

## İZİNSİZ KAZI VE SONDAJ YAPMA SUÇU (KTVKK m.74/1)

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089770>

**Arş. Gör. Seda Yağmur SÜMER\***

### Öz

*Kültür ve tabiat varlıkları bakımından önemli bir konuma sahip olan ülkemizde ortak mirasın korunması büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle kültür ve tabiat varlıklarının korunması amacı doğrultusunda Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda (KTVKK) bazı suç düzenlenmelerine yer verilmiştir. Bizler bu çalışmada KTVKK'nun 74. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen ve uygulamada "Definecilik Suçu" veyahut "Tarihi Eser Kaçakçılığı" olarak da anılan İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapma Suçu'nu ele alacağız. Özellikle bu suç tipini çalışmanın merkezine alma sebebi uygulamada sıklıkla karşılaşılan fiilleri bünyesinde barındırması ve kanunda yer alan diğer suç tipleriyle yakın bir ilişkisinin olmasıdır. Nitekim bu yaygın uygulama ve yakın ilişki birçok teorik tartışmaya ve uygulama sorununa neden olmaktadır.*

### Anahtar Kelimeler

*İzinsiz Kazı, Sondaj, Definecilik, Kültür Varlığı, Tabiat Varlığı*

## THE CRIME OF UNAUTHORIZED EXCAVATION AND DRILLING (Art. 74/1 of LPCNP)

(Research Article)

### Abstract

*In our country, which has an important position in terms of cultural and natural assets, the protection of the common heritage is of great importance. For this reason, in order to protect cultural and natural assets, some criminal regulations have been included in the Law on the Protection of Cultural and*

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (sedayagmur.sumer@deu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-8071-1889 (Geliş Tarihi: 07.02.2022-Kabul Tarihi: 10.03.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

*Natural Assets. In this study, we evaluated the 74th article of LPCNP. We will consider the Crime of Unauthorized Excavation and Drilling, which is regulated by the first paragraph of the article and is also referred to as the “Treasure Crime” or the “Historical Artifact Smuggling” in practice. In particular, the reason for placing this type of crime at the center of the study is that it embodies the acts that are often encountered in practice and has a close relationship with other types of crimes contained in the law. As a matter of fact, this widespread practice and close relationship cause many theoretical discussions and problems in legal practice.*

**Keywords**

*Unauthorized Excavation, Drilling, Treasure Hunting, Cultural Presence, Natural Presence*

## GİRİŞ

Ülkemiz kültür ve tabiat varlıkları bakımından zengin bir yapıya sahiptir. Bu durum insanlığın ortak mirası olan kültür varlıklarının korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Nitekim ülkemizde bu alanda suç işleme eğiliminin olduğu görülmektedir. Toplumda özellikle eski eserlere veyahut halk diliyle bilinen gömü yani definelere ilişkin merak bu suçların işlenmesinde temel itici güçtür. Bununla birlikte bu alanda suç işleme nedenleri arasında yalnızca merak duygusu yer almayıp kültür varlığının ticaretini yaparak ekonomik çıkar sağlamak veyahut bireylerin şahsi koleksiyonlarını genişletmek/hobilerini geliştirmek amacının da olduğu görülmektedir. Bu durum kanun koyucuyu 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasında İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapma Suçu'nu düzenlemeye yöneltmiştir.

Bizler de çalışmamızda toplumsal ihtiyaçlar ve suç işleme eğilimindeki bariz göstergeler sonucu düzenlenen İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapma Suçu'na değineceğiz. Uygulamada “*Definecilik Suçu*” veyahut “*Tarihi Eser Kaçakçılığı*” olarak da ifade edilen bu suç tipi ile ilgili öncelikle ortaya çıkan hukuki sorunların doğru tespiti ve çözümü için gerekli kavramsal açıklamalar yapılacak suçun kanuni düzenlemesine genel hatlarıyla değinilecektir. Ardından suç genel teorisi ışığında bu suçun unsurları tek tek ele alınacaktır. Suçun unsurları ele alınırken teorik açıklamalar kadar Yargıtay uygulamasına da yer verilecektir.

Bu çalışma ile hedeflenen temel amaç; suçun kanuni düzenlemesinde yer alan sorunlara değinilerek suçun kanuni düzenlemesinin iyileştirilmesinde ve bu suç tipi ile ilgili uygulamada ortaya çıkan hukuki sorunlara ışık tutarak olası çözümlerin neler olabileceği hususunda literatüre katkı sunmaktır.

## I. GENEL OLARAK

Burada suç tipinin anlaşılabilmesi adına öncelikle ilgili temel kavramlara değinmek gerekir. Bunun için 14/01/2020 tarih ve 39797 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarıyla İlgili Yapılacak Yüzey Araştırması, Sondaj ve Kazı Çalışmalarının Yürütülmesi Hakkında Yönerge ve Kültür ve Tabiat Varlıklarıyla İlgili Olarak Yapılacak Araştırma, Sondaj ve Kazılar Hakkında Yönetmelik'te<sup>1</sup> yer alan tanımlara bakmak gerekir.

Yönetmeliğin 3. maddesinde “*Bu yönetmelikte geçen: “Sondaj ve Kazı”; taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ortaya çıkarılması*

<sup>1</sup> Resmî Gazete Tarihi: 10.08.1984 Resmî Gazete Sayısı: 18485.

*için bilimsel metodlarla toprak ve su altındaki tabii, tarihi ve arkeolojik alanlarda yapılan çalışmaları,*

*“Araştırma”; kültür ve tabiatla ilgili herhangi bir meseleyi tahkik, tahlil ve teşhis etmek için müzelerde veya kazı yapmaksızın toprak üstünde, su altında yapılan çalışmaları, ifade eder.”* demek suretiyle temel kavramlara ilişkin bir açıklama getirilmiştir.

Yine benzer bir şekilde yönergenin 3. maddesinin u bendinde *“Sondaj”*: Taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları ile taşınır tabiat varlıklarının tespit edilmesi amacıyla bilimsel yöntemlerle yapılan kazıyı,

I bendinde *“Kazı: Toprak ve su altındaki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının ortaya çıkarılması için bilimsel metotlarla yapılan sondaj ve kazı”*

*“Yüzey Araştırması: Taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları ile taşınır tabiat varlıklarının tespit, tahkik, tahlil ve teşhis edilmesi amacıyla kazı yapmaksızın toprak üstünde ve su altında yapılan çalışmaları”*,

*“Kazı Alanı: Kazı Başkanı tarafından yıllık çalışma programında belirtilen ve sınırları Genel Müdürlükçe uygun görülen alan”*, anlamına gelmektedir.

Kanunu düzenlemelerde yer alan bu tanımlara ek olarak doktrinde sondaj kavramına değinmek gerekir. Burada sondaj kavramından ne anlamamız gerektiği bizler için önem arz etmektedir. Çünkü ilerleyen bölümlerde kazı ile sondaj kavramı arasındaki ayrım hukuka aykırı fiilin tespit edilmesi ve teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından önem arz edecektir.

Doktrinde sondaj kavramı; *“yeraltı kaynaklarını araştırma, üretim ve işletmek için, ayrıca mühendislik yapılarının temel koşullarının saptanması ve iyileştirilmesi amacıyla düşey, yatay veya herhangi bir yön ile açılı olarak yapılan silindirik kazı işlemi”* şeklinde tanımlanmaktadır. Sondaj işleminin hedeflenen amaca göre birçok çeşidi bulunmaktadır. Burada kanun hükümde suç olarak kastedilen sondaj işlemi kültür varlığı bulma amacı ile olduğu için *arkeolojik bir sondaj* işlemidir. Arkeologlar tarafından gerçekleştirilen izinli sondaj işlemlerinde söz konusu araziyi bütünü ile kazmak hedeflemez. Belirli aralıklarla, küçük boyutlarda ana toprak ya da ana kayaya ulaşacak derinliğe değin çukurlar açılır. Bu tür deneme çukurlarına *“sondaj çukuru”*, bu tür kazılara da *“sondaj kazısı”* denmektedir<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> “Arkeoloji Bilimi. Tanım, Çalışma Alanı ve Yöntemleri, Temel Kavramları”, ([https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/6888/mod\\_resource/content/2/Konu%202.pdf](https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/6888/mod_resource/content/2/Konu%202.pdf), Erişim Tarihi: 06.06.2021).

Bu temel açıklamaların ardından çalışma konumuz suç tipinin kanuni düzenlemesine bakacak olursak; bu suç 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun "*İzinsiz Araştırma, Kazı ve Sondaj Yapanlar*" başlığı altında 74. maddenin birinci fıkrasında düzenlendiği görülmektedir. Madde başlığında her ne kadar "*izinsiz araştırma*" gibi bir kavram tercih edilmiş olsa da izinsiz araştırma fiili 2008 yılında 5278 sayılı Kanun'un 416. maddesi ile<sup>3</sup> yapılan değişiklik sonrası suç olmaktan çıkarıldığı için kanun hükmünün başlığının yeniden düzenlenmesi gerekmektedir<sup>4</sup>. Nitekim doktrinde hükmün başlığının "*İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapanlar ve İzinsiz Define Araştıranlar*" şeklinde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

Ayrıca kanun hükmüne bakıldığında kazı ve sondaj fiillerinin "ve" bağlacı kullanılarak suçun oluşması için beraber aranması gerektiği izlenimi doğsa da burada anlaşılması gereken bu fiillerden birinin tipiklik için yeterli olduğunu ifade etmek gerekir. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucu hükmün başlığında "ve" bağlacı yerine "veya" bağlacı kullanmalıydı<sup>6</sup>.

Çalışma konusu suç tipi her ne kadar uygulamada "*Definencilik Suçu*" veyahut "*Tarihi Eser Kaçakçılığı*" gibi tabirler ile anılsa da bu kavramlar suçun unsurlarını tam olarak karşılayamadığı için kanaatimizce isabetsizdir.

Yine doktrinde kanun hükmünün başlığı ile içeriğinin sistematik olarak uyuşmaması eleştirilmektedir. Kanun hükmünün başlığına bakıldığında önce izinsiz define araştırma daha sonra izinsiz kazı ve sondaj fiilleri cezalandırılmaktadır. Oysa kanun hükmünün içeriğine bakıldığında tam tersi bir sistematik izlendiği görülmektedir. Araştırmak fiili kazı veya sondaj yapma fiillerinin bir nevi ön şartı niteliğinde olduğu için kanun sistematığının de başlığa göre düzenlemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>7</sup>.

Son olarak bu suçun oluşması için kanun koyucu kazı veya sondaj işleminin "*izinsiz*" yapılması koşulunu aramaktadır. Burada izin kavramın-

<sup>3</sup> Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Sayı: 26781, 8 Şubat 2008.

<sup>4</sup> **Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 287.

<sup>5</sup> **Sancakdar**, Oğuz/**Yağcı**, Pınar/**Taşyıldız**, Şükür/**Çırak**, Ezgi: Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 982.

<sup>6</sup> Aynı yönde bakınız: **Kanadoğlu**, Sabih: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 507; **Köken**, Enes: Kültür&Tabiat Varlığı/ Define Kavramları ile İzinsiz Araştırma, Kazı ve Sondaj Yapmak Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 54.

<sup>7</sup> **Köken**, s. 44.

dan ne anlamamız gerektiği noktasında yol gösterici hükümler 2863 sayılı Kanun'un 35, 36 ve 37. maddeleridir.

Kanun koyucu "*Araştırma, Sondaj ve Kazı İzni*" başlıklı 35. maddede izne ilişkin koşulları açıklamıştır. Bu hüküm gereği 2863 sayılı Kanun'a tabi, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere, araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkı, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığı'na aittir. Bilimsel ve mali yeterliği Kültür ve Turizm Bakanlığı'na takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından; sondaj ve kazı yapma izni Cumhurbaşkanlığı kararı ile verilir, Kültür ve Turizm Bakanlığı elemanları veya bu Bakanlıkça görevlendirilecek Türk bilim adamları tarafından yapılacak araştırma, sondaj ve kazılar ise Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Askeri yasak bölgelerde yapılacak araştırma, sondaj ve kazı için gerekli ruhsatname, Genelkurmay Başkanlığının iznini müteakip, sözü geçen heyet ve kurumların göstereceği uzmanlar adına düzenlenir. Kültür ve Turizm Bakanlığınca haklı görülebilecek sebep olmadıkça heyet ve kurumlar ruhsatnamedeki üyelerini değiştiremezler<sup>8</sup>.

Hükümde dikkat çeken en temel husus gerçek kişilere kazı ve sondaj için izin verilmemesi ve verilecek izne Kültür ve Tabiat Varlıklarıyla İlgili Olarak Yapılacak Araştırma, Sondaj ve Kazılar Hakkında Yönetmelik ile kurumsal bir yapı kazandırılmış olmasıdır. Bunun altında yatan neden sondaj ve kazı çalışmasının toprak veyahut su altında bulunan kültür ve tabiat varlıklarının zarar verme riskidir<sup>9</sup>. Ayrıca hüküm gereği su altında korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu bölgeler ise Cumhurbaşkanlığı kararı ile tespit edilerek ve yayımlanır. Bu bölgelerde, sportif amaçlı dalış yapmak yasaktır, ikinci fıkra hükümlerine göre izin almak şartıyla araştırma ve kazı yapılabilir.

Kanun'un 36. maddesinde ise; maliklerin mülkleri içinde yapılacak kazılara ilişkin ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Taşınmaz kültür varlığı sahiplerinin kendi mülkleri içinde kültür varlığı aramak maksadı ile araştırma, sondaj ve kazı yapmaları da 2863 Sayılı Kanun'un 35 ve 41 inci maddeleri hükümlerine tabidir. Hükümde görüleceği üzere kişilerin maliki olduğu arazide dahi kazı veya sondaj yapılabilmesi için kanun koyucu bir izin usulü öngörmüştür. Burada kişinin kendi arazisinde sınırsız bir tasarrufu olduğunu

<sup>8</sup> **Sancakdar**, Oğuz: Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım), Güncellenmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 191.

<sup>9</sup> **Çolak**, Nusret İlker: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 767.

düşünüp izinsiz bir kazı veya sondaj yapması halinde nasıl bir değerlendirme yapılacağına ilişkin hata başlığında ayrıca değinilecektir.

Kanunun 37. maddesinde ise kazı izninde izlenecek usul düzenlenmiştir. Hüküm gereğince; aynı kazı heyetine veya şahsa, aynı süre içinde Kültür ve Turizm Bakanlığınca yapılan kurtarma kazıları dışında, birden fazla yerde kazı ve sondaj izni verilemeyecektir. İzin verilmesi, araştırma, sondaj ve kazının yapılması, elde edilecek kültür ve tabiat varlıklarının muhafaza şartları, bu eserler üzerinde araştırma, sondaj ve kazı sahiplerine tanınacak diğer haklar bir yönetmelikte tespit olunacaktır. Ayrıca Bakanlık tarafından verilen kazı ve sondaj izni ve ruhsatnamenin süresi altı ay olup bu süre içerisinde başlanılmayan kazı ve sondaj izinleri ve ruhsatları hükümsüz sayılmaktadır<sup>10</sup>.

## II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suçla korunan hukuki değerın karma bir niteliğe sahip olduğunu ifade etmek gerekir. Çünkü bu suç tipiyle kültür varlıklarının izinsiz sergilenmesi, yok edilmesi, kazı veya sondaj esnasında tahrip edilmesi, kirletilmesi gibi istenmeyen sonuçların da önü açılmış olmaktadır. Örneğin; izinsiz yapılan kazı neticesinde elde edilen kültür varlığının yurtdışına kaçırılabilir ve bu şekilde kayıt dışı bir para akışı da sağlanabilir. Bu nedenle bu suç tipiyle öncelikle kültür varlıklarının korunması hedeflenirken bir yandan kamu ekonomisi de korunmaktadır<sup>11</sup>. Aynı zamanda bu istenmeyen sonuçların önüne geçirilerek kültür ve tabiat varlıklarının gelecek nesillere aktarımı da sağlanmakta ve devletin denetim ve gözetim yükümlülüğü yerine getirilmektedir<sup>12</sup>.

## III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

### A. Suçun Hukuki Konusu

Bu suç tipi bakımından klasik anlamda hukuki bir konudan söz edilemez. Suçun üzerinde gerçekleştiği somut bir eşya veyahut varlık söz konusu olmayıp suçun üzerinde gerçekleştiği varlık suçun işlendiği yer ile iç içe geçmiştir. Dolayısıyla artık bir konudan ziyade mekandan söz edilebilir<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Eröksüz, Can: Arkeolojik Sit Alanları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 125; Çolak, s. 769-770.

<sup>11</sup> Köken, s. 44-45; Kanadoğlu, s. 508.

<sup>12</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 983.

<sup>13</sup> Köken, s. 45; Katoğlu, s. 287-288.

### B. Fail - Mağdur

Kanun koyucu bu suç tipinin faili bakımından özellikli bir hal aramadığı için bu suçun faili herkes olabilecektir<sup>14</sup>. Bununla birlikte doktrinde bu suçun failinin kamu görevlisi olmasının (Kültür Bakanlığı Personeli, kolluk kuvveti gibi.) ağırlaştırıcı bir nitelik hal olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Bu suçun mağduru ise yukarıda suçla korunan hukuki değer bölümünde yapılan açıklamalar nedeniyle kamu yani toplumdur<sup>16</sup>.

### C. Eylem

Bu suç tipinin oluşabilmesi için failin izin almadan kazı veya sondaj yapması gerekmektedir. Kanuni düzenlemede de görüleceği üzere kanun koyucu suçun oluşması için birbirinden bağımsız birden fazla hareket düzenlemiştir. Suçun oluşması için düzenlenen hareketlerden birinin icra edilmesi yeterli olduğu için bu suç seçimlik hareketli bir suçtur<sup>17</sup>. Bu suç tipinde netice hareket ile bitişik olup zaman ve yer olarak netice hareketten ayrılamamaktadır. Bir başka deyişle hareketin yapılmasıyla suç oluşmaktadır<sup>18</sup>. Kanun hükmüne baktığımızda failin izinsiz kazı veya sondaj işlemi yapması ile suç tamamlanmış olacak olup ayrıca kültür varlığının bulunması netice olarak aranmamaktadır<sup>19</sup>. Bu nedenle neticesi hareketle birleşik bir suçtur. Bu ayrım teşebbüs bakımından önem arz etmekte olup bu hususa teşebbüs başlığında ayrıca dönülecektir.

<sup>14</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 983, Katoğlu, s. 288; Artuç, Mustafa: Özel Ceza Yasaları Pratik Kitap, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 983.

<sup>15</sup> Köken, s. 45.

<sup>16</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 983, Köken, s. 46; Katoğlu, s. 212-213.

<sup>17</sup> Köken, s. 56-57.

<sup>18</sup> Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 228.

<sup>19</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 984, Katoğlu, s. 289; Günay, s. 166; Artuç, s. 983; Köken, s. 58-59; Kanadoğlu, s. 507; Yağcı/Taş/Kılıç, s. 523.

*“Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek suç tarihinde 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğine haiz bulunmayan Konya İli, Ereğli İlçesi, ... Köyü, ... Mevkiinde ki arazide yaklaşık 50 metre çapında bir alan içerisinde 11 ayrı yerde, 20 cm derinliğinde ve 40 cm çapında çukurlar kazmaktan ibaret eylemleri, 5728 sayılı Kanun ile değişmeden önceki 2863 sayılı Kanunun 74/2. cümlede belirtilen suçu, değişiklik sonrası ise 2863 sayılı Kanunun 74/1-2. cümlesine temas eden suçu oluşturduğu ve eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeksizin, 5728 sayılı Kanun ile 2863 sayılı Kanunun 74/1 maddesinde yapılan değişiklik ile define arama yapmanın suç olmaktan çıkarıldığı kanaatiyle, sanıkların atılı suçlardan beraatlerine karar verilmesi...”*, Yarg. 12. CD., E. 2013/25522, K. 2014/1265, T. 22.1.2014, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi:18.04.2021).



Suçun hukuki konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesinin netice kabulü için yeterli olduğu suçlara tehlike suçları denir. Tehlike suçlarında suçun hukuki değerinden gerçekten zarara uğramış olması aranmamaktadır<sup>20</sup>. Tehlike suçları somut ve soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçları; hareket neticesinde suçla korunan hukuki değer somut bir şekilde tehlike ile karşı karşıya kalmakta, fiil tehlikeyi doğurmaya elverişli ve uygun olmakla birlikte zarar neticesi meydana gelmemektedir. Soyut tehlike suçlarında ise; suçun hukuki konusunun tehlikeye sokulmuş olması önem arz etmez. Hareketin yapılması ile tehlikenin ortaya çıktığı kabul edilir<sup>21</sup>. Çalışma konusu suç tipine bakacak olursak failin izinsiz kazı ya da sondaj hareketlerinden birini yapması başlı başına suçun hukuki konusu bakımından bir tehlike yarattığı ve zarar neticesi bu suç bakımından aranmadığı için bir soyut tehlike suçu niteliğindedir.

Burada fiil bakımından kazılan alanın sit alanı veyahut korunması gerekli başka bir yer olup olmaması önem arz etmemektedir. Bir başka deyişle burada ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Eğer KTVKK m. 74/1-1'den söz ediyorsak kazılan veya sondaj yapılan yerin; sit alanı, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescilli bir yer, 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereği korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarından biri olması gerekmektedir<sup>22</sup>. Bu sayılanlar dışındaki olasılıklar bakımından artık 74. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.*" hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Burada birinci fıkranın birinci cümlesine giren özellikli alanların tespitinde bir tereddüt var ise mutlaka bilirkişi vasıtasıyla bir tespit yapılacak buna karşın şüphe devam ediyor ve alanın tespitinde bir netlik sağlanamıyor ise şüpheden sanık yararlanacaktır<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 229.

<sup>21</sup> **Doğan**, Koray: "Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu", TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16 Ocak 2014, s. 180-182; **Ersoy**, Uğur: "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41 Ocak 2020, s. 44.

<sup>22</sup> **Günay**, Erhan: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 165.

