

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW



Cilt: **12**, Sayı: **1**, Yıl: **2022**
Volume: **12**, No: **1**, Year: **2022**

ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): **12**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2022, ISPARTA**
ISBN: **2146-7129**

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): **12**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2022, ISPARTA**
ISBN: **2146-7129**

Sahibi / Owner

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Yüksel METİN
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ
Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK
Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER
Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER
Arş. Gör. Egemen ESEN
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ

Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY
Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI
Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design
SDÜ Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By
SDÜ Basımevi Isparta
ISBN: 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info
Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>
E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr
Tel: 0 246 211 00 02
Faks: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr Mariagiulia GIUFFRÉ	Edge Hill University / Ormskirk
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/pub/sduhfd/writing-rules>).

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucular,

Hukukun her dalında özgün ve bilimsel çalışmalara yer vererek ulusal ve uluslararası hukuk literatürüne katkı sağlama ve ayrıca hukukun köklü ve güncel sorunlarına çözüm bulmaya çalışarak hukuka hizmet etme hedefimizi on iki eser ile bu sayıda da gerçekleştirdik.

Derginin bu sayısında kamu hukuku makaleleri kısmında, Arş. Gör. Dr. Türker Ertaş'ın "Amerikan Siyasi Tarihinde Başkanların Impeachment Usulü İle Suçlandırılması: Johnson, Nixon, Clinton ve Trump Örnekleri Üzerinden Anayasal Bir İnceleme" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi İsmail Yüksel'in "Türkiye'nin "Anayasal Zorlama" İle Sınanması" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Ayşe Yaman Kaplan'ın "Yürütme Organının Kanun Yapım Sürecine Etkisi Bakımından Türk Anayasalarının Karşılaştırılması" başlıklı araştırma makalesi, Orbay Bahri Ulgar'ın "Avrupa Savcılığı ve Bu Kurumun Bakmaya Yetkili Olduğu Suçlar" başlıklı araştırma makalesi, Burç Volkan Zor'un "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği" başlıklı araştırma makalesi, Yusuf Karadeniz'in "Jandarma Teşkilatı Özelinde Ceza Hukuku Genel Hükümleri İle Ceza Muhakemesi Hukuku Kurallarının Kolluk Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği" başlıklı araştırma makalesi ve Doç. Dr. Fatih Öztürk'ün İngilizce kaleme aldığı "Amerikan McCartizm Dönemini Post-Modern Türk Askeri Darbesi 28 Şubat, 1997 İle Kıyaslamak" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Özel hukuk makaleleri kısmında ise Doç. Dr. Efe Direnisa'nın "Üçüncü Kişinin Gerçeğe Aykırı İtirazda Bulunması Nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 89/4 Hükümü Uyarınca Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılıp Açılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Mehmet Akçaal'ın "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun'la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Volkan Özçelik'in "'Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun' İle İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı Hakkındaki Değişikliğin Ön İncelemeye Etkisi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Nazım Aksoy'un ve Mehmet Sürücü'nün "Karşılıksız Çeklerdeki Hukukî ve Cezai Sorumluluğun Türk ve Rus Ticari Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi ve Dr. Yakup Önder Mercangöz'ün "Teknoloji Çağında AB ve Türk Rekabet Hukuku Sistemlerinde İlgili Pazarın Belirlenmesi" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Derginin bu sayısına çok kıymetli eserleriyle katkı sunan tüm yazarlarımıza teşekkür eder, bilim dünyasına faydalı olmasını temenni ederim.

Editör
Prof. Dr. Yüksel METİN

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Arş. Gör. Dr. Türker ERTAŞ	3
<i>AMERİKAN SİYASİ TARİHİNDE BAŞKANLARIN IMPEACHMENT USULÜ İLE SUÇLANDIRILMASI: JOHNSON, NIXON, CLINTON VE TRUMP ÖRNEKLERİ ÜZERİNDEN ANAYASAL BİR İNCELEME</i>	
<i>IMPEACHMENTS OF THE U.S. PRESIDENTS IN THE AMERICAN POLITICAL HISTORY: A CONSTITUTIONAL STUDY BASED ON THE EXAMPLES OF JOHNSON, NIXON, CLINTON AND TRUMP</i>	
Dr. Öğr. Üyesi İsmail YÜKSEL	91
TÜRKİYE'NİN "ANAYASAL ZORLAMA" İLE SINANMASI	
<i>SHOWDOWN OF TURKEY WITH "CONSTITUTIONAL HARDBALL"</i>	
Arş. Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN.....	117
YÜRÜTME ORGANININ KANUN YAPIM SÜRECİNE ETKİSİ BAKIMINDAN TÜRK ANAYASALARININ KARŞILAŞTIRILMASI	
<i>COMPARISON OF TURKISH CONSTITUTIONS IN TERMS OF THE EFFECT OF EXECUTIVE BODY ON THE LAWMAKING PROCESS</i>	
Orbay Bahri ULGAR	171
AVRUPA SAVCILIĞI VE BU KURUMUN BAKMAYA YETKİLİ OLDUĞU SUÇLAR	
<i>EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND THE CRIMES IN ITS JURISDICTION</i>	
Burç Volkan ZOR	201
CEZA HUKUKU İLKELERİNİN DİSİPLİN HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ	
<i>ENFORCEABILITY OF CRIMINAL LAW PRINCIPLES IN DISCIPLINARY LAW</i>	
Yusuf KARADENİZ.....	251
JANDARMA TEŞKİLATI ÖZELİNDE CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLERİ İLE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU KURALLARININ KOLLUK DİSİPLİN HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ	
<i>APPLICABILITY OF GENERAL PROVISIONS OF CRIMINAL LAW AND RULES OF CRIMINAL PROCEDURE IN THE LAW OF DEFENSE DISCIPLINE SPECIFIC TO THE GANDARMA ORGANIZATION</i>	
Doç. Dr. Fatih ÖZTÜRK	299
COMPARING THE ERA OF AMERICAN McCARTHYISM TO THE POST-MODERN TURKISH MILITARY COUP OF FEBRUARY 28 th , 1997	
<i>AMERİKAN McCARTİZM DÖNEMİNİ POST-MODERN TÜRK ASKERİ DARBESİ 28 ŞUBAT, 1997 İLE KIYASLAMAK</i>	

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Doç. Dr. Efe DİRENİSA 329

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN GERÇEĞE AYKIRI İTİRAZDA BULUNMASI NEDENİYLE İCRA VE İFLÂS
KANUNU'NUN 89/4 HÜKMÜ UYARINCA AÇILACAK TAZMİNAT DAVASININ BELİRSİZ ALACAK
DAVASI ŞEKLİNDE AÇILIP AÇILAMAYACAĞI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*AN EVALUATION ON WHETHER THE COMPENSATION ACTION TO BE FILED PURSUANT TO
THE 89/4 OF THE EXECUTION AND BANKRUPTCY LAW DUE TO THE FALSE OBJECTION OF THE
THIRD PARTY CAN BE FILED AS AN UNQUANTIFIED DEBT CLAIM*

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL 361

KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KİRA BEDELİNDE ARTIŞA İLİŞKİN 7161 SAYILI
KANUN'LA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*ANALYSE OF AMENDMENTS IN THE LAW NO. 7161 REGARDING THE INCREASE IN LEASE
PRICE OF RESIDENCE AND ROOFED WORK PLACE RENTS*

Dr. Öğr. Üyesi Volkan ÖZÇELİK 385

“HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA
KANUN” İLE İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI
HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİĞİN ÖN İNCELEMeye ETKİSİ

*THE EFFECT ON PRELIMINARY PHASE OF THE AMENDMENT ON THE “LAW ON THE LAW ON
CIVIL PROCEDURES AND THE LAW ON CHANGE TO SOME LAWS” AND THE PROHIBITION ON
THE EXTENSION AND CHANGE OF THE CLAIM AND DEFENSE*

Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY - Mehmet SÜRÜCÜ 405

KARŞILIKSIZ ÇEKLERDEKİ HUKUKÎ VE CEZÂİ SORUMLULUĞUN TÜRK VE RUS TİCARİ MEVZUATI
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*THE EVALUATION OF THE LEGAL AND CRIMINAL LIABILITY ON THE DISHONoured CHEQUES
IN TERMS OF TURKISH AND RUSSIAN COMMERCIAL LEGISLATION*

Dr. Yakup Önder MERCANGÖZ 445

TEKNOLOJİ ÇAĞINDA AB VE TÜRK REKABET HUKUKU SİSTEMLERİNDE İLGİLİ PAZARIN
BELİRLENMESİ

*DETERMINATION OF RELEVANT MARKET IN EU AND TURKISH COMPETITION LAW IN
TECHNOLOGY AGE*

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

AMERİKAN SİYASİ TARİHİNDE BAŞKANLARIN IMPEACHMENT USULÜ İLE SUÇLANDIRILMASI: JOHNSON, NIXON, CLINTON VE TRUMP ÖRNEKLERİ ÜZERİNDEN ANAYASAL BİR İNCELEME^(*)

Arş. Gör. Dr. Türker ERTAŞ^(**)

Öz

Impeachment, esas olarak yetkilerini kötüye kullanan federal görevlilerin Kongre bünyesinde suçlandırılıp mahkûm olmaları suretiyle görevden alınmalarını sağlayan siyasi ve anayasal bir denge ve denetleme mekanizması olarak tasarlanmıştır. Bununla birlikte impeachment usulü, bölünmüş ve yarı-bölünmüş yönetim dönemlerinde Kongre'nin Başkana karşı kullandığı siyasi bir silah hüviyetine bürünmüştür. Impeachment mekanizması ile Kurucuların esas niyeti olan siyasal düzenin başkanın keyfi işlemlerine karşı korunması ve anayasal düzenin muhafaza edilmesi işlevi, zaman içerisinde yerini başkanların sadece Kongre'nin kendisine muhalif parti tarafından kontrol edildiği dönemlerde suçlandırıldığı partizan merkezli uygulamaya bırakmıştır. Nitekim Anayasa'daki ağır suçlar ve kabahatler ifadesinin belirsizliğini koruyarak partizan çekişmenin merkezinde olması karşısında Johnson, Nixon, Clinton ve Trump'a ilişkin suçlandırma süreçlerinin her birinde az ya da çok politik saik göze çarpmaktadır. Söz konusu politik saik sadece suçlandırmayı yapan Kongre üyeleri değil, suçlandırılan Başkanın partisine mensup Kongre üyelerinde de görünmektedir.

Anahtar Kelimeler

Suçlandırma İbaresini, Ağır Suçlar ve Kabahatler, Birleşik Devletler Temsilciler Meclisi, Birleşik Devletler Senatosu, Birleşik Devletler Başkanları.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.03.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 12.04.2022.

Atıf Şekli: Türker Ertaş, "Amerikan Siyasi Tarihinde Başkanların Impeachment Usulü ile Suçlandırılması: Johnson, Nixon, Clinton ve Trump Örnekleri Üzerinden Anayasal Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 3-89.

Bu makalenin yazımı sırasında yararlanılan kaynakların bir kısmına ulaşmamda desteğini ve yardımını esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Monica Claes'e teşekkürü bir borç bilirim.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye.

E-posta: turker.ertas@deu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9594-4877>.

IMPEACHMENTS OF THE U.S. PRESIDENTS IN THE AMERICAN POLITICAL HISTORY: A CONSTITUTIONAL STUDY BASED ON THE EXAMPLES OF JOHNSON, NIXON, CLINTON AND TRUMP

Abstract

Impeachment has originally been designed as a political and constitutional checks and balances mechanism providing for the removal of federal officers who abuse powers vested in their office upon accusation and conviction by the U.S. Congress. However, impeachment has evolved into a political tool of Congress against the presidents in periods of divided or quasi-divided governments. Framers' original intent of protecting the Republic from the arbitrariness of a president and preserving the constitutional order was overwhelmed by the party-political logic under which Presidents could be impeached only when the opposing party controlled Congress in practice. The political motive can be seen more or less in all impeachments of Johnson, Nixon, Clinton and Trump as the meaning of high crimes and misdemeanors has proved to be elusive and has been in the center of partisan controversy. Both, the Congresswomen/Congressmen impeaching the president as well as the Congresswomen/Congressmen belonging to the political party of the impeached president have such a political motive.

Keywords

Impeachment Clause, High Crimes and Misdemeanors, United States House of Representatives, United States Senate, Presidents of the United States.

GİRİŞ

Impeachment; Amerikan siyasi düzeninde sadece Başkan değil tüm federal görevliler için öngörülen, ceza muhakemesine ait unsurlar barındıran ve politik niteliği haiz anayasal bir görevden alma mekanizmasıdır. Bir kere Amerikan Anayasası Başkan, Başkan Yardımcısı ve federal yargıçlar da dâhil olmak üzere tüm federal görevliler için aynı suçlandırma usulü öngörmektedir. Başka bir deyişle Amerikan Anayasası uyarınca Başkanın tabii olduğu ayrı bir suçlandırma usulü yoktur. İkinci olarak her ne kadar terim olarak suçlandırma anlamına gelse ve bunun yanında yargılama, tanık dinleme, delil toplama, mahkûmiyet, beraat, hüküm gibi ceza muhakemesi terim ve aşamalarını ihtiva etse de impeachment esasen cezai niteliği haiz bir soruşturma usulü değildir. Nitekim impeachment usulünün tetiklenmesi ve sürdürülmesi için ceza hukuku bağlamında suç teşkil eden bir eylemin varlığına gerek yoktur. Suçlandırılma sonucunda yargılanarak suçlu bulunan bir federal görevli ise görevinden alınmış olur, yoksa söz konusu federal görevlinin cezai sorumluluğu doğmaz. Amerikan Anayasası'nda Başkan, Başkan Yardımcısı ve federal görevlilerin cezai sorumluluğunun usul ve esasları düzenlenmemektedir. Kaldı ki Amerikan siyasi düzeninde federal görevlileri suçlandırma ve yargılama yetkisi sırasıyla Temsilciler Meclisi ve Senato'ya aittir. Başka bir ifadeyle impeachment süreci, politik niteliği haiz yasama organı olan Kongre'nin bünyesinde ve inisiyatifinde yürütülmektedir.

Konuyu Amerikan Başkanları açısından ele alacak olursak başkanlık hükümet sisteminin tipik örneği olan A.B.D.'de kuvvetlerin sert ayrılığının benimsenmesinin bir yansıması olarak gerek Başkanın Kongre tarafından görevden alınması, gerekse Başkan tarafından Kongre seçimlerinin yenilenmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte yukarıda da belirttiğimiz üzere impeachment usulü Başkan dâhil federal görevlilerin Kongre bünyesinde görevden alınmalarına cevaz vermektedir. Bu hususta impeachment mekanizması, parlamenter hükümet sistemindeki siyasi sorumluluk ve güvensizlik oyu mekanizmasından farklıdır. Nitekim Amerikan anayasal düzeninde bir federal görevli ancak temsilcilerin suçlandırması ve akabinde yapılan yargılama sonunda senatörlerin üçte ikisinin suçlu oyu vermesi üzerine görevden alınabilir. Bu açıdan parlamenter hükümet sisteminin aksine Amerikan başkanlık sisteminde hükümet üyelerinin yasama organı tarafından görevden alınabilmesi sistemin aslî değil istisnai bir unsurudur. Yine federal görevlilerin vatana ihanet, rüşvet ve diğer ağır suçlar ile kabahatler temelinde Kongre bünyesinde soruşturulup gerekli görülürse görevden alınmalarını sağlayan impeachment mekanizması; Amerikan kuvvetler ayrılığı sisteminin bir unsuru olan denetler ve dengeler (checks and balances) sisteminin araçlarından birisidir.

Impeachment usulünün düzenlenme şekline ve istisnai niteliğinden dolayı Amerikan siyasi tarihinde sadece üç Başkan suçlandırılmış olup bunlardan hiçbirisi Senato tarafından mahkûm edilerek görevden alınmamıştır. Tarihsel süreçte suçlandırılan Amerikan Başkanları Andrew Johnson, Bill Clinton ve Donald Trump'tır.

Bunlar arasında iki kez suçlandırılan tek Başkan, Donald Trump olarak karşımıza çıkmaktadır. Richard Nixon ise hakkındaki suçlandırma maddeleri Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi'nde iken istifa etmiştir. Söz konusu dört başkana ilişkin suçlandırma süreçleri kendine özgü unsurlar içermektedir. Johnson ve Trump'ın ilk suçlandırılma ve yargılanma süreçlerinde Kongre ile Başkan arasındaki siyasi gerilim belirleyici faktörlerden birisi olurken Clinton'ın suçlandırılma sürecinde ise Cumhuriyetçi Kongre üyelerinin siyasi saikleri önemli bir etmen olmuştur. Nixon ise Watergate Skandalı'nın gölgesinde belki de suçlandırılıp mahkûm edilecek ilk başkan olma ihtimalini öngördüğü için hakkındaki suçlandırma sürecinin başında istifa etmiştir. Trump'ın ikinci suçlandırılma sürecini ise Amerikan tarihinde daha önce görülmemiş Capitol Baskını tetiklemiştir. Yine Johnson'ın suçlandırılması Amerikan İç Savaşı sonrasının kasvetli politik ikliminde, Clinton'ın suçlandırılması Lewinsky Skandalı'nın gölgesinde, Trump'ın ilk suçlandırılması ise Ukrayna Skandalı'nın gölgesinde vuku bulmuştur. Söz konusu dört başkana ilişkin suçlandırma süreçleri ise isnat edilen (siyasi) suç ne olursa olsun suçlandırma ve mahkûm etme yetkisinin tamamen Kongre'de olması karşısında, temsilcilerin ve senatörlerin inisiyatifini ve impeachment mekanizmasının politik niteliğini gözler önüne sermektedir.

Çalışma Andrew Johnson, Richard Nixon, Bill Clinton ve Donald Trump'a ilişkin suçlandırma süreçlerini inceleyerek başkanlar açısından impeachment uygulamasını anayasal düzlemde analiz etmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu başkanlara ilişkin impeachment uygulamasının anlaşılır bir şekilde ortaya konması için çalışmanın başında impeachment mekanizmasının anayasal niteliği ve usulü hakkında kısaca bilgi verilecektir. Akabinde ise çalışmanın merkezi olan Amerikan siyasi tarihinde başkanlar açısından impeachment uygulaması incelenecektir. Bu kapsamda söz konusu başkanlara ilişkin suçlandırılma süreçlerinin arka planları; Johnson, Clinton ve Trump'ın suçlandırılma ve yargılanma süreci ile Nixon'ın suçlandırılma hazırlığı süreci ve suçlandırılma süreçlerinin politik yansımaları çalışmada ele alınacaktır.

I. AMERİKAN SİYASİ DÜZENİNDE IMPEACHMENT: ANAYASAL ÇERÇEVE

A. Amerikan Anayasası'ndaki Suçlandırma İbaresini ve Anayasal Niteliği

Amerikan Anayasası'nın II. maddesinin 4. bölümü "*Başkan, Başkan Yardımcısı ve Birleşik Devletler'in tüm kamu görevlileri vatana ihanet, rüşvet ve diğer ağır suçlar ve kabahatlerinden dolayı suçlandırılarak mahkûm olmaları sonucunda görevden alınır¹.*" ifadesine yer vermektedir. Suçlandırma ibaresi

¹ Amerikan Anayasası'nın tam metni için bkz. "U.S. Constitution", Cornell Law School Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/constitution/index.html>, (22.07.2021).

(*impeachment clause*) olarak anılan söz konusu ibare uyarınca Amerikan Başkanı ve Başkan Yardımcısı da dâhil olmak üzere Birleşik Devletler bünyesinde çalışan federal kamu görevlileri suçlandırma usulü ile görevlerinden alınabilmektedir. Anayasa uyarınca federal görevlilerin görevden alınmaları vatana ihanet, rüşvet ve diğer ağır suçlar ve kabahatlerinden dolayı suçlandırılarak mahkûm olmalarına bağlıdır. Bu hususlar ışığında impeachment ibaresinin cezai bir muhakeme usulü öngördüğü izlenimine kapılabiliriz. Bununla birlikte impeachment usulünü *cezai benzeri-yarı cezai (quasi criminal)* bir anayasal soruşturma usulü olarak belirtmek doğrusu olacaktır². Pek tabii ki impeachment usulü; suçlandırma, yargılama, beraat, mahkûmiyet, beraat, tanık dinleme gibi ceza muhakemesi terimleri ve aşamaları barındıran bir soruşturma usulüdür. Bununla birlikte söz konusu soruşturma yetkisinin sahibi federal bir yargı organı değil Amerikan Kongresi'dir³. Amerikan Kongresi ise Amerikan siyasi düzenindeki politik nitelikteki federal yasama organıdır. Kaldı ki impeachment usulünün amacı bir kişiyi işlediği bir suçtan ötürü cezalandırmak değil, görevden almaktır⁴. Başka bir ifadeyle impeachment, başkanlık hükümet sisteminde federal görevlilerinin görevden alınmasına hizmet eden bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır⁵. Nitekim impeachment soruşturması, cezai bir usul olmadığı gibi cezai sorumluluğa da yol açmamaktadır. Bunun yanında impeachment usulü, parlamenter sistemdeki güvensizlik oyu aracılığıyla hükümet üyelerini görevden alma usulünden de tamamen farklıdır. Nitekim Amerikan Başkanı, Amerikan Kongresi'nin üye tamsayısının salt çoğunluğu tarafından görevinden alınamaz⁶. Amerikan Anayasası'nı kaleme alanlar (*The Framers*), Başkanın yürütme yetkisini icra ederken Senato'nun tahakkümünde kalmasına sebep olacağı endişesiyle suçlandırma için *kötü yönetim (maladministration)*

² Aalt Willem Heringa, *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law*, 6th Edition, Eleven, Den Haag, 2021, s. 247.

³ Louis Fisher - Katy J. Harriger, *American Constitutional Law*, 11th Edition, Carolina Academic Press, Durham/North Carolina, 2016, 222.

⁴ Fisher-Harriger, *American Constitutional Law*, 223.

⁵ J. Tyler Dickovick - Jonathan Eastwood, *Comparative Politics: Integrating Theories, Methods and Cases*, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 232.

⁶ Heringa, *Constitutions Compared*, s. 247; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I*, 2. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 648; Yüksel Metin, *Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri ile Latin Amerika Ülkelerinin Mukayesesi*, Hukuk Yayınları, Ankara, 2017, s. 40; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar - Türk Anayasa Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 856.

gibi muğlak ifadeleri dayanak olarak göstermekten imtina etmişlerdir⁷. Nitekim yürütme organının veya hükümetin herhangi bir gerekçe gösterilmeden veya ithamda bulunulmadan yasama organı tarafından görevden alınması parlamenter hükümet sisteminde söz konusudur⁸.

Impeachment usulünün tam olarak cezai bir usul olarak nitelendirilemesinin başlıca sebeplerinden birisi de suçlandırma ibaresinde bulunan ve mahkûm olarak görevden alınmaya dayanak olan *ağır suçlar ve kabahatlerin (high crimes and misdemeanors)* söz konusu federal görevli tarafından işlenip işlenmediğinin takdir yetkisinin Kongre bünyesinde olmasıdır. Impeachment ibaresinde suçlandırılıp mahkûm olmaya dayanak olabilecek iki eylem daha olup bunlar *vatana ihanet (treason)* ve *rüşvet (bribery)* olarak karşımıza çıkmaktadır. Vatana ihanet Amerikan Anayasası'nın III. maddesinin 3. bölümünde tanımlanmış olup söz konusu hüküm uyarınca "*Birleşik Devletler'e karşı ihanet ancak, Birleşik Devletler'e karşı savaş açma veya Birleşik Devletler'in düşmanlarına bağlı olma durumlarını kapsamaktadır.*" Rüşvetin ise gerek yargı kararlarında gerekse de mevzuatta tanımlandığı belirtilmektedir⁹. Bununla birlikte suçlandırma ibaresinde yer alan ağır suç ve kabahatlerin ne anlama geldiği veya hangi eylemleri kapsamına aldığı hususunda herhangi bir hukuki açıklık bulunmamaktadır. Bu husus esasen Amerikan Anayasası'nı kaleme alan *kurucuların (framers)* gözünden kaçan bir husus olmayıp, aksine bilinçli tercihlerinin bir sonucudur. Şöyle ki Kurucular, impeachment müessesesini salt yargısal bir usulden ziyade siyasi niteliği haiz bir usul olacak şekilde tasarlamışlardır¹⁰. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nin *Kurucu Babaları (Founding Fathers)* arasında olan Alexander Hamilton, Birleşik Devletler Anayasası'nın onaylanmasını ve yürürlüğe girmesini desteklemek amacıyla yayımlanan Federalist Yazılar arasından kaleme aldığı 65 numaralı makalede bu hususu vurgulamaktadır. Şöyle ki Hamilton impeachment yargılamalarına maruz kalanların kamusal görevlerini kötüye kullanan, başka bir deyişle kamu güvenini ihlal veya suiistimal eden görevliler olduğunun altını çizmiş; doğrudan toplumsal veya topluma yönelik zararları işaret eden bu kavramların tabiatları gereği siyasi mahiyette olduğunu

⁷ Max Farrand, *The Records of the Federal Convention*, Vol. II, Yale University Press, New Heaven, 1911, s. 442.

⁸ Heringa, *Constitutions Compared*, s. 247.

⁹ H. Lowell Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, Palgrave MacMillan, New York, 2010, s. 2; Fisher-Harriger, 2016, s. 223.

¹⁰ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 2.

belirmiştir¹¹. *Hamiltoncı görüş (Hamiltonian vision)* olarak belirtilen söz konusu ibareler impeachment mekanizmasının *siyasi suç (political crime)* bünyesi altında harekete geçirilebileceğinin ve işletilmesi için herhangi bir ceza kanununa veya hukuka aykırılığın şart olmadığına altını çizmektedir¹². Nitekim suçlandırma ibaresine ağır suç ve kabahatler ifadesinin eklenmesindeki amaç yetkilerini kötüye kullanması durumunda Amerikan Başkanının görevden alınmasının sağlanarak deyim yerindeyse seçilmiş monarkın keyfi eylemlerini önlemek ve anayasal düzeni muhafaza etmektir¹³. Kaldı ki aşağıda da belirteceğimiz ve başkanlar özelinde detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz gibi impeachment usulünde suçlandırma ve mahkûmiyet için Anayasa’da belirtilen kavramların kapsamına giren bir eylemin söz konusu olup olmadığı hususunda sırasıyla Temsilciler Meclisi ve Senato’nun mutlak bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁴.

B. Federal Görevlileri Suçlandırma ve Yargılama Usûlü

Amerikan Anayasası vatana ihanet, rüşvet veya ağır suç ya da kabahat kapsamına girebilecek bir eylem gerekçesiyle; federal bir görevliyi suçlandırma yetkisini Temsilciler Meclisi’ne, yargılama yetkisini ise Senato’ya vermiştir. Nitekim bu husus bile başlı başına impeachment mekanizmasını siyasi bir niteliğe büründürmeye yetmektedir. Çünkü Kongre siyasi niteliği haiz yasama organıdır. Yine Kongre’nin kanatları Temsilciler Meclisi ve Senato’nun sırasıyla suçlandırma ve yargılama aşamalarında suçlandırma konusu eylemleri nitelendirirken riayet etmekle yükümlü oldukları hukuksal bir metin de yoktur. Başka bir ifadeyle bir eylemin ağır suç veya kabahat kavramlarının içinde değerlendirilerek haksızlık içeriğinin suçlandırma veya mahkûmiyet için yeterli olup olmadığı hususunda Temsilciler Meclisi ile Senato’nun tam bir takdir yetkisi vardır.

Impeachment esas olarak Kongre’nin kanatları olan Temsilciler Meclisi ile Senato’nun yürüttüğü iki aşamalı bir soruşturma usulüdür. İlk aşama federal kamu

¹¹ Bkz. Alexander Hamilton, “The Federalist Papers: No. 65 (The Powers of the Senate Continued)”, *The New York Packet*, 1788, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed65.asp, (27.03.2021).

¹² Stephen M. Griffin, “Presidential Impeachment in Tribal Times: The Historical Logic of Informal Constitutional Change”, *Connecticut Law Review*, Vol. 51, No. 2, April 2019, s. 419, <https://core.ac.uk/download/pdf/327018419.pdf>, (25.03.2021).

¹³ Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 2.

¹⁴ Impeachment usulünün tarihsel kökenleri, anayasal-kuramsal temelleri, anayasal niteliği, usulü ve yargısal denetimi hakkında bilgi için bkz. Türker Ertaş, “Amerikan Siyasi Düzeninde Federal Görevlilerin Impeachment Usulü ile Suçlandırılması: Kavramsal ve Anayasal Bir İnceleme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 47, Aralık 2021, s. 625-649.

görevlisinin Temsilciler Meclisi tarafından suçlandırılmasıdır. Burada suçlandırmaya konu her bir eylem birer *suçlandırma maddesi (article of impeachment)* başlığı altında kabul edilir¹⁵. Hemen belirtelim Anayasa hükümleri karşısında Temsilciler Meclisi bir federal görevli hakkında suçlandırma prosedürünün başlatılması açısından tam bir takdir yetkisine sahiptir¹⁶. Genelde suçlandırma soruşturmaları Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi (House Judiciary Committee) bünyesinde yapılmakta ve akabinde suçlandırma maddeleri Meclis Genel Kurulu'na havale edilmektedir¹⁷. Federal görevlinin yargılanması, Temsilciler Meclisi'nin toplantıya katılan üyelerinin salt çoğunluğu ile en az bir suçlandırma maddesini kabul ederek söz konusu kişiyi suçlandırmasına bağlıdır. Nitekim suçlandırma maddesinin ya da maddelerinin Temsilciler Meclisi tarafından kabulü durumunda mesele yargılamayı yapacak olan Senato'ya havale edilir¹⁸. *Senato yargılaması (impeachment trial)* impeachment usulünün ikinci aşamasıdır. Yargılama sonunda söz konusu federal görevli hakkında kabul edilen suçlamaların/suçlandırma maddelerinin en az birisi için toplantıya katılan senatörlerin üçte ikisi tarafından *suçlu (guilty)* oyu verilirse ilgili federal kamu görevlisi görevinden alınmış olur¹⁹.

Amerikan Başkanı ve Başkan Yardımcısı da dâhil olmak üzere federal bir makamda görevini ifa eden kişiyi suçlandırma yetkisi Temsilciler Meclisi'ndedir. Amerikan Anayasası'nın I. maddesinin 2. bölümünün beşinci fıkrası "*Temsilciler Meclisi ... suçlandırma yetkisinin yegâne sahibidir.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hükmü suçlandırma ibaresi ile birlikte ele aldığımızda Temsilciler Meclisi'nin suçlandırmayı vatana ihanet, rüşvet veya ağır suçlar ya da kabahatler kapsamında değerlendirdiği bir işlem veya eylemi gerekçe göstererek gerçekleştirdiğini belirtebiliriz. Temsilciler Meclisi'nin federal kamu görevlisini suçlandırma ve hangi suçlandırılma maddelerinin kabul edilerek Senato'ya havale edileceği hususunda bir takdir yetkisi bulunmaktadır²⁰. Suçlandırma herhangi bir anayasal çoğunluk öngörülmemiş olması karşısında toplantıya katılan temsilcilerin salt çoğunluğu (*simple majority*) yeterlidir. Amerikan Anayasası'nın I. maddesi-

¹⁵ Jared P. Cole - Todd Garvey, "Impeachment and Removal", *Congressional Research Service*, CRS Report, 29 October 2015, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44260.pdf>, (01.03.2022), s. 1.

¹⁶ Jared P. Cole - Todd Garvey, "Impeachment and the Constitution", *Congressional Research Service*, CRS Report, 20 November 2019, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46013>, (01.03.2022), s. 10.

¹⁷ Cole -Todd, "Impeachment and the Constitution", s. 10-11.

¹⁸ Cole-Todd, "Impeachment and Removal", s. 1.

¹⁹ Cole-Todd, "Impeachment and Removal", s. 1.

²⁰ Cole-Todd, "Impeachment and Removal", s. 2.

nin 5. bölümünün birinci fıkrası “Her bir Meclis (in) ... çoğunluğu, işlerini yürütmek için gerekli olan toplantı yeter sayıdır.” ifadesini içermektedir. Söz konusu hükme göre Temsilciler Meclisi kural olarak en az 218 üye ile toplanır²¹. Buna göre Temsilciler Meclisi teknik olarak 110 temsilcinin bu yönde müspet oyu ile bir federal görevliyi suçlandırabilir.

Impeachment usulünün ikinci aşaması Senato yargılamasıdır. Bu hususta Amerikan Anayasası'nın I. maddesinin 3. bölümünün altıncı fıkrası şu şekildedir:

“Senato tüm suçlandırmaları yargılama yetkisinin yegâne sahibidir. Senato bu amaçla toplandığında (senatörler) yemin ederler (oath) veya yemin yerine geçecek bir beyanda (affirmation) bulunurlar. Birleşik Devletler Başkanı yargılanırken Amerikan Yüksek Mahkemesi Başkanı oturuma başkanlık eder ve mevcut üyelerin üçte ikisinin mutabakatı olmadan hiçbir kimse mahkûm edilemez.”

Senato yargılaması, içerdiği aşamalar veya unsurlar bakımından bir ceza yargılamasından farklıdır. Şöyle ki Senato yargılamasında tanık dinlenebileceği gibi delil de toplanabilir²². Bu işlemler bizzat senatörlerin nezdinde veya Senato Genel Kurulu bünyesinde yapılabileceği gibi Senato oturumuna başkanlık eden kişi tarafından yargılama işlemlerini yürütmek için özel bir komite de görevlendirilebilir²³. Yine yargılanan federal görevli avukatlar veya yasal danışmanlar tarafından temsil de edilebilir²⁴. Yargılanan kişinin Amerikan Başkanı olması durumunda Senato oturumlarına Amerikan Yüksek Mahkemesi Başkanı başkanlık eder. Eğer yargılanan kişi diğer federal görevlilerden birisi ise Senato oturumlarına aynı zamanda Başkan Yardımcısı olan Senato Başkanı ya da Senato Başkan vekili (*president pro tempore*)²⁵ başkanlık eder. Amerikan Anayasası gereğince suçlandırılan bir federal görevlinin mahkûm olması için oturuma

²¹ Bu konu için bkz. Elizabeth Rybicki, “Voting and Quorum Procedures in the House of Representatives”, *Congressional Research Service*, CRS Report, 26 March 2020, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/98-988>, (02.03.2022), s. 1 vd.

²² Cole-Todd, “Impeachment and Removal”, s. 20.

²³ Cole-Todd, “Impeachment and Removal”, s. 20.

²⁴ Cole-Todd, “Impeachment and Removal”, s. 20.

²⁵ Senato Başkan Vekili olarak Türkçe'ye çevirebileceğimiz *President Pro Tempore* Senato üyeleri arasından seçilen ve teamülî olarak Senato'daki çoğunluk partisine mensup en uzun süre senatörlük yapmış kişidir. Çoğunluk partisine mensup en kıdemli senatörün Senato Başkan Vekili olarak seçilmesi geleneği Amerikan siyasetine 20. Yüzyılın ortalarından itibaren yerleşmiştir. Bkz. “About the President Pro Tempore”, United States Senate, <https://www.senate.gov/about/officers-staff/president-pro-tempore.htm>, (02.03.2022).

katılan senatörlerin üçte ikisinin suçlu oyu vermesi gereklidir. Nitekim Anayasa'nın ilgili hükmü “*oturuma katılan mevcut senatörlerin üçte ikisi (concurrence of two thirds of the members present)*” ifadesine yer vermektedir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere Amerikan Anayasası'nın I. maddesinin 5. bölümünün birinci fıkrası uyarınca Kongre'nin iki kanadının da toplantı yeter sayısı üyelerinin salt çoğunluğudur. Bu bağlamda Senato toplantı yeter sayısı 51 olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶. Buna göre Senato teknik olarak 51 üyesinin katıldığı bir oturumda 34 üyesinin müspet oyu ile suçlandırılan bir federal görevliyi mahkûm edebilir²⁷.

Impeachment yargılaması sonunda oturuma katılan senatörlerin üçte ikisi tarafından suçlu bulunarak mahkûm olan bir kamu görevlisi federal görevinden alınmış olur. Mevcut senatörlerin üçte ikisi tarafından suçlu oyu verilerek mahkûm edilen ve görevden alınan söz konusu kişi gelecekteki ulusal resmî görev veya makamlardan men de edilebilir²⁸. Lakin bunun için Senato'nun ayrı bir oylama yapması gereklidir. Söz konusu gelecekteki federal resmî görevlerden men kararı için oturuma katılan senatörlerin salt çoğunluğunun müspet oyu yeterlidir. Nitekim Anayasa bu hususta farklı bir karar yeter sayısı öngörmemiştir. Amerikan Anayasası'nın I. maddesinin 3. bölümünün yedinci fıkrası gereğince,

“Suçlandırma yargılanmalarındaki hüküm görevden alınmanın ve Birleşik Devletler bünyesinde gelecekteki herhangi bir fahri, devredilemez/kişiye mahsus ve maaşlı görevlerden/makamlardan men edilmenin ötesine geçemez. Bununla birlikte bu husus hüküm giyen tarafın kanun gereğince sorumluluğunun var olmasına ve iddianame, dava, yargılama ve cezaya maruz kalmasına engel değildir.”

Senato yargılaması sonunda yapılan oylamada hiçbir suçlandırma maddesi için oturuma katılan senatörlerin üçte ikisinin suçlu oyunu haiz olmayan federal

²⁶ Bu konu için bkz. Elizabeth Rybicki, “Voting and Quorum Procedures in the Senate”, **Congressional Research Service**, CRS Report, 19 August 2013, <https://www.senate.gov/CRSpubs/577d2a5e-2b47-4045-95fa-a76398e41461.pdf>, (03.03.2022), 1 vd.

²⁷ Benjamin Wofford, “The Impeachment Loophole No One’s Talking About: Trump’s impeachment doesn’t require 20 Republicans, says Laurence Tribe. It could happen with zero”, **Washingtonian**, 10 October 2019, <https://www.washingtonian.com/2019/10/10/the-impeachment-loophole-no-ones-talking-about/>, (12.05.2021).

²⁸ John R. Vile, **A Companion to the United States Constitution and Its Amendments**, 5th Edition, Praeger, Santa Barbara/California, 2010, s. 31; Cole - Todd, “Impeachment and Removal”, s. 1.

görevli beraat ederek (*acquittal*) görevine devam eder. Impeachment usulünün cezai sorumluluğa yol açmadığını; siyasi suç kavramı kapsamında, Amerikan Kongresi'nin inisiyatifinde federal bir görevliyi görevden alma mekanizması olduğunun altını bir kez daha çizmekte fayda vardır. Nitekim söz konusu suçlandırılan federal görevli, Senato yargılaması sonucunda beraat da etse mahkûm olarak görevinden de alınsa bu kişi hakkında ceza soruşturması ve kovuşturulması yapılması tamamen yargı organı bünyesindeki hukuki bir meseledir. Nitekim suçlandırma yargılaması sonunda beraat eden federal görevlinin dahi ceza kovuşturmasına maruz kalmasına herhangi bir anayasal veya hukuki engel yoktur²⁹.

II. AMERİKAN SİYASİ TARİHİNDE IMPEACHMENT UYGULAMASI: BAŞKANLAR AÇISINDAN SUÇLANDIRMALAR VE YARGILAMALAR

A. Genel Olarak

Anayasal bir soruşturma ve yargılama usulü olan impeachment, Alexander Hamilton'ın da Federalist No. 65'te belirttiği üzere siyasi suç kavramı etrafından federal görevlilerin görevlerini suiistimal etmeleri durumunda onların görevden alınmasını sağlayan bir mekanizma olarak tasarlanmıştır. Nitekim impeachment usulünün işletilmesi ve suçlandırma ibaresinin ne anlama geldiği hususunda Amerikan öğretisinin ağırlıklı olarak ağır suç ve kabahatler kavramını Kurucular'ın anayasal tasarımı ve Hamiltoncu görüş etrafında tanımlayan *özgüncü (originalist)* karakterde ele aldığını belirtebiliriz³⁰. Bununla birlikte tarihte Amerikan başkanları hakkında işletilen impeachment mekanizmalarına baktığımızda ise ağır suç ve kabahatler kavramının yorumlanmasının ve uygulamasının çok da özgüncü ve Hamiltoncu karakterde olmadığı belirtilmektedir. Öncelikle şunu belirtelim impeachment kavramının dar yorumu tabi tutularak sadece hukuken veya kanunen isnat edilebilen suç veya kabahatler açısından uygulama alanı bulacak şekilde işletilmesi de mümkündür. Bununla birlikte böylesine bir durum, Kurucular'ın çizdiği çerçeve ve siyasi suç odaklı Hamiltoncu görüş ile çelişecektir. Bununla birlikte tarihsel süreçte Amerikan Başkanlarının suçlandırmalarına bakıldığında, impeachment mekanizmasının görevi suiistimal durumunda işletilen anayasal bir denge ve denetleme mekanizmasından öte

²⁹ Daniel P. Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, State of New York University, Albany, 2020, s. 4.

³⁰ Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 418-419.

Başkan ile Kongre ekseriyetinin farklı partilere mensup olmaları durumunda Kongre'nin Başkana yönelik kullandığı siyasi bir silah niteliğinde işletildiğini söyleyebiliriz. Bilhassa Johnson, Nixon ve Clinton örnekleri açısından impeachment usulünün tarihsel süreç içerisinde Hamiltoncu anlayıştan farklı bir şekilde ancak Başkan ile Kongre ekseriyetinin farklı siyasi partilere mensup olduğu zamanlarda önemli bir hukuka aykırılık olması durumunda işletilen bir mekanizmaya evrildiği belirtilmektedir³¹. Belirttiğimiz bu impeachment uygulaması suçlandırmanın; kamu güvenini suiistimal eden federal görevlinin görevden alınmasını sağlayan bir güvence olarak işletilmesinin ötesinde politik rakibin yıpratılması, rahatsız edilmesi, hatta mahvedilmesi işlevi gören anayasal bir silah olarak kullanılması riskini de beraberinde getirmektedir³². Nihayetinde hangi eylem veya işlemlerin ağır suç ve kabahat kapsamına girdiğini belirleme yetkisinin genel oyla seçilmiş meclisler olan Temsilciler Meclisi ile Senato'da olması, impeachment sürecini de kaçınılmaz olarak politik bir hüviyete büründürebilecek niteliktedir³³.

Impeachment usulü bugüne dek üç başkan³⁴, on beş federal yargıç, bir kabine sekreteri (bakanı)³⁵, bir senatör olmak üzere toplam yirmi federal görevli için yirmi bir kez işletilmiştir³⁶. Impeachment mekanizmasının politik yasama organı Kongre'nin kontrolünde olması, yukarıda da belirttiğimiz gibi gerek suçlandırma gerekse yargılama aşamalarına politik bir mahiyet kazandırmaktadır. Bu husus bilhassa Amerikan Başkanlarının suçlandırma ve yargılanma süreçleri açısından söz konusudur. Nitekim Başkan ve Kongre Amerikan siyasi karar alma mekanizmasının iki başlıca aktörüdür. Bu hususta Amerikan Başkanları açısından impeachment uygulaması ile Capitol ve Beyaz Saray nezdindeki politik dengeler ve siyasi dağılım arasında bağlantı olduğunu söylersek yanlış yapmış

³¹ Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 419.

³² Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 4.

³³ Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 6.

³⁴ Söz konusu başkanlar Andrew Johnson, Bill Clinton ve Donald Trump'tır. İleride inceleyeceğimiz üzere Tarihte Amerikan Temsilciler Meclisi tarafından birden fazla suçlandırılan tek federal görevli 2017-2021 yılları arasında Amerikan Başkanlığı yapmış olan Donald Trump'tır. 1969-1974 yılları arasında Başkanlık yapmış olan Richard Nixon ise hakkındaki suçlandırma maddeleri Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi'nde iken istifa etmiştir.

³⁵ Amerikan anayasal düzeninde Senato'nun onayıyla Başkan tarafından atanan ve siyasi sorumlulukları Kongre'ye değil Başkana karşı olan kabine üyeleri bakan olarak değil sekreter olarak anılmaktadır.

³⁶ Bkz. "List of Individuals Impeached by the House of Representatives", United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Institution/Impeachment/Impeachment-List/>, (03.03.2022).

olmayız. Şöyle ki Başkanlık makamı ile Kongre'deki ekseriyetin farklı siyasi partilere mensup olması durumunda ortaya çıkan *bölünmüş yönetim (divided government)*, Başkan ile Kongre'nin aynı siyasi partiye mensup olmasının sonucu olan *birleşik yönetim (unified government)*, Başkan ile Kongre'nin bir kanadının ekseriyetinin siyasi olarak farklı görüşten olmasını ifade eden *yarı-bölünmüş yönetim (quasi-divided government)* dönemlerinden her birinin suçlandırma ve yargılamanın sonucuna etkisi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir³⁷. Nitekim aşağıda başkanlar açısından söz konusu olan suçlandırma ve yargılamalar incelenirken dönemin yönetiminin bölünmüş, birleşik, yarı-bölünmüş niteliği üzerinden de bir inceleme yapılacaktır.

B. Andrew Johnson'ın Suçlandırılması ve Yargılanması

1. Arka Plan

Amerikan siyasi tarihinde bir başkanın suçlandırılmasına ilk defa Andrew Johnson döneminde tanık olunmuştur. Aslında bir Güneyli olan Johnson, Kuzey Carolina Eyaleti'nin başkenti Raleigh'de doğmuştur. Nitekim aslen Demokrat Partili olan Johnson 1853-1857 yılları arasında Tennessee Valiliği yapmıştır. Andrew Johnson 1857 yılında Tennessee Eyaleti Yasama Organı (State Legislature) tarafından Birleşik Devletler Senatosu'na seçilmiştir³⁸. 1860 yılında Cumhuriyetçi Abraham Lincoln'ın Amerikan Başkanlığına seçilmesi üzerine köleliğin kaldırılmasına karşı olan Güney Eyaletleri tek tek Birleşik Devletler'den ayrılma kararı alırken Johnson, Güney eyaletlerinin Birleşik Devletler'de kalması yö-

³⁷ Franklin, et al., The Politics of Presidential Impeachment, 30. Amerikan anayasal düzeninde bölünmüş yönetim, hem yürütme hem de yasama organının kontrolünün hiçbir siyasi partide olmadığı; başka bir deyişle, başkanın mensup olduğu siyasi partinin Kongre'nin iki kanadının en azından birisinde çoğunlukta olmadığı dönemleri belirtmek için kullanılmaktadır. Bu hususun aksine Başkanın siyasi partisinin Kongre'nin her iki kanadında çoğunlukta olduğu dönemler birleşik yönetim dönemleridir. Robert Elgie, "What is Divided Government?", *Divided Government in Comparative Perspective*, Ed. Robert Elgie, Oxford University Press, New York, 2001, s. 3.

³⁸ Hemen belirtelim 1787 Amerikan Anayasası'nın ilk halinde senatörlerin eyaletlerin yasama organları tarafından seçileceği öngörülmekteydi. 8 Aralık 1913 tarihinde eyalet yasama organlarının dörtte üçünün onaylaması ile resmî olarak Anayasa'nın bir parçası olan XVII. Değişiklik Maddesi ile senatörlerin halk tarafından seçilmesi usulü benimsenmiştir. Nitekim Amerikan Anayasası'nın I. maddesinin 3. bölümünün birinci fıkrasında yer alan "(eyaletin) yasama organı tarafından seçilir" ibaresi karşısında XVII. Değişiklik Maddesi ise "halk tarafından seçilir" ibaresine yer vermektedir. Bkz. "Landmark Legislation: The Seventeenth Amendment to the Constitution" (United States Senate), https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/Seventeenth_Amendment.htm, Erişim Tarihi: 14.07.2021.

nünde bir tavır almıştır. Nitekim Birlik'ten çekilmek için Charleston, Güney Carolina'da toplanan Konvansiyon sırasında kendisi Birleşik Devletler Senatosu'na hitap etmiş ve Birlik'ten yana olduğunu belirtmiştir. Tennessee Birleşik Devletler'den ayrılma kararı aldığı anda Johnson, Başkent Washington D.C.'de kalmaya devam etmiştir. Dönemin Başkanı Abraham Lincoln Mart 1862'de Johnson'ın sadakatini onu Tennessee Askeri Valisi olarak atayarak ödüllendirmiştir. Sene 1864'e geldiğinde ise Güneyli Birlik yanlısı Demokratların desteğine ihtiyaç duyan Lincoln, Başkanlık Seçimleri'nde Johnson'ı Başkan Yardımcısı adayı olarak belirlemiştir. Başkanlık Seçimleri'ni bir kez daha Lincoln'ın kazanması üzerine 4 Mart 1865 yılında Başkan Yardımcısı olarak görevine başlayan Andrew Johnson, bununla birlikte Lincoln'a yapılan suikast akabinde sadece kırk iki gün sonra kendisini bir anda Amerika Birleşik Devletleri Başkanı olarak bulmuştur³⁹.

Andrew Johnson'ın başkanlık yaptığı 4 yıllık dönem, Amerikan siyasi tarihinde bölünmüş yönetime sahne olmuştur. Abraham Lincoln'ın beklenmedik ölümü ile kendisini başkanlık makamında bulan Johnson, Lincoln'ın dağılan Birleşik Devletleri birleştirme görevini de üzerine almış oldu. Bununla birlikte Andrew Johnson'ın bu restorasyon döneminde Kongre'nin müdahil olmasına sıcak bakmaması ve Güney Eyaletlerine özgü kurumlara olabildiğince halel getirmeyecek ve onları en hızlı bir şekilde Birleşik Devletler'in yeniden parçası yapacak şekilde tutum sergilemesi Kongre ile arasının açılmasına sebep olmuştur⁴⁰. İç Savaş sonrası Güney'in Birleşik Devletler'e katılımı iki temel politika etrafında şekillenmiş olup bunlar özgürleşen kölelerin kişisel ve siyasal haklara sahip olması ve toprak reformuydu⁴¹. Andrew Johnson, özgürleştirilen kölelerin

³⁹ Bkz. Robert G. Russell, "Prelude to the Presidency: The Election of Andrew Johnson to the Senate", *Tennessee Historical Quarterly*, Vol. 26, No. 2, Summer 1967, s. 148 vd., <https://www.jstor.org/stable/pdf/42622935.pdf?refreqid=excelsior%3Af09cb1732ecc0ced08b87db9808b6f2d>, (14.07.2021).

⁴⁰ Michael Les Benedict, "A New Look at the Impeachment of Andrew Johnson", *Political Science Quarterly* Vol. 88, No. 3, September 1973 s. 350, <https://www.jstor.org/stable/pdf/2148988.pdf>, (21.07.2021). Hemen belirtelim Abraham Lincoln'ın başkanlık döneminde de Birleşik Devletler'den ayrılan eyaletlerin yeniden katılımını hangi organın yöneteceği hususunda Lincoln ile Kongre'deki radikal cumhuriyetçiler arasında bir ihtilaf vardı. Abraham Lincoln yeniden yapılanma sürecinin yürütme organı ekseninde yönetilmesi taraftarı iken Kongre'deki radikal cumhuriyetçiler ise restorasyonun teşrii bir niteliği haiz olduğu ve bu sebeple Kongre tarafından yürütülmesi gerektiğini düşünmekteydiler. H. H. Walker Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson: A Political Tragedy", *American Bar Association Journal*, Vol. 40, No. 1, January 1954, s. 15-16, <https://www.jstor.org/stable/pdf/25718666.pdf?refreqid=excelsior%3A5105abb01262664f7be05864c4764efe>, (21.07.2021).

⁴¹ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 50.

siyasi haklara sahip olmasına karşı olduğu gibi⁴² Konfedere devletlere karşı, Cumhuriyetçiler tarafından gereğinden fazla merhametli bulunan bir yeniden yapılanma politikası benimsemişti⁴³. Nitekim Johnson Konfedere devletlerin üst düzey komutanlarına af çıkarmak istiyordu. Yine Johnson'ın Kongre'deki radikal Cumhuriyetçilerin tüm hareketlerini bloke etmeye çalışması ve uzlaşmadan uzak bir tavır sergilemesi de gözlerden kaçmıyordu⁴⁴. Andrew Johnson eski Konfederasyon destekçilerinin tekrar oy haklarına kavuşmasına sıcak bakarken aynı hususu tüm eski köleler için düşünmüyordu. Kongre'den geçen Freedmen's Bureau Bill⁴⁵ ve Civil Rights Bill⁴⁶ isimli kanun tekliflerini veto etmesi ile

⁴² Andrew Johnson özgürleştirilen kölelerden okuma-yazma bilenler ile mülk sahibi olanların oy hakkına sahip olmasını istiyordu. Benimsemiş olduğu eski kölelere kademeli bir şekilde siyasi hakların tanınması planının Kongre'deki ılımlı Cumhuriyetçiler tarafından da benimseneceğini düşünüyordu. Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 55.

⁴³ Aslında bu toleranslı yeniden yapılanma politikasının fikir babası Lincoln'dı. Çünkü İç Savaş sonrası Birlik'in tüm Güney'i kontrolü altında tutacak sayıda askeri gücü yoktu. Lincoln de tabiri caizse cömert şartlar içeren yeniden yapılanma planının Güney'i Birlik'in yeniden parçası yapacağını düşünüyordu. Söz gelimi Lincoln bir Güney eyaletinde ikamet edenlerin yüzde onunun Birleşik Devletler'e bağlılık yemini etmesi halinde ilgili Konfederasyon devletinin Birlik'e yeniden dâhil edilmesine ilişkin bir kanun teklifine ön ayak olmak istedi lakin bu plan Kongre'deki radikal Cumhuriyetçiler tarafından benimsenmedi. Birleşik Devletler'e yeniden katılım konusunda Konfederasyon devletlerine daha ağır şartlar getiren Kongre'nin kabul ettiği kanun teklifi ise Lincoln tarafından veto edildi. Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 50.

⁴⁴ Söz gelimi 1862 yılında çıkan bir kanun gereğince çoğunluğunu Birlik ordusundan kaçan Konfederasyon askerlerinin arazilerinin oluşturduğu Güney'deki topraklar özgürleştirilen kölelere verilecekti. Ancak arazinin ilk sahibi öldüğünde söz konusu toprak onun mirasçılarına kalacaktı. Kongre bu prensibi değiştirmek için 1865 yılında girişimlerde bulunmasına rağmen Kongre'nin kanatları arasında bir uzlaşma sağlanamadı. Johnson başkan olduğunda ise bünyesindeki idareciler aracılığıyla aslında ilgili arazilerin hiçbir zaman terkedilmediği yönünde kararlar alarak hükmün uygulanmasını tamamen engelledi. Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 51. Görüldüğü üzere Kongre eskiden Konfederasyon askerine ait olan arazinin mülkiyetinin söz konusu kişinin mirasçılarına geçmesine sıcak bakmazken Johnson ise toprağın eski köle tarafından sahiplenilmesini dahi istememekteydi.

⁴⁵ Özgürleştirilenler Dairesi kanun teklifi olarak çevirebileceğimiz söz konusu teklif ile Afro-Amerikanları da içerisinde alan eski kölelere ve İç Savaş'ta yurdundan göç etmek zorunda kalanlara yapılacak sağlık, barınma, yiyecek, kıyafet yardımı hizmetlerini yürütmek amacıyla resmî bir daire kurulması öngörülmüyordu. Bkz. "Freedmen's Bureau Acts of 1865 and 1866", United States Senate, <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/FreedmensBureau.htm>, (14.07.2021).

⁴⁶ XIV. Değişiklik Maddesi'nin yürürlüğe girmesinden önce Kongre Civil Rights Act of 1866 isimli bir kanuna ilişkin teklifi kabul etmişti. Kişi Hakları Kanunu olarak çevirebileceğimiz bu teklif vergi ödemeyen Kızılderililer haricinde Birleşik Devletler'de doğan herkese renk ve ırk farkı gözetmeksizin Birleşik Devletler vatandaşlığı tanımaktaydı. Yine ilgili kanun teklifi metni gereğince Amerikan vatandaşı olan söz konusu kişiler aynı zamanda her eyalet ve bölgede de

Johnson ile Kongre arasındaki bağlar tamamen kopmuş oldu. Nitekim Johnson'ın vetoları Kongre'deki ılımlı Cumhuriyetçilerin de Johnson'dan uzaklaşmasına sebep olurken radikal Cumhuriyetçilerin Johnson'a karşı daha da öfkelenmesine yol açtı⁴⁷. Kongre ise Başkan Johnson'ın bu hamlesine Afro-Amerikalılara vatandaşlık ve siyasi haklar tanıyan Anayasa'nın XIV. ve XV. Değişiklik Maddeleri ile karşılık verdi⁴⁸.

1867 yılı Johnson ile Kongre'nin arasının iyice açılmasına sebep olacak gelişmelere sahne oldu. Johnson, Nebreska ve Colorado'nun eyalet statüsünü kazanmasını öngören kanun teklifini veto etti. Nitekim bu iki bölgenin eyalet olması Senato'ya dört yeni Cumhuriyetçi üye gelmesi anlamına gelecekti⁴⁹. Yine Güney'de askeri yönetim öngören ve eski Konfederasyon devletlerine Birleşik Devletler'e yeniden katılmak için XIV. Değişiklik Maddesi'ni onaylamayı şart koşan ilk Yeniden Yapılanma Kanun Teklifi de Johnson tarafından veto edildi⁵⁰. 2 Mart 1867'de Kongre, Başkan Johnson'ın vetosuna rağmen Tenure of Office Act⁵¹'i geçirmeyi ve kanunlaştırmayı başarmıştır. İlgili kanun, kabine üyelerinin ve federal görevlilerin atanması için gerekli olan Senato onayını bunların görevden alınması için de öngörmektedir⁵². Ağustos 1867'de Kongre tatilde iken

aynı haklara sahip olacaklardı. Andrew Johnson söz konusu kanun teklifini eyalet vatandaşlığı bahşetmenin eyaletlerin yetkisi dâhilinde olduğu ve özgürleştirilen siyahilerin Birleşik Devletler vatandaşlarının faydalanabildiği haklara sahip olma açısından gerekli şartları taşıdığı hususunun şüpheli olduğu gerekçeleriyle veto etmiştir. Kongre iki kanadının üçte iki çoğunluğu ile vetoyu aşarak söz konusu teklifi 9 Nisan 1866 tarihinde kanunlaştırmayı başarmıştır. Nitekim yaklaşık iki ay sonra 13 Haziran 1866 tarihinde de benzer hükümlerin bulunduğu XIV. Değişiklik Maddesi Kongre'de kabul edilecek, 20 Temmuz 1868 tarihinde de eyaletler tarafından onaylanıp Anayasa'nın bir parçası olacaktır. Fisher - Harriger, American Constitutional Law, s. 795.

⁴⁷ Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 57.

⁴⁸ Bkz. Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 57-59; Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 50-51. Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi Birleşik Devletler toprağında doğan herkese Birleşik Devletler'in ve ikamet ettikleri eyaletin vatandaşı olma hakkı tanımaktadır. Bu husus köleliğin kaldırılmasını öngören XIII. Değişiklik Maddesi akabinde özgürlüklerine kavuşan Afro-Amerikanların Amerikan vatandaşı olmaları açısından hayati derecede önemliydi. XV. Değişiklik Maddesi ise ırk, renk, önceki dönemde köle olma gibi sebeplerle hiçbir Amerikan vatandaşının oy hakkından gerek federal düzeyde gerek eyalet düzeyinde mahrum bırakılmayacağını güvence altına almaktadır.

⁴⁹ Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 59.

⁵⁰ Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 59.

⁵¹ Tenure of Office Act'i *Makamda Bulunma Esasları Kanunu* olarak Türkçe'ye çevirebiliriz.

⁵² Hemen belirtelim ilgili kanun 3 Mart 1887 tarihinde ilga edilerek yürürlükten kaldırılmıştır.

Johnson, Lincoln tarafından atanan ve Kongre'deki radikal Cumhuriyetçiler ile ittifak halinde olan Savaş Sekreteri Edwin M. Stanton'ı açığa alarak yerine geçici olarak Ulysses S. Grant'i atadı. Amerikan İç Savaşı'nda komutanlık yapan ve Birlik içerisinde çok sevilen Grant'in desteği Johnson için önemliydi. Tatilden dönen Senato ise Stanton'ın görevden uzaklaştırılmasını onaylamayarak savaş bakanlığını tescil etti. Bu gelişmenin üzerine Grant istifa etti. Akabinde Johnson Stanton'ı görevden aldı ve yerine Stanton'ın uzun dönem rakibi ve arasının kötü olduğu Lorenzo Thomas'ı atadı. Stanton ise makamını hukuka aykırı işgal ettiği gerekçesiyle Thomas'ı tutuklattı⁵³.

1867 yılı Şubat ayı sonunda Temsilciler Meclisi'ndeki radikal Cumhuriyetçiler Johnson'un suçlandırılması gerektiğini her geçen gün daha yoğun dile getirmeye başladılar. Nitekim Temsilciler Meclisi bünyesindeki Yargı Komitesi de Johnson'un eylemlerinin bir suçlandırma için yeterli olup olmadığını araştırmaya başlamıştı⁵⁴. Nihayetinde Kasım ayının son haftası raporunu tamamlayan Komite, Johnson'un eylemlerinin suçlandırma için yeterli olduğu sonucuna vardı. Bununla birlikte Yargı Komitesi'ndeki yedi Cumhuriyetçi temsilciden beşi bu beyanı imzaladı⁵⁵.

1865-1869 yılları arasında Başkanlık yapan Demokrat Andrew Johnson, ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan Kongre dönemlerinde çalışmıştır. Johnson'un suçlandırılıp yargılandığı döneme takabil eden 40. Dönem Amerikan Kongresi'nin (1867-1869) alt kanadı Temsilciler Meclisi'nde o dönem 226 temsilci ve 8 delege bulunmaktaydı. Temsilcilerin parti bazındaki dağılımı ise 173 Cumhuriyetçi, 47 Demokrat, 2 Muhafazakâr, 1 Muhafazakâr Cumhuriyetçi, 1 Bağımsız Cumhuriyetçi şeklindeydi⁵⁶. 40. Dönem Amerikan Kongresi'nde Senato'da da Cumhuriyetçiler ağırlıktaydı. Bu hususta 39. Dönem Amerikan Kongresi'nde (1865-1867) Senato'daki dağılım 39 Cumhuriyetçi, 11 Demokrat, 3 Koşulsuz Birlikçi, 1 Birlikçi şeklindeydi. 40. Dönem Amerikan Kongresi'nde (1867-1869) Senato'daki parti dağılımı ise 57 Cumhuriyetçi, 9 Demokrat, 2 de boş

⁵³ Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 80-81, 84; Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 52-55; "Brief History of the Case, The Impeachment of Andrew Johnson (1868) President of the United States", United States Senate, https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Johnson.htm#3, (14.07.2021).

⁵⁴ Benedict, "A New Look at the Impeachment of Andrew Johnson", s. 352.

⁵⁵ Benedict, "A New Look at the Impeachment of Andrew Johnson", s. 360.

⁵⁶ "40th Congress (1867-1869)", Congress Profiles - United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/40th/>, (14.07.2021).

koltuk şeklidir⁵⁷. Bununla birlikte şu hususu vurgulamak gerekir ki Başkan Johnson'ın suçlandırılması ve yargılanması her ne kadar 40. Dönem Amerikan Kongresi nezdinde olmuş ise de 10 Konfedere Devlet veya Güney Eyaleti o dönem henüz Senato'ya yeniden kabul edilmiş değillerdi. Nitekim Amerikan İç Savaşı'nda (1861-1865) Birleşik Devletler'e karşı savaşıyan Güney Eyaletleri 1868 yılının Haziran ayından itibaren Birleşik Devletler'e katılmaya ve fiilen Senato'da yeniden temsil edilmeye başladılar⁵⁸. Bu açıdan Andrew Johnson'ın Senato'da yargılandığı ve hakkındaki suçlandırma maddelerinin oylandığı dönem Senato'da 45 Cumhuriyetçi (42 Cumhuriyetçi ve 3 ılımlı Cumhuriyetçi/Birlikçi) ve 9 Demokrat senatör bulunmaktaydı⁵⁹. 1866 Temsilciler Meclisi ve Senato

⁵⁷ Bkz. "Party Division", United States Senate, <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>, (14.07.2021). Hemen belirtelim söz konusu sayılar seçimler akabinde oluşan dağılımı yansıtmakta olup Kongre dönemi sırasında senatörlerin dağılımında istifa, ölüm, parti değişikliği gibi sebeplerle değişimler meydana gelmiştir. Bkz. aynı yer.

⁵⁸ "Reuniting the Union: A Chronology", Digital History, https://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtID=2&psid=3096, (14.07.2021).

⁵⁹ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 64. Hemen belirtelim bazı kaynaklarda bu dağılım 42 Johnson karşıtı Cumhuriyetçi, 3 Johnson karşıtı olmayan Cumhuriyetçilere yakın Birlikçi/Johnson yanlısı Cumhuriyetçi ve 9 Demokrat olarak belirtilmektedir. Yine dönemin Tennessee Senatörü ve Andrew Johnson'ın damadı David Trotter Patterson kimi kaynaklarda Demokrat olarak belirtilirken kimi kaynaklarda Cumhuriyetçilere yakın Birlikçi/Johnson yanlısı Cumhuriyetçi olarak belirtilmektedir. Bkz. Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 82. Bununla birlikte Patterson 1866 yılında Demokrat olarak senatör seçilmiş ancak bir Birlik Partisi olarak Birlik Partisi bünyesinde faaliyet göstermiştir. Bkz. "Patterson, David Trotter", *Biographical Directory of the United States Congress*, <https://bioguide.congress.gov/search/bio/P000110>, (21.07.2021). Amerikan Senatosu'nun resmî listesinde ise Patterson Birlikçi/Demokrat olarak belirtilmektedir. Bkz. Henry Cabot Lodge, "Senators of the United States: A chronological list of senators since the First Congress in 1789", United State Senate, <https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/chronlist.pdf>, (21.07.2021). Bunun yanında kimi kaynaklarda yukarıda belirtilen Johnson karşıtı olmayan üç Birlikçi/Cumhuriyetçi, Demokrat Partili olarak geçmektedir. Bu senatörler James Dixon, James Rood Doolittle ve Daniel Sheldon Norton'dır. Bunlardan Dixon, Johnson'ın yargılanması sırasında Cumhuriyetçi Parti'den seçilen bir senatör idi. Kendisi daha sonra 1868'de Demokrat Parti'den Temsilciler Meclisi adayı olmuş ancak seçilememiştir. Bkz. "Dixon, James", *Senators of the United States: A chronological list of senators since the First Congress in 1789*, <https://bioguide.congress.gov/search/bio/D000369>, (21.07.2021). James Rood Doolittle da Johnson'ın yargılandığı dönem Cumhuriyetçi Parti senatörü idi. Kendisi daha sonra geçtiği Demokrat Parti'den 1871 yılında vali adayı olmuş ancak seçilememiştir. Bkz. "Doolittle, James Rood", *Senators of the United States: A chronological list of senators since the First Congress in 1789*, <https://bioguide.congress.gov/search/bio/D000428>, (21.07.2021). Daniel Sheldon Norton ise Birlik Partisi'nde senatör seçilmiş, senatörlüğü dönemi hem Birlik Partisi hem de Cumhuriyetçi Parti bünyesinde siyaset yapmıştır. Bkz. "Norton, Daniel Sheldon", *Senators of the United States: A chronological list of senators since the First Congress in 1789*, <https://bioguide.congress.gov/search/bio/N000145>, (21.07.2021).

Seçimleri'nde Cumhuriyetçilerin zaferle ayrılması, Kongre'nin her iki kanadının üçte ikisine hâkim olan Cumhuriyetçi Kongre üyelerini Johnson'ın suçlandırılması ve mahkûm edilerek görevden alınması konusunda cesaretlendirmişti. Nitekim Kongre'deki radikal Cumhuriyetçilere göre Güney, birtakım yaptırımlarla Birleşik Devletler'e yeniden entegre edilmeliydi ve Johnson da bunun önündeki en büyük engeldi⁶⁰.

2. Andrew Johnson'ın Suçlandırılma ve Yargılanma Süreci

Tarihsel kayıtlara bakıldığında Andrew Johnson'ın radikal Cumhuriyetçiler tarafından Tenure of Office Act'i ihlal ettiği gerekçesiyle suçlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Johnson'ın suçlandırılması ve yargılanmasının, impeachment mekanizmasının siyasi amaçlar için kullanıldığının bir yansıması olduğu belirtilmektedir. Bu analizin genellikle Johnson'ın suçlandırılmasını inceleyen tarihçiler değil, hukukçular ve akademisyenler tarafından yapıldığı söylenmekte olup, Tenure of Office Act'in muhtemel anayasaya aykırılığı meselesi karşısında Johnson'ın suçlandırılması ve yargılanmasının niteliğinin ihtilafli mahiyetini koruduğunu söyleyebiliriz⁶¹. Nitekim Johnson seçilmiş bir başkan olmadığı gibi popülaritesi de yüksek değildi. Başka bir ifadeyle, Johnson'ın başkanlık makamı için yeterliliği sorgulanmaktaydı⁶². Siyasi kariyerinin tamamında Demokrat Parti bünyesinde faaliyet gösteren Andrew Johnson'ın partisiyle ters düşmesinin sebebi kölelik değil, Güney Eyaletler'in Birlik'ten ayrılıp ayrılmaması meselesi üzerinden yaşadığı fikir ayrılığı olmuştur⁶³. Nihayetinde Lincoln'ın yeniden yapılanma süreci ve Güney eyaletlerinin Birleşik Devletler'e yeniden entegrasyonu için stratejik bir başkan yardımcısı hamlesi olan Demokrat Johnson, ezici çoğunluğu Cumhuriyetçi olan Kongre tarafından hiçbir zaman benimsenmedi. Peki, bu husus suçlandırma için yeterli miydi? Nitekim Johnson'ın suçlandırılmasında benimsediği politikalara ilişkin Kongre ile yaşadığı ihtilaf, makamında iken bulunduğu davranışlardan daha önemli bir tetikleyici etken olmuştur⁶⁴.

Andrew Johnson 24 Şubat 1868 tarihinde Temsilciler Meclisi tarafından Savaş Sekreteri Edwin Stanton'ı görevden alarak kasıtlı olarak Tenure of Office Act'i

⁶⁰ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 58-59.

⁶¹ Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 426.

⁶² Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 49.

⁶³ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 50.

⁶⁴ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 50.

ihlal ettiği gerekçesiyle suçlandırılmıştır⁶⁵. Johnson 47 temsilcinin oyuna karşılık 126 temsilcinin oyuyla suçlandırılmıştır. Meclis bünyesindeki Komite, Johnson hakkında ağır suç ve kabahat kapsamına giren on bir suçlandırma maddesi hazırlamıştır. Bununla birlikte suçlandırma maddeleri ağırlıklı olarak Johnson'ın Tenure of Office Act'i ihlal etmesine odaklanmaktadır⁶⁶. Johnson ve savunucuları ise Amerikan Başkanı'nın sadece ceza hukuku bağlamında suç teşkil eden eylemleri sebebiyle suçlandırılıp yargılabileceğini belirtmişlerdir⁶⁷. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Andrew Johnson'ın suçlandırılması ve yargılanması döneminde Amerikan Kongresi'nin üst kanadı 54 senatör ile temsil edilmekteydi. Buna göre tüm senatörlerin hazır bulunduğu bir yargılamada Johnson'ın mahkûm edilerek görevden alınması için gerekli olan yeter sayı üçte iki oranına tekabül eden 36 idi.

Dönemin Amerikan Yüksek Mahkemesi Başkanı Salmon P. Chase tüm aşamalarında suçlandırma yargılamasına başkanlık etmiştir. Andrew Johnson'ın yargılanması neticesinde Senato üç suçlandırma maddesini oylamıştır. Johnson'ın Senato'daki en ateşli karşıtları söz konusu üç suçlandırma maddesinin mahkûmiyete sebebiyet verecek ağırlıkta olduğunu düşünmekteydiler. Nitekim birinci suçlandırma maddesi ile dörtten ona kadar olan suçlandırma maddeleri için yeteri sayıda Cumhuriyetçi senatör suçlu yönünde oy kullanmayacaklarını

⁶⁵ Hemen belirtelim ilgili kanunun mevcut başkan döneminde atanan kabine üyelerini koruduğu, hâlbuki Stanton'ın Lincoln tarafından ve Lincoln'ın ilk döneminde atandığı yargılama esnasında üzerine durulan savlardan birisi olmuştur. Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 83.

⁶⁶ Birinci suçlandırma maddesi Johnson'ın Stanton'ı Office of Tenure Act'e aykırı olarak görevden almasının altını çizerek kanuna aykırı işlem tesis etmeyi gerekçe göstermektedir. İkinci, üçüncü ve sekizinci suçlandırma maddeleri ise Stanton'ın yerine Senato'nun tavsiye ve onayı olmaksızın Thomas'ın atanması suretiyle Anayasa'nın ihlal edildiğini belirtmektedir. Dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci suçlandırma maddeleri ise Johnson'ın Thomas ile birlikte Stanton aleyhine işbirliği yaptığına ve Stanton'ın hukuka aykırı bir şekilde görevden alınması için kurulan komplonun suçlandırma ibaresi bağlamında bir ağır suç teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Sekizinci suçlandırma maddesi Johnson'ı Stanton'ı meşru makamından alıkoymaktan ötürü itham etmektedir. Dokuzuncu suçlandırma maddesi Johnson'ın ordu komutanı aracılığıyla askeri operasyonlar ile ilgili emir ve talimatları saptırarak Stanton'ın bypass edilmesi ile ilgilidir. Onuncu suçlandırma maddesi Johnson'ı Kongre'yi küçük düşürme kastıyla saygısızca ve kışkırtıcı konuşma yapmaktan suçlamaktadır. Onbirinci suçlandırma maddesi ise Johnson'ı eyaletlerin tamamının temsil edilmemesinden ötürü 39. Amerikan Kongresi'ni anayasaya aykırı nitelendirerek bu suretle kanun yapma veya anayasayı değiştirme yetkilerinin olmadığını belirterek Anayasa'yı ihlal ettiğini vurgulamaktadır. Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 81; "Articles of Impeachment, The Impeachment of Andrew Johnson (1868) President of the United States", United States Senate, https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Johnson.htm#7, (20.07.2021).

⁶⁷ Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 428.

deklare etmişlerdi⁶⁸. Başkan Johnson yargılamaya bizzat katılmayıp avukatları aracılığıyla temsil edildi⁶⁹. Hükme esas olacak ve üzerinde oylamanın yapıldığı maddeler sırasıyla on birinci, ikinci ve üçüncü suçlandırma maddeleriydi. On birinci suçlandırma maddesi için oylama 16 Mayıs 1868 tarihinde yapılırken on gün sonra ikinci ve üçüncü suçlandırma maddeleri için oylama yapıldı. Andrew Johnson bu üç oylamada da sadece bir oy farkla beraat etmeyi başardı. Nitekim tüm oylamalar 19'a karşı 35 mahkûmiyet yönünde oy ile sonuçlandı⁷⁰. Oylamalarda 35 Cumhuriyetçi senatör mahkûmiyet, 7 Cumhuriyetçi senatör ve 3 ılıman Cumhuriyetçi/Birlikçi senatör⁷¹ ise beraat yönünde oy kullanırken Demokratların tamamına karşılık gelen 9 senatör⁷² de beraat yönünde oy kullandı⁷³.

Mayıs ayı sonunda Senato'da yapılan yargılaması sona erdiğinde Johnson'ın beraat etmesini sağlayacak yeteri kadar Cumhuriyetçi senatör olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte Johnson'ın mahkûm edilerek görevden alınmasına karşı olan Cumhuriyetçi senatörler bunun sadece bir oy farkla olması hususunda anlaşarak bu suretle Johnson'a mesaj vermekten de çekinmemişlerdir. Nitekim Cumhuriyetçiler Johnson'ın sadece bir oy farkla görevde kalması ile daha büyük bir oy farkı ile görevde kalmasının siyasi etkilerinin farklı olacağını hesaplamışlardır⁷⁴. Yine Johnson'ın beraati yönünde oy kullanan senatörler, ağır suç ve kabahat kavramını Anayasa'nın veya federal bir kanunun ihlali şeklinde dar yorumlayan görüşte yer alırken; Johnson'ın suçlu olduğu yönünde oy kullanan senatörler ise ağır suç ve kavramını geniş yorumlayan teoriyi doğrultusunda hareket etmişlerdir⁷⁵.

⁶⁸ Söz gelimi on birinci, ikinci ve üçüncü suçlandırma maddeleri açısından Johnson'ın suçlu olduğu yönünde oy kullanan Johnson karşıtı Senatör John Sherman, Senato yargılaması sırasındaki konuşmasında birinci suçlandırma maddesi için suçlu oyu vermeyeceğini belirtmiştir. Bu şekilde aslında tüm suçlandırma süreci açısından anahtar niteliği olan Tenure of Office Act'in ihlaline ilişkin birinci suçlandırma maddesi oylanmamıştır. Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 85, 87.

⁶⁹ Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 56; Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 82.

⁷⁰ Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 58.

⁷¹ James Dixon, James Rood Doolittle ve Daniel Sheldon Norton.

⁷² Demokrat/Birlikçi David Trotter Patterson dâhil olmak üzere.

⁷³ Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 86-87; "Impeached but Not Removed, March to May 1868", History, Art & Archives - United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Exhibitions-and-Publications/Johnson-Impeachment/Impeached-but-Not-Removed/>, (21.07.2021); "Votes: The Impeachment of Andrew Johnson (1868) President of the United States", United States Senate, https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Johnson.htm#3, (14.07.2021).

⁷⁴ Franklin et al., s. 65.

⁷⁵ Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 60.

3. Andrew Johnson'ın Suçlandırılıp Yargılanmasının Politik Yansımaları ile Yargılama Sonrası Yaşanan Gelişmeler

Andrew Johnson'ın sadece bir oy farkla Senato tarafından mahkûm edilip görevden alınmaktan tabiri caizse kurtulmasının etkileri ve yankıları büyük olmuştur. Bir kere her ne kadar senatörlerin üçte ikisi tarafından suçlu bulunarak mahkûm edilmese de Andrew Johnson Kongre karşısında önemli bir siyasi darbe almış oldu. Takip eden yılın Mart ayında görevi son bulan Johnson için başkanlık defteri de bu şekilde kapandı. Johnson'ın yakın çevresi dâhil herkes onun siyasi kariyerinin sona erdiği hususunda hemfikirdi⁷⁶. Bununla birlikte impeachment serüveni Johnson'ı siyasetten uzaklaştırmadı ve kendisi yeniden senatör olmak için büyük bir kararlılıkla mücadele etti. Her ne kadar hem Cumhuriyetçilerin hem de Demokratların gözünden düştüğü için ilk denemeleri başarısız olsa da nihayetinde Andrew Johnson Tennessee Yasama Organı tarafından Ocak 1875'te yeniden Birleşik Devletler Senatörü seçildi⁷⁷. Bununla birlikte olağan süresinin sonuna kadar senatörlük yapmaya Johnson'ın ömrü yetmedi ve 31 Temmuz 1875 tarihinde hayata gözlerini yumdu.

Andrew Johnson'ın Senato yargılaması, beraat yönünde oy kullanan Cumhuriyetçi Parti senatörleri için de birtakım sonuçları beraberinde getirdi. Sonuçta hem Temsilciler Meclisi hem de Senato'da üçte iki çoğunluğu elinde bulunduran Cumhuriyetçi Parti'nin önde gelen Kongre üyeleri, Johnson'ı mahkûm ettirip görevden alınmasını sağlamakta başarısız oldular. Senato yargılaması sonucunda beraat yönünde oy kullanarak Johnson'ın mahkûm edilmesini önleyen 7 Cumhuriyetçi senatör William P. Fessenden, Joseph S. Fowler, James W. Grimes, John B. Henderson, Lyman Trumbull, Peter G. Van Winkle ve Edmund G. Ross bir daha yeniden seçilemediler. Bu senatörler deyim yerindeyse Cumhuriyetçi Parti tarafından aforoz edildiler⁷⁸. Bunlardan sadece John B. Henderson'ın bir daha Cumhuriyetçi Parti bünyesinde siyaset yapmasına izin verilmiş olup bunun gerçekleşmesi ise 1884 yılını bulmuş, Handerson Chicago'da gerçekleşen Cumhuriyetçi Parti Kurultayı'nda başkanlık yapmıştır. Kansas Senatörü Edmund G. Ross'un ise akıbeti daha da bir dramatik olmuştur. Senato'daki oylama akabinde Kansas Yüksek Mahkemesi üyesi bir yargıç Ross'a telgraf göndererek "*Judas Iscariot'nun kendisini astığı ip kayıp, ancak Jim Lane'in tabancası*

⁷⁶ Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 87.

⁷⁷ Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 60; Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 87.

⁷⁸ Lewis, "The Impeachment of Andrew Johnson", s. 87.

hizmetinizde” ifadelerine yer vermek suretiyle kendisini açıkça aşağılamış ve intihara davet etmiştir. Senatörlük süresinin dolması akabinde Coffeyville Kansas’a dönen Ross, orada bir basımevi işletmeye başlamıştır. Bir gün basımevinde darp edilen Ross, eski sağlığına bir daha kavuşmamıştır. Bir süre yoksul bir şekilde arkadaşlarının desteği ile yaşamına devam eden Ross, New Mexico’ya taşınmış; 1885 yılında ise dönemin Demokrat Başkanı Grover Cleveland tarafından New Mexico Bölgesi (New Mexico Territory)⁷⁹ valisi olarak atanmıştır⁸⁰. Belirttiğimiz bu hususlar İç Savaş’ın atmosferinde vuku bulan ve Johnson’ın suçlandırılmasında tetikleyici etmen olan Amerikan siyasetindeki gerilimin, Johnson’ın yargılanması sonrası dahi devam ettiğini gözler önüne sermektedir.

Andrew Johnson’ın suçlandırılmasının anayasal ve hukuki merkezini Johnson’ın kasıtlı olarak Tenure of Office Act’e aykırı davranması oluşturmaktaydı. Bununla birlikte bu kanunun anayasaya uygunluğu hususu da şüphe barındırmaktaydı. Nitekim Amerikan Anayasası federal görevlilerin atanması için şart koştuğu Senato tavsiye ve onayını, yürütme organı görevlilerinin hiyerarşik amiri olan Başkan tarafından bunların görevden alınmasında öngörmemektedir. Tenure of Office Act, Grover Cleveland’in başkanlığı sırasında Kongre tarafından 1887 yılında anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ilga edilmişti⁸¹.

Myers v. United States Davası⁸²’nda Amerikan Yüksek Mahkemesi 25 Ekim 1926 tarihinde posta hizmetinde çalışan birinci, ikinci ve üçüncü sınıf federal görevlilerinin atanması yanında görevden alınmasında da Senato’nun tavsiyesi ve onayını şart koşan 1876 tarihli Tenure of Office Act isimli kanunu anayasaya aykırı bularak hükümsüz kılmıştır. Davanın arka planında Portland’da birinci sınıf posta yöneticisi olarak görev yapan Frank S. Myers’in dönemin Amerikan Başkanı Woodrow Wilson tarafından Senato’nun onayı olmaksızın dört yıllık görev süresi dolmadan görevden alınmasının kanuna ve anayasaya aykırı olup olmadığı meselesi vardır. Baş Yargıç William Howard Taft tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşü gereğince Amerikan Anayasası federal görevlilerin atanması aksine görevden alınması hususunda sessiz kalmakta olup bu tutum bilinçli bir tercihtir. Amerikan Anayasası’nı hazırlayan Konvansiyon kayıtlarına bakıldığında hiyerarşisi

⁷⁹ New Mexico 1912 yılında eyalet (state) statüsünü kazanmıştır.

⁸⁰ Lewis, “The Impeachment of Andrew Johnson”, s. 87.

⁸¹ “Congress Overrides Johnson’s Veto and Passes the Tenure of Office Act”, Richmond University History Engine, <https://historyengine.richmond.edu/episodes/view/6604>, (23.07.2021).

⁸² Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926), JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/#tab-opinion-1931571>, (22.07.2021).

altındaki federal görevlilerin görevine son vermenin başkanın münhasır yetki alanında olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre söz konusu kanun yürütme ve yasa-
ma organları arasındaki kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmekte olup Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa ile Kongre'ye verilmeyen ve yürütme salâhiyeti dâhilindeki bir yetki kanun ile verilemez⁸³. Yüksek Mahkeme Andrew Johnson'ın suçlandırılmasının hukuki dayanağı olan Tenure of Office Act'e de değinmiş olup genel olarak Başkanın anayasal nitelikteki federal görevlileri görevden alma yetkisine Senato onayı getiren kanunların anayasaya aykırı olduğunun altını çizmiştir⁸⁴.

4. Değerlendirme

Andrew Johnson'ın suçlandırılması ve yargılanması, Başkan ile Kongre'nin kanatlarının farklı siyasi partilere mensup olduğu bölünmüş yönetim döneminde ve İç Savaş sonrası yeniden yapılanmanın sancısı ve gerilimini yaşayan Amerikan siyasetinin gölgesinde gerçekleşmiştir. Gerçekten de Johnson'ın suçlandırılma maddelerine bakıldığında Tenure of Office Act'e kasıtlı olarak aykırı işlem yapmak dışında - ki söz konusu kanunun anayasaya aykırılığı hususunda şüpheler vardı ve bu husus çok sonraları Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından teyit edildi - ceza hukuku anlamında suç kapsamına girebilecek bir eylemi olmadığını görmekteyiz. Johnson'ın Birleşik Devletler'e bağlı olduğu ve İç Savaş Dönemi Birlik taraftarı olarak Konfederasyon'un karşısında yer aldığını da göz önüne alırsak onun ne suçlu ne de hain olduğu sonucuna kolaylıkla varırız⁸⁵. Bununla birlikte kendisi de bir köle sahibi olan Johnson, özgürleştirilmiş eski kölelere birtakım imkânlar sunulmasına karşı çıkması ve eski kölelere eşit haklar tanınmasalar dahi Konfederasyon bünyesindeki eyaletlerin Birlik'e katılımını desteklemesi ile dikkatleri üzerine çekmiştir⁸⁶. Konuya federal görevlilerinin suçlandırılıp yargılanarak mahkûm edilmesi için yeterli olan siyasi suç kavramı penceresinden bakacak olursak, Johnson'ın aslında siyasi suç kavramına girebilecek bir işlem veya eyleminin de olmadığı sonucuna varabiliriz. Şöyle ki Johnson'ın suçlandırılmasına bakıldığında onun uygun/etik olmayan işlem veya eylemlerden ya da kamu güvenine ihanet, gerçek dışı beyan, dürüstlüğe aykırı eylemlerden suçlandırılmadığı gözlemlenmektedir⁸⁷.

