüm, istimal kaçakçılığının kabahat olarak belirlenmesine rağmen, 4926 sayılı kanunda bulunan suçların tümünün cürüm olarak düzenlendiği, ve bu nedenle de 1918 sayılı Kanunda yer alan, kabahat nevinden olan istimal kaçakçılığı için ceza düzenlemesinin kanunda yer almadığını Ancak yasada ticari kaçakçılık suçu tanımı da bulunmadığından 3. maddede sayılan kaçakçılık hareketlerinin bir kişi tarafından işlenmesi halinde ister kullanma amaçlı ister ticari amaçlı olsun cürüm olduğu 4. maddeye göre cezalandırılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır²⁶⁹.

Tasarıda ise : 3. maddenin 6. fıkrasında kaçak eşyayı ticari amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişilerin cezalandırılacağından bahsedildiğinden ve bu suçun oluşumu için eşyanın ticari amaçlı olması arandığından artık kullanmak için alınan bir eşyanın bulundurulması hali suç olmaktan çıkartılmıştır düşüncesindeyim.

2 - TOPLU KAÇAKÇILIK

4926 sayılı kanuna göre : Kanunun 5 madde - 3. fıkrasında "Bu Kanunun suç saydığı fiillerin iki veya daha fazla kişi tarafından teşekkül oluşturmaksızın toplu

²⁶⁹ Raporlar – (İçişleri komisyonu raporu) Sh.14.

olarak işlenmesi durumunda" suçun toplu olarak işlenmiş olacağı belirtilmekte, Ve iki veya daha fazla kişinin maddi ve manevi dayanışma içerisinde bir araya gelmesi yeterli görülmekte idi. Toplu kaçakçılık suçunun sonucu olarak tazmini para cezalarından müteselsil sorumluluk kuralı uygulanmaktadır.

Tasarıya göre : Tasarıda ise suçlar müstakil düzenlenmiş ve 4926 sayılı yasanın 5/3 fıkrasında yer alan ve suçun iki veya daha fazla kişi tarafından (teşekkül oluşturmadan) toplu olarak işlenmesi yani suça iştirak haline tasarıda yer verilmemiştir. Keza, Bu düzenlemenin sonucu olarak müteselsil sorumluluk kuralıda yer almamaktadır.

3 - TEŞEKKÜL HALİNDE KAÇAKÇILIK

Tanımı

Gerek, mülga 1918 sayılı kanun ve gerekse 4926 sayılı kanunlarda teşekkül halinde işlenen suç tanımlaması yapılarak "kaçakçılık ile iştirak etmek maksadıyla 2 veya daha kimselerin evelden anlaşarak birleşmeleri" hali teşekkül halinde kaçakçılık olarak tanımlanmıştır.

Bu tanıma göre teşekkül halinde kaçakçılığın unsurlarını şu şekilde sıralamak gerekir. Kaçakçılıkla iştirak maksadı, ikiden fazla kişinin bulunması, bu kişilerin önceden anlaşmış birleşmeleridir.

Kanun, kaçakçılıkla iştirak maksadıyla teşekkül kurmayı, bunu idare etmeyi veya böyle bir teşekküle katılmayı cezalandırmaktadır. Ayrıca bu teşekkül marifetiyle bir kaçakçılık fiilinin işlenmiş olması şarttır. Kanundaki "iştirak" deyimini ise bir devamlılığı ifade etmektedir.

Teşekkül için iki veya daha fazla kişinin fiil için anlaşmaları ve kaçakçılık sayılan bir fiili işlemleri ve ortada bir den fazla devamlılık gösteren kaçakçılık fiilinin olması gerekir. Tek kaçakçılık fiilinin işlenmesi yeterli değildir.

Bu tanımlamaya göre organize suç kavramını mukayese ettiğimizde :

Bu güne kadar organize suçluluk kavramı içinde 1918 sayılı kanuna ve 4926 sayılı kanuna muhalefet suçları yönünden tartışma yapılmadığı ve bu kapsamda bu suç tipinin yer alıp almadığının incelenmediği de gözlenmiştir.

Özellikle ekonomik suçların, organize olarak işlenen suç türleri ile yapılan mücadelede mevcut yasalar çerçevesinde ne ölçüde başarı sağlandığı belli değildir. Ayrıca, bu tür suçluluğun siyasi, sosyal, ekonomik alanlarda doğurduğu zararın boyutları hakkında de elimizde sağlam veriler bulunmamaktadır²⁷⁰.

²⁷⁰ SÖZÜER Adem / Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler - MÜHF Hukuk Araştırmaları C.9 Sy.1-3 1995 Sh.269.

Faaliyet alanlarının ve işlenen suçların çeşitliliği nedeniyle, bu güne kadar organize suçluluk konusunda, herkesin üzerinde birleştiği bilimsel açıdan doyurucu bir tanım ortaya konulmamıştır²⁷¹.

Bazı Görüşlere göre, 1918 ve 4926 sayılı kanunlara göre suç tiplmeleri içinden devamlılık unsuru ve kazanç amacı güdülmesi nedeniyle teşekkül halinde kaçakçılık suçu, organize suç olarak işlenebileceği ve kazanç sağlamayı mümkün kılan her suç, organize suçluluğun konusu olabileceği²⁷², görüşleri ile sürülmekte idi ve şimdi bu düzenlemeyi tasarıda görmekteyiz.

Tasarı ile teşekkül halinde kaçakçılık başlıklı 5. maddesi "Örgüt" adı altında değiştirilerek yapılan düzenlemede "(1) Bu kanunda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir katı arttırılır. Bu örgüt yapısı içinde bir tüzel kişinin varlığı halinde, ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur." hükmü getirilmektedir.

Gerekçe:

Yeni Türk Ceza Kanununda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu genel olarak düzenlendiği için, kaçakçılık suçları bağlamında ayrıca bir örgüt tanımlaması yapılmamıştır. Ancak, bu Kanunda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, bu suçlar açısından bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. İşaret etmek gerekir ki, söz konusu suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bu suçlardan dolayı verilecek cezanın artırılması, Türk Ceza Kanununun 220²⁷³ nci maddesi hükümlerine göre ayrıca cezalandırılmaya engel oluşturmamaktadır.

²⁷¹ ERDEM Mustafa Ruhan/ Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadele – Gizli Soruşturma Tedbirleri- 2001 Sh.24.

²⁷² SÖZÜER Adem / Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler - MÜHF Hukuk Araştırmaları C.9 Sy.1-3 1995 Sh.261.

²⁷³ - **Suç işlemek amacıyla örgüt kurma başlıklı TCK.Madde 220.** - (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.
 (2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
 (3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar arttırılır.
 (4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.
 (5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.
 (6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır.
 (7) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır.
 (8) Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

TCK.nun 220. maddesinde teşekkülden farklı olarak 3 kişinin bir araya gelmesi arandığından, kaçakçılık suçunun örgüt halinde işlenmesi halinde en az üç kişinin varlığı aranacaktır.

II - 4926 SAYILI KANUN VE TASARI DEĞİŞİKLİĞİNE GÖRE KAÇAKÇILIK SUÇLARI

1 - İTHALİ MÜMKÜN EŞYADA İTHAL KAÇAKÇILIĞI

İthalî Mümkün Eşya Kavramı

4926 sayılı Kanun yönüyle : İthalî mümkün eşya ile anlatılan Türkiye'ye girmesi yasaklanmamış olan eşyadır.

4926 Sayılı Kanuna Göre; 3/a - 1 "Herhangi bir eşyayı belirtilen **gümrük kapılarından** geçirmeksizin Türkiye'ye ithal veya buna teşebbüs etmek" 3/a- 2 "Herhangi bir eşyayı **gümrük işlemine tabi** utmaksızın Türkiye'ye ithal veya buna teşebbüs etmek" olarak ikili bir düzenleme mevcut iken **tasarıda '3- (1) Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın Türkiye'ye ithal eden kişi'**; suçun faili olarak yer almış **1918 sayılı kanundaki tanımlamaya doğru olarak dönülmüştür.**

4926 sayılı kanunda gümrüklenmiş değer ve katları üzerinden para cezası tayini yerine **tasarıda** altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. düzenlemesi fail aleyhinedir.

Tasarı ile yukarıda belirtilen eşyayı bu defa (2) sahte belge kullanmak suretiyle kısmen veya tamamen vergi, resim veya harç ödemeksizin, Türkiye'ye ithal eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. hükmü getirilmiştir.

4926 sayılı kanun hükümlerine göre ise eksik alınmış vergilerin 10 katından az, yirmi katından fazla olmamak üzere ağır para cezası düzenlemesi sadece hapis olarak belirlenmiştir. (4-c fıkra)

2 - TRANSİT REJİMİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK :

4926 sayılı kanun hükümlerine göre eşyanın gümrüklenmiş değerinin 3 katından az, altı katından fazla olmamak üzere ağır para cezası düzenlemesi, **tasarı ile '(4) Bir başka ülkeye ithal edilmek üzere Türkiye'den transit olarak geçirilmekte olan eşyayı Türkiye'de bırakan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. hapis cezası getirilmiştir. Fail aleyhinedir.**

3 - GÜMRÜK KONTROLÜ ALTINDA İŞLEME REJİMİ ÇERÇEVESİNDE İTHAL EDİLEN EŞYADA KAÇAKÇILIK

4926 sayılı Kanununun 3 / g bendinde "Gümrük kontrolü altında işleme rejimi çerçevesinde ithal edilen veya bunun kullanılması sonucu elde olunan eşyayı gerçeğe aykırı her türlü beyanname veya belge düzenlemek suretiyle serbest dolaşıma sokmak veya buna teşebbüs etmek"

Gümrük kanununun 123. maddesi atfı²⁷⁴ ile Yönetmeliğin 399 - 414 maddelerine göre gümrük kontrolü altında işleme rejimi hükümlerine göre ithal edilen eşya ve bu eşyadan elde edilen ürünü sahte belge ve beyanname düzenlemek suretiyle serbest dolaşıma sokulması halinde suçun oluştuğunu düşünmekteyiz. İthal edilen eşya ile işlenerek elde edilen ürün suçun konusunu teşkil etmektedir.

Tasarıya göre : 3 Maddenin 5.fıkrasında ise : İşlenmek üzere ülkeye getirilen eşyayı işlemeden veya işledikten sonra yurt dışına çıkarmaksızın piyasaya süren kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. -

4926 sayılı kanundan farklı olarak gümrük kontrolü altında işleme rejimi çerçevesinde ithal edildiği belirtilmeden 'işlenmek üzere ülkeye getirilen eşya' tanımlaması ile anlatılmak istenen aykırılığın Gümrük kontrolü altındaki işleme rejimi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu eşyaların gerçeğe aykırı beyanname ve belge düzenlenerek serbest dolaşıma sokulması için ayrı bir ceza düzenlemesinin bulunmamasını ise eksiklik olarak görmekteyim.

4 - ÖZEL KANUNLARI GEREĞİ VERGİDEN TAMAMEN VEYA KISMEN MUAF OLARAK İTHAL OLUNAN EŞYA KAÇAKÇILIĞI

4926 Sayılı Kanuna Göre

Özel kanunları gereğince belirli işler için vergiden tamamen veya kısmen muaf olarak ithal olunan eşyayı ithal amacı dışında kullanmak veya satmak veya bilerek satın almak hali "alınmamış veya eksik alınmış vergilerin yasal faizi ile birlikte 7 katından az. On dört katından fazla olmamak üzere ağır para cezası düzenlemesi"

Tasarıya göre : 3.Maddenin 7. fıkrasında 'Esasında vergi, resim veya harca tabi olup da çeşitli kanun hükümlerine göre bunlardan kısmen veya tamamen muaf olarak ülkeye ithal edilen eşyayı, ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek satın alan veya kabul eden kişi bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Tasarı ile bu harekete hapis cezası getirilmiştir. Fail aleyhinedir.

Bu maddede ifade edilen kati ithalattır.

²⁷⁴ - 4458 sayılı Gümrük Kanununun 123 / 1 fıkrasında (Yönetmeliğin 399. Maddesi) "Gümrük kontrolü altında işleme rejimi serbest dolaşıma girmemiş eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesinde, ithalat vergilerine veya ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın, niteliğini veya durumunu değiştiren işlemlere tabi tutulmaları ve bu işlemlerden elde edilen ürünlerin gümrük vergileri üzerinden serbest dolaşıma girmelerine ilişkin hükümlerin uygulandığı rejimdir. Elde edilen bu ürünler, işlenmiş ürün olarak adlandırılır"

2. fıkrası ile ise "Gümrük kontrolü altında işleme rejiminin uygulanabileceği durumların listesi yönetmelikte belirlenir" ile yönetmelik hükümlerine atıf yapılmaktadır.

5 - GEÇİCİ OLARAK İTHAL EDİLEN EŞYAYI YURT DIŞI ETMEMEK

4926 sayılı kanun 3. maddenin (f) fıkrasının da ise "Herhangi bir işlem veya amaç için belli şartlarla Türkiye'ye geçici olarak ithal olunan eşyayı her türlü beyanname veya belge düzenlemek suretiyle gümrük bölgesinden çıkarmadığı halde çıkarmış gibi göstermek, belirtilen şekilde geçici olarak ithal olunan eşyayı satmak veya bilerek satın almak" tanımlaması ile mülga 1918 sayılı Kanunun tartışmalar yaratan 1/F fıkrasına benzer bir düzenleme, sadece geçici olarak ithal edilen eşyanın ihraç edilmeme hali için düzenlenmiş, geçici olarak ihraç edilen eşyanın tekrar ithal edilmemesi ise suç tipi olarak yer almamıştır. Aynı düzenlemeyi tasarıda da görmekteyiz.

Fıkra gerekçesi "..herhangi bir işlem veya amaç için Türkiye'ye geçici olarak ithal olunan eşyanın zorlayıcı neden olmaksızın süresi içinde Türkiye'den çıkarılmaması veya çıkarılmış gibi gösterilmesi şeklindeki davranışlar suç fiili olarak tanımlanmıştır."

Tasarıya göre : 3.Maddenin 8. fıkrasında Belli bir amaç için kullanılmak üzere Türkiye'ye geçici olarak ithal olunan eşyayı, ihraç etmediği halde, ihraç etmiş gibi gösteren kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak bu eşyanın satılması halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Söz konusu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bunun konusunu oluşturan eşyayı bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden veya saklayan kişi, aynı ceza ile cezalandırılır.

4926 sayılı kanunda Gümrüklenmiş değer 3 katından az, altı katından fazla olmak üzere ağır para cezası düzenlemesi tasarı ile 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile fail aleyhine olmuştur.

6 - ANTREPO VE GEÇİCİ DEPOLARDAN EŞYA ÇIKARMAK SUÇU

4926 Sayılı Kanuna Göre : Kanunun 3 maddesinin h bendinde ise "Antrepo veya geçici depolama yerlerindeki eşyayı gümrük idaresinin izni olmadan kısmen veya tamamen çıkarmak veya değiştirmek" kaçakçılık suçu olarak tanımlanarak bu tartışmalara son verilmiştir.

Madde gerekçesinde : "Maddenin (h) bendinde antrepo veya geçici depolama yerlerindeki eşyanın izinsiz olarak buralardan çıkarılması veya değiştirilmesi hali, suç olarak tanımlanmıştır. 4458 sayılı kanunda antrepo rejimi kapsamlı olarak düzenlendiğinden ve buralara eşyanın giriş ve çıkışı gümrüğün denetiminde belgeye dayalı olarak yapıldığından yazılı izin olmaksızın eşya çıkarılması suç fiili olarak tanımlanmış ve eşyanın gümrüklenmiş değerinin dört katından az olmamak üzere ağır para cezası öngörülmüştür. Bu fiilin aynı bentte düzenlenmesinin amacı, bu yerlerin gümrük denetimi altında olmasından dolayı bu davranışın maddenin (a) bendinde değerlendirilmesinin önüne geçilmesidir. Gümrüğün izni olmaksızın antrepo veya geçici depolama yerlerinden çıkarılan eşyanın belirli şart ve koşullara bağlı olması

durumunda bu bent hükmü uygulanmayıp bu durum (d) bendi kapsamında değerlendirilecektir."

Mülga 1918 sayılı Kanunda antrepodan vergisi tamamen ödenmeyen eşyanın çıkarılmasından ayrıca bahsedildiği halde 4926 sayılı kanunda bu konuya değinilmediği ve antrepoda bulunan eşyanın gümrüğün izni olmadan çıkarılması veya değiştirilmesi yönünde düzenleme getirildiği görülmektedir. 4458 sayılı Gümrük Kanununun 93 ve Yönetmeliğin 280 maddelerinde "Gümrük antrepolarına; Serbest dolaşıma girmemiş eşya, ithalat vergilerine ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmadan, ve gümrük antreposuna konulması halinde ihracata bağlı önlemlerden yararlanabilen ihraç eşyası" konulabileceği düzenlendiğinden, antrepoya konulan eşyanın, vergisi alınmamış eşya olduğunu anlamaktayız.

3. maddenin h bendinde sayılan eylemle ilgili olarak 4 maddenin h ilk cümlesi ile ceza düzenlemesi yapılırken, bu eşyanın ithali lisansa, şarta veya izne, kısıntıya, standardizasyon kontrolüne veyahut belli kuruluşların vereceği uygunluk ve yeterlik belgesine tabi olması halinde ise bu madde yolu ile yani 4. maddenin h bendi 2 -2.cümle yolu ile 4. maddenin d bendi 1 - 2. cümlede belirtilen müeyyide uygulanacaktır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 93 ve Yönetmeliğin 280. Maddelerine göre antrepoya konulabilecek eşyaların neler olduğunu yukarıdaki açıklamalarımızda yer almıştı. Gümrük kanununun 93 / 4. fıkrasında " 1 inci fıkrada belirtilen eşyanın gümrük antreposu olmayan, ancak gümrük idaresince antrepo addedilen bir yere konularak antrepo rejimi hükümlerine tabi tutulabileceği haller yönetmelikte belirlenir", Kanununun 100 maddesinde "Gümrük antrepo rejimine tabi tutulmamakla birlikte, ekonomik yönden ihtiyaç bulunması ve gümrük gözetimini olumsuz etkilememek koşuluyla....." antrepoya eşya alınacağını ve Yönetmeliğin 281. Maddesinde izinle antrepoya konulacak eşya düzenlemesinin keza 303. Maddesinde, gümrük idaresinin izni ile, dahilde işleme veya gümrük kontrolü altında işleme rejimine tabi eşya, antrepo rejimine tabi tutulmadan antrepolara konulabilir hükmü, Yönetmeliğin 302. Maddesinde gümrük idaresinin izni ile, ihracata bağlı önlemlerden yararlanmayan serbest dolaşımda bulunan eşya, ihraç amacı dışında ve antrepo rejimine tabi tutulmadan antrepolara konulacağına dair hükümler karşısında :

Antrepo rejimine tabi olan eşyalar dışında, bulunulan yerde antrepo olmadığı için benzer yerlere konulan antrepo rejimine tabi eşyalar ile antrepo rejimine tabi olmadığı halde antrepoya konulmasına izin verilen ve gümrük kontrolü altında işleme rejimi veya dahilde işleme rejimi hükümlerine tabi eşyanın antrepoya konulması ile gümrük idaresinin izni olmadan belirtilen eşyaların çıkartılması halinde 3, maddenin h bendinde tanımla kaçakçılık suçu oluşur mu ?

4926 sayılı Kanununun 3 / h bendi, antrepo rejimi hükümlerine aykırılık halini değil, antrepoya veya geçici depolama yerlerindeki eşyanın gümrük idaresinin izni olmadan depodan çıkarılması halini tanımlamaktadır. Bu nedenle, ne şekilde antrepoya konulursa konulsun eşyanın antrepodan çıkartılmasında Gümrük İdaresinin

iznine tabi olduğu ve izin alınmadığı takdirde ise 3 maddenin h bendinde belirtilen suçun oluştuğunu düşünmekteyiz.

Tasarıya göre: Tasarıda özel olarak antrepo ve geçici depolama yerlerinden eşya çıkartılması ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda 3. maddenin 1. 2. ve 3 fıkralarına dönülerek bu yerlerden gümrük vergi resim ve harçları ödenmeden eşya çıkartılması halinde uygulanması gereken hükümlere göre değerlendirme yapılması icap edecektir.

4926 sayılı kanun gerekçesinde genel kurallardan ayrılmak için özel hüküm konulduğu açıklanmasına rağmen tasarı ile tam tersi bir düzenleme yapılmıştır.

7 - İTHALİ VE İHRACI YASAK EŞYADA İTHAL VE İHRAC KAÇAKÇILIĞI

Yasak Eşya Kavramı

İthal yasak eşyadan ya genellikle kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması, satılması veya satın alınması esasen suç teşkil eden eşya ya da böyle olmamakla beraber, belirli bir kanun hükmünce Türkiye'ye ithali yasaklanmış her hangi bir eşyadır²⁷⁵. Aynı şekilde kanun bazı maddelerin Türkiye'ye ithalini yasakladığı gibi, diğer bazı maddelerin de Türkiye'den ihracını yasaklamış bulunmaktadır. Bu nevi malların yurda girişi ve yurttan çıkartılması yasak olduğu için, ithal veya ihrac tan evvel gümrük muamelesinin yapılıp yapılmaması önemli değildir.

Bu tip mallarda, fail gümrük vergisini ödemek istese dahi, yasak olduğu için buna izin verilmeyeceğinden beyanda bulunmanın da önemi yoktur.

4926 Sayılı Kanuna Göre

Yasaklanmış eşyanın ithal veya ihracına yer vermiştir. Kanunlara, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşma ve sözleşmeler göre ithali veya ihracı yasaklanmış eşyanın ithal ve ihracının bu kanuna muhalefet olduğu belirtilmiş ve ithalat ve ihracat kararları ile yasaklama konusu kanuna alınmamıştır. Yasaklamanın doğru olarak kanunla olacağı belirtilirken uluslararası sözleşmelerdeki yasaklamaların da uygulanacağı farklı bir düzenleme olarak yer almıştır.

Uluslararası andlaşma ve sözleşmelerin zaman içinde ki değişimleriyle bazı malların bu yolla yasaklanması ve yasaklanmaması durumunda suçta kanunilik ilkesinin tartışma konusu olacağı düşünülmemiştir. Tasarıda ise uluslararası sözleşmelerle gelen yasaklara yer verilmediğini görüyoruz.

²⁷⁵ ERMAN Sahir/ Kaçakçılık Suçları - Ticari Ceza Hukuku - IV Sh.149.

Tasarıya göre : 3. maddenin 9 ve 10 fıkralarında :

(9) İthal kanun gereği yasak olan eşyayı Türkiye'ye ithal eden kişi, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, konusunu oluşturan eşyayı bu özel liğini bilerek satın alan, kabul eden, nakleden veya saklayan kişi, aynı ceza ile cezalandırılır.

(10) İhracı yasaklanmış eşyayı Türkiye'den ihraç eden kişi, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Hükümleri ile ithali yasak eşyanın kanun gereği, ihracı yasak eşyanın ise yasaklanmış eşya olduğu belirtilmiştir. İhracı yasaklanmış eşyaya yasaklama getiren tasarrufun ne olduğu ise belirtilmemiştir..Tasarıya ihracı yasak eşyanın da kanun ile yasaklanmış olduğunun eklenmesi gerekirdi. Olmaması ise idari tasarruflarla örneğin ihracat rejimi kararları ile yasaklama getirilebileceği intibamı yaratmaktadır. Bu düşüncede tasarrufların 3. maddesinin 13 fıkrası ve TCK.nun 2. maddesi ile çalışmaktadır.

4926 sayılı kanunda yasak eşya ihraç ve ithalinde fail hakkında 2 seneden 6 seneye kadar ağır hapis cezası ve ihraç ta FOB kıymetinin ithalde ise CIF kıymetinin 5 katından az, 10 katından fazla olmamak üzere ağır para cezası **Tasarı ile ithalat - ta iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası, ihracatta bir yıl hapis cezası ile fail lehine bir düzenleme yapılmıştır.**

8 - İHRAÇ ŞARTIYLA SATILAN EŞYADA İHRAÇ KAÇAKÇILIĞI

1918 sayılı kanuna göre bir zamanlar"Devletçe ihraç şart ile müşterisine satılan eşya ve maddeleri dahilinde satmak veya mücbir bir sebep olmaksızın muayyen müddet zarfında ihraç etmemek" hareketi de kaçakçılık olarak tanımlanmıştır. Suça konu eşya ise yerli eşya olduğundan doğru olanak 4926 sayılı kanununda suç tipi olarak yer almamış ve **Tasarıda** da yapılan tartışmalar sonucunda da suç olarak sayılmamıştır.

9 - İHRAÇ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI

İhracat Kavramı

İhracat kelime anlamı ile dış satım, yani bir ülkenin mamul ve ürünlerini yabancı ülkelere satması ve göndermesidir²⁷⁶.

²⁷⁶ ÖZTÜK Sabahattin / Kambiyo Sözlüğü Sh. 40.

Nitelikli dolandırıcılık : MADDE 158. - (1) Dolandırıcılık suçunun;

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle,

e) Kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak,

4926 Sayılı Kanuna Göre

3 maddenin ı bendinde çıkış kaçakçılığı adı ile üç alt bent halinde düzenlenmiştir. I bendinin 1 fıkrasındaki;

ı) 1- İhraç eşyasının yapılan beyan ve eki belgelere göre miktarı veya cinsinde yüzde ondan fazla farklılık çıkması hali idari para cezası ile cezalandırılır hale getirilmiş

2 - İhraç eşyası için gerçeğe aykırı belge ibrazı suretiyle ihracat vergilerini ödememek veya eksik ödemek veya Devletçe uygulanan teşvik veya sübvansiyonlardan veya parasal iadelerden yararlanmak şeklinde haksız menfaat temin şeklinde oluşan ve hayali ihracat olarak bilinen suç tipi için ise eşyanın FOB kıymetinin 5 katından az, 10 katından fazla ağır para cezası ile cezalandırılırken,

Tasarı ile .

3. Maddenin 11. fıkrasında : İhracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstererek ilgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak suretiyle haksız çıkar sağlayan kişi, ifadesi ile 4926 sayılı kanunun (ı) bendinin 1 ve 2 fıkraları birleştirilmiş ve müeyyide olarak ta TCK. nun dolandırıcılık maddesine atıf yapılmıştır.

"26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır."

Tasarının birinci cümlesinde yer alan tanımlamanın dolandırıcılık suçu, ikinci cümlede yer alan tanımlama ise tipik ihraç kaçakçılığı suçu olduğundan kendi yasası içinde ceza düzenlemesinin olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Ayrıca **Tasarı ile** yeni bir düzenlemeyi 3. maddenin 12. fıkrasında görmekteyiz.

(3.maddenin 12. fıkrasına göre: Vergi, resim veya harcı ödemek suretiyle ihraç edilebilen eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın Türkiye'den ihraç eden kişi, eşyanın rayiç değerinin yarısı oranında idari para cezası ile cezalandırılır. Bu eşyayı, sahte belge kullanmak suretiyle kısmen veya tamamen vergi, resim veya harç ödemeksizin Türkiye'den ihraç eden kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.

j) Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla,

k) Sigorta bedelini almak maksadıyla,

İşlenmesi halinde, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükümlenir.

(2) Kamu görevleriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

10 - İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ İLE OLUŞAN KAÇAKÇILIK SUÇLARI :

4926 sayılı kanunda düzenlenen ve temelini idari düzenlemeler teşkil eden fiillerin yani ithalatta 3. maddenin d- 1., ihracatta 3/ ı-3 bentlerinde düzenlenen "ithali / ihracı ...lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tâbi olan eşyayı gerçeğe aykırı her türlü beyanname ve belge ile gümrük idaresini yanıltarak işlemi yaptırmak suretiyle ithal etmek/ihrac etmek veya {ithalatta : teşebbüs etmek} eylemleri

Tasarı ile .26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri karşısında, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan fiillerin bir kısmı müeyyidesiz kalacağından, söz konusu boşluğun doldurulması amacıyla, madde hükmünde suç tanımları yeniden yapılmış ve bazı fiiller, 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre idari para cezasını gerektiren kabahat olarak tanımlanmıştır.

