



**İSTANBUL MEDENİYET  
ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ**

**TARİH VE DOĞMATİĞİN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA  
HUKUKU**

Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik

***Prof. Dr. Dr. Thomas VORMBAUM***

*Çeviren: Ercan YAŞAR*

**KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN AKDEDİLMESİ**

The Termination Of Public Service Concession Agreement

***Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN***

**KAMU HUKUKU ARŞİVİ (KHUKA) 1998'DEN BERİ  
YAYIMLANAN VE YÖK KRİTERLERİNİ YERİNE GETİRMİŞ,  
ULUSAL HAKEMLİ BİR KAMU HUKUKU DERGİSİDİR.**

---

KHukA

Kamu Hukuku Arşivi – 2014-2

Archiv des öffentlichen Rechts – 2014-2

**L'Archive du droit Public – 2014-2**

Archive of Public Law – 2014-2

---

**Altı ayda bir yayımlanır. (Haziran ve Aralık aylarında)**

Die Zeitschrift erscheint halbjährlich.

Cette revue se publie deux fois par ans.

Bi-annual.

**Cilt XIV, Sayı 2**

Band XIV, Nummer 2

Volume XIV, Numéro: 2

Volume XIV, Number: 2

**Editör** : Yrd. Doç. Dr. Halid ÖZKAN

**Editör Yardımcısı** : Ar. Gör. Recibe ÖZYURT

**Sahibi** : İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Sorumlu** : Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden

**Adres** : D100 Karayolu 6/1, Kadıköy- İSTANBUL

**Tel** : 444 42 43 / Dahili: 1364

**E-posta** : halidozkan@yahoo.com

**YAYIN KURULU / SCHRIFTLLEITUNG / COMITÉ DE L'ÉDITION / ASSOCIATED EDITORS**

Prof. Dr. Mustafa Avcı *Selçuk Üniversitesi*

Yrd. Doç. Dr. Murat Tumay *Selçuk Üniversitesi*

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden *İstanbul Medeniyet Üniversitesi*

Yrd. Doç. Dr. Murat Aydın *Selçuk Üniversitesi*

Kamu Hukuku Arşivi (KHukA) 1998'den Beri Yayımlanan ve YÖK Kriterlerini Yerine  
Getirmiş,

**Ulusal Hakemli Bir Kamu Hukuku Dergisidir.**

E-MAIL: kamuhukukuarsivi@gmail.com

---

**YAYINCI / VERLAG / PUBLISHER**

**A D A L E T Y A Y I N E V İ**

Cihan Sokak 16/B Sıhhiye / Ankara

Tel: (0 312) 231 17 00 – 231 17 94 / Faks: (0 312) 231 77 04

web: adaletyayinevi.com / e-mail: adalety@adaletyayinevi.com

---

**Baskı:**

Sonçağ Mat. Yay. Tic. San. Ltd. Şti.

Sertifika No: 25931 Tel: (0 312) 341 36 67 - Ankara

## **YAYIN İLKELERİ ve AÇIKLAMALAR:**

1-Dergide yayımlanması istenen çalışmalar **Halid Özkan** adına **halidozkan@yahoo.com** elektronik posta adresine gönderilmelidir. Gelen çalışmalar editör ve editör yardımcılarımız tarafından bir **ön inceleme**ye tabi tutulduktan sonra yayın kurulu tarafından değerlendirilerek ilgili hakem kurulu üyesine gönderilir. Çalışmanın, hakemlerin incelemesi ve düzeltmelere olanak tanınması amacıyla yayın tarihinden **en az üç ay önce** gönderilmesi tavsiye edilir. Hakem kurulu üyesine gönderilecek çıktıda yazarın adı yer almaz (Kör hakemlik usulü).

2- Yayımlanan çalışmadaki dil, üslup, görüş ve hukuki sorumluluk yazara/yazarlara aittir. Gönderilen yazıların, yazım bakımından **son denetimlerinin yapılarak** tarafımıza ulaştırıldığı ve dilbilgisi kurallarına uyulduğu ve bu hali ile basılması istendiği kabul edilir. Yayın kurulu çalışma üzerinde esasını bozmadan değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Editör çalışmanın özüne dokunmaksızın ifade ve biçimle ilgili değişiklikler yapabilir.

3- Gönderilen çalışma yayımlandığı takdirde telif haklarının Editörün tasarrufunda olmak üzere derginin yayımlandığı tarihteki sahibine devredilmesine rıza gösterildiği anlamına gelir. Yazar bu çalışmasını başka bir süreli yayında yayınlamama taahhüdünde bulunmuş sayılır. Çalışmalar için telif ücreti ödenmeyecektir. Yazara, ilgili sayı basılı olarak 3 adet gönderilecektir.

4- Başka yerde yayımlanmış çalışmalar kabul edilmez.

5- Çeviri eserlerde; çeviren, eser sahibinden ya da yayın hakkına sahip kişi ya da kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini istendiği zaman ibraz etmek durumundadır. Bu husustaki her türlü sorumluluk çeviren yazara aittir.

6- Yayımlanmak üzere gönderilen çalışmalar "Office Word" (en az 2003) programında, yazı karakteri "Arial" ve 9 punto, tek aralık, dipnotları ise 8 punto ve sayfa altında gösterilerek hazırlanmalıdır.

7- Makaledeki ana başlıklar 9 punto, koyu (bold) ve tüm harfler büyük olacak şekilde olmalıdır. Takip eden alt başlıklar 9 punto, koyu, ancak bu kez sadece ilk harfleri büyük olacak şekilde olmalıdır. Üçüncü bir alt başlık halinde ise 9 punto, italik, normal (koyu değil) sadece ilk harfi büyük olmalıdır. Mümkün olduğunca az başlık kullanılmalı ve karışık numaralandırmalardan kaçınılmalıdır. Yazının başlık standardına uygun olması yayın sürecini hızlandıracaktır.

8- **Her çalışma Başlık/Title, Özet/ Abstract, Anahtar Kelimeler/Keywords, Giriş/Introduction, Sonuç/ Conclusion içermelidir.**

9- Dergimizde "Dipnotlu Kaynak Gösterme Yöntemi (Klasik Sistem)" kullanılması tavsiye edilmektedir. Yabancı dilde yayımlanmak üzere gönderilen çalışmalarda "Metin İçi Kaynak Gösterme Yöntemi (APA Sistemi)" de kullanılabilir.

10- **Dipnotta verilen literatür "Kaynakça/Yararlanılan Kaynaklar" olarak çalışmanın sonunda verilmelidir.**

11- Çalışmalar ile birlikte, yazarın iletişim bilgileri (açık adresi ve telefon numaraları, elektronik posta adresi) editöre gönderilmiş olmalıdır. Ayrıca **güncel e-posta adresi ve ünvan ve çalışılan kurum bilgisi ilk dipnotta mutlaka verilmelidir.**

12- **ÇALIŞMANIN BAŞLIĞI TÜRKÇE'NİN YANINDA İNGİLİZCE OLARAK DA İFADE EDİLMELİDİR. MAKALENİN BAŞLANGICINA 150-200 KELİMELİK İNGİLİZCE ÖZET VE AYNI ÖZETİN TÜRKÇESİ; İNGİLİZCE VE TÜRKÇE ANAHTAR KELİMELER EKLENMELİDİR.**

ATIF İÇİN ÖNERİLER:

**Altındag, Halil, "Anayasa Mahkemesinin (02.04.2014 Tarihli) Twitter Kararı", KHUKA, 2014; 14 (2): 1-4**

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara 2014, s.?.

#### **INFORMATION TO COTRIBUTERS**

1. The manuscripts is send to the address of the editorial board. The received work is send to peer related reviewers after a brief check by editorial board. The manuscripts should be sent as early as there months before publication for the completion of refeires' suggestions and required corrections. The manuscripts send to refeires will not include the identities of the authors.

2. The editorial board finds itself abstained from all legal responsibilities that the ideas, style and format disclosed in the manuscript after publication.

3. Buy submitting the manuscript, the Authors is accepting that copyright of the manuscript will be trasferred to IMUHF after publication in KHUKA, and will not be published in any journal.

4. The published manuscript in any journal is not accepted for consideration.

5. The submission should have an compatible CD including a copy written by Office Word 2003 or above, the body text with Arial-8. the editorial committee reserves all the right for any change in the manuscript.

**Hakem Kurulu / Beirat / Comité de Consultant /  
Consulting Board \***

- Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi*  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, *Gazi Üniversitesi*  
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ, *Gazi Üniversitesi*  
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK, *Fatih Üniversitesi*  
Prof. Dr. Mustafa AVCI, *Selçuk Üniversitesi*  
Prof. Dr. Meltem Dikmen CANİKLİOĞLU, *Dokuz Eylül Üniversitesi*  
Prof. Dr. Ahmet CİHAN, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi*  
Prof. Dr. M. Emin ÇAĞIRAN, *Gazi Üniversitesi*  
Prof. Dr. Fevzi DEMİR, *Dokuz Eylül Üniversitesi*  
Prof. Dr. İlyas DOĞAN, *Gazi Üniversitesi*  
Prof. Dr. Recep GÜLŞEN, *Zirve Üniversitesi*  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ, *Dokuz Eylül Üniversitesi*  
Prof. Dr. Osman KAŞIKÇI, *Fatih Üniversitesi*  
Prof. Dr. Bernhard KEMPEN, *Köln Üniversitesi / ALMANYA*  
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ, *Mevlana Üniversitesi*  
Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ, *Akdeniz Üniversitesi*  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, *Gazi Üniversitesi*  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK, *İstanbul Kültür Üniversitesi*  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN, *Çankaya Üniversitesi*  
Prof. Dr. Makoto TADAKI, *Chuo Üniv. Tokyo/ JAPONYA*  
Prof. Dr. A. Mete TUNÇOKU, *Onsekiz Mart Üniversitesi*  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY, *Bahçeşehir Üniversitesi*  
Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM, *KTO Karatay Üniversitesi*

---

\* Hakem Kurulu üyelerinin isimleri akademik unvan ve alfabetik soyadı sıralamasına göre düzenlenmiştir.

## İÇİNDEKİLER

TARİH VE DOĞMATİĞİN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN)  
CEZA HUKUKU

Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik.....37

***Prof. Dr. Dr. Thomas VORMBAUM***

*Çeviren: Ercan YAŞAR*

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN AKDEDİLMESİ

The Termination Of Public Service Concession Agreement.....77

***Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN***

## TARİH VE DOĞMATIĞIN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU \*

Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik

Prof. Dr. Dr. Thomas VORMBAUM \*\*

Çeviren: Ercan YAŞAR LL.M \*\*\*

Zu fragmentarisch ist Welt und Leben!  
Ich will mich zum deutschen Professor begeben.  
Der weiß das Leben zusammzusetzen,  
Und er macht ein verständliches System daraus;  
Mit seinen Nachtmützen und Schlafrockfetzen  
Stopft er die Lücken des Weltenbaus.  
*Heinrich Heine*<sup>1</sup>

### GİRİŞ

*Georg Christoph Lichtenberg*'in dediği gibi hep beraber erdeme ve pak bir suya sahip olmak ki bunlar maalesef çok övülür ancak pek az önemsenir.<sup>2</sup> Noksan

\* (Çev. Notu) Ceza hukukunun fragmentar oluşu onun daha tüm suç tiplerini düzenleme altına al(a)mamış boşluk sahibi başka deyişlerle eksik, noksan, kısmi yahut da daha tamamlanmamış olduğunu gösterir. Çeviri esnasında metnin içeriğini eksiksiz bir şekilde aktarabilmek için Fragmentarität (yahut fragmentarisch) kavramı yerine daha tamamlanmamış, eksik, noksan, boşluk sahibi, kısmi gibi kavramlar da kullanılmıştır.

(Yazarın Notu) 2011'de Leipzig'de düzenlenen Ceza Hukukçuları Gününde (Sempozyum) sunulan çalışmada dipnotların içinde kaybolmuş metin ve zaman kısıtlılığı nedeniyle sunulamayan birkaç paragraf burada metnin içinde (küçük yazı boyutu seçilerek) yeniden aktarılmıştır. Bu makale daha önce Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Band 123, Heft 4, s. 660-690) Dergisinde Ocak 2012 tarihinde yayınlanmıştır.

\*\* Prof. Dr.Dr. Thomas Vormbaum, FernUniversität in Hagen Institut für Juristische Zeitgeschichte Universitätsstraße 21, 58084 Hagen, Tel. Uni +49 2331 987 – 2907, Thomas.Vormbaum@fernuni-hagen.de

\*\*\* Berlin Frei Üniversitesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi: ercanyasar@zedat.fu-berlin.de

Bu eseri çevirme şansı veren değerli hocam Sn. Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum'a ve çeviriyi okuyup düzeltmeler yaptığı için Sn. Zekai Dağışan'a şükranlarımı sunuyorum.

<sup>1</sup> *Heinrich Heine*, Buch der Lieder (Die Heimkehr), aynı yerde, Sämtliche Werke. Düsseldorf Ausgabe. Bd. 1.1. Hamburg 1975, s. (sayfa) 271; ayrıca bkz. *Vormbaum*, "Kraft meiner akademischen Befugniß als Doctor beider Rechte". *Heinrich Heine als Jurist*, aynı yerde, (Hrsg.), Recht, Rechtswissenschaft und Juristen im Werk Heinrich Heines (Juristische Zeitgeschichte Abt. 6 [Recht in der Kunst] Bd. 27), Berlin 2006, s. 1 vd. (ve devamı), 7; Yine aynı eserde, Diagonale – Beiträge zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Literatur. Münster, Berlin 2011, s. 93 vd., 99.

<sup>2</sup> Harfi aktarım şu şekildedir: "pak bir suyun erdem ile birlikte sahip olduğu birçok benzerliklerin yanısıra şüphe yok ki bunlar çok övülür ancak pek az dikkate alınırlar", daha önce aktaran: *Kollath* (Hrsg.), *Georg Christoph Lichtenberg*, 2 x 2 = 3 oder Vom fruchtbaren Zweifel. Ein

(Fragmentar/fragmentarisch) Ceza Hukuku da tıpkı bu şekilde muamele görür, en azından yayınların nicelikleri bakımından dikkate alındığında bu muameleye maruz kaldığı ortaya çıkar. Aslında birçok yerde övgüyle zikredilmesi<sup>3</sup> ve hatta bazı kitaplarda başlık olarak karşımıza çıkması mutlu ediyor.<sup>4</sup> Eğer ki ben bu konu üzerine yazılmış önemli bir şeyi (çalışmayı/eseri) gözden kaçırmamışsam bu konuya derinlemesine yer veren az ama yine de yararlı pek çok Makale<sup>5</sup> yahut ders kitabı bölümleri<sup>6</sup> mevcuttur.

Bu amaç dâhilinde birinci kısımda bazı kavramları açıklama gerekliliği ortaya çıkıyor. İkinci kısımda bir kaç tarihsel bakış açısı ele alınacak ve üçüncü kısımda ise son olarak elde edilmiş kavramsal ve tarihsel material, bazı çıkarımlar ve öneriler ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır(ır).

## A) KAVRAM AÇIKLAMALARI

### I. GENEL ANLAMIYLA FRAGMENTARLIK

Kelime olarak “fragmentarlık” hukuk ve ceza hukuku bağlamında bazen pek ehemmiyetli olmayan uç alanlara denk gelen çeşitli olgular için kullanılır.

1) Hukuk biliminin fragmentar karakterinden bahsedilirken kendini tümdengelsel (tümdengelim yöntemiyle) gerekçelendiren, sistematik ve tam bir

---

Brevier, Wiesbaden 1952, s. 25. Ayrıca bkz. Aphorismus: “ne yazık ki pak suyu içmek bir günah değil, demiş bir italyan, ne lezzetli olurdu (o günahı işlemek)”, bkz.: *Georg Christoph Lichtenberg*, Sudelbücher, Heft F, Aphorismus 674, in: *Ders.*, Schriften und Briefe. Band 1. 3. Bası München 1994, s. 552.

<sup>3</sup> Seçilmiş birkaç eser: *Baumann / Weber / Mitsch*, Strafrecht AT. 11. Bası, 2003, s. 12; *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Bası 2008, s. 37; *Rengier*, Strafrecht AT. München 2009, s. 11; *Wessels / Beulke*, Strafrecht Allg. Teil. 40. Bası Heidelberg 2010, s. 3 Rn. 9; Detay için bkz. Anmerkung (Anm.: Belli bir konuya ilişkin akademik fikir beyanı) 6 diye anılan *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil. 2. Bası 2009, s. 9; Şu eserlerde hiç zikredilmemiş misal: *Frister*, Strafrecht AT. 2. Bası 2007; *Krey / Esser*, Deutsches Strafrecht AT. 4. Bası Stuttgart 2011, aynı doğrultuda – Sisteme dayalı, çünkü pozitif bir haksızlık ve suç temellendirmesine dayalı – b. *Köhler*. Strafrecht AT. Heidelberg 1997.

<sup>4</sup> Misal: *Momsen / Bloy / Rackow* (Hrsg.) Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung. 2000; Haas, Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls als Beispiel für die fragmentarische Natur des Strafrechts, Aynı eserde s. 145 vd.; Schilling, Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts. (Frankfurter kriminalwiss. Studien. 118). 2009.

<sup>5</sup> Şu eserler özellikle zikredilmeye değer: Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in: F Schr. für Maurach zum 70. Geburtstag. 1972, s. 9 vd.; Prittwitz, Funktionalisierung des Strafrechts, in: StV 1991, 435 vd. 437 I. Sp.; aynı eserde, Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. (Frankfurter kriminalwiss. Studien 50). 1995, s. 387 vd.; Kühl, Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht, in: F Schr. für Tiedemann. 2008, s. 29 vd.; Aynı eserde, Punktuelle Ergänzungen des Persönlichkeitsschutzes im Strafgesetzbuch, in: F Schr. Für Schöch. 2010, s. 419 vd., özellikles. 423 vd.; Son olarak: Hefendehl, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, in: JA 2011, 401 vd.

<sup>6</sup> Özellikle Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Bası 2001, s. 3 vd.; Roxin, Strafrecht AT 1. 4. Bası 2006, s. 8 vd.



## TARİH VE DOĞMATIĞIN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

şekilde ispatlamayı amaçlayan hukuk bilimi, hukuk retoriğinin sadece seçilmiş ve sağlam deliller üzerine oturtulmuş olgular üzerine ve soyut bir değer-sıralaması düzeninden yoksun olan enthymem (argüman) ile çatışıyor<sup>7</sup>. Problemin bu boyutu aşağıdaki incelememizin dışında kalacaktır<sup>8</sup>.

2) Ceza hukukunun “*Fragmentarität*” kısmı üzerinde Milan doğumlu hukukçu Fabio Basile göçmen kökenli insanların kültürel teşvik saikiyle işledikleri suçlar bağlamında durmuştur<sup>9</sup>. Global bir fenomen olarak Ceza Hukuku bir çok ulusal ceza hukukunun içinde küçük bölümlere ayrılmıştır. Bir insanın belli bir yerin (hukuk) düzeninden çıkıp başka bir (hukuk) yerin düzenine girişi beraberinde aşına olduğumuz birçok problemi getirmiştir: namus cinayeti, zorla evlendirme, genital yaralamalar (kadın ve veya erkek sünneti vb.) ve sair. Amerika Birleşik Devletleri’nde buradan muhakemeye ilişkin bir araç olan “*cultural defense*”<sup>10</sup> türemiştir. Keza fragmentarlığın bu anlayışı da ki ben bunu daha çok fragmentasyon olarak adlandırmak istiyorum, parantez dışı kalacaktır.

3) *Fragmentarlık* tek bir ceza hukuku düzeninin içinde de ele alınabilir. Feri ceza hukuku birtakım konularda -en azından fiiliyatta- ceza hukukunun merkezi (esas) kurallarından farklı kurallara tabi olarak yürür. Aynıısı çocuk ceza hukuku için de geçerlidir ve ceza hukuku kanununun içinde “ikili ayırım/çift hatlılık” sistemlerin mevcudiyetini ifade etmektedir. Fakat bu ayrışma da benim konuma (en azından doğrudan) dâhil değildir.

Aşağıdaki inceleme bu zikredilen üç problem alandan sadece bir tanesi ile sınırlandırılmıştır ki bu geniş kapsamıyla ceza hukukundaki fragmentarlığın ayrıntılarıyla konuşulabileceği alandır.

<sup>7</sup> *Enthymem* üzerine 2011’in başlarında Hagen Fern Üniversitesi (Hagen’da uzaktan eğitim veren üniversite) Hukuk Fakültesinde Katharina v. Schliefen ve diğerleri tarafından “Enthymem. Yargının fragmentar/noksan düzeni üzerine” başlıklı bir sempozyum düzenlendi. Bu sempozyumun programında bunların yanında denilebilir ki hukuki uygulama ve onun gerekçelendirme biçimi geçen yüzyıllarda metodolji (yöntembilimi) tarafından hiç dikkate alınmadı. Bunun aksine hukuk uygulamasında öğretinin mantıklı anlayışı der ki: mamafih akademik eğitim sistemi bu konuda etkisiz kalıyor. Bu sebeple geriye hukuki düşünce uygulamasının mantık aracılığıyla değil aksine eşdeğer retorik ile idrak edilebilirliği kalıyor. Detaylı bilgi için bunu takiben yayınlanan sempozyum cilt’ine bakınız.

<sup>8</sup> Öğretide oldukça fazla olan kaynaklardan bazıları: *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz. 1953 u.ö.; *Perelmann*, Juristische Logik als Argumentationslehre. 1979; Ceza Hukuku için Lüderssen’in eserindeki genel bakış ve delillerine/gerekçelerine bkz. *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme. 1967, s. 29 vd. – Tarihi açıdan bakıldığında daha çok kana ihtiyaç duyan ve statik-mekanik sistemli ve izole edilmiş kavramlardan dalgalı çıkış yapan bir (iç sıkıntısı) huzursuzlukla ilgili görünen, esyanın kendi kanununun güçlü bir şekilde dikkate alınmasıyla ve sistemin çözülmesini problemdüşünce aracılığıyla talep eden: kendini soyutlama ve sistemleştirmeye ilişkin “hızla büyüyen hukuk malzemesinin üstesinden gelmek için(...) ısrarlı talebi” (adı geçen eser sf. 36 Anmerkung 55). İtalyan hukuk bilimcisi Tiberio Deciani’nin (1509-1582) önemli rolü için bkz. Genel Hükümlerin şekillendirilmesi ve sistemi üzerine detaylı bilgi için bkz. *Lüderssen*, adı geçen eser, s. 36, Anm. 56, yakın tarihlî için ayrıca bkz. ayrıntılı *Pifferi*, Generalia delictorum. Il “tractatus criminalis” di Tiberio Deciani e la “parte generale” del diritto penale. Mailand (Giuffrè) 2006.

<sup>9</sup> *Basile*, Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali. Mailand (Giuffrè) 2010.

<sup>10</sup> Bununla ilgili olarak ilaveten bkz. *Basile* (wie Anm. 9), s. 262 vd.; *De Maglie*, Multikulturalismus und Strafrecht. Am Beispiel der USA, in: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 7 (2005/2006), s. 265 vd.

## II. ANA HATLARIYLA FRAGMENTARLIK

Fakat bu çalışma alanı hâlâ şu iki bölüm için bir daraltmaya gereksinim duyuyor. Bu gereksinim sadece yer sıkıntısı yüzünden değil, objektif sebeplerden dolayı da duyulmuş ve bu aşağıda zikredilen iki bölüm de parantez dışı bırakılmıştır.

1) Selektif Algılama ve şüphe oluşumuyla başlayan delilere ulaşılamaması ile devam eden “ayrıca örneğin ispat metod yasaklarından doğan normatif sebepler yahut delil konusunun yasak olabildiği haller” ve in dubio pro reo ilkesiyle biten ceza yargılamasının *selektif mekanizmalarından* kaynaklanan sürtünme kayıpları burada ele alınmayacaktır. Ayrıca tam tersi mekanizmalar olan kovuşturma yoğunluğunun artırılması da “örneğin kovuşturma memurlarının suç örgütlerini araştırma gerekçesiyle vergilendirme için önemli olan banka bilgilerine<sup>11</sup> ulaşmaları gibi bir toplu baskı” aşağıda dikkate alınmayacaktır.

2) Bunun yanısıra özellikle 20. yy’da hızla gelişen “yaptırımdan kaçınma ve daha az yaptırım uygulama”<sup>12</sup> imkânları parantez dışı kalacaklardır. Böylece ihtiyari ceza indirimi, cezayı mecburi yahut ihtiyari bir şekilde nazara almamak (görmezden gelmek), şahsi cezalandırılma yasağı sebepleri, cezayı kaldıran şahsi nedenler, cezanın ertelenmesi, “diversiyon”, infaza yönelik yumuşatmalar, cezanın geri kalanı için denetimli serbestlik, af ve son olarak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Alman CMK) madde 153 e göre dava sürecindeki (yargılama ile ilgili) sonlandırma imkânları inceleme dışında kalmış olacaktır. Bu Parantez dışı bırakmanın (konuya dâhil etmeme) temellendirmesi için kriminalizasyon ve penalizasyon (*Kriminalisierung* und *Pönalisierung*) kavramları daha doğrusu suç olarak düzenlememe ve cezalandırmama kavramları arasındaki farkı öneriyorum. Birincisi suç sayılabilen davranışların tanımlama yani soyut cezalandırılabilirlik ile ilgili iken ikincisi somut cezalandırma ile ilgilidir.<sup>13</sup> Aşağıda Ceza hukukunun noksanlığından sadece yasal cezalandırılabilir alanlar anlaşılır, buna karşılık bundan cezalandırmanın noksanlığı anlaşılmaz.