<sup>23</sup> "... İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlilerince yapılan devriye görevi esnasında,... ilçesi, ...mahallesinde bulunan ... Mezarlığında sanıklar ... ve ... ile haklarında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı temyiz incelemesine gelmeyen ... ve ...'ın kazma, kürek gibi suç aletleriyle, izinsiz kazı yaptıkları esnada kolluk görevlilerince yakalandıkları, sanıkların verdikleri ifadelerinde, mezarlıkta altın gömülü olduğunu duymaları

nedeniyle kazı yapmaya karar verdiklerini ve kazı esnasında da yakalandıklarını ikrar ettikleri, olay yerinde yapılan incelemede, **1 metre çapında ve 1,5 metre derinliğinde kazının yapılmış olduğunun tespit edildiği**, tüm dosya kapsamından sanıkların kültür varlığı bulabilmek amacıyla, fikir ve eylem birliği ile izinsiz kazı yaptıkları ve eylemlerinin sabit olduğu anlaşılmakla,

**Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıkların, eksik inceleme ile karar verildiğine ilişkin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;**

**1-Olay yerinde yapılan keşiften sonra arkeolog bilirkişi tarafından düzenlenen 22/01/2014 tarihli raporda; kazı mahallinde, 2863 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek korunması gerekli taşınır veya taşınmaz kültür varlığına rastlanmadığının ve kazı yerinin sit alanı ilan edilmiş bir bölge içerisinde de yer almadığının belirtilmesi karşısında, sanıklar hakkında aynı Kanununun 74/1-1. cümlesine göre tayin edilen temel cezadan, 74/1-2. cümlesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...**", Yarg. 12. CD., 2015/1688 E., 2016/4838 K., T. 23.03.2016, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

**"Kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı fiilinin gerçekleştirildiği 98 parselin, ...kararı ile, tescilli kaya mezarı dışında herhangi bir korunması gerekli kültür varlığına rastlanmadığından, kaya mezarının korunma alanının 99 parsel ile sınırlı şekilde belirlendiği, yine aynı dosyada bulunan Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü'nün 21/05/2015 tarihli cevabi yazısında, Yazıtlı Kaya korunma alanını gösterir karar eki koordinat listeli onaylı kroki ile kaçak kazının yapıldığı noktayı gösterir kroki çakıştırıldığında, kaçak kazı yerinin, korunma alanı sınırları dışında kaldığı sonucuna varılacağı belirtiltiği, incelenen dosya içerisinde mevcut bilirkişi raporları ile de, kazı yapılan alanın, 2863 sayılı Kanun kapsamına girmediğinin tespit edildiği anlaşılmakla; sanıklar hakkında anılan Kanununun 74/1-1. cümlesi uyarınca teşdiden tayin edilen temel cezada, 74/1-2. cümlesi uyarınca indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme ile sanıklara fazla ceza tayini..."**, Yarg. 12. CD., 2016/10684 E., 2017/7131 K., 05.10.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

**"Davaya konu yerde arkeolog ve üniversitelerin sanat tarihi bölümlerinde görevli öğretim üyelerinin de yer aldığı tarafsız bilirkişi heyeti marifetiyle keşif yapılarak, kazı yapılan yerin sit alanı ya da 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında kaldığının tespiti halinde anılan Kanununun 74/1. maddesi gereğince temel ceza tayin edilmesi; sit alanında ya da 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında bir yer olmadığının belirlenmesi durumunda ise, 74/1-2. cümle gereğince temel cezada indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin, eksik inceleme ile temel cezada indirim yapılması..."**, Yarg. 12. CD., 2016/5175 E., 2017/493 K., 19.01.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

**"Dairemizin 2015/3402 - 2016/8856 sayılı dosyasının Uypa ortamında incelenmesi sonucu, Çanakkale Cumhuriyet Başsavcılığınca, 2013/648 sayılı dosya üzerinden 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçuna ilişkin olarak yürütülen soruşturma kapsamında, Çanakkale 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22/01/2013 tarih, 2013/56 değişik iş ve 18/02/2013 tarih, 2013/118 değişik iş sayılı kararları ile sanık ...'ın ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ...'nin iletişimlerinin tespitine, dinlenme-**

Nitekim Yargıtay kazı yapılan yerin sit alanı dışında veya koruma alanı dışında kalmasının suçun maddi unsurlarının oluşmayacağı anlamına gelmediğini ve artık birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan indirim sebebinin uygulanacağını ifade etmektedir<sup>24</sup>.

*sine, kayda alınmasına, izlenmesine ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verildiği görülmüş ise de;*

*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenen "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" tedbiri uygulanarak elde edilen delillerin, maddi yan delillerle desteklenmesinde zorunluluk bulunduğu, Yarg. Ceza Genel Kurulu'nun 10/12/1990 tarih, 1990/6-257 Esas, 1990/335 Karar ve 09/11/2010 tarih, 2010/8-134 Esas, 2010/217 Karar sayılı ilamlarında da vurgulandığı üzere, tek başına suçun nitelendirilmesine ilişkin yeterli bilgiyi içermeyen iletişimin tespiti tutanakları dışında delil elde edilememesi halinde, suçun sübuta erdiğinin kabul olunamayacağı, diğer yandan, mahkeme huzurundaki ikrarın dahi yan delillerle desteklenmediği sürece kesin kanıt olarak değerlendirilemeyeceği muhakkak iken, iletişim kayıtlarındaki ikrarın, suçun işlendiği hususunda tek başına delil olamayacağının evleviyetle kabulü gerektiği, bu bakımdan, "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" tedbiri ile ulaşılan soyut verilerin yanı sıra, somut ve maddi delillerin varlığı halinde suçun sübut bulunduğu; aksi takdirde, mahkumiyet hükmünün dayanağı olan kesin ve açık bir ispattan söz edilemeyeceğinden, "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereği suçun sübuta ermediği sonucuna varılacağı; Bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde; 21/07/2013 tarihli iddianame ile sanıklar hakkında, "kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma" suçunu işledikleri iddia edilerek, 2863 sayılı Kanununun 74/1. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle dava açıldığı, bununla birlikte, 14/02/2013 tarihinde ele geçirilen 1 adet mermer adak steli ve 1 adet bronz sikkenin dava konusu edilmediği anlaşılmakla; öncelikle, bahse konu varlıkların ele geçirildiği 14/02/2013 tarihli olay ile ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulup, dava açılması halinde incelenen dosya ile birleştirilmesine karar verilmesi, daha sonra, sanıkların Bayramiç ilçesinde nerede, ne zaman, kim ya da kimlerle kazı yaptıklarının, kazı yapılan yer veya yerlerin sit alanı ya da 2863 sayılı Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olup olmadığının somut şekilde belirlenmesi, yukarıda sözü edilen 1 adet mermer adak steli ve 1 adet bronz sikke üzerinde üniversitelerin arkeoloji ve sanat tarihi kürsülerine mensup öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak, korunması gerekli kültür varlığı olup olmadıklarının saptanması, Çanakkale Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2013/648 sayılı soruşturma dosyası kapsamında, 5271 sayılı CMK'nın 135 ve 140. maddeleri uyarınca verilen tüm kararların dosya içerisine alınması, toplanan delillerin, sözü edilen kanun maddeleri ile bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucu ulaşılabilecek kanaate göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerektiği gözetilmeksizin, "ileri teknoloji dedektörler kullanmak suretiyle tarihi yerleşim yerlerinde arkeolojik eser bulabilmek için kazı yaptıkları" şeklindeki soyut ve yetersiz gerekçe ile "kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma" suçundan sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesi...", Yarg. 12. CD., 2015/10714 E., 2017/888 K., 08.02.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

<sup>24</sup>

*"Kültür varlığı bulmak amacıyla "izinsiz kazı yapma" fiilinin her durumda suç oluştur- ran bir eylem olduğu, ancak, kazı mahallinin niteliğine göre uygulama yapılması gerek-*

tiği, bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde, sanıklar S., L. ve C.'in, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, kültür varlıkları bulmak amacıyla, yaklaşık 70 - 80 cm derinliğinde kazı yaptıkları, sanık N.'in de amaçlarını bildiği sanıkları aracı ile kazı mahalline götürdüğü, Antalya Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğünce gönderilen 12.1.2012 tarihli cevabi yazıya göre, mahallinde yapılan inceleme sonucu, suça konu kazı alanının, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'nun 7.3.1985 tarih ve 741 Sayılı kararı ile tescilli 1. derece arkeolojik sit alanı içerisinde kaldırıldığının belirlendiği anlaşılmakta; -sanıkların eylemlerinin 2863 Sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi kapsamında kaldığı, "yardım eden" sıfatıyla suça iştirak eden sanık N. hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 39/1 maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeksizin, olay yerinin sit alanı dışında kalması sebebiyle atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat hükmü tesisi hatalıdır.", Yarg. 12. CD., E. 2014/13647, K. 2015/9207, T. 28.5.2015, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

"5728 sayılı Kanun ile değişik 2863 sayılı Kanununun 74/2. maddesinde düzenlenen izinsiz araştırma yapma suçu ile 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtilen kültür ve tabiat varlıklarında, bunların koruma alanlarında, tespit ve tescil edilmiş sit alanlarında araziye fiziki müdahale teşkil etmeyen toprak üstünde veya su altında kültür ve tabiat varlıklarının araştırılmasına yönelik eylemlerin yaptırım altına alındığı, somut olayda ise sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğine haiz olmayan B... ili, M..., S... köyü, G... Mevkinde kültür varlığı bulmak amacıyla, kazma kürek vasıtasıyla 4.20x2.10 m. genişliğinde, 3.40 m. derinliğinde çukur kazdıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminin 2863 sayılı Kanun'un 74/1-2. cümlesinde düzenlenen suçu oluşturacağı gözetilmeksizin, yargulamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması...", Yarg. 12. CD., E. 2013/26727, K. 2014/22528, T. 12.11.2014, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

"Bu çerçevede somut olay değerlendirildiğinde; kolluk kuvvetlerine, ... isimli şahsın, kendi evinin bahçesinde define aramak için kazı yaptığı ihbarında bulunulması üzerine, Ardahan Sulh Ceza Mahkemesinin 14/01/2013 tarihli, 2013/25 değişik iş sayılı ve 15/01/2013 tarihli, 2013/28 değişik iş sayılı kararlarına istinaden adı geçen sanığın evinde ve bahçesinde arama yapıldığı, arama sonucunda, evin içinden geçilerek girilen ahır bölümünde, duvar dibinde, yaklaşık 2 x 2 metre çapında, 1.5 metre derinliğinde ve evin bahçesinde, duvara bitişik vaziyette, yaklaşık 4 x 3 metre çapında, 4 metre derinliğinde kazı çukurları bulunduğu, sanıkların aşamalarda savunmalarında, bahse konu evin bahçesinde, üzerinde haç işareti olan bir taş görerek, "orada bir şeyler vardır" düşüncesiyle önce ahırdan başlamak suretiyle kazdıklarını, önlerine duvar çıkınca kazıya dışarıdan devam ettiklerini, ancak herhangi bir şey bulamadıklarını beyan ettikleri, tüm dosya kapsamının birlikte değerlendirilmesi ile, sanıkların, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yaptıklarının sabit olduğu anlaşılmakta; olay yerinde keşif icra edilerek, kazı mahallinin, 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli niteliği haiz bir yer olup olmadığına tereddütsüz şekilde belirlenmesi, sonucuna göre, anılan özelliği taşıyan bir yerde kazı yapılmış olması halinde, aynı Kanununun 74/1-1. cümlesi; aksi takdirde, 74/1-1. cümlesinin yanı sıra 74/1-2. cümlesi uyarınca mahkumiyet hükmü tesisi gerektiği gözetilmeksizin, eksik araştırma ve "kazı yapılan yerin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında bulunmadığı" şeklindeki hatalı

Buraya kadar eylem ile ilgili yapılan açıklamaların ardından uygulamada hükümde yer alan seçimlik hareketlerin nasıl gerçekleştiğine değinmek suç tipinin anlaşılması bakımından büyük kolaylık sağlayacaktır.

Burada önem arz eden ilk husus suçun oluşması için gerekli filleri faillerin bir iş makinası, halat, dinamit<sup>25</sup> veya hilti (kablolu kırıcı) kullanarak icra etmesi halidir. Kanun koyucu bu hallerde de işlenen suç için aynı cezayı

---

*gereğe ile beraat kararı verilmesi...*”, Yarg. 12. CD., 2015/13282 E., 2017/5204 K., 15.06.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

“Her ne kadar sanık ... temyiz dışı sanıklar tarafından kazı yapılan alan sit alanı olarak tescilli değil ise de; kolluk tutanağı içeriğine göre eski mezarlık olduğu, mahallinde icra edilen keşif neticesinde alınan arkeolog bilirkişi raporunda; dava konusu alanda mezar bulunduğu, çevresinde antik yerleşim izleri bulunduğu, kaçak kazı çukuru ile mezar yapısı arasında 7-8 metre mesafe bulunduğu ve arkeolojik değer arz eden yerlerden olduğunun tespit edilmesi karşısında, **dava konusu alanın 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz eski mezarlık olduğu anlaşılmalı, mahkemece 2863 sayılı Kanununun 74/1-2. cümlesi gereğince indirim hükümlerinin uygulanmamasında bir isabetsizlik görülmediğinden**, tebliğnamedeki II nolu bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.”, Yarg. 12. CD., 2019/12117 E., 2019/12025 K., 19.12.2019, (<https://karararama.Yarg.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“Dosya kapsamı itibariyle, sanıkların, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, İzmir 2 Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 30/11/1989 gün, 1442 sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edilen sınırlar dahilinde yer alan Bergama ilçesi, ... beldesi, İskele mahallesi, ... mevkinde bulunan arazide ...'nden kalma bir mezarlıkta kazı yaparak, atılı suçu işledikleri anlaşılmalı,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanıklar ..., ... ve ... müdafinin, bilirkişi raporunun hüküm kurmak için yeterli olmadığına, sanıkların beyanlarının aksine mahkumiyetleri için yeterli bulunmadığına ve lehe hükümlerin uygulanmadığına, sanıklar ... ve ... müdafinin, kararın usul ve ya-saya aykırı olduğuna ilişkin temyiz itirazlarının reddine...”, Yarg. 12. CD., 2014/2885 E., 2014/25909 K., 17.12.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

<sup>25</sup> “Sanıkların, dosya kapsamında mevcut 08/05/2012 tarihli bilirkişi raporuna göre korunması gerekli taşınır kültür varlığı niteliğini haiz kayayı, içinde altın bulunduğu düşüncesiyle patlatmak üzere, üç farklı yerinden 30, 30 ve 32 cm derinliklerinde delip, yine dosya içerisindeki 29/01/2009 tarihli ekspertiz raporunda “önemsiz tür ve miktarda” olduğu belirtilen sodyum klorat ve şeker karışımı el yapısı patlayıcı madde ile doldurarak, kablolarla bağladıkları jeneratörü kullanmak suretiyle patlatacakları sırada kolluk kuvvetlerince yakalanmaları karşısında, 2863 sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi ve 5237 sayılı TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı nitelendirme ile “izinsiz define araştırma” suçundan hüküm tesisi...”, Yarg. 12. CD., 2017/3504 E., 2019/8716 K., 12.09.2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

öngördüğü için özellikli bir hal olarak kabul edilemeyecektir. Nitekim uygulamada da genellikle bir araç vasıtasıyla suça konu fiilin işlendiği görülmektedir. Fakat doktrinde bu gibi hallerde artık hakimin cezaı tayin ederken üst sınırdan ceza tayini yapması gerektiği ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

Yine uygulamada bu suç bakımından hukuka aykırı fiil tespit edilirken 74. maddenin ikinci fıkrasında yer alan izinsiz define arama suçu bakımından ayrıma dikkat edilmesi gerekmektedir. Burada fıkralar arasındaki temel ayrım noktası sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde kazı eylemi olmaksızın, yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapılması halinde ikinci fıkra uygulanacaktır<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Köken, s. 55-57.

<sup>27</sup> “Sanıkların zeytinlik alan içerisinde yaklaşık 5 m çapında, 3-3.5 m derinliğinde çukur açmak suretiyle izinsiz kazı yaptıkları anlaşılma; eylemin “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunu oluşturduğu, “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için, sanıkların sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde kazı eylemi olmaksızın, yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapmış olmaları gerektiği, bu bakımdan, “kültür varlığı” ya da “define” bulmak kastı ile hareket edilmesinin anılan suçları birbirinden ayırmada esas alınacak bir kriter olmayıp, kazı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun bu noktada belirleyici olduğu, sanıklar hakkında 2863 sayılı Kanunun 74/1-1. cümlesine göre tayin edilecek temel cezadan, aynı maddenin 2. cümlesi uyarınca indirim yapılarak hüküm tesisi gerektiği gözetilmeksizin, “sanıkların taşınmaz kültür varlığı değil, define aramak amacıyla kazı yaptıkları” şeklindeki hatalı değerlendirme ile “izinsiz define araştırmak” suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi hukuka aykırıdır.”, Yarg. 12. CD., E. 2013/8810, K. 2013/23493, T. 11.10.2013, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

“2863 Sayılı Kanun’un 74/2. maddesinde düzenlenen “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için, anılan Kanunun 6. maddesi kapsamında kalan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında, bunların korunma alanlarında veya sit alanlarında, araziye fiziki müdahale teşkil etmeyen yüzeysel araştırma faaliyetlerinde bulunulması gerektiği, buna karşılık, eylemin yüzeysel araştırma boyutunu aşarak kazı boyutuna ulaşması halinde, 2863 Sayılı Kanun’un 74/1. maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunun olduğundan söz edileceği, kazı yapılan yer sit alanı veya anılan Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer ise, 2863 Sayılı Kanun’un 74/1-1. cümlesinin, belirtilen niteliği haiz bir yer değilse, ayrıca aynı Kanunun 74/1-2. cümlesinin uygulama alanı bulacağı, dolayısıyla, gerek “izinsiz define araştırma” gerekse “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçları bakımından olay yerinde keşif icra edilerek, suçun unsurlarının ve bu kapsamda olay yerinin sit alanı veya 2863 Sayılı Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olup olmadığının tespitinde zorunluluk bulunduğu değerlendirilerek yapılan incelemede...”, Yarg. 12. CD., E. 2015/15102, K. 2017/7843, T. 24.10.2017, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.2021).

#### D. Suça Etki Eden Haller

Bu suç bakımından kanun koyucu 74. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya 2863 sayılı Kanun'a göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte bir oranında indirileceğini düzenleyerek özellikli bir hal getirmiştir<sup>28</sup>.

#### IV. HUKUKA AYKIRILIK

Kanun koyucu bu suç tipi bakımından özel olarak herhangi bir hukuka uygunluk sebebi düzenlememiştir. Genel hükümlerde yer alan hukuka uy-

<sup>28</sup> “Eskişehir Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 05/06/2013 tarih ve 1501 Sayılı kararı ile 1. ve 2. derece arkeolojik sit alanı olarak tescilli Hakimtepe Frig Kale ve Yerleşimi'nde izinsiz kazı yaptıkları iddiasıyla sanıklar hakkında açılan davada, sanıkların savunmalarında atılı suçlamayı kabul etmedikleri, tanığın aşamalarda tutarlı beyanlarında, sanıkları köylüleri olması sebebiyle tanıdığını aralarında husumet bulunmadığını, olay günü Büyükkale olarak adlandırılan mevkide avlanmak için bulunduğu sırada sanıklar ile tanımadığı bir şahsı kazma ve küreklele gördüğünü, sanıkların kazı yaptıklarını, sanıklardan birinin kazı çukurunun içinde olduğunu, yanlarına gitmek istediğinde sanığın eliyle işaret yaparak kendisine “gelme, hemen uzaklaş” dediğini beyan ettiği, kolluk kuvvetleri tarafından tanzim edilen 08/07/2013 tarihli tutanak içeriğinde, telefon ile aranan sanığın kazıyı diğer sanıklar ve Ankara ili, Ayaş ilçesinden bir kişi ile birlikte yaptıklarını, kazı yapmak için köye kendisine ait araç ile geldiklerini beyan ettiğinin belirtildiği, tüm dosya kapsamında sanıklar ile arasında husumet bulunmadığına dair herhangi bir bilgi bulunmayan tanığın beyanlarına itibar edilerek, sanıkların izinsiz kazı yapmak suçundan mahkumiyetlerine dair hüküm tesis edilip, bölgede yapılan tüm kazıların kolluk kuvvetleri tarafından kapatılması karşısında, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek, **2863 Sayılı Kanun'un 74/1-2. cümlesi gereğince temel cezadan indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ve hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırı olup...**”, Yarg. 12. CD., E. 2015/15454, K. 2017/8264, T. 2.11.2017, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

“2863 sayılı Kanun'un 74/1. maddesinde yer alan “Kültür varlıkları bulmak amacıyla, izinsiz olarak kazı veya sondaj yapan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, dosya kapsamına göre, sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla, davaya konu yerde izinsiz kazı yaptıkları şeklinde gerçekleşen olayda, davaya konu yerin sit alanı kapsamında bulunmadığının tespit edilmiş olması ve ayrıca bu yerin 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli bir yer olduğuna dair bir iddianın da olmaması karşısında, temel ceza tayin edildikten sonra 2863 sayılı Kanun'un 74/1-2. cümlesi gereğince indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...”, Yarg. 12. CD., E. 2016/778, K. 2016/3651, T. 9.3.2016, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.2021).

gunluk sebepleri geçerli olmakla birlikte uygulamada bir hukuka uygunluk sebebinin ortaya çıkma olasılığı güçtür.

## V. MANEVİ UNSUR

### A. Genel Olarak

Kural olarak ceza hukukunda failin cezalandırılabilmesi için genel kast yeterlidir. Bununla birlikte bazı hallerde failin cezalandırılabilmesi için belirli bir saik ile hareket etmesi aranmaktadır. Bu hallerde kanun koyucu bu amacı ya da saiki hukuki düzenlemede açıkça belirtir<sup>29</sup>. Nitekim bu suç tipi bakımından kanuni düzenleme bakımından failin kültür varlıklarını bulmak amacı ile hareket etmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce kanun koyucu suç düzenlemesinde özellikle “Kültür varlıkları bulmak amacıyla” ibaresine yer verdiği için bu suç bakımından özel kast aranmakta olup genel kast ile işlenmesi yeterli olmayacak ve bu nedenle olası kast ile işlenmesi de mümkün olmayacaktır<sup>30</sup>. Nitekim yukarıda kavram açıklamalarında detaylı bir şekilde değinildiği üzere fail bittabi sondaj ya da kazı işlemini petrol, doğalgaz, maden, su<sup>31</sup> veya jeotermal

<sup>29</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 265.