⁸³ Bkz. Myers v. United States, 272 US 167, 172-176 (1926).

⁸⁴ Bkz. Myers v. United States, 272 US 172 (1926).

⁸⁵ Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 75-76.

⁸⁶ Marjorie Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment and the Death of the Independent Counsel Statute: Toward Depoliticization", Vol. 102, Iss. 1, September 1999, West Virginia Law Review, s. 60 <https://core.ac.uk/download/pdf/230402184.pdf>, (26.08.2021).

⁸⁷ Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 77.

Ceza hukuku anlamında suç veya Hamilton'ın altını çizdiği siyasi suç işlemekten ziyade Johnson'ın suçlandırılıp yargılanmasında temel motivasyonun Kongre ile politikaya ilişkin yaşadığı derin ihtilaflar olduğu belirtilmektedir⁸⁸. Nitekim Amerikan İç Savaşı sonrası yeniden yapılanma sürecinin yöntem ve kapsamı ile ilgili ezici çoğunluğu Cumhuriyetçilerden oluşan Kongre ile ters düşmesi ve bu hususta da uzlaşmaması veya geri adım atmaması, Johnson'ın impeachment sürecine zemin hazırlamış oldu. Andrew Johnson her ne kadar Birlik yanlısı olsa da kendisinin Güney Eyaletlere çok müsamahakâr olması, Kongre'nin husumetine maruz kalmasına sebep oldu⁸⁹. Planladıkları yeniden yapılanma sürecinin hayata geçirilmesinin Johnson ile imkânsız olduğunu düşünen Cumhuriyetçilerin, Johnson'ı görevden almalarının yegâne yolu onu suçlandırıp yargılamalarıydı. Bununla birlikte şu hususun da altını çizmek gerekir ki Andrew Johnson, özgürleştirilen kölelerin siyasi haklara hemen ve koşulsuz bir şekilde sahip olmasına karşı olduğu gibi yeniden yapılanma konusunda kendi vetosuna rağmen Kongre'nin çıkardığı kanunları uygulamakta da isteksizdi⁹⁰. Söz gelimi Johnson Kongre tarafından öngörülen, federal görevlilerin atama öncesi Birleşik Devletler'e karşı herhangi bir eylem veya isyanda bulunmadıklarına ve gelecekte de bulunmayacaklarına ilişkin sadakat yemini etme şartını birtakım bölge valilerini atarken uygulamamıştır⁹¹. Yemin geçmişe yönelik bir beyan da içerdiği için sadakat yemini şartını uygulaması Konfederasyon bünyesinde faaliyet gösteren askeri ve sivil personelin bir daha federal makamlara atanamamaları anlamına gelecekti⁹². Bu bağlamda asli anayasal görevi kanunların sadakatle uygulamasını sağlamak olan Amerikan Başkanı'nın yeniden yapılanma dönemine ilişkin olan kanunları uygulamaktan imtina etmesi, Kurucular'ın çerçevesini belirlediği ağır suç ve kabahat kavramının içerisinde değerlendirilebilir⁹³. Mevzu nihayetinde dönüp dolaşıp Kongre'de çoğunluğu elinde bulunduran Cumhuriyetçilerle Demokrat Andrew Johnson'ın Amerikan İç Savaşı sonrası yeniden yapılanma politikalarında ve Güney Eyaletleri'nin statüsü ve Birleşik Devletler'e katılım şartları konusunda yaşadıkları ihtilaflarda düğümlenmiştir.

⁸⁸ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 77; Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 49-50.

⁸⁹ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 60.

⁹⁰ Bkz. Benedict, "A New Look at the Impeachment of Andrew Johnson", s. 358; Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 429-430.

⁹¹ Benedict, "A New Look at the Impeachment of Andrew Johnson", s. 358.

⁹² Benedict, "A New Look at the Impeachment of Andrew Johnson", s. 358.

⁹³ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 61.

C. Richard Nixon'ın Suçlandırılma Girişimi ve İstifası

1. Arka Plan

1969-1974 yılları arasında Amerikan Başkanlığı yapan Richard Nixon'ın suçlandırılma hikâyesi nevi şahsına münhasır unsurlar içermektedir. Bir kere Andrew Johnson'ın aksine Nixon bizzat seçilmiş bir Amerikan Başkanı idi. Yine Richard Nixon Temsilciler Meclisi'nde henüz suçlandırılıp yargılanmadan önce suçlandırılma ve yargılanma baskısı altında istifa etmiştir. Andrew Johnson'ın aksine Richard Nixon'ın başkanlığının meşruiyeti veya yeterliliği konusunda herhangi bir ihtilaf yoktu. Başkanlığı döneminde Nixon, Sovyetler Birliği ile ilişkileri geliştirmeye çalıştığı gibi Çin Halk Cumhuriyeti ile de resmî ilişki ve diyalog kurdu. Bu suretle Soğuk Savaş'ın tansiyonunu düşürmeye çalışan Nixon, Sovyetler ve Çin ile geliştirdiği bu ilişkiler yoluyla Kuzey Vietnam'a baskı yaparak Vietnam Savaşı'nı bitirmeye çalıştı. Yine Nixon Amerikan askerlerinin Vietnam'dan çekilmesi için Güney Vietnam askerlerinin eğitilerek kendi savunmalarını üstlenmeleri yönünde bir strateji benimsemiştir. Nitekim başkanlığının ilk döneminde Nixon, Amerikan askeri birliklerini Vietnam'dan parça parça çekmeye başlamıştır⁹⁴.

1953-1961 yılları arasında İkinci Dünya Savaşı'nın önemli komutanlarından olan Dwight D. Eisenhower'ın başkanlığı döneminde başkan yardımcılığı yapan Nixon'ın Cumhuriyetçi Parti içerisindeki ağırlığı ve konumu güçlüydü. 1960 Başkanlık Seçimleri'ni Demokrat John F. Kennedy'e kaybeden Nixon, Kennedy ve Johnson'ın başkanlıkları akabinde girdiği 1968 Başkanlık Seçimleri'ni Demokrat Hubert Humphrey karşısında kazanarak Başkan oldu. Nixon, 1972 Başkanlık Seçimleri'ni ise Demokrat George McGovern karşısında ezici çoğunlukla kazandı. Nitekim bu seçimde McGovern sadece 17 delege/ikinci seçmen kazanabilirken Nixon 538 delege/ikinci seçmenin 520'sinin oyunu almayı başardı⁹⁵. Politikaları halk nezdinde görece benimsenen ve Birleşik Devletler başkanlık seçimleri tarihindeki en büyük delege oyu farklarından birisi ile ikinci dönem başkanlığa seçilen Nixon'ın siyasi kariyerini Watergate Skandalı sona erdirmiştir.

⁹⁴ Ken Hughes, "Richard Nixon: Foreign Affairs", University of Virginia Miller Center, <https://millercenter.org/president/nixon/foreign-affairs>, (27.07.2021).

⁹⁵ Bkz. "President Nixon, Richard Nixon Presidential Library and Museum - National Archives, <https://www.nixonlibrary.gov/president-nixon>, (27.07.2021); "Richard M. Nixon", The White House, <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/richard-m-nixon/>, (27.07.2021). Geriye kalan bir delege sadakatsiz delege (faithless elector). Virginia'daki seçimi Nixon kazanmasına rağmen söz konusu sadakatsiz delege, oyunu Liberteryen John Hospers'a vermiştir. Bkz. "1972 Electoral College Results", National Archives, <https://www.archives.gov/electoral-college/1972>, (27.07.2021).

Andrew Johnson'ın aksine bizzat seçilmiş ve ikinci kez seçildiğinde delegelerin ezici çoğunluğunu kazanmış bir başkan olarak görev yapmasına rağmen Nixon dönemi ile Johnson dönemi birtakım benzerlikler göstermekteydi. Bir kere Richard Nixon da Andrew Johnson'ın başkan olduğu sürenin tamamında olduğu gibi ekseriyeti Demokrat olan bir Temsilciler Meclisi ve Senato ile karşı karşıya kalmışlardır⁹⁶. Nitekim Nixon'ın başkanlık yaptığı döneme denk gelen 91. Kongre'de (1969-1971) 57 Demokrat - 43 Cumhuriyetçi senatör, 243 Demokrat - 192 Cumhuriyetçi temsilci; 92. Kongre'de (1971-1973) 54 Demokrat - 44 Cumhuriyetçi - 1 Muhafazakâr⁹⁷ - 1 Bağımsız⁹⁸ senatör, 255 Demokrat - 180 Cumhuriyetçi temsilci; 93. Kongre'de (1973-1975) 56 Demokrat - 42 Cumhuriyetçi - 1 Muhafazakâr⁹⁹ - 1 Bağımsız¹⁰⁰ senatör, 243 Demokrat - 142 Cumhuriyetçi temsilci şeklinde bir dağılım vardı¹⁰¹. Başka bir ifadeyle Richard Nixon Amerikan yürütme ve yasama organlarının kompozisyonu bağlamında bölünmüş yönetim sırasında başkanlık yapmıştır. Yine Richard Nixon da Andrew Johnson gibi duygusal açıdan yoğun bir dönemde başkanlık yapmıştır. Nasıl Johnson'ın başkanlık döneminde ülke Abraham Lincoln suikastının şokunu ve üzüntüsünü atlamadıysa, Nixon'ın başkanlık döneminde de Başkan John Kennedy, Senatör Robert Kennedy ve Martin Luther King suikastlarının sarsıntıları devam etmekteydi¹⁰².

Richard Nixon'ın istifasına götüren olaylar silsilesi 17 Haziran 1972 yılında beş kişinin Washington D.C.'deki Watergate Kompleksi'nde bulunan Demokrat Parti Ulusal Komite Merkezi'ne girmeye çalışırken yakalanmasıyla başladı. Söz konusu kişilerin üzerinde dinleme cihazları bulunduğu için olayın politik yönünün olup olmadığı sorusu da beraberinde geldi. Demokrat Parti'nin, olayın

⁹⁶ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 82.

⁹⁷ Cumhuriyetçilerle birlikte hareket eden/grup toplantılarına katılan.

⁹⁸ Demokratlarla birlikte hareket eden/grup toplantılarına katılan.

⁹⁹ Cumhuriyetçilerle birlikte hareket eden/parti grup toplantılarına katılan.

¹⁰⁰ Demokratlarla birlikte hareket eden/parti grup toplantılarına katılan.

¹⁰¹ "Party Division", United States Senate, <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>, (28.07.2021); "91st Congress (1969-1971)", Congress Profiles - United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/91st/>, (28.07.2021); "92nd Congress (1971-1973)", Congress Profiles - United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/92nd/> (28.07.2021); "Congress Profiles, 93rd Congress (1973-1975)", Congress Profiles - United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/93rd/>, (28.07.2021).

¹⁰² Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 81-82.

Cumhuriyetçi Parti ile ilişkisi olabileceği yönündeki girişimlerine rağmen söz konusu eylem haneye tecavüz olarak olağan bir suç gibi D.C. Federal Bölge Mahkemesi'nde kovuşturuldu. Olayın 1972 Başkanlık Seçimleri'ne kayda değer bir etkisi olmadığı gibi 1973 Başkanlık Yemin Töreni'nden önce de iç yüzü aydınlatılmadı¹⁰³. Nitekim daha sonra yapılacak soruşturmada yakalanan kişilerin Richard Nixon'ın 1972 Seçimleri'nde kampanyasına destek olmak ve yeniden seçilmesini sağlamak için kurulan *Başkan'ın Yeniden Seçimi Komitesi (The Committee to Re-Elect the President - CRP)* isimli organizasyon ile bağlantısı olduğu ortaya çıkacaktı. Yine binaya zorla girenlerin amacının Demokrat Parti'nin telefonlarını dinlemek için Demokrat Parti ofisine dinleme cihazı yerleştirmek olduğu anlaşıldı. 1973 yılı Mayıs ayında Adalet Sekreteri Elliot Richardson, Watergate Kompleksi'ne girmeye çalışan kişiler ile CRP arasındaki bağı araştırmak üzere savcı Archibald Cox'ı görevlendirdi. Cox'ın sadece Demokrat Parti Ulusal Komite Merkezi'ne zorla girilmesi olayını değil 1972 Başkanlık Seçimi kampanyası ve Nixon ile ekibi hakkındaki iddiaları soruşturma yetkisi de bulunmaktaydı¹⁰⁴. Bu dönem Senato da bünyesindeki Başkanlık Seçim Kampanya Faaliyetleri Komitesi (the Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities) aracılığıyla kendi soruşturmasını yapmaktaydı. Savcı Cox'ın soruşturmanın akıbeti için zaruri gördüğü Oval Ofis'teki ses dinleme cihazlarının kayıtlarına erişim talebi akabinde ise Nixon'ın suçlandırma ve istifa süreci tetiklenmiş oldu¹⁰⁵.

Archibald Cox'ın Oval Ofis'teki ses kayıtlarına erişim talebi üzerine 20 Ekim 1973 tarihinde Richard Nixon Amerikan kamuoyunda *Cumartesi Gecesi Kıyımı (Saturday Night Massacre)* olarak bilinen gelişmelere imza attı. Nixon, Adalet Sekreteri Richardson'a Savcı Cox'ı kovması emrini verdi. Richardson ise Cox'ı görevden almayı reddederek istifa etti. Bunun üzerine Adalet Sekreter Yardımcısı William Ruckelshaus'a, Cox'ı kovması için Nixon tarafından emir verildi. Ruckelshaus da bu emre uymayı reddederek istifa etti. Bunun üzerine federal hükümeti, Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki davalarda temsil eden Adalet Sekreterliği bünyesindeki hukukçu (*Birleşik Devletler Hukuk Müşaviri - Solicitor*

¹⁰³ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 99.

¹⁰⁴ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 79.

¹⁰⁵ Howard Leib, "Archibald Cox", *The First Amendment Encyclopedia*, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1393/archibald-cox>, (28.07.2021); "Impeachable Offenses: Effort to Impeach Richard Nixon" *Constitution Annotated - United States Congress*, https://constitution.congress.gov/browse/essay/artII-S4-2-3-5/ALDE_00000695/#essay-4, (28.07.2021).

General)¹⁰⁶ Robert Bork, Adalet Sekreteri vekili sıfatıyla Archibald Cox'ın görevine son verdi¹⁰⁷. Bu gelişme halkta tepkileri de beraberinde getirdi. Nitekim Nixon'ın suçlandırılması gerektiğini düşünen insanların sayısı her geçen gün artıyordu¹⁰⁸.

Richard Nixon, Archibald Cox'ın Oval Ofis ses kayıtlarına erişim talebini yerine getirmedi ve gerekçe olarak *yürütme imtiyazını (executive privilege)*¹⁰⁹ gösterdi. Bunun üzerine mevzu Savcı Cox tarafından federal yargıya taşındı. Nitekim Savcı Cox, D.C. Federal Bölge Mahkemesi Yargıcı John Sirica'ya Beyaz Saray'daki ses kayıtlarına erişim kararı çıkarması için talepte bulundu ve Sirica bu talebi kabul etti¹¹⁰. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise 24 Temmuz 1974 tarihli *United States v. Nixon* kararında Nixon'ın geniş yürütme imtiyazı iddiasını reddetti. Bunun üzerine Nixon somut delil niteliğindeki kayıtları 5 Ağustos'ta paylaşmak zorunda kalarak 8 Ağustos'ta da istifasını açıklamak zorunda kalacaktı¹¹¹. *United States v. Nixon* kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi ne kuvvetler ayrılığı ilke-

¹⁰⁶ Aslında Solicitor General Türkçe'ye Başsavcı olarak da çevrilebilir. Bununla birlikte *Birleşik Devletler Başsavcısı (U.S. Attorney General)* unvanı Adalet Sekreteri'ne aittir.

¹⁰⁷ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 80.

¹⁰⁸ "Saturday Night Massacre", *Political Dictionary*, <https://politicaldictionary.com/words/saturday-night-massacre/> (28.07.2021); Leib, aynı yer. Archibald Cox'dan boşalan Watergate soruşturması savcısı görevine Leon Jaworski atandı. Her ne kadar artık ortada Watergate'i soruşturmaya yetkili Cox yoksa da Jaworski de söz konusu ses kayıtlarını elde etmek için girişimlere devam etti. Franklin et al., s. 104.

¹⁰⁹ Amerikan siyasi tarihinde aktivist başkanlar bilhassa dış ilişkiler konusunda Anayasa'da açıkça yer almayan veya yorum yoluyla çıkartılamayan ancak yürütme yetkisinin tezahürü olmaktan kaynaklanan birtakım ayrıcalıklara sahip olmaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Yürütme imtiyazı olarak belirtilen bu ayrıcalıklar başkanlık makamının ve yürütme organı olmanın doğal bir sonucu olarak görülmektedir. Hatta katı bir şekilde anayasa çerçevesinde yapılanma taraftarı olan başkanlar dahi bu bağlamda birtakım Amerikan başkanları geniş yetkileri kullanmaktan çekinmemişlerdir. Söz gelimi Başkan Thomas Jefferson bu hususta herhangi bir anayasal yetkilendirme olmamasına rağmen Büyük Britanya'ya ambargo uygularken ya da Fransa'ya ait Louisiana Bölgesi'nin satın alımı sırasında yetkilerini geniş bir şekilde yorumlamıştır. Diğer başkanlar ise yürütme imtiyazını Kongre'nin veya başka bir merciin yapmış olduğu soruşturma sırasında Başkandan talep edilen hassas nitelikte gördükleri bilgi ve belgelerin verilmesinden imtina etmek için ileri sürmüşlerdir. Yürütme imtiyazının kaynağı olarak Anayasa'nın başkana verdiği "*Kanunların sadakatle uygulanmasını gözetmek*" yetkisi gerekçe gösterilmektedir. Buna göre Başkan kanunların uygulanmasını yerine getirirken bu kapsamda takdir yetkisi de kullanabilir. Vile, *A Companion to the United States Constitution and Its Amendments*, s. 71.

¹¹⁰ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 103; Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 80.

¹¹¹ Vile, *A Companion to the United States Constitution and Its Amendments*, s. 30-31.

sinin ne de üst düzey gizlilik içeren resmî kayıtların Amerikan Başkanı'na sınırsız bir yürütme imtiyazı vermediğinin altını çizmiştir. Yüksek Mahkeme askeri ve diplomatik alanlarda sınırlı da olsa bir yürütme imtiyazının varlığını kabul etmekle birlikte adil yargılanma ilkesinin tecelli etmesine öncelik verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme kararı uyarınca belirtilen bu sebeple Başkan Nixon, Savcı'nın talebine uymalı ve ses kayıtlarını paylaşmalıdır¹¹². Yüksek Mahkeme uyarınca gizliliği korumak amacıyla üstün menfaat gereği Başkanın bilgi ve kayıtları paylaşmaktan imtina etme imtiyazı, başkanlığı etkili bir şekilde yerine getirmesi için zaruri olduğu durumlarda Anayasa ile örtüşebilir¹¹³. Hemen belirtelim Yüksek Mahkeme ilgili içtihadında Nixon'ın yürütme imtiyazı iddiasını reddetse de prensip olarak yürütme imtiyazını kabul etmiştir¹¹⁴.

2. Richard Nixon'ın Suçlandırılma Hazırlığı Süreci ve İstifası

Andrew Johnson'ın suçlandırılma sürecindeki gibi Richard Nixon'ın suçlandırılması da Amerikan Başkanının sadece ceza hukuku anlamında bir suç sebebiyle mi suçlandırılıp suçlandırılmayacağı sorunsalını beraberinde getirmişti. Nitekim Nixon ve avukatları Başkan'ın sadece cezai nitelikli bir suç sebebiyle suçlandırılabilceği görüşündeydiler¹¹⁵. Bunun yanında 1973 yılında yaşanan gelişmeler, Nixon'ın Watergate olayının iç yüzünü örtbas etmek için çaba gösterdiği şüphelerini de güçlendirdi¹¹⁶. Watergate Kompleksi'ne zorla girilmesi bir suç teşkil ettiği için olayın aydınlatılmasının önlenmesi de adaletin yerine getirilmesinin önlenmesi/adil yargılamayı engellemeye teşebbüs suçunun işlenmesi anlamına gelecekti. Şubat 1974'te ise Temsilciler Meclisi, bünyesindeki Yargı Komitesi'ni suçlandırma ihtimalini araştırmak üzere oturumlar yapması için yetkilendirmişti. Bununla birlikte daha Savcı Cox'un görevden alınmasının akabinde Yargı Komitesi suçlandırma ile ilgili iddia ve ihtimalleri ele almaya başlamıştı¹¹⁷.

¹¹² Bkz. United States v. Nixon, 418 US 706-716 (1974), JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/#tab-opinion-1950929>, (27.07.2021).

¹¹³ United States v. Nixon, 418 US 711 (1974).

¹¹⁴ Louis Henkin, "Executive Privilege: Mr. Nixon Loses but the Presidency Largely Prevails", *UCLA Law Review* Vol. 22, No. 1, October 1974, s. 41 https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/uclalr22&id=55&men_tab=srchresults, (05.08.2021).

¹¹⁵ Bkz. Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 432.

¹¹⁶ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 105.

¹¹⁷ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 106.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 24 Temmuz 1974 tarihli *United States v. Nixon* içtihadı ile Oval Ofis ses kayıtlarını savcı ile paylaşmak zorunda kalan Nixon için suçlandırma sürecinin pimi de çekilmiş oldu. Yüksek Mahkeme'nin kararının hemen akabinde 27 Temmuz 1974 tarihinde Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi Nixon hakkında üç suçlandırma maddesini kabul etti. Suçlandırma maddeleri Nixon'ın görevini suiistimal etmesine dayanmaktaydı¹¹⁸. Birinci suçlandırma maddesi Richard Nixon'ın Watergate soruşturmasına müdahale etmek suretiyle adeleti/soruşturmayı engellediğinin altını çizmektedir. Söz konusu suçlandırma maddesi uyarınca Nixon, meşru soruşturma makamlarına eksik ve yanıltıcı bilgi vermiş ve elinde bulundurduğu kanıtları meşru soruşturma makamları ile paylaşmaktan imtina etmiştir. İkinci suçlandırma maddesi Nixon'ın başkanlık makamının yetkilerini kötüye kullanmasına ilişkindir. İlgili suçlandırma maddesi gereğince Nixon FBI, Gizli Servis gibi federal kurumlar aracılığıyla ulusal güvenlikle ilgisi olmayan hususlarda elektronik izleme ve istihbarat faaliyetleri yürüterek başkanlık sıfatını anayasaya aykırı bir şekilde siyasi rakiplerine baskı yapmak ve onları dezavantajlı hale düşürmek için kullanmıştır. Yine ikinci suçlandırma maddesi Nixon'ın, emrinde çalışan federal görevlilerin Watergate olayı ile münasebetini bilmesine veya bilecek durumda olmasına rağmen yürütme yetkilerini olayın iç yüzünün açığa çıkarılması yerine örtbas edilmesi doğrultusunda kullanıldığını da vurgulamaktadır. Söz konusu suçlandırma maddesinde Nixon'ın vatandaşların haklarını ve hukuk devleti ilkesini ihlal ettiğine ilişkin ibareler dikkat çekicidir. Üçüncü suçlandırma maddesi ise Nixon'ın Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi ile işbirliğinden kaçınması suretiyle Kongre faaliyetlerini ve soruşturmasını engellemesi üzerinedir¹¹⁹. Söz konusu birinci ve ikinci suçlandırma maddelerine Komite'deki yirmi bir Demokrat temsilcinin tamamı kabul oyu verirken üçüncü suçlandırma maddesinde Demokrat temsilcilerden ikisi¹²⁰ ret yönünde oy kullandılar. Yargı Komitesi'nin Cumhuri-

¹¹⁸ Cole - Todd, "Impeachment and Removal", s. 12.

¹¹⁹ Richard Nixon, suçlandırma soruşturması yapan Yargı Komitesi'nin 11 Nisan 1974, 15 Mayıs 1974, 30 Mayıs 1974 ve 24 Haziran 1974 tarihli soruşturma ile ilgili bilgi ve belgelerin Kongre'ye iletilmesi taleplerini reddederek bunları yerine getirmemiştir. Suçlandırma maddelerinin tam metinleri için bkz. "Articles of Impeachment", Watergate: The Scandal that Brought Down Richard Nixon, <https://watergate.info/impeachment/articles-of-impeachment>, (02.08.2021). Hemen belirtelim Yargı Komitesi Nixon'ın vergi kaçakçılığı yaptığına ilişkin suçlandırma maddesi önerisini atılı eylemin başkanlık makamının suiistimalinden ziyade Nixon'ın özel işleri kapsamına girdiği gerekçesiyle kabul etmemiştir. Bkz. Cole - Todd, "Impeachment and Removal", s. 11.

¹²⁰ Walter Flowers ve James Mann.

yetçi üyelerine gelecek olursak on yedi Cumhuriyetçi temsilcinin onu, üç suçlandırma maddesine de ret oyu verdiler. Altışar Cumhuriyetçi temsilci birinci ve ikinci suçlandırma maddelerini destekledi ancak bunların beşi aynı kişilerdi. Üçüncü suçlandırma maddesini ise sadece iki Cumhuriyetçi temsilci destekledi. Tüm suçlandırma maddelerini destekleyen tek Cumhuriyetçi Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi üyesi¹²¹ vardı¹²².

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 27 Temmuz tarihli içtihadı ile Richard Nixon tarafından savcı ile paylaşılacak zorunda kalınan Oval Ofis ses kayıtları neticesinde Nixon'ın Watergate olayının üzerini örtmeye çalıştığı netlik kazandı¹²³. Temsilciler Meclisi Genel Kurul olarak suçlandırma maddelerini oylamadan önce, daha önce savcı ile paylaşılan kayıtlar kamuoyuna sunuldu. Bu gelişme Nixon'ın Watergate Olayı'nı örtbas etmek için herhangi bir girişimde bulunmadığına ilişkin beyanat verirken aslında yalan söylediğinin halk tarafından öğrenilmesi demektir. Bu husus aynı zamanda Kongre nezdinde Nixon'a olan güveni de törpüledi. Yargı Komitesi'nde Nixon'ı savunan birtakım Cumhuriyetçi temsilciler ses kayıtlarının ortaya çıkması akabinde kendilerini aldatılmış hissettiklerini ve artık Nixon'ın suçlandırılmasından yana olduklarını beyan ettiler. 7 Ağustos günü Cumhuriyetçi Senatörler Barry Goldwater ve Hugh Scott Beyaz Saray'da Richard Nixon ile kasvetli bir görüşme gerçekleştirdiler ve Nixon'a olası bir Senato yargılaması durumunda sadece 15 Cumhuriyetçi senatörün beraat yönünde oy vermeyi düşündüğünü söylediler ki bu sayı mahkûmiyetin engellemesi için gerekli 34 senatörün çok altındaydı¹²⁴.

Watergate Olayı'nın bir skandala dönüşmesi sonucunda Kongre ile halk nezdindeki desteği önemli ölçüde azalan Richard Nixon, 8 Ağustos 1974 tarihinde televizyonlar karşısına çıkarak istifa edeceğini duyurdu. İstifası 9 Ağustos

¹²¹ Lawrance Hogan.

¹²² Bkz. Richard Lyons - William Chapman, "Judiciary Committee Approves Article to Impeach President Nixon, 27 to 11: 6 Republicans Join Democrats to Pass Obstruction Charge", *The Washington Post*, 28 July 1974, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/072874-1.htm>, (03.08.2021). Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi oylamalarının detaylı tablosu ve temsilciler nezdinde oy dağılımı için bkz. "Analysis of House Judiciary Committee Impeachment Votes", Watergate: The Scandal that Brought Down Richard Nixon, <https://watergate.info/impeachment/analysis-judiciary-committee-impeachment-votes>, (02.08.2021).

¹²³ Franklin et al., "The Politics of Presidential Impeachment", s. 106.

¹²⁴ Franklin et al., "The Politics of Presidential Impeachment", s. 107; Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 87.

tarihinde resmîleşen Nixon bu şekilde suçlandırma ve görevden alınma tehdidi altında, istifa eden ilk ve tek Amerikan Başkanı sıfatını da kazanmış oldu. İstifasına ilişkin yaptığı açıklamada Nixon, başkanlık görevini devam ettirmesi için gerekli Kongre desteğini yitirdiğini belirtmiştir¹²⁵. Nitekim Senato'daki Nixon'ın birtakım uzun dönem destekçileri dahi herhangi bir Senato yargılaması durumunda mahkûmiyet yönünde oy kullanacaklarını açıklamışlardı¹²⁶. Nixon'a ilişkin suçlandırma maddeleri de Temsilciler Meclisi Genel Kurulu'nda oylanmamıştır. Nixon'ın istifa etmesinin temel sebebi olası suçlandırılması ve yargılanmasının ötesinde partisinin desteğini kaybetmesi olmuştur. Bilhassa 23 Haziran 1972 tarihli Oval Ofis ses kaydının açığa çıkmasıyla Nixon'ın CIA aracılığıyla FBI'nın Watergate Olayı soruşturmasını kapattırmaya çalıştığı anlaşıldı. Bu husus pek tabii ki siyasi suçun ötesinde ceza kanunları açısından adaleti engelleme/yargılamayı etkileme suçuna işaret etmekteydi¹²⁷.

3. Richard Nixon'ı Suçlandırma Girişiminin Politik Yansımaları ve Nixon'ın İstifası Sonrası Yaşanan Gelişmeler

Watergate Skandalı'nın Nixon yönetiminde oluşturduğu olumsuz hava büyük ölçekli olmuştu. Nitekim Watergate Olayı irdelendikçe ve aydınlatıldıkça Nixon yönetimi bünyesinde, görevi suiistimal niteliğinde eylemler yapıldığına ilişkin bir algı gittikçe kuvvetlendi¹²⁸. Bu hususun bir sonucu olarak Sonbahar 1973'te Maryland Bölgesi Federal Savcısı George Beall'ın Başkan Yardımcısı Spiro Agnew'ın rüşvet aldığına ilişkin delillere ulaştığını beyan etmesi Amerikan siyasetinde soğuk duş etkisi meydana getirdi. İddialar Agnew'ın county - eyaletlerden sonra gelen, eyaletler içerisindeki en büyük idari birimler - yöneticisi ve Maryland valisi olduğu döneme dek uzanıyordu. Federal büyük jüri tarafından suçlanma tehlikesi ile baş başa kalan Agnew, Savcı ile uzlaşma yoluna gitti ve kendisi aleyhine açılacak herhangi bir davadan kurtulmak için vergi kaçırıldığını itiraf etti ve akabinde itibardan düşmüş bir şekilde Amerikan Başkan Yardımcılığı görevinden istifa etti¹²⁹. Watergate soruşturmasının başlarında ufak görülen Nixon'ın suçlandırılma ihtimali ise Agnew'ın istifası ile harlanmış oldu. Nitekim

¹²⁵ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 87.

¹²⁶ Vile, *A Companion to the United States Constitution and Its Amendments*, s. 31.

¹²⁷ Bkz. Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 435; Carroll Kilpatrick, "Nixon Resigns", *The Washington Post*, 9 August 1974, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/080974-3.htm>, (03.08.2021).

¹²⁸ Franklin et al., "The Politics of Presidential Impeachment", s. 106.

¹²⁹ Franklin et al., "The Politics of Presidential Impeachment", s. 104.

bilhassa Demokratlar cephesinde Başkan Yardımcısı'nın istifa ettiği bir siyasi atmosferde Nixon'ın görevden ayrılması ya da alınması artık imkânsız değildi¹³⁰.

Agnew'ın istifası akabinde Nixon'ın bir başkan yardımcısı belirlemesi gerekiyordu. Richard Nixon Temsilciler Meclisi'nde azınlıkta bulunan Cumhuriyetçilerin lideri Gerald Ford'u başkan yardımcılığı için aday gösterdi. Ford aynı zamanda 1967 yılında yürürlüğe giren Amerikan Anayasası'nın XXV. Değişiklik Maddesi'ne¹³¹ göre başkan yardımcılığına aday gösterilen ilk kişiydi¹³². Watergate soruşturmasının kasvetli atmosferinde ve Agnew skandalı üzerine aday gösterilmesine rağmen Ford, çoğunluğu Demokratlardan oluşan Kongre'de cılız bir muhalefetle karşılaştı. Nitekim Gerald Ford, Senato tarafından 27 Kasım 1973 tarihinde 3'e karşı 92 oyla, Temsilciler Meclisi tarafından da 6 Aralık 1973 tarihinde 35'e karşı 387 oyla onaylandı ve Kongre birleşik oturumunda yemin ederek başkan yardımcılığı görevine başladı¹³³.

Richard Nixon'ın istifası akabinde Gerald Ford kendisini bir anda Amerikan Başkanı olarak buldu. Başkanlık makamına geçtikten kısa bir süre sonra Ford, Nixon hakkında Başkanlık görevini ifa ederken muhtemel işlemiş olduğu tüm suçlarla ilgili af çıkardı¹³⁴. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Amerikan Başkanı, Birleşik Devletler'e karşı işlenen suçlar için sahip olduğu af yetkisini, impeachment usulü sonucunda bir kişinin suçlandırılıp mahkûm olduğu suçlar için kullanmaz. Bununla birlikte Nixon suçlandırılıp mahkûm edilmediği için kendisi için Başkan tarafından af çıkarılmasında herhangi bir anayasal engel yoktu. Bununla birlikte Nixon'ın Birleşik Devletler'e karşı işlemiş olduğu muhtemel bir suç da yoktu. Nitekim Nixon'ın muhtemel işlemiş olduğu suç yukarıda da belirttiğimiz gibi ceza hukuku bağlamında görevi kötüye kullanma ve adaleti engelleme suçları olabiliyordu. Nitekim Ford'un Nixon affı Michigan'lı bir avukat tarafından federal yargıya taşınmıştır. Michigan Batı Bölgesi Federal Mahkemesi Yargıç Noel P.

¹³⁰ Franklin et al., "The Politics of Presidential Impeachment", s. 104.

¹³¹ Amerikan Anayasası'nın XXV. Değişiklik Maddesi John F. Kennedy'nin Amerikan Başkan iken 1963 yılında suikasta uğraması üzerine Kennedy'nin yardımcılığını da yapan Başkan Andrew Johnson döneminde çıkarılmıştır.

¹³² Amerikan Anayasası'nın XXV. Değişiklik Maddesi'nin 2. Bölümü uyarınca, "*Başkan Yardımcılığı makamında bir boşalma olması durumunda Başkanın aday olarak belirlediği kişi Kongre'nin iki meclisinin oylarının çoğunluğunun onayını alması üzerine başkan yardımcısı olarak görevine başlar.*"

¹³³ "Gerald R. Ford Timeline", Gerald Ford Presidential Foundation, <https://geraldfordfoundation.org/gerald-r-ford-timeline/>, (04.08.2021).

¹³⁴ Vile, A Companion to the United States Constitution and Its Amendments, s. 66.

Fox, Murphy v. Ford Davası'nda Richard Nixon'ın Birleşik Devletler'e karşı herhangi bir suç işlememesinin affin hukuki geçerliliğine hanel getirmedigine ve affin anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir¹³⁵. Ford'un Nixon için af çıkarılması kamuoyunda birtakım tepkileri beraberinde getirse de Ford söz konusu affin Watergate Skandalı'nın yaralarının sarılması ve halkın diğer önemli meselelere odaklanması için gerekli olduğunu belirtmiştir¹³⁶. Hemen belirtelim Gerald Ford 1976 Başkanlık Seçimleri'nde 237 delege/ikinci seçmen oyu olarak 297 delege ikinci seçmen/delege oyu alan Demokrat Jimmy Carter'a karşı seçimi kaybetmiştir¹³⁷.

Richard Nixon'ın suçlandırılma girişiminin diğer bir politik ve anayasal yanması da Amerikan Başkanının görevi başında cezai soruşturma ve kovuşturmaya maruz kalıp kalmayacağı sorusunun akıllara gelmesi şeklinde oldu. Nitekim Watergate Skandalı'nın olduğu döneme değin Amerikan Başkanının görevi başındayken cezai takibata maruz kalıp kalmayacağını ilişkin bir karar yoktu. Robert Bork o dönem Başkan'a karşı görevi sırasındayken savcılar tarafından ceza davası açılmayacağını ileri sürmüştü. Watergate Olayı'nın savcısı Leon Jaworski bu konuda tereddütlü olduğu için davanın jürisine Nixon'ın davada *kovuşturulmayan birlikte fail (un-indicted coconspirator)* olarak yer alıp alması gerektiğini dahi sormuştur¹³⁸. Amerikan Başkanının görevi sırasındaki cezai sorumluluğu Donald Trump döneminde yeniden gündeme gelmiş olup aşağıda incelenecektir. Yine Watergate Skandalı, başkan da dâhil olmak üzere üst düzey federal yürütme organı üyelerinin bağımsız ve özel bir savcı tarafından soruşturulmalarına imkân tanıyan *Yönetimde Etik Kanunu'nun (Ethics in Government Act)* 1978 yılında yürürlüğe girmesine vesile oldu ki bu kanunun getirdiği bağımsız soruşturmacı/müdafi kurumu sonucunda yaklaşık yirmi sene sonra Başkan Bill Clinton'ın cinsel hayatı jüri önünde konu edilecek ve başka bir impeachment süreci tetiklenecekti¹³⁹.

¹³⁵ Bkz. Murphy v. Ford, 390 F. Supp. 1372 (W.D. Mich. 1975), March 28, 1975, JUSTIA, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/390/1372/1966699/>, (04.08.2021).

¹³⁶ Vile, A Companion to the United States Constitution and Its Amendments, s. 66.

¹³⁷ Bkz. "1976 Electoral College Results", National Archives, <https://www.archives.gov/electoral-college/1976>, (06.08.2021).

¹³⁸ Vile, A Companion to the United States Constitution and Its Amendments, s. 72.

¹³⁹ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 62.

4. Değerlendirme

Richard Nixon'ın etkileyici ikinci Başkanlık Seçimi zaferi akabinde 1973 yılının başlarında neredeyse hiç kimse Nixon'ın suçlandırılacağına ihtimal vermiyordu. Bununla birlikte Watergate Olayı'nın bir skandala dönüşmesi siyasi momentumu da tersine çevirdi ve yaklaşık 100 yıl sonra Amerikan siyaseti yeniden bir Başkanın suçlandırılması için ciddi girişimlere sahne oldu. Watergate Skandalı Nixon'ın yakın çevresindeki birçok kişinin ceza kovuşturması sonucunda mahkûm olarak tutuklanmasına, Nixon'ın da başkanlık görevinden istifa etmesine sebep oldu. Nixon'ın Watergate Kompleksi'ne zorla giren kişilerin yakalanmasından önce söz konusu suçtan haberi olduğuna ilişkin herhangi bir emareye ulaşılammıştır. Hatta Nixon'ın söz konusu kişiler yakalandıktan sonra olayı aptalca nitelendirdiği belirtilmektedir. Bununla birlikte Nixon, Watergate Olayı'nın amacını ve Cumhuriyetçi Parti bünyesindeki seçim kampanyası komitesi ile bağlantısını öğrendiğinde yaklaşan Başkanlık Seçimleri'nde yeniden seçilme ihtimalini düşüreceği ve siyasi olarak kendisine zarar vereceği gerekçesiyle olayın iç yüzünün örtbas edilmesinden de imtina etmemiştir¹⁴⁰. Yine Nixon CIA'i devreye sokarak yanıltıcı bir şekilde FBI'a ortada bir ulusal güvenlik meselesi olduğunu ve soruşturmayı kapatmasını telkin ettiği de bilinmektedir¹⁴¹. Bu şekilde Nixon'ın olayın iç yüzüne ilişkin bilgisi ve örtbas etme gayretleri adaletin engellenmesi fiili bağlamında Temsilciler Meclisi'nde suçlandırılma girişimini de tetiklemiş oldu¹⁴². Yine Watergate Skandalı'nın patlak vermesi sonrası kamuoyunun Kongre üzerinde oluşturduğu baskı da Temsilciler Meclisi'nin suçlandırma için harekete geçmesinde etken olmuştur¹⁴³.

Richard Nixon'ı suçlandırılma girişimlerinin temel gerekçesinin Watergate Skandalı'nı örtbas etmeye çalışması hususunun yanında Nixon'ın başkanlığı döneminde ekseriyeti Demokratlardan oluşan bir Kongre ile karşı karşıya kaldığını göze almak gerekir. Bununla birlikte Oval Ofis ses kayıtlarının açığa çıkmasıyla Cumhuriyetçi Parti bünyesinde sahip olduğu destek ve güvenin önemli ölçüde azalması karşısında bölünmüş yönetim döneminde başkanlık yapmasa idi dahi Nixon'ın suçlandırılacağı sonucuna varmak da mümkündür. Yine de yukarıda belirttiğimiz gibi Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi'ndeki on yedi üye-

¹⁴⁰ Franklin et al., "The Politics of Presidential Impeachment", s. 108-109.

¹⁴¹ Franklin et al., "The Politics of Presidential Impeachment", s. 109.

¹⁴² Franklin et al., "The Politics of Presidential Impeachment", s. 109.

¹⁴³ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 61.

nin onunun hiçbir suçlandırma maddesine evet oyu vermediğini gözden kaçırmamak gerekir. Özetle Nixon'ın muhtemel suçlandırılmasının tamamen hukuki gerekçelerle açıklamanın eksik olacağı ve dönemin bölünmüş yönetim yapısının da Nixon'ın istifasına en azından ilk etapta zemin hazırlayan faktörlerden birisi olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Watergate Skandalı dönemi ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan bir Temsilciler Meclisi ve Senato olsaydı belki de Watergate ile ilgili özel olarak görevlendirilmiş bir savcı olmayacak, Kongre bünyesinde Watergate Olayı'nı ve Cumhuriyetçi Parti'nin Başkanlık Seçimi kampanyasını araştırmak üzere komiteler yetkilendirilmeyecekti. Nitekim Nixon'ın tabiri caizse başına bela açan Archibald Cox Kongre'nin Başkan'a baskısı sonucu Watergate Olayı için özel olarak yetkilendirilerek atanmıştı. Demokrat Kennedy ve Johnson dönemlerinde Birleşik Devletler Hukuk Müşaviri (*Solicitor General*) general görevini yürüten Cox, Senato'nun onayı ile Watergate Savcısı olarak atanmıştı¹⁴⁴. Bölünmüş yönetimin başkan açısından politik bir gerekliliği olarak Nixon'ın Kongre ile iyi geçinmesi bilhassa Watergate ve Agnew Skandalları'nın gölgesinde şarttı. Nitekim Archibald Cox'ın Watergate Savcısı olarak atanması akabinde gerek Temsilciler Meclisi gerek Senato Agnew'ın istifası sonrası Ford'un başkan yardımcılığını ezici bir çoğunlukla onaylamıştır.