Kriminalize etmeme ve cezalandırmama (*Nichtkriminalisierung* und *Nichtpönalisierung*) arasındaki fark hukuk tarihi uzmanları için de aydınlatıcıdır. Çünkü bu iki alanın gelişimsüreçleri arasındaki davranış biçimi birbirlerine ilginç perspektifleri açmakta: cezalandırılabilirliğin ölçülü azaltılması 19. yüzyılın üç taksiminin ilk ikisinde –aşağıda adlandırılan sınırlamalar ile birlikte- tutarlı bir infaz uygulamasının eş zamanlı muhafazası ile şekillenmiştir, böylece bu ilişki 19. yüzyılın bitiminden itibaren kendini geri döndürmüştür. Bir bütün olarak göz önüne alındığında daha çok cezalandırılabilirliğe doğru bir eğilim fakat –gerçi bu eğilimde Nasyonal sosyalistlerin iktidarı döneminde bir zayıflama olsa da tam olarak bir kesintiye uğramamıştır- aynı zamanda daha az ceza ile cezalandırmaya yönelme mevcuttur.

<sup>11</sup> İlaveten *Schünemann*, NStZ 2008, 305 vd.; *Ostendorf*, ZIS 2010, 301 vd.

<sup>12</sup> Özet olarak: *Schroeder*, Das Strafgesetzbuch als Straffreistellungsgesetzbuch, in: F Schr. Eser (2005), s. 181 vd.

<sup>13</sup> Kriminalize etmeme ve cezalandırmama arasındaki farklılıklar için bkz. *Andrzej Gaberle*, Entkriminalisierung und Entpönalisierung in Polen – Illusion oder Wirklichkeit?, in: Lüderssen / Nestler-Tremel / Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip, s. 39 vd., yazar cezalandırmama alanında çeşitli ayırımlara ulaşıyor, özellikle kanun ceza tehditlerindeki indirimler ve gerçekte kesinleşmiş yaptırımlardaki indirimler. Yazar ayrıca kriminalize etmeme ve cezalandırmama arasındaki bağlantılara da değinmekte, örneğin diyor ki, her bir kriminalize etmeme (suç olarak tahsis etmeme) bir cezalandırmamayı da beraberinde getirir, o sebeplerdir ki Polonya’da bu –yazarın red ettiği- (Kriminalize etmeme cezalandırmamanın bir halidir) görüşü tek tük savunuluyor. (adı geçen yer.s. 41).

## TARİH VE DOĞMATİĞİN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

Bu iki eğilimin farklılıkları tesadüfi değildir, çünkü 20. yüzyılda ve 21. yüzyılın başlarında hızla büyüyen bir ceza hukuku kendini asli ve tali ceza kanunlarında olduğu gibi icra etmeye bırakmaz.<sup>14</sup> Zikredilen bu iki eğilimin son yıllarda eş zamanlı bir yayılmacı eğilim ve caydırıcılık eğiliminin (cezaları dozunu/şiddetini arttırma) etkisinde olup olmadığı ihtilafıdır.<sup>15</sup>

Şayet, eğer bir “suç olmaktan çıkarma” yoluna giderek bu sebeple, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Cannabis Karar<sup>16</sup> örneğinde olduğu gibi, ceza hukukunda fragmentarlığa meydan verme yerine Alman CMK madde 153 ve 153a’ya dayanan bir çözüm yoluna gidilirse işlevsel olarak cezalandırma ve cezalandırmama problem sahaları burada ele alınan konu bütünlüğüne elbette dâhil olabilir.

“Seleksiyon” ve “cezalandırmama” alanlarını prantez dışı bırakma ile konumuz iki bölüm daha kısalmış oldu. Ki bu iki bölümle bağlantılı olarak *ana hatlarıyla ceza hukukundaki noksanlık (boşluk)* üzerine konuşulabileceği savunulabilir. (bkz. grafik).

### III. DAR ANLAMIYLA FRAGMENTARLIK

Geriyeye şimdi gerçek anlamıyla fragmentarlık, yani ceza hukukunun parça parça oluşu kalıyor ki ben bunları ikili kavram grupları vasıtasıyla sunmak istiyorum:

- Dış ve iç Fragmentarlık
- Betimsel ve kat-i Fragmentarlık

#### 1) Dış ve İç Fragmentarlık

a) Genel olarak bir giriş yapalım: elbette her bir hukuk normu fragmentar (noksan), parça parça, tümün basit bir kesitidir çünkü o norm o formüle edilme şekliyle birlikte bir *uygulama alanı* yani hakikatten bir kesittir. Münih Sovyet-Cumhuriyeti (Räterepublik) zamanından kalma tarihi “meşhur” örnek olan “devrim niteliğindeki temelprensiplere karşı her bir ihlal cezalandırılacaktır”<sup>17</sup> (maddesi) bile devrim niteliğindeki temel prensipleri ihlal etmeyen öbür davranışları düzenleme altına almıyor.

Bu anlamda fragmentar olmayan bir ceza hukuku başka bir deyişle tüm insan davranışlarını kapsayan bir ceza hukuku bunu tek seferde -dini bir sistem olarak bile-

<sup>14</sup> Küçük puntolarla basılmış/aktarılmış paragrafın üzerinde zaman kısıtlılığı sebebiyle durulmadı. Çok müteşekkirim ki münazarada bu bakış açısı (*Streng* tarafından) dile getirildi. Streng aşağıda tasvir edilen cezasızlığın denizindeki ceza hukuku adalarının resminde şöyle dedi: Bu adalar sadece farklı büyüklükte değiller ayrıca daha çok düzlük yahut daha çok dağlık (cezanın yüksekliliği bağlamında) olabilirler.

<sup>15</sup> Yakın tarihte yayınlanan eserinde Heinz tendenz olarak (eğilime göre) negatif bir sonuca varıyor: *Heinz*, NKrim 2011, 14 vd.

<sup>16</sup> BVfG, 9 Mart 1994 tarihli karar, BVfGE 90, 145; ayrıca ilaveten: *Nelles / Velten*, NStZ 1994, 366 vd.; s. ayrıca öldürücü eleştirisi için bkz. *Bernd Schünemann*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? 2003, s. 133 vd., burada 145 vd.

<sup>17</sup> Geçici İhtilalcı Merkez Kurulu'nun bir İhtilal mahkemesinin yetkilendirmesi üzerine yapılan 9 Nisan 1919 tarihli bildirisi; ilaveten bkz. *Barreche*, Materialien zu einer Strafrechtsgeschichte der Münchner Räterepublik 1918/1919, hrsg. von Wolfgang Naucke und Achim Seifert. 2004, s. 129, ayrıca bkz. *Naucke*, giriş, aynıyerde. XI vd., XIII.

veremez. Çünkü Augustinus<sup>18</sup> ve Luther<sup>19</sup> bile ki bunlar insanı doğası gereği günahkâr olarak doğmuş görüyorlardı, insanın her adımda günah işlediğini iddia etmemişler.

Bu yüzden hukukta ve ceza hukukunda *dışsal Fragmentarlık* olarak nitelendirebileceğimiz bir fragmentarlığın varlığı kaçınılmazdır.

**b)** Bu dış fragmentarlığın yanında bir de ceza hukukunun *iç/içsel bir fragmentarlığı* mevcuttur. Bundan anladığım, bir pozitif ceza normu, kapsamı gereken alanı ya hiç kapsamaz yahut noksan bir şekilde kapsar. Ayrıntılarına birazdan geri geleceğim.

## **2) Betimsel ve Kat-i Fragmentarlık (Deskriptive und präskriptive Fragmentarität)**

### **a) Betimsel Fragmentarlık**

Betimleyici fragmentarlık şu saptamayı öngörüyor ki ceza hukuku -empiriktir, onun mahiyeti hukuk olarak veya hatta ceza hukuku olarak- noksanıdır ki o tam/eksiksiz değildir, kısaca: o doğal bir noksanlığa sahiptir.

**aa)** Betimleyici fragmentarlığın dış fragmentarlık (dışsal noksanlık) ile hareket ettiğini daha önce belirtmiştim. Fakat iç/içsel fragmentarlık için de aynısı geçerlidir.

**bb)** John Locke'nin kendi makalesinde "*concerning human understanding*" isabeten "dildeki doğal noksanlıklar ve sözcüklerin kullanımı esnasındaki kaçınılması çok zor olan karanlık ve karışma'dan"<sup>20</sup> bahsediyorsa, bu durum hukuk normlarının dili için de büyük bir ölçüde geçerlidir. Hukuk normları kavramları kullanır, fakat kavramlar –eğer insan radikal bir Platonizm'e bağlı değilse- gerçekliğin soyutluğudur; buradan öyle olay şekillenmeleri olacaktır ki onlarda soyutlamaya kurban olacak ve normun sözcük anlamı, normun amacı, her zaman anlaşıldığı gibi bir illiyeti arıyor olmasına rağmen, bundan dolayı kapsanmamış olacak.

**cc)** Eğer ceza hukukunda "nullum crimen sine lege" (Çev. Bkz. Kanunsuz Suç Olmaz İlkesi) prensibi geçerli olmasaydı, bu noksanlık probleminin üstesinden gelinebilirdi, ki bu ilke dilden kaynaklı içsel noksanlığını mevcudiyetlerini korumasına yol açar yani Kanunkoyucu tarafından açık olmayan hukuk metinleriyle kural konulmasına engel olur, kıyasa yer vermeyen yorumla veya yazılı olmayan (örf adet, teamül) hukuk kurallarına dayandırma ile bu noksanlıkların giderilmesine mani olur ve kanun koyucu tarafından geriye etkili olmayan hukuk yaratma ve hukuk uygulamalarıyla geçmişteki olayları kapsam dışı (bu sebeple boşluklu/noksan) bırakmaya yol açar.

Ben bu bakış açısını betimsel fragmentarlık alanına sayıyorum. Gerçi kanunilik ilkesine şüphesiz normatif bir unsur olarak dâhildir ancak bu noksanlıkla "bu şekilde"

<sup>18</sup> Erbsünde'nin öğretisi için bkz.: *Augustinus, Vom Gottesstaat (De civitate Dei)*. Dt. Übers. W. Timme. Bd. 2 (Buch 11 bis 22). 4. Bası 1997, XIV. Buchs. 154 vd.

<sup>19</sup> *Martin Luther, Das schöne Confitemini an der Zahl der 118. Psalm (1530)*, in: Kurt Aland (Hrsg.), *Luther deutsch. Die Werke Martin Luthers in einer Auswahl für die Gegenwart*. Bd. 7 (Der Christ in der Welt). 4. Bası 1991, s. 308 vd.. "Hiç bir insan kendi asıl suçunu/günahını görmez, inanmama, ilahı dikkate almama gibi, ki o olması gerektiği gibi, ilahtan korkmaz, ona güvenir ve onu sever ve eşdeğer kalpgünahını görmez çünkü asıl düğümler içeriden olurlar".

<sup>20</sup> *Locke, Versuch über den menschlichen Verstand (Essay concerning human understanding)*. Drittes Buch: Über die Worte. 10. Vom Missbrauch der Sprache. Nach der Übersetzung von Julius H. Kirchmann (1872/73). 1962, s. 119.

ilgili değildir aksine Öngörülebilirlik, Güveni koruma, Kuvvetler Aylığı<sup>21</sup> ve Genelönleme Prensipleri<sup>22</sup> ile bağlantılıdır. Eğer kanun koyucu bilinçli boşluk bırandıran ve kendi düzenleme amaçlarıyla bağdaşmayan kurallar koysaydı bu durum yine tuhaf olurdu.<sup>23</sup> Burada fragmentarlık amaç değil aksine nullum crime sine lege prensibinin bir refleksidir.

Kuşkusuz bazı olaylar vardır ki bunlarda kanun metni kanun koyucu tarafından bilinçli olarak noksan formüle edilmiştir. Bunlar ama gene de burada karşılaşılan yukarıdaki iki ayırımdan biri olan kati fragmentarlığın/noksanlığın ortaya çıktığı bir olaydır. Bu sebeple bu konuya tekrar geri geliyorum.

### b) Kat-i Fragmentarlık

Kat-i fragmentarlıkta/noksanlıkta üzerinde durulan “ceza hukuku noksanıdır”ın *tespiti* değil aksine “ceza hukuku noksan olmak zorundadır”ın *talebidir*.

Bu isteme bu gün hiç karşı çıkılmamalıydı, daha çok – girişte zikredildiği gibi- genelgeçer bir pozitif değer yüklenmeliydi.<sup>24</sup> Ve eğer aksine bugünkü ceza hukukunun “olanaksız”<sup>25</sup> veya “vahim”<sup>26</sup> durumu eleştirilirse, böylece bu eleştiri kendisini sürekli ceza hukukunun eksik yahut yeterli olmayan, noksan karakterine ve ceza hukuku kanun koyucusunun ve içtihadının “boşluksuz olma hayaline/takıntısına”<sup>27</sup> dayandırır.

Şimdi her halükarda olay konusu olan bu durumu yine de talep etmek pek faydalı olmazdı. O halde kat-i noksanlık betimsel noksanlıktan farklı bir şekilde düzenlenmelidir. Nasıl düzenlenmesi gerektiği istem konusuna esas olan normatif koşullara bağlı. Kural olarak kat-i noksanlık her halde biçimsel noksanlık gibi şekillenecek, bu da her halükarda kaçınılmaz noksanlık demektir.

Bu arada bazen kat-i ve betimsel noksanlığın ayırımı “olması gereken koşul (deontischen Indikativ)” diye adlandırmak istediğim bir dil formu ile karartıldı.<sup>28</sup> Bu da

<sup>21</sup> Derinlemesine geliştirilmiş için bkz. *Grünwald*, Bedeutung und Begründung des Grundsatzes *nulla poena sine lege*, in: Klaus Lüderssen / Fritz Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten. Band I. 1974, s. 232 vd.

<sup>22</sup> Bugünkü bilinen formülü ile – yalnızca kısmi olarak “*nulla poena sine lege*” – köken olarak von Feuerbach’ın genel önleme teorisi çerçevesini geliştirdiği eserinden gelmektedir: *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 2. Neudruck der 14. Bası 1847. Aalen 1986, s. 41.

<sup>23</sup> Benzer, *Prittwitz*, Das deutsche Strafrecht (wie Anm. 5), s. 405.

<sup>24</sup> Özellikle son yıllarda sık sık kanunkoyucuya (yahut içtihadı) bu noksanlığı pek önemsemedikleri iddiasında bulunuluyor (bkz. Örnek: Hirsch’in yakın bir zamanda yaptığı eleştiri, yüksek yargı içtihadı çaba sarfediyor, “ki mahkemeye cezalandırılabilir görünen davranış biçimleri ve bir şekilde kendilerini herhangi bir ceza normunun baskısı altına sokan hatta bunun altında somutlaştırılan davranış biçimleri” (*H.J. Hirsch*, Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht, in: Fschr. Tröndle. 1989, s. 19 vd., 26) ve ceza hukukunun fragmentar doğası [...] artık söz konusu değil (Aynı eser, Der Umgang des Gesetzgebers mit dem StGB und die Notwendigkeit der gesetzgeberischen Berichtigung unterlaufener gesetzestechnischer Fehler, in: Fschr. für Puppe. 2011, s. 105 vd., 117).

<sup>25</sup> Keza Frankfurter Institut für Kriminalwissenschaften tarafından çıkarılan cilt’in başlığı bu şekildedir (o. Anm. 5).

<sup>26</sup> *Hellmann*, Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-) Strafrechts, in: Fschr. f. Krey. 2010, s. 169 vd.

<sup>27</sup> *H.J. Hirsch* (wie Anm. 24).

<sup>28</sup> Bkz. *Th. Vormbaum*, Einführung: Das Feindstrafrecht und seine Kritik, in: *Ders. / Asholt* (Hrsg.) Kritik des Feindstrafrechts. 2009, s. VII vd., hiers. XXX.

olması gereken (deontisch) içeriklerin koşullu (indikativ) formlarla giydirilmesi demektir, misal "insan onuru dokunulmazdır". Çünkü ceza hukuku noksan olmalı *postulatının (ilkesinin)* söz konusu olduğu durumlarda da aynı şekilde ceza hukuku öğretisinde arada bir ceza hukukunun *doğal* noksanlığı kabul edilir.

Bu postulatın (ilkenin) esas düşüncesi – en azından hukuk devletinde-kolaylıkla, başka bir şeye ihtiyaç duymadan görülür: -Kindhäuser in dediği gibi- "Hâkimiyet her hâkimiyette/hükmetmede olduğu gibi iki tarafı keskin bir bıçaktır ve böylece bir yanı hep özgürlüğün potansiyel bir düşmanı iken diğer yanı onu himaye etmek ister"<sup>29</sup>. Karşit perspektiften bakıldığında hukuk devletinde "in dubio pro libertate" (şüphe durumunda özgürlüğe üstünlük tanınır) ilkesi geçerliyse, bundan mütevellit devlet tarafından bireyin kişisel özgürlüğünü kısıtlamanın en ağır şekli olan cezalandırma işlemi istisnai bir durum olarak kalmalı; Florentinyalı ceza hukukcusu Francesco Palazzo "Ceza normu özgürlük denizinde bir ada olarak kalmalı" diyerek bunu çok güzel bir şekilde ifade etmiştir. Ki o bu sebeple ceza hukukunun "insular" (adamsı/adaya benzer) karakteri üzerine fikir beyan eder.<sup>30</sup> Bu istemin operasyonlaştırılması kendini hukuk düşüncesinin her üç fikri üzerine de yani Adalet, Hukuk Güvenliği ve Amaca Uygunluk üzerine de temellendirebilir.

**aa)** Bu, adalet alanında devletin yasalara uygun biçimde bir cezalandırabilme ölçütünün arayışıdır. Başka bir deyişle bu: suçun esasını oluşturmaktır. Bu, yaygın şekilde *maddi suç kavramı* olarak bilinir. Bu, halen ağırlıklı olarak korunan hukuki yarar üzerinden idrak edilir. Bu durum hep böyle değildi ve işte bu yüzden tarihi kısımda bu konuya geri geleceğim.

**bb)** İsnat edilebilme kuralları, özellikle kusur prensibi, maddi suç kavramları aracılığıyla sınırlandırılmış alanları gittikçe daraltıyorlar. İsnat edilebilirlik kuralları ne kadar kat-i düzenlenirse, ceza hukuku o kadar noksanlaşır (burada dışsal noksanlık bağlamında bir noksanlıktan bahsediliyor).

**cc)** Kat-i noksanlığa – en azından modern hukuk düşüncesine göre- ceza hukukunun düzenleme araçları olmaması gereken ahlak normlarının geçerlilik alanının ayrı tutulması da dâhildir.<sup>31</sup>

**dd)** burada ehemmiyet eşiği (önemlilik ölçütü) de o halde basit suç olaylarının ayrık tutulması da hesaba katılmalı.<sup>32</sup>

**ee)** *Hukuk güvenliği* bakış açısından bakıldığında maddi suç kavramı ile kuşkusuz karmaşık bir ihtilaf durumu içinde olan *bağlılık (Akzessorietät)* yahut *talililik*

<sup>29</sup> Kindhäuser, Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: Klaus Lüderssen, Cornelius Nestler-Tremel, Ewa Weigend (wie Anm. 13), s. 29 vd., 37.

<sup>30</sup> Palazzo, Strafgesetzlichkeit. Transformation und Vielschichtigkeit eines "Fundamentalprinzips" (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen. Kleine Schriften. 23). 2010, s. 37 u.ö.

<sup>31</sup> Maiwald, Fschr. Maurach (wie Anm. 5) ahlak normalının parantez dışı bırakılmasında ceza hukukunun noksan yapısının bir yansıma şeklini görüyor. – Bir başka soru ise şudur: Acaba ahlak normları ile hukuk (ceza hukuku) normları muhtemel büyük eşleşimini elde etmeye çabalamak mantıklı (zeki) bir ceza politikasının bir gereği midir?

<sup>32</sup> (Yazara aittir) Kanaatimce kanun koyucunun (§ 370 birinci fıkra no. 5 eski düzenleme StGB) yiyecek hırsızlığını kabahatlere (basit kamu düzeni aykırılıkları) aykırılık olarak görmeyip, bunun aksine hırsızlık suç unsurlarının içinde değerlendirmesi ve sözkonusu davranışı (diğerleri ile birlikte) § 248a Alm. StGB maddesindeki düzenleme altında görmesi yanlış bir karardır.

(*Sekundarität*) temel prensibi eşlik eder ve (bu durum) bugün halen ihtilafıdır.<sup>33</sup> Ceza hukuku buna binaen özel hukuk yahut kamu hukuku gibi başka asli (primär) hukuk dallarınca hukuka aykırı olarak tanımlanmamış durumları davranış tarzına göre cezai yaptırım altına almamalı. Böylece bu kendi düzenleme araçlarını öteki hukuk düzeninininden devralır.

Talilik (Subsidiarität) Bağlılık (Akzessorität) kuralından ayrı tutulabilir.<sup>34</sup> Prensip olarak ceza hukuku dışındaki düzenlemeler (suç ve ceza ihdas eden düzenlemeler) ceza hukukundaki düzenlemelere göre öncelikli uygulama alanı bulurlar.<sup>35</sup> Bağlılık (veyahut da Talilik/Sekundarität<sup>36</sup>) ilkesinin, tabi eğer öyle kabul edilirse, mutlak geçerli olduğu esnada –her halde sanık lehine- taliliğe (subsidiarität) şu soru yöneltilebilir: acaba ilgili düzenleme alanında ceza tehditi kendini ceza hukuku dışındaki mekanizmalarla karşılaştırdığında daha az kontrol sıklığı/yoğunluğu<sup>37</sup> veya özgürlükçü<sup>38</sup> düzenleme olarak kanıtlar mı? Ekseriyetle bu kuşkusuz sadece cezalandırmayla birleşik olan “sosyal etik ayıp” (sozialethischen Tadel) yüzünden ve dava sürecindeki rahatsızlık yüzünden red edilmiş olur. Dikkatli incelendiğinde talilik ultima-ratio ilkesinin spesifik bir yansımasıdır.

<sup>33</sup> Hukuki değer kavramının ayrıca ceza hukuku dışında da karşılaşılabiliş olması da bunların altında yatan sepeplerden biridir. (İspat için bkz. *Amelung*, Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* [wie Anm. 16], s. 155 Anm. 1); herdefasında karşımıza çıkan soru şudur: acaba ceza hukuku bağlamında açıklanan “korunan hukuki değer” kavramı genel hukuk düzenine ait bir kavram olarak mı yoksa ceza hukukunun kendine has bir kavramı olarak mı anlaşılmalı? Bu soruya ilişkin detaylı bilgi için bkz. *Guzman Dalbora*, Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell’opera di Birnbaum, in: *Diritto penale XXI secolo Jg. IX* (2010), s. 371 vd. (İspanyolcadan çeviri yapan G. Fornasari; (bu makalenin) yazarı tarafından İtalyancadan Almancaya bir çeviri yapılmasına dair çalışmaları sürmektedir). Guzman Dalbora’nın makalesi Birnbaum’un eserine ilişkin yeni bir çok yorum yöntemi içermektedir. Bunların üzerinde başka yerde durulacaktır.

<sup>34</sup> “Bağlılık kuralı/Akzessorität”, “Talilik/Subsidiarität” ve “son çare/ultima ratio” kavramları her zaman birbirlerinden kolayca ayırt edilemezler. Kendim de 1995’te yayınlanan çalışmamda (ZStW 1995, 757) sadece Subsidiarität ve ultima ratio kavramlarını ayırt etmiş ve ilkinin esasen Akzessorität ile aynı kefeye koymuştum. Buradaki metinde Akzessorität ve Subsidiarität arasında öngörülen fark ve özel uygulama durumu olarak ultima-ratio ilkesinin düzenlenmesi bana keskin çizgili bir sınırlamayı mümkün kılıyor gibi gözüküyor. Subsidiarität ve Ultima-ratio prensipleri arasındaki ayrışmayı *Prittwitz* (adı geçen eser, s. 390 vd.) de öngörüyor, fakat farklı kavramlarla açıklama yoluna gidiyor.

<sup>35</sup> Talilik prensibi için bkz. *Prittwitz*, adı geçen eser “tali olma” bağlamındaki anlamın yanında “yardımcı olma/yardıma gelme” anlamlarını vurgular, ki kanımca bu yürürlük kazanmamalı.

<sup>36</sup> Başta, *Maurach*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. 1954, s. 21 vd., takip eden basılarda da aktarılmıştır. *Maurach / Zipf*, Strafrecht AT Teilband 1. 8. Bası 1992, s. 24 vd.; s. ayrıca ayrıntılı olarak *Lüderssen*, Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, in: *Fschr. für Albin Eser*. 2005, s. 163 vd.

<sup>37</sup> Lüderssen olayı eleştirip ceza hukuku dışı düzenlemelerin istenmeyen ‘kontrol sıklığına’ götürebileceğini söyler ki bu “en sonunda bilememenin liberal bir etkisi olarak çağdaş, koruyucu ceza hukukunu kötü etkiler”. *Lüderssen*, Autobiographie, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. 2010, s. 351 vd., 381.

<sup>38</sup> Burada ceza hukukunun halka hak ve haksızlığı belirlemeyi bıraktığı ve bu sebeple devletin direkt bir müdahalesinden daha özgürlükçü olduğu, şeklinde gerekçelendirilebilir; evvelden *Gaetano Filangieri*, Scienza della legislazione / Gesetzgebungswissenschaft. 1784 (dt. Übers. von 1787), özet olarak alıntılı, in: *Vormbaum* (Hrsg.), Strafrechtssdenker der Neuzeit. 1998, s. 179 vd., burada bkz.s. 183: “yasal ceza kanunun öyle bir kısmını oluşturur ki onda halk toplumsal bir yükümlülüğü yerine getirme yahut toplumsal bir hakkın kaybetme konusunda serbest seçim hakkına sahiptir”; bkz. evvella *Vormbaum*, ZStW 1995, 748.