<sup>30</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 985, Köken, s. 58.

<sup>31</sup> “Kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yaptığı iddia olunan sanığın soruşturma aşamasında kolluk kuvvetlerine verdiği ifadede; müşterek tapulu arazisini bahçe olarak değerlendirmek üzere su çıkabileceğini tahmin ettiği bölgede iş makinesi ile kazı yaptığını, 5 metre derinliğe ulaşıldığında kuracağı bahçe için yeteri kadar suyu çıkaracağını, tapulu taşınmazında su çıkarmaktan başka bir amaç ile hareket etmediğini söylediği, kovuşturma aşamasındaki savunmasında ise; mülkiyetinde olan arazilerin imara açılacağını ve o bölgede yeni bir üniversite binası inşa edileceğini öğrenince sosyal tesis yapmak istediğini, bunun için de tesisi yapmayı düşündüğü yerde su olup olmadığını bilmesi gerektiğini, belediyeden aldığı sözlü izne istinaden tapulu taşınmazında su bulmak amacıyla kazı yaptırdığını beyan ettiği, sanık tarafından aşamalarda verilen ifadeler karşılaştırıldığında; su çıkarmak için bahse konu eylemi gerçekleştirdiği hususunda tutarlılık bulunmakla birlikte, suyun hangi amaçla çıkarılmak istendiğinin çelişkili beyanlarla açıklandığı, diğer yandan, olay yerini inceleyen müze uzmanlarınca düzenlenen 15/06/2011 tarihli raporda; inceleme yapılan taşınmazlar üzerinde biri 3 x 7 metre ebadında, 2 metre derinliğinde, diğeri 5 x 10 metre ebadında, 3 metre derinliğinde olmak üzere iki adet kazı çukuru bulunduğu, çukurların, 04/10/2010 tarihli yazı eki rapor ile tespiti yapılan iki adet kaya mezarına yaklaşık 20 metre mesafede olduğunun, açılan birinci kazı çukurunda, 70 x 40 x 120 cm ölçülerinde bir yapıya ait olduğu düşünülen blok taş; ikinci kazı çukurunda ise ana kaya oyularak yapılmış, halen içinde toprak dolgusu olan kemerli bir çeşme yapısı ortaya çıkartıldığının, sözü edilen çeşme yapısının 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz olduğunun belirtildiği, yine olay yerindeki keşfe katılan arkeolog bilirkişi tarafından da, kazı mahallinin korunması



kaynakları aramak için veya kuyu kazmak, tarımsal verimlilik sağlamak<sup>32</sup>, çeşme/sulama havuzu<sup>33</sup> yapmak gibi nedenlerle de yapılabilir. Bu suç tipinin

gerekli nitelik taşıdığıının belirlendiği, **tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, su bulmak amacıyla yapılacak faaliyetin de belirli bir yöntem ile gerçekleştirilmesi gerektiği, önceden tespit edilen kaya mezarlarına yaklaşık 20 metre mesafede iş makinesi ile metrelerce kazı yapılmasının, su bulma amacına hizmet etmekten uzak olduğu,** kazı çukurlarının içerisinde yer aldığı taşınmazların hisseli olarak sanığın mülkiyetinde bulunduğu ve çukurların farklı zamanlarda kazıldıklarına dair delil mevcut olmadığı anlaşılma; “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçu nedeniyle 2863 sayılı Kanununun 74/1 maddesi uyarınca sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, çelişkili ve hayatın olağan akışına aykırı savunmaya itibarla yazılı şekilde hüküm tesisi...”, Yarg. 12. CD., 2013/27315 E., 2014/22695 K., 13.11.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

<sup>32</sup> “Sanık ...’ın, 29/05/2009 tarihli dilekçe ile ... Belediye Başkanlığı’na müracaat ederek kiraladığı iş makinesi aracılığıyla, belde halkı tarafından “eski kilise mevkii” olarak bilinen, 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamındaki ... dönemlerine ait yerleşim yerinde yaklaşık 100 metre karelik bir alanı kazdırdığı, **sanık aşamalarındaki savunmalarında, hayır amaçlı çeşme inşa ettirmek için kazı yaptırdığını beyan etmiş ise de; dosya içerisinde mevcut 21/09/2011 tarihli bilirkişi raporunda, özellikle seramiklerin bulunduğu alanın kazılmış olduğunun, vadi tabanındaki dereden hayvanların sulatılması mümkün olduğu halde, iş makinesi ile az miktarda olan suyu geliştirip yüksek rakımlara çıkarmaya çalışmanın ekonomik olmadığı, sadece bir alanın hedef seçilerek kazılmasının, kazının defne arama maksatlı yapıldığı izlenimi verdiğinin belirtildiği, dosya kapsamında bulunan bilgi, belge ve fotoğrafların sanığın savunmasını desteklemeyip, aksine savunmanın hayatın olağan akışına aykırı olduğunu ortaya koyduğu, belediyeye yaptığı müracaat ile kanuna aykırı bir fiil gerçekleştirilmeyeceği intibayı uyandıran sanığın gerçekte, halk arasında “eski kilise mevkii” olarak bilinen mahalde, **belediyenin iş makinesini ve operatörünü kullanmak suretiyle, kültür varlıkları bulmak için kazı yaptığı, bu nedenle de 2863 sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçe ile beraate dair hüküm tesisi...**”, Yarg. 12. CD., 2014/5115 E., 2015/3537 K., 26.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).**

<sup>33</sup> “Sanığın, kültür varlıkları bulmak amacıyla, yaklaşık 40 x 12 metre karelik bir alanda, 5 ve 6 metre derinliklerinde izinsiz kazı yaptığının iddia olunması, sanığın aşamalarındaki savunmalarında, kiralamak suretiyle kullandığı suça konu taşınmazda, tarımsal amaçlı sulama havuzu oluşturmak için kazı yaptığını, defne bulma amacıyla hareket etmediğini söylemesi karşısında; kazı yapılan taşınmaza ait tapu kaydının getirilmesi, taşınmazın, gerçek kişinin mülkiyetinde olduğunun belirlenmesi halinde, **tanık sıfatıyla dinlenecek malike, olaya dair bilgi ve görgüsünün sorulması, ziraat mühendisi bilirkişi refakate alınmak suretiyle olay yerinde yeniden keşif yapılarak, kazı mahallinin zirai açıdan özelliklerinin, suça konu taşınmazın, tarımsal amaçla kullanılmakta olan bir taşınmaz olup olmadığı, taşınmazda tarımsal faaliyet yapıldığının tespiti halinde, sulama ihtiyacının ne şekilde karşılanması gerektiğinin, sanığın savunmasında belirttiği üzere, sulama havuzu yapımına ihtiyaç duyulup duyulmadığının, ihtiyaç duyulması durumunda, dosya kapsamındaki fotoğraflar da dikkate alınmak suretiyle, sanık**

manevi unsurunda ayırt edici husus kültür varlığı bulma amacıdır. Burada somut olayın özelliklerine göre hakim sanığın beyanına ek olarak kullandığı araç veya gereçleri, sondaj veya kazının türünü ve niteliğini, tanık beyanlarını bütüncül bir şekilde değerlendirerek kast unsurunu tespit etmelidir<sup>34</sup>.

*tarafından yapılan faaliyetin, sulama havuzu oluşturma amacına yönelik olup olmadığı, başka bir deyişle, sulama havuzu yapımının, sanığın izlediği yöntem ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin ve bölgede tarımsal faaliyet kapsamında, sulama amaçlı olarak anılan türden bir uygulama yapılmasının olağan olup olmadığına tereddütsüz biçimde belirlenmesi, böylece savunmanın doğruluğu araştırılıp, suçun unsurları şüpheden uzak şekilde ortaya konulduktan sonra ulaşılabilecek kanaate göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeksizin, eksik araştırma ile beraate dair hüküm tesisi...*", Yarg. 12. CD., E. 2015/10771, K. 2017/221, T. 12.1.2017, **Özkepir**, Ramazan/**Hürmüz**, Peyman: İçtihatlı Özel Ceza Kanunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 610.

<sup>34</sup> "... Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 15/12/1992 tarih ve 1680 sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescilli ... örenyeri mevkiinde kaçak kazı yapıldığı ihbarının alınması üzerine kolluk kuvvetleri tarafından olay mahalline gidildiğinde, naylondan yapılmış bir baraka içerisinde sanıklar ..., ..., ... ve ...'nin yakalandıkları, kazı mahallinde jeneratör, hilti vb. kazı malzemelerinin ele geçirildiği ve 3,60 metre derinliğinde kaçak kazı yapıldığının tespit edildiği, sanıkların 20 gündür kazı yaptıklarını, kazı işini kendilerine sanıklar ... ve ...'un verdiklerini, onların da kendileri ile bir müddet kazı yaptıklarını, sanık ...'in ise aracıyla kendilerine yiyecek ve kazı malzemesi getirdiğini beyan ettikleri anlaşılmakla,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, mahallî Cumhuriyet savcısının hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin tartışılmadığına, sanıklar ... ve ... müdafininin beraat kararı verilmesi gerektiğine, sanıklar ... ve ... müdafininin, sanıkların suç işleme kasıtlarının bulunmadığına ilişkin temyiz itirazlarının reddine...", Yarg. 12. CD., 2015/11086 E., 2016/8410 K., 12.05.2016, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

"Sanıklardan ...'in, katılan ...'tan kiraladığı...ilçesi,... mevkiinde bulunan fabrika yerinin, Gayrimenkul ....ve... Yüksek Kurulu'nun 14.02.1981 tarih ve A-2718 sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı ilan edilen Değirmendere Nekropol alanı içerisinde yer aldığı, .... İlçe Jandarma Komutanlığı'na yapılan ihbar üzerine olay yerine giden jandarma görevlilerince, olay yerinde eski kaya mezarlarının yakınında yarım metre kadar izinsiz kazı yapılmış olduğunun tespit edildiği, her ne kadar sanık ... ile işçisi ve işyeri sorumlusu olan sanık ...'in ifadelerinde, havuz yapmak amacıyla kazı yaptıklarını beyan etmiş iseler de, dosya kapsamında bulunan olay yeri resimlerinden kazı yapılan yerin eğimli ve kayalık bir yer olduğu, bu nedenle havuz yapılmasına müsait bir yer olmadığı, ayrıca bir kayanın da matkap benzeri alet ile delinmiş olması karşısında beyanların hayatın normal akışına göre inandırıcı olmadığı, sanıkların 1. derece arkeolojik sit alanında izinsiz kazı eylemlerinin sabit olduğu anlaşılmakla,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin bir sebebe dayanmayan, sanık ... müdafininin ise sanığın üzerine atılı suçu işlemediğine, beraatine karar verilmesi gerektiğine ilişkin, yerinde görülme-

Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre<sup>35</sup>; kanun koyucu ilgili yönetmelikte kazı ve sondaj kavramlarını bu amacı dikkate alarak tanımlamıştır. Bu nedenle bu suçun tanımı aslında kazı ve sondaj faaliyetlerindeki amaç unsurunu da kapsamaktadır. Hal böyle iken bu suç bakımından genel kast yeterli olacaktır.

## B. Kusurluluğu Kaldıran ya da Azaltan Haller

Suçun cezalandırılabilmesi için suçun objektif unsurları olan tipe uygunluk ve hukuka aykırılığın bir arada bulunması yeterli olmayıp failin aynı zamanda kusurlu olması gerekmektedir<sup>36</sup>. Hukukun çizdiği normatif değerlere göre failin kusurunun tespit edilebilmesi için öncelikle failin kusur yeteneğinin mevcudiyeti değerlendirilmelidir<sup>37</sup>.

Kusurluluğun mevcut olabilmesi için öncelikle failin TCK m.31, m.33, m.57 gereği fiili işlediği esnada kusur yeteneği bulunmalı, hukuka aykırı olan bir fiili kasten veya taksirle işlemiş olmalı ki bu bize kast ve taksirin çifte fonksiyonunu gösterir. Ayrıca failin bir haksızlık yanılığısı bulunmalıdır. Bir başka deyişle kusurluluğu etkileyen bir halin bulunmaması gerekir<sup>38</sup>. Bu açıklamalar doğrultusunda bu çalışmada suç tipini göz önünde bulundurarak mazeret sebeplerinden cebir, şiddet ve tehdide ve kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen hallerden hataya değinmeyi uygun gördük.

### 1. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

TCK m. 28'de "*Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit*" başlığı altında "*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.*" şeklinde cebir-şiddet-korkutma-tehdit mazeret sebebi olarak kabul edilmiştir<sup>39</sup>. Bu suç tipi bakımından işinin cebir veya tehdit altında izinsiz

---

*yen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA...*" Yarg. 12. CD., 2013/23784 E., 2014/10951 K., 06.05.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

<sup>35</sup> **Katoğlu**, s. 290; **Artuç**, s. 983; **Kanadoğlu**, s. 507; **Yağcı**, Ali/**Taş**, Rabia/**Kılıç**, Tuğçe: (Açıklamalı-İçtihatlı) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 522.

<sup>36</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 353.

<sup>37</sup> **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 993.

<sup>38</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 351-352.

<sup>39</sup> **Sözüer**, Adem: "Türk Ceza Kanunu'nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18,

kazı veyahut sondaj fiillerini işlemesi veyahut bu fiillere iştirak etmesi halinde artık kusuru olmadığı kabul edileceğinden cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

## 2. Hata

Hata bakımından uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir duruma değinmenin ve bunun üzerinden hata hükümlerini ele almanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Uygulamada zaman zaman şüpheli/sanığın mülkiyetinde olan arazide sınırsız bir tasarruf yetkisinin olduğunu düşündüğü bu nedenle KTVKK m. 36'da yer alan izin yükümlülüğünden haberdar olmadığını ileri sürdüğü görülmektedir. Örneğin; kişi kendi evinin bahçesinde izinsiz kazı yaparak bunun izne tabi olduğunu bilmediğini ileri sürmektedir.

Doktrinde<sup>40</sup> böyle bir halde TCK m. 30/4'te yer alan "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" hükmü gereğince kaçınılmaz bir hataya düşüldüğü için failin cezalandırılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Yine somut olayın özelliklerinin göre eğer fail daha önce bu suç tipine ilişkin bir soruşturma veya kovuşturma geçirdi ise artık hatasının kaçınılmaz olduğunun ifade edilemeyeceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce bu görüş hatalıdır. Şöyle ki; "*hata*" kelime olarak "*İstemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılğı*" anlamına gelmektedir<sup>41</sup>. Kelime anlamından yola çıkarak kişinin istemeden bir yanılığa düşmesi halinde hata söz konusu olacaktır. TCK m.30'un 4. fıkrasında ise "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" denerek işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda düşülen hata ifade edilmektedir. "*Emir Hatası/Yasak Hatası*" olarak da ifade edilen bu hata halinde; fail işlediği fiili bilerek ve isteyerek işlemekte fakat işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmayıp hukuki normun varlığında veyahut yorumunda hataya düşmektedir<sup>42</sup>. Burada önem arz eden ilk husus TCK m.4 "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*" hükmü ile haksızlık yanılığısı arasındaki ilişkidir. TCK m.4 karşısında TCK m. 30/4'ün uygulanabilmesi için öncelikle failin haksızlık

Sayı: 2, 2014, s. 232-233. (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48103/608287>, E.T.:06.06.2021).

<sup>40</sup> **Köken**, s. 52-54.

<sup>41</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>42</sup> **Güleç** Sesim Soyer, "Türk Ceza Kanunu'nda Haksızlık Yanılığısı (m. 30/4)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 61.

bilincinin bulunması gerekmektedir. Burada failin davranışının haksız olduğunu bilmesi yeterlidir. Ayrıca fiile ilişkin hukuk normunun bağlayıcı olup olmadığından şüphe etmesi bir önem arz etmemektedir. Bu nedenle failin inancı veyahut vicdani kanaatiyle hareket edip fiili kendince hukuka uygun kabul etmesi halinde m. 30/4 uygulama alanı bulamayacaktır<sup>43</sup>.

Bir diğer koşul hatanın kaçınılmaz olması gerekliliğidir. Burada kaçınılabilirliği tespit ederken failin sosyal konumunu, kişisel yeteneklerini, mevcut bilgisini kullanmasını ondan ne kadar beklenebileceğini, hukuksal ve ahlaki değerlerini dikkate almamız gerekecektir<sup>44</sup>. Fail “*kendi hareketinin ortak yargıya göre anti sosyal bir karakter taşıdığını bilmeli ise bireysel inançları mazur görülemez ve kanunu bilmediğini ileri süremez*”. Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki bu koşulların bulunması halinde failin fiili TCK m.30’un birinci fıkrasından farklı olarak failin kastını ortadan kaldırmayacak olup yalnızca kusurluluğunu ortadan kaldıracağı için fail cezalandırılmayacaktır<sup>45</sup>. Nitekim Yargıtay da benzer bir şekilde bu suç tipi bakımından hatanın kaçınılmaz olmasını aramaktadır<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Güleç, s. 74-75.

<sup>44</sup> Hakeri Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 467-468; Güleç, s. 80-81.

<sup>45</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 433-436.

<sup>46</sup> “Diğer yandan, arkeolojik sit alanlarında yapılabilecek ve yapılamayacak fiiller, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun 05/11/1999 tarih ve 658 sayılı Arkeolojik Sitler Koruma ve Kullanma Koşulları hakkındaki ilke kararında tek tek sayıldığından, belirtilen hususta şahıslara ayrıca bildirimde bulunulması gerekmeyeceği, sözü edilen ilke kararının (1) numaralı bendinde 1. derece arkeolojik sit alanlarının, “korumaya yönelik bilimsel çalışmalar dışında aynen korunacak sit alanları” olarak tanımlandığı;

Bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde; sanığın, İzmir II Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulunun 10/04/1991 tarih ve 1943 sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edilen Magnesia Antik Kentinin nekropol (mezarlık) sahasındaki tapulu taşınmaz üzerine yeni ağaç fidanları diktiği, taşınmaza ait tapu kaydının beyanlar hanesine “1. derece sit alanıdır” şerhinin 06/03/1997 tarihinde konulduğu, ayrıca, Germencik Belediyesi tarafından düzenlenen 27/01/1997 tarihli hoparlör duyuru tutanağına göre, Magnesia ören yerine ilişkin tescil kararının, hoparlör ile beş kez duyurulmak ve belediye ilan tahtasına asılmak suretiyle ilan edilmiş olduğu, sanığın da Cumhuriyet Savcılığında verdiği ifadede, sit alanı içerisinde bulunan arazisine fidan dikimi yaparken sorumlu bekçilerin gelerek kendisini uyardıklarını söylediği, tüm bu bilgi, belge ve beyanlar birlikte değerlendirildiğinde, atılı suçun maddi ve manevi unsurlarının oluştuğu sonucuna varılacağı anlaşılmakla; 2863 sayılı Kanununun 65/1. maddesi uyarınca sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, suçun unsurlarının oluşmadığı ve suç kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraatine hükmedilmesi kanuna aykırı...”, Yarg. 12. CD.,

## VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### A. Teşebbüs

Bu suç soyut tehlike suçu niteliğinde olduğu için teşebbüsün mümkün olup olamayacağı tartışılmalı bir husustur. Kural olarak bir suça teşebbüsün mümkün olup olamayacağı belirlenirken hareketin parçalara bölünüp bölünemediğine bakılmalıdır. Eğer bir bölünebilme hali mümkün ise orada artık teşebbüs mümkün olacaktır.

Burada teşebbüse ilişkin değerlendirme yapılırken somut olayda öncelikle yapılan keşifte kazının kültür varlığını elde etmeye yeterli derinliğe ulaşıp ulaşılmadığının belirlenmelidir. Kolluğun olay yeri tespit tutanağında mutlaka bu hususa ilişkin tespitlerini belirtmesi gerekmektedir. Yine ifade etmek gerekir ki önemli olan *derinlik olup yüzey altındaki genişlik burada önem arz etmemektedir*. Örneğin; jandarmanın geldiği esnada şüphelilerin kazma, kürek ile kaçıyor olması artık fiilin teşebbüs aşamasında kaldığını göstermektedir<sup>47</sup>.

2017/34 E., 2017/3305 K., 19.04.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

“Sanık hakkında Turhal ilçesi Kızkayası Köyü Çiftlik Mahallesi mevkiinde resmi bir izin belgesi olmaksızın define aramak amacıyla kazı yaptığı iddiasıyla kamu davası açıldığı, sanığın aşamalarındaki savunmasında kazı yapmak için izin talebinde bulunduğunu ancak kendisine resmi olarak verilmiş bir izin bulunmamakla birlikte müze müdürü vekili tanık ...’in bilgisi dahilinde kazı yaptığını belirttiği, bu nedenle de sanığın izin başvurusunda bulunması nedeniyle yasal mevzuat içerisinde hareket ettiği ve kaçınılmaz bir hata içerisinde olduğu gerekçesi ile sanık hakkında beraat kararı verilmiş ise de; **tanık...’in aşamalarındaki beyanlarında sanığın defalarca kazı yapmak için sözlü olarak izin istediği ancak kendisine bahse konu yerde define kazısı yapılamayacağı ve buna izin verilemeyeceğini söylediğini belirttiği, ortada sanığa kazı yapması için verilmiş resmi bir izin bulunmadığı, sanığın savunmasının tanık... tarafından doğrulanmadığı, sanığın arkadaşı olan tanık ...’in da beyanında resmi izin müracaatlarının kabul edilmediğini belirttiği, 2863 Sayılı Kanun’un 35. maddesine göre kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkının sadece Kültür ve Turizm Bakanlığına ait olduğu, sanığın yetkili mercilerce verilmiş resmi izni olmadan define bulmak amacıyla izinsiz kazı yaptığı sabit olmakla sanığın kaçınılmaz hata içinde bulunduklarından bahsedilemeyeceği gibi, bir suç kastıyla hareket etmediğinin de kabul edilemeyeceği anlaşılmakla...**”, Yarg. 12. CD., 2018/2560 E., 2020/7505 K., 24.12.2020, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 13.03.2022).

<sup>47</sup> Günay, s. 166; Katoğlu, s. 290; Köken, s. 62-65; Kanadoğlu, s. 508.