Kongre ile Başkan arasındaki gerilim Andrew Johnson'ın suçlandırılma sürecinde temel unsur iken Richard Nixon'da ise tetikleyici unsur olmuştur¹⁴⁵. Richard Nixon'ın Watergate Skandalı'nın iç yüzünü örtbas etmeye çalışması pek tabii ki adaleti engelleme/yargılamayı etkileme suçları kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bakımdan Nixon'ı suçlandırma girişiminin cezai bir boyutu olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte suçlandırma maddeleri hükümleri arasında yer alan başkanlık makamının yetkilerini kötüye kullanma ve Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi ile işbirliğinden kaçınarak Komite'nin faaliyetlerini engelleme siyasi niteliği olan hususlardır. Hemen belirtelim bu hususlardan bilhassa başkanlık makamının yetkilerini kötüye kullanma, suçlandırma için pek tabii ki yetersiz görülemez. Nitekim Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi'nin başkanlık makamı ve yetkilerinin kötüye kullanılmasını suçlandırma için dayanak olarak görmesi Kurucular'ın çizmiş olduğu siyasi suç kavramının sınırlarının belirlenmesi açısından son derece önemlidir. Nihayetinde Başkan ceza hukuku anla-

¹⁴⁴ Bkz. Anthony Ripley, "Archibald Cox Appointed Prosecutor for Watergate", *The New York Times*, 19 May 1973, <https://www.nytimes.com/1973/05/19/archives/archibald-cox-appointed-prosecutor-for-watergate-richardson.html>, (04.08.2021).

¹⁴⁵ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 90.

mında bir suç işlese veya hukuka aykırı işlem tesis etse de bunun suçlandırma için ağır suç ve kabahat kapsamına girip girmediğini değerlendirmek Temsilciler Meclisi'nin yetkisi dâhilindedir. Bu bağlamda esasen suç işlemiş bir başkan suçlandırılmayabileceği gibi ceza kanunlarını veya cezai hükümleri ihlal etmemiş bir başkan da suçlandırılıp görevden alınabilir. Sonuç olarak Richard Nixon'ın suçlandırma girişimi ve istifasının hukuki/cezai olduğu kadar siyasi bir yönünün de olduğunun altını çizmek gerekir.

D. Bill Clinton'ın Suçlandırılması ve Yargılanması

1. Arka Plan

1993-2001 yılları arasında Amerikan başkanlığı yapmış olan William "Bill" Jefferson Clinton'ın suçlandırılması da tıpkı Richard Nixon'ı suçlandırılma girişiminde olduğu gibi bir skandalın gölgesinde söz konusu olmuştur. Clinton'ın suçlandırılması ve yargılanmasının merkezinde, Richard Nixon örneğinden daha yoğun bir şekilde ceza hukuku bağlamında bir suç işlemesine odaklanılmıştır¹⁴⁶. Johnson'ın suçlandırılma ile Nixon'ın muhtemel suçlandırılma örneklerinin aksine Clinton'ın suçlandırılmasının arka planındaki husus doğrudan Birleşik Devletleri değil de özel hayatını ilgilendiren bir hususta gerçekleştirdiği eylemlerdir. Bill Clinton'ın suçlandırılmasına yol açan olay Monica Lewinsky Skandalı olmakla birlikte Clinton başlı başına bu olay değil, Lewinsky Olayı ile ilgili adli süreci engellemekten dolayı suçlandırılmıştır. Bununla birlikte şu hususu belirtelim ki Clinton'ın suçlandırılması, yoğun ve şiddetli partizan süreçlerin eşliğinde söz konusu olmuştur¹⁴⁷. Nitekim Clinton sekiz yıllık görev süresinin altı yılında bölünmüş yönetim döneminde başkanlık yapmış, suçlandırılması ve yargılanması da ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan bir Temsilciler Meclisi ve Senato döneminde söz konusu olmuştur. Bill Clinton'ın suçlandırılıp yargılanmasında 1990'ların ortalarından itibaren Amerikan siyasetinde beliren üst seviye partizanlığın etkili olduğu ve o dönem, Kongre'deki siyasi grupların yeniden seçilmiş Amerikan Başkanı'nı cılız sebeplere dayanarak suçlandırmak da dâhil olmak üzere politik amaçlı her türlü çetin yola başvurabileceği bir atmosfer olduğu belirtilmektedir¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 436.

¹⁴⁷ Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 91.

¹⁴⁸ Franklin et al., s. 157.

1974 Temsilciler Meclisi Seçimi'nde Arkansas Eyaleti üçüncü bölgeden aday olan Bill Clinton, seçimi kaybetse de aldığı %48,2'lik oy oranı yirmi yıldır herhangi bir Demokrat adayın aldığı oy oranından fazlasıydı¹⁴⁹. Bill Clinton 1978 yılında Arkansas Valisi olarak seçilmiş, 1980 Valilik Seçimi'nde bu koltuğunu kaybetse de 1982 yılında yeniden seçilerek 1992 yılına kadar Arkansas Valiliği görevini sürdürmüştür. Bu dönemde Bill Clinton eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik alanlarında hayata geçirdiği reformlar ile ön plana çıkmıştır¹⁵⁰. Başarılı Valilik döneminin bir sonucu olarak 1992 Başkanlık Seçimleri'nde Demokrat Parti'nin adayı olan Clinton, mevcut Başkan George H.W. Bush'u 168'e karşılık 370 ikinci seçmen/delegenin oyunu alarak Başkan seçildi¹⁵¹. Bu, Clinton'ın Bush'un aldığı delege oyunun iki katından fazlasını alması demektir¹⁵². Soğuk Savaş'ın ve Sovyetler Birliği'nin dağılması ile Kuveyt Savaşı'na tanıklık eden ve dış politikada başarısız sayılmayan Bush yönetimine karşı ekonomi odaklı bir seçim kampanyası yürüten Clinton bunun da meyvelerini almıştı. Clinton'ın seçim kampanyasındaki sloganı *"It's the economy, stupid (Ekonomiden söz ediyoruz, budala!)"* şeklinde idi. Nitekim Clinton kampanyası boyunca şirketlerdeki küçülme, işsizlik ve federal bütçe açığı konularına odaklanarak 1992 Seçimleri'nden zaferle ayrıldı¹⁵³. 1996 Başkanlık Seçimleri'nde ise otuz üç eyalette galip gelerek Cumhuriyetçi aday Bob Dole'u 159'a karşılık 378 ikinci seçmen/delegenin oyunu alarak mağlup etti¹⁵⁴. Clinton'ın 1996 Seçimleri'nden de zaferle ayrılması, onu Franklin Roosevelt'ten beri yeniden seçilen ilk Demokrat Amerikan Başkanı yapmıştır.

Katıldığı iki başkanlık seçiminden büyük zaferle ayrılan ve halk nezdinde popülaritesi azımsanmayacak ölçüde yüksek olan Bill Clinton, başkanlığının ilk iki senesi haricinde altı yıl boyunca ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan Temsilciler Meclisi ile Senato ile karşı karşıya geldi. Nitekim 103. Kongre Dönemi (1991-1993) başında Demokratların 56 senatörü karşısında Cumhuriyetçilerin

¹⁴⁹ "1974", Clinton House Museum, <https://clintonhousemuseum.org/announcement/bc-1974/> (06.08.2021).

¹⁵⁰ "The Clinton Presidency", Clinton House Museum, <https://clintonhousemuseum.org/bill-clinton/>, (07.08.2021).

¹⁵¹ Bkz. "1992 Electoral College Results", National Archives, <https://www.archives.gov/electoral-college/1992>, (07.08.2021).

¹⁵² Russell L. Riley, "Bill Clinton: Campaigns and Elections", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/clinton/campaigns-and-elections>, (07.08.2021).

¹⁵³ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 162.

¹⁵⁴ Bkz. "1996 Electoral College Results", National Archives, <https://www.archives.gov/electoral-college/1996>, (07.08.2021).

44 senatörü vardı. Temsilciler Meclisi'nde ise 258 Demokrat, 176 Cumhuriyetçi ve 1 bağımsız temsilci vardı. Bununla birlikte 104. Kongre Dönemi (1993-1995) başında 47 Demokrat senatöre karşılık 53 Cumhuriyetçi senatör; 204 Demokrat, 230 Cumhuriyetçi ve 1 bağımsız temsilci vardı. 105. Kongre Dönemi (1995-1997) başında Senato'da 45 Demokrata karşılık 55 Cumhuriyetçi senatör varken Temsilciler Meclisi'nde 207 Demokrat, 226 Cumhuriyetçi ve 2 bağımsız temsilci vardı. 106. Kongre Dönemi (1999-2001) başında Senato'da 45 Demokrata karşılık 55 Cumhuriyetçi senatör bulunmaktayken Temsilciler Meclisi'nde ise 211 Demokrat, 223 Cumhuriyetçi ve 1 bağımsız temsilci vardı¹⁵⁵. Buna göre Bill Clinton'ın suçlandırılması ve yargılanması Amerikan siyasetinde bölünmüş yönetimin mevcut olduğu dönemde gerçekleşmiştir.

Bill Clinton'ın başkanlığını ideolojik olarak nitelendirmek gerekirse liberal, ılımlı ve merkezde olduğunu söyleyebiliriz. Kabinesinde üç kadın, dört Afro-Amerikan ve birisi yine kadın olan iki Hispanik Amerikan'a yer veren Clinton, bütçe ve ekonomi ile ilgili kilit pozisyonları merkezde yer alan isimlere emanet etti¹⁵⁶. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ikinci kadın yargıcı Ruth Bader Ginsburg'ü Yüksek Mahkeme üyeliğine ataması, ilk kadın Adalet Sekreteri Janet Reno'yu kabine üyeliğine ataması, Filistin ve İsrail liderleri Yasser Arafat ile Yitzhak Rabin arasında İsrail-Filistin Deklarasyonu imzalanmasına aracılık etmesi, Birleşik Devletler ile Kanada ve Meksika arasında ticari ilişkileri güçlendiren ve Dünya'nın en büyük serbest ticaret bölgesini oluşturan NAFTA¹⁵⁷'nin imzalanması, Vietnam'a yönelik ticari ambargonun kaldırılması, bütçe açığını kapatmak için vergilerin ve vergi kesintilerinin artırılmasını öngören Omnibus Budget Reconciliation Bill'in Kongre tarafından kabul edilmesi, Reagan ve H. W. Bush'un da çok istediği Amerikan Başkanı'na kanun tekliflerini kısmi veto hakkı tanıyan Line-Item Veto Act¹⁵⁸, işini değiştiren veya kaybeden Amerikanların

¹⁵⁵ Bkz. "Party Division", United States Senate, <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>, (07.08.2021); "Party Divisions of the House of Representatives, 1789 to Present", United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Institution/Party-Divisions/Party-Divisions/>, (07.08.2021).

¹⁵⁶ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 162-163.

¹⁵⁷ Kuzey Amerikan Serbest Ticaret Antlaşması.

¹⁵⁸ Clinton v. City of New York kararı ile Amerikan Yüksek Mahkemesi Line-Item Veto Act'i yürütme organına herhangi bir teşrii müzakere yapılmaksızın veya yasama süreci işletilmeksizin Kongre tarafından kabul edilen bir kanunu tek taraflı değiştirme yetkisi vermesi sebebiyle Anayasa'ya aykırı bularak hükümsüz kılmıştır. Bkz. Clinton v. City of New York, 524 U.S. 417 (1998), JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/417/#tab-opinion-1960375>, (09.08.2021).

sağlık sigortalarının devam etmesini öngören sağlık reformu Clinton'ın ilk başkanlık döneminde yaşanan önemli gelişmelerdir. Bununla birlikte Clinton, tüm Amerikalılara sağlık sigortası öngören ve uçuk olarak nitelendirdiği sağlık giderlerini düşürmeyi hedefleyen sağlık reformunu Kongre'den geçirememiştir¹⁵⁹.

Cumhuriyetçilerin 1994 Kongre Seçimleri'nden zaferle ayrılarak Temsilciler Meclisi ile Senato ekseriyetine sahip olması akabinde dahi Clinton, Kongre ile belirli bir uzlaşma zemini yakalayabilmiştir¹⁶⁰. Clinton'ın ilk başkanlık döneminde yaşanan yukarıda belirttiğimiz önemli gelişmeler Kongre'nin desteği sonucunda meydana gelebilmiştir. İkinci başkanlık döneminin başlarının da Clinton'ın Kongre ile ilişkileri açısından büyük bir sorun olmaksızın geçtiğini belirtebiliriz. Nitekim bu dönemde Clinton'ın Kongre'de çoğunlukta olan Cumhuriyetçilerle uyumlu çalıştığı dikkatlerden kaçmamıştır. Nitekim başkanlığının ilk döneminde güçlenen ekonominin etkisiyle Clinton, 1997 yılında Kongre'deki Cumhuriyetçi liderlerle bütçe açığını daha da azaltmayı öngören beş yıllık mali plan konusunda anlaşmıştır¹⁶¹. Nitekim Clinton'ın başkanlığı sırasında Birleşik Devletler'in 290 milyar \$ bütçe açığı kapanmış, hatta bütçe 128 milyar \$ fazla vermiştir. Yine 18,6 milyon yeni istihdamın oluşturulması, işsizlik oranının %7,5'ten %4'e düşmesi, ev sahibi olma oranının %67,7 gibi rekor seviyeyi bulması, yoksulluk oranının %11,4'e gerilemesi Clinton'ın başkanlık döneminin önemli ekonomik başarılarıdır¹⁶². Bununla birlikte Clinton'ın 1996 yılında yeniden seçilmesi sonucunda başarılı, ılımlı ve merkezde bir Demokrat başkan profili sergilemesi, 2000 Başkanlık Seçimleri'nde Beyaz Saray'a yeniden yerleşmeyi hedefleyen Cumhuriyetçiler için büyük bir tehdit olarak görülmeye başlamıştır¹⁶³.

Bill Clinton'ın suçlandırılmasına ve yargılanmasına bir tür olaylar silsilesi sebep olmuştur. Bu olaylar silsilesinin başlangıcı Whitewater Skandalı olarak bilinen ve Bill Clinton'ın Arkansas Başsavcısı iken eşi Hillary Clinton ile birlikte yaptığı bir yatırım sonucunda herhangi bir yolsuzluğa veya mali suça karışıp karışmadığına ilişkin yürütülen soruşturmadır. Bill Clinton ve o dönem avukatlık

¹⁵⁹ Bkz. "Bill Clinton: Key Events", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/bill-clinton/key-events>, (09.08.2021).

¹⁶⁰ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 166.

¹⁶¹ Bkz. "Bill Clinton: Key Events" aynı yer.

¹⁶² Kimberly Amadeo, "President Bill Clinton's Economic Policies: Why President Bill Clinton's Economic Policies Were Effective", *The Balance*, 24 December 2020, <https://www.thebalance.com/president-bill-clinton-s-economic-policies-3305559>, (13.08.2021).

¹⁶³ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 166.

yapan Hillary Clinton 1978 ilkbahar'ında arkadaşları Jim McDougal ve eşi Susan McDougal ile birlikte borçlanarak Little Rock'ta White River kıyısındaki bir araziyi satın almışlardır. Clinton ve McDougal aileleri burada ilgililere satmak amaçlı tatil evleri yapmayı planlarken yükselen faizler sonucunda tatil amaçlı yapı piyasasının küçülmesi sonucunda Bill Clinton ve Hillary Clinton'ın söz konusu yatırımları için kurduğu *Whitewater Gelişim Şirketi (Whitewater Development Company)* iflas etmiştir. Bunun sonucunda Clintonlar da McDougallar da önemli ölçüde nakit kaybı yaşamıştır. Bu olayın akabinde Bill Clinton Arkansas Valisi seçilmiş, Jim McDougal ve Susan McDougal ise bankacılık işine girmişlerdir. Jim ve Susan McDougal bir arada Madison Guaranty olarak bilinen iki tasarruf ve yatırım bankası kurmuşlar ve bu bankaları hortumlamaktan dolayı suçlu bulunarak hapse girmişlerdir. Söz konusu mali suçlar büyük ölçüde Whitewater ile bağlantısı bulunmayan olaylara dayanmaktaydı¹⁶⁴.

Clintonlar ile McDougallar yakın arkadaş oldukları için Whitewater ile Madison Guaranty arasında herhangi bir bağ olup olmadığı ve Bill Clinton'ın bu husustaki rolü merak konusu olmuştur. Clinton'ın Madison Guaranty üzerinden kara para aklamaya teşebbüs etmesi iddialar arasındaydı. Nitekim kayıp olan 300 Bin \$ paranın Clinton'ın Whitewater kaybını kapatmak için kullanılmış olabileceği şüpheleri vardı¹⁶⁵. Yine söz konusu paranın Clinton'ın valilik seçimi kampanyasına aktarılmış olabileceği de iddialar arasındaydı¹⁶⁶. 1993 yılında Beyaz Saray avukatlarından ve Whitewater dönemi Hillary Clinton'ın avukatı olarak çalıştığı hukuk şirketinin ortaklarından olan Vince Foster intihar etti. Foster aynı zamanda Whitewater arazi anlaşmasında Clintonlar'ın temsilcisi de yapmıştı. Foster'ın ölümünden birkaç saat sonra Beyaz Saray'da avukat olarak çalışan Bernard Nussbaum'ın, Whitewater ile ilgili Foster'a ait belgeleri Clinton'ın özel sekreterine vermesi birtakım spekülasyonları da beraberinde getirdi. Whitewater konusundaki söz konusu iddiaların Clinton'ın başkanlığı döneminde yeniden gündeme gelmesi üzerine Adalet Sekreteri 1994 yılı başında Robert B. Fiske'i Whitewater Olayı ve Vince Foster'ın intiharını soruşturması için özel savcı olarak atadı. 30 Haziran 1994 tarihinde sunduğu ön raporda Savcı Fiske, Clinton'ın herhangi bir suça karışmadığını ve Foster'ın intiharının Whi-

¹⁶⁴ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 168-169; Brian Beers, "The Whitewater Scandal: What You Should Know", *Investopedia*, 23 July 2019, <https://www.investopedia.com/ask/answers/08/whitewater-scandal.asp>, (14.08.2021).

¹⁶⁵ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 169.

¹⁶⁶ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 63.

tewater ile ilişkili olmadığını belirtiyordu. O dönem Kongre’de Demokratlar çoğunlukta olduğu için Cumhuriyetçiler’in Kongre bünyesinde soruşturma komitesi kurma çabaları da olumsuz sonuçlandı¹⁶⁷.

Robert Fiske, Demokrat Başkan Jimmy Carter döneminde federal savcılık yapmış ılımlı bir Cumhuriyetçiydi¹⁶⁸. Yine Whitewater savcısı Robert Fisk’in nihayetinde Başkan tarafından atanan Adalet Sekreteri’nin görevlendirdiği bir kişi olması Whitewater soruşturmasının tarafsızlığı konusunda birtakım tartışmaları da beraberinde getiriyordu. Bu gelişmeler ışığında Kongre *Bağımsız Müdafî Yetkilendirme Kanunu* olarak belirtebileceğimiz *Independent Counsel Reauthorization Act of 1994*’u kabul etti¹⁶⁹. Watergate Skandalı üzerine kabul edilen *Yönetimde Etik Kanunu* olarak belirtebileceğimiz *Ethics in Government Act of 1978*’in VI. Bölümü’ne atıf yapan ve ilgili hükmü yeniden yürürlüğe sokan ilgili kanun, yürütme organının bünyesinde işlendiği iddia edilen suçların soruşturulması için bağımsız bir müdafî atanmasını öngörmekteydi¹⁷⁰. Adalet Sekreteri

¹⁶⁷ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 169-170.

¹⁶⁸ Cohn, “The Politics of the Clinton Impeachment”, s. 63.

¹⁶⁹ Bizzat Bill Clinton’ın onayı ile kanunlaşmış yürürlüğe giren söz konusu kanun için Clinton, vatanşahlar ile hükümet arasında güven ilişkisinin tesisinin temel taşı nitelendirmesini yapmıştır. Yine Bill Clinton ilgili kanunun Kongre veya yürütme organının hangi parti tarafından kontrol edildiğine bakılmaksızın partizan olmayan bağımsız bir usul öngörerek kimsenin hukukun üstünde olamayacağı ve kamu görevlilerinin dürüstlüğü’nün temin edildiği bir sistem oluşturduğunu belirtmiştir. Cohn, “The Politics of the Clinton Impeachment”, s. 63.

¹⁷⁰ Watergate Skandalı’nın akabinde 1978 yılında kabul edilen *Ethics in Government Act of 1978*, başkan, başkan yardımcısı ve üst düzey yürütme organı üyelerini hakkındaki suç iddialarını araştırmakla görevli bağımsız bir özel savcı öngörmekteydi. Nitekim Kongre, Başkan’ın kabinesinin kilit bir üyesi olan Adalet Bakanı’nın Başkan başta olmak üzere üst düzey bir yürütme organı üyesinin soruşturulması sırasında menfaat çatışmasına düşebileceğinin altını çizmiştir. Bağımsız müdafî olarak adlandırılan bu özel savcı federal yargıçlardan oluşan özel bir kurul tarafından atanmakta ve başkan tarafından ancak haklı nedene dayanılarak görevden alınabilmekteydi. Bağımsız müdafînin kanunu uygulama faaliyeti yürütmesi karşısında başkan tarafından atanmamasının ve yine görevden alınmasında haklı sebebin şart koşulmasının başkanın devredilmez yürütme yetkisinin kısıtlanması anlamına geldiği sebebiyle Anayasa’ya aykırılık oluşturduğu iddiası Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme bağımsız müdafî müessesinin Anayasa’ya uygun olduğu kararını vermiştir. Fisher - Harriger, *American Constitutional Law*, 174. Morrison v. Olson Davası’nda Amerikan Yüksek Mahkemesi the *Ethics in Government Act of 1978* ile özel bir mahkeme oluşturularak Adalet Bakanına bağımsız bir müdafî atamasını önerme yetkisi vermesinin Anayasa ile güvence altına alınan kuvvetler ayrılığı ilkesi ile aykırılık oluşturmadığını belirtmiştir. Söz konusu bağımsız müdafînin üst düzey federal görevlileri araştırması ve soruşturması için mahkemenin inisiyatifini doğrultusunda görevlendirilmesi yürütme organının yetkilerine kabul edilemez şekilde hâle getirmemektedir. Bkz. Morrison v. Olson, 487 U.S. 654, 670-677 (1988), JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/#tab-opinion-1957637>, (15.08.2021).

tarafından atanan özel savcının aksine bağımsız müdafî federal temyiz mahkemeleri bünyesinden üç yargıçlık bir kurul tarafından atanmakta ve bağımsız müdafinin görevine de ancak Kongre bünyesinde suçlandırılıp yargılanarak son verilebilmektedir¹⁷¹. Görüldüğü üzere kökenleri Watergate Skandalı'na dayanan ve *bağımsız müdafî kanunu* olarak da bilinen hükümler beş yıllık bir süre için yürürlüğe konmak üzere Kongre tarafından yeniden kabul edilmiştir¹⁷².

Clinton'ın Kongre'den geçen söz konusu kanun teklifini onaylayarak kanunlaştırmasından sonra Adalet Sekreteri Reno mahkemeye başvurarak Fiske'in Whitewater soruşturması için bağımsız müdafî olarak atanmasını talep etti. Bununla birlikte yargıç kurulu ilgili atanma talebini Fiske'in daha önceden Whitewater olayını soruşturmak için Clinton yönetimindeki Adalet Sekreteri tarafından atanması karşısında bağımsız müdafî müessesinin öngördüğü bağımsız soruşturmacı profilini karşılamayacağı sebebiyle reddetti¹⁷³. Yargıç paneli Fiske'in yerine bu göreve Kenneth Starr'ın atanması yönünde karar aldı. Starr, Ronald Reagan tarafından D.C. Bölgesi Federal Temyiz Mahkemesi yargıçlığına atanmış, George H. W. Bush döneminde ise Birleşik Devletler Hukuk Müşaviri (*Solicitor General*) görevini yürütmüştü. Starr'ın Cumhuriyetçi Parti ile güçlü siyasi bağlarının olduğu bilinmekteydi¹⁷⁴. Starr'ın atanmasını sağlayan üç yargıçlık paneli, muhafazakâr profili ile bilinen Amerikan Yüksek Mahkemesi Baş Yargıç William Rehnquist belirlemiştir¹⁷⁵. Yaklaşık üç yıl süren soruşturmasında Starr, Whitewater ile ilgili Bay ve Bayan Clinton aleyhine suç teşkil eden herhangi bir delile rastlayamamıştı. Hatta 1997 Şubatı'nda Clinton soruşturması ile ilgili işlevinin bittiğini düşünerek Pepperdine University Hukuk Fakültesi'nde dekanlık yapma teklifini kabul etti. Cumhuriyetçi Kongre üyeleri bu karara tepki gösterdiler. Hatta Cumhuriyetçi Senatör Arlen Specter, Starr'a bir mektup göndererek bağımsız müdafîlikten ayrılmasının soruşturmayı kötü etkileyeceğini belirtti. Starr, gelen tepkiler üzerine bağımsız müdafî görevine devam etme kararı aldı¹⁷⁶.

¹⁷¹ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 170.

¹⁷² Fisher - Harriger, *American Constitutional Law*, s. 174-175. Nitekim Amerikan Başkanlarının ve üst düzey yürütme organı görevlilerinin soruşturulması için bağımsız müdafî yetkilendirilmesini öngören ve ilk defa 1978 yılında kabul edilen kanun, Kongre tarafından çeşitli reformlarla birlikte 1983, 1987 ve 1994 yıllarında yeniden kabul edilerek tekrardan yürürlüğe sokulmuştur. Fisher - Harriger, *American Constitutional Law*, s. 175.

¹⁷³ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 64.

¹⁷⁴ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 170; Cohn "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 65.

¹⁷⁵ Cohn "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 65.

¹⁷⁶ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 66.

1994 yılı Mayıs ayında ise Bill Clinton'ın Arkansas Valisi olduğu dönemde Arkansas Eyaleti çalışanı olan Paula Jones, Clinton'a cinsel taciz suçlaması ile dava açtı. Arkansas Doğu Bölgesi Federal yargıcı¹⁷⁷ zararın kanıtlanamamasından dolayı tazminat talebini reddetmesine ve yargılama işlemlerinin Başkanlık döneminin sonuna ertelenmesi yönünde karar vermesine rağmen temyiz mercii olan 8. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi, o dönem Başkanlık makamında olmasına karşın davanın sürdürülerek Clinton'ın yeminli ifadesine başvurulmasına karar verdi. Clinton'ın avukatları ise Başkanlık görevinin nevi şahsına münhasır sorumlulukları da beraberinde getirdiğini ve Amerikan Başkanı'nın hukuk davalarında bilhassa başkanlık öncesi döneme ilişkin isnat edilen fiillere ilişkin yeminli ifadeye zorlanamayacağını belirterek konuyu Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşıdı¹⁷⁸. Esasen Arkansas Doğu Bölgesi Federal Yargıcı da Clinton'ın başkanlık bağışıklığı (*presidential immunity*) iddiasını reddetmiş, ancak yeminli ifade gibi dava işlemlerinin Başkanlık dönemi sırasında söz konusu olamayacağını altını çizmişti. 8. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi de Bölge Mahkemesi yargıcı gibi başkanlık bağışıklığını reddetmiş ancak başkanlık dönemi sırasında birtakım dava işlemlerinin de yapılabileceğine hükmetmiştir. 8. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi Amerikan Başkanı'nın da tıpkı diğer resmî görevliler gibi toplumdaki herkese uygulanan kanunlara tabi olduğunu belirtmiştir¹⁷⁹. Amerikan Yüksek Mahkemesi 13 Ocak 1997 tarihli Clinton v. Jones Davası içtihadında çok istisnai ve olağanüstü durumlar haricinde Anayasa'nın Amerikan Başkanı'na başkanlık görevinden önce gerçekleştirdiği eylemlerinden dolayı dahi açılan hukuk davaları açısından bir bağışıklık tanımadığına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre Başkanlık makamının barındırdığı üst düzey saygınlık ve haysiyet karşısında gerek kuvvetler ayrılığı ilkesi gerekse üst derece gizliliği olan resmî bilgilerin açıklanmaması prensibi, başkanın hukuk davaları açısından yargısal işlemlerden muaf olmasını haklı kılmaz. Amerikan Anayasası'nın ortaya koyduğu kurumsal yapı kuvvetler ayrılığı ilkesi aracılığıyla organların bağımsızlığını güvence altına almaktadır, yoksa bir organın diğerine tahakkümünü değil¹⁸⁰. Oybirliği ile alınan kararda mutabık gö-

¹⁷⁷ Hemen belirtelim Amerikan federal yargısının ilk derece yargı mercii ev sahipliği yapan bölge mahkemeleri kararları mahkeme değil ilgili mahkemenin yargıcı adına kaleme alınmaktadır.

¹⁷⁸ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 170.

¹⁷⁹ Bkz. Jones v. Clinton, 72 F.3d 1354, 1363 (8th Cir. 1996), Casetext, https://casetext.com/case/jones-v-clinton-3?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_a35e4eca261da7f73e5352b8d872646d4e4f4dfd-1629021447-0-gqNtZGzNAiKjcn BszQii (15.08.2021).

¹⁸⁰ Bkz. Clinton v. Jones, 520 U.S. 681, 705-706 (1997), JUSTIA <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/520/681/#tab-opinion-1960129>, (15.08.2021).

rüş/farklı gerekçe yazısı kaleme alan Stephen Breyer da Başkanın ancak anayasal görevlerini ifa etmesine engel olması durumunda makamında olduğu sürece hukuk davalarından muaf olabileceğini belirtmiştir¹⁸¹. Clinton v. Jones kararı ile Amerikan Yüksek Mahkemesi bir taraftan geçici dahi olsa hukuk davaları açısından Amerikan başkanlarının bağımsızlık olması ilkesini reddetmiş, diğer taraftan da bu bağımsızlığın istisnası olabilecek olağanüstü durumları belirleme ve takdir etme faaliyetini ilk derece federal yargı mercii olan federal bölge mahkemelerine bırakmıştır¹⁸². Yüksek Mahkeme söz konusu olayda Bölge Mahkemesi yargıcının davanın görülmesini Başkan'ın görev süresinin sonuna bırakmasını takdir yetkisinin kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir¹⁸³. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme gereğince Bölge Mahkemesi'nin dava işlemlerine devam etmemesine yönelik sebep teşkil eden hususların var olması başkanlık bağımsızlığının tanınması anlamına gelmez¹⁸⁴. Başka bir ifadeyle Federal bölge mahkemeleri önlerine gelen hukuk davasında davanın tarafı Amerikan başkanı olduğu takdirde meşru gerekçelerini göstermek kaydıyla yargılama işlemlerini durdurabilirler. Bununla birlikte başkanın hukuk davalarından bağımsız olması ilkesi bu gerekçelerden birisi olamaz. Yüksek Mahkeme bu hususta *toplum refahı (public welfare)*¹⁸⁵ ve *kamu yararı (public convenience)* kavramlarına atıf yapmıştır¹⁸⁶. Nitekim Yüksek Mahkeme hukuk davaları açısından başkanlık bağımsızlığını reddetmekle birlikte yargı organının yürütme organının anayasal görevlerini yerine getirmesine engel olacak şekilde faaliyet göstermesine de prensip olarak karşı çıktığının altını çizmiştir¹⁸⁷.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Clinton v. Jones içtihadı, Paula Jones tarafından açılan davada Bill Clinton'ın yeminli ifadesine başvurulması anlamına geliyordu. Bill Clinton için işler deyim yerindeyse bu aşamadan sonra

¹⁸¹ Bkz. Clinton v. Jones, 520 U.S. 681, 710-711 (1997). Hemen belirtelim Bill Clinton'ın hukuk davaları için başkanlık bağımsızlığı talebini reddeden Yüksek Mahkeme üyelerinden Ruth Bader Ginsburg ve Stephen Breyer bizzat Clinton tarafından aday gösterilip atanan Yüksek Mahkeme yargıçlarıdır.

¹⁸² Jennifer Motos, "Failing to Score: Clinton v. Jones and Claims of Presidential Immunity", *Mercer Law Review* Vol. 49, No. 2, 1998, s. 593, https://digitalcommons.law.mercer.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1857&context=jour_mlr, (21.09.2021).

¹⁸³ Bkz. Clinton v. Jones, 520 U.S. 681, 707 (1997).

¹⁸⁴ Bkz. Clinton v. Jones, 520 U.S. 681, 706 (1997).

¹⁸⁵ Public welfare kavramını kamu yararı olarak da çevirebiliriz.

¹⁸⁶ Bkz. Clinton v. Jones, 520 U.S. 681, 707 (1997).

¹⁸⁷ Motos, "Clinton v. Jones and Claims of Presidential Immunity", s. 593.

sarpa sardı. Yıllar önce Arkansas Başsavcısı iken yapmış olduğu bir yatırımın soruşturulması bir anda Clinton'ın özel hayatına ilişkin meseleleri de kapsayacak şekilde genişledi. Paula Jones'un avukatları nezdinde yapılan Clinton'ın yeminli sorgusu sırasında o dönem Beyaz Saray'da çalışan Monica Lewinsky ile herhangi bir ilişkisi olup olmadığı da soruldu. Clinton ise bu soruya hayır cevabını verdi. Lewinsky de Clinton'ın ifadeleriyle uyumlu olarak yeminli bir beyanname sundu. Bu sırada Kenneth Starr Whitewater soruşturmasını yürütmekteydi. O sırada Beyaz Saray'da çalışan Linda Tripp, Kenneth Starr ile iletişime geçerek Bill Clinton ile Monica Lewinsky arasındaki ilişki ile alakalı kanıtlara sahip olduğunu belirtti. Tripp, Bush yönetiminde Beyaz Saray'da çalışmaya başlamış; Clinton döneminde de idari asistan olarak görevine devam etmiştir. Linda Tripp, Vincent Foster'ı en son gören kişilerden birisi olarak Whitewater Olayı ile ilgili Senato'da ifade vermiştir. Pentagon'a transfer olduklarında Lewinsky Tripp'e Clinton ile yaşadığı ilişkiden bahsetmiştir. Tripp de Lewinsky ile yaptıkları bu görüşmeleri kayda almaya başlamıştır¹⁸⁸. Esasen söz konusu kayıtlar Tripp tarafından gizli ve kanuna aykırı olarak kayda alınmıştır¹⁸⁹. Clinton ile Lewinsky'nin Jones Davası'nda birbirleri ile ilişki yaşamadıklarına ilişkin beyanları akabinde Linda Tripp söz konusu ses kayıtlarını Kenneth Starr'a vermiştir¹⁹⁰. Yine FBI tarafından Beyaz Saray'a yönelik yapılan dinleme sırasında Lewinsky'nin Clinton ile ilişkisinden bahsettiği kayıtları ortaya çıkmıştır. Bu şekilde Whitewater Soruşturması'nın da yörüngesi değişmiş oldu. Starr, üzerinde Clinton'ın sperm izleri olan Lewinsky'e ait elbiseye ulaştı. Lewinsky, Starr Soruşturması'nın Büyük Jürisi önünde yeminli ifade verdi ve Clinton ile ilişkisini kabul etti. Starr soruşturması kapsamında 17 Ağustos 1998 tarihinde Federal Büyük Jüri önünde ifade veren Bill Clinton, Monica Lewinsky ile aralarında uygun olmayan samimi yakınlaşma olabileceğini kabul etmekle Lewinsky ile cinsel ilişki yaşandığını kabul etmedi¹⁹¹. Lewinsky ilişkisini kabul etmeyen Clinton, Starr'ın Lewinsky ile yaşadığı ilişkiye dair delillere sahip olduğunu öğrenmesi akabinde Lewinsky ile olan ilişkisini televizyonlar önünde itiraf etti. Bu husus Clinton'ın yeminli sorgusunda yalan söylediği anlamına gelmekteydi. Nitekim Starr, Clinton'ın Lewinsky Olayı'nı örtbas etmek için yeminli ifadesinde yalan söyleyerek adaleti engelleme fiilini işlediği-

¹⁸⁸ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 67.

¹⁸⁹ Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 93.

¹⁹⁰ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 67.

¹⁹¹ Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 96.

ne ilişkin bir rapor hazırladı¹⁹². Bu şekilde Clinton'ın suçlandırma süreci de başlamış oldu.

2. Bill Clinton'ın Suçlandırılma ve Yargılanma Süreci

Bill Clinton'ın suçlandırılmasına dek Amerikan siyasi tarihinde bir Başkanın Kongre nezdinde suçlandırılıp yargılanmasına sadece Andrew Johnson'da tanık olunmuştu. Yukarıda da değindiğimiz üzere Andrew Johnson'ın suçlandırılması ve yargılanması Abraham Lincoln Suikastı şokunun gölgesinde ve İç Savaş sonrası yeniden yapılanma döneminin sancılı politik atmosferinde, temel politikalar açısından taban tabana zıt Kongre ve Başkan arasındaki husumet sonucunda patlak vermişti. Yaklaşık yüz yıl sonra bu kez de Wategate Skandalı'nın cezai ve moral tartışmaları içerisinde partisinin desteğini kaybetme riski ile karşı karşıya kalan Richard Nixon suçlandırılmadan hemen önce istifa etmişti. Bu şekilde Nixon Amerikan tarihinde istifa eden ilk ve tek başkan sıfatını haiz olurken Kongre tarafından suçlandırılıp yargılanarak görevden alınmaktan da deyim yerindeyse kurtulmuştu. Bill Clinton'ın suçlandırılması ve yargılanması bu açıdan 1868 yılından beri ilk defa bir Amerikan Başkanı'nın suçlandırılması ve yargılanması anlamına gelmekteydi. Bağımsız müdafii Kenneth Starr'ın Kongre'ye sunduğu 11 Eylül 1998 tarihli raporda¹⁹³ Clinton'ın federal suçlardan olan *adaleti engelleme (obstruction of justice)* ve *jüri huzurunda yalan tanıklık suçunu (perjury)* işlediğine ilişkin ifadeler Temsilciler Meclisi bünyesinde suçlandırma girişimlerini de başlatmış oldu¹⁹⁴. Nitekim Kenneth Starr'ın raporu 2000 Başkanlık ve Kongre Seçimleri arifesinde Demokrat Parti karşısında avantaj yakalamak için fırsat kollayan ve Kongre'de çoğunlukta bulunan Cumhuriyetçiler açısından büyük bir fırsattı.

¹⁹² Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", 68-70; Russell Riley, "The Clinton Impeachment and Its Fallout", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/the-presidency/impeachment/clinton-impeachment-and-its-fallout>, (15.08.2021); "William J. Clinton - Federal Impeachment", Library of Congress, <https://guides.loc.gov/federal-impeachment/bill-clinton>, (15.08.2021); Andrew Glass, "Bill Clinton Testifies Before Grand Jury", *Politico*, 17 August 1998, <https://www.politico.com/story/2016/08/this-day-in-politics-aug-17-1998-226998>, (09.09.2016).

¹⁹³ Raporun tam metni için bkz. "Referral from Independent Counsel Kenneth W. Starr in Conformity with the Requirements of Title 28", United States Code, Section 595(C), Communication from Kenneth W. Starr, Independent Counsel, Authenticated U.S. Government Information, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CDOC-105hdoc310/pdf/CDOC-105hdoc310.pdf>, (20.08.2021).

¹⁹⁴ Griffin, "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 436.

Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi 11 Aralık 1998 tarihinde Bill Clinton hakkında üç suçlandırma maddesini kabul ederek Meclis Genel Kurulu'na gönderdi. Bu suçlandırma maddelerinden jüri huzurunda yalan tanıklık ve adaleti engelleme, Komite'deki Cumhuriyetçi ve Demokrat temsilcilerin blok olarak aynı yönde oy kullanmaları sonucunda 16'ya karşı 21 oyla kabul edildi. Üçüncü suçlandırma maddesi olan Federal Büyük Jüri huzurunda Jones Davası ve Lewinsky ilişkisi ile ilgili yalan tanıklık maddesi ise 17'ye karşı 20 oy ile Komite'de kabul edildi. Bu suçlandırma maddesine Cumhuriyetçi Temsilci Lindsay Graham *şüpheden sanık yararlanır (the legal benefit of the doubt)* gerekçe göstererek hayır oyu kullandı. Ertesi gün ise Yargı Komitesi yine Demokratlar ve Cumhuriyetçilerin blok olarak oy kullanması neticesine 16'ya karşı 21 oy ile dördüncü suçlandırma maddesi *makamın kötüye kullanılmasını (abuse of power)* kabul etti¹⁹⁵. Temsilciler Meclisi'nin 19 Aralık 1998 tarihli Genel Kurulu'nda Bill Clinton, 206'ya karşı 228 oy ile Monica Lewinsky ile ilişkisine ilişkin soruda Büyük Jüri huzurunda yalan tanıklık yapmaktan; 212'ye karşı 221 oy ile de delilleri saklama ve örtbas etme yoluyla adaleti engellemekten suçlandırıldı. Clinton, Jones Davası jürisi huzurunda yalan tanıklık yapma ve makamını kötüye kullanma eylemlerinden ise sırasıyla 205'e karşı 229 ve 148'e karşı 285 oyla suçlandırıldı¹⁹⁶.

Bill Clinton'ın suçlandırılması akabinde Senato'da Clinton'ın suçlandırılmasını desteklemeyenlerin sayısı hiç de azımsanacak ölçüde değildi. Hatta Temsilciler Meclisi'nin suçlandırma kararı üzerinde Senato'nun herhangi bir işlemde bulunmayarak suçlandırma kararının Kongre dönemi sonunda kadük olması

¹⁹⁵ "Judiciary Approves Three Articles of Impeachment", CNN All Politics, 11 December 1998, <https://edition.cnn.com/ALLPOLITICS/stories/1998/12/11/impeachment.01/>, (20.08.2021). Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi'nde kabul edilen birinci suçlandırma maddesi federal büyük jüri huzurunda yalan tanıklık, ikinci suçlandırma maddesi Jones Davası jürisi huzurunda yalan tanıklık, üçüncü suçlandırma maddesi Jones Davası'nda adaletin engellenmesi, dördüncü suçlandırma maddesi ise makamı kötüye kullanmaya ilişkindir. Bkz. "H.Res.611 - Impeaching William Jefferson Clinton, President of the United States, for high crimes and misdemeanors", United States Congress, <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-resolution/611>, (20.08.2021).