**ff)** Bu temel ilke şimdi kanun koyucuya yöneltilmiş, yani *amaca uygunluk* anlayışında ilk sırada olan bir ilkedir. Maddi suç kavramı ve bağlılık prensibi (Akzessoritätsprinzip) ile uyuşan yahut uyuşabilenin içinde amaca uygunluk için yetkili olan politika, öyle bir davranış tarzı seçmeli ki bu davranış türü –ceza teorisine göre tarafsız bir şekilde izah etmek amacıyla- yalnızca cezalandırma tehdidi ve ceza üzerinden/aracılığıyla açıklanabilmeliler. Eğer ultima ratio temel ilkesi amaca uygunluk prensibi ile eş tutulmaz ise politikanın bir hukuk devleti içindeki bu yönde çalışmaları da şüphesiz amaca uygunluk temel prensibine tabi olur.<sup>39</sup>

Bu bağlamda kanun koyucunun kendiliğinden hukuken korunan yarar çerçevesinde icra ettiği her bir sınırlama dâhildir. Ki hukuken korunan yararın sadece belirli kısımları yahut bakış açıları kurallarla düzenleme altına alınsın, suçun unsurlarının tamamlanabilmesi için başka ilave unsurlar<sup>40</sup> aranması, dolandırıcılıktaki (Betrug) hile gibi spesifik bir (o suçu) işleme yöntemi, ya da özel subjektif bir unsur olan zenginleş-tir-me kastı, keza dolandırıcılıktaki durum ve bu sayede içsel noksanlık bilinçli olarak arttırır.

Mutlaka biçimsel noksanlık için daha birçok bakış açısı ve kat-i noksanlık için daha birçok gerekçe mevcuttur. Fakat bu çalışmamızın amacı için şimdiye kadarki açıklamalarımız yeterli olmalıdır.

### III. HÜLASA (Resümee)

*Betimsel noksanlık (deskriptive Fragmentarität)* ceza hukukunun *doğası* üzerine yapılan bir *tespit*dir. O *dışsal* noksanlık (äußere Fragmentarität) olarak caza normlarının hakikat kaynaklı kesitleri inşa edebildiklerini ve “insular” (adamsı/adaya benzer) olduklarını kayıt altına alır. İç noksanlık (innere Fragmentarität) olarak da bu adaların dairesel ve kapalı yapılar olmadığını, aksine, *nullum crimen sine lege* ilkesi yüzünden yabana atılmayacak, birçok koy ve falez, hatta lağün ve göle sahip olduklarını kayıt altına alır.

Buna karşılık *kat-i noksanlık* (präskriptive Fragmentarität) temel bir ilkedir. Dış noksanlık olarak, adanın kendini takimadalara dönüştürerek çoğalmamasını yahut kendini kıtaya dönüşecek düzeyde büyütmemesini bekler. İç noksanlık (innere Fragmentarität) olarak ise kanun koyucunun adadaki koylardan çekinmemesini ve hukuk uygulayıcısının koylara saygı göstermesini bekler. Fakat o *işlevsel* olarak – *formal* açıdan ve negatif bir oluşuma sahip olduğu için- direkt değil, aksine pozitif ilkelerin negatif suretlerini -- maddi suç kavramı, bağlılık prensibi ve ultima ratio prensibi gibi—elde etme çabasıdır.

Bu demektir ki: *fragmentar ceza hukukunun kendine has dogmatığı -hiç olmazsa substansiel olarak- yoktur.* Fakat noksanlığı bir neticeye kavuşturacak bir teori yahut dogmatik de olabilir.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Detaylı bilgi için bkz. Böse, Grundrechte und Strafrecht als “Zwangsrecht” ve *Bunzel'den*, Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (wie Anm. 16), s. 89 vd. bzw. 96 vd.

<sup>40</sup> *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. 1998, s. 56 vd., “hukuki yarar” ile “Saldırı yolları” arasında ayırımı gider.

<sup>41</sup> Şema üzerine ek açıklama: en içteki daire (No. 4) açıktan daha çok noksanlık problemini nullum crimen sine lege alanıyla sınırlayan esaslı bir pozisyonda duruyor. Bkz. misal eğilimli



## B) TARİHİ BAKIŞ

### I. KAVRAMIN KÖKENİ

İkinci kısımda kısaca “ceza hukukunun noksanlığı/fragmentar ceza hukuku” (fragmentarisches Strafrecht) kavramının kökenlerinin ayrıntılarına inilecek. Bilindiği gibi “ceza hukukunun fragmentar karakteri” nitelendirmesinin sahibi Karl Binding’dir.<sup>42</sup> Karl Binding yasama erkinin başka hiç bir dalı (başka hiçbir kanunkoyucu) ceza hukuku alanındaki (kanunkoyucu) gibi “*fırsat kanunlarının*” (*Gelegenheitsgesetzen*) çıkarılması konusunda kendini bu ölçüde ifade etmez (edemez), diye eleştirdiğinde bu öyle kanun koyucu tarafından ceza hukukunun ölçüsüz bir şekilde büyümesine/gelişmesine yapılan bir eleştiri değildir.<sup>43</sup> Binding’in bu eleştirisi daha çok kanunkoyucunun sistematik çalışmadığı üzerinedir. Bu onun eserinin büyük bir eksikliği olsa gerek ki, ceza ile tehdit eden suç tiplerinin yanında o hemen hemen her yerde “bu çok yakın akraba olan, yanibaşındaki komşu olarak duran” (suç tiplerini) ihmal etti. (Binding’e göre) hiç bir kanun içeriği/maddesi buradakinden daha çok yorum yoluyla olaya uyarlama ya da daha spesifik olarak kıyas yapmaya ihtiyaç duymaz, ki bunlar adalet ilkesinin bir emridir.<sup>44</sup>

Binding örtülü bir şekilde kanun koyucudan iki talepte bulunuyor, bunlar:

- 1) Ceza hukukunun düzenleme alanını özüne uygun olarak “uyarlamak” ve
- 2) Kanunu yorumlayana acil durumlarda bunu kıyas yolu ile telafi edecek kanuni bir imkân tanımak. Başka bir deyişle: Binding (*deskriptiv: tasviril/betimsel*) noksanlığın varlığını saptayıp ve bunları bertaraf etmek için (*präskriptiv/kat-i*) önlemlerin alınmasını talep ediyor.<sup>45</sup>

Binding’in açıklamaları bize “ceza hukuku noksan olmalı” cümlesi bağlamında kat-i noksanlığın varlığını gösteriyor ve ayrıca bunun karşıtı olan “ceza hukuku noksan olmamalı” cümlesinin de varlığını da kabul ediyor hatta belki de bu talep tarihi bir öneme sahipti. Ancak Binding kendini kanun koyucu tarafından dikkate alınmayan *içsel* yani *betimsel* noksanlığa dayandırmış ve bu sebeple kıyas yasağını (görüşüyle) tutarlı bir şekilde red etmiştir. Binding kendisinin sürekli (kitaplarda) alıntı edilen o büyük bölüm olan dışsal noksanlığın (äußeren Fragmentarität) üzerinde hiç durmamıştır. Böylece kat-i noksanlığın temel alanı olan bu bölüme hiç değinmemiştir.

---

olarak Naucke, Strafrecht. Eine Einführung. 10. Bası 2002, s. 64, keza Prittwitz, (wie Anm. 5), s. 405, “fragmentar/noksan ceza hukuku” kavramını “nullum crimen sine lege” cümlesinin farklı bir aktarım şekli olarak kabul ediyor ve ayrıca bunu burada ele aldığımız “içsel noksanlıkla” sınırlı tutup bizim “dışsal noksanlık” diye tasvir ettiğimizi de “ceza hukukunun dar bir şekilde sınırlandırılmış” bir problemi olarak görüyor.

<sup>42</sup> Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil. Band 1. Neudruck der 2. Auflage 1902. Aalen 1969, s. 20.

<sup>43</sup> Bunlar şimdiye dek farklı şekilde ifade edilmişler bkz. örnek Maiwald (wie Anm. 5), s. 9; Prittwitz (wie Anm. 5), s. 388; Lassak, Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung. 1999, s. 75 vd.; Braum, Europäische Strafgesetzmäßigkeit. 2003, s. 431; Kölbl, GA 2002, 404.

<sup>44</sup> Buna karşın Binding (yukarıda zikredilen eser, s. 21.) ne de olsa mevcut kanuni düzenlemeler karşısında kıyas yardımı ile “elbette genişletici yorum maskesi altına utanmadan gizlenerek kanunda suç olarak düzenlenmemiş davranışları cezalandırma teşebbüsünde” bulunanlara karşı bir duruş sergilemektedir. (yuk. zikr. eser, s. 22).

<sup>45</sup> Keza Kölbl, GA 2002, 404, Binding’in açıklamalarının asli tasvirlerinin (ve teessüf edilen karakterine işaret etmektedir).

Eğer şimdi diğer birkaç tarihi bakış eklenecekse, sadece yukarıda incelenen yapı ve sonuçlara gidebilir. Ki bunlar ceza hukukunun alanını genişletir yahut daraltırlar ve buna tepki olarak neticede az yahut çok noksan olan bir ceza hukukunu elde ederler.

Ben şu üç alan üzerinde duracağım: ceza hukuku teorisi, kanun çıkarma ve kanunun yorumu. Bu esnada kendimi önemli ve/veya ilustratif bakış açılarıyla sınırlayacağım.

## II. TEORİ (maddi suç kavramı /materieller Verbrechenbegriff)

Öncelikle ceza hukuku teorisi bölümü üzerine: burada önemli olan maddi suç kavramını formüle etme çabalarıdır.

İncelememe kendi hukuk dönemimizin ilk üçte birinden yani 18. yüzyılın ikinci yarısından ve 19. yüzyılın ilk üçte birinden başlıyorum. Orada maddi suç kavramının üç unsuru ile karşılaşılıyor:

a) Toplum sözleşmesi kuramı: sözleşmecî teorilerin temel istemlerinden bir tanesi devletin meşru şekilde vereceği cezaların çerçevesini tespit edip ve böylece sınırlamaktır. Cezalandırma hakkı –Beccaria'nın dediği gibi- her bir şahsın toplumsözleşmesine göre verilmiş olası en küçük (kleinstmöglichen) özgürlüklerinin toplamı kadar büyüktür.<sup>46</sup> Ki bunlar (bu özgürlükler) “başkalarının ve devletin haklarına saygı ve bu hakların garantisi olarak güvence altına almak amacıyla verilmiştir”.<sup>47</sup>

b) Kant ve Feuerbach'ın hak ihlali doktrini maddi suç kavramını subjektif hakların ihlali ile sınırlı tutar. Bu düşünce Kant'ın hukuk kavramından yola çıkar ki bunda herkesin hak ve bununla bağlantılı özgürlük(leri) eşit düzeyde tutuluyor,<sup>48</sup>

c) 1834'ten beri Johann Michael Franz Birnbaum tarafından geliştirilen, *ihlal edilen “iyi/hukukun korunan yarar/değer (Gut)”* görüşü: Bu görüşe göre suç “Eğer genelgeçer bir Güvence [belli bir suçun korkutması ve infazı] kadar etki edemeyecekse devlet tarafından herkes için eşit düzeyde garanti altına alınmış değer'in ihlali yahut tehlikeye sokulmasıdır”.<sup>49</sup>

Bu üç unsurun aynı kökten türeyen yani aydınlatma çağından<sup>50</sup> gelen düşünceler olarak mı yoksa onların her birinin kendilerine has, farklı düşünce geçmişine ve politik konotasyona sahip birer oluşum olarak mı görülürler konusu tartışmalıdır. Amelung tarafından bunların nevi şahıslarına münhasır oldukları vurgulanmıştır,<sup>51</sup> buna karşılık Schünemann bir yandan farklılığın bu kadar abartılmaması gerektiğini diğer yandan

<sup>46</sup> *Beccaria*, Von den Verbrechen und von den Strafen (1764). 2004 (seitenidentische TB-Ausgabe 2005), s. 10vd.

<sup>47</sup> *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. 1972, s. 20.

<sup>48</sup> Aynı yerde, s. 28; bkz. (eleştirel) *Schünemann*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (wie Anm. 16), s. 133 vd.

<sup>49</sup> Metin özeti için *Vormbaum*, Moderne deutsche Strafrechtsdenker. 2011, s. 148 vd., buradas. 152.

<sup>50</sup> *Schünemann* (Anm. 48'deki gibi), s. 139.

<sup>51</sup> *Amelung* (Anm. 47'deki gibi), s. 38 vd. “hukuki yararın korumasını hak ihlali öğretisindeki eleştiriyeye” dayandırır.

ise -dialektik olarak- bunları yumuşatmaya/basitleştirmeye çalışmıştır.<sup>52</sup> Burada önemli olan soru şudur: hak ihlali görüşünde (Rechtsverletzungslehre) korunan yarar/değer ihlali görüşüne (Gutsverletzungslehre) geçiş nasıl belirlenir. Eğer bu geçiş ceza hukukunun kapsamı için önemsiz görülürse, o halde korunan yarar/değer ihlali düşüncesi baştan itibaren bir ceza hukuku sınırlaması geleneğinin içindedir. Ki bu böylece o liberal fonksiyonları icra eder ki bu fonksiyonlar bugün ceza hukuku biliminin ana akımı içinde onaylanmıştır. Eğer bu geçiş önemli kabul edilirse ki birçok şey bunu destekler niteliktedir. -Silva Sanchez'in "Die Expansion des Strafrecht"<sup>53</sup> adlı kitabında analiz ettiği gibi- hukuki değer ihlali görüşünün beşiğine göre ceza hukuku sınırlaması düşüncesi değil, aksine ceza hukukunun esnek (fleksibil) olması ve genişlemesi fikri başarılı oldu.

Her halükarda Birnbaum'un -şüphesiz isabetli olan- görüşünde açıklıyor ki, bu haklar (bir hak olarak) ihlal edilmez, aksine bu hakların özü ihlal edilir, pekâlâ buna maruz kalan hukuki değerler ihlal edilmiş olurlar. Böylece Birnbaum subjektif hakların ihlal edilmesi dairesini aşan ceza hukukunun yaygınlaşmasının kapılarını açmıştır. 19. yüzyılda özellikle daha çok dini suç tipleri (Religionsdelikt) ve cinsel dokunulmazlığa karşı suç tipleri (Fleischesdelikt) olarak adlandırılan suçlar üzerinde durulmuştur.<sup>54</sup> Tarihi (bir) değerlendirme bu sebeple zahmetlidir. Çünkü biz değer ihlali (Binding'den bu yana hukuki değer ihlali doktrini olarak adlandırılan) görüşünün gelişim sürecini önümüzde görüyoruz. Hak ihlali görüşü 19. yüzyılda red edilmemiş olsaydı (Binding'in hukuki değer ihlali görüşünün) nasıl bir gelişim göstereceği bilinmemektedir. Bu görüş bir tür kolektif hak ihlali olarak da gelişme göstermiş olabilirdi. Biz bilmiyoruz ve bilemeyiz de. Hipotetik tarih yapılarına karşı hertürlü çekinceye rağmen bana göre yayılma eğilimine karşı olmakta her şey özellikle hak ihlali (Rechtsverletzung) kavramı değer ihlali (Gutverletzung) kavramından daha çok kuvvetlidir.

Birnbaum kendisi ilk başlarda neredeyse hiç meşru cezaların yayılmasının üzerinde durmamıştır. Onda (Birnbaum) hak ihlali görüşüne karşılık, Suçların çerçevesi sadece yumuşak/ölçülü bir gelişme göstermiştir. Değer koruma görüşünün problemlere cevap verebilecek vakte ulaşması birkaç on yıl aldı ama bu gene de Karl Binding'in nüfuz ettiği zamanı buldu. Binding ona bugüne kadar bilinen "hukuki yarar/değer" "Rechtsgut" biçimini verdi; Onunla birlikte (onda) "hukuki değer" kavramı kendi pozitif öncesi karakterini kaybedip, kritik bir enstrüman olmaktan çıkıp en azından eleştirilmeyen muğlak, eğer bu da değilse, (hatta) ağırlıklı olarak olumlu karşılanan (kabul gören) bir enstrümana dönüştü. Binding bu hukuki değerleri "sağduyulu toplumun realist bir düşünce tarzı sonucu keşfedilen gerçek koşulları" olarak tanımlıyor<sup>55</sup>, o kuşkusuz olarak bu koşulların ayrıntılı belirlenmesini kanun koyucuya bırakıyor ve böylece yeni hukuki değerlerin oluşturulmasını kanun koyucunun arzusuna bırakıyor; Franz v. Liszt<sup>56</sup> suçu (das Verbrechen) hukuk normları aracılığıyla korunan yaşam zevkleri (ilgileri) ile alakalı olan anti sosyal

<sup>52</sup> *Schünemann* (Anm. 48'deki gibi).

<sup>53</sup> *Silva Sanchez*, *Die Expansion des Strafrechts*, Dt. 2003, s. 62 vd.

<sup>54</sup> İlaveten bkz. *Frommel*, *Strafjustiz und Polizei*, in: *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*. 1987, s. 169 vd., buradas. 191 vd.

<sup>55</sup> *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*. Bd. I. 2. Bası 1890, s. 339 vd.

<sup>56</sup> Ancak burada, *Frommel*'in gösterildiği gibi, açıklamanın yapıldığı vakit ve sonrasında bunu bir ceza hukuku politikacısı gibi mi yoksa ceza hukuku dogmatikçisi gibi mi gerekçelendirdiği, ayırt edilmeli: *Frommel*, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion*. 1987, s. 76 vd.

davranış olarak karakterize ediyor, bu durum ile Binding'in düşünceleri arasında marjinal bir farklılık var.

Hukuki değer kavramını (Rechtsgutsbegriff) ki bunu en son "Neukantianismus/Yeni Kantçılık" aracılığıyla idrak etmiş olan hukuki değer kavramını<sup>57</sup>, yumuşatma girişimleri, nasyonal sosyalist iktidarı esnasında ona karşı öne sürülen görevi ihmal (suistimal) görüşüyle (arasında) olan mesafeyi azaltmıştır. Nasyonal sosyalist ceza hukuku teorisyenlerinin buradan kaynaklanan polemikleri – Amelung'un haklı olarak vurguladığı gibi<sup>58</sup> - sonunda bir yanlış anlaşılımdı, çünkü öncelikle nasyonal sosyalistlerin döneminde hiç de azımsanmayacak derecede hukuki değer düşüncesinin savunucuları mevcuttu.

1945 sonrasında bu yanlış anlaşılma hukuki değer kavramının işine yaradı, buna rağmen eski Federal (Alman) Cumhuriyetinin konzervatif doğal hukukuna karşı yeniden baş kavram olması için epeyce bir zamana ihtiyaç duymuştu. Hukuki değer kavramı 60'lı ve 70'li yıllarda, bu kavramın sancağı altından eskimis suç tipleri özellikle de ceza hukukundaki cinsel suç tipleri çıkarıldığında kısa bir parlak dönem yaşamıştı. –19. yüzyılda hak(-kın) ihlali görüşü (Rechtsverletzungslehre) red etmek için bir gerekçe olduğu için bu, ceza hukuku tarihinin ilginç bir noktası olmuştu–örneğin Carl Joseph Anton Mittermaier<sup>59</sup> aracılığıyla denendi - bunlar ki cinsel suçlarla ilgili suç tiplerini meşrulaştırmaya muktedir değillerdi.

<sup>57</sup> Neo-kantçı düşünceyle bağlantılı olarak münazarada (*Frommel'in*) şu görüş savunuldu: Listz'in teorilerinin gerçekte geliştirilmeye devam edebilmesi için bir alternatif mevcuttur ancak Kohlrausch (ve Eb.Schmidt'in ki de eklenmeli) çizgisi kabul edildi. Bu görüş doğru olabilir, ancak tarihi süreç kapanmış ve alternatif olarak hayata geçememiş. Bu sebeple hipotetik tarihsel bakışın pek yararı dokunmaz. Alternatif çizgi için Radbruch'un isminin de geçerli olabilmesi de kesin değil. Onun adıyla anılan (1909, 1911, 1913, 1919 dönemlerine ait tasarıların üzerine temellendirilen) 1922'ye ait tasarı beraberinde ceza hukukunda yeni keskinlikler ve genişlemeler getirdi. 1922'deki tasarıda öngörülen ölüm cezasının kaldırılmasının en azından hakiki gerekçesi Avusturyan'ın ceza hukuku reform oylaması yapmak istemesi ve Anayasa yardımıyla bu cezayı kaldırmış olmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. *Friederike Goltsche*, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922* (Entwurf Radbruch). Berlin 2010; *Thomas Vormbaum*, *AngeleichungsVO* (wie Anm. 85), s. 60vd.

<sup>58</sup> *Amelung* (wie Anm. 33), s. 160.

<sup>59</sup> *Carl Josef Anton Mittermaier*, *Über die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts* (1819), *Auszug in: Th. Vormbaum* (Hrsg.), *Strafrechtsdenker* (wie Anm. 49), s. 122; Mittermaier Feuerbach'ın Lehrbuch eserinin yeni basısında hak ihlali görüşüne karşı bir görüş sergilemiştir; detaylı bilgi için bkz. *Thomas Vormbaum*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. Bası 2011, s. 60 Anm. 27. Liberal olarak bilinen yazarın Feuerbach ile ilgili çalışmasında tespit ettikleri hakkıyla kabul edilmelidir "cinsel dürtülerin hukuka aykırı yollardan tatmini [...], ki bunlar kavramlarının içinde bir şahsın gerçek haklarının ihlal edilmesini barındırır" (Lehrbuch adı geçen eser, s. 179), zikredilir: "burada da şu hatalı bakış mevcut; her bir suç bir hak ihlalidir, yazar hatalı olarak, her bir cinsel suç polisiye suç olarak sınıflandırmaya, yönlendirir. Devlet için ahlakın önemi dikkat çeker, onsuz kanuniliğin temel bir prensibi eksik olur, devletin haklı ahlaka yönelmiş saldırılardan koruma yükümlülüğü, adab-ı muaşeretini en iyi şekilde takip etme, bunların ihlalinin cezalandırma ve temyiz kudreti olmayanları ve yaşı küçük olanları iğfal etmeler/kandırmalara karşı korumaya alma yükümlülüğü, değerlendirildiğinde bazı cinsel suçların, polislin basit olarak kabul edebildiğini, ağır cezalarla cezalandırılması da kabul edilebilir oluyor" (adı geçen eser, s. 179 devamı): ayrıca bkz. s 178 devamı "cinsel dürtülerin olağandışı/doğaya aykırı tatmini" (Feuerbach tarafından da aynı şekilde sınıflandırılmıştır): "her bir suç bir hak ihlali olarak gören kademsiz/kötü bakış bazı yeni kanunlarda sodomünün suç olmaktan çıkarılmasına sebebiyet verdi".

## TARİH VE DOĞMATİĞİN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

Hefendehl ve diğerlerinin<sup>60</sup> çok faydalı olan o toplu eseri (Makaleler derlemesi) sayesinde hukuki değer ihlali görüşünün (Rechtsgutverletzungslehre) çeşitliliği (spektrumu) üzerine elimizde bir envanter tespiti mevcuttur. Bu görüşün kısıtlamaları, yayımları (genişlemeleri) ve tamamlamaları önümüzde duruyorlar. Temel hukuki değer maddi hukuki geçerlilik olmalıdır<sup>61</sup> düşüncesinden tut kişisel yarar kavramına kadar<sup>62</sup> farklı denemelerden, hukuki değer kavramını ana hatlarıyla bulmak için yeni kriterlere kadar<sup>63</sup>, hukuki değer kavramının genel tanımlaması başarısızlıkla sonuçlanmıştır görüşünden tut<sup>64</sup>, hukuki değer teorisinin *harm principle* ve *offense principle*<sup>65</sup> aracılığıyla ikame edilmesine daha iyi bir anlatımla tamamlanmasına kadar, anayasaya uyarılama (farklı yoğunluklarla)<sup>66</sup> ve orantılılık prensibinin<sup>67</sup> münhasır geçerliliğine dair (tüm) bu durumlara yetecek kadar, envanter mevcuttur.

Hukuki değer kavramının esasen cezayı sınırlayan, noksan (fragmentar) güç ile yakınlaşıyor mu? Yoksa o en azından ona bahşedilebilir mi yahut o sadece sistem içi, metodik bir yardım aracı mı? Konusu ihtilaflıdır. En azından doktrinde eksik yahut yanlış hukuki değer bağı (Rechtsgutsbezug) çağrısı altında (gerekçesiyle) küçük bir grup suç normlarının<sup>68</sup> meşruluğu kabul edilmemekte. Misal "Halkın bedensel ve ruhsal sağlığı / Volksgesundheit"<sup>69</sup> ve aşağıda sayılanlar gibi bir dizi "görünüşte hukuki değerler"; "sigorta ekonomisinin iş görme kabiliyeti / Leistungsfähigkeit der Versicherungswirtschaft"<sup>70</sup>, "kamu huzuru / öffentliche Friede"<sup>71</sup>, "Trafik güvenliği /

<sup>60</sup> *Hefendehl / v. Hirsch / Wohlers* (Hrsg.), (wie Anm. 16); ek olarak *RolandHefendehl*, GA 2007, 1 ff; gelişim ve aktüel pozisyonlara ilişkin yüzeysel ve iyi bir anlatım için ayrıca bkz. *SabineSwoboda*, ZStW 2010, 24 vd., 33 vd.

<sup>61</sup> So *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Bası. 1993, s. 35; aynı doğrultuda *Kindhäuser* (wie Anm. 29);

Buna ilaveten *Jakobs*'un 1985'teki ceza hukukçuları sempozyumunda şekillendirdiği hüküm ortaya çıktı: "hukuki yarar korumasındaki görüşün kararlı bir şekilde sürdürülmesi halinde potansiyel suçluların tehlikeli düşünceleri ile bile ve hatta bu düşüncelerin kaynağını oluşturanlar ile ceza hukuku bağlamında mücadele edilmeli": *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, in: ZStW 1985, 751 vd., 753.