“Sanığın, İzmir (1) numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu’nun 04.04.1991 tarih ve 2809 sayılı kararı ile dava konusu yerin 1.derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edildiği, 04.12.2012 havale tarihli Arkeolog bilirkişi raporunda, kazı mahallinin Genç Roma Dönemi’nde inşaa edilen sarnıç olduğu, bu alanda son bir yıllık

Olayda ayrıca kültür varlığının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Netice önem arz etmemekle birlikte eğer kültür varlığı bulunmuş ise kazı ya da sondaj işlemi tamamlanmış kabul edileceğinden artık burada teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Ama eğer kültür varlığı bulunmamış ise yukarıda belirtildiği gibi derinlik bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekecektir<sup>48</sup>.

Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik uygulamasına bakılacak olursa; kültür varlığının bulunmadığı kazılar bakımından ülkemizde tarımsal faaliyetler için öngörülen 40 cm derinlik kıstasını esas aldığımızı görmekteyiz<sup>49</sup>. Yargıtay

*süre zarfında kaçak kazı eylemlerinin yapıldığı, bu eylemlerin sarnıç duvarını tahrip etmek suretiyle açılan 1.2 metre/1.1 metre ebatındaki delik ile başladığını ve mekan içerisinde 2.6 metre /5 metre / 7.5 metre ebatlarında bir alanda gerçekleştiğini belirttiği, olay yeri tespit tutanağı ile kazı mahallinde eski kazılmış toprağın yanı sıra ıslak toprağın da mevcut olduğunun tespit edildiğinin belirtilmesine rağmen, sanık tarafından yapılan kazının derinliğine ilişkin bir açıklamanın yer almaması, dosya kapsamı içerisinde de belirtilen konuya yönelik herhangi bir bilgi ve belge bulunmaması karşısında; sanık hakkındaki temel cezanın asgari haddten uzaklaşarak belirlenmesinde isabetsizlik bulunmamakla birlikte, kültür varlığı elde etmek için yeterli derinliğe ulaşıldığına dair delil mevcut olmadığından, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü suretiyle TCK'nın 35/2 maddesi uyarınca cezasından indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi...*, Yarg. 12. CD., 2013/28412 E., 2014/22686 K., 18.12.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

<sup>48</sup> Yağcı/Taş/Kılıç, s. 523.

<sup>49</sup> “Sanık tarafından gerçekleştirilen eylemin, 5728 sayılı Kanun ile değişik 2863 sayılı Kanunun 74/1 maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunu oluşturduğu, aynı Kanunun 74/2 maddesinde düzenlenen “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için sanığın, sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde, kazı eylemi olmaksızın yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapmış olması gerektiği, bu bakımdan, “kültür varlığı” ya da “define” bulmak kastı ile hareket edilmesinin, anılan suçları birbirinden ayırmada esas alınacak bir kriter olmayıp, kazı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun belirleyici olduğu, somut olayda, 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamı dışında kalan bölgede define bulmak amacıyla kazı yapan sanık hakkında, 2863 sayılı Kanunun 74/1-1. cümlesi uyarınca tayin edilecek temel cezadan, aynı Kanunun 74/1-2. cümlesine göre indirim yapılmak, ayrıca dosya kapsamı içeriğinde, kazının boyutlarına, dolayısıyla kazının ülkemizde tarımsal amaçlı faaliyet için öngörülen 40 cm’lik derinliği aşmış olmadığına ilişkin kesin bir belirlemenin yapılamaması karşısında, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü ile sanığın cezasında 5237 sayılı TCK’nın 35. maddesi uygulanmak suretiyle hüküm tesisi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı nitelendirme ile “izinsiz define araştırma” suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/9904 E., 2015/2304 K., 10.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“Sanığın, hakkında aynı suçtan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen diğer sanıklar A. K., A. G., Y. İ., Ö. İ. ve S. İ. ile birlikte, Karadığın Deresi Köyü

bu ölçüyü esas alarak fiilin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığını veyahut failin kastını belirlemektedir.

Kanaatimizce bu şekilde bir yaklaşım isabetsizdir. Şöyle ki; kullanılan bu ölçüt ülkemizin tarımsal faaliyetleri esas alınarak belirlenmiş genel bir ölçüt niteliğindedir. Somut olayda kazı veya sondajın yapıldığı arazinin yapısının her seferinde kazının gerçekleştiği bölgenin toprak yapısını veya

*yakınlarında bulunan muntıkaya dedektör, kazma ve küreklerle giderek define aradıkları ve kazı yaptıkları, dönüşlerinde köylüler tarafından kullandıkları araçların durdurularak jandarmanın olay yerine intikal etmesinin sağlandığı, kolluk kuvvetleri tarafından tanzim edilen tespit tutanağında, kazı mahallinde 3-4 yerde kumun 15-20 cm kadar kazıldığı, derenin başlangıcında sol üst tarafa doğru 10 m mesafede kayaların altında yaklaşık 1 m genişliğinde, 40 cm derinliğinde yeni bir kazının yapıldığı, Aslanlitaş yakınlarında da iki yerde yeni kazı izlerinin tespit edildiği, tüm sanıkların kolluk beyanlarında, sanık Yılmaz'a ait olan dedektörle arama yaptıklarını, dedektörün ikaz verdiği yerlerde hafif şekilde kazı yaptıklarını beyan ettikleri anlaşılmalıdır,*

1) Dosya kapsamından, kazı yapılan yerin sit alanı olduğuna dair bir tespit bulunmadığı, bu itibarla sanığın eyleminin, 2863 Kanununun 74/1-son cümlesinde açıklanan suçun oluşturduğu gözetilmeksizin anılan Kanununun 74/2 maddesi gereğince hüküm kurulması,  
2) Kazı yapılan çukurların en büyüğünün 40 cm derinliğinde olduğunun tespit edilmesi karşısında, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...”, Yarg. 12. CD., 2013/14444 E., 2014/1468 K., 24.01.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

“Olay günü kaçak kazı yapıldığı yönünde ihbar alan kolluk kuvvetlerinin saat 12:20 sıralarında ... Mahallesi, ... mevkiine geldiklerinde, sanıkları 1,5 metre derinliğinde kaçak kazı yaptıkları sırada suçüstü yakaladıkları ve sanıkların aşamalarda atılı suçlamayı ikrar ettikleri anlaşılmalıdır, Sanıklar tarafından gerçekleştirilen eylemin, 5728 Sayılı Kanun ile değişik 2863 Sayılı Kanun’un 74/1. maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunu oluşturduğu, aynı Kanununun 74/2. maddesinde düzenlenen “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için sanıkların, sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde, kazı eylemi olmaksızın yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapmış olmalarının gerektiği, anılan suçları birbirinden ayırmada esas alınacak kriterin, kazı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun olduğu, bu itibarla, davaya konu yerde arkeolog ve üniversitelerin sanat tarihi bölümlerinde görevli öğretim üyelerinin de yer aldığı tarafsız bilirkişi heyeti marifetiyle keşif yapılarak, kazı yapılan yerin sit alanı ya da 2863 Sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında kaldığının tespiti halinde 74/1. madde gereğince temel ceza tayin edilmesi; sit alanında ya da 2863 Sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında bir yer olmadığının belirlenmesi durumunda ise, 74/1-2. cümle gereğince temel cezada indirim yapılması, davaya konu kazının, ülkemizde tarımsal amaçlı faaliyet için öngörülen 40 cm’lik derinliği aştığı, bu sebeple eylemin teşebbüs aşamasında kalmayıp, tamamlanmış olduğu da gözetilerek TCK’nın 35/2. maddesi uyarınca indirim yapılmaması gerektiği gözetilmeksizin, hatalı nitelendirme ile yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi...”, Yarg. 12. CD., E. 2015/11133, K. 2017/914, T. 9.2.2017, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 04.2021).



geçmişini bilen uzmanlar ve bilirkişiler vasıtasıyla ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. Örneğin; bir mezar ya da mezarlık içeren, toprak yığılması oluşturulmuş tepelikler olarak bilinen Tümülüslerin bulunabilmesi için iki metreden yedi metreye kadar derine inilmesi gerekmektedir<sup>51</sup>. Yine örnek olarak Akyurt-Kalaba Tümülüsü ve Selmanlı Tümülüsü kurtarma kazılarında en az iki metre derinliğe inildiği görülmektedir<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> **Köken**, s. 75-76.

“Olay tarihi olan 21.03.2012 günü, geçici köy korucuları tanıklar ..., ... ve ...'in, ... ili, ... ilçesi, ... köyü, ... civarında, saat gece 22:30 sıralarında güvenlik amaçlı devriye görevi yaptıkları esnada, tümülüs üzerinde birkaç adet el fenerinin yanıp sönmekte olduğunu gördükleri ve durumdan şüphelenerek ... Jandarma Komutanlığına haber verdikleri, kolluk görevlileri gelene kadar da tümülüse yakın yerde önlem alan korucuların, tümülüstü kendilerine doğru gelen sanıklar ... ve ... ile haklarında verilen kararlar temyiz incelemesine gelmeyen sanıklar ..., ... ve ...'i ellerindeki kazma, kürek, murç, çekiç, el feneri gibi suç aletleriyle yakaladıkları, olay yerine gelen kolluk görevlilerince sanıkların ellerindeki suç aletlerinde taze toprak olduğunun ve tümülüsünün yeni kazılmış olduğunun tespit edildiği, bu tespitler üzerine sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan davanın açıldığı, her ne kadar sanık ... verdiği ifadelerinde, atılı suçlamayı kabul etmemiş ve kazı olayı ile kendisinin bir ilgisi olmadığını, diğer sanıkları beklediği esnada kolluk görevlilerince yakalandığını, sanık ... da verdiği ifadelerinde, **altın olduğunu duydukları tümülüsü kazmak amacıyla diğer sanıklarla olay yerine gittiklerini, ancak kazılacak yeri bulamadıklarını ve kazı yapmadan geri döndükleri esnada yakalandıklarını beyan etmiş iseler de; haklarında verilen kararlar temyiz incelemesine gelmeyen sanıklardan ...'in verdiği ifadesinde, altın bulabilmek amacıyla hep beraber kazı yerine gittiklerini, 45 dakika kadar kazdıklarını, geri döndükleri esnada da yakalandıklarını beyan ettiği, sanıkların yakalanış şekilleri, tanık ifadeleri, sanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamından, sanıklar ... ve ...'in, kararları temyiz incelemesine gelmeyen diğer sanıklar ile birlikte fikir ve eylem birliği içerisinde, ....Koruma Bölge Kurulu'nun 27.04.2012 tarih ve 289 sayılı kararıyla 1. derece arkeolojik sit alanı ilan edilen ... üzerinde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla, 130 cm genişliğinde ve 100 cm derinliğinde izinsiz kazı yaptıkları ve eylemlerinin sabit olduğu anlaşılmakla;**

**Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıkların, üzerlerine atılı suçu işlemediklerine, bu nedenle beraatlerine karar verilmesi gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün istem gibi ONANMASINA, 15.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.**”, Yarg. 12. CD., 2014/10488 E., 2015/6552 K., 15.04.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

<sup>51</sup> <https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCm%C3%BCl%C3%BCs>, (E.T:06.06.2021).

<sup>52</sup> **Cinemre**, Okan: “2012 Yılı Akyurt – Kalaba Tümülüsü Kurtarma Kazısı”, s. 351; **Bal**, Nimet: “Selmanlı Tümülüsü Kurtarma Kazısı”, s. 338, 22. Müze Çalışmaları ve Kurtarma Kazıları Sempozyumu, 14-17 Kasım 2013 Adana, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, <https://kvmgm.ktb.gov.tr/Eklenti/31925,muzecalis22.pdf?0>, (E.T:06.06.2021).

Teşebbüs ile ilgili önem arz eden bir diğer husus icra hareketleri bakımındandır. Burada ikili bir ayırım yaparak tartışmalı hususlara değinmekte fayda görüyoruz.

Bu olasılıklardan ilki failin icra hareketlerine başlamadan suça konu fiili işlemek amacıyla kullandığı araç veya gereçlerle (kazma, kürek, dinamit vb.) kazı veya sondaj alanında kolluk güçlerince yakalanması halidir. Burada üç olasılık gündeme gelebilecektir:

- ✚ Fail kazı veya sondaj fiiline teşebbüsten sorumlu tutulabilir.
- ✚ Fail define arama suçuna teşebbüsten sorumlu tutulabilir.
- ✚ Fail icra hareketlerine başlamadığı için failin cezai sorumluluğu doğmayabilir.

Burada öncelikle değinilmesi gereken husus somut olayda ne zaman hazırlık hareketleri tamamlanmış olup ne zaman icra hareketlerinin başlayacağıdır. Öncelikle bu hususun aydınlatılması gerekmektedir. Çünkü kanun koyucu teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için failin suç işleme kastının bulunmasını, suçun icrasına elverişli hareketlere doğrudan doğruya başlanmasını ve failin işlemeyi kastettiği suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasını aramaktadır.

Tartışma konusu olasılık bakımından hazırlık hareketlerinin nasıl tespit edilmesi gerektiği önem arz etmektedir. İfade etmek gerekir ki doktrinde subjektif ve objektif olmak üzere bu konuyla ilgili iki teori bulunmaktadır. Subjektif teoriye göre; failin iradesi açık ve kesin bir şekilde belirli bir neticeye yönelik ise artık icra hareketlerinin başladığının kabul edilmesi gerekecektir. Objektif teoriye göre ise; o ana kadar failin gerçekleştirdiği hareketlerin objektif anlamı hazırlık-icra hareketi ayrımını belirleyecektir<sup>53</sup>.

Bu genel bilgiler doğrultusunda ifade etmek gerekir ki uygulamada hazırlık hareketleri belirlenirken *failin bilgisi, genel yaşam kuralları ve tecrübesi, failin kastı ve şüphe derecesi* gibi bütün özellikler bütüncül bir şekilde ele alınarak hakim tarafından belirlenecektir<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 449-450.

<sup>54</sup> Nitekim TCK m. 35'in gerekçesine baktığımızda "Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki subjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra

Nitekim Yargıtay'ın görüşüne bakacak olursak kararlarında objektif görüşü esas almakla birlikte bazı kararlarında her iki teoriden istifade ederek karma nitelikli bir yaklaşım sergilediği ve icra hareketi-hazırlık hareketi ayrımında failin fiilin izlerini ortadan kaldırabilmesini ve kastının şüpheye yer bırakılmayacak şekilde tespit edilmesini önemli kriterler olarak dikkate aldığı görülmektedir<sup>55</sup>.

Bu genel açıklamalar doğrultusunda söz konusu örneğe dönecek olursak hangi olasılığın somut olayda geçerli olduğunu tespit ederken şu hususlara dikkat etmemiz gerekmektedir:

---

*hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir. Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak" ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır." denerek sadece subjektif görüşün başlı başına yeterli olmayacağı vurgulanmıştır.*

<sup>55</sup> **Bacaksız**, Pınar: "Türk Ceza Hukuku'nda Teşebbüs ve İştirak", Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:26, Aralık 2014, s. 250.

*"Sanığın apartmana girdikten sonra herhangi bir daireye henüz girme girişiminde bulunmadan görgü tanığının sesini duyarak apartmandan ayrılmaya çalıştığı sırada yakalanması nedeniyle gerçekleştirmek istediği hırsızlık eyleminin bütün eser ve izlerini silme olanağının mevcut olduğu bir ortamda yakalanmış olması, gerçekleştirilmek istenen eylem için yapılan hareketlerin bütün eser ve izlerinin silinme olanağının mevcut olup olmadığının hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırmaya yarayan en önemli ölçüt olduğunun gerek uygulamada gerek öğretide benimsenmiş olması ve somut olayda apartmana giren sanığın hırsızlık suçu açısından herhangi bir dairenin kapısına ya da başka bir yere dokunmadan ayrılma ihtimalinin mevcut olması karşısında; gayri meşru amaçla apartmana giren ve kaçmak isterken apartmanın ortak kapısının camını kıran sanığın konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar vermek suçlarından sorumluluğu düşünülebilir ise de, hırsızlık suçu açısından, henüz icra hareketlerine başlamış olması nedeniyle hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmadığından bahisle hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken, sanığın hangi hareketlerinin icra hareketleri olarak kabul edildiğinin karar yerinde denetime olanak sağlayacak şekilde açıklanmadığı gibi hırsızlık suçunun apartman sakinlerinden kime yöneltildiği ve buna bağlı olarak olayın mağdurunun kim olduğu dahi belirlenmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...", Yarg. 13. CD., 2012/25039 E., 2013/690 K., 17.01.2013, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

*"Kaçak akaryakıt almak için İran 'a geçen sanığın o ülke askerince müdahale edilmesi üzerine akaryakıt alamadan döndüğünün ve el konulan bir eşyanın bulunmadığının anlaşılması karşısında, fiilin hazırlık hareketleri aşamasından öteye geçmediği ve icrai hareketlere başlanmadığı gözetilerek unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...", Yarg. 7. CD., 2012/20013 E., 2013/9136 K., 17.04.2013, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 18.04.2021).*

1- Fail somut olayda suçu işlemek için yanında bulundurduğu aletleri kullanmış mı?

2- Fail eğer aletleri kullandı ise bu aletler suça konu fiil için elverişli midir? Aletlerin niteliği nedir? Burada aletlerin niteliği 74. maddenin hangi fıkrasının uygulanacağını tespit edebilmek bakımından önem arz etmektedir<sup>56</sup>.

3- Fail aletleri kullandı ise failin fiili neye yöneliktir? Bir başka deyişle suça konu özel kast yani manevi unsur olayda mevcut mu? Burada kastı belirlerken kullanılan aletin niteliği de yol gösterici olacaktır.

Tüm bu hususlar bütüncül bir şekilde değerlendirildiğinde somut olayda fail aletleri hiç kullanmamış ve icra hareketi olarak kabul edilebilecek

<sup>56</sup> “Suç tarihinde yapılan bir ihbar üzerine, olay yerine intikal eden güvenlik güçleri tarafından sanık ... ile temyize gelmeyen sanıklar ... ve ...'in, ... İlçesi, ...Yaylasında, müze görevlileri tarafından düzenlenen rapor ile tarihi ve doğal kaya oyma mekanlar içermesi nedeniyle 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında bulunduğu belirlenen mağara içerisinde Adli Emanette kayıtlı projektör ve bakır çubuklar ile araştırma yaptıkları sırada yakalandıkları, ceza hukukunda gerçekleştirilen eylemden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için işlemeyi kastettiği suçun icrai hareketlerine elverişli vasıtalar ile başlamış olmasının gerektiği, somut durumda sanıktan ele geçirilen projektör ve bakır çubukların define araştırma suçunun icrasına elverişli vasıta niteliğinde olmadığı, bu itibarla sanığın anılan aletler ile gerçekleştirdiği eylemin, izinsiz define araştırma suçunu oluşturmayacağı, atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme sonucu sanığın mahkumiyetine karar verilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/9931 E., 2015/2822 K., 17.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“Olay günü, saat 23:00 sıralarında, iş makinesi ile kaçak kazı yapıldığı ihbarında bulunulması üzerine kolluk kuvvetlerince ihbara konu yere gidildiği, sanık ...'ın idaresindeki iş makinesinin çalışır durumda olmadığı, iş makinesinde, valiz içinde, kullanıma hazır olmayan bir adet dedektör bulunduğu ve yaklaşık 3 metre çapında, 1.5 metre derinliğinde kazı yapıldığının belirlendiği, olay yerinin, Nevşehir Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 13/02/2009 tarih ve 2065 sayılı kararı ile tescilli 3. derece arkeolojik sit alanı içerisinde kaldığı, her ne kadar sanık ... aşamalarındaki savunmalarında, olay yerine hafriyat işi için gittiğini, define arama gibi bir amacının olmadığını beyan etmiş ve sözü edilen savunma, diğer sanıklar tarafından da doğrulanmış ise de; kazı mahallinin, 3. derece arkeolojik sit alanı içerisindeki köy orta malı vasıflı taşınmaz olması ve Niğde ilinde ikamet eden sanık ...'un gece saat 23:00 sıralarında hafriyat işi yapmak üzere Ulukışla ilçesinde bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı düşmesi birlikte değerlendirildiğinde, adı geçen sanığın, diğer sanıklar ... ve ... ile fikir ve eylem birliği içerisinde hareket edip, kültür varlıkları bulmak amacıyla, 3. derece arkeolojik sit alanında iş makinesi ile 1.5 metre derinliğinde kazı yaparak atılı suçu işlediği anlaşılmalıdır; sanık ...'un, 2863 sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, delil yetersizliği gerekçesiyle beraatine hükmedilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2015/11391 E., 2017/4382 K., 25.05.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

başka bir fiil yok ise burada failin filleri hazırlık hareketi olarak kabul edilecek olup failin cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir<sup>57</sup>. Fakat fail suça konu aletlerle kazı yapacağı alana gelmiş fakat icra hareketlerini tamamlamadan yakalanmış ise teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>58</sup>. Bununla birlikte eğer fail aleti kullanmış fakat kastı aletin niteli-

<sup>57</sup> “Sanıkların, olay günü, saat 15:30 sıralarında, haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanıklar ... ve ... ile birlikte dedektörle araştırma yaparken suç üstü yakalandıkları, aynı gün, saat 20:00 sıralarında kolluk kuvvetlerince yapılan kontrolde de, 1 metre boyunda, 50 cm genişliğinde ve 30 cm derinliğinde kazı çukuru tespit edildiği...kazı çukurunun bulunduğu bölgedeki incelemeler sonucu düzenlenen 06/02/2014 tarihli müze uzman raporunda, kazı çukuru ve toprağı içerisinde, herhangi bir taşınır ve taşınmaz kültür varlığı mevcut olmadığı, bölgenin ilan edilmiş sit alanları kapsamında bulunmadığının, ancak, kazı çukurunun yaklaşık 250-300 metre kuzeydoğusunda Kocatepe Tümülüsünün, yaklaşık 250-300 metre güneydoğusunda Kaynarca Tümülüsünün ve yaklaşık 1 km kuzeybatısında Keltepe Tümülüsünün yer aldığı belirtildiği anlaşılmalıdır; mümkün olduğu takdirde, 05/02/2014 tarih, saat 16:20 itibarıyla düzenlenen tutanakta imzası olan kolluk kuvvetleri refakate alınmak suretiyle, sanıkların dedektör ile define araştırması yaparken yakalandıkları yerde keşif icra edilerek, olay mahallinin, tescilli tümülüslerin korunma alanı içerisinde kalıp kalmadığı, 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli niteliği haiz olup olmadığı tereddütsüz şekilde belirlendikten sonra, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerektiği gözetilmeksizin, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm tesisi...”, Yarg. 12. CD., 2015/15184 E., 2017/7844 K., 24.10.2017, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“Kayseri Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 27/03/2009 tarih ve 1326 Sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescilli Kepez Tepesi mevkiinde, olay günü saat 19:50 sıralarında icra edilen önleyici kolluk devriyesi sırasında kolluk kuvvetleri tarafından park halinde bulunan bir aracın görüldüğü, bu sırada temyiz dışı sanıklar ... ve ...'un aracın yanına geldikleri, kendilerine bölgede ne yaptıkları sorulduğunda, gezmek için geldiklerini beyan ettikleri, adı geçen sanıkların birlikte çevrede yapılan kontrolde yeni kazı yapıldığına dair bir bulguya rastlanılmadığı, yarım saat süren incelemeden sonra aracın yanına gidildiğinde sanık ... ile birlikte temyiz dışı diğer sanık ...'un aracın yanında beklediklerinin görüldüğü, sanıkların yapılan mülakatta, bölgeye define aramak için geldiklerini ancak henüz hiçbir yeri kazmadıklarını beyan ettikleri, sanık ...'nın duruşmadaki beyanında da aynı mahiyette savunmada bulunduğu anlaşılmalıdır, henüz kazı eylemine başlamadan yakalanan sanık yönünden atılı suçun hazırlık hareketleri tamamlanmış ise de, icra hareketlerine geçilmediğinden, teşebbüs aşamasında kalmış bir fiilden de söz edilemeyeceği değerlendirilerek, sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde mahkumiyetine dair hüküm tesisi...”, Yarg. 12. CD., E. 2019/11741, K. 2021/457, T. 21.1.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

<sup>58</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 986.