İthalatta : 3.Maddenin 3 fıkrasında " İthali genel düzenleyici idari işlemlerle belli koşullara tabi tutulan eşyayı, bu koşullar gerçekleşmediği halde Türkiye'ye ithal eden kişi, eşyanın gümrüklenmiş değerinin üç katı kadar idari para cezası ile cezalandırılır. Bu eşyanın gerekli koşullar gerçekleşmediği halde hileli davranışlarla ithal edilmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

İhracatta : 3. Maddenin 13 fıkrasında : "İhracı genel düzenleyici idari işlemlerle belli koşullara tabi tutulan eşyayı, bu koşullar gerçekleşmediği halde Türkiye'den ihrac eden kişi, yüz Türk Lirasından az olmamak üzere eşyanın rayiç değerinin yarısı oranında idari para cezası ile cezalandırılır. Bu eşyanın gerekli koşullar gerçekleşmediği halde hileli davranışlarla ihrac edilmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."

Düzenlemeleri ile idari para cezası ile kabahat olarak belirlenmişlerdir.

İhracı yasak eşyaların ihracı hakkında yaptığımız eleştiriyi farklı bir boyutta bu bölümde de ifade etmek zorundayım. İdari tasarruflarla, örneğin "ihracat amacıyla doğadan elde edilmesi kontenjan veya başka herhangi bir kayıtla sınırlandırılan doğal çiçek soğanlarının ihracı 22.12.1995 tarih ve 95/7623 sayılı İhracat Rejimi Kararı ile Tarım ve Köy İşleri Bakanlığının iznine tabi tutulduğundan bu madde hükmünün uygulanması zorunlu ancak 4631 sayılı Hayvan Islahı Kanununun 13/2 fıkrası ile "Türkiye soy kütüklerine kayıtlı safkan atlar, Ankara keçisi, Türkiye'ye özgü ve diğer damızlık hayvanlar...ihracı Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtildiğinden ve izin şartı kanun ile getirildiğinden bu kısıtlamanın yeri nerede olacaktır. Kanun ile yasaklanmış eşyayı yoksa ihracı idari tasarrufa bağlı eşya olarak mı nitelendirilmelidir. Örneğimizde tiftik keçisi ve diğerleri yasak eşya niteliğinde olmadığına göre kanun ile ihracı şarta tabi tutulmuş eşya niteliğinde olmaktadır.

4926 sayılı kanun düzenlemesinde ise her iki halde, yani kanunla veya idari tasarrufla izne, şarta vs. tabi tutulma hali (ı) maddesinin 3 fıkrasına girmektedir²⁷⁸ ve yasak eşyanın ihracı ise b fıkrasında düzenlenerek yasaklamanın kanun ile olması gerektiği ifade edilmiştir.

11 - YOLCU BERABERİNDE GETİRİLEN VE ÇIKARTILAN EŞYADA KAÇAKÇILIK

4926 Sayılı Kanuna Göre

4926 sayılı kanunun 13. maddesinde dört fıkra halinde yolcu beraberinde getirilen eşya farklı şekillerde tanımlanarak müeyyide altına alınmışken

Tasarı ile 4926 sayılı kanunun 2, 3, 4 fıkraları kaldırılmış ve "Yolcuların, gümrük mevzuatına göre zatî ve hediye eşya kapsamı dışında olup beyanlarına aykırı olarak üzerlerinde veya eşyası arasında çıkan ya da başkasına ait olduğu halde kendi zatî eşyası gibi gösterdikleri eşyanın vergisine ek olarak iki kat para cezası uygulanır ve eşya sahibine teslim edilir." ile 4926 sayılı kanunun birinci fıkrası müstakil olarak yer almıştır. Diğer fıkraların yürürlükten kaldırılması ile 3. maddede ki düzenlemeye uyum sağlanmıştır.

Bu durumda: yolcu beraberinde zati kullanım dışında ticari miktarda eşyanın getirilmesinde, tasarının 3 maddesi 1 ve 2 fıkra hükümlerine göre değerlendirme yapılması gerekecektir.

Ayrıca yolcu beraberinde 2000/53 sayılı kararın 35.maddesine göre hediye eşya olarak ;

1) Yolcular -transit yolcular hariç - tarafından beraberlerinde getirilip ithal edilen gayri ticari nitelikteki hediye eşya gümrük vergilerinden muafır.

2) 1 inci fıkrada belirtilen muafiyet;

Ticari miktar ve mahiyet arz etmeyen,

Kişinin şansına ve ailesinin kullanımına mahsus,

Hediye edilmek üzere getirilen eşya için uygulanır. Bu şartları taşıyan muafiyete tabi eşyanın gerçek kıymetinin 300 Euro olması da gerekmektedir. 15 yaşından küçük yolcular için bu miktar 145 Euro olarak uygulanır. Bu miktarlardan fazla ve ticari nitelikte eşya ise muafiyetten faydalanamaz.

1615 sayılı Gümrük kanunu ve yönetmeliğinden farklı olarak hediye eşyanın ticari miktar ve mahiyet arz etmemesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

²⁷⁸ - 4926 Sy.Kn. – 3/ ı - 3- İhracı lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tâbi olan eşyayı, belirlenen kayıt ve koşullara uymaksızın veya gerçeğe aykırı her türlü beyanname ve belge ibrazı ile gümrüğü yanılarak işlemini yaptırmak suretiyle ihraç etmek.

III - ETKİN PİŞMANLIK

TCK.nun cezayı kaldıran veya indiren hükümlerine, yani etkin pişmanlık konusunda paralel düzenleme yapılmıştır.

4926 sayılı kanununun 10 maddesinde kaçakçılık fiillerinden herhangi birine katılmış kişi, haber alınmadan evvel suçu, faillerini ve eşyanın saklanmış veya satılmış olduğu yerleri kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla yükümlü memurlara haber verirse fiiline karşılık gelen cezadan kurtulur, hükmü **tasarda yer almış**,

Dokuz, on ve onbirinci fıkraları hariç tutulmuştur.

Farklı Olarak:

Kişi, suçtan resmî makamlar haberdar olduktan sonra, etkin pişmanlık göstererek; yani,

a) Soruşturma evresi sona erinceye kadar suç konusu eşyanın rayiç değerinin iki katı kadar parayı,

b) Hüküm verinceye kadar suç konusu eşyanın rayiç değerinin üç katı kadar parayı

Devlet hazinesine ödemesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

İnfaz Aşamasında İse :

(3) Kişi;

a) Cezanın infazına henüz başlanmadan önce suç konusu eşyanın rayiç değerinin dört katı kadar parayı,

b) Cezanın infazı tamamlanmadan önce suç konusu eşyanın rayiç değerinin beş katı kadar parayı,

Devlet hazinesine ödemesi halinde hakkında hükmolunan ceza infaz edilmiş sayılır.

(4) İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, 3 üncü maddenin bir, iki, dört, beş, altı, yedi ve sekizinci fıkralarında tanımlanan suçlarla ilgili olarak uygulanır.

IV - ÖN ÖDEME :

4926 Sayılı Kanununun 34 maddesi ile uygulanmaya başlayan ön ödeme müessesesi TASARI ile yürürlükten kaldırılması yönünde hüküm getirilmiştir.

V - KAMU DAVASINA MÜDAHALE :

4926 sayılı kanunda, C.savcılığına gönderilen müzekkere ile gümrük idareleri müdahil sıfatını almakta idi. **Tasarda ise mahkeme tarafından iddianamenin tebliğinden sonra başvuru ile Müdahil sıfatının kazanılacağı düzenlenmiştir.**

VI - ZAMANAŞIMI :

1 - SUÇLARDA (TCK. göre)

TCK.nun 66. maddesinde düzenlenen dava zamanaşımı ve 68 maddede düzenlenen ceza zamanaşımı hükümleri uygulanır.

Dava zamanaşımı : 66 - e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, - eski Ceza Kanununda bulunan zamanaşımı süresi sanık lehinedir. -

66 - d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, - eski ceza kanunu ile aynıdır. -

Ceza zamanaşımı - 68.

d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl.

e) Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl.her iki halde fail aleyhinedir.

2 - KABAHATLERDE ZAMANAŞIMI : (Kabahatler Kanunu)

Soruşturma zamanaşımı

Madde 20.- (1) Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez.

(2) Soruşturma zamanaşımı süresi;

a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş, yıldır.

(3) Nispi idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

(4) Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.

(5) Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır.

Yerine getirme zamanaşımı

Madde 21.- (1) Yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idarî para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar artık yerine getirilemez.

(2) Yerine getirme zamanaşımı süresi;

a) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde yedi,

b) Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde beş,

- c) Onbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde dört,
d) Onbin Türk Lirasından az idarî para cezasına karar verilmesi halinde üç, yıldır.
- (3) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır.
- (4) Zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren işlemeye başlar.
- (5) Kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemez.

VII - İDARİ PARA CEZALARININ UYGULANMASI

Tasanın 4 - (2) Bu Kanunda tanımlanan kabahatlerden dolayı idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır.

Kabahatler kanununun 23/1 fıkrasında da aynı yönde Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir. hükmü ile paraleldir.

23/3 fıkrasında Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı vermesi için ayrıca ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idari yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir hükmü ise kaçakçılık suçlarında uygulanmaz.

VIII - İDARİ PARA CEZALARININ TAHSİLİ

K.Kn. 25.- (1) İdarî yaptırım kararına ilişkin tutanakta;

- a) Hakkında idarî yaptırım kararı verilen kişinin kimlik ve adresi,
b) İdarî yaptırım kararı verilmesini gerektiren kabahat fiili,
c) Bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün deliller,
d) Karar tarihi ve kararı veren kamu görevlilerinin kimliği,

Açık bir şekilde yazılır. Tutanakta, ayrıca kabahati oluşturan fiil, işlendiği yer ve zaman gösterilerek açıklanır.

C. Savcısı tarafından verilen İdarî yaptırım kararı, Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilir.

(2) İdarî yaptırım kararının ilgili gerçek kişinin huzurunda verilmesi halinde tutanakta bu husus açıkça belirtilir. Bu karara karşı başvurabileceği kanun yolu, mercii ve süresine ilişkin olarak bilgilendirildikten sonra kişinin karar tutanağını imzalaması istenir. İmzadan kaçınılması halinde bu durum tutanakta açıkça belirtilir. Karar tutanağının bir örneği kişiye verilir.(Md: 26)

Madde 27.- (1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî

yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren **en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.** Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.

Madde 28.- (1) Başvuru üzerine mahkemece yapılan ön **inceleme** sonucunda;

a) Yetkili olmadığına anlaşılması halinde dosyanın yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilmesine,

b) Başvurunun süresi içinde yapılmadığına, başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığına veya başvuranın buna hakkı bulunmadığına anlaşılması halinde, bu nedenlerle başvurunun reddine,

c) (a) ve (b) bentlerinde sayılan nedenlerin bulunmaması halinde başvurunun usulden kabulüne,

Karar verilir.

(2) Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini ilgili kamu kurum ve kuruluşuna tebliğ eder.

(3) İlgili kamu kurum ve kuruluşu, başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde mahkemeye cevap verir. Başvuru konusu idarî yaptırıma ilişkin işlem dosyasının tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilir. Mahkeme, işlem dosyasının aslını da ilgili kamu kurum ve kuruluşundan isteyebilir. Cevap dilekçesi, idarî yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilir.

(4) Mahkeme, başvuruda bulunan kişilere cevap dilekçesinin bir örneğini tebliğ eder; talep üzerine veya re'sen tarafları çağırarak belli bir gün ve saatte dinleyebilir. Dinleme için belirlenen günle tebligatın yapılacağı gün arasında en az bir haftalık zaman olmasına dikkat edilir. Dinleme sırasında taraflar veya avukatları hazır bulunur. Mazeretsiz olarak hazır bulunmama, yokluklarında karar verilmesine engel değildir. Bu husus, tebligat yazısında açıkça belirtilir.

(5) Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır.

(6) Dinlemede sırasıyla; hazır bulunan başvuru sahibi ve avukatı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun temsilcisi, varsa tanıklar dinlenir, bilirkişi raporu okunur, diğer deliller ortaya konulur.

(7) Mahkeme, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen tarafın kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Mahkeme son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklar.

(8) Mahkeme, son karar olarak idarî yaptırım kararının;

- a) Hukuka uygun olması nedeniyle, "başvurunun reddine",
b) Hukuka aykırı olması nedeniyle, "idarî yaptırım kararının kaldırılmasına",
Karar verir.

(9) İkibin Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararlar kesindir.

Yargılaması devam eden bir dosyada hakim eylemin kabahat olduğu kanaatine varır ise idarî yaptırım kararı mahkeme tarafından verilir

İtiraz yolu

Madde 29.- (1) Mahkemenin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır.

(2) İtirazla ilgili karar, dosya üzerinden inceleme yapılarak verilir.

(3) Mahkeme, her bir itirazla ilgili olarak "itirazın kabulüne" veya "itirazın reddine" karar verir.

(4) Mahkemenin verdiği karar taraflara tebliğ edilir. Vekil olarak avukatla temsil edilme halinde ayrıca taraflara tebligat yapılmaz.

(5) İdarî yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde bu karara karşı itiraz mercii en yakın ağır ceza mahkemesidir.

Vazgeçme ve kabul

Madde 30.- (1) Kanun yoluna başvuran kişi, bu konuda karar verilmeye kadar başvurusundan vazgeçebilir. Vazgeçme halinde bir daha aynı konuda başvuruda bulunamaz.

(2) İlgili kamu kurum ve kuruluşu da mahkeme tarafından karar verilmeye kadar kanun yolu başvurusunu kabul ederek idarî yaptırım kararını geri alabilir.

Masrafların ve vekalet ücretinin ödenmesi

Madde 31.- (1) İdarî yaptırım kararına karşı kanun yoluna başvurulması harca tâbi değildir.

(2) Kanun yoluna başvuru dolayısıyla oluşan bütün masraflar ve vekalet ücreti, başvurusu veya savunması reddedilen tarafça ödenir.

IX - İDARİ PARA CEZALARININ İNFAZI :

İdarî para cezası

Madde 17.- (1) İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir.

(2) İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.

(3) İdarî para cezası, Devlet Hazinesine ödenir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

(4) Kesinleşen karar, derhal tahsil için mahallin en büyük mal memuruna verilir. İdarî para cezası, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Tahsil edilen idarî para cezasının kanunla belirlenen bir oranı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun hesabına aktarılır.

(5) İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

(6) Kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.

X - ESKİ VE YENİ YASALAR UYGULAMASINDA İZLENMESİ GEREKEN SÜREÇ :

Adli yargı teşkilatında mevcut ve sürdürülen kaçakçılık dosyalarında hakim ve savcılarımızın 1918 ve 4926 sayılı kanunların lehte ve aleyhte değerlendirilmeleri nedeni ile sorunları ve sıkıntıları bilinmektedir. Bu dava dosyalarında bu kez de tasarı değişikliğinin kabul edilmesi halinde üç yasanın mukayesesini yaparak hüküm kurma zorunluluğu bulunmaktadır.

Örneğin bireysel kaçakçılık suçunda 2002 tarihinde açılmış bir kamu davasında hakim 4926 sayılı kanunun hükümleri ile 1918 sayılı kanun hükümlerinin mukayesesini yapmakta ve 1918 sayılı kanun Gümrüklenmiş değer üzerinden para cezası verilmesini yeterli bulurken aynı eylem 4926 sayılı kanunun 4/a-1 fıkrasına göre gümrüklenmiş değer üç katından az altı katından fazla olmamak üzere ağır para cezası düzenlemesi ile fail aleyhine görünmekte, bu defa 4926 sayılı kanunun 34. maddesinde bulunan ön ödeme ile kamu davasının ortadan kaldırılması imkanı karşısında ise 4926 sayılı kanun lehe düzenleme getirmektedir. İşte teşkilat bu iki yasanın birbirleriyle çarpışan değişik hükümleri ile mücadele ederken bu defada tasarı ile aynı eyleme 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ise fail aleyhine olmuştur. Demek ki bu olayda 1918 ve 4926 sayılı kanun değerlendirilmesi ile sorun çözülecektir.

Örneğimizin idari nin düzenleyici işlemleri ile belli koşullara tabi tutulan eşyaya bu şartı yerine getirmeden ithal eden kişi için : 1918 sayılı kanunun Ek 2/3 maddesi ile 1 yıldan beş yıla kadar hapis ve GD kadar ağır para cezası müeyyidesi karşısında 4926 sayılı kanunun 4/ d -1 e göre GD'nin üç katından az 6 altı katından fazla ağır

olmamak üzere ağır para cezası ve bu kanunun ön ödeme hükmü de dikkate alındığında fail için 4926 sayılı kanun lehe kanundur. Tasarıya göre ise kabahat olmuştur ve gümrüklenmiş değerin üç katı idari para cezası ile cezalandırılacaktır. Kabahat olması, idari para cezasının ödenmesi halinde kamu davası 4926 sayılı kanunun 34 maddesi gibi kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi de dikkate alındığında ön ödemeden failin kaybı söz konusu olmadığından tasarı metni failin lehine olmaktadır.

Kaynakça :

- 1- 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporları
- 2- 1918, 4926, 5237, 5326 sayılı kanunlar ve gerekçeleri
- 3- Erman Sahir/Kaçakçılık Suçları-Ticari Ceza Hukuku
- 4- Erdem Mustafa Ruhan/Ceza Muhakemesi, Organize Suçlulukla Mücadele (MÜHF-C:9 1995)
- 5- Sözüer Adem/Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde bu suçlulukla mücadele ile ilgili gelişmeler MÜHF C.9
- 6- Karakaş Birsen/ Türk Hukukunda Gümrük Kaçakçılığı Suçları
- 7- Öztürk Sabahattin/Kambiyo Sözlüğü

NOT: Bu yazının sunulduğu 01.05.2005 tarihinde, yürürlüğe girmesi 01.06.2005 tarihine kadar ertelenmiş,olan 5237 sayılı Türk Ceza Yasası hükümlerine göre düzenlenmiş ancak özel yasalarda sürdürülen yasa değişikliklerinin yetişmemesi nedeni ile 18.05.2005 tarihinde yayımlanan 5349 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli hakkındaki Kanunda değişiklik yapılmasına dair kanunun Geçici 1. maddesi ile yazımızda bahsi geçen TCK.nın 2 ve 5. maddeleri 31.12.2006 tarihine kadar ertelenmiştir. Bu erteleme yazı düzenlememizi esasen bilgilendirmeye dayandığından etkilemektedir. 08.6.2005

Teşekkür ederim, saygılar sunuyorum.

BAŞKAN - Birsen Hanıma biz de teşekkür ederiz.

Şimdi soruları alalım.

Buyurun Ali Bey.

Ali ULUSOY (Ankara Hukuk Fakültesi) - Üç konuşmacıyı da tebrik ediyorum, ben de çok yararlandım. Bu arada Sayın MASAK Başkanını özellikle tebrik etmek istiyorum. Çünkü, kişisel düşünceme göre, çok da alışkın olmadığımız bir kamu idarecisi portresi çizdi, yani konuyla ilgili akademik ve teorik çalışmalara da son derece hâkim olduğu izlenimini edindim. Bu, genellikle bizim kamu idaresinde özlenen bir kamu idarecisi portresi çiziyor benim açımdan; o yüzden, kendisini özellikle tebrik ediyorum.

Üç kısa tespitim var. Tabii, hemen şunu söyleyebilirsiniz Sayın Başkan, katkıdan ziyade soru alalım diyebilirsiniz; ama, katkı ve soru arasında sadece şekli bir fark var, katkı sağlıyorsunuz, en sonunda değil mi dersiniz, soru olur; o yüzden, benim de üç küçük kısa katkı var.

Birinci nokta, bu Kabahatler Kanunundan bahsetti son konuşmacı, 31 Aralıkta Resmî Gazete’de yayımlanmış, fakat henüz yürürlüğe girmemiş bir kanun. Önemli sorunlar içeren bir kanun olduğunu düşünüyorum. Özellikle ceza hukuku kavramları ile idare hukuku kavramlarının biraz fazla karışmış olduğunu düşünüyorum bu kanunla. Mesela Cumhuriyet Savcısına, bu kabahatlerin idarî cezaya çevrildiği anlaşılıyor bu kanunda. Bütün daha önceki ceza hukuku kavramı olan kabahatlerin ceza idare hukuku anlamında cezaya dönüştürüldüğü anlaşılıyor. Fakat, aynı zamanda, mesela Cumhuriyet Savcısına ceza verme yetkisi verilmesi, hatta mahkemeye idarî cezayı verme yetkisi verilmesi çok sorunlu. Dediğim gibi, idare hukuku ve ceza hukuku kavramlarının çok iç içe girdiği, birbirine karıştığı bir kanun olarak görünüyor. Henüz Ceza Kanunu’yla birlikte yürürlüğe gireceği için ve Ceza Kanunu’nda da bazı değişiklikler yapılması öngörüldüğü için, bu kanunun da bence yeniden ele alınması, özellikle bu kanuna karşı buradaki idarî cezalara karşı adli yargıda yargısal yollara başvurulması da Anayasa Mahkemesi’nin mevcut içtihatlarına göre biraz sorun teşkil eder gibi görünüyor. Yani, yeni baştan ele alınmaya muhtaç bir kanun olarak görüyorum ben.

Diğer nokta, genel bir değerlendirme olarak ekonomik suçların önlenmesinin bence en temel yolu, vatandaşlarda bu ekonomik suçlara Genç Osman Bey biraz önce bahsetti, ahlakî boyuttan bahsetti, çok yerindeydi, mesela bir vergi kaçakçılığını, eğer o kaçakçılığı yapan insanlarda vergi kaçırmanın aslında meşru olduğu yönünde bir izlenim varsa, vergi kaçakçılığını önleyemezsiniz. Şöyle ki, eğer siz, ödediğiniz verginin çok klasik tabirle, size veya diğer vatandaşlara, yol, su, köprü olarak geri döneceğinden çok emin değilseniz, ödediğiniz vergilerin, yolsuzluklarla veya siyasî iktidara yakın birtakım çevrelerin cebine gideceğine yönelik bir imaj varsa insanlarda, o zaman, insanlar, vergi kaçırmanın, her ne kadar hukuka aykırı olsa da, sonuçta vergi kaçırmanın meşru bir şey olmadığına inanmazlar. Dolayısıyla, elinden geldiği kadar bunu yapmaya çalışırlar ve bunu, ahlaka aykırı bir şey olarak düşünmezler veya şöyle düşünebilir; ben kendi çapımda fakirlere yardım ederim, ama benim ödediğim verginin insanlara faydalı bir şey olarak geri döneceğinden çok emin değilsem bunu yaparım imajı oluştuğu zaman bunu önleyemezsiniz.

Bu suçları önlemenin en önemli yollarından biri de devleti küçültmektir. Devlet, mesela az ihale yaparsa veya hiç ihale yapmazsa, ihaleye fesat karıştırma suçu da hiç oluşmaz. Bunun en önemli yolu da budur. Dolayısıyla, bu noktanın altının çizilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Son bir nokta, bu konularda mücadele edilmesi gerekir. Ekonomik suçlarla, bunun için özel birtakım mücadele yöntemlerinin de geliştirilmesi gerekir. Bu, son derece haklıdır. Özel soruşturma usulleri vesaire; ama, bir şeye de dikkat etmek gerekiyor. Biliyorsunuz, Cumhuriyet Dönemi'nin ilk yıllarında veya öncesinde, kişisel cezaların şahsiliğine aykırı suç ve ceza konulması örnekleri Türkiye'de yaşandı veya aynı şekilde, suç ve cezaların geçmişte işletildiğinin örneklerini yaşadık. Hatta buna ilişkin bir başbakanın idam edilmesi örneklerini bile yaşadık. Aynı şekilde, artık, bunun hukuk devletinde ve evrensel ceza normlarında suç ve cezaların geçmişe işletilmesi veya cezaların şahsiliğinin çiğnenmesi, bir kimsenin fiilinden ötürü çocuğunun, akrabalarının, yakınlarının cezalandırılması; bunlar artık çağdışı kavramlar olarak anılıyor. Fakat, son zamanlarda birtakım ekonomik suçlarla mücadele adına bu türlü uygulamaların örneklerine de tekrar rastladık. Burada, zannediyorum, bir denge oluşturulması veya esas burada maharet hukuk devleti ilkesine uyarak bu türlü suçlarla mücadele etmektir. Evrensel hukuk normlarına uyarak mücadele etmektir. Dolayısıyla, bu yönde mekanizmaların daha çok geliştirilmeye çalışılması daha uygun olur diyorum.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Buyurun.

DOÇ. DR. AHMET GÖKCEN (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) - Birkaç konuda kısaca bilgi arz etmek istiyorum.

Birsen Hanım, tebliğinde, Kaçakçılık Kanunu'yla ilgili yapılan düzenlemeleri vukufiyetli bir şekilde ifade etti. Ancak, şu hususu, toplu kaçakçılığın suç olmaktan çıkarıldığı tarzında bir beyanı oldu. O konuda bir açıklık getirmek amacıyla söz aldım.

Mevzuatımızda, kaçakçılık suçları, toplu kaçakçılık, teşekkül halinde toplu kaçakçılık dediğimiz şey, kaçakçılığın iştirak halinde işlenen şeklidir ve onlar için düzenlenen cezalarda makaslar açılmak suretiyle istendiğinde cezanın biraz daha yukarıya çekilerek verilebilmesi imkân dahiline sokulmuştur. Yani, uygulama açısından toplu kaçakçılık, iştirak halinde işlenen suçta daha fazla ceza veren ve ceza hukuku biliminin verilerine uygun olmayan düzenleme böyle bir yasal ve bilimsel statüye kavuşturulmuştur.

Bir de teşekkül halinde olan bakımından da mevzuatımızda birçok örgüt maddesi vardır. Teşekkül, çete, cemiyet; onlarla ilgili tek bir madde, 220 nci maddede getirildi. Eğer, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işleniyorsa teşekkül halinde, tarzında

işlenmiş demektir. O zaman da ona göre ceza artırılabilecek. Ayrıca, bir de teşekkürden dolayı ya da örgüt halinde suç işlendiğinden dolayı ceza verilecek. Onu ifade etmek istedim.

Ceza Kanununda, ama kabahatler de idarenin düzenleyici işlemlerle suç ihdas edebileceği alan olarak Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu şekilde yeni bir sistem kurularak mevzuatımızın sadeleştirilmesi, basitleştirilmesi sağlanmak istenmiştir.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim Sayın Gökçen.

Buyurunuz.

Hakan ÜZELTÜRK (Galatasaray Hukuk Fakültesi) - Sayın Ulusoy'un söylediği bir söz üzerine açıklama yapmak istiyorum.

BAŞKAN - Efendim, konuşmacılara yönelik olursa daha iyi olur; o, olmaz, o da söz isteyecektir.

Hakan ÜZELTÜRK (Galatasaray Hukuk Fakültesi) - Ben, karşı değil, farklı bir şey söyleyeceğim.

Günümüzde vergi gelirlerinin nereye harcanacağı konusunda batılı devletler, bu gelirlerin nereye gideceğini açıklıyorlar. Artık, hükümet politikası olarak bunları açıklıyorlar; maalesef, bizim ülkemizde bu açıklanmıyor. Dolayısıyla, bu türlü yanlış anlamalar söz konusu olabiliyor.

Ben, eleştirmek için söylemiyorum, sadece batı'da bu türlü açıklamalar var, artık, vergi gelirlerinin nereye gideceği biliniyor.

Soruma geliyorum: MASAK ile ilgili olarak soracağım; fakat, vergi sistemimizde denetim eksikliği var, kayıtdışı istihdam yüksek seviyede. Gelir İdaresi'nin birtakım problemleri var dün de belirttiğim üzere. Sirkülerler yoluyla birtakım düzenlemeler yapıyor, hukukî noksanlarımız var. Bütün bunlar dışında son olarak Ceza Kanunu'nun 5 inci maddesiyle de yine vergi kaçakçılığı suçlarında da artık rahat bir ortam sağlandı.