<sup>62</sup> *Hassemer / Neumann*, NK StGB. 3. Bası 2010. Vor § 1 Rn. 131 vd.; *Roxin*, (wie Anm. 6) s. 16 und vd.

<sup>63</sup> Farklı bakış açıları için bkz. *Roxin*, AT/1 (wie Anm. 6), s. 47 vd.

<sup>64</sup> Örnek *Schünemann*, (wie Anm. 48), s. 135vd.

<sup>65</sup> Bunun üzerine *Hirsch*, GA 2002, 2 vd.; (tekrardan in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* [wie Anm. 16], s. 13 vd.); *Wittig*, Rechtsgutstheorie, "Harm Principle/zarar prensibi" ve sorumluluk alanlarının sınırlandırılması için bkz. aynı yerde, s. 239 devamı.; *Seelmann*, Rechtsgutskonzept, "Harm Principle" ve cezalandırma kriterleri olarak tanıma modeli als Strafwürdigkeitskriterien, aynı yerde, s. 261 vd.

<sup>66</sup> Özellikle bkz. *Hassemer*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (wie Anm. 16), s. 57 vd.; *Otto Lagodny*, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, in: ebd., s. 83 vd.

<sup>67</sup> Anm. 39'daki gerekçelerle karşılaştır; son olarak buraya Alman Federal AYM'nin içtihadı da dahildir; BvFG'nin "doppel" amaca uygunluk kontrolü probleminde ilişkin bkz.; *Swoboda*, (wie Anm. 60), s. 44 vd.

<sup>68</sup> Ayrıca aşağıdaki maddelerde yer alan suç unsurları da dile getirilir, §§ 86a, 129a, 130 Abs. 3, 168a, 183, 261, 264, 265 StGB ve (hiç olmazsa kısmen) § 31 BtmG.

<sup>69</sup> *Roxin*, AT/1 (wie Anm. 6), s. 17.

<sup>70</sup> Aynı yerde, ayrıntılı olarak *Schünemann* (wie Anm. 48), s. 151.

<sup>71</sup> *Swoboda*, ZStW 2010, 39.

Verkehrssicherheit"<sup>72</sup>, "Hisler / Gefühle"<sup>73</sup>, "Güven / Vertrauen" ve "Güvenlik / Sicherheit"<sup>74</sup>.

### III. YASAMA ERKİ

#### 1) Yapısal Etki Faktörleri

19. yüzyılda liberal etki altında –her alanda<sup>75</sup> olmasa da ve linear olmasa da ceza hukukunun 18. yy'dan yola çıkan ölçülü bir şekilde yumuşatılması süreci devam etmektedir. Büyüyen ve kendini kabul ettiren müdahaleci devletlerin zamanında en geç 19. yy'ın 70'li yıllarının başından itibaren ceza hukukunun kapsamı yeniden genişlemeye başladı, kendini bu güne kadar birçok kesintiyle devam ettiren bir ön girişti bu. Bu büyümede birçok sosyo ekonomik, teknik, tarihsel-mantıki ve politik gerekçeler vardır. Ben burada kendimi hukuki faktörlerle sınırlandırmalıyım. Benim için önemli olan bunların kendini –hemen hemen evrim teorisi görüşünün kanunlarını takip eden- öncelikle kodifikasyonların dışındaki açılardan içinde geliştiren ve oradan –doğrudan veya dolaylı- ceza hukukunun merkezine ilerlemeleridir. En önemli etki faktörleri olarak –etkili oluşlarının ardışık sıralamalarına göre- şunları görürüm:

**a) Yan (Tali) Ceza Hukuku (*Nebenstrafrecht*)<sup>76</sup>**, ki o bireyi aşan hukuki değerlerle uğraşır. Tali ceza hukuku düzenleme tekniği olarak çoğu zaman belirlilik ilkesine uygun değildir ve taksirin, ihmalin ve evince cezalandırılabilirliğin genişlemesi için nihai olmayan çıkış noktasını inşa eder ve birinci dünya savaşı esnasında<sup>77</sup> ve o tarihten bugüne çığ gibi büyüyen bir tecrübe mevcuttur.

**b) 1923'ten beri Çocuk Ceza Hukuku** ki o esnekliğe zorlayan ve yapısal olarak kusur ilkesinin sınırlı etkisi üzerine çaba sarf eder.

**c) Tedbir Alma Hakkı – 1933'ten beri kanunen düzenlenmiş<sup>78</sup>- tedbir alma hakkı** klasik ceza hukukunun suç tipine odaklı kusuru tehlikenin bakış açısı ile

<sup>72</sup> *Schünemann* (wie Anm. 48), s. 152; *Amelung*, Rechtsgut (wie Anm. 33), s. 175.

<sup>73</sup> *Roxin*, AT/1 (wie Anm. 6), s. 22vd. (Tehdit etme hissi/düşüncesi istisnası ile).

<sup>74</sup> *Amelung*, Rechtsgut (wie Anm. 33), s. 177.

<sup>75</sup> Politik ceza hukukunun (Karlsruher Beschlüsse//Kararı) yanında ve dinsel suçlar özellikle (maddi suç kavramlarının gelişiminde önemli bir rol oynamış) cinsellekle ilgili ceza hukukunun yanında bir istisna oluşturur. Bkz. *Roth*, Die Sittlichkeitsdelikte zwischen Religion und Rationalität. Strafrechtspraxis und Kriminalpolitik im 18./19. Jahrhundert, in: Reiner Schulze / Thomas Vormbaum / Christine D. Schmidt / Nicola Willenberg (Hrsg.), Strafzweck und Strafnorm zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung. 2008, s. 195 vd.

<sup>76</sup> 1914'e kadar olan yan ceza normları için bkz. *Robert Weber*, Die Entwicklung des Nebenstrafrechts 1871 bis 1914 (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 3 Bd. 5). 1999; Nasyonal Sosyalist dönemdeki ekonomik suçlara ilişkin tali ceza hukuku için: *Werner*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus. 1991; detay için bkz. *Schmitzberger*, Das nationalsozialistische Nebenstrafrecht 1933 bis 1945. 2008.

<sup>77</sup> Bkz. *Naucke*, Über das Strafrecht des I. Weltkriegs, aynı yerde, Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte. 2000, s. 287 vd.; *Richstein*, Das "belagerte" Strafrecht. Kriegsstrafrecht im Deutschen Reiche während des Ersten Weltkrieges. 2000.; hülasa, *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. 2. Auflage. 2011, s. 153 vd.

<sup>78</sup> Detay için bkz. *Christian Müller*, Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933. 1997; ayrıca bkz. aynı yerde, Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871-1933. 2004.

yedeklemiş ki bununla (bizi) yaptırım alanının genişlemesi sonucuna götürür ve bununla –kuşkusuz tutarlı- (bu günün) ceza hukukunun 2. maddesinin 6. fıkrasındaki geriye yürümezlik ilkesini ortadan kaldırmış(tır).<sup>79</sup>

**d)** Ceza hukukunun içinde yer alan yahut dışında kalan *Ekonomi Ceza Hukuku* ceza hukuku politikası gereği heterojen bir amaca hizmet için doğmuştur. Zira bir yandan “*white collar crime*” karşı tabiri caizse sosyal bir ceza hukuku simetrisini meydana getirmek, fakat diğer yandan ekonomiye karşı ise kuvvetli ve ekonomiyi büyük bir oranda kontrol eden ceza hukuku dışı kontrol ve yaptırım mekanizmalarından kaçınmak<sup>80</sup> ve geniş çaplı vergilendirme çabalarıyla sistemin öngördüğü şekilde genişletmek ve belirsiz suç tipleri alanını ise genişletmek.

**e)** Ekonomi Ceza Hukuku ile büyük ölçüde bağlantılı *Avrupa Ceza Hukuku* ki o müdahaleci karakteri gereği sürekli olarak daha çok suç tiplerinin oluşumuna sevk eder<sup>81</sup> ve böylece her bir gelişme için tezatlık (Kontrast) programı oluşturur ki bu program 19. yy da Almanyada tüm Almanya için yeknesak bir kodifikasyona (kanunlaştırmaya) götürmüş ve en azından geniş alanlarda liberal ceza hukuku gelişmelerinin bir toplamını oluşturmuş.

**f)** Ve son olarak da duyarlı talepler sonucu doğan Uluslararası Ceza Hukuku'na müteşekkirimiz ki o devlet yöneticilerinin dokunulmazlıklarına bir son vermiştir. Uluslararası ceza hukuku sadece kasten öldürmenin nitelikli hali olarak bilinen “katli” (Mord) ve soykırım için zaman aşımını kaldırmakla kalmadı -ki bu hümanist bir ceza hukuku için bile verimli olmayan ömür boyu suç takibi (ceza kovuşturması) demektir - ayrıca bir dizi hukuk enstitüsüne (kavramına) kolaylık sağladı. Buraya son olarak Holokaust (Holocaust-Leugnung) yahudi soykırımının inkârının cezalandırılabilirliği de dâhildir.<sup>82</sup>

## 2) Örnekler

Temel (çekirdek) ceza hukukundaki etki faktörlerinin çöküşü bazen çok hızlı bir şekilde bazen ise gecikmelerle vuku buldu. Ben kısaca ceza hukukunun şu iki yasa değişikliğine değinmek istiyorum ki bunlar temel alanda ceza hukukunun gözle görülür derecede yayılmasını sağlamıştır.

<sup>79</sup> § 2 Abs. 6 StGB ile ilgili eleştiri ve ispatlar için bkz. *Dannecker*, LK 12. Bası Bd. 1 Berlin 2006, § 2 Rn. 135; *Hassemer / Kargl*, NK StGB. 2010, § 2 Rn. 57 ff, özellikle Rn. 60.

<sup>80</sup> Açık olarak *Tiedemann*, Strafrecht in der Marktwirtschaft, in: F Schr. Stree / Wessels. 1993, s.527 vd.

<sup>81</sup> Yazarın neredeyse hiç fark edilmeyen isabetli çalışmaları için bkz. *Naucke*, Europäische Gemeinsamkeiten in der neuen Strafrechtsgeschichte und Folgerungen für die aktuelle Debatte, in: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 2 (2000/2001), s. 1 vd.; *Lüderssen*, GA 2003, 71 vd. daha fazla gerekçe için bkz. dipnot 90 vd.; *Donini*, Subsidiarität des Strafrechts und Subsidiarität des Gemeinschaftsrechts, aynı yerde, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa. 2006, s. 151 vd.; aynı yerde, Ein neues strafrechtliches Mittelalter? Altes und Neues in der Expansion des Wirtschaftsstrafrechts, aynı yerde, s. 203 vd.

<sup>82</sup> Detay için bkz. *Th. Vormbaum*, Vergangenheitsbewältigung im Rechtsstaat, in: F Schr. Amelung. 2009, s. 783 vd.; devletler ceza hukukundaki düşman ceza hukukuna ilişkin elementler için bkz. *Fronza*, Feindstrafrecht und Internationale Strafergerichtsbarkeit, in: *Vormbaum/Asholt*, Kritik (wie Anm. 28), s. 413 vd.; yahudi soykırımı inkarı için bkz. ( aynı zamanda karşılaştırmalı) aynı yerde, Der strafrechtliche Schutz des Gedenkens. Bemerkungen zum Tatbestand der Holocaust-Leugnung, in: Jb. d. juristischen Zeitgeschichte 11 (2010), s. 243 vd.

### a) 1876'daki Novelle (Yasa değişikliği)

Ceza kanununda en az 50 maddelik bir değişiklik yapan bu ilk geniş kapsamlı – ağırlıklı olarak cezalandırma alanını genişleten yahut cezayı arttıran bağlamda bir- yasa değişikliği 1876 yılına aitti ki bu bir hem yasa değişikliğini sağlayan ve hem de ekleme yapan yasa değişikliği idi.<sup>83</sup> Bu kanun değişikliğinin iki düzenlemesini ele alıyorum.

**aa)** (Suça) Katılmaya teşebbüs edenin prensip olarak cezasız bırakılması ilk olarak bu yeni 49a paragrafı –Lex Duchesne olarak adlandırılan – aracılığıyla, birçok kez sınırlandırılmış olsa da, ortadan kaldırıldı. Bүgүnkü 30. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen evvelki davranış biçiminin dar kapsamlı formları ilk kez düzenleme altına alındı.<sup>84</sup> Bilindiği gibi bu durum sadece dar kapsamlı olaylarla sınırlı kalmadı.<sup>85</sup>

**bb)** Kanuna yeni olarak tehlikeli yaralama suçu eklendi; burada da kanun değişikliği bir yayılma hareketinin başlangıcına işaret etmektedir: 1912 korunmaya muhtaç durumda olana yapılan kötü muamele üzerine bir genişleme<sup>86</sup>, 1933 yeniden genişleme göstererek tek başına bir suç konusu oldu<sup>87</sup>; 1940'tan itibaren basit yaralama suçundaki şikâyet zorunluluğu (soruşturma ve kovuşturması şikâyete tabi suç tipi) savcılarca dikkate alınmama imkânı tanındı<sup>88</sup>, 1969'da kasten (tehlikeli) yaralamaya teşebbüs de (*Versuch* der gefährlichen Körperverletzung) suç olarak düzenlendi<sup>89</sup> ve hafif yaralama suçuna teşebbüsü de 6. Ceza Hukuku Reform Kanunu aracılığıyla cezalandıran gelişme ile zirve noktasına –fragmentar ceza hukuku bağlamından dip noktasına- ulaşmış oldu.<sup>90</sup>

### b) 1943'ün Dengeleme Yönetmelięi (Angleichungsverordnung von 1943)

Benim ikinci örneğim ceza hukukunu dengeleme yönetmeliği olarak bilinen 1943'teki yönetmeliktir.<sup>91</sup> Bu yönetmelik diğerlerinin yanısıra ceza hukukundaki

<sup>83</sup> Gesetz betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben. Vom 26. Februar 1876. RGBl. 1976, 25, in: *Vormbaum/Welp*, Das StGB. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Bd. 1. 1999, s. 92 vd.

<sup>84</sup> Arka plandaki gerekçeler için bkz. özet *Asholt*, in: *Vormbaum/Welp*, Das StGB, Supplementband 3. 2006, s. 100. Alman CK madde 49a'ya göre bir suça davet/teşvik yahut suça iştirak ve böyle bir daveti kabul etme, bundan başka bir suç işleme talebinde bulunmak, yahut gelen daveti kabul etmek cezai düzenleme altına alındı --- her türlü davranış türü, yazılı olabileceği gibi, davet yahut suç işlemesine imkan sunmak "bir tür menfaatin temini/garanti edilmesi ile bağlantılandırılmış" olarak. Etraflıca bkz. *Jost-Dieter Busch*, Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB. jur.Diss. Marburg 1964; Übersicht b. *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 28. Mai 1943. 2010, s. 22 vd.

<sup>85</sup> İlaveten aynı yönde.

<sup>86</sup> Gesetz betreffend Änderungen des Strafgesetzbuchs. Vom 19. Juni 1912 (RGBl. 1912, s. 395), Nr. 3 (als § 223a Abs. 2).

<sup>87</sup> Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften. Vom 26. Mai 1933 (RGBl. 1933, s. 295), Nr. 15 (als § 223b).

<sup>88</sup> VO zur Änderung der Strafvorschriften über fahrlässige Tötung, Körperverletzung und Flucht bei Verkehrsunfällen. Vom 2. April 1940. (RGBl. 1940, s. 606), Nr.3.

<sup>89</sup> EGStGB. Vom 2. März 1974 (BGBl. I 1974, s. 469), Art. 19 Nr. 94b.

<sup>90</sup> 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts. Vom 26. Januar 1998 (BGBl. I 1998, s. 164, Nr. 37.

<sup>91</sup> Ulaşmak için *Vormbaum* (wie Anm. 85).



teşebbüste ihtiyari ceza indirimini uygulamaya koydu. 1876'da başlayan (suça) katılanın ön alanındaki (başlangıcındaki) cezalandırılabilirliğinin alanının genişletilmesini devam ettirdi ve bunun yanısıra suç uydurma suçunu, cebir kullanmanın bugünkü şekillenmesini, yanlış ve yeminsiz beyanların cezalandırılabilirliğini ve sahte belge düzenleme suçunun ön hazırlıklarının yapıldığı stadyumunun genişletilmesini beraberinde getirdi. Marjinal noktası haricinde (istisna) – iştiraka teşebbüsün cezalandırılabilirliği<sup>92</sup>- yukarıda anılan 1945 sonrası tüm düzenlemeler bu gün hâlâ ceza kanununda yer almaya devam ediyorlar.<sup>93</sup>

Belirtilen alanda daha birçok bölüm var; kanaatimce özellikle 1935'teki, kıyas yasağını engelleyen ve serbest tayin etmeye (hâkimin takdirine) izin veren (Wahlfeststellung), yasa değişikliği. Ceza hukukunun yorumu bağlamı ile tekrar bu konuya geri geleceğim.

### 3) Hızlandırma (Beschleunigung)

Kısa liberal bir süreç sonrasında altmışlı yılların sonu ve yetmişli yılların başında cezasız bırakma/suç olarak düzenlememe "Entkriminalisierung" eğilimi (könjüktür) güçlü olmuştu. Ceza hukukunun yayılması (genişlemesi) kendini 20. yüzyılın son çeyreğinde (son, üçte birinde) hızlandırdı. Ceza kanunundaki değişikliklerin yüksek sayılarındaki bu artış ceza hukukunun bu yayılmasının ve bununla birlikte bu azalan noksanlığının bir göstergesidir. Bu zamana kadar Ceza Kanununda yapılan toplam 240 değişikliğin 59'u 1871 ve 1949 yılları arasındaki yaklaşık 80 yıla denk gelir; buna karşılık 1949 sonrasındaki yaklaşık 60 yıllık zaman diliminde ise 180 den fazla değişiklik yapılmıştır.<sup>94</sup>

Mutlaka bu sayıları şüpheli gösteren faktörler vardır. Yapılan kanun değişikliği sayısı ile yeni oluşturulan suç tipleri sayısı eşit değil ve yeni suç tiplerinin sayıları ile cezalandırılabilir alandaki genişletilme de eşit değil. Bu tali ceza hukukundan Ceza Kanununa yapılan basit kay(dır)malara da dayanır. İkinci görüş gösteriyor ki bu şüpheler her halükarda bu eğilimi az da olsa zayıflatıyor. Zira kanun değişikliği kümesi yeni suç tiplerini, cezalandırma alanı genişletmeleri ve ceza arttırmaları barındırıyor –burada sadece şunu hatırlatayım; 6. Ceza Hukuku Reform Kanunu olarak bilinen zimmet suçunun unsurlarının küçük yahut büyük "düzeltici yorum" etrafındaki tartışma üzerine, yeni düzenlemenin büyük "düzeltici yorumu" da aşan onun üzerinde düzenlemedir, sonucuna varmış oldu. 1998'deki kanun değişikliği de kanun yapma tekniğini biraz daha geliştirdi/hızlandırdı. Bu kanun yapma tekniği noksan/fragmentar ceza hukuku için vahimdir. Bu teknik *Kurallaşmış örnek* olarak adlandırılan ve doğumunu (var oluşunu) maalesef 60'lı yılların reform kanunlaştırmalarına borçlu bir teknik. "243. Maddedeki hatalı düzenlemeyi"

<sup>92</sup> Kib u Art. 2 Nr. 8 des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. August 1953 (BGBl. I 1953, 735) aracılığıyla kaldırıldı.

<sup>93</sup> Alman CK § 240 fıkra 2 için "sağlıklı/makul toplum hassasiyetleri" ve Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bu kavrama ilişkin içtihadı için bkz. (BGHSt 1, 84 vd.; BGHSt 5, 256) bkz. *Dencker, NS-Justiz vor Gericht*, in: *Requate* (Hrsg.), *Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch* (1960-1975). 2003, s. 93 vd.

<sup>94</sup> Sayılar aşağıdaki yazarca analiz edildi *Vormbaum*, 130 Jahre Strafgesetzgebung – Markierungspunkte und Tendenzen, aynı yerde / *Jürgen Welp*, *Das Strafgesetzbuch. Samlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen*. Supplementband 1. 2003, s. 456 vd., buradas. 481 devamı, ayrıca „suçlulukla“ mücadele kanunları diye bilinen kanunlardaki artış için bkz. *Hefendehl*, *ZStW* 2007, 816 vd., dipnot 817.

[“Sündenfall des § 243”]<sup>95</sup> diğerleri takip etti<sup>96</sup>, ve bunlar üzerine, suç alanında daha önce Federal-Adalet Bakanlığında bir kez zikredilmiş olan kurallaşmış örneklerle ne zaman nitelikli unsurların ikamesi gerçekleştirilmiş olacaktır, diye iddiaya girilebilir.

#### IV. YORUM

Yoruma (interpretasyona) dair tarihsel fikirlere birçok suç tipinde rastlanabilir. Ben bu sebeple burada kendimi spesifik olarak birkaç münferit bakışla sınırlandırmalıyım.<sup>97</sup>

Nasyonal Sosyalist iktidarı döneminde rollerinden dolayı birliklikleri perçinlenmiş (şu ilk) üç noktayı seçiyorum.

##### 1) Kıyas Yasağı

Gerçi kendini 19. yy sürecinde ceza hukukunda Weimar Ceza Kanununa kadar uygulamada gösteren “Nullum crimen sine lege” (Çev. Kanunsuz Suç Olmaz) temel ilkesi belli noktalarda şüpheli kaldı<sup>98</sup> fakat kıyas yasağı prensip olarak kabul görmüştü. Bilindiği gibi Alman Yüksek Mahkemesi (*Reichsgericht*) 19. yüzyılın sonunda elektrik enerjisinin çalınmasını hırsızlık suç tipinin altında değerlendirilmesini reddetti;<sup>99</sup> *Binding* bile geniş yorum kılıfı altında kıyas yapılmasının (kanun uygulamasındaki kıyası) bir ceza kanununun değişikliği esnasında eleştirmiştir.<sup>100</sup> Kuşkusuz bu değişim (değişiklik) daha sonra 1935’te Nasyonal Sosyalist kanun koyucu zamanında vuku buldu. Nazarı dikkate almak gerekir ki birçok Nasyonal Sosyalist (NS) Ceza Kanunu –suç işlemeyi alışkanlık haline getirenlere dönük suç kanunlarından tutun da Polonya Ceza Hukuku Yönetmeliğine kadar- ve bu kanunlara enstrümanların belirsizliği yüzünden hiç gereksinim duyulmadı, böylece olayın gidişatı kuşkusuz bugün bilindiği gibi onun yerine konulandan daha az spektakular (heyecan verici) oldu.<sup>101</sup>

<sup>95</sup> *Scheffler*, Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa. 2006, s. 36.

<sup>96</sup> 6. Strafrechtsreform aracılığıyla düzenleme örneği teorisi dayandırmalarla tamamlandı ve “açıkça mantıklı olmayan” düzenlemelere sebebiyet verdi; *Scheffler*, a.a.O.; *Schünemann*, in: LK, 11. Bası § 266, Rn. 177. Son olarak kritik, *H.J. Hirsch* (wie Anm. 24).

<sup>97</sup> Geniş bir eğilim ile gözlemlendiğinde ilgi uyandıran sansasyonel öğreti ve kararların yanında onyıllardır süregelen çetin ertelemeler de mevcuttur. Naucke, Friedrich Christian Schröder’in Gewitter olayı üzerine olan kitabındaki öldürme suçlarında hareketle, 19 yüzyıldan beri usule ilişkin kısma (Ceza Özel) ait dogmatik problemlerin nasıl ceza genelin içine itildiğini gösterdi, ki bu bununla bağlantılı soyutluk yüzünden cezalandırılabilirlik alanını genişletme sonucuna götürdü. Böylece öldürme suçlarından kesilmiş olan *Letalität/ihimal* kavramını unutulmaya maruz bıraktı (ortadan kaldırdı) ve ceza genel kısmı aracılığıyla yönlendirilen sonuca ulaşma tasvirini “ölüm sebebi” daha bir baskın hale getirdi.; *Naucke*, Rezension Schroeder, Der Blitz als Mordinstrument, in: Journal der jur. Zeitgeschichte 5 (2011), 24 vd.

<sup>98</sup> Bununla ilgili olarak bkz. *Dannecker*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots und des Milderungsgebots in Deutschland, in: Jahrbuch der jur. Zeitgeschichte 3 (2001/2002), s. 125 vd.; *Seebode*, Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Zeitenwandel. Das Rechtsgutachten für den Reichstagsbrandprozess, aynı yerdes. 203 vd..

<sup>99</sup> RGSt 29, 111; RGSt 32, 165.

<sup>100</sup> Bkz. daha önce anılan Anm. 44.

<sup>101</sup> *Naucke*, Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, aynı yerde, Zerbrechlichkeit (wie Anm. 77), s. 301 vd.