¹⁹⁶ "Impeaching William Jefferson Clinton, President of the United States, for high crimes and misdemeanors", United States Congress, <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-resolution/611/all-actions?overview=closed&q=%7B%22roll-call-vote%22%3A%22all%22%7D>, (21.08.2021). Bkz. "Articles of Impeachment and Judiciary Committee Roll Call Votes: Clinton Accused", Washington Post, 19 December 1998, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/clinton/stories/impeachvote121198.htm>, (21.08.2021).

veya Senato gündeminden kalkması ihtimali dahi tartışılmıştır¹⁹⁷. Bill Clinton'ın Senato'daki yargılaması o dönem Amerikan Yüksek Mahkemesi Baş Yargıcı olan William Rehnquist'in başkanlığında yapılmıştır¹⁹⁸. Yine Senato Başkan Clinton'a hakkındaki suçlandırma maddelerine cevap verip vermeyeceğini ve yargılamasını partisi bünyesinde bir idareci (floor manager) nezdinde yürütüp yürütmek istemediğini belirten bir yazı göndermiştir. 7 Ocak 1999 yılında Baş Yargıç Rehnquist ve Senato'ya resmî olarak suçlandırma kararı ve ek belgeler ulaştırılmıştır. 14-16 Ocak tarihlerinde Temsilciler Meclisi nezdindeki suçlandırma idarecileri (managers) davanın sunumunu yapmışlardır. Nitekim Senato yargılamasında Temsilciler Meclisi, savcı sıfatını haiz Yargı Komitesi'nin on üç üyesi tarafından temsil edilmiştir. Clinton ise Senato yargılamasında sekiz avukat tarafından temsil edilmiştir¹⁹⁹.

Bill Clinton'ın görevden alınıp alınmamasına ilişkin yargılama kapsamında 9 Şubat 1999 tarihinde başlayan Senato oturumlarını 12 Şubat'taki gizli oturumdaki hükme esas alınacak oylama takip etmiştir. Her iki suçlandırma maddesine ilişkin oylamada da senatörlerin tamamı Senato oturumunda hazır bulunmuşlardır. Buna göre Clinton'ın mahkûm edilerek görevden alınması için 67 senatörün bu yönde oyu gerekli idi. Büyük Jüri huzurunda yalan tanıklık suçlandırma maddesine ilişkin oylamada 45 mahkûmiyet oyuna karşılık 55 beraat yönünde oy kullanılmasının sonucunda Clinton beraat etmiştir. Söz konusu oylamada Demokrat senatörler blok olarak beraat yönünde oy kullanırken 10 Cumhuriyetçi senatör²⁰⁰ de Clinton'ın suçlu olmadığı yönünde oy kullanmışlardır²⁰¹. Burada oylamadaki dağılımın beraat ekseriyetinde çıkmasında Clinton'ın suçlu olmadığı yönünde oy kullanan ılımlı ve merkezdeki Cumhuriyetçi senatörlerin

¹⁹⁷ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 180. Bununla birlikte kanun teklifleri ve uluslararası antlaşmaların aksine suçlandırma kararlarının (*impeachment resolution*) ilgili Kongre dönemi sonunda gündemden kalkmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 180.

¹⁹⁸ Bkz. Joan Biskupic, "How the last chief justice handled an impeachment trial of the President of the United States", *CNN Politics*, 1 December 2019, <https://edition.cnn.com/2019/09/29/politics/william-rehnquist-impeachment-trial-senate/index.html>, (23.08.2021).

¹⁹⁹ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 181.

²⁰⁰ John H. Chafee, Susan Collins, Slade Gorton, James M. Jeffords, Richard C. Shelby, Olympia J. Snowe, Arlen Specter, Ted Stevens, Fred Thompson, John W. Warner.

²⁰¹ Bkz. "Roll Call Vote 106th Congress - 1st Session: Vote No. 17", United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=106&session=1&vote=00017, (24.08.2021).

etkisi büyüktür²⁰². Bu şekilde Clinton söz konusu suçlandırma maddesi açısından beraat etmiştir. Adaletin engellenmesi suçlandırma maddesine ilişkin oylama ise 50 senatörün suçlu oyuna karşılık 50 senatörün suçlu değil oyu ile sonuçlanmıştır. Bu oylamada da Demokrat senatörlerin tamamı blok olarak Clinton'ın beraat etmesi yönünde oy kullanırlarken 5 Cumhuriyetçi senatör²⁰³ de Clinton'ın suçlu olmadığı yönünde oy kullanmışlardır²⁰⁴. Söz konusu suçlandırma maddesi açısından da Clinton beraat etmiştir. Senato yargılaması sonucunda Clinton'ın mahkûmiyeti yönünde oy veren senatörlerin bir kısmı yeminli ifadenin kutsallığına atıf yaparken bir kısmı ise hukuk devleti ilkesinin gereklerine dayanmıştır²⁰⁵. Buna göre 21. yüzyılın ilk ve son başkan yargılaması oylaması, mahkûmiyet ve görevden alınma için gerekli sayıya yaklaşmadan sona ermiştir.

3. Bill Clinton'ın Suçlandırılıp Yargılanmasının Politik Yansımaları ile Yargılama Sonrası Yaşanan Gelişmeler

Andrew Johnson'ın aksine Bill Clinton'ın Senato yargılamasında beraat etmesi, üzerindeki spot ışıklarının azalmasına yardımcı olmadı. Bağımsız müdafî kurumunun belki de beklenmedik bir yansıması olarak Başkan'ın özel hayatı artık gözler önünde tartışılmaktaydı²⁰⁶. Nitekim bağımsız müdafî kurumunu öngören Independent Counsel Reauthorization Bill'i onaylayıp yürürlüğe girmesini sağlarken Clinton söz konusu kanunun partizan saiklerle kendi aleyhine işletileceğini öngöremedi²⁰⁷. Lewinsky ve Jones'un medyanın gözdesi haline gelerek televizyon programları, kitaplar ve köşe yazılarında boy göstermeleri bir yana Bill Clinton'ın suçlandırılıp yargılanmasının en çarpıcı etkisi 2000 yılındaki Başkanlık Seçimleri kampanyası sırasında gözlemlendi. Cumhuriyetçi Parti'nin 2000 Başkanlık Seçimleri için adaylık yarışına giren Cumhuriyetçi George W. Bush ve John McCain ile Demokrat Bill Bradley seçimi kazanmaları durumunda Oval Ofise haysiyet ve saygınlık getireceklerini ima ettiler ki bu dil Watergate Skandalı sonrası Başkanlık Seçimi'nde Demokrat aday Jimmy Car-

²⁰² Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 182.

²⁰³ John H. Chafee, Susan Collins, James M. Jeffords, Olympia J. Snowe, Arlen Specter.

²⁰⁴ Bkz. "Roll Call Vote 106th Congress - 1st Session: Vote No. 18", United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=106&session=1&vote=00018, (24.08.2021).

²⁰⁵ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 113.

²⁰⁶ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 73.

²⁰⁷ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 63.

ter'in Amerikan Halkı'na yalan söylemeyecek bir başkan olacağı vaadi ile benzerlik göstermekteydi²⁰⁸. Yine Soğuk Savaş'ın sona ermesi akabinde zaten insanların gözünde eski ihtişamını kaybetmeye başlayan Amerikan Başkanlık Makamı'nın görkemi, Clinton'ın suçlandırma ve yargılanma süreci ile bir nebze daha zedelenmiş oldu²⁰⁹. Kongre açısından ise Amerikan siyasetinde 20 yıldır artarak süregelen partizanlık, bilhassa Temsilciler Meclisi açısından Clinton'ın suçlandırılması ile daha da arttı²¹⁰. Johnson ve Nixon hakkındaki ithamlara kıyasla Clinton hakkındaki ithamların anayasal değerinin düşük olmasının da Kongre'nin saygınlığı açısından olumsuz nitelikte olduğu belirtilmektedir²¹¹. Clinton'ı mahkûm ederek görevden almak isteyen senatörlerin sayısının hiçbir suçlandırma maddesi açısından Senato üye tam sayısının salt çoğunluğunu dahi bulmaması Clinton'ın derin bir siyasal krizle baş başa kalmasına mani oldu. Nitekim Clinton ekonomi ve diğer kamusal meselelere ilişkin yüksek halk onayını haizken ikinci başkanlık dönemi sona erdi. Senato yargılaması sonrası dahi Clinton'ın halk nezdindeki desteği yüksekti. Bu bağlamda Amerikan halkının çoğunluğunun Clinton'ın özel hayatındaki uygunsuz eylemleri ile kamusal görevlerini yerine getirmedeki başarısı arasında bir ayırım yaptığını ve hatta Clinton'ın suçlandırılmasına sıcak bakmadığını söyleyebiliriz²¹². Bill Clinton'ın suçlandırılma ve yargılanma sürecinde Hillary Clinton'ın göstermiş olduğu vakur tavır ise onun halk nezdinde popülerliğini üst seviyelere çıkardı²¹³.

Hillary Clinton 2000 Senato Seçimleri'nde Cumhuriyetçi Parti'nin adayı Rick Lazio'yu geride bırakarak New York senatörü seçildi. Hillary Clinton'ın senatör olarak seçilmesi onu Amerikan siyasi tarihinde federal bir organa seçimle gelen ilk *first lady* yapmış oldu. 2006 Senato Seçimleri'nde bu sefer de Cumhuriyetçi rakibi John Spencer'ı mağlup ederek yeniden New York senatörü seçilen Clin-

²⁰⁸ Francine Kiefer, "Impeachment's Big Impact? The 2000 Election", *The Christian Science Monitor*, 17 December 1999, <https://www.csmonitor.com/1999/1217/p3s1.html>, (30.08.2021).

²⁰⁹ David S. Broder - Dan Balz, "Scandal's Damage Wide, if Not Deep", *The Washington Post*, 11 February 1999, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/clinton/stories/impact021199.htm>, (30.08.2021). Bununla birlikte Amerikan Başkanlık Makamı'nın önemli ölçüde zarar gördüğü asıl olayın Watergate Skandalı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Broder - Balz, aynı yer.

²¹⁰ Broder - Balz, aynı yer.

²¹¹ Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 116.

²¹² Brown, *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*, s. 115.

²¹³ Russell L. Riley, "Bill Clinton: Campaigns and Elections", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/clinton/campaigns-and-elections>, (07.08.2021).

ton 2007 yılında bir sonraki yıl yapılacak Başkanlık Seçimleri'nde Demokrat Parti'nin başkan adayı olmak istediğini açıkladı. Bununla birlikte senatör olduğu dönemde Bush yönetiminin Irak Savaşı ve Irak'ın işgalini desteklemesi sebebiyle yapılan eleştiriler onu Barack Obama'nın gerisinde bıraktı ve başkan adayı olamadı. Obama'nın Amerikan Başkanı olarak seçilmesi akabinde dış işleri sekreterliğine aday gösterilen Clinton, Senato'nun adaylığını onaylaması akabinde senatörlük görevinden istifa etti ve 2013 yılına dek bu görevi sürdürdü. 2016 Başkanlık Seçimleri'nde Demokrat Parti'nin başkan adayı olan Hillary Clinton ülke genelinde daha fazla oy almasına rağmen delege/ikinci seçmen oylarında Cumhuriyetçi rakibi Donald Trump'ın gerisinde kalması sonucunda başkan seçilemedi²¹⁴.

Başkanlığı süresince Bill Clinton'ın yardımcılığını yapan Al Gore 2000 Başkanlık Seçimleri'nde Demokrat Parti'nin başkan adayı oldu. Seçimde Cumhuriyetçi Parti'nin adayı Teksas Valisi George W. Bush ile yarışan Gore, ülke çapında alınan oylarda %48.38 oranını yakalayarak geçerli oyların %47.87'sini alan Bush'u geride bırakmasına rağmen delege/ikinci seçmen oylarında 271'e karşı 266 oyla Bush'un gerisinde kalarak Amerikan başkanı seçilemedi. Seçim sonucunda belirleyici eyalet Florida oldu. Nitekim Florida'daki seçimde Bush 2.912,790 oy alırken Gore 2.912,253 oyda kaldı²¹⁵. 537 oy farkıyla Florida'daki 25 delege/ikinci seçmen oyunun tamamını kazanan George Bush, sadece beş delege/ikinci seçmen oyu farkıyla Amerikan Başkanı seçildi. Florida'daki delege/ikinci seçmen yarışı Gore ile Bush arasında büyük bir hukuki mücadeleye sahne oldu. Florida'da Gore ile Bush arasındaki farkın bu kadar az olması karşısında Al Gore Florida Yüksek Mahkemesi'ne başvurarak daha önce yeniden sayımın söz konusu olmadığı idari birimlerdeki (county) geçersiz oyların yeniden sayılmasına hükmetti. Bunun üzerine George W. Bush meseleyi Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşıdı. Amerikan Yüksek Mahkemesi ilk olarak 2'ye karşı 7 yargıcın oyuyla Florida Yüksek Mahkemesi'nin tüm geçersiz oyların yeniden sayımı kararını Anayasa'nın eşit koruma ibaresi (*equal protection clause*)ne²¹⁶

²¹⁴ Bkz. "Biography: Clinton, Hillary Rodham", United States House of Representatives, <https://history.house.gov/People/detail/11751>, (01.09.2021).

²¹⁵ Bkz. "Federal Elections 2000: Election Results for the U.S. President, the U.S. Senate and the U.S. House of Representatives", Federal Election Commission, June 2000, s. 19, <https://www.fec.gov/resources/cms-content/documents/federaelections00.pdf>, (03.09.2021).

²¹⁶ Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin 1. fıkrası uyarınca "*Birleşik Devletler'de doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçirilmiş ve bu sebeple Birleşik Devletler yetkisine*

aykırı buldu. Yüksek Mahkeme oyların bütün idari birimler için geçerli bir standart belirlemeksizin keyfi bir nitelikte farklı farklı yöntemlerle yeniden değerlendirilmesinin anayasaya aykırı olduğuna hükmetti²¹⁷. Akabinde Yüksek Mahkeme, 2000 Başkanlık Seçimleri sonucunun kaderi açısından hayati öneme sahip olan meseleye odaklandı. Bu mesele anayasaya aykırı olmayan bir yeniden sayımın mümkün olup olmadığı idi. Nitekim bu soruya Yüksek Mahkeme olumlu yanıt verseydi anayasal bir standart çerçevesinde Florida'daki oyların yeniden sayımı sonucunda 25 delege/ikinci seçmenin oyu Al Gore'un olabilirdi. Amerikan Yüksek Mahkemesi, Cumhuriyetçi başkanların aday gösterip (Senato'nun onayı ile) atadığı muhafazakâr yargıçlar ile Demokrat başkanların aday gösterip (Senato'nun onayı ile) atadığı liberal yargıçların blok olarak aynı safta yer aldığı içtihadında 4'e karşı 5 yargıcın oyuyla usuli zorluklar ve seçim sonuçlarının ilan edilmesi için kalan hukuki süreyi gerekçe göstererek anayasaya uygun bir yeniden sayımın yapılmasının mümkün olmadığına hükmetti²¹⁸. George W. Bush'un başvurusu üzerine Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin aynı dava bünyesinde vermiş olduğu bu iki karar Florida Yüksek Mahkemesi kararının hükümsüz kılınarak yeniden sayımın durması ve yeni bir yeniden sayım yapılmayacağı anlamına gelmekteydi. Başka bir ifadeyle Yüksek Mahkeme'nin Bush v. Gore içtihadı ile George W. Bush'un başkanlığı tescillenmiş oldu.

4. Değerlendirme

Suçlandırma maddelerine ilişkin Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi ve akabinde Temsilciler Meclisi Genel Kurulu'nda yapılan oylamalarda Bill Clinton'ın suçlandırma sürecinin Cumhuriyetçiler açısından beklenen sonuca ulaşmayacağı belliydi. Nitekim mahkûmiyet için gerekli olan Başkan'ın partisi nezdinde desteğinin azalması veya belirli ölçüde Kongre üyelerinin desteğini yitirmesi şartları Bill Clinton açısından söz konusu değildi. Hatta Cumhuriyetçi Parti mensubu ılımlı ve merkezdeki senatörlerin Clinton'ın mahkûm edilmesine mesafeli durdukları bi-

tabi olan herkes Birleşik Devletler'in ve ikamet ettikleri eyaletin vatandaşıdır. Hiçbir eyalet Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kısıtlayacak kanun yapamayacağı veya uygulayamayacağı gibi hiçbir eyalet hukuki gerekler olmaksızın kimseyi yaşamından, özgürlüğünden veya mülkünden mahrum bırakamayacak; yine hiçbir eyalet kendi yetkisi dâhilinde olan bir kişiyi kanunların eşit korumasından yoksun bırakamayacaktır."

²¹⁷ Bu konu için bkz. Martin D. Carcieri, "Bush v. Gore and Equal Protection", *South Carolina Law Review*, Vol. 53, Iss. 1, Fall 2001, s. 63 vd., <https://core.ac.uk/download/pdf/347466017.pdf>, (05.09.2021).

²¹⁸ Bkz. Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000), JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/#tab-opinion-1960861>, (05.09.2021).

linmekteydi. Peki, Demokrat temsilci ve senatörlerin güvenini haizken ve üstelik birtakım Cumhuriyetçi Kongre üyeleri ile de arasında herhangi bir politik hasımlık bulunmaması karşısında Bill Clinton neden suçlandırılıp yargılanmıştır?

Bill Clinton'ın jüri huzurunda bir Beyaz Saray çalışanı ile ilişkisi hakkında gerçek dışı beyanda bulunduğunu göz ardı edemeyiz. Nitekim Kenneth Starr'ın Clinton soruşturması raporu Clinton'ın jüri huzurunda yalan tanıklık ve adaleti engelleme gibi federal suçlara atıf yapan bağlantılı olan eylemleri vurgulamaktaydı. Yine Temsilciler Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilmeyen başkanlık makamı yetkilerinin kötüye kullanılmasına ilişkin suçlandırma maddesi, herhangi bir federal suçtan ziyade siyasi suç kavramı içerisinde değerlendirilebilecek bir kavramdı. Bu açılarından Clinton'ın suçlandırılma usulünün hukuki temellere dayandığını veya Başkan'ın en azından şekli boyutta hukuki nedenlerle suçlandırıldığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte Bill Clinton'ın görevden alınmasına veya istifa etmesine ilişkin herhangi bir emare olmamasına rağmen suçlandırılıp yargılanmasını politik sebeplerle açıklayabiliriz. Nitekim Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi ve Temsilciler Meclisi'ndeki Cumhuriyetçiler, Clinton'ın suçlandırılmasının gerekliliği ve meşruluğu üzerine Demokratların desteğini sağlamak için çok az çaba göstermişlerdir²¹⁹. Bu husus pek tabii senatörlerin üçte ikisinin desteğinden yoksun kalınacağı ve suçlandırma ile amaçlanan sonucun gerçekleşmeyeceği anlamına gelmekte idi. Bu açıdan Clinton'ın suçlandırılmasının arka planında daha çok siyasi saiklerin olduğunu söyleyebiliriz.

Esasen Bill Clinton'ın suçlandırılıp yargılanmasının da Andrew Johnson'ın suçlandırılıp yargılanmasında olduğu gibi yoğun partizan saiklerle yapıldığı belirtilmektedir. Bununla birlikte suçlandırılma maddelerinin ağırlığı ve ilgili dönemlerin politik havası açısından Clinton döneminin çok daha ılımlı olduğu göz ardı edilemez. Nitekim Clinton'a yönelik bulunulan ithamlar ve Clinton'ın suçlandırılması bağlamında tartışılan meseleler de Johnson hakkındakiler ile karşılaştırıldığında daha hafif niteliktedir²²⁰. Dönemin ılımlı Cumhuriyetçi temsilcileri Chris Shays ve Paul McHale, suçlu bulunup görevden alınması kesin değilse bir başkanın suçlandırılmasının doğru olmadığını ve Clinton meselesinin Amerikan Halkı'nın menfaati doğrultusunda hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasının en doğrusu olduğunu belirtmişlerdir²²¹. Bununla birlikte Temsilciler Meclisi'ndeki Cumhuriyetçiler; Demokratlar ile gerçekleşen politik savaşta öne geçmek, halkı Clinton'ın yalan beyanının yargılanarak

²¹⁹ Griffin "Presidential Impeachment in Tribal Times", s. 437.

²²⁰ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 60.

²²¹ Franklin et al., The Politics of Presidential Impeachment, s. 180.

görevden alınma sebebi olduğuna inandırmak, Clinton'ın süreç sonunda Nixon gibi istifa ettirmek gibi ihtimalleri göz önüne alarak yine de suçlandırmışlardır²²². Yine Clinton'ın başkanlığının ikinci dönemindeki git gide artan partizanlık, Nixon'ın istifasının Cumhuriyetçiler için oluşturduğu atmosfer ve muhafazakâr Cumhuriyetçilerin inisiyatifini ile bağımsız müdafiliğe atanan Starr'ın olağandışı bir heves ile Clinton'ı her açıdan derinlemesine soruşturması bir araya gelerek Amerikan siyasi tarihinde unutulmaz sayfanın açılmasına sebep olmuştur²²³.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Bill Clinton'ın suçlandırma ve yargılanma süreci Amerikan siyasetinde bölünmüş yönetimin söz konusu olduğu bir dönemde gerçekleşmiştir. Nitekim Cumhuriyetçiler'in Demokratlar karşısında; Clinton'a ilişkin suçlandırma maddelerinin oyladığı dönemde Temsilciler Meclisi'nde 230-206, hükme esas olacak oylama sırasında da Senato'da 55-45 şeklinde üstünlüğü bulunmaktaydı²²⁴. Temsilciler Meclisi'ndeki bu siyasi dağılım Clinton'ın suçlandırılması için yeterliydi. Nitekim her ne kadar görevden alınmasını sağlayamayacak olsalar da Cumhuriyetçi temsilcilerin, popülaritesi yüksek bir Demokrat Amerikan başkanını partizan saiklerle suçlandırarak onun politikalarını ve karakterini benimsemedikleri mesajı vermek istedikleri belirtilmektedir²²⁵. Merkezine kötü yönetim veya politikaların benimsenmemesini alan bu yaklaşım ve uygulama pek tabii ki Kurucular'ın arzu ettiği impeachment müessesesinin çerçevesi ile örtüşmemektedir. Her ne kadar Anayasa'yı kaleme alanlar tarafından ağır suç ve kabahatler kavramının belirli bir olay açısından somutlaştırılması Temsilciler Meclisi'ne bırakılmış olsa da impeachment usulünün salt partizan saiklerle işletilmesi Amerikan siyasi düzeni açısından çok da istenilen bir husus değildir. Bununla birlikte bilhassa 1998 yılı sonrasında Amerikan siyasetinde Temsilciler Meclisi nezdinde Cumhuriyetçiler açısından partizanlığın git gide arttığı ve siyasi yelpazede Cumhuriyetçi temsilcilerin 20. yüzyılda görülme-yen bir şekilde merkezden sağa kaydığı belirtilmektedir²²⁶. Dönemin bölünmüş yönetim düzeninde Amerikan siyasetinde yaşanan partizan mücadelede, Clinton'ın suçlandırılmasıyla farklı bir boyuta taşınmıştır²²⁷. Bu açıdan

²²² Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 180.

²²³ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 60.

²²⁴ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 182-183.

²²⁵ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 182.

²²⁶ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 184-185.

²²⁷ Alan Ware, "Divided Government in the United States", *Divided Government in Comparative Perspective*, Ed. Robert Elgie, Oxford University Press, New York, 2001, s. 34.

son dönemde zirve noktasına ulaşan Amerikan siyasetindeki partizanlaşma ve kutuplaşmanın siyasi ve anayasal anlamda ilk somut adımının Clinton'ın suçlandırılması olduğunu söyleyebiliriz. Aşağıda da inceleyeceğimiz üzere dört yıllık başkanlığı döneminde Donald Trump'ın iki kez suçlandırılması ve yargılanmasının hem öncesinde hem de suçlandırılma ve yargılanma sürecinde hem Başkan (Clinton'dan farklı olarak) hem de Kongre'nin takındığı partizan tavırlar çok belirleyici olmuştur.

Bill Clinton'ın suçlandırılması da Andrew Johnson'ın suçlandırılmasında olduğu gibi yoğun partizan niteliği haiz olmakla birlikte Clinton'ın suçlandırılmasına sebep olan meseleler Johnson'ın yeniden yapılanma politikasına oranla çok daha önemsizdir²²⁸. Bununla birlikte Kenneth Starr'ın büyük bir azimle Clinton'ı özel hayatı da dâhil olmak üzere her yönden araştırması, Jones Davası avukatlarının Clinton'a özel hayatı üzerinden uyguladığı çapraz sorgu taktiği, Tripp'in Lewinsky ile arasında geçen diyalogları kayda alması, Cumhuriyetçi Temsilci ve Yargı Komitesi Başkanı Henry Hyde'in Starr'ın raporunu esas alarak suçlandırma sürecini tetiklemesi Clinton'ın bir anda kendisini Senato'da yargılanırken bulmasına sebep olmuştur. Bill Clinton'ın duruşmada jüri önünde yalan beyanda bulunduğu açıktır. Bununla birlikte Clinton'ın yalan beyanının ne ölçüde ağır suç veya kabahat kapsamına girdiği ve ne ölçüde kamu güvenine aykırılık teşkil edip kamunun zararına yol açtığı, suçlandırılmayan Amerikan başkanlarına ilişkin örneklerin kıyaslanması suretiyle tartışılabilir. Söz gelimi George W. Bush hakkında 2008 yılında Temsilciler Meclisi'nde işkence, hukuka aykırı dinleme, Katrina Kasırgası'ndaki ihmal, 9/11 Terör Saldırısı hakkında yeterli istihbaratın dikkate alınmaması gibi maddelerle suçlandırma önermeleri verilmiş ancak Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi tarafından bu önermeler hakkında herhangi bir işlem yapılmamıştır. Üstelik Bush'un suçlandırılmasına ilişkin söz konusu önermeler, bölünmüş yönetimin söz konusu olduğu dönemde yapılmıştır²²⁹. Nihayetinde siyasi suç kavramının temsilcilerin siyasi saikleri doğrul-

²²⁸ Cohn, "The Politics of the Clinton Impeachment", s. 60; Brown, High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment, s. 116.

²²⁹ Nitekim 2007-2009 yıllarını kapsayan 110. Amerikan Kongresi'nin başlangıcında Temsilciler Meclisi'nde 233 Demokrat karşılık 202 Cumhuriyetçi, Senato'da ise 49 Demokrat, 1 Bağımsız Demokrat ve 1 Demokratlarla birlikte hareket eden/Demokratların grup toplantılarına katılan 1 Bağımsız'a karşılık 49 Cumhuriyetçi vardı. Bkz. "110th Congress (2007-2009)", Congress Profiles - United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/110th/> (16.09.2021); "Party Division", United States Senate, <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>, (16.09.2021).

tusunda yorumlanmasının düşük bir ihtimal olmadığı ve suçlandırılan bir başkanın mahkûm olması için kesinlikle iki partinin de desteğinin olması gerektiği hususları Bill Clinton'ın suçlandırılma sürecinde gün yüzüne çıkmıştır.

E. Donald Trump'ın Suçlandırılması ve Yargılanması

1. Arka Plan

Esasen iş adamı profili ile tanınan Donald Trump'ın siyasete girmesi çok da yeni değildir. Demokrat Kimliği ile bilinen ve Brooklyn'li Demokratlarla yakın ilişki içerisinde olan Fred Trump'ın oğlu olan Donald Trump'ın siyasi rengini belli etmesi 1980 Başkanlık Seçimleri'nde Cumhuriyetçi Ronald Reagan'ı desteklemesiyle başladı. Reagan'ın başkanlığı döneminde Beyaz Saray'a da davet edilen ve kendisini Cumhuriyetçi olarak tanımlayan Trump, daha sonraları ise farklı zamanlarda Demokrat, Bağımsız ve Reformcu kimlikleriyle ön plana çıkmıştır. 2000 ve 2004 Başkanlık Seçimleri öncesi George W. Bush'un karşısına rakip olarak çıkmayı düşünen Trump, Bush'un ikinci başkanlık döneminde kendisini Demokrat olarak tanımlamasına rağmen 2008 Başkanlık Seçimleri'nde Barack Obama'nın karşısında Cumhuriyetçi aday John McCain'i desteklemiştir. Amerika Birleşik Devletleri içerisindeki muhafazakâr gruplarla da iletişim kurarak ilişki içerisinde olmaya başlayan Trump, 2011 yılı akabindeki dönemde Amerikan başkanlığı için Cumhuriyetçi Parti seçmenine yönelik söylemlerini arttırarak devam ettirdi. Söz gelimi Obama'nın aslında Amerika Birleşik Devletleri doğumlu olmayıp Afrika'da doğduğunu iddia etmesi ve Hawaii'de doğduğuna ilişkin doğum sertifikasını talep etmesi bunlardan birisiydi. Obama tam doğum belgesini gösterdiğinde dahi Trump bunun gerçekliğini sorgulayacak, 2016 Başkanlık Seçimi öncesi Obama'nın Birleşik Devletler'de doğduğunu kabul ettiğinde de bu husustaki tartışmayı başlatmakla Hillary Clinton'ı suçlayacaktı²³⁰.

2016 Seçimleri için Cumhuriyetçi Parti'den adaylık yarışı kızıştığında Florida Valisi Jeb Bush, Teksas Senatörleri Ted Cruz, Florida Senatörü Marco Rubio ve Wisconsin Valisi Scott Walker karşısında Donald Trump'a kimse şans tanımıyordu. Bunula birlikte Obamacare'i ilga etme gibi vaatler, *Make America Great Again!* (*Amerika'yı yeniden Harika Yap!*) sloganı ve Mike Pence gibi bilhassa evanjelist muhafazakârların güvenini haiz bir politikacıyı yardımcısı olarak belirlemesi Trump'ı bir anda ülkenin ilk kadın başkanı olması işten bile olmayan Demokrat

²³⁰ Jackie Calmes, "Donald Trump: Campaigns and Elections", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/trump/campaigns-and-elections>, (16.09.2021).

Hillary Clinton karşısında Cumhuriyetçi Parti'nin umudu ve adayı haline getirdi. Başkan adaylığı dönemi de Donald Trump için çok sansasyoneldi. Bir kere rakibi Clinton'ı *çarpık (crooked)* olarak nitelendirerek ülkeyi yönetemeyecek durumda olduğunu tekrarlamaktan çekinmedi. Yine The New York Times, bir haberinde Trump'ın on sekiz yıldır vergi ödememiş olabileceğini ima etti ki Trump vergi ödememesini zekice olarak nitelendirdi. Donald Trump, Gerald Ford'tan beri ilk defa geçmiş vergi beyannamelerini açıklamayan başkan adayydı²³¹. Yine ülkenin üst düzey istihbarat görevlileri Rusya'nın ya da Ruslar'ın Trump'ın bilgisi dâhilinde Demokrat Parti Ulusal Komitesi'nin bilgisayarlarına girdiğini ve Hillary Clinton aleyhine delil arayıp Trump'ın seçim kampanyasına avantaj sağlamak üzere çalıştığını belirttiler²³². Yine Ruslar tarafından Trump'ın kampanyası lehine sahte sosyal medya hesapları açılması, hukuka aykırı şekilde internete milyonlar değerinde reklam verilmesi gibi hususlar da istihbarat birimlerince teyit edilmişti²³³.

8 Kasım 2016 tarihinde yapılan Başkanlık Seçimleri'nde Cumhuriyetçi Donald Trump ülke genelinde 62.984,828 oy alırken, rakibi Demokrat Hillary Clinton ülke genelinde 65.853,514 oy aldı. Görüldüğü üzere Clinton Trump'tan yaklaşık üç milyon fazla oy almıştı. Bununla birlikte Donald Trump Florida, Wisconsin, Michigan gibi kilit eyaletlerde daha fazla oy alması sonucunda bu eyaletler nezdindeki tüm delege oylarını kazanarak toplamda 304 delegenin oyuyla 227 delege oyu alan Clinton'ın önünde Amerikan Başkanı seçildi²³⁴. Bu sonuçlar 2016 Başkanlık Seçimleri'ni 1824, 1876, 1888 ve 2000 Seçimleri'nden sonra ülke genelinde en fazla oyu alan adayın başkan seçilemediği beşinci Amerikan başkanlık seçimi yapmaktaydı²³⁵.

²³¹ Alan Hirsch, *Impeaching the President: Past, Present, and Future*, City Lights Books, San Francisco, 2018, s. 76-77; Jackie Calmes, "Donald Trump: Campaigns and Elections", aynı yer.

²³² Jackie Calmes, "Donald Trump: Campaigns and Elections", aynı yer.

²³³ Alan Hirsch, *Impeaching the President*, s. 76-77. Nitekim Amerikan vatandaşı olmayanların seçim kampanyalarına katkıda bulunmaları kanuna aykırıydı. Hirsch, *Impeaching the President*, s. 77.

²³⁴ Bkz. "2016 Presidential Election", 270 to Win, https://www.270towin.com/2016_Election/, Erişim (16.09.2021). 2016 Başkanlık Seçimleri'nde Clinton veya Trump'a oy vermeyen toplam 7 sadakatsiz ikinci seçmen/delege vardır. Washington Eyaletini Clinton kazanmasına rağmen üç delege oyunu Colin Powell'a bir delege ise oyunu İnanç Benekli Kartal (Faith Spotted Eagle - Kızılderili kökenli Demokrat Politikacı)'a vermiştir. Hawaii'de ise en çok oyu yine Clinton almasına rağmen bir sadakatsiz delege oyunu Bernie Sanders'a vermiştir. Teksas'ta ise Trump kazanmasına rağmen bir delege oyunu Ron Paul'a, diğeri de John Kasich'e vermiştir. Bkz. "2016 Presidential Election", aynı yer.

²³⁵ Bkz. "Electoral College Fast Facts", United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Institution/Electoral-College/Electoral-College/>, (16.09.2021).

Donald Trump'ın 4 yıllık başkanlık döneminin, kendisini Amerikan siyasi tarihinin en çok tartışılan başkanlarından birisi haline getirdiğini söyleyebiliriz. Birleşik Devletler Silahlı Kuvvetleri'nin altıncı kolu olarak Uzay Ordusu'nun resmen kurulması anlamına gelen National Defense Authorization Act; kurumlar vergisini %35'ten %21'e düşüren ve bireyler ile aileler için geçici vergi kolaylıkları sağlayan Tax Cuts and Jobs Act; birtakım suçlardaki koşullu salıverme şartlarının hafiflemesi ve koşullu salıverme programlarının kapsamının genişletilmesi, infaz usullerindeki eşitsizliklerin törpülenmesi gibi federal ceza infaz sistemi reformu öngören First Step Act; Donald Trump döneminin önemli gelişmeleridir. Bununla birlikte Trump, Amerikan siyasi tarihinin en ihtilafli başkanlarından birisini olmasını sağlayan gelişmelere imza atmaktan geri kalmamıştır. Konfederasyon ve Nazi bayrakları ile yapılan ve gösteri karşıtı bir kişinin öldürülerek elliden fazla kişinin yaralandığı Charlottesville'deki Neo-Nazi gösterisine "Her iki taraftan da çok iyi insanlar vardı" şeklinde tepki vermesi, uluslararası siyasi arenadaki üslubu, bilhassa Amerikan vatandaşı olmayan ailelerin büyük sıkıntılar yaşadığı Müslüman ve Hispanik çoğunluğun yaşadığı ülke vatandaşlarına yönelik uygulanan katı göçmen politikası, Meksika sınırı boyunca duvar örülüp bunun finansmanının Meksika'ya yaptırılacağı gibi popülist söylemler, sağlık sigortası konusunda hiçbir alternatif planı olmamasına rağmen Obamacare olarak bilinen Affordable Care Act'i ısrarla ilga etme girişimi, kabinesini ağırlıklı olarak milyarder ve finansçılardan oluşturması, Obama yönetimi döneminde kısıtlanan kömür madenciliğine tekrar başlanarak fosil yakıt üretiminin artırılması ve iklim değişikliğini önlemeye yönelik Paris Anlaşması'ndan Birleşik Devletler'in çekilmesi Trump döneminin eleştirilen politikalarından dır²³⁶. Meksika sınırı boyunca yapmak istediği duvarın finansmanını Kongre onaylamayınca Donald Trump, birtakım federal kurumların faaliyetlerini durdurarak Amerikan tarihinin en uzun süreli hükümet kapanmasına (*government shutdown*) imza atmıştır²³⁷.

²³⁶ John Haltiwanger, "Trump's biggest accomplishments and failures as president as he heads into a reelection year after impeachment", *Business Insider*, 1 January 2020, <https://www.businessinsider.nl/trump-biggest-accomplishments-and-failures-heading-into-2020-2019-12?international=true&r=US>, (16.09.2021); Jackie Calmes, "Donald Trump: Domestic Affairs", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/trump/domestic-affairs>, (16.09.2021).

²³⁷ Andrew Restuccia, Burgess Everett and Heather Caygle, "Longest shutdown in history ends after Trump relents on Wall", *Politico*, 25 January 2019, <https://www.politico.com/story/2019/01/25/trump-shutdown-announcement-1125529>, (16.09.2021).

Donald Trump, Amerikan siyasi tarihinde iki kez suçlandırılarak yargılanan tek başkandır. Yine Trump'ın ikinci kez suçlandırılarak yargılanması görev süresinin sona ermesi akabinde olduğundan ötürü, görevde olmayan eski bir başkanın suçlandırılıp yargılanması da ilk defa Donald Trump hakkında söz konusu olmuştur. Donald Trump döneminde Amerikan siyasetinde doruk noktasına ulaşan partizanlığın Trump'ın suçlandırılmasında büyük etkisinin olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim 2016 Başkanlık Seçimleri'ni Hillary Clinton'ın kazanması söz konusu olsa idi bilhassa Kongre'deki mevcut partizanlık karşısında bu sefer de Clinton'ın suçlandırılmasının işten bile olmadığı belirtilmektedir²³⁸. Yine de iç ve dış politikadaki tavrı ve meselelere yaklaşımı ile Donald Trump'ın Amerikan siyasetindeki partizanlığın üst seviyelere ulaşmasına katkıda bulunduğu gerçeğini de göz ardı edemeyiz. Nitekim Kasım 2016 Seçimleri akabinde göreve başlamasından önce ırkçı, cinsiyetçi ve öfkeli beyan ile tavırları karşısında Cumhuriyetçi çevrelerde dahi Donald Trump'ın suçlandırılmasının çok da sürpriz olmayacağı belirtilmekteydi²³⁹. Bu açıdan Donald Trump, görevine başlamadan önce suçlandırılması tahmin edilen ve tartışılan ilk başkan da olmuştur²⁴⁰.

Amerikan siyasi düzeninde Donald Trump'ın başkanlık yaptığı dört yıllık dönemin ilk iki yıllık zaman dilimi birleşik yönetime sahne olmuştur. Nitekim 2017-2019 yılları arasına tekabül eden 115. Kongre Dönemi başında Temsilciler Meclisi'nde 194 Demokrat'a karşılık 241 Cumhuriyetçi temsilci varken²⁴¹ Senato'da da 46 Demokrat ve 2 Demokratlarla birlikte hareket eden bağımsız karşılık 52 Cumhuriyetçi senatör vardı²⁴². Bu dönemde Donald Trump yönetimindeki Birleşik Devletler'de artan siyasi kutuplaşma ile esasen denge ve denetleme

²³⁸ Franklin et al., *The Politics of Presidential Impeachment*, s. 209.

²³⁹ Bkz. Bob Egelko, "Republican says with Trump 'impeachment needs to be on the table'", *San Francisco Chronicle*, 16 January 2017, <https://www.sfchronicle.com/nation/article/Republican-says-with-Trump-impeachment-needs-10861130.php>, (17.09.2021).

²⁴⁰ Horst Patrick, "The Politics of Removal: The Impeachment of a President", *Mobilization, Representation, and Responsiveness in the American Democracy*, Ed. Michael T. Oswald, Palgrave Macmillan, Cham, 2020, s. 90.

²⁴¹ Bkz. "115th Congress (2017-2019)", *Congress Profiles*, U.S. House of Representatives, <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/115th/>, (17.09.2021).

²⁴² Bkz. "115th Congress (2017-2019)", *Party Division*, United States Senate, <https://www.senate.gov/history/party-div.htm>, (17.09.2021). Hemen belirtelim 115. Kongre'nin başlangıcındaki söz konusu dağılım Cumhuriyetçi Senatör Jeff Sessions'ın 8 Şubat 2017 tarihinde istifası akabinde 12 Aralık 2017 tarihinde yapılan özel seçimi Demokrat Doug Jones'un kazanması üzerine 47 Demokrata karşılık 51 Cumhuriyetçi şeklinde değişmiştir. Bkz. aynı yer.

mekanizması işlevi görmesi gereken federal kurumlardaki partizanlaşma ekseninde Amerikan liberal demokrasisine ilişkin endişeler dile getirilmeye başlamıştı²⁴³. 2018 Kongre Seçimleri’nde Demokrat Parti’nin Temsilciler Meclisi’nde 40 üye kazanması ile bir anda Cumhuriyetçi Parti Meclis’te azınlık partisi durumuna düştü. Bu gelişme Trump’ın suçlandırılması için gerekli oy çoğunluğunun sağlanabileceği anlamına gelmekteydi. Nitekim 2019-2021 yılları arasında tekabül eden 116. Amerikan Kongresi başında Temsilciler Meclisi’nde artık 199 Cumhuriyetçiye karşılık 235 Demokrat bulunmaktaydı²⁴⁴. Senato’da ise Cumhuriyetçi Parti’nin üstünlüğü törpülense de devam etmekteydi. Nitekim 116. Amerikan Kongresi başlangıcında Senato’da 53 Cumhuriyetçi, 45 Demokrat ve 2 Demokratlarla birlikte hareket eden bağımsız senatör bulunmaktaydı²⁴⁵. Buna göre 116. Kongre Dönemi Amerikan siyasetinde yarı-bölünmüş yönetime ev sahipliği yapmıştır. Donald Trump’ın ikinci kez suçlandırılması ise 117. Kongre Dönemi’nde söz konusu olmuştur. 117. Amerikan Kongresi’nde seçimler sonrasında Temsilciler Meclisi’nde 212 Cumhuriyetçiye karşılık 222 Demokrat bulunmaktaydı²⁴⁶. Senato’da ise 117. Kongre’nin başlangıcına tekabül eden 3 Ocak’ta 51 Cumhuriyetçi, 46 Demokrat ve 2 Demokratlarla birlikte hareket eden bağımsız senatör vardı. Bununla birlikte Georgia’da olağan senatör seçimi ile bir önceki sene istifa ile boşalan üyelik için yapılan özel seçimin sonuçları henüz belli değildi. Nitekim Georgia Eyaleti senatör seçimleri için iki türlü çoğunluk sistemi (run-off) benimsemişti. Georgia Eyaleti senatörlerinin ikisini de belirleyecek olan söz konusu seçimleri Demokrat adaylar Jon Ossoff ve Raphael Warnock kazanınca 20 Ocak tarihi itibarıyla Senato’daki parti dağılımı 50 Cumhuriyetçi, 48 Demokrat ve 2 Demokratlarla birlikte hareket eden bağımsız dördü. Bu durum efektif olarak Senato politik yelpazesini 50’ye karşılık 50 yapmakta idi. Amerikan Anayasası gereğince Senato Başkanı olan Başkan Yardımcısı Kamala Harris oyların eşit olduğu durumlarda belirleyici oyu kullanma

²⁴³ Bkz. Robert C. Lieberman et al., “The Trump Presidency and American Democracy: A Historical and Comparative Analysis”, *Perspectives on Politics*, Vol. 17, Iss. 2, June 2019, s. 470, <https://www.cambridge.org/core/journals/perspectives-on-politics/article/trump-presidency-and-american-democracy-a-historical-and-comparative-analysis/E157E9BBA8D3E531A7DD4FD1A01E0478>, (17.09.2021).