Bütün bunlar çerçevesinde Vergi Konseyi'nde biz bir çalışma yapıyoruz. Bunu sunacağız zannediyorum. Bu Vergi Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerle, Ceza Kanunu eksikliklerini tamamlayabileceğiz. Fakat, MASAK da bu konuda herhangi bir çalışma yapıyor mu? Çünkü, malî suçlarla ilgili çok önemli bir eksiklik, vergi güvenlik müesseseleri de bugün maalesef yok. Burada da adil bir sistem bulunamadığı için bunlar kaldırıldı, olanlar da Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildi. Bu konuda bir çalışma yapıyor mu?

İkinci sorum yine MASAK'la ilgili. Suç meydana geldikten sonra bunların cezalandırılması gibi işlemler daha çok konuşuluyor. Fakat, bilgi edinme en önemli

araç. Batılı ülkelerde olduğu gibi, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde çok sayıda ihbar geliyor, bu ihbarlarla başa çıkamıyorlar. Bizim ülkemizin verilerinden anladığım kadarıyla çok düşük oranda bu ihbarlar ve bunların nasıl takip edildiği konusunda sorunlar var.

Acaba, uluslararası anlamda bilgi alışverişi –Türk şirketlerinin büyük bir kısmı yurt dışında ve vergi cennetleri kullanılıyor - ne derecede yapılıyor, bu klasik bilgi alışveriş yöntemlerini biliyorum. Fakat hızlı bir şekilde bilgi alışverişi sağlanıp, suçlar önlenmeye çalışılıyor mu?

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Sayın Ergin Ergül'e bir soru varsa lütfen onu alayım, bu son soruyla bitiriyoruz.

Buyurun.

Türkey ALICA (Ankara Hâkimi) - Bütün sunuş yapanlara teşekkür ediyorum.

Soruyu kısa tutacağım, ama öyle acil bir sorun ki, bütün yeni Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 5 inci maddelerinin yorumuyla ilgili Sayın Karakaş'ın yaptığı sunumda da çok sık değinildi. Sanıyorum, hep beraber çok temel bir hata yapıyoruz. Bu, 1.6.2005'ten itibaren bir kaosa neden olacak bir hata. Nedeni şu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 1, 2 ve 3 üncü maddeleri, esasen anayasal ilkelerin Türk Ceza Kanunu'na aktarılmasından ibaret. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve bunun bir alt dalı olan idarî tasarruflarla suç ve ceza belirlenemeyeceği ilkesi zaten anayasal bir ilke ve daha öncesinde de Anayasamızda var.

Şimdi, şu ya da bu şekilde atıflarla idarî tasarruflara yapılan atıflarla bunun daha önce aşılmış olması nedeniyle bu anayasal ilke Türk Ticaret Kanunu'na yansıtıldı. Ancak, 5 inci maddedeki yorum hatamız çok temel. 5 inci maddede ifade edilen "genel hükümlere aykırı özel ceza düzenlemesi yapan kanunlardaki aykırı hükümler uygulanamaz" ifadesi ya da bu anlamı çıkardığımız bu düzenleme, esasen somut olayda iştirak, içtima, teşebbüs gibi somut olaya ilişkin uygulanabilecek hükümleri kapsıyor. Aksi halde, bakınız, 3 üncü maddeye "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" yeni Türk Ceza Kanununun 3 üncü maddesi; bu da anayasal bir ilke, Anayasa'nın 13 üncü maddesi.

Şimdi, somut olayda bir hâkim, önündeki kanunun ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu düşündüğünde uygulamayacak mıdır? Hayır. Kanaatimce, bütün bu sorunların çözümü normlar hiyerarşisi içinde Anayasa Mahkemesi'ne gidilmesidir. Bu kaos, bir an önce, bu yorum hatasından dönülerek düzeltilmeli.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Biz de teşekkür ederiz.

Sayın Ergin Ergül, buyurunuz.

Ergin ERGÜL - Karapara aklama suya atılan taş gibidir, dalgalar oluşturur, ilk dalga, daha sonra onu diğerleri takip eder; ama, bir müddet sonra kaybolur. Dolayısıyla, o ilk taşın atıldığı kısımda yerleştirme aşamasında karapara aklama işlemini tespit etmek önem taşımaktadır.

Diğer taraftan, karapara aklama bir balon gibidir, itildiğinde nerede bir boşluk varsa oraya gidecektir. Bu, bize hangi ihtiyacı ortaya koyuyor. Tüm ülkeler bu konuda etkin bir cezalandırma mevzuatı ortaya koymalı. Etkin bir önleyici mevzuat ortaya koymalı, iç ulusal planda bu konuda mücadele eden aktörler arasında sıkı bir eşgüdüm ve işbirliği olmalı. Mesela ülkemizde malî istihbarat birimi olarak MASAK, düzenleyici ve denetleyici otorite olarak BDDK, SPK, yükümlü grupları, kolluk ve yargı tam bir işbirliği içerisinde olmalı. Bunun dışında, uluslararası alandaki işbirliği çok iyi işlemeli. Burada idarî anlamda işbirliği vardır. Malî istihbarat kurumları arasında işbirliği yapıyorlar. Polisiye alanda ülkelerin polis teşkilatları ve Interpol kanalıyla işbirliği var. Fakat en fazla işbirliğinin ihtiyacının bulunduğu yer de uluslararası adli yardımlaşma, adli işbirliği alanı. Çünkü, çoğu zaman, bir bilgi talebinde bulduklarında, o ülkelerin makamları şunu söylüyorlar: Ancak adli istinabe yoluyla bizden talepte bulunursanız size gerekli bilgiyi veririz. Ancak, biliyoruz ki, saniyelerle havale yapabiliyoruz dünyanın herhangi bir tarafına. Bizim neye ihtiyacımız var, bunun izlerine, belgelerine ihtiyacımız var. Ancak, saniyelerle havaleler geçiyor, bir para 20 dakikada yaptığımız havale tüm dünyayı dolaşabiliyor. Ancak, hâkim savcının istinabe evrakı hazırlaması, Adalet Bakanlığı'na göndermesi, muhatap ülke Adalet Bakanlığı'na, oradan ilgili birimlere. Bu, seneler alıyor, iki yıl, üç yıl, beş yıl. Onun için, önceki karapara, 4208'de 10 yıl yeterli görülmedi, 15 yıla çıkarıldı zaman aşımı. Çünkü, zaten 5-6 yılı bunun yurt dışından bilgi belge teminiyle geçecek adli yardımlaşma çerçevesinde. Şimdi, 282'nin 8 yıl zamanaşımı, dolayısıyla, 4208'e göre, aslında geriye gittik zamanaşımı yönünden.

Dünyada birsürü sözleşmeden bahsettim, buna rağmen tahmini olarak yakalanabilen, müsadere edilebilen karapara % 5. Dolayısıyla, alacağımız çok mesafe var daha bu alanda.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Buyurun Sayın Yaraşlı.

Dr. Genç Osman YARAŞLI - Önce Ali Ulusoy Bey'e bir teşekkür borçluyum kanaatlerinden dolayı.

Hakan ÜZELTÜRK Bey'in sorusu vardı; MASAK, vergi suçları konusunda bir çalışma yapıyor mu diye özetleyebileceğim. MASAK, başta da bahsettim, Malî Suçları Araştırma Kurulu olmakla birlikte ismi, gerçekte sadece karapara aklamayla mücadele amacıyla kurulmuş ve kanunda bu hususla görevlendirilmiş bir kurumdur. Dolayısıyla, vergi cezaları konusunda çalışma yapmak gibi bir yetkisi yoktur. Ben de zaten burada, genel

malî suçlar konusunda konuştum. Fakat, bir görev alanı itibariyle değil de bir tebliğci olarak o anlamda konuştum. Dolayısıyla, böyle bir çalışma yok MASAK'ta.

Uluslararası bilgi alışverişi yapılıyor, ne gibi bilgiler alınıp veriliyor gibi bir soru. Son derece hızlı, onu söyleyeyim. Slaytta da yansıttığım Egmond Securweb diye belirli ülkelerle bizim aramızda güvenli, başka bir şekilde girilemez, özel şifreli, her saniye şifresi değişen bir hattımız var. Dolayısıyla, e-mail ortamında çok hızlı haberleşiyoruz. Fakat, sorun şu: Uluslararası toplantılara gittiğimizde, herkes, bilgi değişiminin faziletlerinden, sınır aşan suçlar olduğundan bilgi değişmek gerektiğinden, kendilerinin şu kadar bilgi değiştirdiğinden vesaire söz etmekle birlikte, gerçekte bilgi değişimi konusunda ülkeler son derece kıskançtır, biz dahil. Bizim birtakım yasal problemlerimiz var, onları aşmaya çalışıyoruz. Fakat, onları aşmış olsak bile, bu ilişkilerde ister istemez mütekabiliyeti bir şekilde gözetiyorsunuz. Yani, benim hiç bilgi alamadığım bir ülkeye bilgi vermiyorsunuz. Bazı ülkeler tabii, bilgi veriyormuş gibi gözüküp, hiç bilgi vermiyor; o da ayrı bir konu.

Bu bilgi değişimi, istihbari niteliktedir ve delil olarak kullanılamaz. Hatta Egmond prensiplerine göre malî istihbarat birimleri, elde ettiği bilgiyi kolluk kuvvetlerine açıklayabilmek için bilgiyi aldığı kaynaktan izin istemek durumundadır. Yani, bilgiyi biz alırız, malî istihbarat birimi olarak değerlendiririz. Bunu kolluğa veya savcıya gönderemeyiz. Bunu savcıya açıklayabilmek için izin almamız gerekir ve açıklasak bile bu bir delil teşkil etmez. İşte hukukî anlamda delil teşkil edebilmesi için Ergin Bey'in bahsettiği adli istinabe yoluna başvurmak gerekir. Burada idarî anlamda, istihbari anlamda bilgi değişiminin faydası şu: Neyi isteyeceğinizi bilebiliyorsunuz adli istinabe yoluyla ve çabuk davranabiliyorsunuz; ama, iş, adli istinabe noktasına gelince, yine de o uzun bir süreç, onun da birtakım problemleri var.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkür ederim.

Buyurun Sayın Karakaş.

Birsen KARAKAŞ - Bana bir soru olmadı. Arkadaşımız kendi fikrini söyledi ve bu konunun Anayasa Mahkemesi'ne gitmesi gerektiğini söylediler. Ben, gereklikçe Türk Ticaret Kanunu 2 ve 5'e yerinde ve zamanında dayanarak açıklama yaptım.

KATILIMCI - Hep beraber bir yorum hatası yapıyoruz.

Birsen KARAKAŞ - Ne gibi yorum hatası yapıyoruz efendim? Türk Ticaret Kanunu 2 çok açık, 5 inci madde çok açık ve şu andaki oturtulmaya çalışılan hukuk sisteminde hepsinin birbirine uyum sağlamalar şeklinde düzenlemeler yapılmaktadır. Özel yasalardaki kurallar Türk Ticaret Kanunu'nun genel hükümleriyle uyum sağlamak üzere çalışmalar yapılmaktadır ve hâlâ da sadece kaçakçılık değil, tüm özel yasalardaki müsadere, ertelemedir, tecil gibi Ceza Kanunu'na aykırı hükümler ona paralel hale getirmek için çalışmalar yapılmaktadır. Yani, sizin sorunuz nedir, neyi yorumlamıyoruz? Ben mi anlayamıyorum.

KATILIMCI - Şunu arz etmek istiyorum: Bakın, yeni Türk Ceza Kanunu 181: "ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkların toprağa, suya vesaire verilmesi şu kadardan şu kadara..."

Devam ediyorum: teknik usullere aykırılık... Peki, neymiş bu; ilgili kanun, Çevre Kanunu madde 8: "Her türlü atık ve artığı ilgili yönetmelikte belirtilen yöntem ve standartlara aykırı biçimde suya, havaya vermek."

Ne oldu efendim; Ceza Kanunu'nun kendi içindeki madde bizatihi dolaylı olarak yönetmeliğe atıfta bulunuyor. Şimdi ne yapacak 181 inci madde; 181 inci maddeyi uygulayacak hâkim ne yapacak? 5 inci maddeye aykırı bu. Ben uygulamıyorum diye bilecek mi? Buna imkân yok; Anayasa Mahkemesi'ne ancak başvurulabilir, aksi hal kaos diyorum, gayet net.

Birsen KARAKAŞ - Türk Ticaret Kanunu'nun dediğiniz yeri bulamadım, tabii ki, Ceza Kanunu'nun tümü olarak okuduk, tartıştık; ama, bütün her maddesine kelime kelime vakıf olmadık: Çünkü, daha çok yeni bir kanun, hem de uygulamaya konulmadı. İleriki zamanlarda bunlar uygulanmaya başlandıkça mutlaka aykırılıklar çıkacaktır ve mutlaka bunların daha önceden yapıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi'ne gidilerek veya ek yasalarla birlikte ikmalî yoluna gidilecektir. Fakat, şu anda ben, 181 inci madde çevre kirliliği hakkında size net bir beyanda bulunamam. Çünkü, uygulamaya geçmedik, geçelim, karşılaştım, görelim ve bunu kim, ne zaman, nasıl Anayasa Mahkemesi'ne getirebilir. Çünkü, ne sizin ne benim direkt olarak Anayasa Mahkemesi'nden bunun iptalini isteme hakkımız yoktur. Bir mahalli mahkeme, bir gün çıkar da bu konuya ısrar ederse Anayasa Mahkemesi'ne götürürse bu konu da orada incelenmiş olur.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Çok teşekkür ederim.

Böyle durumlarda İngilizlerin yazılı hukuku olmadığı halde bu işi gayet iyi yürütmelerini ben hep düşünür ve öyle rahatlarım. Yani, bu kadar fazla da maddelerin içerisine gömülüp kalmamak lazım belki de.

Efendim, çok güzel tartışma izledik, çok teşekkür ediyoruz, çok değerli konuşmacılarımız vardı.

Ben bir iktisatçı olarak hep şu eksikliği duyuyorum, yani bataklıktaki sinekleri öldüreceğiz, Sayın Ali Ulusoy'un söylediği gibi, ama bu bataklığı nasıl kurutacağız; tabii, hukukçular bu konuda kafa yormak zorunda mı; ama, herhalde bu konuda hukukçular ile iktisatçılar arasında, bunu düşünenler arasında biraz daha fazla diyalog olması lazım ve buna hukukçuların da ilgi göstermeleri lazım. Satır aralarında bunları da duyduk; bunları duyduğumuz için ben çok memnun oldum, hakikaten biraz salt hukukçu görüşünün ötesinde yorumlar izledik.

Çok teşekkür ediyoruz.



ALTINCI OTURUM

SİRKETLER HUKUKUNA GETİRİLEN YENİLİKLER

OTURUM BAŞKANI :

Prof. Dr. Ramazan AKTAŞ - TOBB - ETÜ Öğretim Üyesi

KONUŞMACILAR:

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ali KAYA - Adalet Bakanlığı

Doç. Dr. Ahmet GÖKCEN - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

—○—

BAŞKAN - Önce kendimi tanıyayım; ben TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesinde İşletme Bölüm Başkanı olarak görev yapmaktayım.

Bizim oturumumuzun konusu Şirketler Hukukunda Getirilen Yenilikler.

Üç seçkin konuşmacı, sizlere, bu son mevzuatla ilgili önemli konular konusunda açıklamada bulunacaklar.

Konuşmacılarımızdan Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ercan, 5092 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanununa Şirketlerle İlgili Getirilen Yenilikler ve Uygulama Sorunları üzerinde konuşacak.

Sayın Ali Kaya, elektronik imza konusunda konuşacak.

Sayın Ahmet Gökçen de bu mevzuatın hazırlanmasında büyük katkıları olan ve onun sayesinde zaten burada bulunuyoruz, onun için kendisine çok teşekkür ediyoruz,

çok güzel bir ortam sağlanmış bize, arada sırada bu mevzuatta yeniden değişiklik yaparsanız bu vesileyle yine burada olabiliriz.

Ahmet Bey, ekonomik suçlarla bağlantılı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen koruma tedbirleri konusunda en son konuşmayı yapacaklar.

Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ercan, 1987 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuş, bir süre adli yargı hâkim adayı olarak görev yaptıktan sonra Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak atanıyor, doktorasını 2000 yılında Almanya'da Münih'teki hukuk Fakültesi'nde tamamlıyor, şu anda Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesidir.

Buyurun efendim.

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

5092 SAYILI KANUN İLE İCRA VE İFLÂS KANUNU'NA ŞİRKETLERLE İLGİLİ GETİRİLEN YENİLİKLER VE UYGULAMA SORUNLARI

1. GENEL OLARAK

5092 sayılı Kanun ile Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Kurumu İcra ve İflâs Kanununa eklenmiştir. Getirilen bu düzenleme kısaca "şirket kurtarma" olarak da nitelendirilmektedir. Aslında şirket kurtarmayı sağlayan tek kurum bu değildir. İcra ve İflâs Kanunumuzda buna hizmet edebilecek başka araçlar da mevcuttur. Bu nedenle, biz Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılması Kurumunu ele almadan önce, şirket kurtarmaya yönelik düzenlemelerin amacına, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere ve İcra ve İflâs Kanununda şirket kurtarmayı sağlayan diğer kurumlara da kısaca değineceğiz.

Bir sanayi veya ticari işletmenin kapanmasının çok geniş yansımaları vardır. Gerçekten, işletmelerin kapanmasının, işletme sahipleri, yöneticileri ve işçiler gibi doğrudan doğruya işletme ile bağlantılı olan şahısların yanı sıra, o işletme ile ticari ilişki içerisinde olan başka işletmeler için de yansımaları sözkonusu olmaktadır. Zira, işletmenin başarısızlığa uğramasının üretim tesisleri, stoklar ve müşteri çevresi üzerinde de etkileri vardır. Hatta, büyük işletmelerin kapatılmasının, işletmenin bulunduğu bölgede çeşitli sosyal sorunlara da yol açabileceği kuşkusuzdur. İşte, belirtilen nedenlerden dolayı, dünyada son yıllarda, ödeme güclüğü içine düşen fakat yaşama kabiliyetin yitirmemiş şirketlerin iflâsına karar verilip ekonomik hayattan silinmeleri yerine, bu şirketlerin kurtarılarak ekonomiye yeniden kazandırılması fikrî hâkim olmaya başlamıştır.

Bu konu ile ilgili olarak ülkemizdeki düzenlemelerden bahsetmeden önce, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden kısaca bahsetmekte yarar vardır. Çünkü, ülkemizdeki düzenlemeler ilhamını bu ülkelerden almıştır.

İşletmelerin kurtarılması fikrine öncülük eden ülke ABD'dir. Gerçekten, gerek

Türkiye, gerekse birçok Batı Avrupa Ülkesi bu konuda düzenleme yaparlarken büyük ölçüde ABD hukukundan etkilenmişlerdir²⁷⁹. ABD'nin yanında İngiltere, Fransa, İsviçre ve Almanya'da da zor durumdaki şirketlerin yeniden yapılandırılmasını ilişkin düzenlemeler vardır. Bu ülkelerin iflâs hukuklarında son yıllarda bu yönde önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir²⁸⁰. Biz bu hukuk sistemlerinden ABD hukuku ile Alman hukuk sistemlerine çok kısa olarak değineceğiz.

ABD hukukunda şirket kurtarma (veya bu hukuk sisteminde kullanılan tabirle yeniden yapılandırma) ABD Federal hukukunun bir parçası olan İflâs Kanunu tarafında düzenlenmiştir. Bu kanun bölümlere ayrılmıştır. Konumuzu düzenleyen bölüm, "yeniden örgütlenme Bölümü" 11. Bölümde düzenlenmiştir. Bu nedenle, genellikle 11. Bölüm olarak da anılmaktadır²⁸¹.

Bu yeniden yapılandırma prosedüründe en sık karşılaşılan husus, alacaklıların, alacaklarının bir kısmına veya tamamına karşılık olarak, yeniden örgütlenen şirkete ait bir miktar ortaklık hissesi almalarıdır. Bu konudaki başka bir alternatif ise, şirketin bir bütün olarak ve işler halde bir üçüncü kişiye satmaktır. Ancak bu son ihtimal ABD'de pek başarılı olamamaktadır²⁸².

Yeniden yapılandırma prosedürü, genellikle, alacaklılar tarafından değil²⁸³, borçlu şirketin yöneticileri tarafından yapılan bir "iradi iflâs talebi" ile başlar. Bu talebin ve

²⁷⁹ **Konuralp, H.**, Uzlaşma Suretiyle Sermaye Şirketlerinin Yeniden Yapılandırılmasının Tarihi Gelişimi ve Amacı, Seminer, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.15 vd.); **Braun**, in: Braun, E., (hrsg), Insolvenzordnung, Kommentar, München, 2002, Vorbemerkung vor §§ 217 bis 269, Nr. 1; **Otte**, Karsten, in Kübler/Prütting (Hrsg.) InsO Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln 2002, § 217 Nr. 8; **Kemper**, Martin, Die U.S. –amerikanischen Erfahrungen mit Chapter 11, Ein Vergleich mit dem Insolvenzplan der neuen Insolvenzordnung, Frankfurt am Main 1995, s.3.

²⁸⁰ Bu konuda bkz. **Konuralp**, s. 15 vd.; Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak; Üstündağ, S., İflâs Hukuku, 6. Bası İstanbul 2002 kitabına 4949 ve 5092 sayılı kanun hükümleri göz önünde tutulmak suretiyle hazırlanmış olan EK, İstanbul 2004; **Hunkeler**, D., Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Freiburg 1996; **Kremer**, T., Unternehmensanierung in Frankreich, Köln 1994; **Haussermann**, Lutz, Sanierung der Aktiengesellschafts gemäß Chapter 11 des amerikanischen Bankruptcy Code aus schweizerischer Sicht, Zürich 1986, s. 34 vd.; Terhart, Peter, Chapter 11 Bankruptcy Code: Eine Alternative Für Deutschland? Frankfurt am Main 1995.

²⁸¹ Bu konuda bk. **Flessner, Axel**, Sanierung und Reorganisation, Insolvenzverfahren für Grossunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung, Tübingen 1982, s. 33 vd. (özellikle bu sistemin ABD'de ortaya çıkışı ve uğradığı değişiklikler konusunda); **Haussermann**, s. 51 vd.; **Kemper**, s. 4 vd.; **Westbrook, Jay**, L. (Çev. Budak, Ali Cem), ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu – Şirketlerin "Going Concern" olarak Alacaklılara Karşı Korunması, Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak, s. 10 vd.; **Konuralp**, s. 15.

²⁸² **Terhart**, s. 15; **Westbrook**, s. 12.

²⁸³ Şüphesiz alacaklıların da şirketi iflâsa zorlama yetkisi vardır. Ancak, alacaklılar bu yetkilerini alacakları iflâs dışı yollardan da garanti altına aldığı için çok nadir olarak kullanırlar (**Westbrook**, s. 10; **Terhart**, s. 58 vd. ve 70 vd.).

yeniden yapılandırma prosedürünü en önemli özelliği, doğrudan doğruya talebin yapılmasıyla, mahkemenin kararına ihtiyaç duymaksızın şirket aleyhine açılan bütün takipler ile davaların durmasıdır. Duracak olan takiplere rehinin paraya çevrilmesiyle yolu ile takipler de dahildir²⁸⁴. Borçlu veya eğer bir şirket söz konusu ise şirketin yönetim kurulu, yeniden yapılandırma prosedürü süresince de genellikle görevlerine devam eder. Başka bir ifade ile, yeniden yapılandırma prosedürü içinde, kural olarak borçlu işin başında kalmaya devam eder. Ancak, bu süre zarfında borçlu veya borçlu şirket yönetim kurulu bir yediemin borçlu (debtor in possession) konumunda ve iflâs mahkemesini denetimi altındadırlar²⁸⁵. İstisnaen bu görev iflâs idare memurlarına da verilebilmektedir²⁸⁶. Yeniden yapılandırma talebinde bulunmak için hiçbir ön şart bulunmamaktadır. Ancak, talebin makul bir başarı şansı olması ve kötüniyetle yapılmamış olması gerekir. Aksi takdirde, erken bir zamanda reddedilebilir²⁸⁷.

Yeniden yapılandırma prosedürünün en önemli aşaması, yeniden yapılandırma planıdır. Bu planda alacaklıların alacaklarını ne oranda, nasıl ve ne zaman verileceği, şirketin varlığını sürdürebilmesi için, hangi tedbirlerin alınacağı yer alır. Planda sık görülmemekle birlikte işletmenin satılması da öngörülebilmektedir. Alacaklılar, çoğu kez yeniden örgütlenme sonucunda şirkette pay sahibi olurlar. Eski pay sahipleri de sahip oldukları payların en azından belli bir kısmını korurlar. Bu plan alacaklılar ve hisse senedi sahiplerinin oyuna sunulmaktadır. Planın alacaklıların belli bir çoğunluğu tarafından kabul edilmesi yeterlidir. Alacaklıların korunması için planın tasdiki için iki şart öngörülmüştür. Buna göre, ilk olarak planın kabulü için, alacaklıların şirket tasfiyesi sonucunda alacakları orandan daha az bir oran almaları gerekir. İkinci olarak, mahkemenin planın başarı şansı olduğuna kanaat getirmesi gerekir. İlk şart için alacaklıların itirazı gerekli iken, ikinci şartı mahkeme kendiliğinden dikkate alacaktır²⁸⁸.

Almanya'da yeni Aciz Kanunu 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu Kanun ile, konkordato kanunu ve iflâs kanunu yürürlükten kaldırıldı. Böylece bu iki kanun tek bir kanunda birleştirilmiş oldu. Bu Kanunun hazırlık çalışmaları ta 1978 yılına kadar gitmektedir. Bu yıllarda Almanya'da özellikle petrol krizinden sonra iflâs olayları ciddi şekilde artmıştır. Açılan iflâs davalarında ise, ciddi sorunlar ortaya çıkıyordu. Gerçekten, açılan iflâs takiplerinden dörtte üçü masa mevcudunun yetersizliğinden dolayı tatil ediliyor; geriye kalanların da %10'u yine iflâs masasının yetersizliğinden

²⁸⁴ **Kemper**, s. 89 vd.; **Westbrook**, s. 13.; **Konuralp**, s. 18. Bu sistemin en göze çarpan yönlerinden birisi de şudur: Alacaklılardan birisi, iflâs talebine rağmen, yani iflâs talebinin bulunduğu ve dolayısıyla takiplerin durduğunu bilmesine rağmen, buna uymayarak borçlu aleyhine takip yaparsa, hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (**Westbrook**, s. 15). Ancak, belli şartlar altında duran takiplere devam edilmesi mümkündür.

²⁸⁵ Bu konuda lehte ve aleyhteki görüşler için bkz. **Kemper**, s. 58 ve 59.

²⁸⁶ **Westbrook**, s. 26; **Kemper**, s. 62 vd.

²⁸⁷ **Westbrook**, s. 26.

²⁸⁸ Bkz. **Kemper**, s. 166 vd.; **Haussermann**, s. 173 vd.; **Westbrook**, s. 22; **Terhart**, s. 128 vd.

dolayı erkenden kapanıyordu. Bu husus öyle bir duruma gelmişti ki, Almanya'da iflâsın iflâsı kavramı konuşulmaya başlanmıştı²⁸⁹. İşte, kısaca belirtilen bu sakıncaların ortadan kaldırılması için, yeni bir kanun hazırlandı ve yürürlüğe girdi.