İçtihadın (Rechtsprechung) cezalandırılabilirliği-gereçlendirmenin sürekli artan imkânlarını (yorum yahut kıyas yöntemlerine) nasıl kullandığı konusu bildiğim kadarıyla henüz (doktrinde) kapsamlı bir şekilde incelenmemiştir. Bireysel araştırmalar içtihadın yeni enstrümanları daha çok çekinceyle kullandığını gösteriyor. Bu uzun yıllardır kabul gören eski bir temel ilkeyi formal olarak ihlal etmekten kaçınmaktan kaynaklanıyor olabilir; kuşkusuz bu içtihadın övgü hakettiği anlamına gelmez. Beraber Alman Yüksek Mahkemesinin (Reichsgericht) bednam (olumsuz anlamda nam salmış) somutlaştırma yeteneğine bakalım: Benim kast ettiklerim – doktrindeki lehe görüşler de dâhil, misal Richard Lange'nin<sup>102</sup> - 11. Paragraftaki (Alman) Soy (Kan) Koruma Kanunu olarak adlandırılan Talimat Yönetmeliğindeki<sup>103</sup> muamele. Bilahare Almanlar ve Yahudiler arasındaki “yasak ilişki daha doğrusu ilişki yasağı” Soy Koruma Kanununun 2. paragrafı bağlamında sadece “cinsel ilişki”. Zamanın Yüksek Mahkemesi bu unsurun altına “yapma türüne göre karşı cinsle olan her türlü cinsel aktiviteyi, cinsel arzuları tatmin etme amaçlı cinsi münasebet yerine en azından bunların bir kısmına hizmet edenleri de”<sup>104</sup> eklemiş ve bu suçun unsurlarının tamamlanması için tek bir tensel dokunuş bile gerekmemekteydi.<sup>105</sup> Bu düşünce hiç bir şekilde kıyas yapmanın yeni imkânlarıyla (yöntemleriyle) gereçlendirilemez –aksine: (Weimar) Savcılık Makamının bununla örtüşen önerisi Mahkeme tarafından açık olarak red edildi ve kendine hükmün iki ayrı koruma amacını belgeleyen kanun başlığını dayanak olarak gösterdi. Bunlar Alman kanını ve şerefini koruma amaçlarıdır. Tabiidir ki böyle bir “yorum” anlayışından, Ceza Kanununun 2a maddesine (yeni § 2 Alm.CK: Çev. Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması/Geriye Yürümezlik İlkesi) dayandırmaktan, kaçınılmalıdır.

Alman Yüksek Mahkemesinin geniş (anlamda) kıyasa karşı olan çekingen tavrı da daha az politik kaynaşmanın olduğu alandan etkilenmiş olduğunu gösteriyor gibi. Elbette Alman Yüksek Mahkemesinin kıyas yoluyla bir cezalandırmayı mümkün kıldığı bir dizi olay mevcuttur. Daha sonraları Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise bunları yorum yoluyla elde etmiştir<sup>106</sup>. Hatta -azınlıkta kalsalar da- bir kaç olay mevcut ki bunlarda Alman Yüksek Mahkemesi kıyas yoluyla bile cezalandırılmayacağını kabul etmişken yeni Alman Federal Yüksek Mahkemesinin ise yorum yoluyla bunların da cezalandırılmalarına onay vermiştir<sup>107</sup>. Dikkatli olarak açıklayacak olursak bu durum serbest bir yorum anlayışının alışkanlığı 1945 sonrasında da korunduğunu gösteriyor.

Alman Yüksek Mahkemesi kendisini daha çok o zamanlar izin verilen kıyasa dayandırsaydı, belki bu çok daha iyi olabilirdi, çünkü o zaman 1945 sonrası kıyas

<sup>102</sup> *RichardLange*, in: *Kohlrausch/Lange*, StGB mit Nebengesetzen und Erläuterungen. 36. Basi 1941. Anm. I zu § 2 BlutschutzG.

<sup>103</sup> Devamı ile ilgili ve hukuk tarihinin arkaplanını öğrenmek için bkz. *Ogorek*, “Rassenschande” und juristische Methode. Die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, in: *KritV* 2003, 280 vd.

<sup>104</sup> Urteil vom 9. Dezember 1936; Leitsatz RGSt (Gr. Senat) 70, 375. Genel bakış için bkz. *Vormbaum*, Die Rassegesetzgebung im nationalsozialistischen Deutschland, in: *Garlati / Vettor* (Hrsg.), *Das Recht und die Rechtsschändung. 70 Jahre nach dem Erlass der italienischen Rassegesetze*. 2010, s. 167vd., 177; *aynı yerde*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte.s. 198vd..

<sup>105</sup> Aynı yönde bkz. RGSt 73, 94 vd., 96.

<sup>106</sup> Arıntılı bkz. *Priester*, Zum Analogieverbot im Strafrecht, in: *Koch* (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*. 1976, s. 155 vd., burada s. 175 vd.

<sup>107</sup> *Priester*, a.a.O., s. 178 vd.

yasağının yeniden getirilmesiyle birlikte belki de yeniden yorum ve kıyası sınırlayacak katı kıstaslar geri getirilmiş olabilir. Alman Yüksek Mahkemesinin “Elektrik Hırsızlığı” kararı ile Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 1957’deki, bir Tırı (LKW) “eklentili araç”<sup>108</sup> olarak görmesi arasında sıradan 60 yıl değil aksine NS rejiminin ve kıyasın geçerli (mümkün) olduğu yıllar geçmişti.<sup>109</sup>

## 2) İhtiyari Tespit/Serbest Takdir Yetkisi (Wahlfeststellung)

Keza serbet tayin etme (hâkimin takdir yetkisi) 1935’teki kanun değişikliği aracılığıyla –resmi gerekçelendime: “adil olmayan serbest bırakılmaları engelleme amaçlı”- sınırsız bir şekilde serbest bırakıldı.<sup>110</sup> Keza bu Alm. CK’nin yeni 2b paragrafı (maddesi) doktrin ve içtihadın kısmen gizli kısmen açık eğilimi ile örtüşüyor. Gerci Alman Yüksek Mahkemesi kendisinin “liberal”, “rasyonalist” ve “formel” içtihadına<sup>111</sup> yapılan eleştiriye rağmen görüşünü korumuş ve serbest tayini sadece bir suç tipinin içinde geçerli saymış ve 1934’te sadece hırsızlığın ve çalıntı malı bulundurmanın davranışlarında bir genişlemeyi kabul edilebilir saymıştı.

1935’teki kanun değişikliklerinden sonra ayrıca şu tanınmış -serbest kararlaştırmayı kürtaj teşebbüsü ve dolandırmada (Betrug) mümkün kılan- kararlara gelindi.<sup>112</sup> 1945 sonrası yargı (içtihat) hiçbir şekilde Alman Yüksek Mahkemesinin 1935 öncesi geldiği noktaya yetişemedi, aksine Kohlrausch’dan alıntılanan ünlü cümlesi olan “hukuk etiğine ve psikolojiye göre mukayese edilebilirlik” ile formüle edildi. Çünkü o zaman 1935’e ait o hükümler gönül rahatlığıyla silinebilir.<sup>113</sup>

<sup>108</sup> BGHSt 10, 375.

<sup>109</sup> Bu bağlamda yargılanabilirliğin 1945 öncesi ve sonrası bireysel sürekliliği sorunu ortaya çıkıyor. Bunun üzerine arıntılı bkz. *Rottleuthner*, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, 2010.

– (Kuhlen tarafından yapılan) münazarada metindeki sunma şekli tek taraflı olarak eleştirildi ve bunun üzerine denildi ki, bu durum günlük mahkeme pratiğinde sıklıkla ortaya çıkmaktadır, ki hakim ceza ihtiyacını karşılamak için kanunilik temel prensibini ihlal etmektedir. Bu savın etkisini küçümsemememe rağmen bu durumu tartışmıyorum. Benim sorum “acısınırı” nereye doğru/nasıl geliyor ile ilgili. Benim izlenimim bunun, her ne kadar bu kıyas yasağının ihlal edildiği anlamına gelmek zorundan değilse de, dışa itildiğidir, ki kıyasla yorumun sınırları kuşkusuz pek akıcıdır/esnektir. – Doğru yer olarak burada şuna değinmekte yarar var; içtihat kararlarına yöneltilen haklı eleştirilerin yanında onların “cezalandırma boşluklarını” kapatmaya ilişkin nahoş eğilimi unutulmamalı, ki şimdiki ceza kanunkoyucusunun durumu buna genişletici yorum için yepyeni imkanlar sunmuş durumda. Eğer onlara total olarak güvendikleri enstrümanlardan koruyucu bir ilişki/kullanım verilecekse, bu durumda eleştiri başka adreslere, yani kanunkoyucuya, ulaşır çünkü demokratik –hukuk devletindeki ceza hukuku, gönül bağı ile bağlı olma gibi bir girişimden çıkarılacağı üzre, güven ilkesiyle değil aksine iktidarın kötüye kullanılması kuşkusuna ile yaşar – aynı eleştiri hakimlere de yapılır.

<sup>110</sup> Bağlantılı olarak bkz. *Frister*, NK StGB. 3. Bası, Nach § 2.

<sup>111</sup> *Frister*, a.a.O., Rn. 3 daha fazla bilgi için.

<sup>112</sup> RGSt 69, 369; 71, 44; detaylı bilgi için bkz. *Frister*, a.a.O., Rn. 5.

<sup>113</sup> Bu sıradaki kanun aracılığıyla gerçekleşti; das Kontrollratsgesetz Nr. 1 (Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts). Vom 30. Januar 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 3, s. 55), Artikel I.

### 3) Fiili Bakış Açısı (Faktische Betrachtungsweise)

Üçüncü emare ceza hukukunu her alanda daraltan, içlerinde ceza hukuku dışı hukuk düzeninin çoktan değersizlik yargısına düştüğü, bağımlılık ilkesine denk geliyor. Bunların geçerliliği de hukuk tarihinin ilk zamanlarında çoğunlukla sıkıntılı bir durumdu ve hâlâ da tartışmalıdır. Bağımlılık ilkesinin (Akzessorietätsgrundsatz) kanun koyucu tarafından dikkate alınmadığı bir suçun unsuru ile karşılaşan Ceza Hâkimi kuşkusuz bu suç unsurlarını red edemez. Hâkimden beklenebilecek ise şudur: en azından, kanun koyucunun bağımlılık kuralını dikkate almış olduğu bir düzenlemede, kaçınılmaz yahut gerçek suç politikası gerekçelerinden değil aksine kendinden ceza hukukunun ikincil (sekundar) karakterinden yola çıkarak burdaki sıkıntıyı gidermek. Bu arada bu “*fiili Bakış Açısı*” diye adlandırılan açı ile gerçekleşir.

Bu durum 1938’de *Hans-Jürgen Bruns*’un “*die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken: Ceza Hukukunun Sivil Düşünceden Kurtuluşu*” adlı eserinde amaca uygun bir şekilde formüle edildi.<sup>114</sup> Kitap uzun zamandır bilinen klişeleri aşarak nasyonal sosyalist politikaya hizmet etmiştir. *Bruns* yorumun sağlıklı/sağduyulu toplum hassasiyetleri ve düşüncelerine göre somut bir nizam ile düzenlenmesini önermiş ve o “hukuk devleti temelli liberalizmin sevilen çocuğu olan pozitivist kavram prangalarını” eleştirmiştir. Bu gün fiili bakış tarzı özellikle “ekonomik bakış tarzının” kostümü içinde vuku bulmaktadır. Örneğin fiili Limited Şirket (GmbH) yöneticilerini içine alan Alm. Ceza Kanununun 14 madde birinci fıkrasındaki düzenleme<sup>115</sup> ve Limited Şirket & Co KG’lerine karşı işlenen güveni kötüye kullanma.<sup>116</sup>

Bu zikredilen üç alan çeşitli şekillerde yargıda (içtihat) ve doktrinde boşluk doldurma bağlamındaki etkileme eğilimlerinin (NS iktidarı esnasında geliştirilen yahut güçlendirilen eğilimlerinin) 1945 sonrası nasıl hayatta kaldıklarını gösteriyor. Burada da *Vogel*’in tezleri kendini güçlü bir şekilde ispat ediyorlar. O zamanlarda ceza yargılaması ve ceza hukuku bilimi ağırlıklı olarak öncesinden ve sonrasında pek farklı değildi, aksine daha çok kendini 20. yüzyılın tamamında hissettiren bir gelişmenin radikalleşmesi ile uğraşıyordu.<sup>117</sup>

### 4) Anayasa (Mahkemesi) İçtihadı (Verfassungsrechtsprechung)

Umut edilebilirdi ki Federal Alman Cumhuriyeti’nin kuruluşu ile birlikte Alman Federal Yüksek Mahkemesi noksan/fragmentar bir ceza hukukunun koruyucusu olacak. Bu umut da tümünden hayal kırıklığına uğratıldı:

a) Kanun koyucunun Varlık Vergisi’nde yer alan yarıya bölme ilkesini en ince detaylarına kadar takip eden mahkeme<sup>118</sup> ceza normlarının yıllardır süregelen içtihatlarda oluşması gibi bir diğer kanuni ölçüte (suç ihdas etmeye) onay verdi.

<sup>114</sup> *Bruns*, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. 1938.

<sup>115</sup> Bunun için bkz. misal *Büning*, Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH. 2004, yeni ek delillerle.

<sup>116</sup> Bkz. *Lüderssen*, F Schr. Eser (wie Anm. 36), s. 175. Zur Kritik am wirtschaftlichen Vermögensbegriff der Rechtsprechung s. *H.J. Hirsch*, F Schr. Tröndle (wie Anm. 24), s. 32 vd.

<sup>117</sup> *Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, ZStW 2003, 638 vd.; ayrıntılı bilgi için aynı isimle yayınlanmış kitap: Berlin 2004, s. 43 vd..

<sup>118</sup> BVfGE 93, 121, 136 vd.

Mahkeme maddi suç kavramından (somut olarak hukuki değer korumasından) türetmeyi anayasadan geri çevirdi<sup>119</sup> ve böylece *dışsal noksanlığın* bir aracını red etmiş oldu.

b) İçsel noksanlıkta da pek iç açıcı bir durum yok. Burada Mahkeme belirlilik ilkesine zerre kadar değer vermiyor. Mahkeme özellikle bu ilkeyle bağdaşmayan bir ceza normunu uzun yıllar devam eden oturmuş içtihat (uygulama) gerekçesiyle onayladı. Buna verilecek en güzel, klasik örnek “genel huzuru bozma/Groben Unfugs” (Alm. CK Md. 360 Nr. 11 eski düzenleme)<sup>120</sup> unsurudur.

c) Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bu “horror nullitatis”i özellikle cezalandırmamanın anayasaya aykırılığı ile ilgili bir durumda kayda değer biçimde çığnemiş olur. Böylece Mahkeme “temel haklar da objektif bir değerler düzeninin dışavurumudur” cümlesinin yardımıyla kanun çıkarma yahut var olan ceza normunu muhafaza etme gibi anayasal bir sorumluluk imkânı iddia ediyor. Örneğin gebeliği sonlandırma ile ilgili verilen ilk kararda olduğu gibi.<sup>121</sup>

## V. HÜLASA (Özet/Resümee)

Bu ikinci kısımda varılan sonuç: hem teoride hem ceza hukukunun yasallaşmasında hem de ceza kanunlarının yorumlanmasında ceza hukuku –en geç 19 uncu yüzyılın son evrelerinde- sürekli büyüyen bir yayılmanın ve daha doğrusu sürekli kendini hızlandıran bir genişlemenin ve formaliteden uzaklaşan bir sürecin etkisinin altındadır. Aynı ölçüde ceza hukukunun noksan/fragmentar karakteri ise gerilemektedir. Ceza hukukunun, Francesco Palazzo’nun bahsettiği, özgürlük denizindeki adalar kendilerini gerçekte sayıca arttırdılar ve onlardan bazıları Samoa yahut Hawaii Adasının büyüklüğünde değil aksine (çok daha büyük olan) Madagaskar, Borneo yahut Küba Adalarının ölçülerine sahipler.

Sadece Alman ceza hukuku ile sınırlı olmayan genişleme gerekçeleri genel olarak bilinirler; ben sadece önemli olanları, tabii olarak birbiriyle bağlantılı olanları dile getireceğim:

1) Bireysel ulaşımın motorize olmasından tutun atom teknolojisine kadar teknik yahut insani başarısızlık sebebiyle büyük tehlikeler meydana getiren teknolojik gelişmeler.

---

<sup>119</sup> Son olarak ensest ilişki ile ilgili kararın Anayasaya uygunluğu denetimi için bkz. (BvfGE 120, 224).

<sup>120</sup> BvfGE 26, 41; Mahkemenin halkın aleyhine olarak yeterli saydığı şey, buna temel teşkil eden prensibin kendini onların yararına etki edeceği yerde önemsiz olarak duruyor.: ceza davasındaki itiraz sıkıntısı/körelmesi için bkz. BvfGE 122, 248; bunun üzerine ayrıca bkz. *Bertheau*, NJW 2010, 973 vd..

<sup>121</sup> Tartışmada ek olarak mahkemenin Hava Güvenliği kanununa ilişkin kararına (BvfGE 115, 118) değinmek istiyorum. Bu karar ne kadar çok olumlu değerlendirilmişse de bir hukuka uygunluk sebebinin Anayasaya aykırı olarak değerlendirmişti. Meslektaşım sn. Zopf bir görüşmede bana aktardı ki bahsi geçen hukuka uygunluk sebebi devletin şahsa karşı olan (gerçekte ölümcül) davranışını hukuka uygun hale getirmektedir. Bu gerçekte problemin bu sunumda dile getirilmeyi hak eden bir façetasını açmaktadır. Burada ceza tehditi ve ceza hukukunun noksanlığının talebine aynı yere yönelmektedir. Fakat yine de şunu kaçırmamak lazım: Devletin bazı grupları öldürme hakkını red etmek, şüpheli olan defragmente edilmesinden daha farklı bir kaliteye sahiptir, ki bu –Avrupada da yayılmakta- son yıllarda örneğin rüşvet alanında uygulama buldu ve küçüklü büyüklü birçok olayda da karşımıza çıkıyor.

## TARİH VE DOĞMATIĞIN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

2) Ceza hukukunu bir kontrol mekanizması gibi kullanan modern kuruluşçu, darbeci ve koruyucu devletin<sup>122</sup> gelişimi.

3) Sosyal kültürel çözülme ve aileden alt kültüre kadar sosyal koşullardaki çözülme –özellikle sosyal ve dinsel-, sosyal çevre ve ona bağlı gelişen asli sosyal kontrol mekanizmasının zayıflıkları. Politik partilerin içinde ahlaki değerlerle bağlantılı olarak (Moralunternehmer) yeni sosyal normlardan memnunuyetsizlik ile boşluk bulunan alanları kriminolojik talepler dolduruyor. Herkes uzun zamandır artık az olmayan ceza hukuku kaynaklarından kendi payını almak istiyor: devleti koruma amaçlı ceza hukukunda konzervatifler, ekonomi ceza hukukunda sosyal demokratlar ve sosyalistler, çevre ceza hukukunda yeşiller, cinsel suçlarda feministler, sosyal hizmetlerin kötüye kullanılmasında liberaller.

4) Tüm suç istatistiklerindeki sonuçlarla çelişen, basın aracılığıyla daha da güçlenen ve sonrasında düzenli olarak politikanın ele alınmasında bir gereklilik hissettiği bir duruma sebebiyet veren faktörler<sup>123</sup> suçların dramatize edilmesi aracılığıyla güçlenmiş olacaklar.

### C) GENEL BAKIŞ - SONUÇ

Sonuç olarak yasama ve kanun uygulaması için muhtemel çıkarımlara dair birkaç noksan (fragmentar) düşünce.

### I. YASAMA

Eğer caza yasaması üzerine konuşuluyorsa, unutulmamalıdır ki, tam da demokratik yasama faaliyeti sürecinin içinde birçok faktör nihai bir birleşke (toplu kuvvet) verirler ki bunda politik uzlaşma ve son olarak da meşru çoğunluk kararı önemli bir rol oynar. Bu problemin bir tarafıdır. Diğer tarafı ise ceza hukukunun bireyin haklarına müdahalesindeki özel yoğunluğudur ki bu, bu alandaki politik keyfiliğin sınırlandırılması düşüncesini uyandırır. Ceza hukukunun bu alanındaki keyfiliğini sanat yahut dini alanlarda olduğu gibi parlamento çoğunluğu (ile karar almaktan) tamamen kurtaramayız. Zaten bu alanın şeklinin *maddi* kriterleri bile bilim içerisinde tartışmalıdır.<sup>124</sup> O zaman *formel* bir mekanizma düşünülebilirdi. Burada Amelung'un Rus ceza hukukçusu *Jalinski*'in akabinde zikrettiği öneri hatırlatılmalı<sup>125</sup>, yani ceza normlarını kanunlaştırma aşamasında anayasa değişikliği için gereken parlamento çoğunluğunun öngörülmesidir. Örneğin bu konuda İtalya'da Giuseppe Losappio fikir beyan etmiştir.<sup>126</sup> Kanun yapma yetkisine sahip temsilcilerin yüzde 50,1

<sup>122</sup> İlgili gerekçe ve deliller için bkz. *Vormbaum*, ZStW 1995, 740 vd., keza *Müller*, Verbrechensbekämpfung (wie Anm. 78); etraflıca *Herzog*, Nullum Crimen Sine Pericolo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln, in: *Lüderssen / Nestler-Tremel / Weigend* (wie Anm. 13), s. 105 vd.

<sup>123</sup> *Herzog* (wie Anm. 122), s. 114.

<sup>124</sup> *Massimo Donini* demokrasi ile ceza hukukunun aristokratik anlayışı (kendini kavrayışı) arasındaki münasebeti ele alıyor, ve demokratik ve bilimsel metodları ceza hukuku ve politika ile bir bağ kuruyor. Bkz. *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* 3 (2001/2002), s. 408 vd., ayrıca bkz. *Neumann / Prittwitz* (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts. Frankfurt a.M. 2005, s. 13 vd.

<sup>125</sup> *Amelung*, Rechtsgut (wie Anm. 33), s. 164.

<sup>126</sup> *Giuseppe Losappio*, Feindstrafrecht, Freundstrafrecht, Feinde des Strafrechts, in: *Vormbaum / Asholt* (wie Anm. 28), s. 127 vd., 139; *Kindhäuser*'de 2009'da Hamburg'da

i bir davranışı sosyal etik açıdan cezalandırılması gerektiğini düşünür ve geri kalan yüzde 49,9 u ise bunun aksini düşünürse gerçekte kuşku duyulacak bir durum söz konusu olur ve bu özgürlük ve bununla karşılaşan (mağdur) şahsın onuru için sonuçlar doğurur.

Böyle bir düzenlemenin birçok teorik ve pratik türden -sonuçlarla ilgili- soru işaretlerinin oluşmasına sebebiyet verebileceği ortada. Prosedürel olarak Alman Anayasası'nın 79. Madde 3. fıkrası gereğince açık bir Anayasa değişikliği gibi çıkarılmalıdır; ceza kanunu formel olarak Anayasa'ya eklenmesi gerekirdi. Bunu takiben gelen ilk soru şu olmalı; acaba karşıt bir durum yani cezayı kaldıran yahut müeyyidelerini azaltan durumda anayasa değişikliği için aranan çoğunluk aranmalı mıdır? Bundan ziyade bu düzenlemenin altına giren her bir alan, düşük bir hak yahut özellikle prosedürel garanti bağlamında bir durum engellenmeli. Tüm bunlar ayrı bir düzenleme alanı; burda sadece demek istediğim bu öneriyi dip notlardan çıkarıp asıl metnin içine koymayı teşvik etmektir.

## II. CEZAYI SINIRLANDIRMA BİLİMİ

Son olarak Wolfgang Naucke<sup>127</sup> ile aynı bağlamda ceza sınırlandırma bilimi diye nitelendirdiğim bir öneriyeye –biraz etraflıca- tekrar değinmek istiyorum.<sup>128</sup> Bu öneri ceza ve ceza hukuku arasındaki farktan yola çıkar ve ceza hukukuna şu görevi yükler; esasen toplumun ve politikanın mevcut çabaları sınırlandırmak, cezaları (ve ceza tedbirlerini) sarih ve apaçık düşük maliyetli kontrol araçları olarak tayin etmek. Naucke bu düşüncüyü doğal hukuka göre temellendirirken başka bir deyişle Kant'ın özgürlük kavramı üzerine koyarken ve oradan kendince kaçınılmaz bir çekirdek ceza hukuku düşüncesini desteklerken, ben bu düşüncüyü daha çok bir kontrol modeli bağlamında etkili bir kılavuz olarak anlıyorum. Ben spesifikleştirmek, daha doğrusu şekillendirmek için Radbruch'un Adalet, Hukuk Güvenliği ve Amaca Uygunluğu formülünü öneriyorum. Suçlar ve onların yorumlanması ne adil olmayan ne de amaca uygun olmayan sonuçlar doğurmalı ve ne de hukuk güvenliğinin gerekliliğine yetmeyen sonuçlar meydana getirmeli. Böylece kontrol bir “en çok gözetilen” bağlamında takip edilmeli: üç hükümden (Adalet, Hukuk Güvenliği ve Amaca Uygunluk) herhangi biri sağlanmazsa legislatif (kanun koyucu) yahut yorumlayıcı suç meydana getirilmemelidir. Zikredilen bu üç elementten hukuk güvenliği kural olarak sadece sınırlayıcı etkilere sahipken, adalet ve amaca uygunluk elementlerinin –operativ bakıldığında- her biri kendisi için tek başına hem genişletici hem de sınırlayıcı potansiyele sahipler. Zamanımızın tarihi naktasında bana amaçsal düşünce, ceza hukukunu sınırlayıcı ve bunun neticesi olarak da noksan/fragmentar

---

yapılan ceza hukukçuları sempozyumunda bir podyum münazarası çerçevesinde bu öneride bulundu. *Zaczyk*'de kendi sunduğunda bunun üzerinde duruyor (bkz. bu kitaptas.691 vd.). – *Karl Lackner*, NJW 1976, 1233 vd., 1234vd. çalışmasında kuşkusuz kaynağıyla uyumlu olarak Ceza Kanunu'nun geniş bir çoğunlukla kabul edildiğine işaret ediyor: bu durumun 1976 sonrasında da geçerli olup olmadığı tetkik edilebilir. Kabul edilir ki bu durumda öneri sadece küçük bir pratik etki edeceği tahmin edilebilir. – özellikle hiç bir partinin suçlulukla mücadelede başka partilerin gerisinde kaldığını söyletmek istemediği bir zamanda. Fakat bu başka türlü de olabilir, küçük partilerin kendi onaylarının/oylarının zorunlu olduğunun bilincinde olmaları halinde farklı pozisyon almaları sebebiyet verebilir.