²⁴⁴ Bkz. “116th Congress (2019-2021)”, Congress Profiles, U.S. House of Representatives, <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/116th/>, (17.09.2021).

²⁴⁵ Bkz. “116th Congress (2017-2019)” Party Division, United States Senate, <https://www.senate.gov/history/party-div.htm>, (17.09.2021).

²⁴⁶ Bkz. “Party Divisions of the House of Representatives: 1789 to Present”, United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Institution/Party-Divisions/Party-Divisions/>, (20.09.2021).

yetkisini haiz olduğu için Senato’da da Demokratlar bir anda çoğunluk partisine dönüşmüş oldu²⁴⁷. Yani Trump’ın ikinci suçlandırılma sürecini de kapsayan günümüz Amerikan siyasi düzeni, yürütme organı ile yasama organı Kongre’nin kanatlarının ekseriyetlerinin Demokrat Parti’de olduğu birleşik yönetime ev sahipliği yapmaktadır.

2018 Kongre Seçimleri akabinde politik olarak yeniden şekillenen Temsilciler Meclisi Başkanı seçilen Demokrat Nancy Pelosi’ye yöneltilen ilk sorulardan birisi Donald Trump’ın Meclis tarafından suçlandırılıp suçlandırılmayacağı idi. Öncelikle belirtelim Trump Temsilciler Meclisi tarafından suçlandırılrsa dahi Senato’daki mevcut siyasi dağılım karşısında mahkûm edilip görevden alınması düşük bir ihtimaldi. Kaldı ki sırf siyasi veya partizan saiklerle Trump’ın suçlandırılması ve Senato yargılaması sonucunda olası bir beraati Meclis’teki güncel Demokrat çoğunluğun itibarına zarar verebileceği gibi iki sene sonra yapılacak seçimlerde de Demokratların yeniden çoğunluk partisini olmasını tehlikeye atabilirdi. Nitekim Pelosi söz konusu soruya sırf politik nedenlerle Trump’ın suçlandırılmasına karşı olduğunu ve Mueller Raporu’nu beklediğini söyleyerek yanıt verdi²⁴⁸.

2017 yılı Temmuz ayında iki Demokrat temsilci bir önerge vererek 2016 Başkanlık Seçimleri’nde bilhassa Donald Trump’ın seçim kampanyası açısından Rus Hükümeti’nin rolünün ve müdahalesinin boyutunun araştırılmasını talep ettiler. Aslında söz konusu önerge suçlandırma maddesi niteliğinde Rusya soruşturmasını engellemek için FBI Direktörü James Comey’nin görevine son verilmesi yoluyla Donald Trump’ın adaleti engelleme suçu işlediğini belirtmekteydi. 2016 Seçimleri’ne Rus Hükümeti’nin olası müdahalesinin boyutunu araştırmak için George Bush ve Barack Obama dönemlerinin FBI Direktörü Robert Mueller özel müdafi olarak görevlendirildi. Yaklaşık iki yıl süren soruşturmanın ardından Mueller, Trump’ın seçim kampanyasına ilişkin Rusya bağlantılı cezai nitelikte herhangi bir kesin delile rastlamadığı gibi adaletin engellenmesi suçuna ilişkin de herhangi bir sonuca ulaşmadı²⁴⁹. 12 Ağustos 2019 tarihinde anonim bir federal istihbarat görevlisi Donald Trump ile dönemin Ukrayna Cumhurbaşkanı Volodymyr Zelensky arasında 25 Temmuz 2019 tarihinde geçen bir telefon

²⁴⁷ Bkz. “117th Congress (2021-2023)”, Party Division, United States Senate, <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>, (19.09.2021).

²⁴⁸ Franklin et al., *Politics of Presidential Impeachment*, s. 210.

²⁴⁹ Horst, “The Politics of Removal”, s. 95.

görüşmesini işaret ederek bir ihbarda bulundu. Buna göre Ukrayna'ya Amerikan askeri yardımı karşılığında Trump, Zelensky'den bir önceki Başkan Yardımcısı ve 2020 Seçimi'nde Demokrat Parti'nin başkan adayı Joe Biden'ı araştırmasını rica etmişti.²⁵⁰ Trump'a göre Joe Biden Başkan Yardımcısı olduğu dönemde 2015 yılında oğlu Hunter Biden'ın da çalıştığı Ukraynalı bir enerji şirketini soruşturan üst düzey savcının görevden alınması için girişimde bulunmuştu²⁵¹. Bu husus Trump'ın 2020 Başkanlık Seçimleri'nin olası sonuçlarını şekillendirmek için yabancı ülke görevlilerinden yardım istemesi anlamına gelmekteydi. Üstelik Donald Trump avukatı Rudy Giuliani aracılığıyla 391 milyon \$ karşılığında Biden soruşturmasını açıklaması için Ukrayna yönetimine baskı yapmıştı. Söz konusu ihbar üzerine Nancy Pelosi, suçlandırma araştırmasının başlaması gerektiğine ilişkin bir beyanda bulundu²⁵².

Donald Trump'ın ikinci kez suçlandırılması ise başkanlığının son günlerinde vuku buldu. 3 Kasım 2020 tarihinde yapılan Amerikan Başkanlık Seçimleri'nde mevcut Başkan Donald Trump 74.216,747 oy alarak toplam 232 delege kazandı. Bununla birlikte Demokrat Parti'nin adayı ve Barack Obama'nın başkanlığı sırasında yardımcılığını yapan Joe Biden 81.268,867 oy alarak 306 delegenin oyunu kazandı. Bu sonuçlar Donald Trump'ı G.W. Herbert Bush'dan bu yana ilk kez, ikinci başkanlık dönemi için girdiği seçimi kaybeden başkan yapmaktaydı. 2016 Başkanlık Seçimleri'nde Trump'ın kazandığı Michigan, Wisconsin, Nevada, Arizona ve Georgia gibi kilit eyaletler bu sefer tercihlerini Demokrat Parti'den yana kullandı. Yine söz konusu seçim sonuçları hem Biden hem de Trump'ı daha önce yapılan herhangi bir başkanlık seçiminde yarışan adaylardan daha fazla oy alan adaylar yapmaktaydı²⁵³. Bununla birlikte Donald Trump seçim sonuçlarını kabul etmedi. COVID-19 Salgını sebebiyle mektupla oy verme yönteminin bilhassa Demokrat seçmenler arasında azımsanmayacak ölçüde olduğu 2020

²⁵⁰ Lawrence J. Trautman, "Impeachment, Donald Trump and the Attempted Extortion of Ukraine", *Pace Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2020, s. 172-173, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3518082, (09.03.2022).

²⁵¹ Trautman, "Impeachment, Donald Trump and the Attempted Extortion of Ukraine ", s. 185.

²⁵² Bkz. Horst, "The Politics of Removal", s. 91-95; "Timeline: The long road to Trump's impeachment and trial", Reuters, 5 February 2020, <https://www.reuters.com/article/uk-usa-trump-impeachment-timeline-idUKKBN1ZZ2EM>, (18.09.2021); "Trump impeachment: The short, medium and long story", BBC News, 5 February 2020, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-49800181>, (18.09.2021).

²⁵³ Bkz. "2020 Presidential Election", 270toWin, https://www.270towin.com/2020_Election, (19.09.2021).

Seçimleri'ni kendisinin kazandığını ve seçimde hile yapıldığını ısrarla dile getiren Trump, 117. Amerikan Kongresi'ne de delege oylarını tasdik etmemesi gerektiğini savundu. Bu hususta Trump, Başkan Yardımcısı ve Senato Başkanı Mike Pence'in seçim sonuçlarını eyaletlere geri göndermesi gerektiğini savundu. Yine Trump Biden'ın az farkla kazandığı eyalet yönetimlerinin seçim sonuçlarını tasdik etmemesi gerektiğini belirtti. Söz gelimi Trump yönetimin Cumhuriyetçi Parti'de olduğu Georgia Eyaleti Dış İşleri Sekreteri Brad Raffensperger'i arayıp Georgia için seçim sonuçlarını tasdik ve ilan etmemesi telkininde bulundu. 6 Ocak 2021'de Washington D.C.'de *Amerika'yı Kurtar (Save America)* Mitingi yapan Donald Trump, kendisini izlemeye gelen kalabalığa seçimin kendilerinden çalındığını ve zayıf olurlarsa ülkeyi geri almalarının mümkün olmadığını söyledi. Bu sırada Kongre ortak oturumunda (joint session) delege oyları açısından başkanlık seçim sonuçlarının tasdiki görüşmeleri sürmekteydi. Trump, kalabalığa Kongre Binası'nın bulunduğu Capitol'e giderek ülkeleri için savaşmalarını/mücadele etmelerini söyledi ("*If you don't fight like hell you're not going to have a country anymore*"). Bunun üzerine kalabalık bir anda Capitol'e yöneldi. Aralarında Konfederasyon bayraklı kişilerin de olduğu Trump yanlısı göstericiler Kongre Binası'na zorla girerek Capitol polisiyle çatıştılar. Bu sırada Mike Pence ve Kongre üyeleri Capitol'u terketmek zorunda kaldılar. Donald Trump, Mike Pence'in ülkeyi koruyacak ve geri alacak cesareten yoksun olduğunu belirten bir tweet attı. Trump daha sonraları Kongre Binası'ndaki herkesin sakin olmasını rica ettiği bir tweet atsa da deyim yerindeyse artık iş işten geçmişti. Nitekim biri polis memuru olmak üzere beş kişi baskın sırasında vefat etmişti²⁵⁴. Bu şekilde her ne kadar görevini 20 Ocak'ta Joe Biden'a devredecek olsa da Trump'ın ikinci suçlandırılma ve yargılanma süreci tetiklenmiş oldu.

2. Donald Trump'ın Suçlandırılma ve Yargılanma Süreci

a. Birinci Suçlandırılma ve Yargılanma Süreci

Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi 13 Aralık 2019 tarihinde Cumhuriyetçi ve Demokrat temsilcilerin blok olarak aynı safta yer aldığı oylamalarla, ikisinde de 17'ye karşılık 23 temsilcinin oyu ile Donald Trump hakkında iki suçlandırma maddesini kabul etti. Söz konusu suçlandırma maddeleri makamın kötüye kullanılması

²⁵⁴ Bkz. George Petras, et al., "Timeline: How the storming of the U.S. Capitol unfolded on Jan. 6", *USA Today*, 7 January 2021, <https://eu.usatoday.com/in-depth/news/2021/01/06/dc-protests-capitol-riot-trump-supporters-electoral-college-stolen-election/6568305002/>, (19.09.2021).

(*Abuse of Power*) ve Kongre'nin görevini yerine getirmesini engellemek (*Obstruction of Congress*) idi. Yargı Komitesi'nin ilk suçlamasına göre Donald Trump Amerikan Başkanı sıfatını kullanarak siyasi rakiplerini araştırması için Ukrayna'ya baskı yapmak suretiyle makamını kötüye kullanmıştı. Nitekim Trump, Joe Biden'ın oğlu Hunter Biden'in faaliyetlerinin araştırılmasını Ukrayna Cumhurbaşkanı'ndan talep ederken esasen Amerikan Kongresi tarafından kabul edilen Ukrayna'ya askeri yardım kozunu kullanmıştı. Yine Yargı Komitesi'nin diğer suçlaması Kongre'nin söz konusu mesele ile ilgili araştırmasında federal birimlerin bilgi ve belge sunmasına engel olarak Kongre'nin görevini yerine getirmesini engellemesiydi²⁵⁵.

Amerikan Temsilciler Meclisi 18 Aralık 2019 tarihinde makamın kötüye kullanılması suçlandırma maddesini 197'ye karşı 230 oyla²⁵⁶, Kongre'nin engellenmesi suçlandırma maddesini ise 198'e karşı 229 oyla²⁵⁷ kabul ederek Başkan Donald Trump'ı resmen suçlandırmış oldu. Demokrat temsilcilerden sadece Collin Peterson ve Jeff Van Drew iki suçlandırma maddesine de hayır oyu vermişlerdir. Söz konusu temsilcilerin o dönemde Cumhuriyetçi Parti'ye geçmesi bekleniyordu. Demokrat Temsilci Jared Golden sadece bir suçlandırma maddesine evet oyu verirken Demokrat Temsilci Tulsi Gabbard iki suçlandırma maddesine de çekimser oy verdi²⁵⁸. Birinci suçlandırma maddesi gereğince Başkan Trump Ukrayna Hükümeti'nden siyasi rakiplerini araştırmasını talep ederek kendi kişisel çıkarlarını millî çıkarların önünde tutmak suretiyle makamını kötüye kullanmakta iken ikinci suçlandırma maddesi ise Temsilciler Meclisi'nin Ukrayna Skandalı araştırması kapsamında federal birimlerden talep edilen bilgi ve belgelerin sağlanmasında Trump'ın emri ile imtina edilmesine odaklanmaktaydı²⁵⁹.

²⁵⁵ Benjamin Siegel - Katherine Faulders - Allison Pecorin, "House Judiciary Committee passes articles of impeachment against President Trump", *ABC News*, 13 December 2019, <https://abcnews.go.com/Politics/house-judiciary-committee-set-vote-trump-impeachment-articles/story?id=67706093> (18.09.2021).

²⁵⁶ Bkz. "Roll Call 695 | Bill Number: H. Res. 755", United States House of Representatives, <https://clerk.house.gov/Votes/2019695>, (19.09.2021).

²⁵⁷ Bkz. "Roll Call 696 | Bill Number: H. Res. 755", United States of Representatives, <https://clerk.house.gov/Votes/2019696>, (19.09.2021).

²⁵⁸ Tom McCarthy - Joan E. Greve, "Donald Trump impeached by House of Representatives in historic vote", *The Guardian*, 19 December 2019, <https://www.theguardian.com/us-news/2019/dec/18/trump-impeachment-house-vote-nancy-pelosi-latest>, (19.09.2021); Fernando Alfonso III et al., "President Trump has been impeached", *CNN Politics*, 19 December 2019, <https://edition.cnn.com/politics/live-news/impeachment-inquiry-12-18-2019/index.html>, (19.09.2021).

²⁵⁹ Bkz. "Articles of Impeachment Against Donald John Trump", House Resolution 755, One Hundred Sixteenth Congress, First Session, 18 December 2019, <https://www.congress.gov/116/bills/hres755/BILLS-116hres755enr.pdf>, (19.09.2021).

Donald Trump'ın yargılanmasına ilişkin Senato oturumları 22 Ocak 2020 tarihinde başladı. Senato'daki yargılamaya Amerikan Yüksek Mahkemesi Baş Yargıcı John Roberts başkanlık etti. Suçlandırma yargılamasında Donald Trump'ı temsil edecek hukukçular arasında Bill Clinton'ın suçlandırılmasının fitilini ateşleyen Whitewater soruşturmasının bağımsız müdafii Kenneth Starr da vardı. Yine Starr'ın akabinde bağımsız müdafii pozisyonuna atanan ve 2002 yılında Clinton ile ilgili nihai raporu hazırlayan Robert Ray de Trump'ın savunma takımındaydı²⁶⁰. Nihayetinde 5 Şubat 2020 tarihinde suçlandırma maddelerine ilişkin hüküm oylamaları yapıldı. Donald Trump makamın kötüye kullanılması suçlandırma maddesinden 48 suçlu oyuna karşılık 52 suçlu değil oyuyla beraat etmiştir²⁶¹. Trump, Kongre'nin engellenmesi suçlandırma maddesinden de 47 suçlu oyuna karşılık 53 suçlu değil oyuyla beraat etmiştir²⁶². İki oylamada da 45 Demokrat ve Demokratlar'ın grup toplantılarına katılan 2 Bağımsız Senatör Trump'ın mahkûm olarak görevden alınması yönünde oy verdi. İkinci suçlandırma maddesi açısından tüm Cumhuriyetçi senatörler beraat yönünde oy kullanırken ilk suçlandırma maddesi bakımından Cumhuriyetçi senatörlerden sadece Mitt Romney mahkûmiyet yönünde oy kullanmıştır. Nitekim Trump'ın mahkûm olarak görevden alınması için Demokrat ve bağımsız senatörlere ilaveten 20 Cumhuriyetçi senatörün oyuna ihtiyaç vardı²⁶³.

b. İkinci Suçlandırılma ve Yargılanma Süreci

11 Ocak 2021 tarihinde Demokrat temsilciler David Cicilline, Jamie Raskin ve Ted Lieu, Donald Trump hakkında Capitol Olayları'nın başlamasına sebebiyet vererek isyana teşvik (incitement of insurrection) ettiği gerekçesiyle suçlandırma önergesi verdiler. 13 Ocak 2021 tarihinde Temsilciler Meclisi Genel Kurulu 197'ye karşı 232 temsilcinin oyuyla Donald Trump'ı isyana teşvikten suçlandır-

²⁶⁰ Grace Segers, "Trump's impeachment legal team includes familiar faces from Clinton's trial", **CBS News**, 18 January 2020, <https://www.cbsnews.com/news/trump-impeachment-legal-team-includes-familiar-faces-from-clinton-trial-2020-01-18/>, (19.09.2021).

²⁶¹ Bkz. "Roll Call Vote 116th Congress - 2nd Session", United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=116&session=2&vote=00033, (19.09.2021).

²⁶² Bkz. "Roll Call Vote 116th Congress - 2nd Session", United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=116&session=2&vote=00034, (19.09.2021).

²⁶³ Bkz. Anthony Zurcher, "Trump impeachment trial: What acquittal means for 2020 election", **BBC News**, 5 February 2020, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-51331363>, (19.09.2021).

dı. Söz konusu oylamada 222 Demokrat temsilcinin tamamı evet oyu kullanırken onlara 10 Cumhuriyetçi temsilci katıldı. Yine 4 Cumhuriyetçi temsilci ise oy kullanmadı²⁶⁴. Bu şekilde Donald Trump Amerikan siyasi tarihinde iki kez suçlandırılan ilk başkan oldu. Söz konusu suçlandırma maddesi Donald Trump'ın sonucunda Capitol Baskını'nın vuku bulduğu, 2020 Başkanlık Seçim sonuçlarının Kongre tarafından onaylanmasını hukuka aykırı olarak engellemesine vurgu yapmakta idi. Yine ilgili suçlandırma maddesi Trump'ın Georgia Eyalet Sekreteri'ni arayıp Georgia'daki Demokratlar lehine olan sonucu değiştirecek yeterli sayıda oy bulmasını istemesinden de söz etmekteydi. Buna göre 6 Ocak'ta yaptığı konuşmada halkı kışkırtarak Capitol'e yürümelerini ve Kongre binasını işgal etmelerini sağlayan Donald Trump demokratik sistemi, makamın barışçıl bir şekilde devredilmesi ilkesini ve yürütme organının diğer organlar yanındaki eşit statüsü prensibini ihlal etmiştir²⁶⁵.

Donald Trump'ın ikinci suçlandırılma ve yargılanma sürecinin en merak edilen anayasal sorusu görev süresi biten bir başkanın suçlandırma üzerine yargılanıp yargılanamayacağı idi. Nitekim Trump 13 Ocak'ta suçlandırılmıştı ve 20 Ocak'ta Başkanlık Makamı Joe Biden'a geçecekti. Bu durum olası bir suçlandırma yargılamasının görevdeki değil de eski bir başkan için yapılacağı anlamına gelmekteydi. Hâlbuki yukarıda da belirttiğimiz gibi suçlandırma, yargılama, mahkûmiyet, beraat gibi ceza hukuku terimleri bünyesinde yapılsa da impeachment, Amerikan anayasal düzeninde esasen federal görevlilerin görevden alınma mekanizmasıydı. Bununla birlikte federal bir görevlinin görevden alınmasının ötesinde Senato tarafından suçlu bulunarak mahkûm edilmesi de başlı başına bir anayasal nitelik taşımaktaydı. Her şeyden önce söz konusu görevli Senato'nun yapacağı ayrı bir oylama ile gelecekteki herhangi bir federal makamdaki görevli men edilebilirdi. Bu sorular etrafında Trump örneği üzerinden görevi sona eren bir Amerikan başkanının suçlandırılma üzerine yargılanıp yargılanamayacağı anayasal ve politik tartışmaların konusu olmuştur.

Capitol Baskını akabinde gelişen suçlandırma süreci esnasında görevi sona eren bir Amerikan başkanının suçlandırılıp yargılanamayacağı bilhassa Cumhuriyetçi senatörler tarafından ileri sürülmüştür. Hatta Trump'ın eski bir başkan ola-

²⁶⁴ "Roll Call Vote 17 | Bill Number: H. Res. 24", United States House of Representatives, <https://clerk.house.gov/Votes/202117>, (20.09.2021).

²⁶⁵ Bkz. "Resolution: Impeaching Donald John Trump, President of the United States, for high crimes and misdemeanors: H. Res. 24", Authenticated U.S. Government Information, <https://www.congress.gov/117/bills/hres24/BILLS-117hres24rds.pdf>, (20.09.2021).

rak Senato'da yargılanmasının Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle hakkındaki suçlandırmanın düşmesi ve yargılama yapılmaması için Senato'da önerge verilmiş, 55 senatörün hayır oyuna karşılık 45 Cumhuriyetçi senatör bu önerge için evet oyu kullanmıştır²⁶⁶. Buna göre suçlandırma ve yargılama görevi devam eden federal bir görevliyi görevden alma mekanizmasıdır. Amerikan Anayasası'nın da lafzı bu konuda açıktır. Nitekim Anayasa açıkça Başkan, Başkan Yardımcısı ve Birleşik Devletler'in diğer görevlilerinin suçlandırma üzerine yargılanıp senatörlerin üçte ikisi tarafından suçlu bulunmaları halinde mahkûm edileceklerini hükme bağlamaktadır. Anayasa'nın metninden ortada görevi başında bir başkan yoksa suçlandırma ve yargılamanın da olmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Çünkü böyle bir durumda ortada teknik olarak bir federal görevli de yoktur. Söz gelimi Profesör Philip Bobbitt, Donald Trump'ın 2020 Başkanlık Seçimi sonuçlarını itibarsızlaştırma girişimlerinin suç oluşturduğunu ve cezasız kalmaması gerektiğini belirtmekle birlikte Anayasa uyarınca görevi başında olmayan bir başkanın suçlandırma üzerine Senato'da yargılamanın mümkün olmadığını belirtmiştir²⁶⁷. Bununla birlikte Profesör Jed Handelsman Shugerman, Anayasa Konvansiyonu kayıtlarına bakıldığında, impeachment müessesinin görevi başında olmayan federal görevlileri yargılamak için de oluşturulduğu belirtmektedir. Nitekim Amerikan anayasal düzenindeki impeachmentın model aldığı İngiliz örneğinde de uygulama bu yönde olmuştur. Yine Amerikan Başkanı görev süresi sona ermeden hemen önce sorumsuzca davranarak yaptıklarının anayasal sonuçlarından kaçamaz²⁶⁸. Suçlandırılma ibaresi bağlamında suçlandırılıp yargılanma sonucu mahkûm olan bir federal görevlinin görevinin başında bulunması durumunda görevinin son bulacağını, görevi başında olmamanın suçlandırılıp yargılanmaya engel olduğunu söyleyebiliriz. Kaldı ki Profesör Kirsten Carlson'ın belirttiği gibi Trump'ın yargılanmaması durumunda, mahkûmiyetin muhtemel sonucu olan gelecekteki olası bir federal görevden men edilme için oylama yapılması da mümkün değildir. Profesör Clark Cunningham'ın belirttiği gibi impeachment müessesesi federal bir görevlinin kamu güvenini kötüye kullanarak yetkisini suiistimal

²⁶⁶ Sahil Kapur, "Most Senate Republicans declare Trump's trial unconstitutional. Here's what that means for conviction", *NBC News*, 27 January 2021, <https://www.nbcnews.com/politics/congress/most-republicans-declare-trump-s-trial-unconstitutional-here-s-what-n1255704> (20.09.2021).

²⁶⁷ Philip Bobbitt, "Why the Senate Shouldn't Hold a Late Impeachment Trial", *LawFare*, 27 January 2021 <https://www.lawfareblog.com/why-senate-shouldnt-hold-late-impeachment-trial>, (20.09.2021).

²⁶⁸ Jed Handelsman Shugerman, "Impeach an Ex-President? The Founders Were Clear: That's How They Wanted It", *Politico*, 11 February 2021, <https://www.politico.com/news/magazine/2021/02/11/donald-trump-impeachment-ex-president-founders-468769>, (20.09.2021).

etmesinin tespit edilmesine de hizmet etmektedir²⁶⁹. Nihayetinde bu hususta inisiyatif kullanarak hareket etme yetkisinin Kongre’de olduğu ve bu meselenin Kongre’nin münhasır takdir yetkisinde olan siyasi sorun öğretisi kapsamına girdiği de söylenebilir.

Donald Trump’ı görevi sona ermesi akabinde Senato nezdinde yargılamanın anayasal olup olmadığı tartışmaları gölgesinde, Trump’ın Senato yargılaması oturumları 9 Şubat 2021 tarihinde başladı. Trump artık başkanlık makamında olmadığından dolayı yargılamaya Senato Başkan Vekili (*Pro Tempore*) Patrick Leahy başkanlık etti²⁷⁰. 13 Şubat 2021 tarihinde yapılan hüküm oylamasında Donald Trump 57 senatörün suçlu oyuna karşılık 43 senatörün suçlu değil oyu karşısında beraat etti. Oylamada 7 Cumhuriyetçi senatörün²⁷¹ mahkûmiyet yönünde oy kullanması dikkat çekti²⁷². Bu sonuç her ne kadar mahkûmiyet için gerekli 57 senatörün uzağında kalsa da Amerikan siyasi tarihinde suçlandırılan bir başkana karşı kendi partisinden en fazla oranda mahkûmiyet oyunun kullanıldığı Senato yargılaması olarak tarihe geçti²⁷³.

3. Donald Trump’ın Suçlandırılıp Yargılanmasının Politik Yansımaları ile Yargılama Sonrası Yaşanan Gelişmeler

Donald Trump’ın ilk suçlandırılması Ukrayna Skandalı’nın gölgesinde vuku bulmuştu. Bu bağlamda Cumhuriyetçi Kongre üyeleri suçlandırmanın siyasi suç kapsamına sokulabilecek spesifik bir eylemde ziyade politik ihtilaf sebebiyle yapıldığının altını çizmişlerdi²⁷⁴. Nitekim Senato yargılaması akabindeki hüküm oylama-

²⁶⁹ Bkz. Jeff Inglis, “Impeaching a former president - 4 essential reads”, *The Conversation*, 5 February 2021, <https://theconversation.com/impeaching-a-former-president-4-essential-reads-153821>, (20.09.2021).

²⁷⁰ Alexander Bolton - Jordain Carney, “Leahy, not Roberts, to preside over impeachment trial”, *The Hill*, 25 January 2021, <https://thehill.com/homenews/senate/535700-leahy-roberts-to-preside-over-impeachment-trial>, (20.09.2021).

²⁷¹ Richard Burr, Bill Cassidy, Susan Collins, Lisa Murkowski, Mitt Romney, Ben Sasse, Pat Toomey.

²⁷² “Roll Call Vote 117th Congress - 1st Session”, United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=117&session=1&vote=00059, (20.09.2021).

²⁷³ Sam Lavine - Lauren Gambino, “Donald Trump acquitted in second impeachment trial”, *The Guardian*, 14 February 2021, <https://www.theguardian.com/us-news/2021/feb/13/donald-trump-acquitted-impeachment-trial>, (20.09.2021).

²⁷⁴ Benjamin Siegel - Katherine Faulders - Allison Pecorin, “House Judiciary Committee passes articles of impeachment against President Trump”, *ABC News*, 13 December 2019, <https://abcnews.go.com/Politics/house-judiciary-committee-set-vote-trump-impeachment-articles/story?id=67706093>, (18.09.2021).

sında da Demokrat ve Cumhuriyetçi senatörlerin keskin bir şekilde farklı bloklara ayrılması sonucunda Trump beraat etmişti. Bununla birlikte Trump'ın suçlandırma sürecinin Nixon'ın suçlandırma girişimlerinden beri Amerikan siyasetinde görülen en yoğun ağır suç ve kabahat vakası olduğu da belirtilmekteydi²⁷⁵. Trump'ın ikinci suçlandırması ve yargılanması ise sadece kendisinin ilk suçlandırılmasından değil Amerikan siyasi tarihindeki suçlandırmalardan çok farklı niteliktedir. Öncelikle Trump her ne kadar bu hususta delile sahip olmasa da ısrarla 2020 Başkanlık Seçimi sonuçlarının hileli ve çarpıtılmış olduğunu savunmuştur. Bu husus zaten hâlihazırda kutuplaşmanın ve partizanlığın doruk noktasında olduğu Amerikan siyasetinin iyice gerilmesine yol açmıştır. Söz konusu partizan atmosferin gölgesinde de daha önce görülmemiş nitelikteki Capitol Baskını meydana gelmiştir.

Trump'ın seçim sonuçlarını ters çevirme girişimlerinin karşısında duran ve ikinci suçlandırılmasında evet oyu veren temsilcilerden Liz Chaney'nin, Cumhuriyetçilerin Temsilciler Meclisi nezdindeki grup liderliğine bizzat Cumhuriyetçi temsilcilerin oylarıyla son verilmiştir. Aynı zamanda eski Amerikan Başkan Yardımcısı Dick Chaney'nin kızı olan Liz Chaney, 2020 Seçimleri'nde herhangi bir yolsuzluk olmadığını ve Trump'ın söylediği gibi Amerika'nın başarısızlığa uğramadığını dile getirmişti²⁷⁶. Chaney'nin Cumhuriyetçi Parti'den dışlanması Amerikan siyasetinde son dönem bilhassa Cumhuriyetçi Parti'de görülen disiplinli yapının bir yansımasıdır. Yine Trump'ın seçim yolsuzluğu söylemlerinin bir etkisi olarak günümüzde dahi Cumhuriyetçi seçmenlerin yarısından çoğu 2020 Başkanlık Seçimleri'nde hile yapıldığına inanmaktadır²⁷⁷. Donald Trump ise mahkûm olmaması sonucunda 2024 Seçimleri'nde aday olmasına engel olabilecek muhtemel bir anayasal engelden kurtulmuştur. 16 Eylül'de bir açıklama yapan Trump, 6 Ocak Olayları kapsamında yapılan cezai soruşturmaları ve tutuklamaları kınamıştır²⁷⁸. Trump'ın seçim sonuçlarını kabul etmemesi, Capitol

²⁷⁵ Horst, "The Politics of Removal", s. 89.

²⁷⁶ Anthony Zurcher, "Liz Cheney: Republican ousted from leadership for challenging Trump election claims" *BBC News*, 13 May 2020, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-57090202>, (20.09.2021).

²⁷⁷ Alison Durkee, "More than Half of Republicans Believe Voter Fraud Claims and Most Still Support Trump, Poll Finds", *Forbes*, 5 April 2021, <https://www.forbes.com/sites/alisondurkee/2021/04/05/more-than-half-of-republicans-believe-voter-fraud-claims-and-most-still-support-trump-poll-finds/?sh=6cd5337c1b3f>, (20.09.2021).

²⁷⁸ Dan Mangan - Kevin Breuninger, "Trump says he sides with Jan. 6 riot defendants, as police brace for new Capitol rally", *CNBC*, 16 September 2021, <https://www.cnbc.com/2021/09/16/trump-supports-jan-6-riot-defendants-police-brace-for-capitol-rally.html>, (20.09.2021).

Baskını ve Trump'ın suçlandırılması şeklinde gelişen olaylar silsilesi aynı zamanda partizanlığın yoğun olduğu Amerikan siyasetinde bir tür suçlandırma zinciri meydana getirebilir. Şöyle ki yoğun siyasi kutuplaşmanın gölgesinde Temsilciler Meclisi'ndeki ekseriyetin desteğinden yoksun kalmış Joe Biden'ın, Cumhuriyetçilerin öç alma güdüsüyle suçlandırılması artık işten bile değildir. Bu husus tabii ki 2022 Kongre Seçimleri'nden sonra netleşecektir.

Donald Trump'ın suçlandırılmasının diğer bir sonucu Amerikan anayasal düzeninde başkanın cezai sorumluluğu konusunun yeniden gündeme gelmesidir. Gerek Ukrayna Skandalı'nda Mueller Raporu'nun olası içeriğine göre gerekse Capitol Baskını'ndaki rolünden dolayı Donald Trump'a karşı cezai tahkikat yürütülüp yürütülemeyeceği merak konusu olmuştur. Hatta Ford'un Nixon'ı affetmesi gibi Trump'ın da görev süresi bitmeden hemen önce kendisi hakkında af çıkarılması durumunda bunun geçerliliği ve anayasallığı dahi tartışılmıştır²⁷⁹. Amerikan Başkanının cezai sorumluluğu ile ilgili herhangi bir anayasal hüküm olmaması, bu hususta Amerikan Yüksek Mahkemesi kararları ve Adalet Sekreterliği'nin uygulamalarını belirleyici kılmaktadır. 24 Haziran 1982 tarihli Nixon v. Fitzgerald Davası'nda 4'e karşı 5 yargıcın oyuyla aldığı kararda Amerikan Yüksek Mahkemesi görevi başındaki başkanın hukuk/tazminat davalarından muaf olduğuna hükmetmişti²⁸⁰. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin Amerikan Başkanı'na görevi sırasında ceza kovuşturması yapıp yapılamayacağına ilişkin konuyla doğrudan bağlantılı bir kararı bulunmamaktadır. Bu hususta Birleşik Devletler Adalet Sekreterliği'nin 2000 yılına ait resmî bir genelgesi bulunmaktadır. Sekreterliğin 1973 yılında kabul ettiği bir ilke kararına atıf yapan genelge, Amerikan başkanının görevi sırasında cezai kovuşturmaya maruz bırakılmamasının esas olduğunu belirtmektedir. Söz konusu cezai bağışıklık, başkanın anayasal görevlerini herhangi bir engel olmadan yerine getirmesi açısından gereklidir²⁸¹. Hemen belirtelim konuyla ilgili bir Amerikan Yüksek Mahkemesi içtihadını olması veya Sekreterliğin söz konusu genelgeyi değiştirmesi ile Amerikan başkanının görevi esnasındaki cezai dokunulmazlığı uygulaması da her an değişebilir.

²⁷⁹ Jan Wolfe, "Explainer: With no self-pardon in hand, private citizen Trump faces uncertain legal future" *Reuters*, 21 January 2021, <https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-pardons-legal-explainer-idUSKBN29Q1BP>, (20.09.2021).

²⁸⁰ Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731 (1982), JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/731/#tab-opinion-1954625>, (20.09.2021).

²⁸¹ Bkz. "A Sitting President's Amenability to Indictment and Criminal Prosecution", United States Department of Justice, 16 October 2000, https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/2000/10/31/op-olc-v024-p0222_0.pdf, (20.09.2021).

4. Değerlendirme

Donald Trump'ın suçlandırılıp yargılanmasının en çarpıcı sonucu, Amerikan siyasetindeki derin kutuplaşma ve partizanlığın gözler önüne serilmesi olmuştur. Ukrayna Skandalı'na ilişkin suçlandırmaya ve yargılama sonucuna ilişkin Temsilciler Meclisi ile Senato nezdindeki oylamalarda Demokratlar ve Cumhuriyetçiler keskin bir şekilde ayrılmıştır. Capitol Baskını akabindeki suçlandırmaya ve yargılama sonucuna ilişkin oylamalara ilişkin her ne kadar olayın mahiyeti çok büyük, Trump'ın rolü tartışılmaz ise de sadece Cumhuriyetçilerden on temsilci ile yedi senatör Demokratlarla aynı yönde oy kullanmıştır. Nitekim Temsilciler Meclisi'nin ekseriyeti Demokratlardan oluşmasa idi Ukrayna Skandalı açısından Trump'ın suçlandırılması mümkün olmayıp Capitol Baskını içinse başkanlık süresinin bitimine çok az kaldığı gerekçesiyle Trump yine muhtemelen cezalandırılmayacaktı. Bu açıdan Trump'a ilişkin impeachment süreçleri, suçlandırmanın olduğu kadar suçlandırmamanın da siyasi saiklerle söz konusu olabileceğinin çarpıcı örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Nihayetinde gerçekleşmesinde Trump'ın meydana getirdiği atmosferin etkisi göz önüne alındığında Capitol Baskını rahatça siyasi suç kapsamına sokulabilecek bir gelişmedir. Bununla birlikte partizan saiklerle Cumhuriyetçilerden yalnızca on temsilci ve yedi senatör Capitol Olayları'nı siyasi suç kapsamında değerlendirebilmiştir²⁸².

Liz Chaney gibi Trump'a karşı olan politikacıların Cumhuriyetçi Parti'den dışlanması Amerikan siyasetinde son dönem bilhassa Cumhuriyetçi Parti'de görülen disiplinli ve katı Trump yanlısı yapının çarpıcı bir sonucudur. Yine Cumhuriyetçi Parti'de Marjorie Taylor Greene gibi sıkı Trump destekçisi ve QAnon gibi aşırı nitelikteki gruplarla ilişkili komplo teorisyeni politikacıların git gide ön plana çıkması da Cumhuriyetçi Parti içerisindeki Trump destekçisi yapının etkin olmasının bir sonucudur. Son yirmi yıldır sadece bir başkanlık seçiminde ülke genelindeki oylarda Demokrat Parti'nin önünde olan Cumhuriyetçi Parti ise köklü bir reforma mı girecek yoksa git gide Trump'ın etkisi altında kalarak kutuplaşan Amerikan siyasetinde popülist siyasi tavırların ve söylemlerin merkezi mi olacak bunu pek tabii ki zaman gösterecektir. Bununla birlikte Kurucular'ın prensip olarak öngördüğü bir kişinin en fazla iki kez başkan seçilmesi, başka bir deyişle iki dönem yürütme yetkisine sahip olması kuralı karşısında hiçbir kimsenin gerek Cumhuriyetçi Parti'de gerekse Demokrat Parti'de uzun yıllar sürecek kurumsal etkiler bırakmasının pek de mümkün olmadığını belirtelim.

²⁸² Hemen belirtelim Trump'ın mahkûm edilerek görevden alınması yönünde oy veren ılımlı Cumhuriyetçi senatörler Lisa Murkowski ile Susan Collins, Bill Clinton'ın yargılanmasında suçlu değil yönünde oy kullanmışlardı.

Mizaç olarak itidalli ve ılımlı bir Cumhuriyetçi profilinin uzağında görünmesine rağmen Donald Trump başkan olduğu dört yıllık süre zarfında üçü Amerikan Yüksek Mahkemesi olmak üzere yaşam boyu görev yapacak iki yüzden fazla federal yargıç atamış ve Amerikan federal yargısının hukuki felsefesine ve profiline doğrudan etki etmiştir. Söz gelimi Obama'nın döneminde liberal yargıçların çoğunlukta olduğu üç kişilik kurullardan oluşan federal bölge temyiz mahkemelerinin birçoğunda artık muhafazakâr yargıçlar çoğunluktadır²⁸³. Buna göre Demokrat başkan adayını yenebilecek bir Trump her ne kadar Cumhuriyetçi Parti'nin ve Amerikan siyasetinin geleneksel değerlerine aykırı olsa da özünde yine de Cumhuriyetçiler açısından bir tercih sebebidir. Bu açıdan da anketlere ve popülaritesine göre Capitol Baskını'na rağmen Trump'ın 2024 Başkanlık Seçimleri'nde yeniden aday olması çok da uzak bir ihtimal değildir.

SONUÇ

Impeachment, federal görevlilerin kamu güvenini suiistimal ederek makamlarını kötüye kullanmalarına karşı Kongre tarafından işletilen, siyasi ve anayasal bir denge ve denetim mekanizması niteliğinde tasarlanmıştır. Bununla birlikte impeachment usulünün Amerikan başkanları için uygulaması Kongre ve Başkan arasındaki politik atmosferden ve Kongre'nin politik saiklerinden bağımsız olamamıştır. Bunun pek tabii kurumsal sebepleri vardır. Öncelikle impeachment mekanizmasının işletilmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığının takdiri tamamen Temsilciler Meclisi'ne verilmiştir. Nihayetinde politik bir birim olan Temsilciler Meclisi veya Meclis ekseriyetinin bilhassa Amerikan başkanını suçlandırırken bunun politik sonuçlarını düşünerek hareket etmemesi beklenemez. Çalışmada incelediğimiz Andrew Johnson, Richard Nixon, Bill Clinton ve Donald Trump örneklerinin hepsinde daha hafif veya daha yoğun olsun Kongre'nin politik saiklerle hareket ettiğini söyleyebiliriz. Nitekim günümüze dek hiçbir Amerikan Başkanı, ekseriyetini kendi partisine mensup üyelerin oluşturduğu Temsilciler Meclisi tarafından suçlandırılmamıştır. Bu açıdan da impeachment sürecinde Kongre'de söz konusu olan politik saik, sadece suçlandırmayı yapan Temsilciler Meclisi üyeleri değil suçlandırılan Başkanın partisine mensup Temsilciler Meclisi üyeleri açısından da söz konusudur. Aynı husus senatörler açısından da söz konusudur. Nitekim Senato yargılaması

²⁸³ John Gramlich, "How Trump compares with other recent presidents in appointing federal judges", *Pew Research Center*, 13 January 2021, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/01/13/how-trump-compares-with-other-recent-presidents-in-appointing-federal-judges/>, (20.09.2021).

sonucunda yapılan oylamada Demokrat ve Cumhuriyetçi senatörlerin hemen hemen blok halde farklı taraflarda yer almasının sebebi budur. Capitol Baskını gibi Amerikan siyasi tarihi için çok edici olan bir olayda dahi sadece yedi Cumhuriyetçi senatör Başkanın mahkûm edilmesi yönünde oy kullanmıştır.

Impeachment usulünün Amerikan Başkanları açısından incelediğimiz tüm örnekleri kendine münhasır unsurlar barındırmaktadır. Şöyle ki Andrew Johnson ve Donald Trump suçlandırmaları deyim yerindeyse Kongre'nin en azından bir kanadının ekseriyeti ile başkanın siyasi olarak husumet içerisinde oldukları dönemlerde yapılmıştır. Bununla birlikte mahkûm olmaktan bir oyla kurtulan Johnson'ın vaka-sında ortada Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin kuvvetli şüpheler bulunan bir kanun ve yeniden yapılanma dönemi politikalarında derin görüş ayrılıkları söz konusu iken Trump örneğinde ise Başkanın bir yabancı ülke cumhurbaşkanından siyasi rakibi hakkında bilgi istemesi ve ısrarla seçimde hile yapıldığını iddia ederek taraftarlarını Kongre Binası'na doğru yürümelerini teşvik etmesi vardır. Yine Nixon örneğinde bir Amerikan başkanının ülkedeki en büyük iki siyasi partiden birisinin binasına girilmesi olayıyla ilgili resmî olmayan kanaldan gerçek dışı beyanda bulunması söz konusu iken Clinton örneğinde ise başkanın kendi özel hayatıyla ilgili resmî bir mecrada gerçek dışı beyanda bulunması söz konusudur.