Bu yeni kanunun konumuzu ilgilendiren yönlerini çok kısaca şu şekilde özetleyebiliriz. Borçlu için üç tane ihtimal söz konusudur; Bunlar, tasfiye (Liquidation), yeniden yapılandırma (Sanierung) ve mevcudun terki suretiyle yapılandırma (Übertragende Sanierung)²⁹⁰. Bu yolların nasıl kullanılacağı Kanunda düzenlenmiştir. Ancak, bu yollardan birisini kullanmak isteyen taraflar mutlaka Aciz Kanunundaki hükümlere bağlı kalmak zorunda değildiler. İsterlerse düzenleyecekleri bir plan ile bu üç yolu kural olarak kanundaki hükümlere bağlı kalmadan da kullanabilirler. Buna göre, Alman hukukunda plan sadece yeniden yapılandırma için geçerli olan bir araç değildir. Aynı zamanda, mevcudun terki suretiyle yapılandırma ve tasfiye için de kullanılabilir. Buna göre, yeniden yapılandırma planının yanında, bir tasfiye planı ve mevcudun terki suretiyle planından da bahsedilebilir²⁹¹. Şüphesiz, plan daha çok yeniden yapılandırma prosedürü için anlam ifade etmektedir. Kanun, planın içeriği konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Türk hukukunda olduğu gibi, sadece usule ilişkin bazı düzenlemeler koymuş, bunun nasıl doldurulacağını taraflara bırakmıştır²⁹².

Plan iki bölümden oluşmaktadır. Bir bölümde (Darstellender Teil), borçlunun malvarlığı, borçların nasıl karşılanacağı, alacaklıların nasıl tatmin edileceği, tasfiye, yeniden yapılandırma veya malvarlığının terki suretiyle yapılandırma kurumlarından hangisinin tercih edileceği belirtilir²⁹³. Diğer bölümde ise (Gestaltender Teil), hazırlanan plan ile, ilgililerin hukuki durumlarının nasıl bir değişikliğe uğrayacağı belirtilir. Buradaki ilgililerden kasıt, Aciz alacaklıları, tercih hakkına sahip alacaklı (absonderungsberechtigten Gläubiger) ve borçludur²⁹⁴. Alacaklılar gruplara ayrılabilir. Ancak, tercih hakkına sahip alacaklılar ile işçiler için mutlaka grup oluşturulması gerekir. Aynı grupta bulunanlara eşit davranılması gerekir. Bununla birlikte, alacaklılar başka bir uygulamayı da kabul edebilirler (226, I, I InsO).

Plan için sadece borçlu veya aciz memuru başvurabilir (218 InsO). Plan, aciz mahkemesine sunulur. Plan aciz başlangıçta sunulabileceği gibi, son duruşmaya kadar da sunulabilir. Mahkeme bazı şartların gerçekleşmesi halinde planı hemen reddedebilir (231 InsO). Mahkeme, planın hemen reddedilmesi gerektirecek bir durumun bulunmadığını saptarsa, planı alacaklıların onayına sunar. Planın kabulü için, bütün alacaklı grupları tarafından ve her bir gruptaki alacaklı sayısı ve alacak oranının çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerekir. Bir tek alacaklı grubu bile

²⁸⁹ Bkz. **Bork**, R., Einführung in das Insolvenzrecht, 3. neue bearbeitete Auflage, Tübingen 2002, s. 4 vd.; **Kissner**, in: Braun, E., (hrsg), Insolvenzordnung, Kommentar, München, 2002, vor 1, Nr. 10 vd.; **Pape, G./Uhlenbruck, W., Insolvenzrecht, München 2002, s. 20 vd.; 31;**

²⁹⁰ **Pape, G./Uhlenbruck, W.,** , s. 65; Bork, s. 2 vd.

²⁹¹ **Uhlenbruck**, W., Das neue Insolvenzrecht, Herne/Berlin 1994, s106; Bork, s. 153.

²⁹² **Bork**, s. 154.

²⁹³ **Smid**, S., Grundzüge des Insolvenzrechts, München 2002, s. 398; Bork, s. 154, 155.

²⁹⁴ **Bork**, s. 156.

kabul etmezse, plan reddedilmiş sayılır. Kural böyle olmakla birlikte, bütün gruplarca kabul edilen bir planın sadece bir tek grubun olumsuz davranmasıyla akamete uğramaması için, hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi (Obstruktionsverbot) kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre, planı kabul etmeyen alacaklılar, plan ile planın olmadığı durumdan daha kötü bir duruma düşmemelerine ve kendilerine hakkaniyete uygun bir pay da verilmesine rağmen, planı reddetmişlerse, bu tavırları planın geçerli olmasına etki etmeyecektir (245 InsO). Planın geçerli olması için, kural olarak alacaklıların yanında borçlunun da planı kabul etmesi gerekir (247 InsO)²⁹⁵. Son olarak, alacaklı ve borçlu tarafından kabul edilen planın mahkeme tarafından da onaylanması gerekir (248 InsO).

2. TÜRK HUKUKUNDA ZOR DURUMDAKİ İŞLETMELERİN KURTARILMASINI SAĞLAYAN KURUMLAR

5092 sayılı Kanun ile İcra ve iflâs Kanuna eklenen Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılması Kurumunu incelemeyen önce, Türk hukukunda zor durumda olan şirketlerin (veya işletmelerin) kurtarılmasına yönelik başka araçların bulunup bulunmadığı konusu üzerinde de kısaca durmakta yarar vardır²⁹⁶.

İcra ve İflâs Kanunumuzda işletmelerin kurtarılması veya iflâsın önlenmesi denince ilk akla gelecek kurumların başında şüphesiz konkordato gelmektedir. Ancak, konkordatonun bu amaca pek fazla hizmet edemediği zaman içinde ortaya çıkan uygulamalardan anlaşılmuştur²⁹⁷. Bu nedenle, 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunumuzun konkordatoya ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapıldı. Ancak, bu değişikliklerden bir kısmı ile konkordato kurumu maalesef işlemeyecek hale geldi. Gerçekten, teknik komisyon, konkordato mülletini 6 ay ve bir yıl uzatma ile birlikte toplam 18 ay olarak teklif etmişti. Buna paralel olarak da konkordatonun tasdik kararının da müllet içinde verilmesi gerektiği öngörülmüştü. Ancak TBBM komisyonunda, müllet 2 ay artı 3 ay uzatma toplam 5 ay olarak değiştirildi. Bu

²⁹⁵ İstisnalar için bkz. § 247 II InsO.

²⁹⁶ Bu arada ülkemizde idarî düzenlemelerle de şirketlerin kurtarılmasına yönelik tedbirlerin alındığını belirtmek gerekir. Bu konuda daha önce, 3332 sayılı Şirket Kurtarma Kanunu çıkartılmıştı (Bu bkz. **Üstündağ**, S., Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Alacakların Cebri İcra Yolu Tahsili – Yürürlükten Kaldırılmış Olan 3332 sayılı Şirket Kurtarma Kanunu ve Başarısızlık Sebepleri, Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak, s. 157 vd.). Bu Kanunun yürürlükten kaldırılmasından sonra, bu defa 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (31.01.2002 tarih ve 24657 –Mükerrer- sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır) ile sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır (Bkz. Ayrıca, **Konuralp**, s.13 vd.).

²⁹⁷ Bu konuda bkz. **Öztek**, Selçuk, Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkânlar, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak, s. 242 vd.

arada, İİK m. 296 değiştirilmediği için, toplam bu beş aylık süre içerisinde konkordatonun tasdik kararının da verilmesi gerekir. Bu da çok kısa olduğundan, konkordato kurumu artık tercih edilmeyen bir kurum haline gelmeye başlamıştır. İflâsın ertelenmesi gibi çok daha ucuz ve kolay bir yol varken kimse artık konkordatoyu tercih etmemektedir²⁹⁸.

Bu arada, aynı Kanun ile hukukumuzda malvarlığının terki suretiyle konkordato kurumu da getirildi (İİK m.309a/a vd.).

Bu konudaki bir diğer kurum çok az bilinen İcra ve İflâs Kanunumuzun 317 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan fevkalade hâllerde mühlet ve tatil kurumudur²⁹⁹. Bu kurum, bakanlar kuruluna devamlı ekonomik kriz halinde başvuran borçlular aleyhine icra takibi yapılmamasını kararlaştırma imkânını vermektedir. Ancak, siyasi iktidarlar hiçbir zaman devamlı ekonomik kriz olduğunu kabul etmedikleri ve etmeyecekleri için, bu kurum şimdiye kadar pek uygulama alanı bulamamıştır³⁰⁰.

Zor durumdaki şirketlerin iflâs etmesini engelleyen bir diğer kurum iflâsın ertelenmesi kurumudur³⁰¹. İflâsın ertelenmesi, ilk önce Türk Ticaret Kanununun 324. maddesinde düzenlenmişti. Burada icra ve iflâs prosedüründen ziyade bir ticaret hukuku prosedürü söz konusudur. Ancak, 4949 sayılı Kanun ile iflâsın ertelenmesi İcra ve İflâs Kanununda da düzenlendi (İİK m. 179, 179/a ve 179/b). Buna göre, bir sermaye şirketini veya kooperatifi idare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya bir alacaklı idare ve temsil ettikleri veya alacaklı olduğu şirket veya kooperatifin borçlarının aktifinden fazla olduğunu (yani şirket veya kooperatifin borca batık olduğunu) yetkili ticaret mahkemesine bildirmekle beraber, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bir iyileştirme projesini mahkemeye sunara iflâsın ertelenmesini isteyebilirler. Mahkeme projeyi ciddi ve inandırıcı bulursa iflâsın ertelenmesine karar verir. Düzenlemenin ilk halinde erteleme süresi iki yıl ile sınırlandırılmıştı. 5092 sayılı Kanun ile bu süre toplam beş yıla çıkartıldı. Hatta uygulamada uzatmalarla bu sürenin daha da uzayabildiği de gözlemlenmektedir. İflâsın ertelenmesi, borçlu şirkete yaklaşık beş yıl süre ile koruma sağladığı (aleyhinde icra takiplerini kural olarak durdurduğu) için, uygulamada konkordatoyu gölgede bırakarak sıkça başvuru alan, ancak kötüniyetli borçlular tarafından kullanıldığı iddiasıyla da çokça tartışılan bir kurum haline gelmiştir.

²⁹⁸ **Öztek**, S., İcra ve İflâs Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, Seminer, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.44; **Pekcantez**, H., İflâsın Ertelenmesi, İBD C. 79, 2005/2, s. 324 vd.

²⁹⁹ Bu konuda bkz. **Yılmaz**, E., Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması (Batider 1977/IX/1, s. 153 vd.); **Kiraz**, T., Fevkalâde Mühlet ve Tatil (Manise BD 2000/2, s. 2 vd.).

³⁰⁰ **Öztek**, s. 241.

³⁰¹ **Pekcantez**, iflâsın ertelenmesi, s. 324 vd.; **Atalay**, O., İflâsın Ertelenmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağanı, Ankara 2004, s. 49 vd.

İlginçtir, Kamuoyunun görüşlerine sunulan Türk Ticaret Kanunu tekrar iflâsın ertelenmesini düzenlemiş ve erteleme süresini uzatmalar dahil üç yıl ile sınırlamıştır (Türk Ticaret Kanunu Tasarı m. 377).

3. 5092 SAYILI KANUN İLE İCRA VE İFLÂS KANUNA EKLENEN SERMAYE ŞİRKETLERİ İLE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI KURUMU

A- GENEL OLARAK

Yukarıda da izah edildiği gibi, bir çok batılı ülkede işletmelerin ödeme gücü sorunu, bu işletmeleri tasfiyeden kurtarıp, yeniden yapılandırmak suretiyle ülke ekonomisinin hizmetine sokmak şeklinde aşmaya çalışılmıştır. Buna karşılık, ülkemizde bu sorun son yıllara kadar, alacaklıların tahsilinde karşılaşılan güçlükler sorununa indirgenmiştir. Türk kanun koyucusu, son yıllara kadar sözü edilen bu sorunu, alacaklıların (ve özellikle kredi kurumlarının) alacaklarını zorla tahsil etmelerine ilişkin icra ve iflâs hukuku hükümlerinin "alacaklı taraf" lehine değiştirilmesi ile aşabileceğini düşünmüş, borçlu işletmelerinin kurtarılması ve yeniden yapılandırılması suretiyle ekonomiye kazandırılması düşüncesini fazla önemsememiştir³⁰². Bu yaklaşımın uzun vadede başarılı olamadığı gözlemlendikten sonra, son yıllarda işletmelerin kurtarılması ve ekonomiye yeniden kazandırılması için de düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Gerçekten, önce, 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanuna, iflâsın ertelenmesi ve mevcudun terki suretiyle konkordato kurumu getirildi. Daha sonra, 5092 sayılı Kanun ile sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılması kurumu İcra ve İflâs Kanununa eklendi. Son olarak, 17.04.2004 tarihli Resmi Gazetede Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik yayımlandı ve yürürlüğe girdi.

Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin alacaklılarıyla uzlaşarak borçlarını ve gerekiyorsa yönetim yapılarını yeni şartlara uygun duruma getirmek suretiyle faaliyetlerine devam etmelerine imkan sağlayan hukuki kuruma uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma diyoruz³⁰³. Bu kurum, her ne kadar Kanunda, konkordato hükümlerini izleyen maddelerde düzenlenmiş ise de, konkordatonun bir türü olmadığı gibi, külli bir takip ve tasfiye usulü de değildir.

³⁰² Bu konuda bkz. **Üstündağ, şirket kurtarma**, s. 151 vd.; **Üstündağ, S.**, İcra ve İflâs Kanununun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990, s. 32 vd.; **Budak**, Ali Cem, İcra ve İflâs Kanununda Borçlu Aleyhine Yapılan Değişiklikler, Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkânlar, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cem Budak, s. 315 vd.

³⁰³ **Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin, Ö. M./Özekes, M.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2004, s. 431; Atalay, O., Yeniden Yapılandırma Projesi, Seminer, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.22 vd.).

Burada, muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen ya da bu hallerden birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan bir sermaye şirketi veya kooperatif, bir yeniden yapılandırma projesi hazırlamakta ve bu projeyi alacaklıların onayına sunmaktadır. Hazırlanan bu proje alacaklıların belli bir çoğunluğu³⁰⁴ tarafından kabul edilirse, borçlu, kabul edilen bu proje ile muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine yeniden yapılandırma için başvurabilmektedir. Mahkeme gerekli şartların gerçekleştiğini tespit ederse, yeniden yapılandırma planını onaylamaktadır.

B- YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN HAZIRLANMASI

Mali durumu bozulan ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmadan yararlanmak isteyen bir sermaye şirketi veya kooperatif, borçlarını hangi şartlarda ödeyeceğini, bu ödemeyi sağlayacak finansal imkânları nasıl elde edeceklerini, işletmesinde ve yönetiminde ne gibi değişiklikler yapacağını, mali bünyenin güçlendirilmesi, verimlilik ve kârlılık için hangi tedbirleri alacağını hazırlayacağı bir yeniden yapılandırma projesi ile ortaya koymalıdır. Borçlu, işletmesinin tekrar yaşayabilecek duruma gelmesi için gerekli olan tedbirleri alacağını göstermelidir. Bu bağlamda, borçlu, meselâ, işletmesinin belli bir bölümünü kapatabilir, çalışanların sayısını azaltabilir veya onlarla yapmış olduğu iş sözleşmelerini yeniden müzakere edebilir, işletmesini kısmen veya tamamen devredebilir, diğer bir şirket ile birleşebilir, işletmenin yönetimini değiştirebilir, borçlarının vadelerini uzatabilir, faiz oranlarını değiştirebilir (İİK m. 309n/5).

Yeniden yapılandırma projesinde bazı alacaklılar proje kapsamı dışında bırakılabilir. Bu durumda bu alacaklıların borçlarında hiçbir değişiklik olmaz. Bunlar, borçlarını daha önce kararlaştırılan oranda ve tarihte alırlar. Talepte bulunacak şirket, projeye dahil ettiği alacaklılar³⁰⁵ arasında da eşit davranmak zorunda değildir. Sadece, aynı grupta yer alan alacaklılar arasında eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Buna göre, projede alacaklılar farklı gruplara ayrılıp, bunların her birisine ayrı ödeme teklifleri yapılabilir.

I- Yeniden Yapılandırma Projesinin İçeriği (m. 309n)

Borçlu tarafından hazırlanan ve asliye ticaret mahkemesine sunulacak yeniden yapılandırma projesi, aşağıdaki hususları içermelidir:

³⁰⁴ Burada aranan çoğunluk, projeden etkilenip oylamaya katılan alacaklıların sayı itibarıyla en az yarısını aşan ve oy kullanan alacaklıların alacaklarının en az üçte ikisini oluşturan ve projenin kabulü için gerekli olan çoğunluğu ifade eder. Projenin birden fazla alacaklı sınıfı içermesi hâlinde, her alacaklı sınıfının kendi içinde projeyi gerekli çoğunluk ile kabul etmiş olması gerekir (m. 309m, III).

³⁰⁵ Bunlara Kanun "projeden etkilenen alacaklılar" diyor. İİK m. 309m, III'e göre, "projeden etkilenen alacaklılar" terimi, yeniden yapılandırma projesi ile alacakları, hakları veya menfaatleri yeniden yapılandırılacak alacaklıları ifade eder.

1- Projeden etkilenen alacaklıların tâbi olacağı koşullar ve benzer alacaklara sahip olan alacaklılar arasında eşitliğin ne şekilde sağlanacağı.

2- Projenin, borçlunun taraf olduğu sözleşmelere etkisi.

3- Projenin, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi.

4- Borçların yeniden yapılandırılması için gerekli görülüyorsa, borçlunun kredi gibi finansman kaynaklarına başvurup başvurmayacağı.

5- Borçlunun işletmesinin kısmen ya da tamamen devri, diğer bir şirket veya şirketlerle birleşmesi, sermaye yapısının veya ana sözleşmesinin değiştirilmesi, borçlu işletmenin yönetiminde yer alacak kişilerin belirlenmesi, borçların vadelerinin uzatılması, faiz oranlarının değiştirilmesi, menkul kıymet ihracı gibi projenin uygulanabilirliğini sağlayabilecek yöntemler.

Görüldüğü gibi, Kanunda projenin uygulanabilmesi için başvurulabilecek bazı yöntemler örnek kabilinden sayılmaktadır. Borçlu, burada sayılan yöntemlerin dışında işletmenin zor durumdan kurtulabilmesi için gerekli başka tedbirlere de başvurabilecektir.

6- Tasdik kararından sonra projenin uygulanmasının kim tarafından ve nasıl denetleneceği.

7- Projeyi reddeden alacaklının alacağına, bu alacaklı projede kendi sınıfı için öngörülen haktan daha azını açıkça kabul etmediği sürece, nitelik itibarıyla benzerlik gösteren alacaklarla eşit muameleye tâbi olacağı.

Hukukî nitelikleri büyük ölçüde birbirine benzer olan alacakların aynı sınıfta yer almaları şartıyla, proje, alacaklıları birden fazla sınıf içerisinde gruplandırabilir.

Yeniden yapılandırma projesinin içeriğini düzenleyen İİK m. 308n'deki hükümler incelendiğinde, yeniden yapılandırmanın unsuru olarak şirket değil, işletmenin esas alındığını görmekteyiz. Başka bir ifade ile, burada önemli olan işletmenin sahibinin korunması değil, işletmenin kendisinin korunması ve yaşatılmasıdır. Bu nedenle, işletme devir veya birleşme suretiyle el değiştirebilecek, ancak, mevcudiyetini sürdürebilecektir. Bu düşünce de Türk hukuku bakımından yenidir. Zira, başka tedbirlerde, meselâ iflâsın ertelenmesinde tüzel kişiliğin (şirketin) kendisinin korunması esas alınmıştır³⁰⁶.

II- Projeden Etkilenen Alacaklıların Belirlenmesi (YYön. m. 5)

Borçlu bütün alacaklılar ile yeniden yapılandırma projesi yapmak zorunda değildir. Yapacağı anlaşmada bazı alacaklıları projenin dışında bırakabilir. Başka bir ifade ile, borçlu, alacaklılardan sadece bir kısmı ile yeniden yapılandırma anlaşması yapabilir. Borçlu, projeyi müzakere edeceği ve projenin kabulü için oylarına başvuracağı ala-

³⁰⁶ **Atalay**, s. 24.

acaklıları ilgili kanun ve yönetmelikte yer alan hükümlere uymak koşulu ile serbestçe belirler. Müzakerelere davet edilen alacaklılar, "projeden etkilenen alacaklılar" sayılır.

Borçlu, müzakerelere davet ettiği alacaklılara, projeden etkilenen ve etkilenmeyen tüm alacaklıların listelerini gönderir; sınıflandırma yapılacak ise, projeden etkilenen her bir alacaklının yer almasını öngördüğü sınıfları da listede gösterir. Bu listede, etkilenen alacaklılar ile nitelik itibarıyla büyük ölçüde benzer olan ancak projeden etkilenmeyen alacaklılar da gösterilir.

III- Alacakların Sınıflandırılması (YYön m. 6)

İcra ve İflâs Kanununun 309/n maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, projede birden fazla alacak sınıfı yer alabilir. Sınıflar, alacağın niteliğine göre tespit edilir. Buna göre, borçlu hazırlayacağı projede, alacaklılarını gruplara ayırarak her gruba farklı ödeme teklifinde bulunabilir. Ancak, bu ödemeleri mümkün kılacak finansal ve yapısal yeniden yapılandırma yöntem ve tedbirlerine ilişkin kısmı tüm alacaklılar için aynı olmak zorundadır. Bunun dışında YYön m. 6'da alacaklıların sınıflandırılmasında esas alınacak ilkeler düzenlenmiştir. Buna göre:

- 1- Esas itibarıyla benzer alacaklar aynı sınıfta gösterilir. Benzer alacakların farklı sınıflar içerisinde yer alabilmesi için kabul edilebilir ekonomik veya ticari sebepler bulunmalıdır.
- 2- Bir alacaklı, alacaklarının niteliği gereği birden fazla alacaklı sınıfında yer alabilir ve niteliği farklı olan her bir alacağı için proje üzerinde ayrı ayrı oy kullanır.
- 3- Projeden etkilenen alacaklıların teminatlı ve teminatsız alacaklılardan oluşması halinde, projede teminatlı ve teminatsız alacaklılar için ayrı sınıflar bulunmalıdır.
- 4- Bir alacağın teminat altına alındığı rehinli malın üzerinde başkaca bir rehin veya başka bir mükellefiyetin bulunmadığı durumlarda o alacak için ayrı bir sınıf oluşturulabilir.
- 5- Bir alacağın birden fazla rehin ile teminat altına alındığı veya aynı malların üzerinde başka rehinlerin bulunduğu hâllerde, bu alacak aynı anda farklı sınıflar içerisinde değerlendirilebilir. Ancak bu alacağın tâbi olacağı şartlar, o sınıftaki diğer tüm teminatlı alacakların öncelik ve dereceleri açısından hakkaniyete uygun olmalıdır.
- 6- Birden çok alacak tek bir mal ile teminat altına alınmış ise, alacakları bu mal ile temin edilmiş olan tüm rehinli alacaklar aynı sınıfta yer alır.
- 7- Rehlinli mal üzerinde uygun surette yapılan değer tespiti sonucu rehinli malın değeri teminatlı bir alacağın yalnızca bir kısmını karşılıyor ise rehinle karşılanmayan kısım teminatsız alacak olarak sınıflandırılır.

Proje aynı sınıfta olup da etkilenen alacaklılar arasında ayırım veya hakkaniyete uygun olmayan çözüm içeremez. Şu kadar ki, ayırımdan veya hakkaniyete uygun olmayan çözümden etkilenen alacaklıların tümü bu durumu açıkça kabul edebilir.

IV- Alacaklıların Bilgilendirilmesi Usûlü

1- Bilgilendirilme (YYYön m. 7)

İcra ve İflâs Kanununun 309/o maddesinin (5) numaralı bendi uyarınca borçlu yeniden yapılandırma projesinin onaylanması için mahkemeye başvururken, projenin alacaklılar tarafından kabul edilmesinden önce, projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine imkan sağlayacak ölçüde bilgilendirilmiş olmaları gerekir. Bunun için borçlunun, alacaklılara bu konuda gerekli bilgi ve belgeleri göndermiş olması gerekir. Alacaklılara bu bağlamda gönderilmesi gereken belgeler YYYön m. 7'de düzenlenmiştir. Sözü edilen hüküm incelendiğinde, bu konuda oldukça ayrıntılı bir düzenlemenin olduğu görülmektedir. Bu da, yeniden yapılandırma kurumunun ne kadar zor ve masraflı olduğunu ortaya koymaktadır.

İİK m. 309o/5'e göre, bilgilendirilmenin uygun araçlarla yapılması gerektiği ifade edilmekte; uygun araçlara örnek olarak da iadeli taahhütlü mektup ile noter ihbarnamesi gösterilmektedir.

YYYön m. 7'ye göre, alacaklılara gönderilmesi gereken belgeler şunlardır:

- a) İcra ve İflâs Kanununun 309/n maddesindeki unsurları içeren ve borçlu tarafından usulüne uygun olarak imzalanmış ve mühürlenmiş proje, alacaklıların bu proje çerçevesinde tâbi oldukları şartları gösteren beyan ve borçlunun bu projeyi akdetmeye yetkili olduğunu ispatlayan evrak,
- b) Bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde sayılan veya mevcut en son finansal tablolar ile yeniden yapılandırılan işletmeye ilişkin finansal tahminleri gösteren bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış rapor özeti,
- c) Bu Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre hazırlanmış iflâs analiz raporu özeti,
- d) Alacakların sebeplerini, niteliğini ve miktarını sınıflarına göre ayrı ayrı gösteren alacaklı listesi veya listenin dağıtım için fazla kabarık olması durumunda özeti,
- e) Projeden etkilenen ve etkilenmeyen tüm alacaklıları gösteren, etkilenen alacaklılar ile nitelik itibarıyla büyük ölçüde benzer olup da projeden etkilenmeyen alacaklıları da kapsayan, borçlunun etkilenen alacaklıların proje dahilinde ellerine geçecek miktarın da yer aldığı bu Yönetmeliğin 5 inci maddesi uyarınca hazırlanmış bir çizelge,
- f) İşletmeyi finansal zorluğa düşüren faktör ve nedenleri gösteren açıklama,
- g) Yeniden yapılandırma yoluyla finansal darboğazı atlatmaya yönelik stratejiyi gösteren plân,
- h) Projenin uygulanmasına yönelik şartlar,
- i) Gerekli finansmanın temin edilebileceğine ilişkin beklentiler ve şartları,
- j) Vergi yükümlülükleri,

k) Projenin başarısız olmasına yol açabilecek ekonomik, siyasi, hukuki, ticari vergi riskleri gibi riskler ve engeller,

m) Yönetmeliğin 11 inci maddesi uyarınca hazırlanmış oylama davetiyesi.

2- Mali Durumu Gösterir Belgeler (YYÖn m.8)

Borçlu, alacaklıları bilgilendirmek üzere, Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca alacaklılarına aşığıdaki rapor ve tabloları gönderir ve bunları İcra ve İflâs Kanununun 309/o maddesinin ikinci fıkrası uyarınca asliye ticaret mahkemesine yapacağı başvuruda ayrıntılı bilanço, gelir tablosu ve defterlerinin vaziyetini bildiren cetvele ek olarak sunar:

a) En son denetçi veya denetim kurulu raporu. Eğer rapor yoksa, şirketin neden denetlenmemiş olduğuna ilişkin borçlu tarafından düzenlenen rapor.

b) Başvuruda bulunan borçlu, ilgili mevzuat gereğince bağımsız dış denetim yaptırmak zorunda ise son denetime ilişkin rapor.

c) Son üç yıla ait finansal tablolar. Şirket veya kooperatif üç yıldan daha kısa bir süre önce kurulmuşsa, kuruluşundan itibaren düzenlenen tüm finansal tablolar.

d) Borçlunun aktiflerinin durumu gösteren ve aktifinde yer alan her bir mal veya mal grubunun tarifini, defter değerini, tahmini piyasa değerini, değerlemede temel alınan usul ve esasları, üzerinde bulunan rehin hakkını veya üçüncü kişinin zilyetliğinde olanları ve rehinli alacaklıların veya üçüncü kişi zilyetlerin adlarını ve adreslerini de içeren karşılaştırmalı bir değerlendirme tablosu.