“Sanık hakkında temyiz dışı diğer sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde Çorum Merkez Örencik köyü Simali mevkiinde kültür varlığı bulmak amacı ile izinsiz kazı yaptığı iddiasıyla açılan kamu davasında; 19.11.2006 tarihli olay yeri tespit tutanağına

ğinden ya da olaydaki diğer hususlardan kuşkuyla yer bırakmaz şekilde tespit edilemiyor ise şüpheden sanık yararlanır denerek lehe olan hükmün uygulama alanı bulması gerekecektir<sup>59</sup>.

*göre Simali kayasında bulunan mağara içerisinde bazı şahısların kaçak kazı yaptıkları yönündeki ihbar üzerine olay yerine gidildiği, mağaradan balyoz sesleri duyulduğu, mağaranın içerisine girildiğinde sanık ... diğerlerinin oturmuş vaziyette yemek yediklerinin görüldüğü, yanlarında çanta içerisinde dedektör, dedektöre ait batarya, tarama cihazı, tarama aparatı, el projektörü, 3 adet defineyle ilgili kitap, levye, balyoz gibi aletlerin ele geçirildiği, yapılan incelemede, mağara içinde bulunan kayanın balyoz ile kırıldığına dair kaya parçalarının olduğu, balyozların uç kısımlarında kaya kırılmasından dolayı beyaz toz şeklinde izlerin olduğunun tespit edildiği, sanıkların kazı yaptıkları bölgede herhangi bir malzeme bulamadıkları, çevrede yapılan araştırmada herhangi bir tarihi esere rastlanmadığının belirtildiği, sanığın savcı huzurunda müdafii eşliğinde alınan beyanı ve mahkeme huzurunda alınan savunmasında oradaki kayaya birkaç kez balyozla vurduktan sonra kıramayacaklarını anladıklarını ve oturup piknik yapmaya başladıklarını belirttiği, her ne kadar sonraki beyanında kayaya vurmadığını belirtmiş ise de sonradan değişiklik gösteren beyanının suçtan kurtulmaya yönelik olduğu dikkate alınarak sanığın üzerine atılı kültür varlığı bulmak amacı ile izinsiz kazı yapmak suçunu işlediği ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmakla...*", Yarg. 12. CD., 2020/1152 E., 2020/6193 K., 18.11.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

59

**Köken**, s. 71-73.

*"... İlçe Jandarma Komutanlığı'na yapılan izinsiz kazı ihbarı üzerine, kolluk görevlilerince olay yeri olan ... ilçesi,... köyü; ... mevkiine gidildiği, içerisinde antik dönemden kalma gözetleme kulesi ile mezar yapısı bulunan ve ... numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 29.01.1999 tarih, 8287 sayılı kararıyla 1. derece arkeolojik sit alanı ilan edilen bölge içerisinde yer alan yerde sanık ... ile haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanıp, kararları temyiz incelemesine gelmeyen sanıklar ... ve ...'nin kazma, kürek, hilti, balyoz gibi suç aletleriyle izinsiz kazı yaptıkları esnada yakalandıkları, olay yerinde yapılan incelemede sanıklarca kültür varlığı bulabilmek amacıyla 1.7x3.3 metre genişliğinde ve 2.5 metre derinliğinde kazının yapılmış olduğunun tespit edildiği, sanıkların verdikleri ifadelerinde de, kültür varlığı bulabilmek amacıyla kazı yapmaya karar verdiklerini, kazı yaptıkları esnada da yakalandıklarını beyan ettikleri, sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan davanın açıldığı, olay yerinde inceleme yapan ... Müze Müdürlüğü görevlilerinden alınan rapordan da anlaşılacağı üzere, olay yerinin 1. derece arkeolojik sit alanı ilan edilen bölge içerisinde yer aldığı, böylece sanık ...'ın, kararları temyiz incelemesine gelmeyen diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla izinsiz kazı yaptığı ve üzerine atılı eylemin sabit olduğu anlaşılmakla..."*, Yarg. 12. CD., 2014/11451 E., 2015/5080 K., 25.03.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

*"Suç tarihinde sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğine haiz olan .... ilçesi, .... köy, Teslim mevkiinde bulunan su sarnıcında kültür varlığı bulmak amacıyla 1 metre genişliğinde, 1 metre derinliğinde bir çukur kazdıktan sonra, kazı malzemelerini burada bırakıp, 14/06/2011 günü, saat 21.00 sıralarında, hakla-*

**Teşebbüs bakımından önem arz eden bir diğer hal icra hareketlerine henüz başlamış olan fail/faillerin kolluk tarafından yakalanması halinde ne olacağına ilişkindir.** Örneğin; kültür varlığı bulmak amacıyla çukur kazan fail jandarma tarafından yakalanırsa hangi fiilden sorumluluğu doğacaktır? Burada iki ihtimal söz konusu olacaktır<sup>60</sup>: Fail kazı fiiline teşebbüsten sorumlu tutulabilir veyahut fail tamamlanmış sondaj fiilinden sorumlu tutulabilir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki Yargıtay uygulamasına ve kanun hükmüne bakıldığında kazı ve sondaj fiilleri arasında bir ayırım somut bir şekilde belirlenmemiştir.

Doktrinde bir görüşe göre; sondaj işlemi kazı işlemine ön hazırlık niteliğinde bir eylemdir. Bu nedenle sondaj fiili kazı fiilinden önce olduğu için ceza sorumluluğu bakımından içinde erir. Failin yerin tespiti için ufak çukurlar açması, definenin yerini kaybetmemek için toprağı biraz kazıp işaret koyması gibi hallerde artık kazıya teşebbüs söz konusu olacaktır. Fakat yine somut olayın özelliklerine göre fiile ilişkin kararsız kalınması halinde şüpheden sanık yararlanacaktır. Yine aynı görüşe göre kanuni düzenlemeden dolayı sondaj yapmak fiilinin neredeyse hiç uygulaması olmaması nedeniyle ölü norm niteliğinde olduğu, kanun hükmünden bu fiilin çıkarılarak sadece kazı yapmak fiilinin bırakılması gerektiği ifade edilmektedir. Yine kazı ve sondaj fiilleri arasındaki yoğunluk farkından ötürü verilecek ceza miktarlarının da kanun hükmünde farklı bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir<sup>61</sup>.

Kanaatimizce kanun koyucu hükmü düzenlerken sondaj gibi teknik bir kavramdan ne anlaşılması gerektiğini en azından hükmün gerekçesinde daha açık bir şekilde ifade etmeliydi. Çünkü literatüre bakıldığında sondaj fiili kazı fiilinden daha komplike olup kültür varlığına verebileceği zararın

---

*rında aynı suçtan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen ..., ... ve ... ile birlikte buraya gelip, kazı malzemelerini alarak, yaklaşık 250-300 metre uzaklıkta bulunan tepede kazı yapmak için hazırlık yaptıkları sırada kolluk görevlileri tarafından yakalanmaları ile sonuçlanan olayla ilgili olarak, sanıkların 14/06/2011 tarihinde, henüz kazı fiiline başlamadan yakalandıklarının anlaşılması karşısında, bu tarihte gerçekleştirdikleri eylemlerinin suç teşkil etmeyeceği, keza bu safhada atılı suçla ilgili olarak henüz icra hareketlerine başlanılmadığı, bu durumda sanıkların sadece 12/06/2011 tarihinde yapmış oldukları kazı eyleminden sorumlu tutulup, haklarında TCK'nın 43/1 maddesinde düzenlenen müteselsil suç hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulup, fazla ceza tayin edilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/7066 E., 2015/2936 K., 18.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

<sup>60</sup> Köken, s. 66-70.

<sup>61</sup> Köken, s. 67, 69-70.

yoğunluğu veyahut ortaya çıkacak tehlikenin yoğunluğunun daha fazla olduğu görülmektedir. Yine sondaj fiili için gerekli olan ekipmanın kazı fiili için gerekli olandan daha karmaşık ve maliyetli olduğu görülmektedir. Hal böyle iken kanun koyucu öncelikle bu eylemlerden ne anlaşılması gerektiğini mukayeseli bir şekilde ortaya koyarak verilecek ceza miktarı bakımından da farklı bir düzenleme getirmeliydi. Nitekim uygulamaya bakıldığında sondaj eyleminden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama ya da kıstas görülmemektedir. Birçok olayda ya da kararda sondaj fiiline “kazı” dendiği görülmektedir.

**Teşebbüs ile ilgili tartışmalı son husus failin kazı/sondaj yaptığı arazide aslında kültür varlığının bulunmaması halinde ne olacaktır.** Başka bir deyişle; kazı ya da sondajın yapıldığı yerde kültür varlığının olmadığı bilimsel yollarla tespit edilebilirken fail bunu bilmeden bir kazı ya da sondaj yapması ve kültür varlığı değil de bir jeolojik boşluk tespit etmesi halinde teşebbüs bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacağı önem arz etmektedir.

Kanaatimizce burada bu husus suç tipinin oluşması bakımından önem arz etmemektedir. Kanun koyucu suç tipinde kültür varlığını bulmayı yalnızca manevi unsurda aramakta olup varlığın bulunup bulunmamasına bir sonuç atfetmemiştir. Burada cezalandırılan fiil izinsiz yapılan kazı veya sondaj işlemidir. Hal böyle iken burada kültür varlığının bulunmadığından bahisle teşebbüsten söz edilemeyecek olup kazı ya da sondaj fiilinin tamamlandığını kabul etmek gerekecektir<sup>62</sup>.

Benzer görüşte olan Köken'e göre; aksi yöndeki bir bakış açısı bu suçla izlenen politikaya aykırılık teşkil edecek olup izinsiz kazı veya sondaj fiillerinin önüne geçilemeyecektir. Bu suç tipi tipik bir zarar suçu olmayıp tehlike suçu olduğu için burada netice önem arz etmemelidir<sup>63</sup>.

## B. İştirak

Bu suç tipi bakımından iştirak hükümlerine ilişkin özellikli bir hal bulunmayıp Türk Ceza Kanunu'nun 37, 38 ve 39. maddesindeki hükümler geçerli olacaktır. Bu hususla birlikte bu suç tipi bakımından yaygın olarak müşterek faillik<sup>64</sup> ya da yardım etme söz konusu olmaktadır. Azmettirme

<sup>62</sup> Kanadoğlu, s. 508.

<sup>63</sup> Köken, s. 76-78.

<sup>64</sup> “Suç tarihinde kaçak kazı yapıldığına dair ihbar üzerine kolluk görevlilerince Karaman İli, Üçkuyu Köyü'nde bulunan Kasım'ın Yeri isimli mevkiye gidildiğinde, burada bulunan 3 metre genişliğinde 2 metre derinliğindeki çukurun etrafında yapılan araştırma-



uygulamada karşılaşılması zor bir ihtimaldir. Burada önem arz eden husus failin ne zaman müşterek fail ne zaman yardım eden olarak sorumlu tutulacağıdır<sup>65</sup>.

*larda S. K. ve H. K. isimli şahısların yakalandıkları, kolluk görevlileri tarafından düzenlenen 24/11/2012 tarihli olay yeri görgü ve tespit tutanağında, sanık S. K.'in yakalandığı sırada, görevlilere, davaya konu yerde 3-4 gündür tek başına kazı yaptığını, sanık H. K.'nin ise S. K. ile S., M. ve İ. isimli şahıslarla birlikte 3-4 gündür kazı yaptıklarını, bu kişilerin soyisimlerini bilmediğini söylediklerinin belirtildiği, sanık H. K.'nin yakalandığı anda, kolluk görevlilerine, eyleme katıldıklarını iddia ettiği S. ve İ. isimli şahısların açık kimlik bilgilerini tam olarak söylemeyip, sonradan ise korkudan bu isimleri verdiği dair beyanı, sanıklar S. K. ve İ. K.'in tüm aşamalarda, eyleme katılmadıklarına dair savunmaları dikkate alındığında, sanıklar S. K. ve İ. K.'in atılı suçta iştirak ettiklerine dair mahkumiyetleri için yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin bir delilin bulunmadığı, bu kapsamda beraatlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, delillerin takdirinde yanılıya düşülerek, mahkumiyetlerine dair yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi...”, Yarg. 12. CD., E. 2015/1548, K. 2016/899, T. 1.2.2016, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).*

<sup>65</sup> “2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamı dışında kalan bölgede yapılan izinsiz kazı yapma eylemine, kendisini hoca olarak tanıtan ve yıldıznameye bakarak definelerin yerini bulduğunu iddia eden sanığın, davaya konu yerde kazılacak yeri diğer sanıklara göstermek suretiyle iştirak ettiği, böylece sanığın işlenen suçtan TCK'nun 37/1. maddesi uyarınca fail olarak sorumlu tutulması gerekirken, TCK'nun 39. maddesinde düzenlenen yardım eden olarak kabul edilmesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

... iş sayılı arama kararıyla aramanın yapıldığı ve ikamet bahçesinde, 2,5 metre derinliğinde yeni kazılmış çukurun tespit edildiği, dinleme içeriklerinden izinsiz kazıyı gerçekleştiren kişilerden olduğu anlaşılan ve yargılama sonunda mahkumiyetine karar verilip hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanan ve kararı temyiz incelemesine gelmeyen sanık ...'in ifadelerinden, izinsiz kazıya yardımcı olması için bir hoca aradıkları, bunun için mahkumiyet hükmü temyiz incelemesine gelmeyen sanık ...'den yardım istediği, sanık ...'in da mahalle komşusu olan ve kazı faaliyetlerine hoca olarak katılan sanık ...'ı kazıya yardımcı olması için ikna ettiği, kazı mahalline gelen sanık ...'in da kazılacak yerleri sanık ...'e gösterdiği, bu durumun gerek sanık ...'in ifadelerinden, gerek sanık ...'nin ifadelerinden ve gerekse dosya kapsamında bulunan sanıklar .... ve ... arasında geçen 08.12.2009 tarihli görüşme içeriğinden anlaşılabilirdiği, her ne kadar sanık ... verdiği ifadelerde üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş ve sadece yıldıznameye baktığını ve bilgisi dahilinde yardımcı olduğunu beyan ederek kısmi ikrarda bulunmuş ise de, verdiği ifadelerin birbiri ile çelişkili olduğu, tüm dosya kapsamından mahkumiyet hükmü temyiz incelemesine gelen sanık ...'ın, kültür varlığı bulabilmek amacıyla Milas ilçesinde yapılacak izinsiz kazıya iştirak etmek için Aydın ilinden Milas ilçesine geldiği, kendisini hoca olarak tanıtan ve yıldıznameye bakarak define bulabildiğini iddia eden sanığın, maddi karşılığı olmak koşuluyla kazılacak yeri sanık ...'e gösterdiği, böylece haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanan ve kararları temyiz incelemesine gelmeyen diğer sanıklar ile fikir ve eylem birliği içerisinde, sit alanı veya 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli yerlerden olmayan bölgede, define bulmak amacıyla izinsiz

Öncelikle ifade etmek gerekir ki müşterek faillik için fiilin birlikte işlenmesi (objektif unsur) ve birlikte suç işleme kararının (sübjektif unsur) bulunması gerekmektedir. Burada fiilin birlikte işlenmesinden kasıt faillerin adeta bir takım halinde iş bölümüne dayalı olarak hareket etmeleridir. Burada önem arz eden husus faillerin müşterek bir hakimiyeti söz konusu mudur? Failler hangi rolleri üstlenmiştir? En önemlisi failin katkısı olmasaydı bu suç işlenemez miydi? Olmazsa olmaz nitelikte bir katkı mıydı? Bu soruların yanıtlanmasına ek olarak faillerin neticenin gerçekleşmesindeki önemi ve olmazsa olmazlığı esas alınacaktır<sup>66</sup>. Yardım etme ise müşterek faillikten fiil üzerindeki hakimiyet alanı bakımından ayrılmaktadır. Örneğin; suç ortağının olay yerinde ya da yakınında bulunması tek başına fiili hâkimiyetinin varlığını göstermeyecektir<sup>67</sup>. Yargıtay kararlarına bakıldığında suç işleme kararını belirlerken somut olayın öncesi, esnası ve sonrasındaki davranışları bir bütün halinde değerlendirdiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında da bu şekilde bir yaklaşım olduğu görülmektedir<sup>68</sup>.

Bu genel açıklamalar doğrultusunda çalışma konusu suç tipi bakımından ifade etmek gerekir ki kazı alanına araçla faili taşıyan kişi, telefonla arayarak jandarmanın yola çıktığını haber veren kişi, kazı ya da sondaj için

---

*kazı eylemine iştirak ettiği ve eyleminin sabit olduğu anlaşılma...*”, Yarg. 12. CD., 2013/26030 E., 2014/22249 K., 10.11.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.2021).

<sup>66</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 515-516.

<sup>67</sup> **Çelen, Ömer**: Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail- Yardım Eden Ayrımı), Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 206-208.

<sup>68</sup> “Yasa koyucunun 37. maddenin 1. fıkrasındaki “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” ifadesiyle faillik kavramının kapsamını oldukça geniş tuttuğunu söyleyebiliriz. Bu durumda, suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerinde hâkimiyet kuran herkes fail sayılabilecektir. Hareket üzerinde hâkimiyet kurmak, birlikte irtikâp etme şeklinde gerçekleşebileceği gibi, zimni veya açık bir iş bölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Öyle ki, bu anlamda suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayılabilecektir. Buradan çıkartabileceğimiz netice, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin çoğu kez yardım etme olarak değil, faillik olarak değerlendirileceği yönünde olacaktır. Ancak, bu ifadede yardım etmenin sadece suçun işlenmesinden önce veya sonra mümkün olabileceği sonucunun da çıkartılmaması gerekir. Zira, yardım etme her aşamada mümkün olabilecek ise de daha çok suçun işlenmesinden önceki ve sonraki hareketler yardım etme olarak değerlendirilebilecektir.” YCGK, 02.02.2010, 2009/1-239 E, 2010/14 K, YCGK, 13.10.2009, 2009/1-194 E, 2009/235 K., ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 18.04.2021).

gerekli ekipmanları tedarik eden kişi iştirak ilişkisi bakımından artık yardım eden olarak sorumlu olacaktır<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Günay, s. 167.