Başkanlık hükümet sisteminde federal görevlilerinin görevden alınması mekanizması olan impeachment, ceza muhakemesi unsurlarını barındıran siyasi niteliği haiz anayasal bir soruşturma usulüdür. Konuya Amerikan başkanı açısından bakacak olursak, başkan her ne kadar politik yasama organı Kongre bünyesinde görevinden alınsa da bu işlem parlamenter hükümet sistemindeki gibi kötü yönetim veya hükümetin politikalarının benimsenmemesi sebebiyle olamaz. Kongre, politikalarını benimsememesi sebebiyle Başkanı görevden almak istese dahi Andrew Johnson örneğinde olduğu gibi Başkanın en azından bir eyleminin Temsilciler Meclisi tarafından ağır suç ve kabahat kapsamında değerlendirmesi gereklidir. Nihayetinde suçlandırma için mutlak inisiyatifin Temsilciler Meclisi'nde olması, impeachment mekanizmasının uygulamada başkana karşı politik bir silah olarak kullanılmasına yol açmıştır. Bu açıdan bölünmüş ve yarı-bölünmüş yönetim dönemlerinin impeachment usulünün işlevliliği açısından belirleyici bir etkisi vardır. Şöyle ki Amerikan siyasi tarihinde başkanlar açısından tüm suçlandırmalar veya suçlandırma girişimleri Başkan ile Temsilciler Meclisi ekseriyetinin farklı partilerde olduğu bölünmüş veya yarı-bölünmüş yönetim dönemlerinde söz konusu olmuştur. Bu açıdan da impeachment bir nevi Demokrat Parti ile Cumhuriyetçi Parti'nin dönemsel olarak birbirlerine karşı ellerinde tuttuğu bir politik silah hüviyetine bürünmüştür.

Her ne kadar politik ajandalar göz ardı edilmeksizin işletilmemiş olsa da impeachment mekanizması, Amerikan anayasal düzeninin önemli denetleme ve denge mekanizmalarından birisidir. Bir kere Anayasa'nın Temsilciler Meclisi, Senato ve Başkanlık seçimleri için belirlediği seçim sistemi ve döngüsü karşısında Amerikan siyaseti sık sık bölünmüş veya yarı-bölünmüş yönetimlere ev sahipliği yapmaktadır. Yine Temsilciler Meclisi'nin her iki yılda bir tamamen yeniden seçilmesi, Senato'nun ise iki yılda bir üçte birinin yenilenmesi karşısında hiçbir parti Kongre'nin kanatlarında üçte iki gibi nitelikli çoğunlukları elde edememektedir. Yine söz konusu seçim döngüsü içinde başkanın dört, temsilcilerin iki ve senatörlerin altı yıllık bir süre için seçilmesi de Amerikan siyasetinde bölünmüş yönetimin azımsanmayacak ölçüde görülmesinin başlıca nedenlerindedir²⁸⁴. Bu husus impeachment usulü açısından önemlidir. Zira Kurucuların belirlediği Kongre ve Başkanlık seçim sistemleri ve döngüsü içerisinde impeachment, başkanın etkin olarak soruşturulup denetlenebildiği ancak görevden alınmasının ise çok istisnai olduğu bir mekanizma hüviyetine bürünmektedir. Başka bir ifadeyle, Amerikan Kongre ve Başkanlık seçim sistemleri ve suçlandırma ile mahkûm edilip görevden alınma için öngörülen nisaplar karşısında bir başkanın suçlandırılması uzak bir ihtimal değildir. Suçlandırılan bir başkanın mahkûm edilip görevden alınması için kendi partisi içinde de meşruiyetini ve desteğini yitirmiş olması gerekir. Richard Nixon'ı suçlandırılmadan istifaya zorlayan etken de bu olmuştur. Başka bir ifadeyle, Amerikan siyasi düzeninde kendi partisinin desteğine rağmen başkana karşı suçlandırma soruşturması açılabilir. Ancak kendi partisinin desteğini önemli ölçüde kaybetmeden başkanın görevden alınması mümkün değildir.

Son dönem Amerikan siyaseti o kadar kutuplaşmış durumdadır ki esasen istisnai bir usul olarak öngörülen impeachment mekanizmasına gelecekte çok daha sık başvurulması uzak bir ihtimal değildir. Nitekim bilhassa Trump'ın başkanlığı süresince iyice partizanlaşan günümüz Amerikan siyasi düzeninde, bölünmüş veya yarı-bölünmüş yönetim dönemlerinin görülmesi durumunda başkanın suçlandırılmasının da kaçınılmaz olacağını söyleyebiliriz. Nitekim şok edici

²⁸⁴ Bu konu için bkz. Ware, "Divided Government in the United States", s. 23 vd; Ömer Anayurt-Murat Erdoğan-Ahmet Ekinci, "Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerinde Etkisi", *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 195-197; Türker Ertaş, "Turkey's New System of Government: Some Observations and Considerations in Comparative-Legal Perspective", *Przeгляд Prawa Konstytucyjnego*, Vol. 41, No. 1, January 2018, s. 20-21, <https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/ppk/41/ppk4101.pdf>, (12.03.2022).

Capitol Baskını ile Amerikan siyasetinin yeniden gündemine oturan impeachmentın günümüz partizan ve disiplinli Kongre yapısı içerisinde gelecekte parlamenter sistemdeki güvenoyu mekanizması mahiyetinde işletilme riski vardır. Bununla birlikte bu husus, impeachmentın teknik olarak yönetimin etkinliğine hanel getirmeden başkan ve başkan yardımcısı başta olmak üzere federal görevlilerinin etkin bir şekilde soruşturularak denetlendiği anayasal bir mekanizma olduğu gerçeğini de değiştirmez. Özetle sınırlı yönetimin gerekleri ile denetler ve dengeler sisteminin esasları açısından, impeachment usulünün varlığından ziyade uygulamasının anayasal ve politik düzlemde tartışılması kanımızca doğru olacaktır.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar

- ANAYURT, Ömer - ERDOĞAN, Murat - EKİNCİ, Ahmet, "Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerinde Etkisi", **Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BLACK Jr., Charles L. - BOBBITT Philip, **Impeachment: A Handbook**, Yale University Press, New Haven & London, 2018.
- BROWN, H. Lowell, **High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment**, Palgrave MacMillan, New York, 2010.
- BOBBITT Philip, **Constitutional Fate: Theory of the Constitution**, Oxford University Press, New York & Oxford, 1982.
- DICKOVICK, J. Tyler - EASTWOOD, Jonathan, **Comparative Politics: Integrating Theories, Methods and Cases**, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- ELGIE, Robert, "What is Divided Government?", **Divided Government in Comparative Perspective**, Ed. Robert Elgie, Oxford University Press, New York, 2001.
- EREN, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar - Türk Anayasa Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- FARRAND, Max, **The Records of the Federal Convention**, Vol. II, Yale University Press, New Heaven, 1911.
- FISHER, Louis - HARRIGER, Katy J., **American Constitutional Law**, 11th Edition, Carolina Academic Press, Durham/North Carolina, 2016.
- FRANKLIN, Daniel P. - CARESS, Stanley M. - SANDERS, Robert M. - TARATOOT, Cole D., **The Politics of Presidential Impeachment**, State of New York University Press, Albany, 2020.
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I**, 2. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- HERINGA, Aalt Willem, **Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law**, 6th Edition, Eleven, Den Haag, 2021.
- HIRSCH, Alan, **Impeaching the President: Past, Present, and Future**, City Lights Books, San Francisco, 2018.
- HORST Patrick, "The Politics of Removal: The Impeachment of a President", **Mobilization, Representation, and Responsiveness in the American Democracy**, Ed. Michael T. Oswald, Palgrave Macmillan, Cham, 2020.
- METİN, Yüksel, **Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri ile Latin Amerika Ülkelerinin Mukayesesi**, Hukuk Yayınları, Ankara, 2017.

- WARE, Alan, "Divided Government in the United States", *Divided Government in Comparative Perspective*, Ed. Robert Elgie, Oxford University Press, New York, 2001.
- VILE, John R., *A Companion to the United States Constitution and Its Amendments*, 5th Edition, Praeger, Santa Barbara/Denver/Oxford, 2010.

II. Bilimsel Makaleler

- BENEDICT, Michael Les, "A New Look at the Impeachment of Andrew Johnson", *Political Science Quarterly* Vol. 88, No. 3, September 1973, s. 349-367 <https://www.jstor.org/stable/pdf/2148988.pdf>, (21.07.2021).
- BOBBITT, Philip, "Why the Senate Shouldn't Hold a Late Impeachment Trial", *LawFare*, 27 January 2021, <https://www.lawfareblog.com/why-senate-shouldnt-hold-late-impeachment-trial>, (20.09.2021).
- CALMES, Jackie, "Donald Trump: Campaigns and Elections", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/trump/campaigns-and-elections>, (16.09.2021).
- CALMES, Jackie, "Donald Trump: Domestic Affairs", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/trump/domestic-affairs>, (16.09.2021).
- CARCIERI, Martin D., "Bush v. Gore and Equal Protection", *South Carolina Law Review*, Vol. 53, Iss. 1, Fall 2001, s. 63-82, <https://core.ac.uk/download/pdf/347466017.pdf>, (05.09.2021).
- COHN, Marjorie, "The Politics of the Clinton Impeachment and the Death of the Independent Counsel Statute: Toward Depoliticization", Vol. 102, Iss. 1, September 1999, *West Virginia Law Review*, s. 59-80, <https://core.ac.uk/download/pdf/230402184.pdf>, (26.08.2021).
- COLE, Jared P. - GARVEY, Todd, "Impeachment and the Constitution", *Congressional Research Service*, CRS Report, 20 November 2019, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46013>, (01.03.2022).
- COLE, Jared P. - GARVEY, Todd, "Impeachment and Removal", *Congressional Research Service*, CRS Report, 29 October 2015, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.crs/crsmthaafvc0001&collection=presidents&id=1&startid=&endid=26>, (17.04.2021).
- ERTAŞ, Türker, "Amerikan Siyasi Düzeninde Federal Görevlilerin Impeachment Usulü ile Suçlandırılması: Kavramsal ve Anayasal Bir İnceleme", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 47, Aralık 2021, s. 625-649.
- ERTAŞ, Türker, "Turkey's New System of Government: Some Observations and Considerations in Comparative-Legal Perspective", *Przeгляд Prawa Konstytucyjnego*, Vol. 41, No. 1, January 2018, s. 11-33, <https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/ppk/41/ppk4101.pdf>, (12.03.2022).

- GRIFFIN, Stephen M., "Presidential Impeachment in Tribal Times: The Historical Logic of Informal Constitutional Change", *Connecticut Law Review*, Vol. 51, No. 2, April 2019, s. 413-449, <https://core.ac.uk/download/pdf/327018419.pdf>, (25.03.2021).
- HAMILTON, Alexander, "The Federalist Papers: No. 65 (The Powers of the Senate Continued)", The *New York Packet*, 1788, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed65.asp, (27.03.2021).
- HUGHES Ken, "Richard Nixon: Foreign Affairs", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/nixon/foreign-affairs>, (27.07.2021).
- LEWIS, H. H. Walker, "The Impeachment of Andrew Johnson: A Political Tragedy", *American Bar Association Journal*, Vol. 40, No. 1, January 1954, s. 15-18 / 80-87, <https://www.jstor.org/stable/pdf/25718666.pdf?refreqid=excelsior%3A5105abb01262664f7be05864c4764efe>, (21.07.2021).
- LIEBERMAN, Robert C. - METTLER, Suzanne - PEPINSKY, Thomas P. - ROBERTS, Kenneth M. - VALELLY, Richard, "The Trump Presidency and American Democracy: A Historical and Comparative Analysis", *Perspectives on Politics*, Vol. 17, Iss. 2, June 2019, s. 470 - 479, <https://www.cambridge.org/core/journals/perspectives-on-politics/article/trump-presidency-and-american-democracy-a-historical-and-comparative-analysis/E157E9BBA8D3E531A7DD4FD1A01E0478>, (17.09.2021).
- MOTOS, Jennifer, "Failing to Score: Clinton v. Jones and Claims of Presidential Immunity", *Mercer Law Review*, Vol. 49, No. 2, 1998, s. 583 - 594, https://digitalcommons.law.mercer.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1857&context=jour_mlr, (21.09.2021).
- RILEY, Russell L., "Bill Clinton: Campaigns and Elections", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/president/clinton/campaigns-and-elections>, (07.08.2021).
- RYBICKI, Elizabeth, "Voting and Quorum Procedures in the House of Representatives", *Congressional Research Service*, CRS Report, 26 March 2020, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/98-988>, (02.03.2022).
- RYBICKI, Elizabeth, "Voting and Quorum Procedures in the Senate", *Congressional Research Service*, CRS Report, 19 August 2013, <https://www.senate.gov/CRSPubs/577d2a5e-2b47-4045-95fa-a76398e41461.pdf>, (03.03.2022).
- RILEY, Russell, "The Clinton Impeachment and Its Fallout", *University of Virginia Miller Center*, <https://millercenter.org/the-presidency/impeachment/clinton-impeachment-and-its-fallout>, (15.08.2021).
- RUSSELL, Robert G., "Prelude to the Presidency: The Election of Andrew Johnson to the Senate", *Tennessee Historical Quarterly*, Vol. 26, No. 2, Summer 1967, s. 148-176, <https://www.jstor.org/stable/pdf/42622935.pdf?refreqid=excelsior%3Af09cb1732ecc0ced08b87db9808b6f2d>, (14.07.2021).

SHUGERMAN, Jed Handelsman, "Impeach an Ex-President? The Founders Were Clear: That's How They Wanted It", *Politico*, 11 February 2021, <https://www.politico.com/news/magazine/2021/02/11/donald-trump-impeachment-ex-president-founders-468769>, (20.09.2021).

TRAUTMAN, Lawrence J., "Impeachment, Donald Trump and the Attempted Extortion of Ukraine", *Pace Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2020, s. 141-224, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3518082, (09.03.2022).

III. Makaleler

ALFONSO III, Fernando - ROCHA, Veronica - HAYES, Mike - WILLS, Amanda "President Trump has been impeached", *CNN Politics*, 19 December 2019, <https://edition.cnn.com/politics/live-news/impeachment-inquiry-12-18-2019/index.html>, (19.09.2021).

BISKUPIC, Joan, "How the last chief justice handled an impeachment trial of the President of the United States", *CNN Politics*, 1 December 2019, <https://edition.cnn.com/2019/09/29/politics/william-rehnquist-impeachment-trial-senate/index.html>, (23.08.2021).

BOLTON, Alexander - CARNEY, Jordain, "Leahy, not Roberts, to preside over impeachment trial", *The Hill*, 25 January 2021, <https://thehill.com/homenews/senate/535700-leahy-roberts-to-preside-over-impeachment-trial>, (20.09.2021).

BRODER, David S. - BALZ, Dan, "Scandal's Damage Wide, if Not Deep", *The Washington Post*, 11 February 1999, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/clinton/stories/impact021199.htm>, (30.08.2021).

DURKEE, Alison, "More than Half of Republicans Believe Voter Fraud Claims and Most Still Support Trump, Poll Finds", *Forbes*, 5 April 2021, <https://www.forbes.com/sites/alisondurkee/2021/04/05/more-than-half-of-republicans-believe-voter-fraud-claims-and-most-still-support-trump-poll-finds/?sh=6cd5337c1b3f>, (20.09.2021).

EGELKO, Bob, "Republican says with Trump 'impeachment needs to be on the table'", *San Francisco Chronicle*, 16 January 2017, <https://www.sfchronicle.com/nation/article/Republican-says-with-Trump-impeachment-needs-10861130.php>, (17.09.2021).

GLASS, Andrew, "Bill Clinton Testifies Before Grand Jury", *Politico*, 17 August 1998, <https://www.politico.com/story/2016/08/this-day-in-politics-aug-17-1998-226998>, (09.09.2016).

GRAMLICH, John, "How Trump compares with other recent presidents in appointing federal judges", *Pew Research Center*, 13 January 2021, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/01/13/how-trump-compares-with-other-recent-presidents-in-appointing-federal-judges/>, (20.09.2021).

- HALTIWANGER, John, "Trump's biggest accomplishments and failures as president as he heads into a reelection year after impeachment", *Business Insider*, 1 January 2020, <https://www.businessinsider.nl/trump-biggest-accomplishments-and-failures-heading-into-2020-2019-12?international=true&r=US>, (16.09.2021).
- INGLIS, Jeff. "Impeaching a former president - 4 essential reads", *The Conversation*, 5 February 2021, <https://theconversation.com/impeaching-a-former-president-4-essential-reads-153821>, (20.09.2021).
- KAPUR, Sahil, "Most Senate Republicans declare Trump's trial unconstitutional. Here's what that means for conviction", *NBC News*, 27 January 2021, <https://www.nbcnews.com/politics/congress/most-republicans-declare-trump-s-trial-unconstitutional-here-s-what-n1255704>, (20.09.2021).
- KIEFER, Francine, "Impeachment's Big Impact? The 2000 Election", *The Christian Science Monitor*, 17 December 1999, <https://www.csmonitor.com/1999/12/17/p3s1.html>, (30.08.2021).
- KILPATRICK, Carroll, "Nixon Resigns", *The Washington Post*, 9 August 1974, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/080974-3.htm>, (03.08.2021).
- LAVINE, Sam - GAMBINO, Lauren, "Donald Trump acquitted in second impeachment trial", *The Guardian*, 14 February 2021, <https://www.theguardian.com/us-news/2021/feb/13/donald-trump-acquitted-impeachment-trial>, (20.09.2021).
- LEIB, Howard, "Archibald Cox", *The First Amendment Encyclopedia*, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1393/archibald-cox>, (28.07.2021).
- LODGE, Henry Cabot, "Senators of the United States: A chronological list of senators since the First Congress in 1789", *United State Senate*, <https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/chronlist.pdf>, (21.07.2021).
- LYONS, Richard - CHAPMAN, William, "Judiciary Committee Approves Article to Impeach President Nixon, 27 to 11: 6 Republicans Join Democrats to Pass Obstruction Charge", *The Washington Post*, 28 July 1974, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/072874-1.htm>, (03.08.2021).
- MANGAN, Dan - BREUNINGER, Kevin, "Trump says he sides with Jan. 6 riot defendants, as police brace for new Capitol rally", *CNBC*, 16 September 2021, <https://www.cnn.com/2021/09/16/trump-supports-jan-6-riot-defendants-police-brace-for-capitol-rally.html>, (20.09.2021).
- McCARTHY, Tom - GREVE, Joan E., "Donald Trump impeached by House of Representatives in historic vote", *The Guardian*, 19 December 2019, <https://www.theguardian.com/us-news/2019/dec/18/trump-impeachment-house-vote-nancy-pelosi-latest>, (19.09.2021).

PETRAS, George - LOEHRKE, Janet, PADILLA, Ramon, ZARRACINA, Javier - BORRESEN, Jennifer “Timeline: How the storming of the U.S. Capitol unfolded on Jan. 6”, **USA Today**, 7 January 2021, <https://eu.usatoday.com/in-depth/news/2021/01/06/dc-protests-capitol-riot-trump-supporters-electoral-college-stolen-election/6568305002/>, (19.09.2021).

RESTUCCIA, Andrew - EVERETT, Burgess - CAYGLE, Heather “Longest shutdown in history ends after Trump relents on Wall”, **Politico**, 25 January 2019, <https://www.politico.com/story/2019/01/25/trump-shutdown-announcement-1125529>, (16.09.2021).

RIPLEY, Anthony, “Archibald Cox Appointed Prosecutor for Watergate”, **The New York Times**, 19 May 1973, <https://www.nytimes.com/1973/05/19/archives/archibald-cox-appointed-prosecutor-for-watergate-richardson.html>, (04.08.2021).

SEGERS, Grace, “Trump’s impeachment legal team includes familiar faces from Clinton’s trial”, **CBS News**, 18 January 2020, <https://www.cbsnews.com/news/trump-impeachment-legal-team-includes-familiar-faces-from-clinton-trial-2020-01-18/>, (19.09.2021).

SIEGEL, Benjamin - FAULDERS, Katherine - PECORIN, Allison, “House Judiciary Committee passes articles of impeachment against President Trump”, **ABC News**, 13 December 2019, <https://abcnews.go.com/Politics/house-judiciary-committee-set-vote-trump-impeachment-articles/story?id=67706093>, (18.09.2021).

WOFFORD, Benjamin, “The Impeachment Loophole No One’s Talking About: Trump’s impeachment doesn’t require 20 Republicans, says Laurence Tribe. It could happen with zero”, **Washingtonian**, 10 October 2019, <https://www.washingtonian.com/2019/10/10/the-impeachment-loophole-no-ones-talking-about/>, (12.05.2021).

WOLFE, Jan, “Explainer: With no self-pardon in hand, private citizen Trump faces uncertain legal future”, **Reuters**, 21 January 2021, <https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-pardons-legal-explainer-idUSKBN29Q1BP>, (20.09.2021).

ZURCHER, Anthony, “Liz Cheney: Republican ousted from leadership for challenging Trump election claims” **BBC News**, 13 May 2020, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-57090202>, (20.09.2021).

ZURCHER, Anthony, “Trump impeachment trial: What acquittal means for 2020 election”, **BBC News**, 5 February 2020, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-51331363>, (19.09.2021).

IV. İnternet Kaynakları

“1972 Electoral College Results” National Archives, <https://www.archives.gov/electoral-college/1972>, (27.07.2021).

- “1976 Electoral College Results”, National Archives, <https://www.archives.gov/electoral-college/1976>, (06.08.2021).
- “2016 Presidential Election”, 270 to Win, https://www.270towin.com/2016_Election/, (16.09.2021).
- “2020 Presidential Election”, 270toWin, https://www.270towin.com/2020_Election, (19.09.2021).
- “28 U.S. Code § 1365 - Senate Actions” Cornell Law School - Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1365>, (07.03.2021).
- “40th Congress (1867-1869)”, Congress Profiles - United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/40th/>, (14.07.2021).
- “A Sitting President’s Amenability to Indictment and Criminal Prosecution”, United States Department of Justice, 16 October 2000, https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/2000/10/31/op-olc-v024-p0222_0.pdf, (20.09.2021).
- “About Impeachment”, The United States Senate, <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/impeachment.htm>, (16.05.2021).
- “Biography: Clinton, Hillary Rodham”, United States House of Representatives, <https://history.house.gov/People/detail/11751>, (01.09.2021).
- “Bill Clinton: Key Events”, University of Virginia Miller Center’, <https://millercenter.org/president/bill-clinton/key-events>, (09.08.2021).
- “Brief History of the Case, The Impeachment of Andrew Johnson (1868) President of the United States”, United States Senate, https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Johnson.htm#3, (14.07.2021).
- “Congress Overrides Johnson’s Veto and Passes the Tenure of Office Act”, Richmond University History Engine, <https://historyengine.richmond.edu/episodes/view/6604>, (23.07.2021).
- “Dixon, James”, Senators of the United States: A chronological list of senators since the First Congress in 1789, <https://bioguide.congress.gov/search/bio/D000369>, (21.07.2021).
- “Doolittle, James Rood”, Senators of the United States: A chronological list of senators since the First Congress in 1789, <https://bioguide.congress.gov/search/bio/D000428>, (21.07.2021).
- “Electoral College Fast Facts”, United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Institution/Electoral-College/Electoral-College/>, (16.09.2021).
- “Federal Elections 2000: Election Results for the U.S. President, the U.S. Senate and the U.S. House of Representatives”, Federal Election Commission, June 2000, <https://www.fec.gov/resources/cms-content/documents/federaelections00.pdf>, (03.09.2021).

- “Freedmen’s Bureau Acts of 1865 and 1866”, United States Senate, <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/FreedmensBureau.htm>, (14.07.2021).
- “Gerald R. Ford Timeline”, Gerald Ford Presidential Foundation, <https://geraldrfordfoundation.org/gerald-r-ford-timeline/>, (04.08.2021).
- “H.Res.611 - Impeaching William Jefferson Clinton, President of the United States, for high crimes and misdemeanors”, U.S. Congress, <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-resolution/611>, (20.08.2021).
- “Impeachable Offenses: Effort to Impeach Richard Nixon”, Constitution Annotated - United States Congress, https://constitution.congress.gov/browse/essay/artII-S4-2-3-5/ALDE_00000695/#essay-4, (28.07.2021).
- “Impeached but Not Removed, March to May 1868”, History, Art & Archives - United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Exhibitions-and-Publications/Johnson-Impeachment/Impeached-but-Not-Removed/>, (21.07.2021).
- “Impeaching William Jefferson Clinton, President of the United States, for high crimes and misdemeanors”, U.S. Congress, <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-resolution/611/all-actions?overview=closed&q=%7B%22roll-call-vote%22%3A%22all%22%7D>, (21.08.2021).
- “Impeachment (UK Parliament, 2015)”, <https://www.parliament.uk/site-information/foi/foi-and-eir/commons-foi-disclosures/other-house-matters/impeachment-2015/>, (19.05.2021).
- “Impeachment, Origins & Development: From the Constitution to the Modern House’ (United States House of Representatives”, <https://history.house.gov/Institution/Origins-Development/Impeachment/#:~:text=The%20Constitution%20gives%20the%20House,disqualified%20from%20holding%20future%20office.>, (18.05.2021).
- “Investigations & Oversight”, United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Institution/Origins-Development/Investigations-Oversight/#:~:text=The%20Constitution%20says%20nothing%20about,when%20crafting%20or%20reviewing%20legislation>, (07.03.2021).
- “Judiciary Approves Three Articles of Impeachment”, CNN All Politics, 11 December 1998, <https://edition.cnn.com/ALLPOLITICS/stories/1998/12/11/impeachment.01/>, (20.08.2021).
- “Landmark Legislation: The Seventeenth Amendment to the Constitution”, United States Senate, <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/SeventeenthAmendment.htm>, (14.07.2021).

- “List of Individuals Impeached by the House of Representatives, U.S. House of Representatives, <https://history.house.gov/Institution/Impeachment/Impeachment-List/>, (23.04.2021).
- “May 1649: An Act Declaring and Constituting the People of England to be a Commonwealth and Free-State” British History Online, <https://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum/p122>, (19.05.2021).
- “Norton, Daniel Sheldon”, Senators of the United States: A chronological list of senators since the First Congress in 1789, <https://bioguide.congress.gov/search/bio/N000145>, (21.07.2021).
- “Party Division” United States Senate, <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>, (14.07.2021).
- “Party Divisions of the House of Representatives, 1789 to Present”, United States House of Representatives, <https://history.house.gov/Institution/Party-Divisions/Party-Divisions/>, (14.07.2021).
- “Patterson, David Trotter”, Biographical Directory of the United States Congress, <https://bioguide.congress.gov/search/bio/P000110>, (21.07.2021).
- “President Nixon, Richard Nixon Presidential Library and Museum - National Archives, <https://www.nixonlibrary.gov/president-nixon>, (27.07.2021).
- “Referral from Independent Counsel Kenneth W. Starr in Conformity with the Requirements of Title 28’, United States Code, Section 595(C)”, Communication from Kenneth W. Starr, Independent Counsel, Authenticated U.S. Government Information, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CDOC-105hdoc310/pdf/CDOC-105hdoc310.pdf>, (20.08.2021).
- “Resolution: Impeaching Donald John Trump, President of the United States, for high crimes and misdemeanors: H. Res. 24”, Authenticated U.S. Government Information, <https://www.congress.gov/117/bills/hres24/BILLS-117hres24rds.pdf>, (20.09.2021).
- “Reuniting the Union: A Chronology”, Digital History, https://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtID=2&psid=3096, (14.07.2021).
- “Richard M. Nixon”, The White House, <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/richard-m-nixon/>, (27.07.2021).
- “Saturday Night Massacre”, Political Dictionary, <https://politicaldictionary.com/words/saturday-night-massacre/>, (28.07.2021).
- “Timeline: The long road to Trump’s impeachment and trial”, Reuters, 5 February 2020, <https://www.reuters.com/article/uk-usa-trump-impeachment-timeline-idUKKBN1ZZ2EM>, (18.09.2021).
- “Trump impeachment: The short, medium and long story”, BBC News, 5 February 2020 <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-49800181>, (18.09.2021).

“U.S. Constitution”, Cornell Law School Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/constitution/index.html>, (22.07.2021).

“Votes: The Impeachment of Andrew Johnson (1868) President of the United States”, United States Senate, https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Johnson.htm#3, (14.07.2021).

“William J. Clinton - Federal Impeachment”, Library of Congress, <https://guides.loc.gov/federal-impeachment/bill-clinton>, (15.08.2021).

V. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000), (JUSTIA), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/#tab-opinion-1960861>, Erişim Tarihi: 05.09.2021.

Clinton v. City of New York, 524 U.S. 417 (1998), (JUSTIA), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/417/#tab-opinion-1960375>, Erişim Tarihi: 09.08.2021.

Clinton v. Jones, 520 U.S. 681, 705-706 (1997), (JUSTIA), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/520/681/#tab-opinion-1960129>, Erişim Tarihi: 15.08.2021.

Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988), (JUSTIA), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/#tab-opinion-1957637>, Erişim Tarihi: 15.08.2021.

Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926), (JUSTIA), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/#tab-opinion-1931571>, Erişim Tarihi: 22.07.2021.

Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731 (1982), (JUSTIA), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/731/#tab-opinion-1954625>, Erişim Tarihi: 20.09.2021.

United States v. Nixon, 418 US 706-716 (1974), (JUSTIA), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/#tab-opinion-1950929>, Erişim Tarihi: 27.07.2021.

VII. Suçlandırma Maddeleri

“Articles of Impeachment, The Impeachment of Andrew Johnson (1868) President of the United States”, (United States Senate) https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Johnson.htm#7, (20.07.2021).

“Articles of Impeachment and Judiciary Committee Roll Call Votes: Clinton Accused” The Washington Post, 19 December 1998, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/clinton/stories/impeachvote121198.htm>, (21.08.2021).

“Articles of Impeachment”, Watergate: The Scandal that Brought Down Richard Nixon, <https://watergate.info/impeachment/articles-of-impeachment>, (02.08.2021).

“Articles of Impeachment Against Donald John Trump”, House Resolution 755, One Hundred Sixteenth Congress, First Session, 18 December 2019, <https://www.congress.gov/116/bills/hres755/BILLS-116hres755enr.pdf>, (19.09.2021).

TÜRKİYE'NİN “ANAYASAL ZORLAMA” İLE SINANMASI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi İsmail YÜKSEL^(**)

Öz

Siyasi aktörlerin, üzerinde uzlaşmış olan teamülleri ya da anayasa yorumlarını tartışmaya açan ve tartışmanın karşı tarafınca teamül ya da anayasayı ihlal ettiği savunulan davranışlar Amerika Birleşik Devletleri'nde “anayasal zorlama” olarak adlandırılmaktadır. Başkanlık sistemi ve çerçeve anayasa ABD'de anayasal zorlama alanlarını arttırmaktadır. Türkiye'de de zaman zaman ortaya “anayasal zorlama” siyaseti çatışmacı bir üsluba taşımaktadır. 2007 Cumhurbaşkanlığı seçimleri sırasında Anayasa'nın 96. maddesine muhalefetçe getirilen yorum ile seçim sürecinin tıkanması ve 2015 yılında yapılan milletvekili genel seçimlerinden sonra hükümetin kurulmayarak seçimlerin yenilenmesi kararı, “anayasal zorlama” örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki örnekte de 2017 öncesi 1982 Anayasası'nın temel ilkelerinden birisi olduğu kabul edilen rasyonelleştirilmiş parlamentarizm ile çelişen yorumlar kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Anayasal Zorlama, Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm, Anayasal Teamül, Yorum, Erkler Arası Çatışma.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.02.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 14.04.2022.

Atıf Şekli: İsmail Yüksel, “Türkiye'nin “Anayasal Zorlama” ile Sınanması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 91-115.

(**) Antalya Bilim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: yuksel.ism@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8740-3520>.

SHOWDOWN OF TURKEY WITH “CONSTITUTIONAL HARDBALL”

Abstract

Political claims and practices that are in tension with constitutional conventions and constitutional interpretations which are not previously challenged, and often conceived as in direct breach of the convention or the constitution by the other parties are named as “constitutional hardball” in the USA. Presidential system and the framework constitution exacerbates the problem by creating more opportunities for constitutional hardball. Constitutional hardball moves the political discourse to an adversarial tone. Interpretation of the pre-2008 article 96 of the 1982 Constitution by the opposition in way that created a deadlock on election process of the President and the early elections called by the executive without even a vote of no confidence are two examples of constitutional hardball in Turkey. In both examples interpretations that are in tension with the presumption that 1982 Constitution created a rationalized parliamentary system before 2017 amendments had been used.

Keywords

Constitutional Hardball, Rationalized Parliamentarism, Constitutional Conventions, Interpretation, Inter-Branch Conflict.

GİRİŞ

Tushnet, 2004 yılında yayınladığı makalesinde yasama ve yürütme organlarının, anayasal sistemin temel kabulleri olması nedeniyle kriz zamanları haricinde tartışılmayan anayasal teamüllere aykırı ancak anayasal kuralların açıkça yasaklamadığı girişimlerini anayasal zorlama olarak adlandırmıştır.¹ Tushnet bu davranışı anlatmak için bir beysbol terimi olan “*hardball*” kelimesini kullanmıştır. Merriam-Webster çevrimiçi sözlüğe göre *hardball*; bir sonuca ulaşmak için hiddetli ve uzlaşmaz yöntemler kullanmak anlamına gelmektedir.² Şirin, Tushnet’in ortaya attığı “*constitutional hardball*” terimini “*anayasal zorlama*” olarak çevirmiştir.³ “*Zorlama*” kelimesi bir çeviri olarak olmasa da 2007 Cumhurbaşkanlığı seçimleri bağlamında Eroğul tarafından da kullanılmıştır.⁴ Biz de oldukça yerinde bulduğumuz bu terimi kullanmayı tercih ediyoruz. Anayasal zorlama, tarafların ölüm kalım meselesi olarak algıladıkları durumlarda,⁵ anayasal teamüllerin ihlal edilmesiyle ya da yerleşmiş anayasa yorumlarının alışılmadık derecede saldırgan biçimde, kamuoyunda tartışılmadan terkedilmesiyle ortaya çıkar.⁶ Bu yöntem karşı tarafta anayasal kurum ve kuralların bir siyasi partinin çıkarı için kullanıldığı hissi yaratır.⁷ Siyasetçiler anayasal zorlamayı tercih ettikleri konularda alacakları sonucun öngörebildikleri gelecekte hükümetin kontrolünü sürekli ve tam olarak kazanana geçireceğine inanırlar.⁸ Bir siyasi partinin yıllar içinde bir iki defa anayasal zorlamada bulunması göz ardı edilebilecek bir ge-

¹ Mark Tushnet, “Constitutional Hardball”, *The John Marshall Law Review*, 2004, C. 37.S. 2, s. 523. Shugart ve Carey ise yürütme organının işlemlerini inceledikleri eserlerinde yürütmenin ve özellikle de devlet başkanının kendisine olağan üstü haller için tanınan düzenleme yetkisini başka amaçlar için kullandığı veya anayasa tarafından açıkça tanınmayan bir girişimde bulunduğu durumları “*paraconstitutional*” olarak nitelemektedirler. Anayasaya aykırılığı konusunda yazarların bir belirleme yapmaktan kaçındıkları bu durumlarda yürütme ve yargı yapılan işlemi en azından yöntem açısından anayasaya uygunluğunu şüpheli bulmaktadır. Yürütmenin anayasa tarafından çizilmiş olan düzenleme yapma yetkisinin sınırları üzerine çıkacak tartışmaların ise uç örneklerde demokratik sistemi krize sokabileceğini iddia etmektedirler. John CAREY- Matthew SHUGART “Calling Out the Tank sor Filling Out the Forms?”, *Executive Decree Authority*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, s. 14.

² <https://www.merriam-webster.com/dictionary/hardball>, (07.03.2021).

³ Tolga Şirin, “Türkiye’de Anayasal Çürüme ve Yeni Dördüncü Erk Teorisi: ‘Çürümüş Bir Şey Var Danimarka Krallığında’”, 2021, s. 3, <https://bit.ly/3phQj2h>, (07.03.2021).

⁴ Cem Eroğul, “2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2007, C. 63.S. 3, s. 180.

⁵ Tushnet, 2004, “Constitutional Hardball”, s. 528.

⁶ Joseph Fishkin - David E Pozen, “Asymmetric Constitutional Hardball”, *Columbia Law Review*, 2018, C. 118.S. 3, s. 923.

⁷ A.g.e., s. 925.

⁸ Tushnet, 2004, “Constitutional Hardball”, s. 531.

lişmeyken, anayasal zorlama sistematik bir hal aldığında önem kazanır; kısa süre içerisinde arka arkaya çok sayıda anayasal zorlama anayasal dönüşümün bir işareti olabilir.⁹ Sadece anayasal zorlamanın varlığına bakarak anayasal dönüşümün kötü yönde olacağına dair varsayımda bulunmak ise mümkün değildir.¹⁰

Anayasal zorlama terimi Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) doğmuştur ancak demokratik anayasal düzenin değişmesi incelenirken diğer anayasal sistemler için de kullanışlı olabilir.¹¹ ABD'de özellikle Donald Trump'ın başkanlık döneminin ardından yoğun ilgi gören bu kavram ülkemizdeki kimi tartışmalı uygulamaları da tanımlamak için kullanılabilir. Bununla beraber hangi davranışların anayasal zorlama olduğu ya da olmadığı; çoğu durumda karşılıklı bir etki-tepki sarmalı içinde yükselen bu yöntemin siyasi aktörlerce eşit kullanılıp kullanılmadığı, objektif ölçütlere dayandırılması oldukça güç bir değerlendirmeye konu olacaktır. Dahası anayasal zorlama nitelendirmesi olayların geliştiği sırada objektif olarak gerçekleştirilemeyebilir.

Çalışmamız anayasal zorlamanın iki net örneği olarak değerlendirdiğimiz; 2007 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde parlamentodaki muhalefetin ve 7 Haziran 2015 seçimlerinin ardından Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) seçimlerinin yenilenmesi sürecinde yürütme organının davranışlarını ele alacaktır. Üzerinden oldukça zaman geçmiş bu iki örneği, akıllara gelebilecek daha güncel olaylara tercih etmemizin nedeni ise etki ve sonuçları somutlaşmış olaylar olmasıdır. Her iki olayda da 1982 Anayasası'nın kurduğu sistemin rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem olduğu yönündeki genel kabul reddedilmiştir. Bu nedenle çalışmamızda önce anayasal zorlama kavramı tanıtılacak, ardından rasyonelleştirilmiş parlamentarizm kavramı ile bu kavramın 1982 Anayasası'ndaki görünümünü okuyucuya hatırlatılacak ve son bölümde de iki örnek olayın anayasal zorlama kavramına uyduğunu gösterilecektir.

I. ANAYASAL ZORLAMA KAVRAMI

Tushnet, anayasal zorlamayı tanımlarken bu olgunun olağan dönemlerde değil, anayasal sistemin dönüşüm geçirdiği dönemlerde gözlemlenebileceğini,

⁹ Mark Tushnet, "Constitutional Hardball", *Cambridge Handbook of Constitutional Theory* içinde, Cambridge University Press, 2021, Harvard Law School, Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, 21-37, Henüz basılmamış, s. 17.

¹⁰ A.g.e., s. 29.

¹¹ A.g.e., s. 2.

yasama organının anayasaya aykırı bir kanun yapmasının tek başına anayasal zorlama olarak adlandırılmayacağını söylemektedir. Bu noktada Tushnet, “*New Deal*” öncesinde yasama sürecinde Kongre lider konumdayken, sonrasında başkanın lider hale gelmesini bir anayasal dönüşüm örneği olarak sunmaktadır. Anayasal dönüşümü gerçekleştirmek isteyen aktörler bu dönüşüm sırasında anayasal teamülleri tanımayan biçimde hareket edeceklerdir.¹² Woodward-Burns ise anayasal zorlamanın sadece anayasal dönüşüm anlarında değil,¹³ yargısal atama ve oy hakkı konularında anayasayı değiştirme yönteminin aradığı nitelikli çoğunlukları aşamayan çoğunluklar tarafından sürekli ve kalıcı olarak kullanıldığını, anayasal dönüşüm anlarında ise anayasa değişikliğini sağlamak için bu yönteme başvurulduğunu savunmaktadır.¹⁴ Yazara göre anayasal zorlamayı 1867’ye kadar takip etmek mümkündür.¹⁵ Son yıllarda ABD’de özellikle Yüksek Mahkeme üye atamalarında karşılıklı anayasal zorlama ortaya çıkmıştır.¹⁶ Obama yönetiminin son yılında Yüksek Mahkeme üyeliğine atama yapmasının Senatodaki Cumhuriyetçiler tarafından engellenmesi anayasal zorlamanın klasik bir örneğini oluşturmaktadır.¹⁷

Tushnet’in yukarıda değindiğimiz teamüllerin ihlal edilmesi ve anayasal yorumların zorlanması ihtimallerinin detaylı anayasaya sahip bir ülkede ortaya çıkması kanımızca oldukça güçtür. Yazılı anayasanın kuralları çoğaldıkça ve detaylandıkça, ülkedeki maddi anayasa hukuku genişledikçe, anayasal teamüllerin var olabileceği alan daralacaktır. Bununla beraber ister anayasa ister kanun seviyesinde olsun her norm uygulanması için yoruma muhtaç olacağından, teamüller yerine anayasal bir normun yasama ve yürütme tarafından uzun süredir uygulanmakta olan yorumunun reddedilmesi Tushnet’in verdiği tanıma uygun olacaktır.

Anayasal zorlamanın özellikle parlamento hukuku alanındaki çok sayıdaki teamüle karşı kullanılması daha sık görülür.¹⁸ Woodward-Burns anayasal zorlamayı sadece kanun yapma alanında ve yasama organı tarafından kullanılan

¹² Tushnet, 2004, “Constitutional Hardball”, s. 532.

¹³ Robinson Woodward-Burns, “Hardball Republic: Constitutional Hardball During Periods of Ordinary Politics”, 2020, s. 6.

¹⁴ A.g.e., s. 7.

¹⁵ A.g.e., s. 20.

¹⁶ David E Pozen, “Hardball and/as Anti-Hardball”, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, C. 21, 2019, s. 948.

¹⁷ Fishkin - Pozen, “Asymmetric Constitutional Hardball”, s. 917.