3- Fizilibite ve İflâs Analizi (YYÖn m. 9)

Alacaklılara gönderilecek diğer bilgi ve belgelere eklenmek üzere, bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından, projenin uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı bir analiz raporu hazırlanır. İflâs analizi raporu hazırlanırken aşığıdaki hususlar da dikkate alınır :

a) En son denetim raporları,

b) Nakit akışına ilişkin tahminler,

c) Kâr tahminleri,

d) Yeniden yapılandırma sürecinde sağlanacak finansman,

e) Yönetimin plan ve tahminlerinin makul olup olmadığı,

f) Yönetimin yetkinliği,

İflâs analizi raporunda ayrıca projeye göre alacaklıların ellerine geçecek miktar ile borçlunun iflâsı halinde ellerine geçmesi beklenen muhtemel miktar da karşılaştırmalı olarak gösterilir.

C- PROJENİN OYLANMASI

I- Genel Olarak

Borçlu, yukarıda belirtilen projeyi ve ilgili belgeleri uygun vasıtalarla alacaklıların bilgisine sunarken, aynı zamanda projeyi kabul edip etmeyeceklerine de karar vermelerini ister.

Borçlu, proje hakkındaki oylamayı mektup ile veya alacaklıları davet etmek suretiyle yapabilir.

Her iki durumda da borçlunun projeden etkilenen alacaklılardan hepsini ayrı ayrı oylama davetiyesiyle oylamaya çağırması gerekir. Oylama davetiyesinin alacaklıların proje hakkında karar vermelerine ve zamanında oy kullanmalarına imkan verecek şekilde oylama tarihinden makul bir süre önce gönderilmesi gerekir (YYYön m. 10).

Oylama davetiyesinin içeriği YYYön m. 11'de düzenlenmiştir. Buna göre, oylama davetiyesi alacaklının alacağı sınıfını ve miktarını, oylamanın posta yolu veya bu amaç için yapılacak bir toplantıda gerçekleşeceğini, oylamaya ilişkin usulü, hangi tarihe kadar oy verilebileceğini, oylama görevlisinin adını ve unvanını ve davetiye eklenen tüm belgelerin bir listesini içerir.

Borçlunun oylama için toplantı yapmayı öngördüğü hallerde, toplantının günü, saati ve yeri davetiyede açıkça belirtilir. Borçlu, oylama için toplantı yapılmasını öngörmediği takdirde, alacaklıların, hangi tarihe kadar ve ne suretle oy kullanabilecekleri davetiyede açıkça belirtir.

Alacaklılar, proje üzerinde bizzat veya bir vekil aracılığıyla oy kullanabilirler. Davetiyede, tüm vekaletnamelerin Örnek-3'e uygun şekilde hazırlanması ve vekalet veren alacaklı ile vekilinin imza sirkülerinin form'a eklenmesi ve oylama görevlisine oy pusulası ile birlikte verilmesi gereği belirtilir.

Davetiyede, alacaklının toplantıya katılmaması veya süresi içinde davetiyede belirtilen usule uygun olarak oy kullanmaması durumunda, projenin tasdiki için gereken çoğunluğun hesabında dikkate alınmayacağı ve gerekli çoğunluk sağlandığı takdirde, oylama sonucu ile bağlı olacağı da ihtaren bildirilir.

Oylama davetiyesine eklenmesi gereken belgeler, YYYön m. 12'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, projeden etkilenen her bir alacaklıya oylama davetiyesi ile birlikte aşağıdaki belgelerin de gönderilmesi gerekir:

- a) İcra ve İflâs Kanununun 309/n maddesi uyarınca hazırlanmış proje,
- b) Bu Yönetmeliğin 7, 8 ve 9 uncu maddelerindeki usule göre hazırlanmış olan ve projeden etkilenen alacaklılara bildirilmesi gereken rapor ve belgeler,
- c) Oy Pusulası

II- Oylama Toplantısı

Borçlu, oylama toplantısı yapmaya karar verirse, projeden etkilenen tüm alacaklıların katılımını kolaylaştırmak amacıyla, toplantıyı etkilenen tüm alacaklılar için uygun olabilecek gün, saat ve yerde yapmalıdır.

Toplantıya gerekli nitelikleri haiz bir oylama görevlisi başkanlık eder. Oylama görevlisi borçlunun tayin edeceği bir noter veya alacaklılar yahut borçlu tarafından daha sonra İcra ve İflâs Kanununun 309/ö maddesi uyarınca proje denetçisi olarak görev yapmak üzere seçilmiş üçüncü bir kişi olabilir. Oylama görevlisi, hâzırûn cetvelini³⁰⁷ tutmak, oy pusulalarını toplamak, oylamanın sonucunu kâğıda dökmek ve asliye ticaret mahkemesine sunulacak olan oylama sürecini ve sonucunu gösteren raporu hazırlamak suretiyle oylama sürecini denetlemek ve idare etmekle yetkilidir.

Alacaklılar, proje üzerinde vekil aracılığıyla oy kullanabilirler. Bu durumda, düzenlenecek vekaletnamede, alacaklının ve vekilinin adı, soyadı, unvanı ve adresi yer alır. Vekaletnamenin, davetiyede belirtilen gün, saat ve yerde yapılacak toplantıda oylanacak yeniden yapılandırma projesine ilişkin olarak verildiğine dair açık bir ifade bulunmalıdır (YYYön m. 15).

Projenin kabul edilebilmesi için, projenin, projeden etkilenip oylamaya katılan alacaklıların sayı itibarıyla en az yarısını aşan ve oy kullanan alacaklıların alacaklarının en az üçte ikisini oluşturan bir çoğunluk tarafından uygun görülmesi gerekir. Projenin birden fazla alacaklı sınıfı içermesi hâlinde, her alacaklı sınıfının kendi içinde projeyi gerekli çoğunluk ile kabul etmiş olması gerekir (m. 309m. III). Burada akla şöyle bir soru gelebilir. Proje birden fazla alacaklı sınıfı içerir ve bu alacaklı sınıfları birisi dışında projeye onay vermez ise ne olacaktır? Bu durumda proje reddedilmiş mi sayılacaktır? Alman hukukunda bu konuda Obstruktionsverbot denilen bir kurumun mevcut olduğunu; buna göre, planı kabul etmeyen alacaklılar, plan ile planın olmadığı durumdan daha kötü bir duruma düşmemelerine ve kendilerine hakkaniyete uygun bir pay da verilmesine rağmen, planı reddetmişlerse, bu tavırları planın geçerli olmasına etki etmeyecektir (245 InsO)³⁰⁸. Her ne kadar İcra ve İflâs Kanununda bu konuda bir düzenleme yok ise de, Türk hukuku açısından da dürüstlük kuralı çerçevesinde benzer bir sonucun kabul edilmesi uygun olacaktır.

III- Posta İle Oylama

Borçlu, oylama için mutlaka alacaklıları toplamak zorunda değildir. İsterse, posta yolu ile de oylama yaptırabilir. Bu durumda borçlu, oylama davetiyesinde oyların gönderileceği adres ve oyların tebellüğ edileceği son tarih de açıkça belirtilmek

³⁰⁷ Hâzırûn Cetveli YYYön m. 14' düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hâzırûn cetvelinin; oylamaya katılan alacaklının adı veya unvanı, alacaklı vekil aracılığı ile oy kullanmışsa, vekilin adı, alacaklının alacağı miktarı, varsa, alacaklının alacağı dahil olduğu sınıf, ve alacaklının veya vekilinin imzasını içermesi gerekir.

³⁰⁸ Bkz. yuk. s.12.

zorundadır (YYYön m. 12). Bununla birlikte, Kuru'ya göre, posta yolu ile oylama kanunda öngörülmediği için, kanuna aykırıdır³⁰⁹.

Kendilerine yukarıda belirtilen şekilde yeniden yapılandırma projesi tebliğ edilen alacaklıların, projeyi kabul edip etmediklerini proje teklifi yapan borçlu şirketin belirlemiş olduğu süre içerisinde bildirmesi gerekir. Ancak, burada verilen süre hak düşürücü nitelikte bir süre değildir. Alacaklı, projenin tasdiki için mahkemeye başvurulmasına kadar bildirim yapılabilir. Verilen süre içinde veya projenin mahkemeye sunulmasına kadar açık bir şekilde onay verilmezse, proje reddedilmiş sayılır ve bu alacaklı gerekli çoğunluğun hesabında dikkate alınmaz ve gerekli çoğunluk sağlanırsa proje ile bağlı olacaktır. Bu şekilde, alacaklıların sürece katılmaları teşvik edilmiştir³¹⁰. Alacaklı, projeyi kabul yönünde oy kullanmışsa, bu beyanının, imzası ve tarihi noterlikçe onaylı bir tutanak ile yapılması gerekir.

Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğinin 10,11,12,13 ve 15 inci maddeleri posta yolu ile oylama usulü için de geçerlidir. Ayrıca, aslen oy kullanan alacaklı oy pusulasına noter onaylı imza sirkülerini de ekler.

Oylama görevlisi Yönetmeliğin 13 üncü maddesinde belirtilen usulde hâzırûn cetveli tutar ve cetvelin beşinci sütununa oyların alındığı tarihi kaydeder. Posta yolu ile oylama, ilgili diğer kanun ve yönetmeliklerdeki hükümler ile de uygunluk içerisinde gerçekleştirilir.

IV- Oylama Raporunun Hazırlanması

Oylama görevlisi İcra ve İflâs Kanununun 309/o maddesinin (8) numaralı bendi uyarınca, asliye ticaret mahkemesine oylama sürecine ilişkin ayrıntıların bildirilmesi amacıyla verilecek olan oylama sürecini ve sonucunu gösteren bir rapor hazırlar. Raporla Örnek-5'de yer alan bilgiler bulunur. Oylama görevlisi oylamaya ilişkin olarak uygun bulduğu diğer bilgilere de raporunda yer verebilir. Hâzırûn cetveli ile oy pusulaları rapora eklenir (YYYön m. 17).

D- YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN MAHKEMECE İNCELENMESİ, TASDİKİ VE TASDİKİN SONUÇLARI

I-Yeniden Yapılandırma İçin Başvurulması

Konkordatodan farklı olarak yeniden yapılandırma için, sadece sermaye şirketleri ile kooperatifler başvurabilir. Buna göre, anonim şirket, limitet şirket ve paylı komandit şirketler yeniden yapılandırma için başvurabilirler. Ancak, bankalar ve sigorta şirketleri (anonim şirket olmalarına rağmen) yeniden yapılandırma yoluna borçlu sıfatı ile başvuramazlar (m. 309t son fıkra). Aynı şekilde, konkordatoda olduğu gibi, gerçek kişi tacir veya tacir olmayan birinin bu yola başvurabilmesi mümkün değildir.

³⁰⁹ Kuru, B., İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 1355, dn. 11.

³¹⁰ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 439.

Yetkili ve görevli mahkeme, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir (n. 309m, I).

Burada üzerinde durulabilecek bir diğer konu, yeniden yapılandırmanın başka tedbirlerle de birlikte talep edilip edilemeyeceğidir. Meselâ, borca batık olan bir şirket (İİK m. 179'a göre, bu durumda iflâsın istenmesi zorunluluğu vardır), yeniden yapılandırma projesinin tasdikini, tasdik edilmezse iflâsın ertelenmesini ona da karar verilmeyecek olursa, iflâsına karar verilmesini terditli olarak ileri sürebilir mi? Teorik olarak bunun mümkün olduğu söylenebilir. Aynı şekilde, önce konkordato talep edip, daha sonra, alacaklılarla uzlaştıktan sonra yeniden yapılandırma veya iflâsın ertelenmesi kararını aldıktan sonra yeniden yapılandırma için talepte bulunabilmesi gerekir³¹¹.

Aşağıda ifade edileceği gibi, borçlu yeniden yapılandırma için başvurduğunda başlangıçta bir koruma görmeyecektir. Başka bir ifade ile, borçlu alacaklılara projeyi sunduğu anda, alacaklılardan gelen ihtiyati haciz veya icra takipleri ile karşı karşıya kalabilir. Yeniden yapılandırma prosedüründe tedbir, ancak, proje alacaklılara tarafından kabul edilip tasdik için mahkemeye başvurulduktan sonra söz konusu olabilir. Bu husus, yeniden yapılandırma sisteminin borçlu için belki de en zayıf tarafını oluşturmaktadır. Bu nedenle, buradaki tehlikenin ortadan kaldırılması için, yeniden yapılandırma ile iflâsın ertelenmesi birlikte düşünülebilir. Buna göre, İİK m. 179a'ya göre, borçları aktifinden fazla olan bir anonim şirket derhal durumu ticaret mahkemesine bildirirken, aynı zamanda yeniden yapılandırma yoluna başvuracağını belirterek, iflâsın ertelenmesini talep edebilir. Mahkeme iflâsın ertelenmesi kararını verecek olursa, şirket yeniden yapılandırma yoluna başvurabilir. Bu durumda yeniden yapılandırma ile iflâsın ertelenmesi birlikte yürüyebilir. Ticaret mahkemesi, iflâsın ertelenmesi talebini reddedecek olursa, acaba yeniden yapılandırma prosedürüne devam edilebilir mi? Kuru, bu soruya olumsuz cevap veriyor ve ticaret mahkemesinin bu durumda, yeniden yapılandırma için başvurulmuş olmasından dolayı iflâs kararı verilmesinin durdurulmasına karar vermeyeceğini belirtmektedir³¹².

İİK m. 179a'da borcun aktiften fazla olması hali sermaye şirketleri ve kooperatifler için doğrudan doğruya bir iflâs sebebi olarak öngörürken, İİK m. 309/m'de de bu husus yeniden yapılandırma sebeplerinden birisi olarak öngörülmüştür. İİK m. 179a'ya göre, bir sermaye şirketin veya kooperatifin borçları aktiflerinden daha fazla olursa, şirket yetkililerin durumu mutlaka ticaret mahkemesine bildirmeleri ve şirketin iflâsını istemeleri gerekir. Kuru'nun yukarıda belirttiği gibi, bu durumda yeniden yapılandırma yolu ile iflâs kararının verilmesinin durdurulmasına karar ver-

³¹¹ Bkz. **Pekcanitez**, H., Yeniden Yapılandırma Projesinin Tasdiki ve Uygulanması, İcra ve İflâs Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, Seminer, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.49; Atalay, s.50.

³¹² **Kuru**, s. 1350, dn.4.

ilemeyecek olursa, m. 309/m'de öngörülen "Mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi" sebebine dayanarak yeniden yapılandırma yoluna başvurma fiilen imkansız hale gelecektir. Bu da hükmün konuluş amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, şirketin borçları aktifinden fazla olduğu için yeniden yapılandırma yoluna başvurulmuş ve bu arada ticaret mahkemesine müracaat edilmişse, ticaret mahkemesinin yeniden yapılandırma prosedüründen dolayı, iflâs kararını verilmesinin durdurulmasına karar vermesi gerektiği kanısındayım.

Başvuru sebepleri İİK m. 309/m ve Yönetmeliğin 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir sermaye şirketi veya kooperatif:

- 1- Muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olması (yani aciz hali),
- 2- Mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi (borca batık olma hali),
- 3- Yukarıda sayılan durumlardan birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalmasının kuvvetle muhtemel olması,

Hâllerinden biri varsa, borçlu sıfatı ile sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmalarına ilişkin hükümlerden yararlanmak amacıyla başvuruda bulunabilir. Görüldüğü gibi, yeniden yapılandırma iflâsın ertelenmesine göre, daha geniş bir uygulama alanı bulabilecektir.

Yukarıda sayılan hallerden üçüncüsü, yani borca batık veya aciz haline düşme tehlikesinin kuvvetle muhtemel olması, komisyonda çok tartışılmış ve eleştirilmiştir. Gerekçe olarak da, bu şartın çok muğlak olduğu ve çok rahatlıkla alacaklılar tarafından kullanılabilmesi belirtilmiştir. Ancak, yeniden yapılandırma kurumunun temel mantığı, zor durumda olan veya zor duruma düşme ihtimali olan bir şirket veya kooperatifin mümkün olan en erken zamanda yeniden yapılandırmak suretiyle ekonomiye kazandırmaktır. Bu nedenle, burada zamanlama çok önemlidir ve mümkün olduğu kadar erken bir zamanda bu yola başvurulması gerekir. Aksi takdirde, kurtulma şansı kalmadığından yeniden yapılandırma da mümkün olmayacak, şirket iflâsa doğru gidecektir³¹³.

Bu başvuruya aşağıdaki belgelerin eklenmesi gerekir (İİK m. 309/o).

- 1- Yeniden yapılandırma projesi.
- 2- Borçlunun malî durumunu gösterir belgeler, ayrıntılı bilanço, defterlerinin vaziyetini bildiren bir cetvel, gelir tablosu ve borçlunun malî durumunu açıklayıcı diğer bilgi ve belgeler.
- 3- Projenin, borçluyu yeniden ödeme kabiliyetine kavuşturarak muaccel borçlarını ödeme plânına göre ödeyebilecek ve nakit akışını gerçekleştirecek duruma getireceğini gösteren belgeler.

³¹³ Bkz. **Pekcantez**, seminer, s. 46.

- 4- Projeden etkilenen ve etkilenmeyen alacaklılar ile bunların alacaklarının listesi.
- 5- Başvuru öncesi müzakere sürecini tanımlayan ve projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirildiğini gösteren delilleri de içeren açıklamalar.
- 6- Projeden etkilenip de onay veren alacaklıların, bu beyanlarını içeren, imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanaklar.
- 7- Projeye göre alacaklıların eline geçecek miktar ile borçlunun iflâsı hâlinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren belge.
- 8- Sayı ve meblağ itibarıyla çoğunluk koşulunun gerçekleştiğini gösteren cetvel.
- 9- Borçlunun ödeme kabiliyetine kavuşabileceğini ve projede yer alan koşullara uymasının mümkün olduğunu gösteren ve gerekli nitelikleri haiz bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış bulunan finansal analiz raporları ile dayanakları.

II- Yeniden Yapılandırma Projesinin Mahkemece İncelenmesi ve Tasdiki

1- Yeniden Yapılandırma Projesinin Mahkemece İncelenmesi, Ara Dönem ve Koruma Tedbirleri (İİK m. 309/ö)

Mahkeme yeniden yapılandırma başvurusundan sonra otuz gün içinde bir duruşma günü tespit etmek ve bunu İcra ve İflâs Kanununun 288. maddesinde öngörülen usulle ilan etmek zorundadır (m. 309/ö). Yapılacak olan ilân ve tebligatta, başvurunun kapsam ve sonuçları, başvuru dosyasının hangi tarihten itibaren nerede görülebileceği ve itirazların da ileri sürülebileceği duruşmanın günü ve saati gösterilir.

Mahkeme, ayrıca, borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine, başvuru hakkında verilecek nihai kararın verilmesine kadar geçecek olan dönem için borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri derhal alır. Mahkeme bu tedbirlerin verilmesi için de isterse bir duruşma günü belirleyebilir. Ancak mahkeme tedbir kararlarını mutlaka duruşmalı olarak vermek zorunda değildir. Mahkeme, duruşma gününe kadar projenin uygulanmasının tehlikeye gireceği kanaatinde ise, duruşma yapmada dosya üzerinde de gerekli olan tedbirlere karar verebilir.

Bu duruşmada mahkeme, alacaklılar ve borçlu tarafından seçilmiş, atanmasından projenin tasdikine veya reddine ilişkin kararın verilmesine kadar borçlunun faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenecek ya da bu faaliyetleri denetleyecek olan ve gerekli bilgi ve tecrübeye sahip ve gerekli nitelikleri haiz bir veya birkaç ara dönem denetçisi tayin edebilir. Alacaklılar ve borçlunun ara dönem denetçisi seçmedikleri ya da herhangi bir denetçi üzerinde anlaşmaya varamadıkları, ancak şartların ara dönem denetçisi atanmasını gerekli kıldığı hallerde mahkeme, bir veya birkaç ara dönem denetçisini re'sen atayabilir.

Ara dönem denetçisinin sahip olması gereken nitelikler ve kendisine ödenecek ücret, Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğinin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ara dönem denetçisi, işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli mali müşavirler arasından seçilir. Projede denetçinin görevleri belirlenebilir, sorumlulukları da verilen görevlere göre tespit edilebilir. Denetçilerin bağımsız ve tarafsız olmaları, etkilenen alacaklılar veya borçlu ile aralarında bir menfaat ilişkisinin bulunmaması gereklidir.

Ara dönem denetçisine ödenecek olan ücreti borçlu ve alacaklılar kendi aralarında kararlaştırabilirler. Bunlar aralarında kararlaştırmamışlarsa, ara dönem denetçisinin ücretini mahkeme belirler. Borçlu, bu tutarı peşin olarak mahkeme veznesine depo eder. Mahkeme tasdik talebine ilişkin nihai kararında, ara dönem denetçisinin ücretini kesin olarak belirler ve daha önce depo edilen miktarın eksik kalması halinde tamamlanmasına, aksi takdirde iadesine karar verir.

Aksi projede ön görülmediği takdirde, ara dönem denetçisi, tasdik kararı ile birlikte proje denetçisi olarak da atanabilir.

Mahkeme, ara dönemde borçlunun malvarlığını korunması ve projenin uygulanabilmesi için gerekli olan diğer tedbirleri de alır. Buna göre, mahkeme, projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattıkları takiplerin ve bu takiplerle ilgili olan davaların, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipleri ve davaları da kapsayacak şekilde durdurulmasına, yeni icra takibi yapılmasının etkilenen alacaklılar için yasaklanmasına, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına ara dönem için karar verebilir. Buna karşılık ticaret mahkemesi, projeden etkilenmeyen alacaklıların başlattıkları takiplerin ve açtıkları davaların durdurulmasına karar veremez. Bu nedenle, projeden etkilenmeyen alacaklıların, şirketin mallarını haczettirmeleri ve sattırmaları mümkündür. Bu işe, yeniden yapılandırma prosedürünün başarıya ulaşmasını zorlaştırabilir; hatta engelleyebilir³¹⁴.

Ara dönemde borçlu, işletmenin devamı için zorunluysa veya malvarlığının kıymetinin korunması ya da artırılması için gerekli görülmesi hâlinde, kredi gibi finansman araçlarına başvurabilir. Bir finansman kaynağının kullanılabilmesi için teminat verilmesi gerekiyorsa, bu teminat öncelikle borçlunun daha önce üzerinde rehin tesis edilmemiş taşınır veya taşınmaz malları üzerinde sağlanır.

Finansman kaynağı terimi, borçluya hammadde gibi işletmenin faaliyet gösterebilmesi için gerekli mal ve hizmetleri sağlayanları da kapsar.

2- Yeniden Yapılandırma Projesinin Tasdiki (İİK m. 309/p)

Mahkeme yeniden yapılandırma projesinin tasdiki için yapılan duruşmada, ara

³¹⁴ **Kuru**, s. 1360, dn. 18.

dönem denetçisini, borçlu işletmenin yetkililerini ve duruşmada hazır bulunan alacaklıları dinler; projenin tasdiki için gerekli olan şartların gerçekleşmiş olması halinde en geç otuz gün içinde başvurunun tasdikine veya reddine karar verir.

Mahkeme yapacağı inceleme sonucunda;

a) borçlunun yeniden yapılandırmaya iyi niyetle başvurduğunu,

b) 309/m ilâ 309/o maddelerindeki şartların yerine geldiğini,

c) projeyi reddetmiş olan her alacaklının projeye eline geçecek miktarın en az iflâs tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olduğunu tespit ettiği takdirde

en geç otuz gün içinde başvurunun tasdikine, aksi halde reddine karar verir.

Mahkeme, tasdik kararı ile birlikte, borçlu ile alacaklıların bu konudaki görüşlerini de dikkate alarak, yetkileri sadece projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip alacaklılara durumu düzenli olarak rapor etmekten ibaret olan bir veya birkaç proje denetçisi tayin edebilir. Borçlu ve alacaklılar, denetçi seçmedikleri ya da herhangi bir denetçi üzerinde anlaşmaya varamadıkları takdirde, mahkeme, nitelikleri ve görev alanı yönetmelikle belirlenecek olan bir denetçiyi re'sen atayabilir.

Proje denetçisinin kim olacağı ve ücreti tasdik edilen projede belirlenmemişse, bu hususlar projenin tasdikinin görüşüldüğü mahkeme tarafından belirlenir. Proje denetçisinin ücreti, göreve atanan kişinin piyasadaki o nitelikte uzman kişinin alacağı ücret esas alınarak harcayacağı emek ve mesaiye göre mahkemece belirlenir (YYYön m. 19).

Proje denetçisi tasdik edilen projenin sonuna kadar görevlerini sürdürecektir. Bu süre, projeye göre birkaç yıl veya daha uzun olabilir. Ancak, yeniden yapılandırma projesinin yapısı gereği bu sürenin uzun olması gerekir. İstanbul yaklaşımında bu süre 8 ilâ 12 yıl arasında değiştiiğine göre, burada da aynı süreler sözkonusu olabilir. Çünkü, eğer şirketin daha kısa bir süreye ihtiyacı varsa, onun yeniden yapılandırma yerine, çok daha basit, ucuz ve kolay olan iflâsın ertelenmesi yoluna başvurması daha akılcı olacaktır. Nitekim, uygulamada da iflâsın ertelenmesi yolu tercih edilmektedir.

Yukarda izah edildiği gibi, yeniden yapılandırma başvuru üzerine mahkeme, otuz gün içinde duruşma günü belirlemek zorunda idi. Otuz gün içinde karar vermek durumunda da olduğuna göre başvuru ile karar tarihi arasında ara dönem olarak toplam 60 günlük bir süre söz konusudur. Burada uygulamanın içinde olan değerli meslektaşlarımız kafasında ciddi şüpheler oluşmuştur. İçinde onlarca, belki yüzler alacaklı ve onlarla ilgili dosyalar ile bağımsız denetim kuruluşlarının raporları bulunan büyük bir proje. Buna ilişkin itirazlar da olabilecektir. Ve bütün bu işlemlerin toplam 60 gün içinde sonuçlanması gerekir. Bunun oldukça zor olacağı muhakkaktır. Mahkeme bu süre içinde karar veremezse ne olacaktır? Bu durumda, yeniden

yapılandırma projesinin tasdik edilmediği sonucuna mı varmak gerekir?³¹⁵ Yoksa bu konuda mahkemenin kararının beklenmesi mi gerekir? Birinci durumda, borçlu mağdur olacak, ikinci ihtimalde ise, alacaklıların zarara uğramaları sözkonusu olabilecektir. Kanaatimce sırf 60 gün içinde karar verilmemesinden dolayı projenin geçersiz sayılmaması gerekir. Zira burada öngörülen süre, düzenleyici bir süredir. Dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olmasının işlemin geçerliliğine bir etkisi söz konusu olmayacaktır. Ancak, mahkemelerin de kararlarını fazla geciktirmemeleri gerekir. Bunun için de yeniden yapılandırma talebini inceleyen mahkemenin bu konuda uzman olmalıdır.

Burada akla gelebilecek bir diğer sorun da mahkemenin bilirkişiye başvurup başvurmaması meselesidir. Mahkemelerin Kanunda öngörülen süre içerisinde karar vermelerinin zor olduğu yukarıda ifade edildi. Eğer mahkemeler bilirkişiye de gidecekler ise, bu durumda 60 günlük süre içinde karar vermeleri nerede ise imkansız hale gelecektir. Bunun dışında, proje başvurusunda projenin uygulanabilirliği konusunda bağımsız denetim kuruluşlarından da rapor sunulması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Bu kuruluşların verdiği raporlara karşı bilirkişi olarak kimden ikinci defa rapor alınacaktır? Meselâ bu konuda bir muhasebeci veya mali müşavirden rapor alınabilir mi? Bu durumda, bu raporlara da itiraz sözkonusu olabilecektir. Böylece, mahkemenin karar vermesi iyice zorlaşacaktır. Bu nedenle, çok önemli bir itiraz ileri sürülmedikçe yeniden bilirkişi incelenmesi yapılmaması uygun olacaktır³¹⁶.