“Başka bir kazı olayında yapılan dinlenme sırasında dava konusu yerde kazı yapılabacağına ilişkin Manyas İlçesinin kolluk kuvvetlerine bilgi verilmesi üzerine, kolluk kuvvetleri tarafından yapılan incelemede, 8 metre derinliğinde çukur açıldığının tespit edildiği, 26.03.2010 tarihli Bandırma Arkeoloji Müzesi Müdürlüğü raporunda, dava konusu tümülüsün 1.derece arkeolojik sit alanı içerisinde yer aldığı, çevresinin ise 3.derece arkeolojik sit alanı olduğunun bildirildiği, kolluk kuvvetlerince 28.04.2010 tarihli araştırma tutanağında, 10 K 0798 plakalı Mitsubishi marka kamyonetin kazı mahallinde görüldüğü ve sahibinin sanık ... olduğunun ve diğer sanıkların, kazı mahalline bahsedilen araç ile gidip geldiklerinin tespit edildiğinin bildirildiği, sanık ...'ın aşamalarda verdiği benzer ifadelerinde, diğer sanıkları tanımadığını, dava konusu yerde kazı yapmadığını, Mitsubish marka gri renk arabasının olduğunu beyan ettiği, temyize gelmeyen sanık ...'nın aşamalarda verdiği benzer ifadelerinde, **kendilerini kazı alanına götürmesi için açık gri renk çift kabin pikabı olan sanık ...'a teklif ettiği ve sanık ...'ın teklifi kabul ettiğini ancak sadece götürüp getireceğini kazı alanında beklemeyeceğini söylediğini beyan ettiği**, sanık ...'ın kollukta verdiği ifadesinde, kazı olayında ...'in de olduğunu beyan ettiği, temyize gelmeyen sanık ...'ın aşamalarda verdiği ifadelerinde, sanık ...'ı kazı alanına arabası ile gelen şahıs olarak tanıdığını ve diğer şahısları olay yerine getirip götürdüğünü beyan ettiği, temyize gelmeyen sanık ...'ın Manyas Sulh Ceza Mahkemesi 07.05.2010 tarih 2010/3 değişik iş sayılı sorgu duruşmasında verdiği ifadede, sanık ...'i dava konusu yerde yapılan kazı olayından tanıdığını fakat sanık ...'ın kazı eylemini gerçekleştirmediğini beyan etmesi karşısında; sanık ...'ın, 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesinde belirtilen “yardım eden” sıfatıyla kazı eylemine iştirak ettiği gözetilmeksizin sanık hakkında beraat hükmü tesisi...”, Yarg. 12. CD., 2013/24608 E., 2014/22687 K., 13.11.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“2863 Sayılı Kanununun 74. maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunun oluşabilmesi için, kazı mahallinin, sit alanı ya da korunması gerekli başka bir yer niteliği taşımasının zorunlu olmadığı, sözü edilen özellikte bir yerde kazı yapılmış ise, eylemin 2863 Sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi kapsamında değerlendirileceği, sit alanı ya da korunması gerekli başka bir yer dışında kazı yapılmış ise, aynı Kanununun 74/1-1. cümlesi uyarınca tayin edilecek temel cezadan 74/1-2. cümlesi uyarınca 1/3 oranında indirime gidileceği, yani, kültür varlığı bulmak amacıyla “izinsiz kazı yapma” fiilinin her durumda suç oluşturan bir eylem olduğu, ancak, kazı mahallinin niteliğine göre uygulama yapılması gerektiği, bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde, **sanıklar S., L. ve C.'in, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, kültür varlıkları bulmak amacıyla, yaklaşık 70 - 80 cm derinliğinde kazı yaptıkları, sanık N.'in de amaçlarını bildiği sanıkları aracı ile kazı mahalline götürdüğü, Antalya Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğünce gönderilen 12.1.2012 tarihli cevabi yazıya göre, mahallinde yapılan inceleme sonucu, suça konu kazı alanının, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'nun 7.3.1985 tarih ve 741 Sayılı kararı ile tescilli 1. derece arkeolojik sit alanı içerisinde kaldığının belirlendiği anlaşılmakla; -sanıkların eylemlerinin 2863 Sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi kapsamında kaldığı, “yardım eden” sıfatıyla suça iştirak eden sanık N. Hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 39/1 maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeksizin,**

Son olarak ifade etmek gerekir ki Yargıtay uygulamasında failin kazı alanını belirleyerek diğer failleri yönlendirdiği olaylarda failin fiilini azmettirme olarak nitelendirmesi isabetsizdir. Kanaatimizce failin kazı alanını belirlemesi ve diğer şeriklerle ortak karar doğrultusunda hareket ederek kazıya katılması halinde artık azmettiren değil de müşterek faillik söz konusu olacaktır. Bununla birlikte failin sadece kazı alanını diğer faillere söylemesi suçun icrasındaki hiçbir harekete iştirak etmemesi hali azmettirme olarak değerlendirilecektir. Çünkü burada bir iştirak iradesi söz konusu olmayıp fail mevcut olmayan bir suç kararı oluşmasına neden olmaktadır<sup>70</sup>.

*olay yerinin sit alanı dışında kalması sebebiyle atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat hükmü tesisi...*", Yarg. 12. CD., E. 2014/13647, K. 2015/9207, T. 28.5.2015, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

*"Kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz olarak kazı yapma suçundan mahkumiyetine hükmedilen ve hakkındaki hüküm temyize konu edilmeyen sanık ...'un soruşturma aşamasında kolluk kuvvetlerine müdafii huzuru ile verdiği ifadede, ... Köyünde, ... isimli şahsa ait araziye keçi çiftliği yapmak için çalışmaya başladığını, zemin düzlemesi yaparken farklı şekilde taşların çıkmasından şüphelenerek burada tarihi eser olabileceğini düşündüğünü, daha önce çardak yeri olarak kazılan yerden yaklaşık 3 metre kadar aşağıya indiklerini, zeminde toprak çıkması nedeniyle tarihi eser aramaktan vazgeçtiklerini, ...'un buradaki kazı ile ilgili olarak kendisine talimat vermediği gibi, yardımcı da olmadığını, ancak kazıdan sonra kendisi ile telefon görüşmesi yaptığını beyan ettiği, aynı sanığın kovuşturma aşamasındaki savunmasında da, hafriyat işi ile uğraştığından, ... isimli arkadaşının kendi tapulu arazisine yapacağı evin hafriyat işini üstlendiğini, zemin düzeltme ve temel kazısı sırasında önceden görmediği farklı taşlar çıkması üzerine internette araştırıldığında, Antalya'dan bir telefon numarası bulduğunu, görüştüğü kişilerin yönlendirmesi ile ... ile irtibat kurduğunu, daha sonra, ..., ... ve Antalya'dan gelerek dedektör getiren şahıs ile hafriyat alanına gidip baktıklarında, bir şey çıkmayacağı sonucuna vardıklarını söylediği;*

*Sanık ...'in soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcılığında müdafii huzuru ile verdiği ifadede, ... mevkinde gittikleri yerin zaten kazılmakta olduğunu, yanında bulunan ve kendilerini götüren çocuğun elindeki makine ile araştırma yapıldığını, herhangi bir şey bulunmadığını beyan ettiği, adı geçen sanığın kovuşturma aşamasındaki savunmasında da, ...'un kazdığı yere onun çağırması üzerine merak ederek arkadaşı... ile birlikte bakmaya gittiklerini, tarihi eser çıkartma amaçlarının olmadığını söylediği, dosya kapsamına göre, sanık ...'ün, kazı fiilini gerçekleştirdikten sonra sanık ... ile irtibata geçtiği, sanık ...'in, izinsiz defîne araştırma suçundan mahkumiyetine hükmedilen ve hakkındaki hüküm temyize konu edilmeyen sanık ... ve diğer arkadaşları ile birlikte sanık ... tarafından kazılan yere giderek dedektör ile araştırma yaptığı sabit ise de, bahse konu eylem, sanık ...'ün kazı fiilinden sonra gerçekleştirilmiş olup, adı geçen sanığın fiiline iştirak olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmakla; tebliğnamedeki sanık ...'in, sanık ...'ün kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz olarak kazı yapma suçuna "yardım eden" sıfatıyla katıldığından bahisle bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir.", Yarg. 12. CD., 2015/16216 E., 2018/8441 K., 20.09.2018, (https://karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

70

*"Sanık ...'in haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanıklar ..., ..., ... ve ... ile fikir ve eylem birliği içerisinde bir araya gelerek 2863 sayılı*

## C. İçtima

### 1. Zincirleme Suç

Bu suç tipi bakımından zincirleme suç hükümlerini uygularken zincirleme suç hükümlerindeki koşullara bakmak gerekir. Zincirle suç hükmünün uygulanabilmesi için failin aynı suç işleme kararıyla, farklı zamanlarda, birden fazla kez kazı veya sondaj yapmış olması gerekmektedir. Burada önem arz eden koşul; failin aynı suç işleme kararıyla hareket edip etmediğidir. Karar kavramı kast kavramından daha geniş olup kasttan önce mevcuttur. Bu nedenle failin kararındaki birlik kastında da birlik anlamı taşımamaktadır. Burada aynı suç işleme kararının mevcudiyetini belirlerken; failin eylemlerindeki benzerlik, suçu işleyebilmek için yararlandığı fırsatlardaki benzerlik, işlediği suçlar arasında geçen zaman dilimi gibi kıstaslar dikkate alınabilecektir<sup>71</sup>.

Bu açıklamalar doğrultusunda failin aynı suç işleme kararıyla farklı zamanlarda birden fazla kazı veya sondaj fiili var ise artık tek bir suç oluştuğunu kabul ederek TCK m. 43/1 gereği hakkında verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Eğer failin farklı suç işleme kararlarıyla hareket ederek farklı zamanlarda farklı mekanlarda birden fazla kazı veya sondaj fiili var ise burada artık zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak olup her bir kazı veya sondaj eylemi bakımından gerçek içtima gereği ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>72</sup>. Çünkü zincirleme suç hükümlerinin uygulama-

---

*Kanununun 6. maddesi kapsamında bulunmayan ve ... Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 23/09/2004 tarih ve 104 sayılı kararı ile belirlenen arkeolojik sit sınırları dışında yer alan ... İli, ... İlçesi, ...Beldesinde mezarlık alana yakın bir mevkiide kazı yapmaya karar verdikleri, suç tarihinden bir hafta önce sanık ...'ın, sanıklar ... ve ... ile kazı mahalline gelerek kendisine ait dedektör ile bir süre araştırma yaptığı, sanık ...'ın gösterdiği noktayı suç tarihinde temyize gelmeyen sanıkların yaklaşık 1 metre derinliğinde kazdıkları, sanıkların kazı neticesinde ele geçirilen eserlerin paylaşımı konusunda ihtilafa düşmeleri üzerine sanık ...'in güvenlik güçlerine müracaatla izinsiz olarak gerçekleştirdikleri kazı eylemini anlattığı, temyize gelmeyen sanıkların savunmaları ve olayın gelişimi nazara alındığında, sanık ...'in kazılacak mevkiyi belirleyerek ve "burada altın var burayı kazın" diyerek, ayrıca suçta kullanılacak aletleri temin etmek suretiyle kazı eylemine "fiili birlikte gerçekleştiren ve azmettiren" sıfatıyla katıldığı, 5237 sayılı TCK'nun 37 ve 38. maddeleri delaleti ile 2863 sayılı Kanununun 74/1-2. cümlesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeksizin, delillerin takdir ve değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek beraatine karar verilmesi...", Yarg. 12. CD., 2014/9410 E., 2015/225 K., 13.01.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

<sup>71</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 550-553.

<sup>72</sup> Yağcı/Taş/Kılıç, s. 523.

nabilmesi için yer, zaman ve en önemlisi amaç birliğinin bulunması gerekmektedir<sup>73</sup>.

Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre<sup>74</sup>; bu suç tipinde düzenlenen icra hareketleri özellikleri itibarıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmayıp hukuki veya fiili kesintinin varlığı söz konusu ise artık ayrı bir suç işleme kastı bulunduğu için ayrı bir suçtan söz edilecektir.

Bu suç bakımından uygulamada en sık karşılaşılan durum arazi koşulları, hava koşulları, yerleşim yeri/jandarma uzaklığı, beden gücü ve ekipman yetersizliği gibi nedenlerle sondaj veya kazı işlemlerinin zamana yayılarak yapılmasıdır. Burada yine ifade etmek gerekir ki izinsiz kazının günlerce sürmesi halinde artık birden fazla suç değil de zincirleme suç hükümleri gereği tek bir suçun varlığı kabul edilmelidir<sup>75</sup>.

*“Sanık ...’in, kendisine ait arazide tek başına yaklaşık 2, 2 ve 8 metre derinliklerinde ve sanık ... ile birlikte ... Köyüne 4 km mesafedeki ormanlık arazide yaklaşık 20 metre derinliğinde kazı yapması karşısında, sanığın farklı yerlerdeki eylemleri sebebiyle iki kez mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, TCK’nın 43. maddesi gereğince temel cezada artırım yapılmak suretiyle eksik ceza tayini, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”*, Yarg. 12. CD., E. 2015/10079, K. 2016/13230, T. 1.12.2016, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

<sup>73</sup> Köken, s. 86-87.

<sup>74</sup> Kanadoğlu, s. 508.

<sup>75</sup> Günay, s. 168; Köken, s. 85.

*“... ilçesi dışında ikamet eden sanıklar .... ve ...’in, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, kültür varlıkları bulmak amacıyla, ... ilçesi,... Mahallesi’nde yer alan, dosya içerisinde mevcut 12/11/2008 tarihli bilirkişi raporuna göre 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli kültür varlığı niteliği taşıyan bölgede, 07/08/2007 tarihinde, 115 x 176 cm ebadında, 180 cm derinliğinde kazı yaptıkları, daha sonra, sanıklar ... ve ...’in, yine ... ilçesi dışında ikamet eden diğer sanıklar ... ve ... ile birlikte 11/08/2007 tarihinde aynı mevkiye tekrar gelerek, önceden kazdıkları yerde kazı yapıp, alanın ölçülerini 120 x 180 cm ebada, 190 cm derinliğe ulaşacak şekilde genişlettikleri, bu bakımdan atılı suç sabit kabul edilerek sanıkların mahkumiyetlerine hükmedilmesinde, kazı fiilini zincirleme şekilde gerçekleştiren sanıklar ... ve ... hakkında 5237 sayılı TCK’nın 43/1 maddesinin uygulanmasında ve yukarıda sözü edilen 12/11/2008 tarihli bilirkişi raporuna göre kültür varlığının zarara uğramasına sebebiyet veren sanıklar hakkındaki hükümlerin açıklanmasına karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.”*, Yarg. 12. CD., 2014/2498 E., 2015/6175 K., 09.04.2015, (https://karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

*“... sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edilen Keltepe Tümülüsü’nde defin bulmak amacıyla kaçak kazı yapıldığı ihbarı üzerine kolluk kuvvetleri tarafından olay yerine gidildiği, kazı mahallindeki şahısların kaçmaya çalıştığı fakat ... ve ...’in olay yerinde yakalandığının iddia olunduğu, anılan şahısların Vize Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2009/53 esas nolu dosyasında, aşamalarda verdikleri ortak beyanlarında, sanık ... ile ...’ünde, 1.5 metre uzunluğunda, 1.5 metre genişliğinde çukur açtıkları*

Yargıtay içtihadından hareketle burada mekânsal birliğin zincirleme suç hükümleri uygulanırken önem arz ettiği görülmektedir. Hal böyle iken mekânsal birliğin somut olay bakımından tespiti de büyük önem arz etmektedir. Örneğin; kazılar esnasında tarihi bir mezar olduğu tespit edilen ve birden fazla giriş noktası olan bir alan bakımından mekânsal bir birlikten söz edilebilecek midir?

Kanaatimizce her somut olayda ayrıca mekânsal birliğin araştırılması gerekmektedir. Bulunması amaçlanan kültür varlığının özellikleri ve arazinin yapısı itinayla tespit edilmeli ve zincirleme suç hükümleri uygulanırken bu şekilde bir belirleme yapılmalıdır.

---

*rını, aradıklarını bulamayınca da çukuru kapatarak ikamet ettikleri İstanbul iline döndüklerini, bir gün sonra tekrar ...'ne birlikte gelerek başka bir noktayı aynı ölçülerde kazdıklarını, ikinci kazı faaliyetinde de bir şey bulamayıp çukuru kapattıklarını beyan etmeleri üzerine Vize Asliye Mahkemesi'nce, sanık ... hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği;*

*Sözü edilen suç duyurusu sonrası başlatılan soruşturma neticesinde, sanığın 1. derece arkeolojik sit alanı içerisinde yer alan ...'nde, aynı olaya ilişkin Vize Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/53 esas sayılı dosyasındaki sanıklarla fikir ve eylem birliği içinde 80 cm. derinliğinde çukur açtıklarının 10.04.2009 tarihli tutanak ile tespit edildiği, sanık ...'ın 20.01.2011 tarihinde kollukta verdiği ifadesinde, ... ve ... ile birlikte define aramak için kazı yaptıklarını, birşey bulamamaları üzerine kendisinin döndüğünü, diğer şahısların kazmaya devam ettiklerini beyan ettiği, bu beyanlar değerlendirildiğinde eylemin, başlanılan bir kazı çalışmasının günlere yayılarak devam ettirilmesi niteliği taşımayıp tek suç işleme kararının aynı suçun farklı zamanlarda birden çok kez işlenmesi olarak kabulü ile sanık hakkında tayin edilen temel cezanın TCK'nun 43/1 maddesi uyarınca arttırılması gerektiği gözetilmeksizin, sanığa eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”, Yarg. 12. CD., 2013/27725 E., 2014/22683 K., 13.11.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).*

*“... izinsiz kazı yaptıkları esnada, kazma, kürek, murç ve keski gibi suç aletleriyle yakalandıkları, sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan davanın açıldığı, sanıklar verdikleri ifadelerde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla kazı yapmaya karar verdiklerini, ilk olarak 1 hafta önce kazı yaptıklarını, olay günü de aynı yerde kazıya devam ettikleri esnada kolluk görevlilerince yakalandıklarını beyan ettikleri, sanık beyanları, olay tutanağı ve tüm dosya kapsamından, sanık ...'nın, hakkında verilen kararı temyiz incelemesine gelmeyen sanık ... ile fikir ve eylem birliği içerisinde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla izinsiz kazı yaptığı, sanığın atılı suçu müteselsilen işlediği ve üzerine atılı eylemlerin sabit olduğu anlaşılmakla Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın, beraatine karar verilmesi gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme aykırı olarak ONANMASINA”, Yarg. 12. CD., 2014/8889 E., 2015/2931 K., 18.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

## 2. Fikri İçtima

TCK m. 44 “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” hükmü ile farklı neviden fikri içtima kurumu düzenlenmiştir. Farklı neviden fikri içtimada bir fiil ile birden fazla farklı suç oluşmaktadır. Önem arz eden husus fiilin tekliğidir. Fiilin tekliğini belirlerken zincirleme suç hükümlerinden farklı olarak suç kararında teklik değil de harekette teklik aranmalıdır. Çünkü kanun koyucu burada özellikle “bir fiil” diyerek harekette tekliği vurgulamıştır. Bununla birlikte somut olayda birden fazla hareket varmış gibi görünmesine rağmen hukuki veya doğal anlamda harekette birliktelik söz konusu ise hareketin tek olduğu kabul edilmelidir. Burada hareketin hukuki tekliğinden kasıt; “hukuki bir gerekçeye dayalı olarak hareketlerin tek bir fiil olarak kabul edilmesi”, hareketin doğal tekliğinden kasıt ise; kanuni bir düzenlemeden hareket edilmeksizin tamamen failin gerçekleştirdiği hareketlerin zamansal ve mekansal birlikteliği esas alınarak somut olayın özelliklerine göre karar verilmesidir. Bu koşulların oluşması halinde fail artık işlediği suçlardan cezası en ağır olanla cezalandırılacaktır.<sup>76</sup>

Burada TCK m. 154’te düzenlenen “Hakkı Olmayan Yere Tecavüz”<sup>77</sup> ve TCK m. 151’de düzenlenen “Mala Zarar Verme”<sup>78</sup> zarar suçları ile çalışmaya konu suç arasındaki içtima ilişkisinin ele alınması gerekir. Bu suçlar arasındaki içtima ilişkisi belirlenirken önem arz eden temel husus aslında zarar suçu ile tehlike suçları arasındaki içtima ilişkisidir.

<sup>76</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 561-564.

<sup>77</sup> “Hakkı olmayan yere tecavüz- **Madde 154-** (1) (Değişik: 25/2/2009-5841/1 md.) Bir hakka dayanmaksızın başkasına ait taşınmaz mal veya eklentilerini malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal eden veya sınırlarını değiştiren veya bozan veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olan kimseye, suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir. (2) Köy tüzel kişiliğine ait olduğunu veya öteden beri köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş bulunduğunu bilerek mera, harman yeri, yol ve sulak gibi taşınmaz malları kısmen veya tamamen zapt eden, bunlar üzerinde tasarrufta bulunan veya sürüp eken kimse hakkında birinci fıkrada yazılı cezalar uygulanır. (3) Kamuya veya özel kişilere ait suların mecrasını değiştiren kimse hakkında birinci fıkrada yazılı cezalar uygulanır.”

<sup>78</sup> “Mala zarar verme-**Madde 151-** (1) Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”



Yukarıda eylem bölümünde tehlike suçlarından kısaca bahsetmiştik. Genel olarak zarar suçlarını tanımlayacak olursak: suçla korunan hukuki değer, suçun hukuki konusunun zarara uğratıldığı, zararın netice olarak suçun objektif unsurlarına dahil olduğu suçlardır. Bu suçlar neticeli olup zamansal ve mekânsal anlamda netice ayrılabilir<sup>79</sup>. Tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisine dair görüşler; asli-tali norm görüşü, fikri içtima görüşü, özel-genel norm görüşü, korunan hukuki değere dayalı ayırım yapanlar ve geçitli suç görüşü olmak üzere kendi içerisinde ayrılmaktadır<sup>80</sup>.

Doktrinde Doğan'a göre<sup>81</sup>; tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi bakımından genel bir kural belirlemek zordur. Somut olayda yer alan suç tiplerine ve koşullara göre ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekebilir. Fakat bu konuyla ilgili en azından temel prensipler belirlenebilir. Bu noktada suçla korunan hukuki değer esas alınarak somut olayda hareketin tekliğini ele almak gerekir. Suçun tamamlanması ile kesintinin gerçekleşmesi arasındaki süreci dikkate alarak eğer hareket tek diyebiliyorsak tehlike suçu zarar suçunun ön aşaması olarak kabul edilebilir. Böyle bir durumda artık zarar suçu tehlike suçunu içine çekmektedir. Bu nedenle kural olarak aralarındaki ilişkinin asli-tali norm ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekir. Bir başka deyişle aynı hukuki değeri koruyan bir tehlike suçu ile zarar suçu arasında kural olarak asli-tali norm ilişkisi; farklı hukuki değeri koruyan bir soyut tehlike suçu ile zarar suçu arasında fikri içtima ilişkisinin olduğunu ifade etmek gerekir. Burada korunan hukuki değer aynılığı kısmen de olabilir.

Doktrinde aksi görüşte olan Ersoy'a göre<sup>82</sup>; tehlike ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi belirlenirken suçla korunan hukuki değer değil de suçun maddi konusu esas alınmalıdır. Çünkü suçla korunan hukuki değer zarar uğratılmaz olup ancak ihlal edilebilir.

Göktürk'e göre ise<sup>83</sup>; tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi belirlenirken korunan hukuki değere göre bir değerlendirme yapmaksızın TCK m. 44 gereği fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Çünkü kanun koyucunun tehlike suçlarını düzenlemesindeki amaç zarar neticesinin önlenmek istemesidir. Hal böyle iken bazen somut olayda tehlikenin büyüklüğü ortaya çıkan zarar neticesi karşısında geri çekilme-

<sup>79</sup> Doğan, s. 186.

<sup>80</sup> Bu görüşlerle ilgili açıklamalar için bakınız: Doğan, s. 188-193; Göktürk, Neslihan: Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 237-240.

<sup>81</sup> Doğan, s. 195-199.

<sup>82</sup> Ersoy, s. 32-33.