<sup>127</sup> Bkz. örnek *Naucke*, KritV 1993, s. 137; aynı yerde GA 1998 263 vd., 271; *Ders.*, Autobiographie, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.) Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. 2010, s. 417 vd., 442vd.

<sup>128</sup> Daha önceden bkz. *Vormbaum*, ZStW 1995, 746 vd.



ceza hukuku için en büyük tehlikeyi arz eden bir element olarak görünüyor. Fakat 18. yüzyılın bitiminde, kısa süreli olarak 20. yüzyılın 60'lı ve 70'li yıllarında amaca uygunluk ile gerekçelendirilen bilhassa fragmentar ceza hukuku anlamında bir etki yaratan periyotlar da mevcut.

Cezayı sınırlama biliminin bu düşüncesini işlevsel olarak anlamak demek onu diyalektik –daha iyisi: dialog bir tarzda- anlamak demektir. Yani “in dubio pro libertate” (Çev. Şüphe durumunda özgürlüğe üstünlük tanınır) ilkesinde ispat yükümlülüğünün karşı tarafta olduğu<sup>129</sup> cezalandırma istekleriyle bir diyalog gibi. Bu fikrin ufuk (çıkış) noktası –fakat sadece ufuk (çıkış) noktası- cezalandırmamadır ve aynı zamanda fragmentar ceza hukukunun sınır noktasıdır.

Bunun nasıl hayata geçirileceğinin detaylarını -zaman kısıtlılığı nedeniyle burada tekrar aktaramayacağım- daha önce bir ceza hukukçuları gününde ele aldığım çalışmamda bulabilirsiniz.<sup>130</sup> Yorumdan anlaşılması gerekeni sadece birkaç örnek söz öbeği (deyim) yani başka bir deyişle birkaç düşünceyle tanımlamak istiyorum:

1) “Maddi suç kavramı” konusunda günümüzde fragmentar ceza hukuku bağlamında hukuki değer/yarar teorisi<sup>131</sup> (Rechtsgutstheorie) dışında ulaşılabilecek daha iyi hiçbir şey (teori) yoktur. Anayasalaştırma (Anayasa ile eşdeğer hale getirme) ile ilgili umut etmenin gerçekte makul sebepleri olabilir: Alman Federal Anayasa Mahkemesinin şimdiki duruşuna bakılırsa geriye maalesef sadece pes etmeme (Resignation) alternatifi ve bir de kontragerçeklik “(yıkılacağı/yenileceğini) bilmene rağmen bırakmayın kılıçları dünyanın ‘son’ saatine karşı” alternatifi kalıyor. – Lüderssen’in<sup>132</sup> bir sözcüğünü kavrayabilmek için- önemli olan elbette ki hukuki değer argümanlarının isnat edilmesinin sistematik olmayan bir şekilde vuku buluyor olmasıdır, bu da genişletici yoruma ulaşmak isteyen bir amaçla yol almıyor demektir.

2) Aynısı ceza hukukunun bağlılığının “Akzessorietät” ve ikincil oluşunun asli (birincil) hukuk düzenlemesine karşı oluşu bağlamında da geçerlidir.

3) Sistem çerçevesinde hukuki değer tespitinde (tahkikat) yorum(-lama) tek bir koruma güzergâhının tespitini (tahkikatını) amaçlamalı, yani 164. maddede (Alm. CK) yer alan örnekte<sup>133</sup> olduğu gibi koruma güzergâhlarının çoğalmalarına izin verilmemeli.

<sup>129</sup> Keza *Naucke* bu dilektiğe 1988 yılındaki bir makalesinde değinmiştir. (*Naucke*, Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, in: Ders., Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. 2000, s. 13 vd., 27), ancak gördüğüm kadarıyla daha sonra buna hiç dönüş yapmamıştır.

<sup>130</sup> *Vormbaum*, ZStW 1995, 734 vd., 744 vd.

<sup>131</sup> Sempozyumdaki münazara esnasında von *Köhler* tarafından maddi suç kavramının hukuki değer ile eşdeğer tutulmaması aksine ekstra yeni sınırlamaların (aşağıda A III 2 b belirtildiği gibi) eklenmesi gerektiği fikri önerilmiştir. Bununla yeni bir kavram birleşimi kast edildiği sürece sıkıntı yok. Problem ise şudur acaba hukuki değer kavramı içerik olarak yasal maddi suç kavramının taleplerini karşılayabilecek mi? Mesela Kant'ın hukuk düşüncesine göre hukuka aykırılık bağlamında yeterli olacak mı? bu kısım hala tartışmalıdır.

<sup>132</sup> *Lüderssen*, Fschr. Eser (wie Anm. 36), s. 170.

<sup>133</sup> Bkz. bununla ilgili daha önceden yazılmış *Vormbaum*, ZStW 1995, 754; özellikle bkz. § 164 *Langer*, Die falsche Verdächtigung. 1973, s. 44 vd. (sınırsız hukuki bakım koruması üzerine); *H.J. Hirsch*, Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, in: Ged.schr. Schröder (1978), s. 307 vd., und *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, s. 455 vd. (sınırsız bireysel koruma için).

4) Esasen birden çok yorum olanağının bulunduğu durumlarda in dubio mitius (Çev. Şüpheli durumda en hafif olan yaptırıma hükmedilir) ilkesinin uygulanması düşünülmeli.

5) Cezalandırma/cezalandırılabilirlik boşlukları (Strafbarkeitslücken) diye adlandırılan gerekçelendirilmeden kaçınılmalı; aksine sadece cezasızlık boşlukları (Straflosigkeit) mevcuttur.<sup>134</sup>

6) Suç tiplerinin sistematik analizinde çekingen davranılmalı. Çünkü burada bizi Binding'in "yuvarlamaları/uyarlamaları" (Ausrundungen) deneyine kolayca götürülebiliyor.<sup>135</sup>

7) Aynısını kanunun sistematigi ile gerekçeleştirme için de geçerlidir, ki özgürlük güvencesinin bir elementini hukuk sistematigi olarak inşa ettiği<sup>136</sup> yer olan genel kısım içinde değil, aksine özel kısımda özellikle bir "hukuki değer koruması sistemi" ile çalışılan yerde (ele almalı), ki bunda farz edilen kanun boşluklarını kapatma eğilimi mevcuttur.<sup>137</sup>

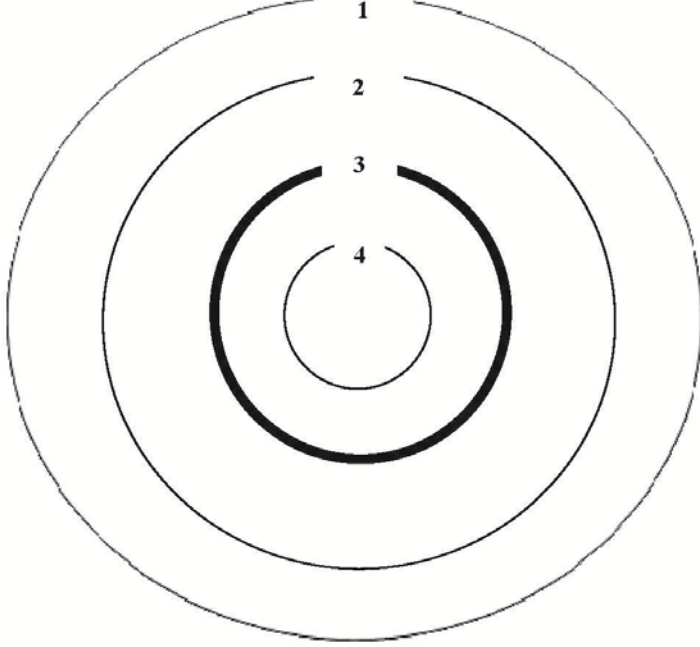
Son olarak birinci kısmın sonuçlarını (genel özetini) biraz daha sınırlamak istiyorum. Demıştim ki, her halükarda maddi anlamda, fragmentar (noksan, tam olmayan) bir ceza hukuku dogmatigi mevcut değil. Önerilen Düşünce ile anladığım kadarıyla, dediğimin aksine böyle bir şey mevcut, maddi anlamda olmasa da, en azından işlevsel (operativ) düzeyde, ceza hukukunun dogmatigi gibi görülebilecek bir şey mevcut.

<sup>134</sup> Sempozyumdaki münazara esnasında Kuhlen'in noksan ceza hukuku cezalandırmadaki (-ılabilirlik) boşlukların varlığını şart koşar savı beni şaşırttı. Belki bu (taktiksel kast edilmiş) sav metinde savunulan istisnai kural davranışında/Regel-Ausnahme-Verhältnisses mevcuttur: eğer cezalandırma istisna ve cezasız bırakma kural ise o halde cezalandırma boşluklarından değil cezasız bırakma boşluklarından söz edilebilir. Bkz. benim "Strafbarkeitslücken" üzerine olan açıklamam in: JZ 1999, 613. Bu yapısal sorular haricinde metindeki eleştiriler cezalandırma boşluklarına karşı değil aksine bu boşlukları kapatma eğilimine karşıdır.

<sup>135</sup> Çünkü (sırf) içtihat bununla Alm. AY md. 20/3'teki hukuka ve kanuna bağlı olma kuralını ihlal etme gibi bir tehlike düşüyor ve kendisine verilmiş "Görevanlayışına" yenik düşüyor olacağı için: *H.J. Hirsch*, F Schr. Tröndle (wie Anm. 24), s. 19 vd., 38; *Krey* 1989'da Trier'deki ceza hukukçuların sempozyumunda ,zikreden Günter Arzt, "bilimsel sistemdüşüncelerinden" bahsetti, "bunlar kendilerini kanunla uyumlu hale getirmeyecek": *Volker Krey*, ZStW 101 (1989), 838 vd., 872; *G. Arzt'in* yayınlanmamış/bulunmayan eserinden). Şu misaller düşünölmeye değer; § 240'deki şiddet- ve tehditalternatiflerindeki sistematik çabalar, cebir kullanmanın işleniş biçiminin "sistematigini" mantık içinde tasarlamak, "şiddetin" "hassas bir kötölüğün/cürümün eklentisi" olarak anlaşılması. (aynı şekilde BVfG'nin "Patt" kararındaki etkin kısmı/yarısı BVfGE 73, 206, 242vd.); bununla ilgili olarak bkz Kritik von *H.J. Hirsch*, F Schr. Tröndle (wie Anm. 24), s. 21. Burada – ceza özelin içinde – kural şu olmalı; "kanun sistemden önce gelir".

<sup>136</sup> Bunun üzerine, *Rainer Zaczyk*, ZStW 2011, 691 vd. (bu ciltte).

<sup>137</sup> Burada Binding'in yukarıda zikrettiğimiz düşüncelerine de bir eleştiride bulunulabilir. Kanunkoyucu "günlük hayattaki olaylardan [...] dah sonra özensizce benimsediği fiilleri ayaklara durulattı", gerçi çok az rasyonel çalışma tarzını eleştirilebilir; Binding'in kanunkoyucunun "sistematik olmayan" tutumunu eleştirdiği yerde bu durum problemli oluyor. Ceza hukukunun kanunkoyucusunu kesinlikle şu konuda övölmeli çünkü o -1909'daki Öntasarının düzenleyicisinden farklı olarak- ceza özel kısma herhangi bir sistematik şekil/içindekiler kısmı vermedi, aksine esnek, gelişigüzel de olmayan bir suç gurupları dizisi meydana getirdi.



- 1 Fragmentar/Noksan (ceza-) hukuku başka bir deyişle; genel kapsamıyla fragmentar hukuk ilmi (bununla bağlantılı olarak entnem ve içsel ve dışsal fragmentarlık)
  - 2 Diğer geniş anlamıyla fragmentar ceza hukuku (bununla bağlantılı olarak maddi ve sürece ilişkin Seleksiyon-mekanizmaları ve cezalandırmama).
  - 3 Dar anlamıyla fragmentar ceza hukuku = suç olarak belirlememe bağlamında dışsal ve içsel noksanlık/fragmentarlık.
  - 4 En dar anlamıyla fragmentar ceza hukuku = sadece içsel noksanlık (nullum crimen sine lege (Çev. Kanunsuz suç olmaz) ilkesinin problemlili olduğu bölge).
-

## VORMBAUM

### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Amelung, Knut                      Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972
- Ders.                                      Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 1. Aufl., Baden-Baden 2003
- Augustinus,                              Vom Gottesstaat (De civitate Dei). Dt. Übers. W. Timme. Bd. 2 (Buch 11 bis 22). 4. Aufl. 1997, XIV. Buch
- Asholt, Martin                              Beitrag in: Vormbaum/Welp, Das StGB, Supplementband 3. 2006
- Basile*, Fabio                              Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali. Mailand (Giuffrè) 2010
- Barreneche, Ninette                              Materialien zu einer Strafrechtsgeschichte der Münchner Räterepublik 1918/1919, hrsg. von Wolfgang Naucke und Achim Seifert. 2004
- Baumann / Weber / Mitsch                              Strafrecht AT. 11. Aufl. 2003
- Beccaria,                                      Von den Verbrechen und von den Strafen (1764). 2004 (seitenidentische TB-Ausgabe 2005)
- Bertheau, Camilla                              Rügeverkümmern Verkümmern der Revision Strafsachen, NJW 2010, 973-977
- Binding, Karl                                      Die Normen und ihre Übertretung. Bd. I. 2. Aufl. 1890
- Ders.    Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil. Band 1. Neudruck der 2. Auflage 1902. Aalen 1969
- Böse, Martin                                      Grundrechte und Strafrecht als „Zwangsrecht“ in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 1. Aufl., Baden-Baden 2003
- Braum, Stefan                                      Europäische Strafgesetzlichkeit. Klostermann Verlag, 2003

## TARİH VE DOĞMATIĞIN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

Bruns, Hans-Jürgen	Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. 1938
Bunzel, Michael	Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft, in: <i>Hefendehl / von Hirsch / Wohlers</i> (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? 2003
Busch, Jost-Dieter	Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB. jur. Diss. Marburg 1964
Büning, Marc	Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH. 2004
Dalbora, Guzman	Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell'opera di Birnbaum, in: <i>Diritto penale XXI secolo</i> Jg. IX, 2010
Dannecker, Gerhard	Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots und des Milderungsgebots in Deutschland, in: <i>Jahrbuch der jur. Zeitgeschichte</i> 3 (2001/2002)
Ders.	LK 12. Aufl. Bd. 1 Berlin 2006
Dencker, Friedrich	NS-Justiz vor Gericht, in: <i>Requate</i> (Hrsg.), <i>Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch (1960-1975)</i> . 2003
Donini, Massimo	Demokratische und wissenschaftliche Methode einer Verbindung von Strafrecht und Politik, in: <i>Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte</i> 3 (2001/2002)
Ders.	Subsidiarität des Strafrechts und Subsidiarität des Gemeinschaftsrechts, in: <i>Ders.</i> , <i>Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa</i> . 2006
Ders.	Ein neues strafrechtliches Mittelalter? Altes und Neues in der Expansion des Wirtschaftsstrafrechts, in: <i>Ders.</i> , <i>Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa</i> . 2006
Ebert, Udo	Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 2001
Feuerbach, Mittermaier	Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 2. Neudruck der 14. Aufl. 1847. Aalen 1986

## VORMBAUM

- Filangieri, Gaetano                      Scienza della legislazione /  
Gesetzgebungswissenschaft. 1784 (dt. Übers. von  
1787), zitiert nach dem Auszug in: Vormbaum  
(Hrsg.), Strafrechtsdenker der Neuzeit. 1998
- Frister, Helmut                              Strafrecht AT. 2. Aufl. 2007  
Ders.    § 2 StGB, in: NK StGB. 3. Aufl.
- Frommel, Monika                            Präventionsmodelle in der deutschen  
Strafzweckdiskussion. 1987  
Dies.    Strafjustiz und Polizei, in: Akten des 26. Deutschen  
Rechtshistorikertages. 1987
- Fronza, Emanuela                            Feindstrafrecht und Internationale  
Strafgerichtsbarkeit, in: Vormbaum/Asholt, Kritik des  
Feindstrafrechts. 2009  
Dies.    Der strafrechtliche Schutz des Gedenkens.  
Bemerkungen zum Tatbestand der Holo-caust-  
Leugnung, in: Jb. d. juristischen Zeitgeschichte 11  
(2010)
- Gaberle, Andrzej                            Entkriminalisierung und Entpönalisierung in Polen –  
Illusion oder Wirklichkeit?, in: Lüderssen / Nestler-  
Tremel / Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und  
ultima ratio Prinzip
- Goltsche, Friederike                        Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen  
Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch).  
Berlin 2010
- Grünwald, Gerald                            Bedeutung und Begründung des Grundsatzes nulla  
poena sine lege, in: Klaus Lüderssen / Fritz Sack  
(Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten. Band I.  
1974
- Haas,Volker                                    Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls als  
Beispiel für die fragmentarische Natur des  
Strafrechts, in: Momsen / Bloy / Rackow (Hrsg.) Für  
Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung,  
2000
- Hassemer, Winfried                        Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches  
Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in:  
*Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (Hrsg.), Die  
Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des  
Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 1.  
Aufl., Baden-Baden 2003

## TARİH VE DOĞMATIĞIN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

Hassemer / Kargl	Nomos Kommentar zum StGB. 2010
Hassemer/Neumann	Nomos Kommentar zum StGB. 3. Aufl. 2010
Hefendehl, Roland	ZStW 2007, 816-847
Ders.	GA 2007, (1)
Ders.	Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, in: JA 2011, (401)
Heine, Heinrich	Buch der Lieder (Die Heimkehr), in: Ders., Sämtliche Werke. Düsseldorfer Ausgabe. Bd. 1.1. Hamburg 1975
Heinz, Wolfgang	Neue Straflust der Strafjustiz - Realität oder Mythos? Neue Kriminalpolitik 22, 2011, 14-27
Hellmann, Uwe	Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-) Strafrechts, in: Fsch. f. Krey. 2010, S. 169-191
Herzog, Felix	Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln, in: Lüderssen / Nestler-Tremel / Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip
Hilgendorf, Eric	in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil. 2. Aufl. 2009
Hirsch, H.J.	Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, in: Ged.schr. Schröder (1978)
Ders.	Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht, in: Fsch. Tröndle. 1989
Ders.	GA 2002
Ders.	Der Umgang des Gesetzgebers mit dem StGB und die Notwendigkeit der gesetzgeberischen Berichtigung unterlaufener gesetzestechnischer Fehler, in: Fsch. für Puppe. 2011
Jakobs, Günther	Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), Heft 4, S. 751-785
Ders.	Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Aufl.. 1993
Kindhäuser, Urs	Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 2008,
Ders.	Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: Klaus Lüderssen, Cornelius Nestler-Tremel, Ewa Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip

## VORMBAUM

- Köhler, Michael                      Strafrecht AT. Heidelberg 1997
- Kölbel, Ralf                            Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung, GA 2002, 403
- Krey, Volker                            ZStW 101 (1989), 838
- Krey / Esser                            Deutsches Strafrecht AT. 4. Aufl. Stuttgart 2011
- Kühl, Kristian                         Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht, in: Fsch. für Tiedemann. 2008
- Ders.                                      Punktuelle Ergänzungen des Persönlichkeitsschutzes im Strafgesetzbuch, in: Fsch. für Schöch. 2010
- Lackner, Karl                            NJW 1976, (1233)
- Lagodny, Otto                         Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 1. Aufl., Baden-Baden 2003
- Lange, Richard                         Anm. I zu § 2 BlutschutzG. in: Kohlrausch/Lange, StGB mit Nebengesetzen und Erläuterungen. 36. Aufl. 1941
- Langer, Winrich                        Die falsche Verdächtigung. Berlin 1973
- Lassak, Kertsin                        Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung. 1999
- Lichtenberg, Georg Christoph      *Kollath* (Hrsg.), 2 x 2 = 3 oder Vom fruchtbaren Zweifel. Ein Brevier, Wiesbaden 1952
- Ders.                                      Sudelbücher, Heft F, Aphorismus 674, in: Ders., Schriften und Briefe. Band 1. 3. Aufl. München 1994
- Locke, John                              Versuch über den menschlichen Verstand (Essay concerning human understanding). Drittes Buch: Über die Worte. 10. Vom Missbrauch der Sprache. Nach der Übersetzung von Julius H. Kirchmann (1872/73). 1962



## TARİH VE DOĞMATIĞIN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

- Losappio, Giuseppe                      Feindstrafrecht, Freundstrafrecht, Feinde des Strafrechts, in: Vormbaum/Asholt, Kritik des Feindstrafrechts. 2009
- Luther, Martin                              Das schöne Confitemini an der Zahl der 118. Psalm (1530), in: Kurt Aland (Hrsg.), Luther deutsch. Die Werke Martin Luthers in einer Auswahl für die Gegenwart. Bd. 7 (Der Christ in der Welt). 4. Aufl. 1991
- Lüderssen, Klaus                          Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967  
 Ders.    GA 2003, (71)  
 Ders.    Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, in: F Schr. für Albin Eser. 2005  
 Ders.    Autobiographie, in: Hilgendorf (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. 2010
- Maglie, Cristina                              Multikulturalismus und Strafrecht. Am Beispiel der USA, in: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 7, 2005/2006
- Maiwald, Manfred                              Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in: F Schr. für Maurach zum 70. Geburtstag. 1972
- Maurach, Reinhart                              Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. 1954
- Maurach / Zipf                                      Strafrecht AT Teilband 1. 8. Aufl. 1992
- Mittermaier, Carl Josef Anton              Über die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts (1819), Auszug in: Th. Vormbaum (Hrsg.), Moderne deutsche Strafrechtsdenker, 2011
- Momsen/Bloy/Rackow (Hrsg.)              Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung. 2000
- Müller, Christian                              Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933. 1997  
 Ders.    Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871-1933. 2004
- Naucke, Wolfgang                              Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, 1981  
 Ders.    KritV 1993, (137)

## VORMBAUM

- Ders. GA 1998 (263)
- Ders. Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, in: Ders., Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. 2000
- Ders. Über das Strafrecht des I. Weltkriegs, in: Ders., Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte. 2000
- Ders. Europäische Gemeinsamkeiten in der neuen Strafrechtsgeschichte und Folgerungen für die aktuelle Debatte, in: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 2 (2000/2001)
- Ders. Strafrecht. Eine Einführung. 10. Aufl. 2002
- Ders. Autobiographie, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.) Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. 2010, (417)
- Ders. Rezension Schroeder, Der Blitz als Mordinstrument, in: Journal der jur. Zeitgeschichte 5 (2011)
- Nelles / Velten NSTZ 1994, 366
- Ogorek, Regina „Rassenschande“ und juristische Methode. Die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, in: KritV 2003, (280)
- Palazzo, Francesco Strafgesetzhlichkeit. Transformation und Vielschichtigkeit eines „Fundamentalprinzips“ (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen. Kleine Schriften. 23). Bd. 22, 2010
- Perelmann, Chaim Juristische Logik als Argumentationslehre, 1979
- Pifferi, Michael Generalia delictorum, Il „tractatus criminalis“ di Tiberio Deciani e la „parte generale“ del diritto penale. Mailand (Giuffrè) 2006
- Priester, Jens-Michael Zum Analogieverbot im Strafrecht, in: Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie. 1976, (155)
- Prittwitz, Cornelius Funktionalisierung des Strafrechts, in: StV 1991, (435)
- Ders. Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. (Frankfurter kriminalwiss. Studien 50). 1995, S. 387

## TARİH VE DOĞMATIĞIN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

Rengier, Rudolf	Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2009
Richstein, Christine	Das „belagerte“ Strafrecht. Kriegsstrafrecht im Deutschen Reiche während des Ersten Weltkrieges. 2000
Roth, Andreas	Die Sittlichkeitsdelikte zwischen Religion und Rationalität. Strafrechtspraxis und Kriminalpolitik im 18./19. Jahrhundert, in: Reiner Schulze / Thomas Vormbaum / Christine D. Schmidt / Nicola Willenberg (Hrsg.), Strafzweck und Strafnorm zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung. 2008
Rottleuthner, Hubert	Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, 2010
Roxin, Claus	Strafrecht AT 1. 4. Aufl. 2006
Sanchez, Silva	Die Expansion des Strafrechts, Dt. 2003
Scheffler, Uwe	Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa. 2006
Schilling, Daniel	Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts. (Frankfurter kriminalwiss. Studien. 118). 2009
Schmitzberger, Johanna Getrude	Das nationalsozialistische Nebenstrafrecht 1933 bis 1945. 2008
Schroeder, Friedrich-Christian	Das Strafgesetzbuch als Straffreistellungsgesetzbuch, in: F Schr. Eser (2005)
Schünemann, Bernd	Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: <i>Hefendehl / von Hirsch / Wohlers</i> (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 1. Aufl., Baden-Baden 2003
Ders.	LK, 11. Aufl. § 266
Ders.	NSTZ 2008, 305

## VORMBAUM

- Seebode, Manfred                      Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Zeitenwandel. Das Rechtsgutachten für den Reichstagsbrandprozess, in: Jahrbuch der jur. Zeitgeschichte 3 (2001/2002)
- Seelmann, Kurt                        Rechtsgutskonzept, „Harm Principle“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 1. Aufl., Baden-Baden 2003
- Stächelin, Georg                      Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis, Berlin 1998
- Swoboda, Sabine                        Die Lehre von Rechtsgut und ihre Alternativen, in: ZStW 2010, (24-50)
- Tiedemann, Klaus                      Strafrecht in der Marktwirtschaft, in: F Schr. Stree / Wessels. 1993
- Viehweg, Theodor                      Topik und Jurisprudenz. 1953
- Vogel, Joachim                        Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, ZStW 2003, (638)
- Ders.                                        erweiterte Buchfassung unter demselben Titel: Berlin 2004
- Vormbaum, Thomas                    „Politisches“ Strafrecht, in: ZStW 107 (1995), S. 734-760
- Ders.                                        „Strafbarkeitslücken“ Glosse, in: JZ 1999, 613
- Ders.                                        130 Jahre Strafgesetzgebung – Markierungspunkte und Tendenzen, in: Ders. / Jürgen Welp, Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Supplementband 1. 2003
- Ders.                                        „Kraft meiner akademischen Befugniß als Doctor beider Rechte“ Heinrich Heine als Jurist, in: Ders. (Hrsg.), Recht, Rechtswissenschaft und Juristen im Werk Heinrich Heines (Juristische Zeitgeschichte Abt. 6 [Recht in der Kunst] Bd. 27), Berlin 2006
- Ders.                                        Das Feindstrafrecht und seine Kritik, in: Ders. / Asholt (Hrsg.) Kritik des Feindstrafrechts. 2009
- Ders.                                        Vergangenheitsbewältigung im Rechtsstaat, in: F Schr. Amelung. 2009

## TARİH VE DOĞMATIĞIN İÇİNDE FRAGMENTAR (NOKSAN) CEZA HUKUKU

- Ders. Die Rassegesetzgebung im nationalsozialistischen Deutschland, in: Garlati / Vettor (Hrsg.), Das Recht und die Rechtsschändung. 70 Jahre nach dem Erlass der italienischen Rassegesetze. 2010
- Ders. Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 28. Mai 1943., 2010
- Ders. Diagonale – Beiträge zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Literatur. Münster, Berlin 2011
- Ders. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. 2. Aufl. 2011
- Ders. Moderne deutsche Strafrechtsdenker. 2011
- Vormbaum/Welp Das StGB. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Bd. 1. 1999
- Weber, Robert Die Entwicklung des Nebenstrafrechts 1871 bis 1914 (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 3 Bd. 5). 1999
- Werner, Stefan Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus. 1991
- Wessels / Beulke Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl. Heidelberg 2010
- Wittig, Petra Rechtsgutstheorie, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, in: *Hefendehl / von Hirsch / Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 1. Aufl., Baden-Baden 2003
- Zaczyk, Rainer Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts, in: ZStW 123, (2011) 691-708



## **KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN AKDEDİLMESİ**

The Termination of Public Service Concession Agreement

**Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN \***

### **ÖZET**

“*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Akdedilmesi*” başlığını taşıyan bu çalışmada; “*idari sözleşme*” ve “*imtiyaz sözleşmesi*” kavramsal olarak değerlendirildikten sonra, imtiyaz sözleşmesinin akdedilmesi süreci üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin akdedilmesi sürecinde kamu menfaati açısından daha verimli bir imtiyaz sözleşmesinin yapılabilmesi için bir takım eleştirilere yer verilmiş ve söz konusu konuya ilişkin gerek öğretinin, gerekse yargı mercilerinin konuya bakışı doğrultusunda bir takım değerlendirmeler yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *İmtiyaz Sözleşmesi, İmtiyaz Sözleşmesinin Akdedilmesi, İdari Sözleşme, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Akdedilmesi, İdari Sözleşme.*

### **ABSTRACT**

In the study named “*the termination of public service concession agreement*” after the consideration of “*public service*” and “*concession agreement*” conceptually, it is focused on the process of the termination of public service concession agreement. With the consideration of legal doctrine and judicial authorities, there are some comments for the process of “*the termination of public service concession agreement*” in order to make concession agreements more convenient before public interest.