Tasdik veya ret kararının tebliğinden itibaren on gün içinde borçlu ve tasdik duruşması sırasında itirazda bulunmuş olan alacaklılar kararı temyiz edebilirler. Bu konudaki temyiz incelemesi ivedilikle yapılır ve verilecek karara karşı, karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Tarafların itiraz ve temyizi maktu harca tabidir.

3- Projenin Tasdiki Kararının Sonuçları (İİK m. 309/r).

Yeniden yapılandırma projesi, tüm hüküm ve sonuçlarını, başvurunun tasdikine ilişkin kararın verildiği andan itibaren doğurmaya başlar. Projenin koşulları, projeden etkilenen alacaklılarla yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelir. Buna göre, projede borçlu ile alacaklılar arasında bir uzlaşma sağlanmışsa, bu uzlaşma kendileriyle daha önce yapılan bütün sözleşme hükümlerinden önce uygulanacaktır. Başka bir ifade ile, iki sözleşme hükümleri arasında bir çelişki varsa, proje hükümleri geçerli olacaktır. Hatta taraflar arasında yapılan sözleşmede, borçlunun yeniden yapılandırmaya başvuramayacağına ilişkin hükümler geçerli olmayacak, borçlu bu hükümlere rağmen yeniden yapılandırmaya başvurabilecektir. Ancak, projede, borçlunun daha önce yaptığı bazı sözleşmelerinin saklı kalacağı kararlaştırılabilir.

Kararın temyiz incelemesi sonunda Yargıtay'ca bozulması üzerine, projenin tasdik kararının icrası kendiliğinden durur. Bozma kararına kadar yapılan işlemler geçerliliğini muhafaza eder.

³¹⁵ Bu görüşte, **Pekcantez**, Seminer, s. 40.

³¹⁶ **Pekcantez**, Seminer, s. 39.

Başvurunun tasdiki talebinin reddine ilişkin mahkeme kararının verilmesi hâlinde, mahkemece verilmiş tedbirler kalkar, durmuş olan dava ve takiplere devam edilir.

E- YENİDEN YAPILANDIRMANIN FESHİ, PROJENİN TADİLİ VE İHLALİ

I- Yeniden Yapılandırma Feshi (m. 309s)

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında, konkordatonun bir alacaklı için feshine ilişkin İcra ve İflâs Kanununun 307. maddesi ile tamamen feshine ilişkin 308. maddesinin birinci fıkrası kıyasen uygulanır. Yeniden yapılandırmanın tamamen feshine karar verilir ve bu karar kesinleşirse, durum mahkemece 288 inci maddede öngörülen usule göre ilânen duyurulur. İlândan itibaren on gün içinde, projeden etkilenen alacaklılar tasdik kararını vermiş olan mahkemeden borçlunun derhal iflâsına karar verilmesini isteyebilirler. Doğrudan iflâs talebinde bulunma yetkisi Kanunda açıkça sadece projeden etkilenen alacaklılara tanınmıştır. Dolayısıyla projeden etkilenmeyen alacaklıların bu sebebe dayanarak doğrudan iflâs talep edebilmesi mümkün değildir³¹⁷.

II- Yeniden Yapılandırma Projesinin Tadili (m. 309ş)

Projenin bir kısmının ihlâli hâlinde, bu ihlâl sadece bazı alacaklıları etkiliyorsa, hakları ihlâl edilen bu alacaklıların borçlu ile projenin tadili konusunda anlaşmaya varmaları durumunda, tadil edilmiş proje mahkemenin tasdikine sunulur.

Projenin devamı için bu tadilatın yapılması zorunlu ise ve tadil edilmiş proje hakları ihlâl edilmiş olan alacaklıları projeden etkilenen diğer alacaklılardan daha uygun bir duruma getirmiyorsa, mahkeme tadil edilmiş projeyi tasdik eder. Yeniden yapılandırma projesinin tasdikine ilişkin usul projenin tadili hakkında da uygulanır.

III- Yeniden Yapılandırma Projesinin İhlâli ve Doğrudan İflâs (m. 309t)

Borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen zamanında yerine getirmemesi hâlinde durum proje denetçisi, borçlu veya projeden etkilenen alacaklılar tarafından projeyi tasdik etmiş olan mahkemeye bildirilir. Aynı hak, projenin tasdikinden önce borçluya teminat mukabili veya teminatsız olarak kredi gibi finansman kaynağı yaratıp bundan kaynaklanan alacağını kısmen veya tamamen elde edemeyen alacaklı için de söz konusudur. Bu bildirim üzerine mahkeme, borçlunun malvarlığının korunabilmesi için, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruflarını önleyici tedbirler de dahil olmak üzere, gerekli muhafaza tedbirlerini alır ve bir duruşma günü tayin ederek 288 inci maddede öngörülen usule göre ilânen duyurur.

Mahkeme, projeden etkilenen veya etkilenmeyen alacaklıların vakî itirazlarını inceledikten sonra, borçlunun yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmediğini, projenin uygulanmayıp tadilinin de söz konusu olmadığını veya finans-

³¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 447.

man alacaklısının alacağını tamamen ya da kısmen elde edemediğini tespit edince derhal borçlunun iflâsına hükmeder. İflâs kararı verilebilmesi için projeden etkilenen alacaklıların talebine gerek yoktur³¹⁸.

F- CEZÂİ YAPTIRIMLAR

5092 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanununun 334. maddesinde değişiklik yapılarak, yeniden yapılandırmada yetkili kimseler hataya düşüenlere cezai yaptırımlar öngörölmüştür. Buna göre, Konkordato mühleti elde etmek veya konkordato veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma projesini tasdik ettirmek için gerçeğe aykırı hesap veya bilanço göstererek malî durumu hakkında alacaklıları, komiseri, ara dönem denetçisini veya yetkili memuru hataya düşürmek veya konkordato projesine ya da sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması projesine uymamak yoluyla kasten zarara sebebiyet veren borçlu, ilgilinin icra mahkemesine yapacağı şikâyet üzerine altı aydan bir yıla kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır.

Son olarak, 5092 sayılı Kanun ile tasdik edilen yeniden yapılandırma projesi ile ilgili olarak, tıpkı 4743 sayılı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da olduğu gibi, çeşitli harç ve vergi istisnaları ile teşvik belgelerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir (m. 309u).

G- SONUÇ

İcra ve İflâs Kanununun 309m ve devamı maddelerinde öngörölen sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılması prosedüründe, muaccel para borçlarını ödemeyecek durumda (aciz halinde) olan veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen (borca batık) ya da bu hallerden birine düşme tehlikesi ile karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan bir sermaye şirketi veya kooperatif, bu durumunu ve bu durumdan nasıl kurtulabileceğini gösteren bir proje ile alacaklılara başvuracaktır. Borçlu şirketin alacaklılara sunacağı yeniden yapılandırma projesine, işletmesinin mali durumunu gösteren belgeleri ve bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından onaylanan fizibilite ve iflâs analizi raporlarını da eklemesi gerekir. Alacaklılar bu projeyi Kanunda öngörölen çoğunlukla kabul ederlerse, borçlu şirket ticaret mahkemesine başvurarak projenin tasdikini isteyecektir. Bu arada, borçlu şirketin mahkemeye başvurmasına kadar kendisine karşı yapılabilecek olası takip ve davaları için, herhangi bir tedbir söz konusu değildir. Tedbirler ancak, projenin tasdiki için mahkemeye müracaat edilmesinden sonra söz konusu olabilecektir. Kendisine başvuru ticaret mahkemesi de bu binlerce sayfa tutan talep hakkında toplam 60 günde içinde karar vermek durumundadır.

Yukarda özetlemeye çalıştığımız prosedüre biraz da uygulamanın içinde olan birinin gözüyle baktığımızda, oldukça ürkütücü bir tablo ile karşı karşıya olduğumuz hemen

³¹⁸ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin/Özekes,

s. 448.

görülecektir. Çünkü, öncelikle, borçlu şirket, aciz halinde veya borca batık ya da bu durumlardan birisine düşme tehlikesi bulunduğunu söylediği anda, alacaklıların hemen hepsinin takipleri ile karşı karşıya gelecektir. Bu da şirketin iflâs etmesi demektir. Bu nedenle, çok az şirket böyle bir yola başvurmaya cesaret edebilecektir.

Bunun yanında, yeniden yapılandırma prosedüründe borçlu şirketin yeniden yapılandırma projesine çok sayıda belge eklemesi gerekir. Bu belgelerin içinde, bağımsız denetim kuruluşundan alınması gereken belgeler de var. Bu belgeleri, sağlamak, hem çok zor hem de çok masraflıdır. Bu nedenle, bu yol oldukça karmaşık ve pahalı bir yoldur.

Ayrıca, ticaret mahkemesini binlerce sayfalık dosya, raporlar ve varsa itirazlar hakkında 60 gün içinde karar vermesi de düşük ihtimaldir. Özellikle, mahkeme bilirkişiye de başvuracak olursa, bu süre içinde karar vermesi daha zor olacaktır.

Son olarak, borçlu şirket için iflâsın ertelenmesi gibi çok daha ucuz ve etkin sonuç verebilecek bir imkan varken, yeniden yapılandırma yoluna başvurması çok olası bir durum değildir.

Bütün bu saymaya çalıştığımız nedenlerden dolayı, yeniden yapılandırma yolunun, sadece küçük işletmelerin değil, büyük işletmelerin bile pek rağbet etmeyecekleri, metruk bir kurum olarak (olağanüstü zamanlarda mühlet ve tatil kurumu gibi) İcra ve İflâs Kanununda yer alma tehlikesi vardır. Dolayısıyla, tebliğimin başlığı, belki de yeniden yapılandırma kurumunun uygulama sorunları değil de, uygulanamama sorunu olması gerekirdi.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN - Teşekkürler.

İkinci konuşmacımız Sayın Ali Kaya, Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanı ve konusu da elektronik imza.

Sayın Kaya 1967 yılında Gaziantep'te doğdu, 88 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi, 1993 yılında Ardeşen Hâkimi olarak göreve başladı, sırasıyla Çaldıran, Altınözü Hâkimliklerinde bulundu. 1998 yılında Adalet Bakanlığı'na Tetkik Hâkimi olarak atandı. E-Avrupa, e-Türkiye projelerinin hukukî altyapı çalışma grubu, koordinatörlüklerini yaptı. Halen Ulusal Yargı Ağı Projesi Koordinatörlüğünü, e-dönüşüm Türkiye projesinin hukukî altyapı çalışma grubu koordinatörlüğünü ve 20/3/2003 tarihinde Bilgi İşlem Dairesi Başkan Vekilliğini yürütmektedir.

Buyurun efendim.

Ali KAYA - Sayın Yargıtay Üyelerim, Bakanlığın sayın üst düzey bürokratları, sayın meslektaşlarım, sayın sektör temsilcileri, sayın misafirler; hepiniz hoş geldiniz.

Ben, size, elektronik imza hakkında genel bir çerçeve çizmeye çalışacağım.

ELEKTRONİK İMZA

Ali KAYA

Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkan V. Hâkim

1. ISLAK İMZA

1.1. İmzanın Tanımı ve Önemi

İmza, yazılı bir irade açıklamasının kendisine ait olduğunu ifade etmek amacıyla, bir kimsenin ismi için kullandığı özel biçimdeki çizgi ve harflerden kurulu bir işarettir³¹⁹. İmza çok eski zamanlardan beri kullanılmakta olup geleneksel bir yöntem haline gelmiştir.

İmza genel olarak resmi veya özel belgenin geçerlilik kazanabilmesi ve doğruluğunu gösterme niyetiyle üzerinde taşınması gereken, her türlü işaret olarak tanımlanabilir. İmzanın bu tanımının içeriğine uygun "işaretleme"ler tarih boyunca kullanılmıştır. Örneğin Roma Hukukunda bir sözleşmenin oluşturulabilmesi için, sözleşme yapan kişilerin mühür yüzüklerini balmumuna basarak metni mühürlemeleri gerekiyordu. Ortaçağ boyunca Avrupa'da, belgeler, topraktan yapılmış mühürlerle mühürlenerek doğrulukları/güvenilirlikleri ispat edilmiştir. Daha sonraları, taraflar, el yazısı ile atılmış imzaları, sözleşmenin geçerliliğini ispat vasıtası olarak kullanmaya başladılar³²⁰.

İmza kişilere hak sağlayan, sorumluluk yükleyen bir husustur. Belgelere atılan imzalar tarafların o belgenin içeriğini kabul ettikleri anlamına gelmektedir. İmzasız bir belgenin ne hak ne de yükümlülük getirmesi mümkün değildir. İmzalanmamış bir belge geçerli değildir ve bir kıymet ifade etmez.

İmza bir yandan kişinin hüviyetini, diğer yandan da beyanda bulunma iradesini tespit eder. Böylece imzalayanın metni okuyup anladığı ya da belgeyi bizzat hazırlayan kişi olduğu ve bağlanma iradesinin varlığı anlaşılır³²¹.

1.2. Sözleşmelerin Şekli

Hukukumuzda, öngörülen hususların dışında kural olarak şekil serbestisi geçerlidir (BK. m.11/1). Bu nedenle kanunlarımızda belirtilenlerin dışında kalan sözleşmeleri

³¹⁹ TEKINAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Hâluk, ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s.114.

³²⁰ LUPTON W. Everett, The Digital Signature: Your Identity by the Numbers, 6 RICH. J.L. & TECH. 10 (Fall 1999) <http://www.richmond.edu/jolt/v6i2/note2.html>

³²¹ Reed, Chris, 'What is a Signature?', The Journal of Information, Law and Technology (JILT).2003/3, <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/reed.html/>

yazılı veya resmi bir makam önünde yapmamız gerekmez. Ancak unutulmaması gereken önemli bir husus yasanın şekil aramadığı bir konuda dahi ihtilaf durumunda ispatlamak gerektiğinde belli bir miktarın³²² üzerindeki sözleşmelerin senetle ispatlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin kira sözleşmelerinde herhangi bir şekil öngörülmemiştir. Sözlü olarak kira sözleşmesi kurulabilir. İhtilaf çıktığında HUMK 288. maddeye göre dört yüz milyon lirayı geçtiği takdirde senetle yani yazılı belge ile ispatlanabilecektir.

Şeklin amacı taraflara düşünme imkânı, ispat kolaylığı sağlamak, taraflar arasında güveni geliştirmek olarak ifade edilmiştir³²³. Fakat taşınmaz satımında bunlardan ayrı olarak taşınmaz mülkiyetinin geçişinin sebebe bağlı olması (illiyet) ve taşınmaz satımına ilişkin şekil hükümleri "kamu düzeni" ile ilgilidir³²⁴.

1.2.1. Resmî Şekil

Bir işlemin resmi şekilde yapılması, taraflara ait irade açıklamalarının resmi usullerle tespit edilmesi ve doğrudan doğruya resmi memur tarafından resmi senede bağlanması demektir³²⁵. Resmi şekil ile kastedilen, işlemin yetkili bir makam veya şahıs (sulh hâkimi, noter, tapu memuru vs.) önünde, kanunların öngördüğü usul ve esaslara uyularak yapılmasıdır³²⁶.

Resmi şeklin amacı ekonomik değeri büyük olan şeylerin devrinde tarafları düşünceye sevk etmek, acele karar vermelerini önlemek, tescilin hukuki dayanağını oluşturan hukuki işlemlerin açıklığını ve güvenilirliğini sağlamak, ispat açısından güven ve kolaylık temin etmek, tarafları uyarmaktır³²⁷.

Taşınmaz mülkiyetinin devri (4721 sayılı MK. m.706/1), taşınmaz satış vaadi (BK. m 213), ölünceye kadar bakma sözleşmesi (BK. m.512), taşınmazlara ilişkin geri alım (vefa), alım (iştirâ) sözleşmeleri (BK. m.213) örnek olarak sayılabilir. Bunun yanı sıra 1512 sayılı Noterlik Kanununun 86. maddesinde belirtilen, tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerin, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışın ve mirasın taksimi sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. 18.06.1985 tarihinden itibaren resmi şekilde (noterlerce) yapılmayan araç satış ve devirleri geçersizdir³²⁸.

³²² Bu miktar 2004 yılı için dört yüz milyon TL'dir.

³²³ Uygur, Borçlar Kanunu Genel Hükümler. s.51.

³²⁴ Uygur, a.g.e., s.51.

³²⁵ Tekinay, a.g.e., s.126.

³²⁶ Reisoğlu, a.g.e., s.71.

³²⁷ Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 1989, Ankara, s.195, Altınışık, a.g.e., s.70.

³²⁸ Yargıtay 13. HD. 30.05.1988 T., E:1878, K:2946.

2. ELEKTRONİK İMZA

2.1. Genel Olarak

Bilgisayar teknolojisinde, 20. yüzyılın sonlarına doğru hızlanan baş döndürücü gelişme, bilgiye doğrudan doğruya, güvenli ve hızlı bir biçimde ulaşma ihtiyacının, dolayısıyla bilgi teknolojilerinin önemini ortaya koymuştur. Bu gelişmeye paralel olarak bürokrasi anlayışı değişmiş, elektronik devlet politikası bütün dünya devletlerinin hedefi haline gelmiştir.

Teknoloji hız ve sınır tanımayan bir olgudur. Teknoloji, bütün dünya insanlarını 20. yüzyılda ilk önce **"internet"** adı verilen küresel ağ ile buluşturmuş, daha sonra ise bu ağ üzerinden kendisinden kilometrelerce uzakta bulunan diğer kişilerle haberleşmek veya sözleşme yapmak isteyen kişilerin, bu işlemlerini bağlayıcı kılmalarını sağlayacak, kimliklerini ispata yarayacak **"sayısal imza"** veya **"elektronik imza"** kavramlarıyla tanıştırmıştır. Böylece insanoğlu asırlardır kullandığı imza yerine, elektronik ortamda aynı görevi ifa edecek mekanizma arayışlarına girmiştir.

Elektronik ticaretin gelişmesi ve elektronik imzanın kullanıcılar tarafından benimsenmesi için açık ağ sistemine güven duyulmasının sağlanması gereklidir. Bu güvenin sağlanabilmesi, taraflar arasında karşılıklı olarak iletilen bilgilerin gizliliğinin ve bütünlüğünün korunması, tarafların kimliklerinin doğruluğunun güvence altına alınmasına ilişkin hukukî düzenlemenin yapılmasına bağlıdır. Hukukî ve ticarî işlemlerde zaman, yer ve işgücü tasarrufu sağlanması bakımından, kullanıcıların gelecekte elektronik imzayı tercih edecekleri daha şimdiden görülebilmektedir.

Elektronik imza olmadan e-ticaretin gelişmesi ve güvenilirliğinin sağlanması mümkün değildir³²⁹. Bu güveni ancak açık anahtar kriptografisine dayalı sayısal imza tekniği sağlayabilmektedir³³⁰.

2.2. Elektronik İmza - Sayısal İmza Kavramı

Elektronik imza, her türlü elektronik ses, sembol veya uygulamayı kapsayan ve kullanılan teknolojiden bağımsız bir terim olduğundan bir üst kavram olarak kabul edilebilir³³¹. Ancak sayısal³³² imza kavramı yerine kullanımına rastlamak da mümkündür³³³. Elektronik imza kavramı çok genel bir tanım olup kişilerin elle atmış olduğu imzaların tarayıcıdan geçirilmiş hali olan sayısallaştırılmış imzaları, kişilerin göz retinası, parmak izi ya da ses gibi biyolojik özelliklerinin kaydedilerek kullanıldığı biyometrik yöntemleri içeren elektronik imzaları veya bilginin bütünlüğünü ve tarafların kimliklerinin doğruluğunu sağlayan sayısal imzaları da içermektedir.

³²⁹ Topaloğlu, Mustafa, "Dijital İmza", PC-LIFE, Şubat 2001, s.122.

³³⁰ Şenocak, s.98.

³³¹ Alkan, İnalöz, (Telekom Reg.), s.111.

³³² Sayısal imza yerine dijital imza kavramı da kullanılmaktadır.

³³³ www.turkpoint.com/e-yasam/sayisal-imza.asp (01.12.2003)²⁹⁴ Telekom Dünyası Dergisi, s.32.

Elektronik imza, veriyi gönderenin ve alanın kim olduğunun kanıtlanmasına imkân tanır. Dolayısıyla imzalanmış bir dokümanı yollayan kişi onu yolladığını, alıcı da aldığını inkâr edemez. Böylece elektronik imza, elle atılan imzanın elektronik ortamdaki karşılığını oluşturmaktadır.

Elektronik imza, kapsamlı bir güvenlik teknolojisinin verilerde değişiklik yapılmasını önleyen veya bu verilerde değişiklik yapılması durumunda bu değişikliğin gerçekleştiğini anlamamızı sağlayan sistemdir. Elektronik imza aynı zamanda Adli Tıp incelemesinin ortaya koyduğu sonuçları da yani verinin orijinini bir başka deyişle elektronik imzalı olarak veriyi kimin oluşturduğunun da tespitine olanak verir³³⁴.

Sayısal imza, elektronik imza türlerinden birisidir³³⁵. Sayısal imza, kişinin el yazısı ile attığı imzanın sahip olduğu özellikleri elektronik ortamda gerçekleştirmeye çalışan matematiksel formüllere veya şifreleme programlarına verilen bir isimdir³³⁶. Sayısal imza, bir mesajın; imzalayanın açık anahtarına karşılık gelen bir özel anahtar kullanılarak oluşturulup oluşturulmadığı ve başlangıçtaki mesajın dönüşüm esnasında değiştirilip değiştirilmediğinin asimetrik şifreleme sistemi ve başlangıçtaki mesaja sahip olan kişi ve imzalayanın açık anahtarının tam olarak saptanabildiği bir hash fonksiyon³³⁷ kullanılarak dönüştürülmesidir³³⁸.

Sayısal imzanın işlevi, elektronik ortamda aslından ayrılması güç olan sahte imzayı önlemek ve orijinal dokümanların olduğu şekilde, herhangi bir tahrip ve tahrife uğramaksızın iletilmesini sağlamaktır³³⁹.

En genel tanımıyla elektronik imza, elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veridir. Bu tanımda elektronik imzanın en önemli üç unsuru ifade edilmektedir. Buna göre; elektronik imzanın elektronik veriden ayrı olduğu ve ona eklendiği, ikinci olarak eklendiği veri ile mantıksal bir bağlantı kurduğu, üçüncü olarak veriye eklenen ve eklendiği veriyle mantıksal bağlantı kurulmasının kimlik doğrulama amacıyla yapıyor olmasıdır. Burada sözü edilen mantıksal bağlantı, imza anında metnin tamamından oluşturulan ve ileride açıklanacak olan hash³⁴⁰ değeri anlaşılmalıdır. Tabi ki bu açıklama günümüzde uygulamada yaygın olarak kullanılan sayısal imzanın işleyişi dikkate alınarak yapılan bir yorumdur.

³³⁴ Telekom Dünyası Dergisi, s.32.

³³⁵ Şenocak, s.98.

³³⁶ Keser Berber, Leyla, Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/e_imza_tasarilestiri.htm, (25.10.2004).

³³⁷ Hash fonksiyonu metinden özet çıkaran matematiksel bir yöntemdir. Bkz. 3.4. başlığı altında açıklanmıştır.

³³⁸ Winn, prg.2, Alkan-İnalöz, (Telekom Reg.) s.111.

³³⁹ Keser Berber, "İmzalıyorum O Halde Varım" Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Belgelerin Hukuki Değeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.2, Y.13, Ankara, 2000, s.503.

³⁴⁰ Bkz. II Bölüm 3.6 başlığı altında açıklama yapılmıştır.

Elektronik imza, imza sahibinin adı ya da rolü altında işlem gören reddedilmeyen güvenlik politikası altındaki bazı eylem ve olayların sayısal formdaki kanıtı olarak kabul edilebilir³⁴¹. Bu tanım dört unsur içermektedir. Bunlar:

- 1) İnkâr edilemezlik
- 2) İmza sahibi tarafından tanınan eylemin ya da olayın türü
- 3) İmza sahibinin rolü
- 4) Zamanı tayin

İnkâr edememe elektronik imzanın asıl temelini oluşturur. Bu fonksiyon yerine getirilemiyorsa elektronik imzanın kendisinden beklenilene vermesi düşünülemez. Bu bağlamda "reddedilmeme güvenlik konsepti"ni tanımlayan bir arabulucu belirlenmelidir. Daha sonra güvenlik politikasıyla uyumlu olarak kullanımına izin verilen mekanizmalar tanımlanmalıdır.

Her halükarda elektronik imza, elektronik imzayı kullanana, kişinin kimliğini belirleme, metnin içeriği ile bağlandığını kabul iradesini ortaya koyma ve imzalanan metnin bütünlüğünü garantileme fonksiyonlarını üstlenir.

Elektronik imza çeşitleri içinde, en çok üzerinde durulan ve kullanımı en kolay, verimli, etkin ve düşük maliyetli olabileceği belirtilen tür ise açık anahtar şifrelemesine (public key cryptography) dayanan sayısal imzalardır.

Sayısal imzanın hazırlanması matematiksel olarak karmaşık bir süreçtir. Bununla birlikte kullanılması çok basittir.

Sayısal imzanın tasdik edilmesi de karmaşık bir işlem niteliğinde değildir. Bunu da bilgisayarın kendisi otomatik olarak yapmakta ve sonucu göstermektedir. Bu işlem sırasında aynı zamanda sertifika yardımıyla açık anahtarın doğruluğu da kontrol edilmiş olmaktadır.

Bir belgeyi elektronik olarak imzalayabilmek için, kullanıcıların, yetkili bir Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısından³⁴² elektronik sertifika almış olmaları gerekmektedir. Kullanıcının bir bilgisayarı ve kendine ait bir yazılım programının mevcut olması gerekir. Kullanıcının ayrıca bilgisayar üzerinden yapacağı işlemlerde kullanacağı bir de şifresinin olması gerekir. Bu şifre, ya yazılım programları vasıtasıyla veya akıllı kart olarak da adlandırılan Chip kartlar kullanılarak elde edilebilir.

³⁴¹ Inalöz, Ayşe, s.23.

³⁴² Onay Makamı veya daha sık kullanılan İngilizce karşılığı ile Trust Center da denmektedir.

2.3. Açık Anahtar - Özel Anahtar

Anahtar, şifrelemek veya deşifre etmek için kullanılan sayısal karakter dizisi olarak tanımlanabilir. Açık Anahtar Altyapısında³⁴³ kullanılan asimetrik şifreleme yönteminde, biri açık anahtar³⁴⁴ diğeri özel anahtar³⁴⁵ olmak üzere bir anahtar çifti bulunmaktadır³⁴⁶. Özel anahtar sayısal imzanın oluşturulmasında, açık anahtar ise sayısal imzanın tetkikinde kullanılmaktadır³⁴⁷. Başka bir ifadeyle özel anahtar mesajı şifrelemede, açık anahtar ise deşifre etmekte kullanılır. Bu yüzden özel anahtar sadece kullanıcıda bulunur ve özenle saklanması gerekir. Başkalarının ona ulaşması şifrenin çözülmesi veya yerine imza atmasıyla eşdeğerdir. Bu durumun aksine açık anahtarın üçüncü kişilerce ulaşılabilir olması, onlar tarafından biliniyor olması gerekmektedir³⁴⁸.

Konunun açıklığa kavuşması için bir örnek vermek gerekirse, Ali Ayşe'ye şifreli bir e-posta göndermek istediğinde Ali yazdığı mesajı kendi özel anahtarıyla şifreler ve Ayşe'ye gönderir. E-postayı alan Ayşe deşifre edebilmek için Ali'nin açık anahtarına ihtiyaç duyacaktır. Bunu Ali'nin kendisinden alabileceği gibi Güvenilir Üçüncü Kişiler diye tabir edilen Onay Kurumlarından da temin edebilir. Onay Kurumunun listesinden Ali'nin açık anahtarını alarak mesajı deşifre eder. Açık anahtar mesajı deşifre ettiği takdirde mesajın Ali tarafından gönderilmiş olduğuna hükmedilir. Çünkü Ali'nin özel anahtarıyla şifrelenmiş bir metin ancak Ali'nin açık anahtarıyla açılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken metnin Ali tarafından gönderildiği ve şifrelendiğinde şüphe yoktur. Fakat Ali'nin açık anahtarını kullanarak Ayşe dışında başkaları tarafından da mesajın şifresinin açılarak okunması mümkündür. Bunu ortadan kaldırmak için çapraz şifreleme yöntemi kullanılır. Ali öncelikle Ayşe'nin açık anahtarıyla mesajı şifreledikten sonra kendi özel anahtarını kullanarak ikinci kez şifreleme işlemi gerçekleştirir. Ayşe mesajı aldıktan sonra kendi özel anahtarı ve Ali'nin açık anahtarını kullanarak deşifre eder.