<sup>83</sup> Göktürk, s. 239-240; Kanadoğlu, s. 509.

yebilir veya verilen ceza tehlike suçunda daha fazla olabilir. İşte bu gibi hal-lerde korunan hukuki değere göre bir ayırım yapmak adaletsiz sonuçlar doğuracağı için burada fikri içtima ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Doktrinde Köken'e göre<sup>84</sup>; tehlike suçunun zarar suçunun gerisine çekilmesi gerekirken KTVKK m. 74'te düzenlenen soyut tehlike suçunun cezası daha ağır olduğu için KTVKK m. 74 ile TCK m. 154 gibi bir zarar suçu arasında tam tersi bir durum meydana gelebilmektedir. Bu nedenle burada yalnızca korunan hukuki değer esas alınarak bir tespit yapılması isabetli değildir. Eylemin suçun konusu üzerinde yarattığı etkiye de bakılması gerekmektedir. Bu durumda yazar soyut tehlike suçu ile zarar suçu arasındaki içtima ilişkisini belirlerken; soyut tehlike suçunda korunan hukuki değer kamusal yarar olması ve suçun mağdurunun toplum olması kıstasından hareket etmektedir. KTVKK m.74/1 ile zarar suçu arasında korunan hukuki değer bakımından kısmi bir aynılık dahi oluşmayacağı için asli-tali norma ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Yazara göre burada TCK m. 44 anlamında farklı neviden fikri içtima hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte aynı hukuki değeri koruyan zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki ilişki ise görünüşte içtima ilişkisi olup somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

Bu konuda Yargıtay uygulamasına bakacak olursak; hareketin hukuki tekliği esas alınarak tehlike suçu ile zarar suçu arasındaki içtima ilişkisinin TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima hükümleri çerçevesinde çözümlendiği görülmektedir<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Köken, s. 91-92.

<sup>85</sup> "... İlçe Jandarma Komutanlığı'na yapılan izinsiz kazı faaliyeti ihbarı üzerine, olay yeri olan ..... ilçesi, ....köyü, ... Mezarlık mevkiine giden kolluk görevlilerince, özel mülkiyete konu 1486 sayılı parselde, sanıkların iş makinesi marifetiyle izinsiz kazı yaptıkları esnada yakalandıkları, olay yerinde yapılan incelemede sanıklar tarafından 1 metre derinliğinde ve 2 metre genişliğinde çukurun kazılmış olduğunun, ayrıca olay yerinde bulunan taşların iş makinesi marifetiyle bir kenarda toplandıklarının tespit edildiği, bunun üzerine sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçunda davanın açıldığı, her ne kadar sanıklar verdikleri ifadelerinde, bahse konu araziye ağaç dikmek için iş makinesi ile zemini düzelttiklerini iddia etmiş ve yargılama neticesinde sanık beyanlarına itibar edilerek beraatlerine karar verilmiş ise de; olay yerinde inceleme yapan ... görevlilerince hazırlanan 15.12.2011 tarihli rapor ile 22.04.2013 tarihli olay yeri keşfine iştirak eden arkeolog bilirkişisinden alınan rapordan anlaşılacağı üzere, olay yerinde antik yapı taşları, antik yapı kalıntıları, sarnıçlar ve lahit mezarların bulunması nedeniyle, henüz sit alanı ilan edilmemişse de 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli bir alan olduğu, sanıklar tarafından yapılan izinsiz kazı faaliyeti sonucu, lahit mezar, yapı kalıntıları ve taşlarının zarar gördüğü, dosya kapsamında bulunan fotoğraflardan da anlaşılacağı üzere, olay yerinin kayalık ve engebeli olduğu, izinsiz faaliyetin ağaçlandırma maksatlı yapılma-

Kanaatimizce tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi ele alınırken başlı başına suçla korunan hukuki değerden hareketle bir belirleme yapmak her daim adil neticeler doğurmayacak ve isabetli olmayacaktır. Nitekim çalışma konumuz olan suç tipi bakımından tehlike suçu için görülen ceza miktarı söz konusu örnekte yer alan zarar suçlarında görülen ceza miktarından fazla olup bir geri çekilme söz konusu değildir. Hal böyle iken burada suçla korunan hukuki değerden hareketle bir görünüşte içtima halinin mümkün olduğu söylenemeyecektir. Keza suçların mağdurları arasında da farklılık bulunmaktadır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki örnekte yer alan zarar suçlarının koruduğu hukuki menfaat te KTVKK m. 74/1'de farklıdır. Hal böyle iken tehlike suçu-zarar suçu içtimasında ilişkin kesin ve genel bir kural belirlemek yerine somut olayın özelliklerine göre fiilin tekliği, söz konusu suç tiplerinin özelliği, korunan hukuki değerler gibi bütün hususların bütüncül bir şekilde ele alınması gerekecektir. Hal böyle iken gerek TCK m. 151 gerek m. 154 bakımından KTVKK m. 74/1 arasındaki içtima ilişkisi ele alınırken korunan hukuki değerlerin, mağdurun farklı oluşu ve fiilin tekliğinin somut olayda mümkün olması/oluşu nedeniyle burada TCK m. 44 anlamında tek bir fiil ile birden fazla farklı suç oluştuğu için fikri içtima hükümleri gereğince fail en ağır olandan cezalandırılacaktır.

## 2. Görünüşte İçtima-Gerçek İçtima

Görünüşte içtima hali kanunda bir içtima düzenlemesinin bulunmadığı durumlarda yorum yoluyla ulaşılan içtima halidir. Bunu tespit ederken, tehlike suçunun soyut veya somut tehlike suçu olması, ani veya mütemadi suç olması, taksirli veya kasıtlı işlenen bir suç olması, olayda hareketin hukuki veya doğal şekilde tek olup olmaması ve korunan hukuki değerlerin aynı veya farklı olması önem taşımaktadır.<sup>86</sup>

*dığı, kazı faaliyetinin kültür varlığı bulabilmek amacıyla yapıldığı ve iş makinesi marifetiyle yapılan kazı faaliyeti sonucu kültür varlıklarının zarar gördüğü, sanıkların eylemleri nedeniyle kültür varlıklarının zarar görebileceğini bilecek durumda buldukları, buna rağmen iş makinesiyle izinsiz kazı yapmak suretiyle korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarına zarar veren sanıkların, tek bir eylem ile kanunun birden çok maddesini ihlal etmiş oldukları, bu durumda 5237 sayılı TCK'nın 44/1 maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalarının zorunlu olduğu, 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesinde öngörülen yaptırımın, aynı Kanunun 74/1 maddesinde öngörülen yaptırımdan daha ağır olduğu, bu nedenle sanıklara ek savunma hakkının tanınarak 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesine göre mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...*", Yarg. 12. CD., 2014/8275 E., 2015/2437 K., 11.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

<sup>86</sup>

Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 567.

**Görünüşte içtima başlığında öncelikle 74. maddenin birinci ve ikinci fıkrası arasındaki içtima ilişkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir.**

Doktrinde bizim de katıldığımız Köken'e göre<sup>87</sup>; hayatın olağan akışında öncelikle arazi üzerinde ikinci fıkrada yer alan bir araştırma işlemi yapılmakta ardından birinci fıkrada yer alan kazı veya sondaj fiillerine girilmektedir. Hal böyle iken 2. fıkrada yer alan fiiller cezalandırılmayan önceki hareket olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle aynı anda iki fıkranın somut olayda vücut bulması halinde artık tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi olduğundan birinci fıkradan failin cezai sorumluluğu doğacaktır.

**Bir diğer değerlendirilmesi gereken ilişki KTVKK m. 65/1<sup>88</sup> ile m. 74/1 arasındaki ilişkidir.**

Doktrinde bir görüşe göre; aynı fiil ile iki farklı suç vücut bulduğu için TCK m. 44'te yer alan fikri içtima hali söz konusu olup iki suç arasında en ağır cezayı gerektiren suç olan KTVKK m. 65/1'de yer alan ceza hükmedilecektir<sup>89</sup>.

Doktrinde bir başka görüşe göre; bu suç tipleri arasında korunan hukuki değer aynı olduğu için ve fail aynı fiil ile hem soyut tehlike suçu hem de zarar suçu oluşturduğu için asli norm- tali norm ilişkisi bulunmakta olup izinsiz kazı esnasında korunması gerekli bir kültür varlığına zarar veren fail bakımından artık asli norm olan KTVKK m. 65/1 uygulama alanı bulacaktır<sup>90</sup>.

Kanaatimizce burada bulunan içtima ilişkisi tüketen-tüketilen norm şeklinde bir görünüşte içtima ilişkisidir. Suçlardan biri diğerinin haksızlık içeriğini de kapsamına alarak onu tüketiyor ise burada artık tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi söz konusu olacaktır. Bu ilişkide cezalandırılmayan önceki ya da sonraki fiiller söz konusudur<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Köken, s. 86-87, 133-134.

<sup>88</sup> "Tescil edilen sit alanları ve korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarının bu Kanuna göre tescil veya ilan edilmiş olmasına rağmen yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarar görmesine kasten sebebiyet verenler ile (...) (1) izin alınmaksızın inşâ ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır."

<sup>89</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 987; Yağcı/Taş/Kılıç, s. 523.

<sup>90</sup> Köken, s. 92-95.

<sup>91</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 560-571.

Nitekim Yargıtay içtihadına baktığımızda hırsızlık suçu işlenirken mala zarar verilmesi halinde artık tüketen-tüketilen norm ilişkisi nedeniyle hırsızlık suçun ceza verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Burada asli-tali norm ilişkisinin olduğunu söylemek isabetsiz olacaktır. Asli-tali norm ilişkisinin varlığından söz edebilmek için yardımcı norm diğer norm uygulanmadığı sürece uygulanabilmektedir. Tali normun amacı asli normda yer alan eksiklikleri ya da boşlukları doldurmaktır. KTVKK m.65/1 bakımından böyle bir durum söz konusu olmayıp izinsiz kazı veya sondaj eylemleri dışındaki olasılıklarda da maddenin uygulanması mümkündür. Fakat burada önemle üzerinde durulması gereken husus somut olayda failin KTVKK m. 65'te yer alan seçimlik hareketlerden birini "kasten" işlemiş olmasıdır. Çünkü kanun koyucu hükümde özellikle "kasten sebebiyet verenler" diyerek bu suçun taksirle işlenemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Hal böyle iken somut olayda failin zarar verme kastı şüpheye yer bırakılamayacak derecede tespit edilmiş ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince 65. madde vücut bulmayacak olup fail yalnızca m.74/1'den sorumlu tutulacaktır. Bir başka deyişle failin kazı esnasında kültür varlığına zarar verme ihtimalini bilmesine ve öngörmesine rağmen zararı umursamaksızın kazıya devam etmesi halinde artık bilinçli taksir değil de olası kast söz konusu olacağı için 65. madde vücut bulacaktır. Lakin fail zarar olasılığını öngörememiş veyahut öngörmüş fakat zarar neticesinin oluşmayacağı inancıyla ve zarar vermek kastı olmadan kazı esnasında kültür varlığına zarar vermiş ise 65. madde vücut bulmayacaktır.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise bu suçlar arasındaki içtima ilişkisi bakımından TCK m. 44 hükmü gereğince failin en ağır olandan cezalandırılması gerektiği genel olarak ifade edilmekle birlikte içtihadta bir birlik olmadığı görülmektedir<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> "... İlçe Jandarma Komutanlığı'na yapılan izinsiz kazı faaliyeti ihbarı üzerine, olay yeri olan .... ilçesi, ....köyü, ... Mezarlık mevkiine giden kolluk görevlilerince, özel mülkiyete konu 1486 sayılı parselde, sanıkların iş makinesi marifetiyle izinsiz kazı yaptıkları esnada yakalandıkları, olay yerinde yapılan incelemede sanıklar tarafından 1 metre derinliğinde ve 2 metre genişliğinde çukurun kazılmış olduğunun, ayrıca olay yerinde bulunan taşların iş makinesi marifetiyle bir kenarda toplandıklarının tespit edildiği, bunun üzerine sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçunda davanın açıldığı, her ne kadar sanıklar verdikleri ifadelerinde, bahse konu araziye ağaç dikmek için iş makinesi ile zemini düzelttiklerini iddia etmiş ve yargılama neticesinde sanık beyanlarına itibar edilerek beraatlerine karar verilmiş ise de; olay yerinde inceleme yapan... görevlilerince hazırlanan 15.12.2011 tarihli rapor ile 22.04.2013 tarihli olay yeri keşfine iştirak eden arkeolog bilirkişisinden alınan rapordan anlaşılacağı üzere, olay yerinde antik yapı taşları, antik yapı kalıntıları, sarnıçlar ve lahit mezarların bulunması nedeniyle, henüz sit alanı ilan edilmemişse de 2863 sayılı

*Kanun kapsamında korunması gerekli bir alan olduğu, sanıklar tarafından yapılan izinsiz kazı faaliyeti sonucu, lahit mezar, yapı kalıntıları ve taşlarının zarar gördüğü, dosya kapsamında bulunan fotoğraflardan da anlaşılacağı üzere, olay yerinin kayalık ve engebeli olduğu, izinsiz faaliyetin ağaçlandırma maksatlı yapılmadığı, kazı faaliyetinin kültür varlığı bulabilmek amacıyla yapıldığı ve iş makinesi marifetiyle yapılan kazı faaliyeti sonucu kültür varlıklarının zarar gördüğü, sanıkların eylemleri nedeniyle kültür varlıklarının zarar görebileceğini bilecek durumda buldukları, buna rağmen iş makinesiyle izinsiz kazı yapmak suretiyle korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarına zarar veren sanıkların, tek bir eylem ile kanunun birden çok maddesini ihlal etmiş oldukları, bu durumda 5237 sayılı TCK'nın 44/1 maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalarının zorunlu olduğu, 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesinde öngörülen yaptırımın, aynı Kanunun 74/1 maddesinde öngörülen yaptırımdan daha ağır olduğu, bu nedenle sanıklara ek savunma hakkının tanınarak 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesine göre mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/8275 E., 2015/2437 K., 11.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

**Karşı yöndeki görüşü içeren bir kararda ise:**

*“Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıklar müdafinin, sanıkların mahkumiyetlerine yeterli delil bulunmadığına beraatlerine karar verilmesi gerektiğine, 2863 sayılı Kanunun 74/2. maddesinin kararda tartışılmamasının usul ve yasaya aykırı olduğuna, katılan vekilinin, sanıklar hakkında alt hadden uzaklaşarak ceza tesis edilmesi gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak;*

*Dosya içeriğine göre, sanıkların, 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz, Roma dönemine ait kaya mezarında, 1 metre derinliğinde çukur açtıkları, sözü edilen bilirkişi raporunda, sanıklar tarafından gerçekleştirilen kazı eylemi nedeniyle kültür varlığının tahrip edildiğinin ve zarar gördüğünün belirtildiği, 2863 sayılı Kanunun 6498 sayılı Kanun ile değişik 65/1 ve suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 65/a maddesinde, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verilmesi eyleminin yaptırım altına alındığı, aynı Kanunun 74/1-1. cümlesinde ise, sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde izinsiz kazı yapılması suçunun düzenlendiği, kültür varlığı bulmak amacıyla izinsiz kazı yapılan yerin korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olması ve kazı eylemi ile aynı zamanda bu kültür varlığına zarar verilmesi halinde tek bir fiil ile kanunun farklı maddelerinin ihlal edilmiş olacağı, diğer yandan 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının “her ne suretle olursa olsun” zarara uğramalarına kasten sebebiyet verilmesi halinin suçun unsuru olarak tanımlanması karşısında, izinsiz kazı yapmak suretiyle taşınmaz kültür varlığına zarar verilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla sanıkların eylemlerinin 2863 sayılı Kanunun 6498 sayılı Kanun ile değişik 65/1 ve suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 65/a maddesine temas eden suç oluşturup oluşturmayacağı tartışılması gerektiği gözetilmeksizin, izinsiz kazı yapmak suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/9389 E., 2015/1405 K., 27.01.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

**Suç tipleri arasındaki bir başka ilişki KTVKK m. 67 ve 68<sup>93</sup> ile m. 74/1 arasındadır.** Burada ifade etmek gerekir ki bu suç tipleri arasında geçitli suç ilişkisi bulunmamakta olup farklı eylemler neticesinde farklı suç tipleri oluşmaktadır. Örneğin; failin izinsiz kazı neticesinde bulduğu kültür varlığını kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkarması halinde zamansal bir birlik bulunmayıp iki farklı suç oluştuğu için gerçek içtima gereği KTVKK m. 68 ve m. 74/1’de düzenlenen her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> “**Haber verme sorumluluğuna ve kültür varlığı ticaretine aykırı hareket edenler-Madde 67** – (Değişik: 23/1/2008-5728/410 md.) Kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgili olarak bildirim yükümlülüğüne mazereti olmaksızın ve bilerek aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bildirimi yapılmamış olan kültür ve tabiat varlığını satışı arzeden, satan, veren, satın alan, kabul eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu durumda birinci fıkrada tanımlanan suçtan dolayı ayrıca cezaya hükmolunmaz. Ticareti yasak olmayan taşınır kültür varlıklarının izinsiz olarak ticaretini yapan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

“**Yurt dışına çıkarma yasağına aykırı hareket edenler-Madde 68** – (Değişik: 23/1/2008-5728/411 md.) Kültür ve tabiat varlıklarını bu Kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkaran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

<sup>94</sup> **Ceylan**, Ümit: “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 292-293; **Ülgen**, Mert: “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Ticareti ve Yurt Dışına Çıkarılması Suçları (KTVKK m. 67/2, 67/3, m. 68)”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 84; **Kanbur**, Mehmet Nihat: “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasasına Muhalefet Suçu (KvTVKK m.32 ve m.68)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007, s. 224; **Köken**, s. 96-97.

“*Sanığın soruşturma aşamasında kollukta ve Cumhuriyet Savcılığı’nda verdiği benzer ifadelerde, Nisan ayı başlarında kahvehanesine içme suyu almak için T. K. D. mevkine gittiğini, bölgede gezinirken yerde 10-15 adet eski para bulduğunu, 1-2 m ileride gördüğü beyaz bir taşın da dikkatini çektiğini, evine giderek kazma kürek alıp tekrar aynı mevkiye geldiğini, taşın altını yaklaşık 25 cm kazdığına suça konu kültür varlıklarını bulduğunu, anılan varlıkları satmak için görüşmeler yaptığını, ancak satamadan kolluk kuvvetlerince yakalandığını beyan ettiği, yürütülen soruşturma sonucunda sanık hakkında “izinsiz kazı yapma” eylemi nedeniyle dava açıldığı, bununla birlikte, iddianame içeriğinde sanığın “kültür varlığı ticaretine aykırılık” eylemine dair açıklamalara da yer verildiği anlaşılmakla, sanık tarafından gerçekleştirilen her iki eylemin birbirinden bağımsız olup gerçek içtima hükümleri uygulanarak hüküm tesisi gerektiği gözetilmeksizin, “izinsiz kazı yapma” suçu geçitli suç olarak kabul edilmek suretiyle sadece “kültür varlığı ticaretine aykırılık” suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...*”, Yarg. 12. CD., 2013/25611 E., 2014/4290 K., 20.02.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

Yine failin evinde yapılan aramada korunması gereken kültür varlığının ele geçirilmesi durumunda ayrıca olay yerinde izinsiz kazı yaptığının tespit edilmesi halinde artık (çünkü fail kazı veya sondaj işlemini tamamladıktan sonra haber vermemiş olacaktır) bir ihmali bir de icrai olmak üzere iki farklı hareket iki farklı suça sebebiyet vereceği için gerçek içtima gereği KTVKK m. 67 ve m. 74/1'de düzenlenen her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>95</sup>.

Son olarak “*Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi*” başlıklı TCK m. 174'ün üçüncü fıkrasında yer alan “*Önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, kullanılış amacı gözetilerek, bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.*” şeklindeki hüküm ile çalışma konusu suç tipi arasındaki içtima ilişkisine değinmek gerekir.

<sup>95</sup> “İlçe Jandarma Komutanlığı görevlilerince ... köyünde yaptıkları devriye görevi sırasında sanık Ş. 'in ... mevkiinde izinsiz kazı yaparken suç aletleri olan 2 adet kürek, 1 adet balyoz, 1 adet kazma, 2 adet çekiç, 3 adet murç, 1 adet tahra ve çeşitli malzemeler ile yakalandığı, olay yerinin incelenmesi ile sanığın 1 x 1,5 metre genişliğinde ve 4 metre derinliğinde kazı yaptığının tespit edildiği, gerek 12.03.2010 tarihli ... Müze Müdürlüğü'nün yazısından, gerekse de olay yeri keşfi sonrası arkeolog bilirkişiden alınan 13.01.2010 tarihli rapordan olay yerinin korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı alanı olmadığı, sanığın olay günü evinde yapılan aramada 1 adet Roma döneminden kalma, 11.8 cm yüksekliğinde, pişmiş topraktan yapılmış koku kabı ile 1 adet Roma döneminden kalma, pişmiş topraktan yapılmış, 7 cm çapında, 3 cm kalınlığında ağırşakın ele geçirildiği, sanığın beyanında evinde ele geçirilen eserleri 2007 yılının yaz mevsiminde aynı bölgede yaptığı kazıda bulduğunu ve evinde süs olarak bulundurduğunu beyan ettiği, sanık beyanları ve tüm dosya kapsamından, sanığın define bulmak amacıyla birisi 2007 yılı yaz mevsiminde, diğeri 06.01.2010 tarihinde olmak üzere iki kez kazı yaptığı, kazı yapılan yerin sit alanı veya korunması gerekli başka bir yer olmadığı, sanığın ayrıca 2007 yılında bulduğu korunması gerekli taşınır kültür varlığını süresi içerisinde ilgili makamlara bildirmedeği, böylece sanığın üzerine atılı izinsiz kazı ve bildirim yükümlülüğüne aykırılık suçlarının sabit olduğu anlaşılmıştır. ...Sanığın evinde yapılan aramada ele geçirilen dava konusu eserleri sanığın 2007 yılının yaz mevsiminde yaptığı kazı neticesinde bulduğunu beyan ettiği, 5237 sayılı TCK'nın 44 maddesinde düzenlenen fikri içtima kaidesinin objektif koşullarının “tek bir fiilin bulunması” ve “birden fazla kanun hükmünün ihlali” olduğu, somut durumda ise, sanık tarafından izinsiz kazı yapma ve bu kazı neticesinde bulduğu tarihi eserleri 2863 sayılı Kanununun 4. maddesinde belirtilen 3 günlük bildirim süresi içerisinde yetkili mercilere bildirmemek şeklinde gerçekleşen iki ayrı eylem mevcut olduğu, izinsiz kazı yapmak ve haber verme yükümlülüğüne aykırılık suçlarının birbirinden bağımsız ve ayrı suç tipleri olduğu, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı, gerçek içtima kuralının tabiki ile sanığın 2863 sayılı Kanununun 74/1. maddesinin yanında 67/1 maddesi uyarınca da cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından, tebliğnamede bu yöndeki bozma öneren düşünceye iştirak edilmemiştir.”, Yarg. 12. CD., E. 2013/22619, K. 2014/1588, T. 27.1.2014, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).