**Keywords:** *Concession Agreement, The Termination Of Concession Agreement, The Termination Of Public Service Concession Agreement, Public Sevis.*

### **GİRİŞ**

Kamu hizmetleri doğrudan doğruya kamu kesimi tarafından ifa edilebileceği gibi, idarenin özellikle mali veya teknik imkanlarının yetersiz olması veya özel hukuk kişileri tarafından daha uygun bir şekilde kamu hizmetinin ifası söz konusu olabilmemesinin mümkün olduğu durumlarda, idare tarafından özel hukuk kişileri ile iki taraflı bir sözleşme yapılarak kamu hizmetleri özel hukuk kişilerine gördürülebilir. Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından ifasını sağlayan en klasik yöntemin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir.

---

\* Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi [iletisim: mehmetfatihgurkan@gmail.com](mailto:mehmetfatihgurkan@gmail.com)

İdari sözleşme niteliğine haiz olan imtiyaz sözleşmesi, bir kamu hizmetinin bir özel hukuk kişisi tarafından, kamu hizmetinden yararlanacak olan kişilerden alacağı ücret karşılığında, kendi kâr ve hesabına söz konusu kamu hizmetini kurulması veya kurulan bir kamu hizmetini belli bir süre işletilmesi amacıyla özel hukuk kişisi ile kamu kesimi arasında yapılan bir idari sözleşmedir. Ülkemizde devlet tüzel kişisi adına imtiyaz sözleşmesi yapma yetkisi Bakanlar Kurulunda iken, belediyeler adına imtiyaz sözleşmesi yapma yetkisi belediye meclislerindedir.

İmtiyaz sözleşmeleri diğer sözleşmelerden farklı olarak akdedilme süreci bakımından idareye daha çok takdir yetkisi vermektedir. Bu durumda en önemli nedenleri imtiyaz sözleşmesinde oldukça maliyetli bir kamu hizmetinin kurulmasıdır. Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan özel hukuk kişisi niteliğindeki anonim şirketinin aczi durumunda kamu kesiminin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Bu ve buna benzer aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanan nedenlerden dolayı imtiyaz sözleşmesinin akdedilmesi sürecinde idareye, diğer idari sözleşmelere göre daha çok takdir hakkı verilmektedir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa veya 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulanmamaktadır. Ancak ne gariptir ki, imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi sürecine ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş, imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi süreci mahkeme içtihatları ile şekillendirilmiştir.

Çalışmada imtiyaz sözleşmelerinin akdedilme süreci ayrıntılı bir şekilde anlatılacak ve kamu yararının daha çok koruduğu bir imtiyaz sözleşmesinin akdedilebilmesi için bir takım eleştiriler getirilerek çözüm önerileri sunulacaktır.

## I. KAVRAMSAL DEĞERLENDİRME

### A. İDARI SÖZLEŞME

Günümüzde idare gerek kamu hizmetinin ifası için, gerekse başka nedenlerle sözleşme yapabilmektedir. İdare tarafından akdedilen bütün sözleşmelere "*idarenin sözleşmeleri*" ismi verilmektedir<sup>1</sup>. İdarenin sözleşmeleri tabii oldukları hukuk bakımından "*idari sözleşme*" ve "*idarenin özel hukuk sözleşmeleri*" olarak ikiye

---

<sup>1</sup> GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, B. 2, Bursa, 2009, s. 2. Sözleşme, "*belirli bir hukuki sonucu doğurmak amacıyla en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklamalarıdır*". Öğretideki diğer tanımlar için Bkz. YILDIRIM, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, C. II, Konya, 2014, s. 93; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, B. 2, İstanbul, 2010, s. 163; SANCAKTAR, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, B. 2, s. 529; YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KARAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY, Okan, İdare Hukuku, B. 4, İstanbul, Eylül 2012, s. 622; ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. 1, Ankara, 2012, s. 463; TAN, Turgut, İdare Hukuku, B. 2, Ankara, Eylül-2013, s. 292; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Eylül 2013, s. 352; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I, B. 9, Ankara, 2013, s. 467; GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman, İdare Hukuku, B. 5, İstanbul, 2012, s. 1129; GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, B. 10, Ankara, 2013, s. 182; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, B. 4, Ankara-İstanbul, 2013, s. 440; KALABALIK, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, B. 5, Konya, 2014, s. 420; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, B. 3, Ankara, 2012, s. 535; BARLAS, Oğuzman, Medeni Hukuk, B. 11, İstanbul, Eylül 2004, s. 121 "*Arzu edilen hukuki sonucun meydana gelmesi için, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarını gerektiren iki taraflı hukuki muameleler sözleşme olarak bilinmektedir*".



ayrılmaktadır<sup>2</sup>. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde kaynaklanan uyuşmazlıklar özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözümlenirken, idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar idare hukuku kurallarına göre idari yargıda çözümlenmektedir. Dolayısıyla idari sözleşme ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri ayrımı, “uygulanacak hukuk ve ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespiti” açısından son derece önem arz etmektedir.

İdari sözleşmelerin öğretide yeknesak bir tanımı bulunmamakla birlikte, öğretide yapılan tanımlamalardan yola çıkarak idari sözleşmeyi şu şekilde tanımlayabiliriz: İdari sözleşme; taraflardan en az birinin idare olduğu, özel hukuk hükümlerini aşan hükümlerin bulunduğu ve kamu hizmetlerinin ifasına yönelik sözleşmelerdir<sup>3</sup>.

İdari sözleşmelerin ortak özellikleri şu şekilde sıralanabilir<sup>4</sup>: İdare hukuku hükümlerine tabidir. İdareye üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanır. Konusu kamu hizmetlerine ilişkindir. Taraflardan birisi daima idaredir. Bazen yasayla idarenin taraf olduğu ve kamu hizmetinin ifasına ilişkin yapılan sözleşmeler idari sözleşme olarak nitelendirilir. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir.

Kamu hizmetlerinin günümüzde çok fazla çeşitlenmesiyle birlikte idari sözleşmeler de çeşitlilik kazanmıştır. Bu nedenle idari sözleşmeler klasik idari sözleşmeler, yeni idari sözleşmeler ve atipik idari sözleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır. Klasik idari sözleşmelere; imtiyaz, müşterek emanet, iltizam, istikraz, yeraltı ve yerüstü servetlerin işletilmesine ilişkin sözleşmeler, idari sözleşmeler, orman işletme sözleşmelerini örnek olarak verebiliriz. İdari sözleşmelerin yeni türlerine; ekonomik teşvik, elektrik hizmetinde görevlendirme, otoyollarla ilgili görevlendirme, yap-işlet-devret, yap-işlet, telekomünikasyon alanında görev ve görevlendirme ve kamu özel ortaklığı<sup>5</sup> sözleşmelerini örnek olarak verebiliriz. İdarenin, klasik ve yeni

<sup>2</sup> ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya, İdari Sözleşmelerin Geçersizliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 5; GÜRKAN, Mehmet Fatih, Kamu Özel Ortaklığı, Ankara, 2014, s. 16; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 8; YILDIRIM, Türk İdari Rejimi Dersleri, s. 94; TEKİNSOY, M. Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHF, Y. 2006, C. 55, S. 2, s. 183; GÜVEN, Mehmet, “İdari Sözleşmelerin Uygulanmasında Tarafların Hak, Yetki ve Yükümlülükleri”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1996, S. 3, s. 378; TOKALI, Muhammet, İdari Sözleşmeler ve Yargısal Denetimi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 5; ALAMUR, Seher, Türk Hukuku’nda İdari Sözleşmeler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 12; TAN, Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, AÜHF, Y. 1995, C. 50, S. 3, s. 291.

<sup>3</sup> YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri II, Konya, Aralık 2012, s. 86 “İdarenin idare hukuku ilkelerine göre yaptığı sözleşmelere idarenin idari sözleşmeleri denmektedir”. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, B. 8, Bursa, 2009, s. 450. “İdari sözleşmeler, bir yasayla idari sözleşme olarak nitelendirilen veya sözleşmenin taraflarından en az birisi idare olan, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olan ve özel hukuk hükümlerini aşan hükümler içeren sözleşmelerdir”. YILDIRIM, Ramazan, Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Konya, 2006, s. 241; NOHUTÇU, Ahmet, İdare Hukuku, B. 10, İstanbul, 2013, s. 345; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 449; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 183; YAYLA, İdare Hukuku, s. 163; ATAY, İdare Hukuku, s. 535; TAN, İdare Hukuku, s. 289; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER / BERK, s. 1129; ZABUNOĞLU, İdare Hukuku, s. 463.

<sup>4</sup> YILDIRIM, Türk İdari Rejimi Dersleri, s. 102.

<sup>5</sup> GÜRKAN, Kamu Özel Ortaklığı, s. 17. “Kamu özel ortaklığı sözleşmelerinde kanun koyucu tarafından uygulanacak hukuk belirtilmediği durumda idare hukuku hükümleri uygulanacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun uygulanacak hukuku belirlemesi halinde dahi sözleşme imzalanıncaya kadar idare hukuku, sözleşme imzalandıktan sonra özel hukuk hükümleri uygulanır”.

türlerin dışında da idari sözleşme koşullarını taşıyan değişik isimler altında sözleşmeler yapılabilmesi durumunda da atıpkı<sup>6</sup> idari sözleşmeler ortaya çıkmaktadır<sup>7</sup>.

## B. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ

İmtiyaz<sup>8</sup> sözleşmeleri kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi şekliyle çok eskilere dayanmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu zamanından beri özellikle demiryolu, elektrik, su, havagazı, telefon ve rıhtım gibi kamu hizmetlerinde imtiyaz usulüne başvurulmuştur. Şüphesiz ki, imparatorluğun son dönemlerinde dış borçlanmanın fazlalığı nedeniyle devletin kamu hizmetlerinin yürütmedeki etkinliğini kaybetmesi, imtiyaz gibi yöntemlerle mecburi kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini sağlamıştır<sup>9</sup>.

Osmanlı İmparatorluğunun kamu hizmetlerinde imtiyaz usulünü kullanma sebeplerinden farklı olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti de bir takım kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için imtiyaz sözleşmeleri yapmıştır. Ülkemizde imtiyaz sözleşmeleri, 19. yüzyıldan itibaren belli kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kullanılan bir yöntemdir<sup>10</sup>.

İmtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak ilk yasal düzenleme 24 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafi-i Umumiye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanundur. Daha sonra 25 Haziran 1932 tarihinde 2025 sayılı Kanun ile imtiyaz sözleşmeleri düzenlenmiştir. Söz konusu bu kanunlarda imtiyaz sözleşmesinin tanımı yapılmamış, imtiyaz sözleşmesinin tanımlaması yargı organlarına bırakılmıştır<sup>11</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri; “*Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin*

---

<sup>6</sup> GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 465. Atıpkı idari sözleşmelere, “*isimsiz idari sözleşmeler*” de denmektedir.

<sup>7</sup> YILDIRIM, Türk İdari Rejimi Dersleri, s. 101-110.

<sup>8</sup> İmtiyaz kelime anlamı bakımından ayrıcalık; bir işin başkaları yapmamak üzere, özel izin ile bir kimseye veya bir kuruluşa verilmesidir. Ayrıca sözleşme hukuku bakımından imtiyaz, kamu mallarından tekel olarak yararlanılabilmesi için özel kişilere verilen izinlerdir. DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, 2002, s. 434.

<sup>9</sup> Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tarihi gelişimi için ayrıntılı bilgi için Bkz. TAN, Turgut, “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Dünü ve Bugünü*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Y. 2000, Ankara, Bildiri 6. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untill2007/hukukkurultayii00.pdf>; BOZ, Selman Sacit, “*Belediyelerin İmtiyaz Verme Yetkisi*”, Nevşehir Barosu Dergisi, Y. 1, S. 1, 2014, s. 213.

<sup>10</sup> ÖRSTEN ESİRGİN, Seda, Osmanlı Devleti’nde Yabancılar Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları, Ankara, 2012, s. 12-19.

<sup>11</sup> Danıştay bir kararında imtiyaz sözleşmesini, “... *yardımlı ve yardımsız, menafi garantisini muhtevi veya garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefid olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuhiyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için görülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenid bulunan mukavelelere amme hizmeti imtiyazı mukaveleleri denir. Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müstak mükellefiyetler tarh etmek itibariyle idari mukavele mecmuasına dahil olmakla beraber akitlerini amme hizmetini yürütmek ve muntazam bir halde işletmek gayesini temin etmek için amme kudreti haklarıyla da teçhiz edildiklerinden diğer idari mukavelelerden bir fark arz ederler*” şeklinde izah etmiştir. Devlet Şurası Devai Daireleri Umumi Heyetinin Nafia Vekaleti - İstanbul Tramvay Şirketi davasındaki 26 Şubat 1936 tarihli kararı, NAKDEN; ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, B. 3, İstanbul, 1966, s. 1593.

*gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir. Konusu, kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir*" şeklinde tanımlanmıştır<sup>12</sup>. Anayasa mahkemesinin imtiyaz sözleşmesinin tanımlamasındaki ifadelerin yerinde olduğu söylenebilir.

İdari sözleşmelerden biri olan imtiyaz sözleşmesi<sup>13</sup>, bir kamu hizmetinin bir özel hukuk kişisi tarafından, kamu hizmetinden yararlanacak olan kişilerden alacağı ücret karşılığında, kendi kâr ve hesabına söz konusu kamu hizmetini kurulması ve belli bir süre işletilmesi amacıyla özel hukuk kişisi ile kamu kesimi arasında yapılan idari sözleşmedir<sup>14</sup>. İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazı veren kamu idaresine "*imtiyaz veren*"; kamu hizmetlerinin ifası için yetki verilen kimseye de "*imtiyaz sahibi*" veya "*imtiyazcı*" denmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı ifa ettiği kamu hizmetini kendi kâr ve hesabına yapmakta ve söz konusu kamu hizmetinden yararlananlardan aldığı ücret karşılığında kamu hizmeti ifa etmektedir<sup>15</sup>.

Türk hukukunda, kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesine ilişkin imtiyaz, ruhsat, müşterek emanet ve iltizam olmak üzere belli başlı dört yöntem bulunmaktadır. Bir kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından ifa edilmesi yöntemlerinden olan bu usullerin hangisi, ile kamu hizmetinin ifa edileceğinin belirlenmesi yetkisi Anayasaya aykırı olmamak şartıyla kanun koyucu veya kanunlara aykırı olmamak şartıyla idareye aittir<sup>16</sup>.

İmtiyaz sözleşmesinin konu unsurunu kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi veya kurulmuş olan kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından

<sup>12</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 09.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2; Resmi Gazete T. 24.01.1995 S. 22181; Aynı yöndeki kararlar için bkz., Anayasa Mahkemesi T. 28.06.1995, E.1994/71, K. 1995/23, RG. T. 20.03.1996, S. 22586; Anayasa Mahkemesi, T. 22.12.1994, E.1994/70, K.1994/65-2, RG. T. 28.01.1995, S. 22185.

<sup>13</sup> GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 561. İmtiyaz sözleşmeleri hukuki niteliği itibariyle yarı akdi-yarı düzenleyici karma bir işlem olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmelerinin bazı hükümleri düzenleyici nitelikte bazı hükümleri ise, akdi niteliktedir. İmtiyaz sözleşmelerinin akdi nitelik taşıyan hükümlerinin de bulunması nedeniyle, söz konusu hükümler nedeniyle özel hukuk sözleşmelerine benzeyen yönleri de bulunmaktadır. Çünkü akdi hükümler bakımından imtiyaz sözleşmesinin her iki tarafının da karşılıklı iradelerinin uyuşması gerekmektedir.

<sup>14</sup> ÖZTÜRK, Burak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000, s. 65-70; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 70; YILDIRIM, Türk İdari Rejimi Dersleri, s. 103; YILDIRIM / YASİN / KARAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / TEKİNSOY, İdare Hukuku, s. 622; SANCAKTAR, İdare Hukuku, s. 537; YILDIRIM, Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, s. 273; ATAY, İdare Hukuku, s. 597; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 452; BOZ, "*Belediyelerin İmtiyaz Verme Yetkisi*", s. 218 - 219. YÜCEL, Ali Rıza, "*İdari Sözleşmeler ve İmtiyaz Sözleşmeleri*", Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 439-440, Y. 2005/5-6, s. 74. "*Kamu hizmetinin; sermayesi, kârı, hasarı ve zararı özel hukuk kişisine ait olmak üzere, idarenin gözetim ve denetimi altında, genellikle çok uzun süreli bir "idari sözleşme" uyarınca, özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir*".

<sup>15</sup> BEYDOĞAN, T. Ayhan, "*Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi*", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011, S. 4, s. 117. Ancak, söz konusu hizmetten alınacak ücret de esas itibariyle İdare tarafından belirlenir. İdare bu ücreti belirlerken, imtiyaz sahibinin kârı kadar, ilgili hizmetten yararlanan kişilerin ödeme gücünü, maliyetleri vs. de dikkate alır.

<sup>16</sup> ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004, s. 245.

işletilmesi oluşturur. Eskiden imtiyaz sözleşmelerinin sadece sinai ve iktisadi alanda söz konusu olabileceği görüşü hakimken, günümüzde imtiyaz sözleşmelerinin daha geniş bir yaklaşımla idari kamu hizmetleri açısından da kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

İmtiyaza konu olan kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için yapılan büyük masrafların karşılanabilmesi için, imtiyaz sözleşmeleri uzun süreli yapılan sözleşmelerdir. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmeleri genellikle 40-49 yıl gibi uzun süreli yapılan sözleşmeler olduğu söylenebilir.

## II. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN AKDEDİLMESİ

### A. GENEL OLARAK

İdari sözleşmelerde bir “sözleşme” niteliğinde olması nedeniyle tüm diğer sözleşmeler gibi, tarafların rızalarının değişimi gereklidir. Başka bir deyişle idari sözleşmeler içinde tarafların iradelerinin uyumu gerekmektedir<sup>18</sup>. Dolayısıyla idarenin tek başına alacağı bir kararla imtiyaz sözleşmesinin akdedilmesi mümkün değildir.

İdarenin yaptığı sözleşmeler ister özel hukuk sözleşmeleri olsun, ister idari sözleşmeler olsun sözleşme akdedilinceye kadar yapılan işlemler idari işlem niteliğindedir. Ancak belirtmek gerekir ki, idarenin sözleşmeciyi seçmesi özel hukukta olduğu gibi tamamen serbest değildir. İdarenin sözleşmeyi akdedinceye kadar yaptığı idari işlemlerin hukuk kurallarına uygun bir şekilde yapılması gerekmekte ve idare sözleşmeyi akdedinceye kadar hukuk kuralları çerçevesinde karar alabilmektedir<sup>19</sup>.

İdarenin sözleşme yapma iradesini ortaya koymasına “ihale”<sup>20</sup> denmektedir ve ihale işlemi bir takım idari işlemlerin bir araya gelmesi ile tamamlanmaktadır. İhale aşamaları yapılan işlemin türüne göre 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa veya 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa<sup>21</sup> göre şekillenmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinin ihale aşamalarına ilişkin genel bir usul öngörülmemesine rağmen, imtiyaz sözleşmesi gibi idarenin sıkı sıkıya bağlı usul kurallarına uymak zorunda olmadığı sözleşmelerde de bir takım şekil kurallarının olduğu söylenebilir. 9 Temmuz 1865 tarihli *Memalik-i Mahruse-i Şahannede Müsade-i İmtiyaziye ve Ruhsat-ı Resmîye İstida Edenlerin İfa Etmeleri Lazım Gelen Şerait ve Merasime Dair Nizamname*'de imtiyaz sözleşmelerinin akdedilinceye kadar hangi usul kurallarına tabi olduğu ve imtiyazın özel hukuk kişileri tarafından ne surette talep edilebileceği düzenlenmiş ve söz konusu nizamname (tüzük) Cumhuriyet döneminde de uygulanmıştır<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> SANCAKTAR, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, s. 538.

<sup>18</sup> GÖZLER, İdare Hukuku, s. 100.

<sup>19</sup> ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, s. 1621.

<sup>20</sup> ÖRSTEN ESİRGEN, Osmanlı Devleti'nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları, s. 22. “İhale, genel olarak idarenin sözleşme yapma iradesinin ortaya çıkmasında izlenen usulleridir”. İNAN, Atilla, İhale Hukuku Ders Notları, Ankara, 2011, s. 21-23. “Arapça havi kelimesinden türetilmiş olan ihale, iş mal vb.ni bir çok istekli arasından en uygun şartları kabul edene verme, eksiltme veya artırma anlamını taşımaktadır”.

<sup>21</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda idarenin mal ve hizmet alımları ile yapım işlemlerine ilişkin işler kapsamında ihale hükümlerine yer verildiği içim imtiyaz sözleşmelerinin söz konusu kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

<sup>22</sup> ÖRSTEN ESİRGEN, Osmanlı Devleti'nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları, s. 22. Söz konusu nizamname ile imtiyaz sözleşmeleri yürütülürken, II. Meşrutiyetin başında 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun

## KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN AKDEDİLMESİ

Diğer idari sözleşmelere göre, imtiyaz sözleşmelerinin sözleşmede akit tarafının seçilmes ve kamu ihale prosedüründen farklı ele alınması bakımından idarenin takdir yetkisinin daha fazla olduğu söylenebilir. Çünkü bir kamu hizmetini uzun süre ifa edecek, kamusal bir takım yetkilere sahip olacak ve kamu hizmetini ifa eden özel hukuk kişisinin aczi durumunda idarenin sorumluluğunun söz konusu olabileceği bir sözleşmecinin seçiminde idarenin diğer idari sözleşmelere göre takdir yetkisinin bulunması, olması gereken bir durumdur<sup>23</sup>. Ancak idarenin sahip olduğu takdir yetkisi mutlak ve sınırsız değil, kanun ve diğer düzenleyici işlemlere aykırı olmamak üzere kamu menfaatinin gerektirdiği ölçüde olmalıdır. İdarenin imtiyaz sözleşmelerinde takdir yetkisinin diğer sözleşmelere göre geniş tutulması, idarenin istediği gibi hareket edebileceği anlamına gelmez.

İmtiyaz sözleşmelerine ilişkin ihale ilanı, şartname hazırlanması, ihale komisyonları, tekliflerin değerlendirilmesi gibi konularda gerek şekil kuralları gerekse diğer hukuki konularda mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumlara ilişkin esaslar, genel ilkelerin belirtilmesi ve yargı kararları ile söz konusu olmaktadır<sup>24</sup>.