Üçüncü kişilerin mesajı deşifre etmeleri imkânsız kabul edilmektedir. Asimetrik şifreleme yönteminde deşifre etme süreci, simetrik yöntemle göre daha uzun sürmektedir. Bunun üstesinden gelmek amacıyla Rivest tarafından hash fonksiyonu³⁴⁹ geliştirilmiştir.

³⁴³ Açık Anahtar Altyapısı (AAA) asimetrik şifreleme yöntemidir. Bkz.

³⁴⁴ 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu 3/f maddesinde "İmza Doğrulama Verisi" olarak tanımlanmıştır.

³⁴⁵ İngilizcede public key, açık anahtar kelimesinin, Private key, özel anahtar kelimesinin karşılığıdır. Açık anahtar ile özel anahtar deyimleri birbirinin karşılığını ifade etmemekle birlikte dilimize yerleşmiş ve Türk bilişim sektörü tarafından benimsendiğinden Elektronik İmza Çalışma Komisyonunda açık anahtarla matematiksel bağlantısı bulunan anahtara "kapalı anahtar" yerine "özel anahtar" veya "imza oluşturma verisi" deyimini kabul edilmiştir.

³⁴⁶ Dönmez, Regulation of Electronic Signatures and Protection of Private Keys, s.12.

³⁴⁷ Şenocak, 99.

³⁴⁸ Reed (signature), Akdeniz (policy).

³⁴⁹ Hash fonksiyonu bu bölümün 3.4. numaralı başlığı altında açıklanmıştır.

2.4. Özel Anahtarın Güvenliği

En önemli konulardan biri de şüphesiz özel anahtarın güvenliğinin sağlanmasıdır. Özel anahtar üretildikten sonra ya bilgisayarın diskinde ya da harici bir depolama biriminde tutulur ve erişilmesini önleyici tedbirler alınır. Ancak erişilmesi kolay olup ataklara maruz kalacağından disk, disket, CD, DVD gibi elektronik ortamlarda tutulması güvenlik açısından tehlikelidir. Özel anahtarın bulunduğu elektronik medya şifre ile korunsa dahi bu şifrelerin bulunması çok zor değildir. Açık anahtardan yola çıkarak matematiksel yöntemlerle özel anahtarın elde edilmesi imkânsız kabul edilmektedir³⁵⁰. Ancak özel anahtarlar akıllı kartlarda veya bilgisayarlarda tutulmaktadır. Gerekli güvenlik önlemlerinin alınmadığı durumlarda özel anahtarlara ulaşmak mümkün olabilir. Bu durumda, imza özel anahtarla atıldığından ve inkâr edilemeyeceğinden bütün sorumluluk özel anahtar sahibine ait olacaktır.

2.5. Elektronik Sertifika

Elektronik ortamda ihtiyaç duyulan güven sorunu elektronik sertifikalarla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Buna göre sertifika sağlayıcılar sertifikadaki kişinin gerçekten o şahıs olup olmadığını tescil ederler. Yani açık anahtar ve kimlik bilgilerini sertifikaya yerleştirip kendi özel anahtarlarını kullanarak tasdik ederler.

Elektronik sertifika günlük hayatta kullandığımız ehliyet, pasaport gibi kimlik kartlarının elektronik ortamdaki karşılığıdır denilebilir. Elektronik sertifikalar sertifika otoriteleri tarafından düzenlenir³⁵¹. Elektronik sertifika, kullanıcı adıyla onun açık anahtarını içeren ve gizli anahtarının kullanıcıya ait olduğunu doğrulayan elektronik dokümandır³⁵². Diğer bir deyişle elektronik sertifika imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kaydı ifade eder³⁵³. Elektronik sertifika, kişilerin veya kuruluşların bilgilerinin elektronik ortamda güvenli bir şekilde iletilmesini sağlamaktadır.

Bir kişinin elektronik imzasının geçerliliği, o kişinin açık anahtarını da içeren elektronik sertifikasının yetkili bir sertifika otoritesi tarafından verilmiş olması halinde geçerlidir³⁵⁴. Elektronik sertifika, kullanıcı bilgilerini içeren bir verinin sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından sayısal olarak imzalanması ile oluşur. Elektronik sertifika belgesinde, kullanıcının adı, soyadı, e-posta adresi gibi bilgilerin yanı sıra, kimlik belgesinin geçerlilik süresi, kullanıcının açık anahtar bilgisi gibi bilgilerde bulunur. Elektronik sertifika, sertifika sahibinin açık anahtarını ve kimlik bilgilerini taşımaları ve

³⁵⁰ Altınışık, s.82.

³⁵¹ Erzincan, s.14.

³⁵² Ergun, s.4.

³⁵³ İnalöz, s.156.

³⁵⁴ Keser Berber (Şekil), s.23.

sertifika sağlayıcının özel anahtarı ile onaylanmış olmalıdır³⁵⁵. Sertifikanın düzenlendiği tarih ve geçerlilik süresi de önem arz etmektedir.

2.6. Kök Sertifika

Kök sertifika, sertifika hizmet sağlayıcısının kimlik bilgilerini ve açık anahtarını taşıyan elektronik dosyadır³⁵⁶. Kök kimliği diğer sertifikalardan ayıran tek özellik, üzerinde kendi imzasını taşıyor olmasıdır³⁵⁷. Kök sertifika, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının sertifikasıdır. Kullanıcılar İnternet üzerinden kök sertifikayı bilgisayarlarına yüklerlerken aynı zamanda bu sertifika sağlayıcının güvenli olduğunu kabul etmiş sayılırlar. Sertifika ile birlikte gelen açık anahtar, sertifika kurumunun kimliğini doğrulamakta kullanılırlar. Zira elektronik sertifikalar sertifika otoritelerinin özel anahtarları ile imzalanırlar. Doğrulama gerçekleştirilerek sertifikanın o hizmet sağlayıcısı tarafından onaylanmış, gerçek bir sertifika olduğu teyit edilmiş olur.

Sertifika otoritesinden sertifika almak amacıyla başvuran bir kullanıcının kimlik bilgilerinin ve diğer tanımlayıcı bilgilerinin doğrulanması, gerçekten iddia ettiği kişi olduğunun onaylanması işlemine sertifikasyon denmektedir³⁵⁸. Sertifika otoriteleri, kişilerin kimlik bilgilerini alarak açık anahtarla ilişkilendirerek elektronik sertifika oluştururlar. Ancak kişinin kimliği genelde kimlik, ehliyet veya pasaport fotokopisine dayanılarak verilir. Bunlarda yapılacak bir sahtecilik, buna dayanılarak oluşturulan sertifikaya yansıtacaktır.

2.7. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılar (ESHS)

Açık Anahtar Altyapısı sisteminde her kullanıcıya sertifika otoritesi tarafından kullanıcıların kimlikleriyle ilişkilendirilmiş sertifikalar dağıtılmaktadır³⁵⁹. Bu sertifikalar sayesinde elektronik ortamda elektronik sertifikalara güvenilerek işlem yapılır. Sertifikalar herkesin erişimine açık tutularak sertifika otoritesine ait özel anahtarla imzalandığından her zaman güvenilirlikleri kontrol edilebilir.

Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcıları, açık anahtar sahibinin kimliğini sertifikaya bağlar, yani onaylar, açık anahtarların yayınlanma görevini yüklenir, özel anahtarların güncellenmesi, sertifika bilgilerinin saklanması gibi görevleri üstlenirler ve bu konularda hukuksal sorumluluk altındadırlar³⁶⁰. Sertifika hizmet sağlayıcıları, kullanıcıların kimlik bilgilerini doğrulamak üzere, kullanıcılara elektronik sertifika belgesi verirler³⁶¹. Sertifika içerisindeki bilgilerin bütünlüğü ve doğruluğu sertifika hizmet sağlayıcılar

³⁵⁵ Inalöz, s.82.

³⁵⁶ Türkiye Bilişim Şurası Hukuk Çalışma Grubu Raporu, 10-12 Mayıs 2002, Ankara, http://www.taek.gov.tr/taek/bet/pdf/hukuk_cg_raporu.pdf.

³⁵⁷ Tübitak Bitlen (13.9.2004), <http://sertifika.bitlen.tubitak.gov.tr/net/teknik/sertifika.jsp>.

³⁵⁸ Önel, s.5.

³⁵⁹ Önel, s.1.

³⁶⁰ Küçüközyiğit, 8.

³⁶¹ Inalöz, 42.

tarafından garanti altına alınmaktadır³⁶². Sertifika otoritesinin bir görevi de açık anahtar altyapısı içinde bulunan bütün kullanıcılara elektronik sertifikanın dağıtılmasıdır³⁶³. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcıları, elektronik sertifika vermenin yanı sıra zaman damgası, izin hizmeti, iptal listelerinin tutulmasını da sağlarlar³⁶⁴.

Sertifika hizmet sağlayıcılar³⁶⁵ sayısal imzada "açık anahtarın" belirli bir kişiye ait olduğunun güvenli bir şekilde tespiti işlemini yerine getirerek elektronik ortamda adeta kimlik belgesi verirler. Sertifika Hizmet sağlayıcıların asıl yaptığı iş elektronik sertifika vermektir.

Sertifika hizmet sağlayıcı talep sahibinin kimliğini, nüfus cüzdanı veya pasaport veya eşdeğerli güvenilirliğe sahip diğer bir belgeye istinaden tespit etmelidir.

2.8. Hash Değeri (Hash Value) ³⁶⁶

Metnin şifrenmesi yönteminde çok uzun metinlerin şifrenmesi uzun zaman aldığından kullanışlı değildir. Bu nedenle metnin tamamı değil metinden belli bir algoritmayla çıkarılan metin özeti şifrenir. Metinden özet çıkarma işini hash fonksiyonu yerine getirir. Bilgisayar terminolojisinde "hash" yazılan bir metnin kısaltılmış şeklini ifade etmektedir³⁶⁷. Hash fonksiyonu matematiksel bir algoritmadır³⁶⁸. Hash fonksiyonu sonucu elde edilen değere hash değeri veya mesaj özeti denmektedir. Hash fonksiyonu tek taraflı olarak çalışır³⁶⁹. Bunun anlamı metinden elde edilen mesaj özetinden yola çıkarak metni elde etmek mümkün değildir. Farklı iki dokümanın aynı hash değerini vermesi imkân dâhilinde olmakla birlikte, imkânsıza yakın kabul edilmektedir³⁷⁰.

Sayısal imza, bilginin doğruluğunu korumaktadır. Teknik açıdan sayısal imza, imzalanmış belgenin özünü (Hash) içerir³⁷¹. İçerikte yapılacak herhangi bir değişiklik dijital mesaj özetini geçersiz kılacaktır. Çünkü mesaj özeti, metnin karakteristik özelliklerinin tümü dikkate alınarak oluşturulmaktadır. Yapılacak en küçük bir değişiklik mesaj özetinin değişmesine yol açacaktır³⁷².

³⁶² Erzincan, s.13.

³⁶³ Erzincan, s.14.

³⁶⁴ Dönmez, s.15, Keser Berber (Şekil), s.24, Keser Berber (İmza), s.529.

³⁶⁵ Sertifika Hizmet Sağlayıcılar yerine onay makamı, onay kurumları, güvenilir kurum, sertifika otoritesi gibi pek çok kavram kullanılmaktadır. 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılar olarak ele alınmıştır. Bkz. 5070 Sk. Md.8,10.

³⁶⁶ Bu konuda farklı isimlendirmeler bulunmaktadır. Hash değeri, mesaj özeti, öz değeri bunlardan bazılarıdır. Biz bunlarda hash değeri terimini kullanmayı tercih ettik.

³⁶⁷ Keser Berber, s.524.

³⁶⁸ Hash algoritmaları için bkz. Prosise, www.zdnet.com/ccmag/issues/107/pcmg.htm.

³⁶⁹ Douzis, s.12.

³⁷⁰ Froomkin (Trusted).

³⁷¹ Keser Berber, s.

³⁷² Orta, s. 166, Keser Berber (imza) s.524–525, Keser Berber (şekil), s.91 vd.

Burada bilinmesi gereken husus, sayısal imza dediğimiz olgunun metnin içeriğinde değil mesaj özeti üzerinde uygulandığıdır. Metni imzalayan kişinin özel anahtarı ve asimetrik şifreleme sistemi vasıtasıyla mesaj özeti şifrelenir ve bu şekilde şifrelenen mesaj özeti elektronik metne eklenerek muhabata gönderilir³⁷³. Şifrelenen mesaj özeti metinden ayrı olarak tutulur. Mesaj özetinden bir şekilde metne ulaşmak mümkün değildir³⁷⁴.

Mesaj alındığında öncelikle tekrar mesaj özeti çıkarılır. Gelen mesaj ekinde yer alan şifreli mesaj özeti, gönderenin açık anahtarıyla deşifre edilir. Bu işlemle gönderenin kimliğini doğrulamış oluruz. Gelen mesaj özeti ile yeni hesaplama sonucu bulunan mesaj özeti karşılaştırılır. İkisi de aynı ise mesaj orijinaldir, değişikliğe uğramamış demektir. Böylelikle bütünlük kontrolü gerçekleştirilmiş olmaktadır. Metinde yapılacak en küçük bir değişiklik, muhatap tarafında çıkarılacak mesaj özetinin gönderen tarafta oluşan mesaj özetinden farklı olacağından doğrulama işleminin başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açacaktır.

2.9. Zaman Damgası (Time Stamp)

Elektronik bir belgenin ispat gücünü arttırmak için, belgenin düzenlendiği zamanın şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespiti şarttır. Elektronik ortamda bu fonksiyonu zaman damgası yerine getirmektedir³⁷⁵. Zaman damgası, sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından, belirli bir elektronik verinin üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı veya saklandığı zamanı göstermek üzere verilen belgeyi ifade eder³⁷⁶. Açık anahtarlı altyapıya sahip bir bilgisayar ağında, kullanıcılar iletişimlerini güvenli hale getirmek için elektronik sertifika kullanabilirler ve bu durumda sistemdeki güvenlik sunucusu sertifika ve zaman damgası hizmeti sağlar³⁷⁷.

5070 Sayılı Elektronik İmza Kanuna göre zaman damgası "Bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kayıt" olarak tanımlanmıştır (5070 Sk. Md.3/f). Bir başka ifadeyle zaman damgası, onay makamının kendisine gelen özel dijital verilerin geliş zamanını kendi sayısal imzası ile imzalayarak gerçekleştirdiği dijital onaydır³⁷⁸.

2.10. Şifreleme (KRİPTOGRAFİ)

İnternet ortamında yollanan veri paketleri ulaşılması mümkün olan bilgisayar ağları üzerinden geçer. Gizlilik arz eden bilgilere ulaşılması, işlemlerin elektronik ortam-

³⁷³ Şenocak, s.100.

³⁷⁴ Özer, s.6.

³⁷⁵ Keser Berber, (Dijital), s.4.

³⁷⁶ Bkz. HDTM Tarafından hazırlanan "Elektronik Veri, Elektronik Sözleşme ve Elektronik İmza Kanunu Tasarısı Taslağı", md.3.

³⁷⁷ e-imza Hukuk Çalışma Grubu Raporu, s.37.

³⁷⁸ Topaloğlu, Mustafa, a.g.e., s.124.

daki güvenini zedeler. Bu nedenle, internet üzerinde dolaşan bilgilerin güvenli hale getirilmesi, elektronik ortamda güvenilirliğin sağlanması bir zorunluluktur. Elektronik ticaretin gelişmesi de buna bağlı bulunmaktadır.

Bilgi güvenliği başkası tarafından dinlenme, bilginin değiştirilmesi, kimlik taklidi gibi tehditlerin ortadan kaldırılması ile sağlanır ve bu amaçla kullanılan temel araç kriptografidir. Kriptografi; iletilen bilginin anlamını istenmeyen kişilerden saklama sanatı ve bilimidir. Kriptoloji, hem kriptografiyi hem de şifre çözme bilimi olan kriptoloji analizini ifade etmektedir³⁷⁹.

Şifreleme, bir iletinin (düz metin) içeriğini, uygun bilgi (anahtar bilgisi) elde olmadan okunamayacak hale getirme işlemidir. Diğer bir ifadeyle kriptografi, bilgisayar aracılığıyla iletişim kuran iki kişinin, üçüncü kişilerin yazışma konusuna ilişkin bilgi sahibi olmalarına imkân vermeyecek bir şekilde birbirlerine mesaj göndermelerini sağlayan tekniktir³⁸⁰. Şifrelemenin amacı, iletinin istenmeyen şahıslar tarafından okunmasını engellemektir. Şifre çözümü (deşifre) ise şifrelemenin tam tersi, yani şifreli metnin düz metne çevrilmesi işlemidir.

2.11. Asimetrik Şifreleme Yöntemi

Birbiri ile haberleşen iki kişi arasındaki, asimetrik şifreleme yöntemi şöyle açıklanabilir: Burada haberleşen her bir taraf, biri açık, diğeri ise gizli veya özel olmak üzere, yöndeş bir çift şifreye sahiptir³⁸¹. Bu durumda örneğin; A, B'ye bir mesaj yollamak isterse, bu mesajı şifrelemek için, B'nin aleni olarak ulaşılabilen açık şifresini kullanacaktır. B, şifreli mesajı aldıktan sonra, mesajı deşifre etmek için kendi gizli şifresini kullanacaktır. Tam tersi durum, yani bu sefer B'nin, A'ya mesaj yollaması da aynı şekilde gerçekleşecektir. Buna göre, asimetrik şifreleme yönteminde önemli olan herkesin kendi açık şifresini aleni olarak ulaşılabılır kılmasıdır.

RSA (1977'de R. Rivest, A. Shamir ve L. M. Adleman isimli uzmanlar soyadlarının baş harflerini kullanarak isimlendirdikleri, açık anahtarlı kriptolama yöntemini kullanan RSA'yı geliştirmişlerdir³⁸².) şifreleme yönteminde bir anahtar örneğin; 1024 bit'ten oluşmaktadır. Bu yaklaşık 300 haneli bir ondalık sayıya eşittir³⁸³.

3. HUKUKİ ALTYAPI KAPSAMINDA YAPILAN ÇALIŞMALAR

Diğer ülkelerin elektronik imza konusunda yaptığı çalışmalar, kanunlaşma çalışmalarının seyri dikkate alındığında çok da eskiye dayanmamaktadır. Dünyada özellikle bu konuda iki binli yılların başında yoğunlaşma olduğu görülmektedir.

³⁷⁹ Sayı, a.g.m., s.144.

³⁸⁰ Miccoli, s.206.

³⁸¹ Erzincan, s.13.

³⁸² PC World, Mayıs 2004, "Şifreleme Bilimi", Sayı 21, s.146.

³⁸³ <http://www.rsa.com/>.

3.1. AB Üyesi Ülkeler

Belçika: Sertifika Servisleri ve Elektronik İmzaların Hukuki Çerçevesinin Esasları Hk. Yasa, 14 Haziran, 2001.

Danimarka: Elektronik İmzalar Hk. Yasa, 1 Ekim 2000.

Fransa: 2 ayrı yasa bulunmaktadır. Mart 2000 tarihli, 2000-230 sayılı yasa, elektronik imza ve belgelere, ispat konusunda kâğıda dayalı belgelere benzer esaslar getirmektedir. 2001 tarihli, 2001-272 sayılı yasa ile AB Direktifinde yer alan hususların çoğu tanınmıştır.

Almanya: AB Direktifinden önce, 1997 tarihinde hazırlanıp 1998'de yürürlüğe giren Alman Sayısal İmza Yasası anılan direktifle uyumsuz hükümler içerdiğinden, üç senelik tecrübe ve AB Direktifi ilkelerine göre hazırlanan yeni Alman Elektronik İmza Yasası 22 Mayıs 2001'de yürürlüğe girmiştir.

Yunanistan: Avrupa Parlamentosunun yayımladığı elektronik imza ile ilgili olan 99/93/EC No'lu direktifin yürürlüğe konmasını sağlayan 150/2001 No'lu kararname 2001 yılında yayımlanmıştır.

İtalya: AB Direktifini yürürlüğe henüz koymadı, ancak Mart 1997 tarihli, 59 sayılı Yasa ve 1997 tarihli Kararname ile Açık Anahtar Altyapısı (PKI) esasına dayanan, sayısal imzalarla ilgili esasları tanıdı. Bunlar AB Direktifinden önemli konularda ayrılıyor.

Hollanda: Hollanda hükümeti 2001 yılında elektronik imza, elektronik kayıtların tanınması, sözleşmelerin geçerliliğini koruması, veri ve tüketicilerin korunmasını düzenleyen elektronik sözleşmelerle ilgili yönetmeliği kabul etmiştir.

Lüksemburg: 14 Ağustos 2000 tarihli E-Ticaret Yasası, AB Direktifi ile uyumlu.

İsveç: 1 Ocak 2001'de yürürlüğe giren Nitelikli Elektronik İmza Yasası, AB Direktifi ile uyumlu.

Portekiz: Ağustos 1999 tarihli, 290-D/99 sayılı yasa elektronik imza ve elektronik belgelerin geçerliliği hususunda esasları belirlemektedir. Sertifika hizmet sağlayıcılarını akredite eden kuruluş 25 Eylül 2000 tarihinde 234/2000 No'lu kanun hükmünde kararnameyi kabul etmiştir.

İspanya: 17 Eylül 1999 tarihli Elektronik İmza Yasası ile AB Direktifini yürürlüğe koydu.

İngiltere: 2000 yılında yayınlanan Elektronik Komünikasyon Yasası'ndan sonra Avrupa Parlamentosunun yayımladığı 1999/93/EC sayılı AB Direktifini yürürlüğe koymasını sağlayan Elektronik İmza regülasyonları 8 Mart 2002 Tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İrlanda: 10 Temmuz 2000 tarihli Elektronik Ticaret Kanunu, elektronik imzayı ve kayıtları düzenliyor.

Avusturya: Federal Elektronik İmza Kanunu, 1 Ocak 2000'de yürürlüğe girdi.

Finlandiya: 1999/99/EC Direktifinin yürürlüğe konması amacıyla 1 Şubat 2003 tarihinde elektronik imza yasasını kabul etmiştir.

3.2. AB Aday Ülkeler

Çek Cumhuriyeti: Elektronik İmza Yasası 1 Ekim 2000'de yürürlüğe girdi. AB Elektronik İmza Direktifi ile uyumlu.

Macaristan: AB Direktifi ile uyumlu Elektronik İmza Yasası 1 Eylül 2001'de yürürlüğe girdi.

Polonya: Elektronik İmza Yasası Eylül 2001 tarihinde parlamentodan geçmiş ve Ağustos 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bulgaristan: Elektronik Belgeler ve Elektronik İmzaya ilişkin bir taslak Meclise sunuldu.

Estonya: 15 Aralık 2000'de yürürlüğe giren Sayısal İmza Yasası.

Malta: Mayıs 2000'de yayımlanan bir raporda, Elektronik Ticaret, Veri Korunması ve Bilgisayarların kötüye kullanılmasına ilişkin üç yasa hazırlanması öngörülmüştür.

Slovak Cumhuriyeti: 15 Mart 2002 tarihinde elektronik imza yasası onaylanmıştır.

Slovenya: 22 Ağustos 2000'de Elektronik Ticaret ve Elektronik İmza Yasası yürürlüğe girdi.

3.3. Amerika

Amerika Birleşik Devletleri

1 Ekim 2000 tarihinden itibaren Amerika Birleşik Devletlerinde "*Eyaletler arası veya Dış Ticarete Elektronik Kayıtların ve İmzaların Kullanılmasını Kolaylaştıracak Kanun*"³⁸⁴ ile federal boyutta yasal bir uygulamaya geçilmiştir. Elektronik ticaretin önünü açmayı amaçlayan bu yasayla birlikte, artık sayısal imza hukukî bakımdan el yazısı ile atılan imza ile eş değer bir statüye kavuşmuştur. Söz konusu Kanuna göre, bazı alanlarda belli bir süre elektronik imza ile işlem yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

ABD'de elektronik imzaların hukuki statüsü esas olarak üç kanunla belirlenmiştir³⁸⁵;

a) Standart Elektronik İşlemler Yasası: Model yasa, 30 kadar eyalet tarafından kabul edilmiş olup, eyalet yasalarına göre elektronik imza kullanımı için temel çerçeveyi çizmektedir.

³⁸⁴ Kanunun Türkçe metni için bkz. <http://www.tbb.org.tr/turkce/gruplar/E-ticaret/EBD>.

³⁸⁵ Demirel, İnci, <http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/Ekim2002/inci.htm>

b) Ulusal ve Uluslararası Ticarete Elektronik İmza Yasası (e-İmza), ulusal çerçevede esasları belirlemektedir.

c) Devlette Kırtasiyenin Azaltılması Hakkında Yasa: Kamu kurumlarına elektronik kayıtları ve imzaları kullanmada belirli yükümlülükler getiren federal bir yasadır.

Kanada: 10 Nisan 2001'de yürürlüğe giren Elektronik İşlemler Yasası, tüm elektronik işlemlerle ilgili.

Arjantin: 15 Ağustos 2001 tarihli Sayısal İmza Kanunu.

Bermuda: 1999 tarihli Elektronik İşlemler Yasası, elektronik imza ve kayıtları kapsıyor.

Brezilya: 1999 tarihli bir taslak yasa var, sayısal imzalarla ilgili.

Kolombiya: 21 Ağustos, 1999 tarihli, 527 sayılı Elektronik Ticaret Yasası var. 1996 tarihli UNCITRAL Model Elektronik Ticaret Yasası örnek alınmış.

Ekvator: Elektronik ticaret, elektronik imza ve veri mesajlarını kapsayan bir taslak hazırlandı.

Meksika: Ticaret Kanununda elektronik imzaları kapsayacak bir değişiklik yapılmak isteniyor.

3.4. Asya Ülkeleri

Japonya: 24 Mayıs 2000'de kabul edilip, 1 Nisan 2001'de yürürlüğe giren Elektronik İmzalar ve Sertifika Hizmetleri Hk. Yasa.

Singapur: 29 Haziran 1998 tarihli Elektronik İşlemler Yasası.

Hindistan: 1998 tarihli Elektronik Yasası ve 2000 tarihli Bilgi Teknolojisi Yasası.

Hong Kong: 7 Nisan 2000'de yürürlüğe giren Elektronik İşlemler Yönetmeliği.

Çin Halk Cumhuriyeti: İnternet bankacılığına ilişkin yasal düzenlemeler var.

Rusya: Rusya Federasyonu Bilişim Yasası, Ocak 1995 tarihli,

Malezya: 1 Ekim 1998'de yürürlüğe giren Sayısal İmza Yasası.

Güney Kore: Elektronik Ticaret Temel Kanunu ile Elektronik İmza yasası 2001 yılında kabul edilmiştir.

Tayvan: Elektronik İmza Yasası yasalaşma süreci içine girdi.

Tayland: Elektronik İşlemlerle ve Elektronik İmzalarla ilgili iki yasa taslağı birleştirildi ve taslak Kabine tarafından onaylandı.

3.5. Diğerleri

İsrail: 5760 sayılı, 2000 tarihinde çıkarılan Elektronik İmza Yasası.

Avustralya: Çeşitli bölgelerin 2000 tarihli Elektronik İşlemler Yasaları bulunmaktadır.

Yeni Zelanda: Ticaret Yasasında düzeltmeler ve elektronik ticaretle ilgili yasal düzenlemeler taslak halinde.

Gibraltar: Elektronik Ticaret Yönetmeliği, çeşitli e-ticaret konularına ilişkin.