İfade etmek gerekir ki suçun unsurları ve korunan hukuki değerlerin farklı olduğu ve failin bir fiil ile iki farklı suça sebebiyet verdiği dikkate alındığında burada gerçek içtima ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle failin izinsiz kazı esnasında aynı zamanda patlayıcı kullanması halinde her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir<sup>96</sup>.

## VII. ETKİN PİŞMANLIK

Kanun koyucu KTVKK 74. maddenin 3. ve 4. fıkrasında iki farklı etkin pişmanlık düzenlemesi yapmıştır. KTVKK 74. maddenin 3. fıkrası hem izinsiz kazı ve sondaj yapma suçu hem de izinsiz define araştırmak suçu bakımından geçerli iken 4. fıkra yalnızca izinsiz define araştırmak suçu bakımından geçerlidir.

KTVKK 74. madde 3. fıkra da yer alan etkin pişmanlık hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için: Failin 74. maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olması ve bu suç neticesinde bulunduğu kültür varlığını soruşturma başlamadan önce mahallî mülkî amire teslim etmesi gerekmektedir. Bu koşulları sağlaması halinde fail hakkında verilecek cezada üçte ikisine kadar indirim yapabilecektir. Soruşturma kavramından ne anlamamız gerektiği Ceza Muhakemesi Kanunu m. 2/1-e’de “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*” olarak tanımlanmıştır.

<sup>96</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 987-988.

“...sonuç olarak suça konu insan gücü ile kaldırılamayacak büyüklükteki kaya ve kaya parçalarının etrafları kazılmak sureti ile açıldıktan sonra akım kaynağını seyyar jeneratörden alan hilti ve delici uç marifetiyle bir kaç yerinden delinip, mavi renkli plastik boru parçaları içerisinde barut veya el yapımı patlayıcı madde doldurularak ve koli bandı ile sarılıp sıkıştırılarak hazırlanan düzeneklerin kaya üzerine açılan deliklere yerleştirilip patlatılması ile kaya ve kaya parçalarının parçalandıkları, kullanılan malzemelerin piyasada kolaylıkla bulunabilen malzemelerden olmaları, miktar açısından az olması ve düşük güçteki patlayıcılık özelliklerinden dolayı 5237 sayılı TCK m.174/3 kapsamında olduğu hususlarının saptandığı, sanıkların, olay günü define işaretlerini araştırdıklarına, kazı yapmadıklarına dair savunmalarına olayın gelişimi, kazı yapılan bölgede ve sanıkların içerisinde buldukları araçta ele geçirilen aletler, tanık anlatımları ve bilirkişi raporları nazara alındığında itibar edilemeyeceği, tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olan kaya mezarında izinsiz kazı eylemi gerçekleştirdiklerinin ve patlayıcı madde bulduklarının ve kullandıklarının kabulü gerektiği anlaşılmakla...”, Yarg. 12. CD., E. 2014/10276, K. 2015/8995, T. 26.05.2015, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

Burada görüldüğü üzere kanun koyucu fail bakımından tazminat ya da aynen iade gibi kurumları düzenlememiştir. Bunun sebebi burada önem arz eden hususun zararın tazmini değil de bulunan kültür varlığının teslimi olmasıdır<sup>97</sup>. Önemle ifade etmek gerekir ki fıkra “*indirim yapılabilir*” denerek hakime indirim konusunda bir takdir hakkı verilmiştir<sup>98</sup>. Doktrinde bu şekilde bir takdir hakkının verilmesinin isabetsiz olduğu, suçlulukla etkin bir şekilde mücadele için bu hükmün emredici nitelikte düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

KTVKK 74. madde 4. fıkrada düzenlenen etkin pişmanlık hükmü ise yalnızca izinsiz define araştıran hakkında uygulanabilecek olup şu koşulların bulunması gerekmektedir: Fail hakkında kovuşturma başlayınca kadar kendisini izinsiz define araştırma fiilini işlemeye gerekli cihazları temin etmek suretiyle sevk eden kişilerin kimliklerini açıklaması ve yakalanmasını sağlamalıdır.

Kovuşturma kavramından ne anlamamız gerektiği konusunda ise Ceza Muhakemesi Kanunu m. 2/1-e’de yer alan “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*” tanımı yol gösterecektir. Burada önem arz eden ilk husus failin kişilerin yalnızca kimliklerini açıklaması yeterli olmayıp aynı zamanda yakalanmalarını sağlamalarıdır. Hayatın olağan akışı ve uygulamaya bakıldığında bu iki şartın “ve” bağlacı ile bir arada aranması hükmü adeta uygulanamaz hale getirmektedir. Yine “*sevk etmek*” fiili bildirilecek failer bakımından yeterli olmayıp aynı zamanda “*define araştırma fiilini işlemeye gerekli cihazları temin etmek suretiyle*” sevk etmeleri gerekmektedir. Burada sevk etmek fiilinden ne anlaşılması gerektiği belirsiz bir husustur. Bu kavramın iştirak kurumu kapsamında azmettiren mi yoksa yardım eden olarak mı nitelendirilmesi gerektiği kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır<sup>100</sup>.

### VIII. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

Bu suç takibi şikayete bağlı olmayıp re’sen takip edilmektedir. Kanun hükmü gereğince kültür varlıkları bulmak amacıyla, izinsiz olarak kazı veya sondaj yapan fail, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu 2863 sayılı Kanun’a göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek

<sup>97</sup> Katoğlu, s. 296-297.

<sup>98</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 986.

<sup>99</sup> Köken, s. 99.

<sup>100</sup> Katoğlu, s. 297-298.

cezanın üçte biri indirilir. Hükümde “indirilir” denerek kanun koyucu emredici bir hüküm düzenlemiş olup takdir hakkı tanımamıştır<sup>101</sup>.

Bir diğer önemli husus 2. fıkarda bakımından öngörülen “Ancak, bu fiillerin yurt dışına kültür varlıklarını kaçırma amacıyla veya kültür varlıklarının korunmasında görevli kişiler tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza iki katına kadar artırılır.” düzenlemesinin birinci fıkarda düzenlenen çalışma konumuz suç bakımından da uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Kanaatimizce burada kanun koyucunun fıkayı düzenleme yerinden ziyade düzenleme amacına bakılarak birinci fıkra bakımından da uygulanabileceğini belirtmek gerekir. Bununla birlikte kanun koyucunun sistematik açıdan bir belirsizlik doğmaması adına bu artırım nedeninin düzenleme yerini gözden geçirmesi gerekmektedir<sup>102</sup>.

Yine bu artırım nedeninde “görevli kimseler” kavramından ne anlamamız büyük önem arz etmektedir. Kanaatimizce burada kanun koyucu 2863 sayılı Kanun bağlamında kültür varlığını korumakla görevli kamu görevlilerini kastetmektedir. Aksi bakış açısı hükmün amacını aşan bir yorum niteliğinde olacak orantısız bir cezalandırmanın doğmasına neden olacaktır.

Bu suç tipi bakımından kanunda düzenlenen cezanın üst sınırı beş yıl olduğu için 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”un 11. maddesi gereğince bu suç bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Köken, s. 98.

<sup>102</sup> Köken, s. 100.

<sup>103</sup> “Sanık A.. A.. hakkında, temyize gelmeyen sanık T.. K.. ile birlikte define bulmak amacıyla kazı yaptığı iddia edilerek 2863 sayılı Kanunun 74/2. Maddesi uyarınca cezalandırılması istemi ile dava açıldığı, sanığa isnat olunan kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma suçunun 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında kalan bir yerde işlenmesi halinde, aynı Kanunun 74/1. cümlesinin uygulanacağı, belirtilen kapsam dışında bir yerde işlenmesi halinde ise 74/1-1. cümleye göre belirlenecek temel cezadan, 74/1-2. cümle uyarınca indirim yapılacağı, 2863 sayılı Kanunun 5728 sayılı Kanun ile değişik 74/2 maddesinin, izinsiz kazı yapılması halinde uygulanmayıp, 2863 sayılı Kanun kapsamında tescilli veya 6. madde uyarınca tescile gerek olmadan korunması gerekli yerlerde icra edilmek kaydıyla araziye fiziki müdahale teşkil etmeyen yüzeysel araştırma faaliyetlerinde bulunulması durumunda mevzu bahis olacağı, bu bakımdan sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki beyanları ile diğer tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yine olay yerinde keşif yapıp kazı mahallinin niteliği kesin biçimde tespit edilerek yargılama yapma görevinin 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 10, 11 ve 12. maddeleri uyarınca Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilmeksizin,

Son olarak bu suç tipi bakımından TCK m. 66/1-e hükmü gereğince dava zamanaşımı 8 yıl, TCK m. 68/1-e hükmü gereğince de ceza zamanaşımı on yıldır.

### SONUÇ

Çalışma boyunca değinilen hususlar göstermektedir ki izinsiz kazı ve sondaj yapma suçu ile ilgili uygulamada ortaya çıkan hukuki sorunların kökeninde öncelikle suçun kanuni düzenlemesi yer almaktadır. Suçun kanuni düzenlemesine bakıldığında hükmün başlığında her ne kadar “*izinsiz araştırma*” gibi bir kavram tercih edilmiş olsa da izinsiz araştırma fiili kanunda suç olmaktan çıkarıldığı için kanun hükmünün başlığının yeniden düzenlenmesi gerektiği görülmektedir. Yine hükümde kazı ve sondaj fiillerinin “*ve*” bağlacı kullanılarak düzenlenmesi suçun oluşması için bu fiillerin beraber aranması gerektiği izlenimine neden olmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucunun hükmün başlığında “*ve*” bağlacı yerine “*veya*” bağlacı kullanması daha isabetli olacaktır.

Suçun kanuni düzenlemesi gereği eylem bakımından kazılan alanın sit alanı veyahut korunması gerekli başka bir yer olup olmaması önem arz etmemektedir. Burada ikili bir ayırım yapılarak ceza miktarının tayin edilmesi gerekmektedir. Bu suç tipinde uygulamada yaşanan bir diğer temel sorun sondaj ve kazı eylemlerinin birbirinden ayırt edilememesi ve çok fazla iç içe geçmiş olmasıdır. Kanaatimizce kanun koyucu hükmü düzenlerken sondaj gibi teknik bir kavramdan ne anlaşılması gerektiğini en azından hükmün gerekçesinde ifade etmeliydi. Çünkü literatüre bakıldığında sondaj eylemi kazı fiilinden daha komplike olup kültür varlığına verebileceği zararın veyahut ortaya çıkacak tehlikenin daha yoğun olduğu görülmektedir. Yine sondaj fiili için gerekli olan ekipmanın kazı fiili için gerekli olandan daha karmaşık ve maliyetli olduğu görülmektedir. Hal böyle iken kanun koyucu öncelikle bu eylemlerden ne anlaşılması gerektiğini mukayeseli bir şekilde ortaya koyarak verilecek ceza miktarı bakımından da farklı bir düzenleme getirmeliydi. Nitekim uygulamaya bakıldığında sondaj eyleminden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama ya da kıstas görülmemektedir. Birçok olayda ya da kararda sondaj fiiline “kazı” dendiği görülmektedir.

İzinsiz kazı ve sondaj suçunun tipi göz önünde bulundurulduğunda failin kusurluluğunu etkileyen ya da kaldıran hallerin tamamının uygula-

---

*yargılamaya devamla davanın sonuçlandırılması...*”, Yarg. 12. CD., 2014/3164 E., 2014/25128 K., 09.12.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

mada gerçekleşme olasılığı pek zor olduğu için çalışmada yalnızca mazeret sebeplerinden cebir, şiddet ve tehdide ve kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen hallerden hata haline değinmiştik. Hata bakımından temel tartışmalı husus “*emir hatası/yasak hatası*” olarak da ifade edilen TCK m. 30/4’te yer alan hata düzenlemesinin bu suç tipi bakımından uygulanabilirliğidir. Nitekim uygulamada zaman zaman şüpheli/sanığın mülkiyetinde olan arazide sınırsız bir tasarruf yetkisinin olduğunu düşündüğü bu nedenle KTVKK m. 36’da yer alan izin yükümlülüğünden haberdar olmadığını ileri sürdüğü görülmektedir. Burada TCK m.30/4 bakımından ilgili koşulların bulunması halinde; failin fiili TCK m.30’un birinci fıkrasından farklı olarak failin kastını ortadan kaldırmayacak olup yalnızca kusurluluğunu ortadan kaldıracığı için fail cezalandırılmayacaktır.

Bu suça teşebbüste tartışmalı hususlardan ilki hazırlık hareketi-icra hareket ayırımına ilişkindir. Örneğin failin icra hareketlerine başlamadan suça konu fiili işlemek amacıyla kullandığı araç veya gereçlerle (kazma, kürek, dinamit vb.) kazı veya sondaj alanında kolluk güçlerince yakalanması veyahut icra hareketlerine henüz başlamış olan fail/faillerin kolluk tarafından yakalanması gibi bir halde teşebbüs bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacağı doktrinde tartışmalı bir husustur. Somut olayda yer alan hususlar bütüncül bir şekilde değerlendirildiğinde fail aletleri hiç kullanmamış ve icra hareketi olarak kabul edilebilecek başka bir fiil yok ise burada failin filleri hazırlık hareketi olarak kabul edilecek olup failin cezai sorumluluğundan söz edilememelidir. Eğer fail aleti kullanmış fakat kastı aletin niteliğinden ya da olaydaki diğer hususlardan kuşkuya yer bırakmaz şekilde tespit edilemiyor ise şüpheden sanık yararlanır denerek lehe olan hükmün uygulama alanı bulması gerekecektir.

Yine bu suç tipinde teşebbüs bakımından değerlendirme yapılırken keşifte kazının kültür varlığını elde etmeye yeterli derinliğe ulaşıp ulaşılmadığı ve kültür varlığının bulunup bulunmadığı yol gösterici ve tartışma barındıran hususlardır. Uygulamaya bakıldığında Yargıtay kültür varlığının bulunmadığı kazılar bakımından ülkemizde tarımsal faaliyetler için öngörülen 40 cm derinlik kıstasını esas alarak bir teşebbüs değerlendirmesi yaptığı görülmektedir. Kanaatimizce bu şekilde bir yaklaşım isabetsizdir. Kullanılan bu ölçüt ülkemizin tarımsal faaliyetleri esas alınarak belirlenmiş genel bir ölçüt niteliğindedir. Somut olayda kazı veya sondajın yapıldığı arazinin yapısının her seferinde kazının gerçekleştiği bölgenin toprak yapısını veya geçmişini bilen uzmanlar ve bilirkişiler vasıtasıyla ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu suç tipi bakımından iştirak hükümlerine ilişkin özellikli bir hal bulunmayıp Türk Ceza Kanunu'nun 37, 38 ve 39. maddesindeki hükümler geçerli olacaktır. Bu hususla birlikte bu suç tipi bakımından yaygın olarak müşterek faillik ya da yardım eden söz konusu olmaktadır. Azmettirmenin uygulamada karşılaşılması zor bir ihtimaldir.

Suç tipindeki içtima ilişkisinde öncelikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği ele alındığında; failin aynı suç işleme kararıyla farklı zamanlarda birden fazla kazı veya sondaj fiili var ise artık tek bir suç oluştuğunu kabul ederek TCK m. 43/1 gereği fail hakkında verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir. Eğer failin farklı suç işleme kararlarıyla hareket ederek farklı zamanlarda farklı mekanlarda birden fazla kazı veya sondaj fiili var ise burada artık zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak olup her bir kazı veya sondaj eylemi bakımından gerçek içtima gereği ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Çünkü zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için yer, zaman ve en önemlisi amaç birliğinin bulunması gerekmektedir.

Bu suç bakımından fikri içtima hükümleri ele alındığında gündeme gelebilecek temel tartışma konularından biri TCK m. 154'te düzenlenen "*Hakkı Olmayan Yere Tecavüz*" ve TCK m. 151'de düzenlenen "*Mala Zarar Verme*" zarar suçları ile çalışmaya konu suç arasındaki içtima ilişkisi olacaktır. Kanaatimizce tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi ele alınırken başlı başına suçla korunan hukuki değerden hareketle bir belirleme yapmak her daim adil neticeler doğurmayacak ve isabetli olmayacaktır. Nitekim çalışma konumuz suç tipi bakımından tehlike suçu bakımından görülen ceza miktarı söz konusu örnekte yer alan zarar suçlarında görülen cezadan fazla olup bir geri çekilme söz konusu değildir. Hal böyle iken burada suçla korunan hukuki değerden hareketle bir görünüşte içtima halinin mümkün olduğu söylenemeyecektir. Keza suçların mağdurları arasında da farklılık bulunmaktadır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki örnekte yer alan zarar suçlarının koruduğu hukuki değer de KTVKK m. 74/1'de farklıdır. Hal böyle iken tehlike suçu-zarar suçu içtimasında ilişkin kesin ve genel bir kural belirlemek yerine somut olayın özelliklerine göre fiilin teklifi, söz konusu suç tiplerinin özelliği, korunan hukuki değerler gibi bütün hususların bütüncül bir şekilde ele alınması gerekecektir. Hal böyle iken gerek TCK m. 151 gerek m. 154 bakımından KTVKK m. 74/1 arasındaki içtima ilişkisi ele alınırken korunan hukuki değerlerin, mağdurların farklı oluşu ve fiilin teklifinin somut olayda mümkün olması/oluşu nedeniyle burada TCK m. 44 anlamında tek bir fiil ile birden fazla farklı suç oluştuğu için fikri içtima hükümleri gereğince fail en ağır olandan cezalandırılacaktır.

Bu suç bakımından görünüşte içtima halleri ele alındığında gündeme gelebilecek temel tartışma konularından biri ise 74. maddenin birinci ve ikinci fıkrası arasındaki içtima ilişkisidir. Kanaatimizce burada somut olayda her iki suçun da koşullarının oluşması halinde artık tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi olduğundan birinci fıkradan failin cezai sorumluluğu doğacaktır. Yine burada bir diğer değerlendirilmesi gereken ilişki KTVKK m. 65/1 ile m. 74/1 arasındaki ilişki olacaktır. Kanaatimizce burada da somut olayda her iki suçun da koşullarının oluşması halinde artık tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi söz konusu olacaktır. İçtima bakımından son olarak KTVKK m. 67 ve 68 ile m. 74/1 arasındaki içtima ilişkisi ele alındığında ifade etmek gerekir ki iki farklı suç oluştuğu için gerçek içtima gereği fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Bu suç bakımından etkin pişmanlık mümkün olup kanun koyucu KTVKK 74. maddenin 3. ve 4.fıkrasında iki farklı etkin pişmanlık düzenlemesi yapmıştır. KTVKK 74. maddenin 3. fıkrası hem izinsiz kazı ve sondaj yapma suçu hem de izinsiz define araştırmak suçu bakımından geçerli iken 4. fıkrası yalnızca izinsiz define araştırmak suçu bakımından geçerlidir.

**KAYNAKÇA**

- Artuç**, Mustafa: Özel Ceza Yasaları Pratik Kitap, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Bacaksız**, Pınar: “Türk Ceza Hukuku’nda Teşebbüs ve İştirak”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:26, Aralık 2014, s. 249-252.
- Bal**, Nimet: “Selmanlı Tümülüsü Kurtarma Kazısı”, Müze Çalışmaları ve Kurtarma Kazıları Sempozyumu, 14-17 Kasım 2013 Adana, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, <https://kvmgm.ktb.gov.tr/Eklenti/31925,muzecalis22.pdf?0>, s.337-349.
- Ceylan**, Ümit: “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.
- Cinemre**, Okan: “2012 Yılı Akyurt – Kalaba Tümülüsü Kurtarma Kazısı”, Müze Çalışmaları ve Kurtarma Kazıları Sempozyumu, 14-17 Kasım 2013 Adana, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, <https://kvmgm.ktb.gov.tr/Eklenti/31925,muzecalis22.pdf?0>, 349-365.
- Çelen**, Ömer: Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail- Yardım Eden Ayrımı), Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Çolak**, Nusret İlker: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Doğan**, Koray, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16 Ocak 2014, s. 1-38.
- Eröksüz**, Can: Arkeolojik Sit Alanları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Ersoy**, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41 Ocak 2020, s. 27-64.
- Göktürk**, Neslihan: Fikri İçtima (Suçların İçtimai), Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Güleç**, Sesim Soyer: “Türk Ceza Kanunu’nda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 59-91.
- Günay**, Erhan: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.



- Kanadoğlu**, Sabih: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Kanbur**, Mehmet Nihat: “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına ıkarılma Yasasına Muhalefet Suçu (KvTVKK m.32 ve m.68)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007.
- Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Koca**, Mahmut/**zlmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geğirilmiiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Köken**, Enes: Kültür&Tabiat Varlığı/ Define Kavramları ile İzinsiz Araştırma, Kazı ve Sondaj Yapmak Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- zbek**, Veli zer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- zdemir**, Adil: Sondaj Tekniğine Giriş, 2. Baskı, Mattek Matbaacılık, Ankara 2009.
- zkepir**, Ramazan/**Hürmüz**, Peyman: İçtihatlı zel Ceza Kanunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Sancakdar**, Oğuz: Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım), Güncellenmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Sancakdar**, Oğuz/**Yağcı**, Pınar/**Taşyıldız**, şükür/**ırak**, Ezgi: Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Szier**, Adem: “Türk Ceza Kanunu’nda ngrlen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 2014, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48103/608287>, s. 230-233.
- Ülgen**, Mert: “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Ticareti ve Yurt Dışına ıkarılması Suçları (KTVKK m. 67/2, 67/3, m. 68)”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Yağcı**, Ali/**Taş**, Rabia/**Kılıç**, Tuđęe: (Açıklamalı-İçtihatlı) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.