Danıştay, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ihale kurallarının olmamasından dolayı, imtiyaz sözleşmesi akdedilmesi ve uygulanması sürecinde bir takım genel ilkelere uyulması gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>25</sup>. Danıştay bir kararında bu durumu “...*Hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olan idare imtiyaz sözleşmesi yoluyla hizmet gördüreceği sermaye şirketlerini seçerken söz konusu kamu hizmetlerinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereğinden hareketle mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik, deneyim gibi bazı nitelikleri ön plana alarak yetkisini kamu yararına uygun biçimde kullanacak ve bu yolda, tesis edeceği işlemlerde kullanacağı takdir yetkisi hukuka uygunluk açısından idari yargı denetimine tabi olacaktır.*” şeklinde açıkça belirtmiştir.

### B. YETKİ

Bir idari sözleşmenin akdedilebilmesi için sözleşmenin tarafı olan idarenin irade açıklamaya yetkili olması gerekmektedir. İdari sözleşmelerde sözleşmenin tarafı olacak özel hukuk kişisinin sözleşmeyi imzalama yetkisi özel hukuk hükümlerine göre belirlenir. Bu bağlamda özel hukuk kişisinin sözleşmeyi imzalama yetkisi için özel hukuk hükümleri incelenmelidir.

İdari sözleşmelerin bir diğer tarafı olan idare, sözleşmeyi akdedebilmesi için öncelikle kamu tüzel kişisi olmalıdır. Dolayısıyla tüzel kişiliği olmayan bir idarenin herhangi bir idari sözleşmenin tarafı olması mümkün değildir. Çünkü tüzel kişiliği

---

çıkartılmış ve imtiyaz sözleşmelerinin imzalanmasına ve uygulanmasına ilişkin esaslar bu kanunda düzenlenmiştir.

<sup>23</sup> SEZGİNER, Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1087. “Bu durumun, kamu harcaması gerektiren bir bayındırlık işi ihalesinden, herhangi bir yapıım işi veya mal ve hizmet alımı ihalesinden; kamuya kaynak yaratılması amaçlı satım, kiraya verme, trampa ya da mülkiyetin gayri ayni ak tesisi ihalesinden farklılık arz ettiğine şüphe yoktur”.

<sup>24</sup> SEZGİNER, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, s. 1087. “İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçimine ilişkin, gerek Fransız Hukukunda ve gerekse Türk Hukukunda kamu ihale düzenlemelerinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır”.

<sup>25</sup> Danıştay 10. Dairesi'nin T. 27.03.2002, E. 2001/2745, K. 2002/855 sayılı kararı.

olmayan bir idarenin kişiliğinden bahsedilemez ve bu nedenle irade sahibi niteliğine haiz olması söz konusu değildir<sup>26</sup>.

İdari sözleşmelerin yetkisiz bir idare tarafından veya idare adına irade açıklamaya yetkili olmayan bir kamu ajanı tarafından akdedilmesi durumunda, imzalanan idari sözleşme geçersizdir. Çünkü idari sözleşmelere ilişkin yetki kuralları kamu düzenine ilişkindir. Ancak idare adına yetkili olmayan bir kamu ajanının sözleşmeyi akdetmesi durumunda veya yetkisiz bir idarenin idari sözleşme imzalaması durumunda iyiniyetli 3. kişinin tazminat isteme hakkı söz konusu olacaktır<sup>27</sup>.

İmtiyaz verme yetkisi 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanuna göre, devlet tüzel kişisi adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna (Kuvvei İcraiyye) aittir<sup>28, 29</sup>. Bu bağlamda Devlet tüzel kişisi adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kurulunda olması nedeniyle, diğer tüm bakanlar kurulu kararları gibi imtiyaz verme kararları da Anayasanın 104. maddesi gereğince Cumhurbaşkanı tarafından imzalanacaktır<sup>30, 31</sup>.

5393 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesine göre, belediyeler söz konusu maddede belirtilen toplu taşıma ve çöp toplama gibi kamu hizmetlerini Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararı ile 49 yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla özel hukuk kişilerine gördürebilir<sup>32</sup>. Belediyeler adına imtiyaz vermeye yetkili mercii belediyelerin karar organı olan belediye meclisidir.

<sup>26</sup> GÖZLER, İdare Hukuku, s. 100, 101. Ayrıca kamu tüzel kişisi idarenin, idari sözleşme imzalarken idare adına irade açıklamaya yetkili kişiler tarafından temsil edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Devlet tüzel kişisi adına irade açıklamaya yetkili irade ajanının kendi görevleriyle alakalı bakanlar olduğu söylenebilir. Mahalli idarelerde sözleşmeyi imzalama yetkisi ise mahalli idarelerin karar organlarına aittir.

<sup>27</sup> Ayrıca idari sözleşme yapmaya ilişkin kurallar kamu düzeni kurallarıdır. Dolayısıyla idari sözleşme yapma yetkisine ilişkin kuralların taraflarca değiştirilebilmesi mümkün değildir.

<sup>28</sup> ASLAN, Erol, Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 93.

<sup>29</sup> Örneğin, ÇEAS'a ilişkin 26.09.1988 tarih ve 88/13314 sayılı, KEPEZ'e ilişkin 07.10.1988 tarih ve 88/13344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile şirketlerle görevlendirme sözleşmesi yapılması yönünde karar verilmiştir.

<sup>30</sup> Anayasa'nın 105. maddesine göre, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa ve diğer kanunlarla Başbakan ve ilgili bakanların imzalarına gerek bulunmaksızın yapabileceği belirtilen işlemler dışındaki tüm kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır. Söz konusu bu kararlardan ancak Başbakan ve ilgili bakan sorumlu tutulabilir. Anayasa hukukunda karşı-imza denilen kural, yürütme yetkisinin gerçekte Cumhurbaşkanı'na değil, yürütme organının sorumlu unsuru olan Bakanlar Kurulu'na ait olduğu anlamına gelmektedir.

<sup>31</sup> GÖZLER, İdare Hukuku, s. 428. Burada Cumhurbaşkanı'nın bir sorumluluğu olmadığı için imzalamamak gibi bir yetkisinin olmadığı söylenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesiyle birlikte idarenin sorumsuz kanadı olan Cumhurbaşkanı'nın da bir takım siyasi sorumluluklarının ortaya çıktığı söylenebilir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı'nın kamu menfaatine uygun görmediği imtiyaz sözleşmelerini imzalamama gibi bir yetkisinin olduğu söylenebilir.

<sup>32</sup> Belediyeler adına karar verme yetkisi 5393 sayılı Belediye Kanununun 18/j maddesine göre belediyelerin karar organı olan belediye meclisidir. Belediyelerin imzaladığı imtiyaz sözleşmeleri Devlet tüzel kişisinin imzaladığı imtiyaz sözleşmelerinden farklı olarak Danıştay'ın görüşünün alınması ve İçişleri Bakanlığının incelemesinden geçmesiyle geçerlilik kazanır.

## C. ŞEKİL

### 1. Yasama Organının Onayı

1924 Anayasasının 26. maddesine göre imtiyaz sözleşmelerinin onaylanması TBMM'nin görev ve yetkisi kapsamında sayılmış, imtiyaz sözleşmesinin dışındaki idari sözleşmelerde Bakanlar Kurulu kararının yeterli olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 1924 Anayasasının 26. maddesinde imtiyaz sözleşmelerinin feshedilmesi ve onanması yetkisinin de TBMM'nde olduğu düzenlenmiştir<sup>33, 34</sup>.

1924 Anayasasında TBMM'ye verilen imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisine 1961 ve 1982 Anayasalarında yer verilmemiştir. Bu nedenle 1961 Anayasasından bu yana imzalanan kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri TBMM tarafından kanunlaştırılmamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, 1326 sayılı Kanunun hala yürürlükte olması nedeniyle, bu kanun kapsamında yapılan imtiyaz sözleşmelerinin TBMM tarafından kanunlaştırılması gerekmektedir<sup>35</sup>.

### 2. Danıştay'ın Düşüncesinin (Görüşünün) Alınması

1924 Anayasasında imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi sürecinde Danıştay'ın görüşünün alınması şekil şartına bağlanmıştır<sup>36</sup>. Ancak 1924 Anayasasındaki Danıştay'ın görüşünün alınması şekil şartı 1961<sup>37</sup> ve 1982 Anayasası ile inceleme yetkisi kapsamına alınmıştır<sup>38</sup>. Daha sonra 1999 yılında Anayasamızda yapılan

<sup>33</sup> 1924 Anayasası Madde 26: Kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak, Devletlerle sözleşme, antlaşma ve barış yapmak, harb ilan etmek, Devletin bütçe ve kesin hesap kanunlarını incelemek ve onamak, para basmak, tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmelerini ve imtiyazları onamak ve bozmak, genel ve özel af ilan etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek, mahkemelerden çıkıp kesinleşen ölüm cezası hükümlerini yerine getirmek gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar.

<sup>34</sup> 1924 Anayasası ve 1326 tarihli Kanun hükümleri uyarınca ÇEAŞ ile imzalanan imtiyaz sözleşmesi 27.01.1954 tarih ve 6236 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Çukurova Elektrik Türk Anonim Ortaklığı Arasında Seyhan Barajı Hidroelektrik Tesislerinin Devrine Müteallik Olarak Akdedilen Mukavelenin Tasdiki Hakkında Kanun ile onaylanmıştır.

<sup>35</sup> ASLAN, Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği, s. 95. "3096 sayılı Kanun uyarınca akdedilecek sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğu kabul edildiğine göre, Kanun uyarınca akdedilecek sözleşmelerin de 1326 tarihli Kanunda öngörülen şartları taşıması halinde yasama organının onayına sunulması gerekmektedir. Nitekim kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu kabul edilen 3996 sayılı Kanun uyarınca akdedilecek sözleşmeler için 1326 tarihli Kanun hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin Kanunun 14'üncü maddesinin 2'inci cümlesi Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı ile iptal edilmiştir".

<sup>36</sup> 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu md. 51: "İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, Hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşünüşünü bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur..." şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>37</sup> 1961 Anayasası md. 140: "Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlmek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir" şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>38</sup> 13.08.199 tarihli 4446 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri Danıştay'ın inceleme görevi kapsamından çıkartılmış ve danışma görevi kapsamında değerlendirilmiştir.

değişiklikle imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki Danıştay'ın inceleme yetkisi düşünce bildirmek şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla günümüzde Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yetkisi sadece düşünce bildirmek şeklindedir ve Danıştay'ın bu yetkisini 2 ay içinde icra etmesi gerekmektedir.

İmtiyaz sözleşmelerinin 1999 yılı öncesinde Danıştay'ın incelemesinden geçmesi şartı, imtiyaz sözleşmesinin yetki unsuru bakımından değerlendirirken<sup>39</sup>; 1999 yılı sonrasında Danıştay'ın inceleme görevi, sadece düşünce bildirme olarak düzenlenmesiyle imtiyaz sözleşmesinin şekil unsuru haline geldiği söylenebilir.

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin düşüncesini bildirmesine ilişkin kararlar idareyi bağlayıcı nitelikte değildir. Başka bir deyişle, Danıştay'ın düşünce bildirme niteliğindeki kararları istişari niteliktedir. Bu bağlamda imtiyaz sözleşmesi akdetmeye yetkili idari mercii Danıştay'ın düşüncesini almak zorunda olmakla birlikte, Danıştay'ın düşüncesine uygun bir şekilde sözleşmeyi akdetmek zorunda değildir<sup>40</sup>.

1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrasında, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesi hakkında düşüncesini belirtmesi söz konusu olacağından, ortada kesinleşme veya yürürlüğe girmese de bir imtiyaz sözleşmesinin olması gerekmektedir<sup>41</sup>.

Danıştay'ın görüşünün alınması neticesinde yetkili makama (Bakanlar Kurulu kararı veya belediyelere ilişkin imtiyaz sözleşmelerinde İçişleri Bakanlığı) gönderilen sözleşme metni tekrar değiştirilmesi durumunda, yapılan değişikliklerle beraber sözleşme metni hakkında tekrardan Danıştay'ın düşüncesinin alınması gerekmektedir. Aksi halde imtiyaz sözleşmesinin şekil unsuru bakımından hukuka aykırılığı söz konusu olur.

Ayrıca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Kanununun 7. maddesindeki “*bir yada birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır*” hükmü gereğince imtiyaz sözleşmeleri için Rekabet Kurumundan izin alınması söz konusu olabilir. Çünkü ülkenin tamamına veya bir bölüme rekabetin önlenmesi niteliğinde, başka bir deyişle kamu menfaati yerine yapılan imtiyaz sözleşmesinde birtakım kişi veya grupların kayrılarak aşırı kazanç elde etmeleri sağlanarak sözleşmenin yapımında amaç (maksat) unsuru bakımından sakatlık doğması halinde veya doğacağına dair

<sup>39</sup> DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 331; ASLAN, Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği, s. 97. Duran'a göre, İdare, Danıştay'ın yaptığı inceleme sonucu oluşturulan metni benimsemek zorundadır ve Danıştay incelemesine gönderilen metnin ilk sekinin incelemeden sonra imtiyaz sözleşmesi olarak akdedilemeyecektir.

<sup>40</sup> GÖZLER, İdare Hukuku, s. 430. Gözler'e göre, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Danıştay'ın inceleme görevinin Anayasa'da düzenlenmesi yerinde olmayan bir düzenlemedir. Çünkü Anayasamızda imtiyaz sözleşmesi tanımlanmamıştır ve özellikle görevlendirme sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmelerinden ayrılamaması nedeniyle bir çok karışıklık söz konusu olmaktadır. Bu nedenle 1999 yılında yapılan değişiklikle imtiyaz sözleşmesine ilişkin Danıştay'ın düşünce bildirme yetkisine hiç yer verilmemesi daha yerinde olurdu.

<sup>41</sup> GÖZLER, İdare Hukuku, s. 428.



şüphenin vuku bulması durumunda Rekabet Kurumu'nun söz konusu duruma müdahale edebilmesi gerekir.

### 3. İmtiyaz Sözleşmesinin Yapılması

Kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri diğer idari sözleşmeler gibi yazılı şekilde yapılır. Dolayısıyla özel hukuktaki bazı sözleşmeler gibi imtiyaz sözleşmesinin sözlü veya zımni kabul işlemleri ile kurulabilmesi mümkün değildir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, daha önceden hazırlanmış olan şartnamelere dayanılarak akdedilir<sup>42</sup>.

23.05.1928 tarih ve 1322 sayılı “*Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkındaki Kanun*”un birinci maddesine göre, kamu hizmetine ilişkin Bakanlar Kurulu tarafından imzalanan sözleşme ve imtiyazların Resmi Gazete’de yayımlanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda Bakanlar Kurulu tarafından imzalanan kamu hizmetinin görülmesine ilişkin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Resmi Gazete’de yayımlanmaması durumunda, söz konusu imtiyaz sözleşmesinin, sözleşmenin tarafları bakımından hüküm ve sonuç doğuracağı söylenebilse de, üçüncü kişiler açısından hüküm ve sonuç doğurmayacağı açıktır<sup>43</sup>.

### 4. İmtiyaz Sahibinin Belirlenmesi

1326 sayılı Kanun ile imtiyaz alabilecek özel hukuk kişileri belirtilmiştir. Söz konusu Kanuna göre sadece anonim şirket niteliğindeki özel hukuk kişileri imtiyaz sözleşmesinin tarafı olabilir. Ayrıca bu anonim şirketinin Türk anonim şirketi olması gerekmektedir. Dolayısıyla yabancı anonim şirketlerinin ülkemizde Bakanlar Kurulu ile imtiyaz sözleşmesi imzalaması mümkün değildir.

Yukarda belirtildiği üzere imtiyaz sözleşmeleri mahiyeti gereği sözleşmeci özel hukuk kişinin seçimi bakımından ihale kanunlarından ayrı tutulmuş ve imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan idareye daha çok takdir yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla idare ihale veya pazarlık gibi bir yöntem kullanmak zorunda değildir<sup>44</sup>. Çünkü maliyeti yüksek bir kamu hizmetini yürütecek olan, kamusal bir takım yetkilere sahip olacak olan ve kamu hizmetini yürütecek olan özel hukuk kişinin aczi halinde idarenin sorumluluğunun söz konusu olabileceği bir sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişinin seçiminde, idarenin takdir yetkisinin diğer idari sözleşmelere göre daha çok olması gerektiği açıktır. Ancak belirtmek gerekir ki, idareye tanınan geniş takdir yetkisi borçlar hukuku bağlamında sınırsız bir sözleşme özgürlüğü değildir. Çünkü idare her türlü işlemde kamu yararını gözetmek zorundadır. Dolayısıyla idare her ne

<sup>42</sup> GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 345. İmtiyaz sözleşmesine ilişkin genel ve nesnel kural koyan şartnameler sözleşmelerin tamamlayıcısı durumundadır. Bu nedenle şartnamelerin kural işlem niteliğinde olduğu söylenebilir. Gerek sözleşme metni gerekse şartnameler idare tarafından karşıdaki özel hukuk kişinin iradesi göz önüne alınmadan hazırlandığı için imtiyaz sözleşmelerinin katımlı sözleşme olduğu söylenebilir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmeci özel hukuk kişisi sözleşmeyi ancak toptan kabul veya ret edebilir.

<sup>43</sup> DURAN, Lütfi, “*Yap-İşlet-Devret*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Muammer Aksoy’a Armağan), C. XLVI, S. 1-2, Ocak- Haziran 1991, s. 167.

<sup>44</sup> GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 561.

kadar imtiyaz sözleşmesinde geniş bir takdir yetkisine sahip olsa da, söz konusu takdir yetkisinin kullanımı kamu yararı doğrultusunda olmalıdır<sup>45</sup>.

İmtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi sürecinde idareye tanınan geniş takdir yetkisi bağlamında, ihale hukuku bağlamında sıkı şekil şartlarına tabi olmayacak ve müzakere yoluyla bir takım yetkiler kullanabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, idareye imtiyaz sözleşmesinin akdedilmesi sürecinde bir takım geniş takdir hakkının verilmesi ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yetkisinin sadece düşünce bildirme olması ve bu nedenle Danıştay'ın düşüncesinin sadece istişarî nitelikte olması nedeniyle bir takım sorunlar ortaya çıkabilir<sup>46</sup>. Öncelikle ülkemizde siyasal şartlanılmışlığın yüksek olması nedeniyle, siyasi iktidarların kendi yandaşlarını kayırarak rekabet ilkelerine aykırı olarak imtiyaz sözleşmesi yapması söz konusu olabilir. Bu durumda bazı kesimlerin tekel şeklinde çok ciddi para kazanmalarına ve devlet ekonomisinin zarara uğramasına veya halk üzerinde maddi külfetin çoğalmasına neden olabilir. Böyle bir durumun ortaya çıkmaması için özellikle Rekabet Kurumunun bağımsız olarak imtiyaz sözleşmeleri üzerinde denetleme yetkisinin açıkça kanunda öngörülmesi yerinde olacaktır.

## SONUÇ

İmtiyaz sözleşmeleri, devlet tüzelkişisinin yaptığı imtiyaz sözleşmeleri dikkate alındığında, diğer idari sözleşmelerden farklı olarak daha kapsamlı ve maliyetli kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kelime anlamından da açıkça anlaşıldığı üzere imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan özel hukuk kişisinin, diğer idari sözleşmelerdeki özel hukuk kişilerine göre bir takım ayrıcalıkları söz konusu olabilmekte, hatta kamusal bazı yetkilerin özel hukuk kişisi tarafından kullanılabilmesi söz konusu olabilmektedir.

İmtiyaz sözleşmesinin tarafı olan özel hukuk kişisine yukarıda açıkça açıklandığı üzere bir çok ayrıcalık ve kamusal yetki tanınmasına rağmen imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi süreci ihale kanunları kapsamında öngörülmemiştir. Bu sözleşmelerin açıklandığı üzere idareye daha geniş takdir hakkı tanınması gerektiği düşünüldüğünde, bu durumun yerinde olduğu sonucuna varılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu denli kapsamlı ve vatandaşlarımızdan aldığı ücretler ile büyük kârlar edilen imtiyaz sözleşmelerinin, bu derece idarenin takdirine bırakılması da son derece eleştiriye açıktır.

---

<sup>45</sup> SEZGİNER, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", s. 1087-1089. " İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçimine ilişkin, gerek Fransız Hukukunda ve gerekse Türk Hukukunda kamu ihale düzenlemelerinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İhale ilanı, şartname hazırlanması, ihale komisyonları, tekliflerin değerlendirilmesi vb. konularda, basta sekil kuralları olmak üzere, yazılı bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Genel ilkelerin belirtilmesi ve yargı kararları ile bir takım esasların konulması söz konusudur".

<sup>46</sup> ÇAL, Sedat, "Intuitu Personae veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine", Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/3, s. 72. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu düşüncenin aksini savunan bir takım kararları da vardır. Bkz. AYM. T. 27.03.1986, E. 1985/31, K. 1986/11, 9 Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. "Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, idarenin tekel yaratabileceği yönünde değerlendirmelerde bulunduğu da tesadüf edilmektedir. Buna göre, idarenin hangi faaliyet alanlarında tekel kuracağı bir "yerindelik" sorunudur ve yargı kararlarıyla müdahale edilebilmesi olanak dışıdır. Daha vahimi, Yüksek Mahkemeye göre gelir yaratma amacıyla da idarenin tekel alanları oluşturması mümkündür".

## KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN AKDEDİLMESİ

İmtiyaz sözleşmesinin akdedilme sürecinin belirlenmesinde kanuni düzenlemeler yerine, daha çok içtihadı dayalı kriterlere göre hareket edilmesi yerinde değildir. Ayrıca imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi sürecinde Danıştay'ın yetkisinin sadece düşünce bildirme niteliğinde olması ve bu nedenle idareyi bağlamaması da eleştirilebilir. Çünkü söz konusu Danıştay'ın düşüncesinin bildirdiği ve bir çok yönden hukuka aykırı bulunduğu imtiyaz sözleşmeleri idare tarafından bağlayıcı olmaması nedeniyle Danıştay'ın düşüncesi göz ardı edilerek bir takım (siyasi vs.) nedenlerden dolayı akdedilebilir. Bu durumda Danıştay'ın hukuka aykırı bulunduğu sözleşmelere ilişkin açılacak davaların büyük bir çoğunluğunda yine Danıştay'da (Danıştay Kanunu md. 24) açılacaktır. Danıştay'ın görevli mahkeme olması nedeniyle sözleşmenin daha önceden tespit edilen hukuka aykırı hükümlerinin Danıştay tarafından iptali gündeme gelebilecektir.

Kanaatimizce imtiyaz sözleşmelerinin yapılma süreci ihale kanunlarından farklı olarak idarenin gerektiği düzeyde takdir yetkisi kullanabileceği ancak her bir icrai işlem niteliğindeki sözleşmenin akdedilmeden önce veya akdedildikten sonraki aşamalarının bağımsız Türk yargısının denetiminde olduğu bir süreç kanun koyucu tarafından öngörülmelidir.

### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, B. 4, Ankara-İstanbul, 2013.
- ALAMUR, Seher, Türk Hukuku'nda İdari Sözleşmeler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- ASLAN, Erol, Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, B. 3, Ankara, 2012.
- BARLAS, Oğuzman, Medeni Hukuk, B. 11, İstanbul, Eylül 2004.
- BEYDOĞAN, T. Ayhan, "Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011, S. 4, s. 112-135.
- BOZ, Selman Sacit, "Belediyelerin İmtiyaz Verme Yetkisi", Nevşehir Barosu Dergisi, Y. 1, S. 1, 2014, s. 212-247.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Eylül 2013.
- ÇAL, Sedat, "Intuitu Personae veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine", Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/3, s. 49-115.
- ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya, İdari Sözleşmelerin Geçersizliği, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügât, Ankara, 2002.
- DURAN, Lütfi, "Yap-İşlet-Devret", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Muammer Aksoy'a Armağan), C. XLVI, S. 1-2, Ocak- Haziran 1991, s.147-170.

## GÜRKAN

- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman, İdare Hukuku, B. 5, İstanbul, 2012.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, B. 8, Bursa, 2009.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, B. 2, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I, B. 9, Ankara, 2013.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, B. 10, Ankara, 2013.
- GÜRKAN, Mehmet Fatih, Kamu Özel Ortaklığı, Ankara, 2014.
- GÜVEN, Mehmet, "İdari Sözleşmelerin Uygulanmasında Tarafların Hak, Yetki ve Yükümlülükleri", Ankara Barosu Dergisi, Y. 1996, S. 3, s. 378-404.
- İNAN, Atilla, İhale Hukuku Ders Notları, Ankara, 2011.
- KALABALIK, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, B. 5, Konya, 2014, s. 420;
- NOHUTÇU, Ahmet, İdare Hukuku, B. 10, İstanbul, 2013.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, B. 3, İstanbul, 1966.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda, Osmanlı Devleti'nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları, Ankara, 2012.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004.
- ÖZTÜRK, Burak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000.
- SANCAKTAR, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, B. 2.
- SEZGİNLER, Murat, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", GÜHFD, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1079-1093.
- TAN, Turgut, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", AÜHFD, Y. 1995, C. 50, S. 3, s. 291-309.
- TAN, Turgut, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Dünü ve Bugünü", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Y. 2000, Ankara, Bildiri 6. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/hukukkurultayi00.pdf>.
- TAN, Turgut, İdare Hukuku, B. 2, Ankara, Eylül-2013.
- TEKİNSOY, M. Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", AÜHFD, Y. 2006, C. 55, S. 2, s. 181-227.
- TOKALI, Muhammet, İdari Sözleşmeler ve Yargısal Denetimi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, B. 2, İstanbul, 2010.
- YILDIRIM, Ramazan, Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Konya, 2006.

## KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN AKDEDİLMESİ

YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri II, Konya, Aralık 2012.

YILDIRIM, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, C. II, Konya, 2014.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KARAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY, Okan, İdare Hukuku, B. 4, İstanbul, Eylül 2012.

YÜCEL, Ali Rıza, "İdari Sözleşmeler ve İmtiyaz Sözleşmeleri", Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 439-440, Y. 2005/5-6, s. 73-77.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. 1, Ankara, 2012.