İzlanda: Nisan 2001 tarihli Elektronik İmza Yasası kabul edildi.

Norveç: AB Direktifi ile uyumlu Elektronik İmzaların Kullanımı ve Tanınması Hk. Yasa Temmuz 2001'de yürürlüğe girdi.

Ukrayna: Elektronik belgelere ilişkin yarasını çıkardı, UNCITRAL Model Yasası esas alınmış³⁸⁶.

4. TÜRKİYE'DE YAPILAN ÇALIŞMALAR

4.1. 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu

E-Devlet oluşumunda "bilgi güvenliği" vazgeçilmez ve önceliği çok yüksek uygulamalardan biridir. Bilgi güvenliği konusunda en belirgin ve en yaygın uygulama elektronik imza ve sayısal imza konusunda olduğu görülmektedir³⁸⁷. Başta elektronik satın alma işlemleri olmak üzere, belge hazırlama, onaylama gibi işlemlerin birçoğunda kullanım alanı bulmaktadır.

Elektronik ticaret ve kamu alanında yürütülecek "e-devlet" olarak adlandırılan projenin altyapısının aslı unsuru elektronik imza olduğunun farkına varılmış olması nedeniyle TBMM tarafından, 15 Ocak 2004 tarihinde 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu'nu kabul edilmiş, 23 Ocak 2004 tarihinde 25355 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Konu hakkında yapılan ikincil mevzuat düzenlemeleri de tamamlanarak yürürlüğe girmiştir.

Elektronik İmza Kanunu'nun genel olarak iki aslı amacı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, elektronik imzanın teknik şartlarını düzenlemek, ikincisi ise elektronik imzanın hukukî niteliğini belirlemektir.

Kanunda ana hatlarıyla, güvenli elektronik imza, güvenli elektronik imzanın hukukî sonucu ve uygulama alanları, güvenli elektronik imza oluşturma ve doğrulama araçları, nitelikli elektronik sertifika, yabancı sertifikalar, elektronik sertifika sağlayıcıları, sertifika sağlayıcıların yükümlülükleri, hukukî sorumluluk, denetim ve cezai sorumluluk ile diğer kanunlarda yapılacak değişiklikler düzenlenmiştir.

4.2. Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 20'inci maddesi gereğince Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkarılan, "Elektronik İmza Kanununun

³⁸⁶ www.itu.int (28.10.2004).

³⁸⁷ E-Devlet Yolunda Türkiye, TBD., Kamu-BİB, Derleyenler: Dr. Ali Arifoğlu, Abdullah Körnes, Prof. Dr. Ali Yazıcı, Dr. M. Kemal Akgül, Ahmet Ayvalı, 2002, s.23.

Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" 6 Ocak 2005 tarih ve 25692 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelikle, elektronik sertifika sağlayıcılarının bildirim ve sertifikasyon süreçleri, güvenli elektronik imza oluşturma ve doğrulama verileri ile araçları, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, Telekomünikasyon Kurumu'nun, nitelikli elektronik sertifika sahibi ve üçüncü kişilerin yükümlülükleri, denetim, faaliyetin sona erme halleri, zaman damgası, yabancı elektronik sertifikalar, güvenlik, teknik ve mali hususlara ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir.

Yönetmelik, teknik kriterleri ve standartları, elektronik imza konusundaki detayları kendi bünyesine almamış, bu konuların tebliğler ile belirlenmesini tercih etmiştir. Sürekli değişen ve gelişen teknik konularda sınırlayıcı düzenlemeler getirmek çoğu zaman isabetli olmamakta, yeni standartlar, yeni kriterler önümüze çıkmaktadır.

4.3. Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ

Elektronik imzaya ilişkin süreçleri ve teknik kriterleri "Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ" ile düzenlenmiştir. Söz konusu tebliği Yönetmelik ile aynı tarihte, yani 6 Ocak 2005 tarihinde 25692 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Tebliğde, elektronik sertifika ilkeleri ve sertifika uygulama esasları, nitelikli elektronik sertifika başvurusu, sertifikanın oluşturulması, yenilenmesi ve iptal edilmesi, imza oluşturma ve doğrulama verileri ile araçları, ESHS'nin işleyişi, kullandıkları sistem, cihaz, personel, güvenlik, zaman damgası ve hizmetleri düzenlenmiştir.

4.4. Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu 13'üncü maddesinin 5'inci fıkrasına göre elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, Elektronik İmza Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu doğan zararların karşılanması amacıyla sertifika malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Sigortaya ilişkin usul ve esasların Hazine Müsteşarlığının görüşü alınarak Telekomünikasyon Kurumu tarafından "Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Yönetmeliği" hazırlanarak 26.08.2004 tarih ve 25565 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan "Zorunlu Sertifika Sigorta Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları" 27.01.2005 tarih ve 25709 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Genel şartlar içerisinde sigortanın konusu, ulusal veya uluslararası düzeyde nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan ESHS'nin Elektronik İmza Kanunundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu oluşan, nitelikli elektronik sertifika sahibi kişi veya kuruluşların ve üçüncü şahısların uğrayacağı zararlara ilişkin sorumluluğu, sözleşmede belirlenen zorunlu sigorta limitlerine kadar teminat altına alınmak olarak açıklanmıştır. Ayrıca Türkiye'de faaliyette bulunan ESHS'nin sigortacının bilgisi dâhilinde olan yabancı bir ülkede kurulu başka bir ESHS'ye ait kabul ettiği sertifikalardan doğan maddi zararlar da kapsama dâhil edilmiştir.

5. Elektronik İmzanın Hukukî Sonuçları

Elektronik imza kanunun amacında da belirtildiği gibi elektronik ortamda belgeye vurulan mühür olarak nitelendirilebilecek elektronik imza, kâğıt üzerine atılan imza ile aynı hukukî sonuca tâbi olmaktadır.

Kanun, genel gerekçesinde de belirtildiği gibi elektronik belgeyi değil; elektronik imzayı düzenlemiştir. Güvenli elektronik imzaya md. 5/f.1'deki hüküm ile elle atılan imza ile aynı hukuki sonuç bağlanmıştır.

Elektronik İmza Kanunu ile HUMK'na 295'inci maddeden sonra gelmek üzere 295/A maddesi eklenmiştir. 295/A maddesinin birinci fıkrasında "güvenli elektronik imza" ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar" hükmü getirilmiştir. Bu madde dolaylı bir şekilde elektronik senedi düzenlemiştir³⁸⁸.

ABD'de birçok eyalet elektronik imza ile imzalanmış belgeleri kesin delil olarak kabul etmekte ve bunların ispat kuvvetini de kesin delil olarak sayılan diğer delillerden daha üstün tutmaktadır³⁸⁹.

6. Elektronik İmza ile Yapılamayacak İşlemler

Elektronik İmza Kanununun 2. maddesinde kapsam belirtilmiştir. Buna göre "... ve her alanda elektronik imzanın kullanımına ilişkin işlemleri kapsar" denilerek herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Diğer bir ifade ile gerek kamu gerek özel alanda gerçekleştirilen bütün işlemlerde elektronik imzanın kullanılmasının önünde teorik olarak herhangi bir engel yoktur. Ancak Kanunun 5. maddesi bazı hukuki işlemleri kapsam dışına çıkartmıştır.

Bu kısıtlamaların getirilmesinde temel alınan hususun, hukuki işlem güvenliğini tesis etmek, ispatının sağlanmasında mevzuatımızda öngörülen şartların aynen devam etmesinin sağlanması, tarafların etraflıca düşünmelerine imkân tanınması gibi sebeplerin olduğu söylenebilir.

Kanunun 5. maddesinde "güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı, elektronik imzaya ilişkin hükümlerin taşınmazlarla ilgili aynî hak değişikliğine yol açan işlem ve sözleşmelerde ya da özel merasime tâbi tuttuğu hukukî işlem ve sözleşmelerde uygulanmayacağı" hükme bağlanmıştır. Kanun şekle bağlı kanunî işlemlerden resmî şekilde olanları ayırtmıştır.

7. Elektronik İmzanın Kullanım Alanları ve Avantajları

Elektronik imzalarla gündeme gelen hukuksal sorunlara verilecek cevaplar, güvenli elektronik sözleşmelere zemin hazırlamak bakımından öncelikle elektronik ticaretle

³⁸⁸ Konuralp, H., agm.

³⁸⁹ UKK, Hukuk Çalışma Grubu, www.tk.gov.tr, (21.11.2004).

ilgili boyutu itibariyle büyük önem taşımaktadır. Nitekim, elektronik imza teknolojilerinin ortaya çıkmaya başladığı günlerde bu gerçeği görerek 1995'lerden başlayarak elektronik ispat aracı olarak elektronik imzalara ilişkin düzenlemeler yapan Amerika, Japonya, Kanada gibi ülkeler hatta Amerika'da da bu düzenlemeleri en önce yapan eyaletler, elektronik ticaret konusunda çok büyük avantajlar yakalamışlar ve bu avantajlardan yararlanmışlardır ve halen yararlanmaktadırlar³⁹⁰.

Bilişim teknolojisinin sunduğu olanakların sınır ötesi ekonomik aktiviteleri arttırdığı açıktır.

Elektronik imza ile birlikte internet ortamında yapılacak her türlü e-devlet, e-belge, e-ticaret, e-haberleşme, e-sağlık gibi işlemlerde hem kullanıcı hem de alıcı koruma altına alınmış olmaktadır. Taraflar birbirlerinin kimliklerini şüpheye meydan vermeyecek bir şekilde öğrenmiş oluyorlar. Bunu sağlamada güvenilir sertifika otoritelerine, yetkilendirmeyi yapacak Telekomünikasyon Kurumu'na büyük görevler düşüyor.

Sayısal imza ile ifa edilmesi beklenen sonuçlar onun ticari hayat açısından önemini ve vazgeçilmezliğini ortaya koymaktadır³⁹¹. Gerçekten de elektronik ortamda yapılan ticaretin önümüzdeki yıllarda trilyon dolarları aşacağı tahmin edildiğinden elektronik ortamdaki güveni tesis etmek, size e-posta atan veya bir sözleşme için icapta bulunan kişinin kimliğinden veya gönderilen belgenin içeriğinin değişmediğinden emin olmak gerekmektedir.

Elektronik imzanın kullanımıyla bankacılık işlemleri ucuzlayacak, maliyetler azalacaktır. Pek çok işlem banka şubelerine gitmeden güvenli bir şekilde gerçekleştirilebilecektir. Elektronik ortamda bilgi paylaşımı ve ticaret hacmi artacak, alıcı ve satıcıların kimlikleri elektronik sertifika sayesinde net bir şekilde belli olacaktır.

Teknoloji kullanıldıkça istihdam edilen personel sayısı düşecektir³⁹². Elektronik imza kullanımı bir yandan personel tasarrufu sağlayacaktır.

Elektronik imza sayesinde, kamunun kendi arasında ve vatandaşlar ile yapacağı bilgi alışverişini elektronik ortamdan yapabilecektir. Böylece kamuda vatandaşa daha hızlı ve güvenli hizmet sunmak mümkün olacaktır. Kamu kurumlarının geliştirmekte olduğu projelerde elektronik imza altyapısına göre hazırlıklar yapılmaktadır. Yasanın yürürlüğe girmesiyle derhal e-imza uygulamalarına başlanabilecektir³⁹³.

³⁹⁰ Küçüközyiğit, 10.

³⁹¹ Spyrelli, C., agm.

³⁹² Seyhan, Tacidar, www.tbmm.gov.tr (15.01.2004).

³⁹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Adalet Bakanlığı'nın gerçekleştirmekte olduğu örnek e-devlet projesi Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP), www.adalet.gov.tr (19.04.2004).

Elektronik imza, kimlik doğrulama ve kullanıcıların kimliğinden emin olmayı sağlar, böylece tereddütleri ortadan kaldırır. Kullanıcı haklarını ve yetkilerini tanımlamayı kolaylaştırır. Şirketlerin işlerini önemli ölçüde kolaylaştırır. Kullanıcıların inkâr edilmesi olasılığını ortadan kaldırır. İletişimde ve alışverişte güven unsuru artar. Gizlilik ve bütünlük sağlanır. Veriler istenmeyen değişikliklere karşı korunur. Veri kaynağı daha kolay kontrol edilebilir.

Teşekkür ediyorum.

BAŞKAN - Sayın Ali Kaya'ya bu güzel konuşmasından dolayı teşekkür ediyoruz.

Malumunuz, elektronik ticarete ülkemizin durumu hiç de iyi değil. Özellikle maliyetlerin minimize edilmesi açısından elektronik ticaretin geliştirilmesi gerekiyor. Burada da en önemli konulardan bir tanesi, elektronik imza olarak gözükmüyor. Şahsen bu konuda ben de hiçbir şey bilmediğimi öğrendim. Herhalde buna ilişkin birtakım sektörler de çıkmaya başlayacak. Sağlayıcılardan bahsettiniz, şu anda bu işi yapan herhangi bir firma var mı?

Ali KAYA - Şu anda bununla ilgili iki kuruluş başvurusunu yaptı. Bunlar 1 Temmuz'dan itibaren resmen elektronik sertifika dağıtmaya başlayacaklar. Aynı zamanda kamu için de kamu sertifika otoritesi olarak TÜBİTAK bu işleri hazırlamaya çalışıyor ve büyük ihtimal 1 Temmuz'a yetiştirecek. Onlar da bunu üretiyor olacaklar. Ayrıca, bunların dağıtımını, çünkü bu elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları noterlik vazifesi yapacak. Öyle bir sektörün çıkması iyi olacak.

BAŞKAN - İşsizlik ciddi bir problem, işsizliğin azaltılması konusunda yardımcı olacak.

Teşekkür ediyoruz efendim.

Bu mevzuatın hazırlanmasında değerli katkıları olan ve sayesinde burada bulunduğumuz Sayın Doç. Dr. Ahmet Gökçen, ekonomik suçlarla bağlantılı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen koruma tedbirleri konusunda konuşacaklar.

Sayın Gökçen, 1960 yılında Salihli'de doğdu, 84 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi mezunu, 86 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisidi, 93 yılında ceza muhakemesi hukukunda elkoyma adlı teziyle doktoru unvanını aldı. 2000 yılında Halkı, Kin ve Düşmanlığa Tahrik Etme Cürümü konusundaki çalışmasıyla bu alanda doçent oldu.

Almanya'da iki yıl araştırma bursuyla Mawbilank Enstitüsü'nde çalıştı, yeni ceza mevzuatının hazırlanmasında Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda danışman olarak görev aldı.

Buyurun efendim.

Doç. Dr. Ahmet GÖKCEN - Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım; ben, bu son oturumda yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen şirketlerle ilgili olarak getirilen koruma tedbirlerinden bahsedeceğim. Tabii, koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılabilmesini imkân dahiline koyan tedbirlerdir. O bakımdan da Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle ilgili birkaç kelimedede bu vesileyle etmek istiyorum. Yeni Ceza Kanun'unun genel hükümlerinde yapılan düzenlemelerin aksine, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan düzenlemelerde kanunun temel anlayışı değiştirilmemiştir, CMUK, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tercümesi suretiyle vücuda getirilmiştir, ama zaman içerisinde Alman kanununda yapılan ve çıkan ihtiyaçları, kanuna yansıtmak için yeni düzenlemeler yapılmıştır; yani, esas, temel prensipleri ve yargılamaya ilişkin düzenlemelerinde esas itibarıyla bir değişiklik yoktur; ama hem adil bir ceza muhakemesinin yapılabilmesi hem de kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi amacıyla birtakım düzenlemeler, değişiklikler yapılmıştır.

Değişiklikler bir taraftan adil bir ceza muhakemesinin, yani kovuşturma evresinin adil bir yargılama şeklinde gerçekleşmesi, bir de soruşturma evresinin, yani hazırlık soruşturmasının bir hukukçunun kontrolünde, yani savcının etkin katılımıyla yapılabilmesini sağlamak amacıyla yapılmıştır. Aslında, bu düzenlemeler, mevcut 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'muzda da vardır, ama Kanun tabiri caizse, Alman kanunuyla aynı olmasına rağmen, uygulama yörüngesinden saptırılmıştır. Yani, Türkleştirilmiştir CMUK uygulama şekliyle. Yapılan düzenlemelerle bunun aynı yörüngeye oturtulması belki hazırlık soruşturmasında, hukukçuların etkin katılımını sağlamak suretiyle belki yörüngesine oturtulması amaçlanmıştır.

Efendim, şimdi koruma tedbirleri diyoruz; toplumsal düzende suçların işlenmesi önce önlenmek istenir, önlemek için idarî tedbirler alınır. Bunlara önleme tedbirleri denir. Mesela, suç işlenmesini önlemek için gece karanlık olan yerleri lambayla aydınlatırsınız ki suç işlenmesin. Bu suretle önleme sağlanır. Polis teşkilatı kurarsınız, etkin bir kolluk faaliyeti gerçekleştirirsiniz suretle suçların işlenmesi önlenir. Ancak eğer, önleme tedbirleriniz yetersiz kalmış ve bu yetersizlik yüzünden suç işlenmişse, artık, önleme tedbiri değil, koruma tedbirleri devreye girer. Yani neyi koruyoruz; artık, bir suç işlenmiştir, bu suçun işlenmesinde ortaya çıkan delillerin korunması ve bu deliller sayesinde adil bir ceza muhakemesinin yapılması. Bu olguya koruma tedbiri denme sebebi budur.

Yeni ceza muhakemesinin sisteminde delilden sanığa gitme anlayışı etkin biçimde vurgulanmıştır ve delilden sanığa gidebilmek amacıyla da toplumda meydana gelen olaylar karşısında adliyenin aciz kalmaması, etkin bir şekilde suçlulukla mücadele edebilmesini sağlamak amacıyla kolluk makamlarının savcılık makamının, yargılama

makamının bu muhakeme sürecindeki yetkileri etkin biçimde artırılmıştır. Bununla ilgili bu yapılan düzenlemelere koruma tedbirleri diyoruz.

Bir de yeni mevzuatımızda kabul edilen temel bir prensip de şudur: Mevzuatımızdaki yasa kirliliğinin engellenmesi. Şimdi, mevzuatımızda, ceza mevzuatımızda da böyledir, muhakeme hukuku anlamında da böyledir. Mesela, telefon dinleme; batılı ülkelerde 1960-70'li yıllarda ceza muhakemesi kanunlarına girmiştir, ama bizde 1992'de 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda düzenlenmiştir. Oradan Terörle Mücadele Kanunu'na atfı yapmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'na; yani, telefon dinleme bir koruma tedbiri olduğuna göre, bu niye ceza muhakemesinde düzenlenmesin de başka özel bir yasada düzenlensin. Hâkimimiz, Savcımız, Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre mi işlem yapacak, yoksa özel ceza kanunlarını mı araştıracağız. Bu mevzuat kirliliğini önlemek amacıyla Ceza Kanunu'nda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da asıl temel prensiplerin düzenlenmesi düşünülmüştür.

Bu anlamda, mevcut koruma tedbirlerinden farklı olarak neler getirilmiştir; temel başlıklar halinde onları ifade etmek istiyorum. Koruma tedbirleri, yani yakalama, tutuklama, arama, elkoyma, telefon dinleme, gizli soruşturmacı veya teknik araçlarla izleme gibi ceza muhakemesinin yapılabilmesini sağlamak amacıyla işlenmiş suçları aydınlatmak amacıyla delillerin ortaya çıkarılabilmesi için hâkim kararıyla ya da gecikmesinde tehlike bulunan hallerde savcının kararıyla müracaat edilen tedbirlerdir. Konumuzla, şirketlerle bağlantılı olan ve mevcut kanunda olmayan tedbirlerden bahsetmek istiyorum: Mesela, koruma tedbirleri 90'ncı maddeden 140'ncı maddeye kadardır ve yeni düzenlemede tazminat istemine ilişkin, yani bütün haksız uygulanan koruma tedbirleri bakımından tazminat istemine ilişkin bir hüküm 141 ve 144'üncü maddelerde yer almaktadır.

Arama konusunda yapılan düzenlemeler var, tutuklama, gözaltına alma konusunda yapılan düzenlemeler var. Ben, burada el koymaya ilişkin bir düzenlemeden bahsedeceğim. Elkoymada mevcut kanunumuzun 86'ncı maddesinde yeni kanunun 123 ve devamı, 128 ve devamı maddelerinde yer almaktadır. Elkoymaya ilişkin düzenlemeler yeni Ceza Kanunu'nun eşya müsadereesine ve kazanç müsadereesine ilişkin düzenlemeleriyle paralel bir biçimde eşya ve kazancın muhafaza altına alınması elkoyması şeklinde 123'üncü maddede, taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma şeklinde de 128'inci maddede düzenlenmiştir. Yani, 123'üncü maddedeki düzenleme 86'ncı maddenin karşılığıdır, delil olabilecek nitelikteki eşyaya elkoyma ya da müsadereye tabi eşyaya elkoyma; ancak, yeni kanunda, kazanç müsadereesine ilişkin özel düzenleme bulunduğu için kazanç müsadereesinin konusunu teşkil edebilecek mallara elkoyma, ayrıca 128'inci maddede düzenlenmiştir, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma şeklinde.

Burada soruşturma ve kovuşturma konusu suçun işlendiğinin belli olması ve bu suçtan elde edildiği yönünde kuvvetli suç şüphelerinin bulunması halinde, hâkim kararıyla taşınmazlara, kara, deniz, hava ulaşım araçlarına, bankadaki mal varlığı, kiralık

kasalara, her Şeye elkoyma imkânı; yani, bugün bazı suçlar açısından bankalarla ilgili yapılan özel düzenlemenin daha çerçevesi sağlam biçimde çizilmiş şekilde ceza muhakemesine getirilmesine ilişkin düzenlemedir ve bunun da şartları açık bir şekilde ifade edilmiştir. Burada taşınmazlara, yani suçun işlendiği ve o suçtan elde edildiğinin belli olması, kuvvetli suç Şüphelerinin bulunması halinde bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma yaparken bunlara elkoyma mümkün olabilecektir.

Burada önemli bir kriter getiriliyor, suç katalogları yapılmıştır yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve muayyen suçlar bakımından bu mallara elkonulabilecektir. Mesela hileli iflas suçu söz konusuysa, suç işlemek amacıyla örgüt söz konusuysa, ihaleye fesat karıştırmaya söz konusuysa, Bankalar Kanunu'ndaki suçlar söz konusuysa, bu koruma tedbirine müracaat edilebilecektir.

130 uncu maddede, Şirket yönetimine kayyım tayin etme söz konusu olacaktır. Bu da ceza muhakemesi anlamında bir koruma tedbiridir. Onun için, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmesi gerekir. Mesela, yeni Ceza Kanunu'nun sisteminde tüzelkişiler açısından ceza öngörülmez; ama, suçlar, o tüzelkişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmişse ya da müsadereye tabi orada haksız bir kazanç söz konusuysa, o zaman ileride müsadereyi mümkün kılmak amacıyla bu suç işlemekte araç olarak kullanılan Şirketlerin yönetimine kayyım tayin edilebilecektir. Bugünkü uygulamada yapılan özel düzenlemelerle Şirket yönetimine elkonulmaktadır. Böyle yapıldığı zaman da, mesela Şirketin borsada değeri 10 ise, yönetimine el koyduğunuz zaman 2-3'e düşmektedir. Bu mahzurların giderilmesi, neticede bir kamu alacağının tahsil edilmesi amaçlandığı için, bu problemin önlenmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişlikle yönetimi değiştirmeden, ama oraya kayyım tayin etmek suretiyle Şirketin piyasa değeri düşmesinin önlenmesi amaçlanmıştır; ama, bu gibi kararları vermek için hem hâkim kararı hem de kuvvetli suç Şüphelerinin bulunması gerekir.

Bir başka husus, bilgisayarlarda ve bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve elkoymaya ilişkin düzenlemedir. Bazı suçların işlendiği iddiasıyla Şirketlerde arama yapılıyor ve bu aramalar esnasında da bilgisayar verilerine elkoyma konusunda özel bir düzenleme olmadığı için, o Şirketin bilgisayarları, elektronik eşyaları kolilere doldurup karakola götürülüyor, malı şubeye götürülüyor. O Şirketin, bu şartlar altında faaliyetini icra edebilmesi mümkün değil. Yeni getirilen hüküm savcının veya hâkim kararıyla bu belgelerin kopyasını almak ve Şirketin faaliyetlerine devam etmesine imkân sağlamaktır.

İletişimin tespiti, telefonların dinlenmesi; yine bu Şirket yönetimi için kayyım tayini bakımından da kanunda öngörülen suçların işlendiği yönünde suç Şüphelerinin bulunması lazım. Burada da bir katalog söz konusudur.

İletişimin tespiti ve kayda alınmasına ilişkin düzenleme, yani telefon ve diğer vasıtalarla yapılan haberleşmenin dinlenmesine ilişkin hümm, 135 inci maddededir, burada da muayyen suçların işlendiğine dair kuvvetli suç Őüpheleri varsa ve başka türlü delil elde etme imkânı yoksa, bunların hâkim kararıyla dinlenmesi ve bu suretle delil elde edilmesi imkân dahiline sokulmaktadır.

Burada da yine ekonomik yönü olan suçların da bu katalog içerisinde yer aldığını ifade edeyim. Bu türlü dinlemeler esnasında tesadüfen elde edilen delillerin nasıl değerlendirileceğine ilişkin düzenleme 138 inci maddededir.

Gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konusu da yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda koruma tedbiri olarak girmiştir ve bunun da şartları belirlenmiş ve hangi suçlar bakımından uygulanacağı ifade edilmiştir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 248 inci maddesinde zorlama amaçlı elkoyma düzenlenmiştir. Eğer bir sanık, hakkında bir dava açıldığını biliyor ve kaçıyor, gelmiyorsa, yapılan çağrılara rağmen gelmiyorsa, onun mallarına, 248 inci maddedeki esaslar çerçevesinde el koymak suretiyle onun mahkeme önüne gelmesi sağlanmak istenmiştir. Biliyorsunuz, sanık olmadan onun giyabında yargılama yapmak mümkün değildir.

Çok genel hatlarıyla bu kadar zaman içerisinde söyleyebileceğim hususlar bunlar.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

BAŞKAN - Efendim, zamana uyum konusundaki titizliğinizden dolayı sizi kutluyoruz.

Benim şanssızlığım, tabii ki, en gaddar oturma başkanı ben oldum, şartlar beni buna itti; onun için, tüm konuşmacılardan bundan dolayı özür diliyorum.

Değerli katılımcılar, Adalet Bakanlığımızın değerli mensupları, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin değerli üyeleri; iki gün boyunca özveriyle samimi bir ortamda Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu'nun düzenlenmesinde ve gerçekleştirilmesinde göstermiş olduğunuz ilgi ve katkınıza teşekkür ediyoruz.

Değerli Hâkim ve Savcılarımız ile değerli özel sektör mensuplarımızın bir araya getirilmesi ve ekonomik suçlarla ilgili görüş ve düşüncelerin ortaya konulmasını amaçlayan sempozyumumuz zannediyorum başarıyla bitmiştir.

Yargı mensuplarımız ile özel sektör mensuplarının bir araya getirilmesi ve ortak çalışmaların yapılmasından ziyadesiyle memnuniyet duyduk.

Bu nedenle, böyle bir sempozyumun düzenlenmesini sağlayan Adalet Bakanlığımıza ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğimize bir defa daha teşekkür ediyoruz.

Bu sempozyumun, bundan sonra belirlenecek zaman aralıklarında yine aynen bu mekanda yapılmasını ve burada oluşturulan fevkalade olumlu işbirliğinin yaşatılmasını, değerli heyetinizin izni olursa hem Adalet Bakanlığı'ndan hem de Odalar ve Borsalar Birliğinden istiyoruz.

Öyle inanıyorum ki bu ilke için birlikte daha güzel hizmetler yapacağız ve daha olumlu sonuçlar alacağız.

Bu duygu ve düşüncelerle hepinize katılımlarınız ve değerli katkılarınız için teşekkür ediyor, saygı ve sevgilerimi sunuyorum. Arz ederim.