¹⁸ A.g.e., s. 920.

bir araç olarak tanımlamaktadır.¹⁹ Kanımızca anayasal zorlama yasamada ortaya çıkabileceği gibi yürütme ve yargı tarafından da kullanılan bir yöntemdir. Woodward-Burns'ün ortaya attığı yöntemsel anayasal zorlama, Kongre'nin yazılı olmayan yöntem kurallarını esneten ve zorlayan uygulamalarını kapsamaktadır.²⁰ Kanımızca yazar bununla yasama teamüllerinden başka bir kuraldan bahsetmemekte sadece farklı bir terim kullanmaktadır.

Balkin anayasal zorlamanın tanımının yeni anayasal sorunların tartışıldığı durumları da kapsayacak şekilde genişletilebileceğini savunmaktadır.²¹ Kanımızca yerleşmiş bir anayasal ilkenin olmadığı durumlarda yapılan tartışmaların anayasal zorlama tanımına alınmaması gerekir. Bu durumda değiştirilmek istenen bir kabul, bir teamül veya yerleşik bir anayasa yorumu bulunmamaktadır; oysaki zorlama tanımı bu noktalardan en az birinin varlığını gerektirir.

Posner ve Vermeule, Tushnet ile neredeyse tamamen aynı örnekleri anayasal hesaplaşma kategorisinde incelemektedirler. Yazarlara göre anayasal hesaplaşma erkler arasında ortaya çıkan anayasal yetkilerin sınırlarına dair bir anlaşmazlık sonucunda erklerden birinin diğerinin pozisyonunu tamamen veya kısmen kabul ederek ileriye dönük bir içtihat oluşturmasıyla sonuçlanan bir çatışmadır.²² Yazarlar, "anayasal hesaplaşma" olarak adlandırdıkları bu durumlar ileriye dönük olarak oyunun kurallarını belirledikleri için bu durumların üçüncü kişilerin ve sonraki kuşakların yararına olacağını savunmaktadır.²³

Posner ve Vermeule erkler arası yetki dağılımının belirsiz olduğu durumlarda anayasal hesaplaşma ihtimali doğduğunu belirtmektedir.²⁴ Kanımızca anayasal zorlama ya da anayasal hesaplaşma kavramlarının ABD'de doğması ve geniş biçimde tartışılması bir rastlantı değildir. Modern anayasalara kıyasla oldukça kısa ve soyut olan anayasa; teamüllerin oluşup yaşamasına ve anayasal boşlukta yapılan tartışmaların artmasına neden olmaktadır. Bunlara ek olarak parlamenter sistemlerde yürütme ve yasama arasında çatışma çıkma ihtimali düşüken başkanlık sisteminde erkler arası çatışma olağandır.

¹⁹ Woodward-Burns, "Hardball Republic", s. 2.

²⁰ A.g.e., s. 8.

²¹ Jack M Balkin, "Constitutional Hardball and Constitutional Crises", *Quinnipiac Law Review*, 2008, C. 26 s. 586.

²² Eric A. Posner - Adrian Vermeule, "Constitutional Showdowns", *University of Pennsylvania Law Review*, 2007, C. 156, s. 997.

²³ A.g.e., s. 1048.

²⁴ A.g.e., s. 1002.

Shugerman, tartışmayı başka bir benzetme ve yeni bir kavram ile genişletmektedir. Tushnet'in beysboldan almış olduğu ve Türkçeye çevirirken oldukça zorlandığımız “*hardball*” ile yine aynı spora ait “*beanball*” terimlerinin arasındaki farka işaret etmektedir. Yazara göre “*hardball*” kıran kırana bir mücadele ve sertlik içeren ancak kuralların içinde kalan, saldırgan bir oyun tarzıdır. Buna karşın anayasal zorlama olumsuz olmak zorunda değildir. Anayasal sistemler değişime açıktır ve anayasal zorlama da arzulanan bir değişikliğin gerçekleştirilmesi için kullanılabilir.²⁵ “*Beanball*” ise rakibe zarar vermeyi, oyun dışı bırakmayı intikam almayı hedefler; kurallara aykırıdır, yanlıştır ve çoğu zaman kavgalara neden olur. Yazara göre anti-demokratik yöntemler “*hardball*” değil “*beanball*” olarak adlandırılmalıdır.²⁶ Shugerman'ın bu gözlemi anayasal zorlamanın tanımını daraltmak için oldukça yerindedir. Liberal demokratik anayasasının temel değerlerini yıpratmak için teamüllerin göz ardı edilmesi ya da anayasa kurallarına zorlama yorumlar getirilmesini anayasal zorlama olarak adlandırmamak, bu durumların anayasal zorlama yerine anayasaya karşı hile olduğunu kabul etmek gerekir. Anayasal hile, Shugerman'a göre diğer oyuncuları oyun dışına çıkartmayı ya da seçimlerin eşit şartlarda geçmesini engellemeyi amaçlayan²⁷ “*gerrymandering*”²⁸ gibi davranışlardır.

Pozen bir anayasal zorlama olan “*gerrymandering*”in engellenmesi için karar alma yetkisinin seçilmiş temsilcilerden siyaseten tarafsız bir mercie devredilmesini önermektedir.²⁹ Yüksek Mahkeme üye seçimleri için hem görev süresi hem de seçim aralığına dair kurallar koyarak anayasal zorlamanın engellenebileceğini savunmaktadır.³⁰ Pozen'in kanımızca da yerinde olan bu tespitleri anayasal zorlamanın yazılı kuralların yokluğunda ya da yazılı kuralların kesin olmadığı durumlarda ortaya çıkacağı savımızı destekler niteliktedir.

Tushnet, anayasal zorlamanın ya saldırgan biçimde anayasal düzeni değiştirmek için ya da mevcut anayasal sistemi savunma amacıyla kullanılabileceğini belirtirken, Balkin kimi zaman siyasi rekabeti kaybedenler tarafından hayatta kalma, siyasi veya cezai sorumluluktan kaçma amacıyla da kullanılabileceğini

²⁵ Tushnet, 2004, “Constitutional Hardball”, s. 6.

²⁶ Jed Handelsman Shugerman, “Hardball vs. Beanball”, *Columbia Law Review*, 2019, C. 119.S. 3, s. 87.

²⁷ A.g.e., s. 110.

²⁸ A.g.e., s. 114.

²⁹ Pozen, “Hardball”, 950.

³⁰ A.g.e., s. 951.

belirtmektedir. Nixon'ın Watergate kasetlerini vermemekte direnmesini ve Bush'un oldukça geniş "yürütme ayrıcalığı" ve "devlet sırrı" iddialarında bulunmasını buna örnek göstermektedir.³¹ Aslına bakılırsa bu ABD'de sıklıkla karşılaşılan ve genelde yasama ve yürütme arasında uzlaşma ile çözülen ancak zaman zaman da büyük ölçekli bir hesaplaşmaya dönüşen bir durumdur.³²

Anayasal dönüşümü gerçekleştirmeye çalışanlar bir konudaki mevcut anayasal öğretinin sınırlarını zorlayan ama açıkça anayasaya aykırı olmayan, en azından gerçekçi biçimde anayasaya uygunluğu savunulabilecek ancak yine de uzlaşmış anayasal kabullerin kendilerince farklı anlaşıldığını gösteren kanunlarla da anayasal zorlamada bulunabilirler.³³ Anayasal dönüşümü gerçekleştirmek için saldırgan biçimde anayasal zorlama kullananlar bu kanunlarla, yeni kurumsal yapıları kurmayı kolaylaştıracak uygulamaları benimsetmek için yerleşmiş uygulamaları yıkmak amacıyla bu yönetime başvururlar.³⁴

Balkin, Tushnet'in ortaya attığı anayasal zorlama kavramının siyasal aktörlerin nasıl bir anayasal düzenden başka bir anayasal düzene kaydıklarını açıklamakta faydalı bir araç olduğunu belirtmektedir.³⁵ Anayasal zorlamanın saptanması anayasal sistemin sürekli bir değişim içinde olduğunu ve olağan siyasi davranışların devrimsel siyasi hareketlerle benzerlikler taşıdığını fark etmemize yarayacaktır.³⁶ Yazara göre anayasal zorlama başarılı olursa siyasal güç, kullanan tarafa, bir başka deyişle kazanana geçecek ve bir süreliğine tahkim edilecektir. Eğer kaybederlerse siyasi hedefleri belirsiz bir zaman için ciddi şekilde sekteye uğrayacaktır.³⁷ Balkin'e göre anayasal zorlamanın kendisi başlı başına bir hedef olabileceken, belirli bir hedefe ulaşmak için araç da olabilir. Balkin, Roosevelt'in Yüksek Mahkemeye arka arkaya dokuz defa kendi yandaşlarını atmasını değil bu işlem ile ulaşmak istediği sonucun anayasal kabulleri değiştirdi-

³¹ Balkin, "Constitutional Hardball", s. 585.

³² Posner - Vermeule, "Constitutional Showdowns", s. 991. Yazarlar anayasal hesaplaşma olarak adlandırdıkları bu durumların Tushnet'in anayasal zorlama tanımıyla benzeştiğini belirtmekte ancak hesaplaşma olarak adlandırdıkları bu olayların ileriye dönük örnek oluşturma etkisini incelemektedirler.

³³ Tushnet, 2004, "Constitutional Hardball", s. 535.

³⁴ A.g.e., s. 533.

³⁵ Balkin, "Constitutional Hardball", s. 579. BALKIN, anayasal zorlamanın görüldüğü hallerin bir kısmının tarafların anayasa hükümlerini kabul ettikleri ancak yorumunda anlamadıkları bir tür anayasal kriz olarak görmektedir. A.g.e., s. 593.

³⁶ Balkin, "Constitutional Hardball", s. 598.

³⁷ A.g.e., s. 580.

recek olmasının anayasal zorlama olarak tanımlanmasını gerektiğini belirtmektedir. Yazar ilkeleri tahkim etme amacıyla, bir siyasi partiyi tahkim etme amacı arasında da bir ayırım yapılması gerektiğini, Bush'un terörle savaş için yürütmeye verilmesini istediği yetkilerin sonraki seçimleri her kim kazanırsa onun tarafından da kullanılacağını belirtmektedir. Hatta bir siyasi partinin oy kaybetme pahasına dahi olsa kendi ilkelerini tahkim etme amacıyla anayasal zorlamayı seçebileceğini savunmaktadır.³⁸ Balkin'e göre anayasal zorlamaya gidenlerin amacı olabildiğince uzun süre iktidarda kalmaktır ne var ki zaman zaman yaratılan anayasal değişim bir tepki yaratarak değişimi başlatan siyasi aktörlere zarar verebilmektedir. Kanımızca yazarın değindiği bu öngörülemezlik sadece anayasal zorlama ile ulaşılan anayasal değişimler için değil, ister büyük ister küçük olsun tüm anayasa değişiklikleri hatta sadece şekli anlamda anayasanın değil, maddi anayasanın parçası olan kanunların ve anayasal teamüllerin değiştirilmesi halinde de mevcuttur. Ülkenin temel uzlaşılarının tartışma konusu değil de çatışma konusu haline getirilmesi ve anayasal zorlama sonucunda aniden değişmesi, her ne kadar karşılaştırmalı örnekler incelenmiş olsa da en azından orta vadede hesaba katılmayan sonuçlar doğuracaktır.³⁹

A. Anayasal Zorlamanın Tartışma Doğurma Zorunluluğu

Anayasal zorlama halinde zorlamada bulunan taraf daha öncesinde tartışmaya açılmamış, herkes tarafından doğruluğu kabul edilen bir hususu gündeme getirip değiştirmek için tartışmaya açarken diğer taraf söz konusu noktanın zaten kararlaştırılmış ve değişmez olduğunu iddia eder.⁴⁰ Anayasal zorlama neredeyse kesinlikle bir anayasal sorun üzerinde tartışma doğurur. Genel kabul gören ya da önceden belirlenmiş yorumların dışına çıkan bir davranış olduğu için özellikle karşı tarafın bunu hukuka ve belki de anayasaya aykırı görmesi kaçınılmazdır. Ne var ki, bir davranışın anayasal zorlama olarak kabul edilmesi için öncelikle bu girişimin açıkça anayasaya aykırı olmaması ve göz ardı edilemeyecek bir anayasal gerekçeye dayanması gerekir.⁴¹ Balkin'e göre anayasal zorlamanın her zaman görünür olması ya da karşı taraftan sert bir karşı koyuşa

³⁸ A.g.e., s. 582.

³⁹ Ülkemizden bu duruma bir örnek 2017 Anayasa değişikliği ile başkanlık sistemine geçilmesinin, Saadet Partisi gibi küçük partilerin oy oranlarıyla orantısız güce kavuşacağı öngörülmüş olsa da birçok yeni partinin kurulmasını tetikleyeceğinin öngörülmemesi olabilir.

⁴⁰ Balkin, "Constitutional Hardball", s. 581.

⁴¹ Tushnet, "Constitutional Hardball", ss. 543-545.

neden olması da gerekmez. Yazar bu durumları "*sinsi anayasal zorlama*" olarak tanımlamakta ve kamuoyu tarafından saptanamadığı ya da karşı tarafın siyasi sermaye ayırmak istemediği durumlarda ortaya çıktığını belirtmektedir.⁴²

Tushnet, ABD'deki parti sisteminin kutuplaşmış iki partiden oluşmasını anayasal zorlamanın bir nedeni olarak görmektedir.⁴³ ABD'deki iki parti sistemini "kutuplaşmış" olarak tanımlanmasını isabetli bulmamakla birlikte, iki partili sistemlerin özellikle başkanlık sistemiyle birleştiklerinde yarattıkları, kazananın her şeyi aldığı, kaybedenin her şeyi kaybettiği düzenin anayasal zorlamayı kaçınılmaz kılacağına inanıyoruz. Kanımızca sonraki seçimlerde iktidardan tamamen uzaklaşma ihtimali her zaman yüzde elli civarında olan siyasi aktörlerin iktidarlara süresince anayasanın ve kanunların sınırlarını zorlayarak sonraki dönem seçilme şanslarını arttıracak kurumsal değişiklikleri zorlaması ülkemizdeki başkanlık sisteminin sürekli bir motifi olacaktır.

Her ne kadar sert tartışmalar doğuracak olsa da anayasal zorlama durumları anayasal kriz olarak da tanımlanamazlar. Zira bu durumda anayasanın kendisi üzerinde bir anlaşmazlıktan ziyade anayasal teamüllerde veya bir anayasa normunun yorumunda anlaşmazlık bulunmaktadır. Anayasal zorlamayı uygulayan taraf da zorlamayı engellemeye çalışanlar da anayasanın çizmiş olduğu sınırlar içinde kaldıklarını iddia etmektedirler.⁴⁴

B. Etki - Tepki Sarmalı

Doğal olarak bir kişinin siyasi yelpazedeki konumu hangi davranışları anayasal zorlama olarak göreceğini değiştirecek, herkes karşı taraf olarak gördüğü aktörün davranışlarında anayasal zorlamayı bulacaktır. Bununla beraber önce ya da en çok hangi tarafın anayasal zorlamaya başvurduğundan bağımsız olarak bir aktör bu yöntemi kullandığında diğer aktörler de anayasal zorlamayı tercih ederler.⁴⁵ Anayasal zorlama muhalefet tarafından iktidar konumuna geçme fırsatı doğması halinde saldırgan bir biçimde kullanılabileceği gibi, iktidardaki siyasetçilerce mevcut mevkilerini korumak için savunma amaçlı da kullanılabilir.⁴⁶

⁴² Balkin, "Constitutional Hardball", s. 596.

⁴³ Tushnet, "Constitutional Hardball", s. 552.

⁴⁴ Jack M Balkin, "Constitutional Crisis and Constitutional Rot", *Maryland Law Review*, 2017, C. 77, s. 149.

⁴⁵ Tushnet, 2004, "Constitutional Hardball", s. 524.

⁴⁶ A.g.e., s. 529.

Her ne kadar anayasal zorlama çok büyük ihtimalle karşı cepheden de anayasal zorlanmanın doğmasına neden olursa da bu iki davranışın birbiriyle eşdeğer olduğu anlamına gelmeyecektir. İki anayasal zorlama arasında kuvvet farkı olması mümkündür.⁴⁷ Fishkin ve Pozen, anayasal zorlamanın Cumhuriyetçiler tarafından daha sık kullanıldığını savunmaktadır.⁴⁸ Bernstein ise Fishkin ve Pozen'in incelediği dönemde Cumhuriyetçilerin daha fazla anayasal zorlamaya başvurmalarını aynı dönemde Demokrat başkanların, Cumhuriyetçi Kongre ile çalışmak zorunda kalmalarına bağlamış ve sadece Kongrenin anayasal zorlamaya başvurduğu durumların incelenmesinin bir asimetri olduğu izlenimi uyandırdığını savunmuştur.⁴⁹ Anayasal zorlamayı tespit etmek ve hangi siyasi aktörlerin bu yöntemi daha çok kullandığını belirlemek bakış açısına göre değişen değerlendirmeler nedeniyle neredeyse imkânsız bir girişim olacaktır. Fishkin ve Pozen ile Bernstein'in arasındaki tartışma bu zorluğu çok net bir şekilde sergilemektedir.

C. Demokratik Sistem Üzerindeki Etkisi

Bir siyasetçinin anayasal zorlamaya başvurduğu teşhisi kaçınılmaz biçimde partizan bir değerlendirme olacaktır. Anayasal zorlamada bulunduğu iddia edilen siyasetçi, davranışını yasaklayan bir kuralın bulunmadığını iddia edebileceği gibi, anayasanın açıkça yasaklamadığı tüm siyasi manevralara izin verdiğini de iddia edebilecektir.⁵⁰ Anayasal zorlamanın var olup olmadığı üzerinde dahi uzlaşmak mümkün değilken, belirli bir anayasal zorlamanın demokratik sistem üzerindeki etkisinin ortaya kesin konulması imkânsızdır. Anayasal zorlamada bulunan taraf demokratik anayasayı hiçe saydığını iddia etmemekte aksine davranışının anayasa hukukunun izin verdiği sınırlar içinde kaldığını savunmaktayken karşı tarafın iddiası ise davranışın açık bir anayasa hukuku ihlali olduğu ve demokratik sistemin işleyişini sekteye uğrattığı olacaktır.

İlk eserinden 17 yıl sonra, Donald Trump'ın başkanlık döneminin ardından, 2021 yılındaki çalışmasında Tushnet, anayasal zorlamanın demokrasiyi kırılgan hale getireceğini ve belki de dönüştüreceğini belirtmektedir.⁵¹ Siyasetçilerin arka

⁴⁷ Joseph Fishkin - David E Pozen, "Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda", *Columbia Law Review Online*, 2019, C. 119, s. 164.

⁴⁸ Fishkin - Pozen, "Asymmetric Constitutional Hardball", s. 918, 976.

⁴⁹ David E Bernstein, "Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much", *Columbia Law Review*, 2018, C. 118.S. 8, s. 217.

⁵⁰ Tushnet, 2021, "Constitutional Hardball", s. 11.

⁵¹ A.g.e., s. 1.

arkaya anayasal zorlama kullanarak anayasal sistemi kendilerini veya müttefiklerini iktidarda tutacak biçimde ayarlamaya çalışmaları demokratik anayasal sistemin bozulmasına ve çürümmesine neden olacaktır.⁵² Pozen'e göre anayasal zorlama çoğu durumda kamu yararı yerine partizan çıkarlar için kullanılan bir araçtır.⁵³ Anayasal zorlama kullanıldığı anda karşı cepheden benzer bir tepki doğuracaktır.⁵⁴ Anayasal zorlamanın mutad bir yöntem haline gelmesi, sistemin yavaş yavaş otoriterleşmesine ve tarafların birbirlerine karşı intikam hissi ile hareket etmesine bu ise siyasi sitemin tıkanmasına yol açacaktır.⁵⁵ Bernstein'a göre anayasal zorlama örneklerinin artmasının temel nedeni iki siyasi partinin siyasi yelpazenin uçlarına doğru gitmesinin yarattığı kutuplaşma nedeniyle siyasetle ilgilenen kişilerin karşı tarafı iyi niyetli vatandaşlar olarak görmeyi bırakıp düşman olarak algılamasıdır.⁵⁶ Woodward-Burns, anayasal zorlamayı 1980'lerden bu yana ABD'de partiler arası uzlaşının yerini partizan kanun yapma taktiklerine bırakmasının sonucu olarak görmektedir.⁵⁷ Kanımızca da anayasal zorlama kendisini besleyen bir sarmal şeklinde gitgide yayılacaktır. Muhalefetteyken anayasal zorlamanın mağduru olan siyasi gruplar kanımızca kaçınılmaz şekilde kaybettikleri mevzileri geri kazanmak için daha saldırgan daha sert anayasal zorlamalarda bulunacaktır.

Kanımızca siyasi yelpazenin neresinde olursa olsun siyasi aktörler, hukukun kendilerine verdikleri yetkileri ya da hukukta buldukları boşlukları ellerinden geldiğince etkin şekilde kullanmaya çalışacaklardır. Başkanlık sisteminin yarattığı çoğunlukçu eğilimler bölünmüş iktidarın ortaya çıkması halinde her ikisi de demokratik meşruiyete sahip yasama ve yürütme organları arasında sert mücadeleye sebep olacak ve tarafları anayasal zorlamaya itecektir. Anayasal zorlamanın tepki çekmesi ve siyaseti gitgide daha da sertleştirmesinin arkasında karşı tarafın oyunun kurallarının kendisine danışılmadan ve aniden değiştirilmesine karşı duyduğu öfke yatmaktadır.

Diğer yandan anayasal zorlamanın demokrasiyi tahkim etmek amacıyla kullanılabileceği de savunulmuştur. Belkin, Senato içtüzüğünde yapılacak değişikliklerle Senato engellemelerinin kaldırılması amacıyla azınlık vetosunun ve

⁵² Balkin, "Constitutional Crisis and Constitutional Rot", s. 151.

⁵³ Pozen, "Hardball", s. 951.

⁵⁴ Fishkin - Pozen, "Asymmetric Constitutional Hardball", s. 926.

⁵⁵ Balkin, "Constitutional Crisis and Constitutional Rot", s. 153.

⁵⁶ Bernstein, "Constitutional Hardball" s. 232.

⁵⁷ Woodward-Burns, "Hardball Republic", s. 1.

“*filibuster*”ın yasaklanmasını gerekli bir anayasal zorlama olarak görmektedir.⁵⁸ Hatta Fishkin ve Pozen’e göre daha önce siyasi hakları gereği gibi kullanamayan kesimlere yönelik pozitif ayrımcılık yaparak demokratik temsili güçlendirmek için anayasal zorlama yapılması olumlu bir davranış olacaktır.⁵⁹ Belkin daha da ileri giderek, Cumhuriyetçi Parti’nin Trump dönemindeki aşırılıklarına karşı anayasal zorlama yolunun kullanılması gerektiğini açıkça savunmakta,⁶⁰ anayasal zorlama riskler barındırır da anayasal zorlamadan kaçınmanın demokrasi için daha büyük riskler yaratacağını⁶¹ iddia etmektedir. Kanımızca kural olarak, daha önceden belirlenmiş usullerle normların değiştirilmesi anayasal zorlama olarak değerlendirilemez. Doğal olarak parlamento çoğunluğunu elde eden siyasi parti kendi programını uygulamak için çeşitli değişiklikler yapacaktır. Bu demokratik siyasetin olağan akışıdır. Bununla beraber yazılı normların uzlaşmadan çoğunluk kuvvetine dayanarak değiştirilmesinin anayasal zorlama olarak nitelendirilebileceği istisnai iki durum olabileceğini kabul ediyoruz: Bunlardan ilki yapılan değişikliğin bir teamülü ortadan kaldırmayı amaçlaması, ikincisi ise değişikliğin azınlığı susturma amacıyla yapılmasıdır.

II. RASYONELLEŞTİRİLMİŞ PARLAMENTARİZM

Öncelikle belirtmek isteriz ki, bu başlık altında rasyonelleştirilmiş parlamentarizme dair etraflı bir açıklama yapmak ya da yeni fikirler ileri sürmek iddiasında değiliz. Başlığın amacı okuyucuya 1982 Anayasası’nın temel niteliklerinden biri olarak kabul edilen rasyonelleştirilmiş parlamentarizme dair temel bilgileri sunmaktır. 1982 Anayasası’nın kabulünden itibaren Türkiye’de uygulanan hükümet sisteminin nitelendirilmesine dair birçok kavram kullanılmış ve sistemin saf bir parlamenter sistemden ayrılan ya da parlamenter sistem kurgusuna tam olarak uymayan yönlerine dikkat çekilerek birçok farklı isimlendirme önerilmiştir. 2007 öncesinde dahi kurulan sistem aksak ya da bozuk bir parlamenter sistem olarak isimlendirilmiştir.⁶² Özellikle 2007 sonrasında Cum-

⁵⁸ Aaron Belkin, “Court Expansion and the Restoration of Democracy: The Case for Constitutional Hardball”, *Pepperdine Law Review*, 2019, C. 19.S. 1, s. 38.

⁵⁹ Fishkin - Pozen, 2019, “Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda”, s. 171.

⁶⁰ Belkin, “Court Expansion”, s. 37.

⁶¹ A.g.e., s. 50.

⁶² Nur Uluşahin, “Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Siyasal Sistemimize Etkileri: Türkiye’de Hükümet Sisteminin Geçirdiği Dönüşüm ve Geleceğe Yönelik Beklentiler”, *Yeni Türkiye Dergisi*, 2013, S. 51, s. 325.

hurbaşkanının halk tarafından seçilmeye başlamasıyla ortaya çıkan çift meşruluk⁶³ hükümet sistemi üzerine tartışmalar daha da hızlanmıştır. Bununla beraber 1982 Anayasası 2017 değişikliklerine kadar bakanlar kurulu ve başbakanın ancak yasama organının güvenine sahip olduğu sürece görevde kalmasını kabul ettiği için, sistem nasıl nitelenirse nitelensin, rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin hükümetin kurulmasını kolaylaştırmayı ve kurulmuş hükümetlerin ömrünü uzatmayı amaçlayan araçlarını korumuştur.

Parlamente sistemlerde yürütme organının yasama organına bağlı olması hükümetlerin istikrarsızlaşmasına ve etkin olmamasına neden olabilmektedir.⁶⁴ İngiltere'de disiplinli çift partili siyasi hayat istisnalar dışında istikrarlı hükümetler yaratmıştır.⁶⁵ Özellikle parlamentoda çok sayıda siyasi partinin etkin biçimde temsil edildiği ülkelerde parlamente sistem iki partili sisteme sahip İngiliz örneğinden çok daha farklı çalışmaktadır. Özellikle II. Dünya Savaşı öncesinde Almanya ve Fransa'da yaşanan tecrübeler hükümete istikrar ve etkinlik kazandırmaya yönelik araçların anayasa kurallarına dönüşmesini zorunlu kılmış ve Avrupa'da rasyonelleştirilmiş parlamentarizm yaygınlaşmıştır.⁶⁶ Parlamente sistemin anavatanı olan İngiltere'deki koşulları taşımayan ülkelerdeki parlamente sistemler bu yöntemlerle güçlendirilmekte ve düzeltilmektedir.⁶⁷ Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm, parlamentoya hız kazandırmak⁶⁸ ve sağlam çoğunluklara dayanmayan hükümetlerin yaşamasını sağlamayı amaçlamaktadır.⁶⁹ Rasyonelleştirilmiş parlamentarizmde bir anlamda siyasetin hukukileşmesi söz konusudur.⁷⁰

⁶³ Uluşahin, s. 328.

⁶⁴ Ceren Doğru, "Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm", Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2017 s. 37.

⁶⁵ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 387.

⁶⁶ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, 16. Baskı, s. 156.

⁶⁷ Anayurt, 2021, s. 388; Süheyl Batum - Didem Yılmaz - Serkan Köybaşı, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2021, 1. Baskı, s. 451.

⁶⁸ Anayurt, 2021, s. 389.

⁶⁹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, 2. Baskı, 2. Cilt s. 692.

⁷⁰ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2021, 25. Baskı, s. 525.

Rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin temel hedeflerinden birisi hükümet ömrünü uzatmak, azınlık hükümetlerinin varlıklarına izin vermektir.⁷¹ Bunun için anayasalarda hükümetlerin kurulmasını kolaylaştıracak ve yıkılmasını zorlaştıracak kurallara yer verilir. Örneğin 2018 öncesinde hükümetin kurulmasında toplantıya katılanların salt çoğunluğunun güven bildirmesini yeterli gören 1982 Anayasası, hükümetin düşürülmesini zorlaştırmak için görev sırasında üye tam sayısının salt çoğunluğunun güvensizlik oyu vermesini aramaktaydı.⁷² Mutlak olmasa da nispi bir çoğunluğa sahip bir hükümet bile rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin araçları sayesinde istikrar sağlayabilir.⁷³

Parlamento hayatının da yazılı hukuk kurallarıyla düzenlenmesi ve bir parlamento hukukunun doğması da rasyonelleşmiş parlamentarizm ile bağlantılıdır.⁷⁴ Parlamentonun etkin çalışmasını sağlayacak kurallar rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin temel araçlarından birisidir.⁷⁵ Parlametoda her ne kadar sayıca azınlıkta olsalar da muhalefetin hukukun sağladığı tüm araçları sonuna kadar kullanarak yasama organının faaliyetlerini yavaşlatmaya ve engellemeye çalışmalarına obstrüksiyon adı verilir. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm obstrüksiyon ile mücadeleyi de gerektirir. Yasa yapma alanında giyotin ve kanguru yöntemleri kullanılırken,⁷⁶ özellikle seçim işlerinde kademeli olarak azalan karar alma çoğunlukları ve karar almaya teşvik edici sonuçlar kullanılır. Bazı kararların alınamaması durumunda ise otomatik fesih mekanizmasına yer verilir.⁷⁷

1982 Anayasası da 2017 değişikliklerine kadar bu araçlara yer veren anayasalardan birisidir.⁷⁸ Hatta 1982 Anayasası'nın temel özelliklerinden birisi 1961 Anayasası döneminde ortaya çıkan tikanıklıkları giderici önlemlere sahip olması,⁷⁹ rasyonelleştirilmiş parlamentarizme yönelmesidir.⁸⁰ 1961-1980 döneminde

⁷¹ Anayurt, 2021, s. 390.

⁷² Gözler, 2020, i, s. 695.

⁷³ A.g.e., s. 702.

⁷⁴ Teziç, 2021, s. 526.

⁷⁵ Anayurt, s. 394.

⁷⁶ Doğru, "Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm", s. 63.

⁷⁷ Anayurt, 2021, s. 395.

⁷⁸ Doğru, "Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm", s. 38; Kaboğlu, 2021, s. 156; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 56; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 530.

⁷⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 62; Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 47.

⁸⁰ Özbudun, 2021, s. 64.

parlamentoda yaşanan tikanlıkları aşmak amacıyla rasyonelleştirilmiş parlamentarizm tercih edilmiştir. İlginçtir ki bu tercihe neden olan olaylardan bir tanesi gene bir Cumhurbaşkanlığı seçimidir. 22 Mart 1980'den 12 Eylül 1980 tarihine kadar TBMM Cumhurbaşkanı seçimlerini sonuçlandıramamıştır.⁸¹

III. TÜRKİYE'DEN İKİ ÖRNEK

ABD'de ortaya atılan anayasal zorlama kavramı ile açıklanabilecek örnekler elbette ülkemizde de mevcuttur. Tüm gözlemciler kaçınılmaz biçimde benimsedikleri siyasi bakış açısının etkisinde kalarak farklı davranışları anayasal zorlama olarak niteleyecekler ya da yukarıda örneğini gördüğümüz üzere karşılıklı iki anayasal zorlamanın birbirine denk olmadığını iddia edebileceklerdir.

Biz çalışmamızda anayasal zorlamanın genel kabul göreceğine inandığımız iki örneğine değinmek istiyoruz. Bunlardan ilki 2007 yılında yaşanan ve erken seçim sayesinde aşılacak cumhurbaşkanlığı seçimi tartışması diğeri ise 7 Haziran 2015 seçimlerinden sonra azınlık hükümetinin kurulması ve yaşaması mümkünken, hükümet kurulması tercih edilmeyerek Cumhurbaşkanı tarafından seçimlerin yenilenmesi kararı alınmasıdır. Her iki örnekte de hükümet istikrarı sağlanması ve parlamentoda doğacak tikanlıkları engellemesi gereken kurallar tam ters amaçla kullanılmış ve 1982 Anayasası'nın kurmuş olduğu hükümet sisteminin rasyonelleştirilmiş parlamentarizme dayandığı kabulüne aykırı davranılmıştır.

A. 2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi

2007 yılında Ahmet Necdet Sezer'in görev süresinin sona ermesi üzerine yapılacak olan cumhurbaşkanlığı seçimleri sırasında parlamento, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) milletvekillerinin toplantılara katılmaması nedeniyle⁸² seçim işlemi tamamlayamamıştır. CHP, 2007 değişiklikleri öncesinde Cumhurbaşkanının ilk turda seçilmesi için gerekli olan üye tamsayısının üçte ikisi çoğunluğun TBMM Genel Kurulunda bulunmadığı durumlarda toplantı yeter sayısının da sağlanmamış olacağı ve bu nedenle ilk tur seçimlerin yapılamayacağı iddiasına dayanmıştır.⁸³ Söz konusu cumhurbaşkanlığı seçimi birçok anayasal tartışmanın fitilini ateşlemiş ve çok sayıda akademik eserin konusunu oluşturmuştur. Biz

⁸¹ Hasan Tunç - Faruk Bilir - Bülent Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2009, s. 151.

⁸² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2021, s. 837.

⁸³ Kemal Gözler, "Hukukun Siyasetle İmtihani-2", 2019, <https://www.anayasa.gen.tr/ysk-imtihan.htm>, (07.03.2021).

buradan itibaren kısaca “367 krizi” olarak anacağımız gelişmeleri yukarıda anayasal çizdiğimiz anayasal zorlama penceresinden inceleyeceğiz.

1982 Anayasası’nın 102. maddesinin ilk halinin amacı en azından üçüncü turda salt çoğunlukla Cumhurbaşkanı seçilmesini sağlamaktır.⁸⁴ Cumhurbaşkanlığı seçiminin tamamlanamaması halinde ise Anayasa otomatik fesih öngörmekteydi.⁸⁵ Bu hüküm 1961 Anayasası döneminde ortaya çıkan bir krizi engellemeyi amaçlamaktaydı. Seçimlerin yenilenmesi ise başvurulma ihtimali çok düşük bir son çareydi.

1982 Anayasası daha kolay daha hızlı karar alan bir parlamento kurmayı amaçlamıştır. 2007 yılına kadar da sonrasında da Anayasa’nın bu özelliği genel kabul görmüştür. Anayasa’nın 96. maddesinin ilk halinin de başka bir biçimde yani Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) ve dönemin muhalefet partilerinin dayandığı biçimde yorumlanması söz konusu olmamıştır.⁸⁶ 2007 yılında CHP’nin ve sonrasında AYM’nin dayanmış olduğu yorum, parlamentonun üye tam sayısının üçte ikisi ile toplanmadığı müddetçe Cumhurbaşkanı seçmesini imkânsız hale getirmektedir. Bu çalışmadan çok daha önce de 2007 yılında ortaya çıkan krizin “*ya-pay bir zorlama*” olduğu ve “*tüzeyi zorlayanların*” eseri olduğu belirtilmiştir.⁸⁷

367 krizi yukarıda vermiş olduğumuz anayasal zorlama tanımına tam olarak uymaktadır. Dönemin ana muhalefet partisi olan CHP yerleşmiş ve sorgulanmamış olan bir anayasa yorumunu kabul etmemektedir. Çatışma 1982 Anayasası’nın yarattığı klasik parlamenter sisteme kıyasla oldukça güçlü olan Cumhurbaşkanlığı makamının seçimine ilişkindir ve CHP’nin en azından genel başkanı bu seçimi bir ölüm kalım meselesi olarak algılamaktadır.⁸⁸ Yaşanan gelişmeleri basit bir tartışma yerine bir “ideoloji kavgası” olarak nitelemek oldukça isabetlidir.⁸⁹

⁸⁴ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 321; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 63, 308.

⁸⁵ Osman Korkut Kanadoğlu - Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, s. 302.

⁸⁶ Kemal Gözler, “Hukukun Siyasetle İmtihani: Kim Sınıfta Kaldı?”, *Türkiye Günü*, 2007, S. 89, s. 8, 10.

⁸⁷ Eroğul, “Cumhurbaşkanı Seçimi”, s. 168.

⁸⁸ Sami Selçuk, “Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM’nin 367 Kararı”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan* içinde, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, 2. Cilt, s. 582.

⁸⁹ Ece Göztepe, “Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi’nin ‘367 Kararı’ için Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan* içinde, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, 2. Cilt, s. 339.

Ana muhalefet partisi tarafından kullanılan anayasal zorlama kendisi de birçok tartışmaya konu olacak bir AYM kararının gerekçesi haline gelmiştir.⁹⁰ Bu anayasal zorlama tanımında yer verilen savunulabilir bir anayasal iddianın da gerçekleştiğini göstermektedir. CHP'nin anayasal zorlamasında dayandığı yorum isabetli olmasa da en azından tartışılabilir, hatta Türk anayasa yazınının önemli isimleri tarafından kabul görmüştür.⁹¹

2007 yılında ciddi bir krize neden olan, hatta Anayasa Mahkemesinin meşruiyetini dahi tartışmaya açan,⁹² bu anayasal zorlama yukarıda değindiğimiz gibi bir tepkiye neden olmuş⁹³ nihayetinde aynı yıl yapılan ve kendisi de tartışma yaratan bir anayasa değişikliği⁹⁴ ile aşılabılmıştır.

B. 2015 Milletvekili Genel Seçimleri

Parlamentar sistemlerde milletvekili genel seçimleri sonucunda eğer hiçbir parti tek başına çoğunluğu sağlayamadıysa ve bir koalisyon hükümeti kurulacaksa devlet başkanı partiler arası görüşmeleri takiben koalisyon hükümetinin lideri olacak kişiyi başbakan olarak atayacaktır.⁹⁵ Hükümetin güvenoyu alamaması halinde ise tarafsız bir hakem olan Cumhurbaşkanı'nca seçimlerin yenilenmesine karar verilecektir.⁹⁶ 1982 Anayasası'nın ilk halinde yer alan 116. madde işte bu doğrultuda bir hükümet krizinin varlığı halinde seçimlerin yenilenmesine izin vermektedir.⁹⁷ 2007 yılında yapılan anayasa değişikliğinin ardından Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi kabul edilmiş olsa da Anayasa'nın "Nitelikleri ve Tarafsızlığı" kenar başlıklı 101. maddesi 1982-2017 yılları arasında Cumhurbaşkanı'nın siyasi parti üyesi olamayacağı kuralını getirmekte ve 103. maddede yer alan yemin metni ise halen Cumhurbaşkanı'nın görevini tarafsızlıkla yerine getireceğini göstermektedir. Dolayısıyla 2007 yılında yapılan

⁹⁰ Kararın detaylı bir incelemesi için bk. A.g.e., s. 342.

⁹¹ Bir liste için bkz. Eroğul, 2007, s. 170.

⁹² Göztepe, "Muhakeme Etmek", s. 340.

⁹³ Eroğul, "Cumhurbaşkanı Seçimi" s. 180; Kanadoğlu - Duygun, 2021, s. 314.

⁹⁴ Detaylı bir inceleme için bkz. Erdal Onar, "1982 Anayasasının 2007 Yılında 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* içinde, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, 2. Cilt.

⁹⁵ Attila Özer, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 160.

⁹⁶ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 863.

⁹⁷ Kanadoğlu - Duygun, 2021, s. 302.

değişikliğin Cumhurbaşkanı'nın seçimleri yenileme yetkisi üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı 2007 sonrasında doğrudan demokratik meşruiyete sahip olmuştur ancak seçimlerin yenilenmesi konusundaki yetkisi 2017 yılına kadar bağlı bir yetkidir ve ancak gerçekten 116. maddede yer alan şartlar oluştuysa kullanılabilir.

7 Haziran 2015 yılında gerçekleştirilen 25. dönem milletvekili genel seçimleri sonucunda TBMM'de hiçbir siyasi parti tek başına çoğunluğu sağlayamamış, Cumhurbaşkanı tarafından görevdeki hükümetin Başbakanı ve seçimlerden birinci parti olarak çıkan Adalet ve Kalkınma Partisi'nin genel başkanı Ahmet Davutoğlu hükümet kurmak için görevlendirilmiştir. Hükümeti kurma ihtimali en yüksek olan aday olması nedeniyle bu görevlendirme parlamenter sistemin teamüllerine uygundur.⁹⁸ Bununla beraber Ahmet Davutoğlu tarafından hükümet kurulup güvenoyuna sunulmamıştır. 1982 Anayasası'nın 2017 değişiklikleri öncesindeki 116. maddesi uyarınca kırk beş gün içinde yeni hükümetin kurulamamış olması gerekçesi ile Cumhurbaşkanı seçimlerin yenilenmesine karar vermiştir.

Anayasa'nın ilk halinde yer alan 116. maddenin amacı hükümetlerin kurulmasını teşvik etmektir.⁹⁹ Hükümete güvenoyu vermemekte direnen parlamento aynı zamanda kendi görev süresini kısaltmakta, milletvekilleri sandalyelerini riske atmaktadır.¹⁰⁰ Klasik parlamenter sistemlerde fesih yetkisi hükümete güvenoyu almaması üzerine kullanılabilir.¹⁰¹

25. Dönem milletvekili seçimlerini takiben Ahmet Davutoğlu tarafından gerçekleştirilen koalisyon görüşmelerinin sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine azınlık hükümeti de güven oylamasına sunulmamış ve doğrudan seçimlerin yenilenmesi kararı verilmiştir. Yürütme organı anayasal zorlama ile 25. dönem milletvekili seçimlerinden sonra, azınlık hükümetinin görevde kalmasının büyük bir ihtimal olmasına rağmen, güven oylaması yapılmasını engellemiştir. Benzer bir fesih daha önce Almanya'da yaşanmış, milletvekillerinin kendi partilerinin istediği güven oylamasında güvensizlik oyu kullanmasıyla "zoraki" bir feshin yolu açılmıştır.¹⁰²

⁹⁸ Teziç, 2021, s. 513.

⁹⁹ Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020, s. 370.

¹⁰⁰ 25. Dönem milletvekillerinin bir kısmı seçimlerin yenilenmesi nedeniyle mağdur olduklarını iddia etmiştir. <https://bit.ly/353Tp3l>, (07.03.2022).

¹⁰¹ Tanör - Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 367.

¹⁰² Teziç, 2021, s. 527.

Olay tarihinde görevdeki yürütme organının iki kanadını oluşturan Cumhurbaşkanlığı Adalet ve Kalkınma Partisi'nin eski genel başkanı Başbakan ise 2002 yılından bu yana tek başına iktidarda olan Adalet ve Kalkınma Partisi'nin görevdeki genel başkanıdır. Anayasamızın 2017 değişikliklerinden önceki 109. ve 110. maddeleri uyarınca hükümet başbakan tarafından bakanlar kurulu listesinin Cumhurbaşkanına sunulması ve onaylanması neticesinde kurulmuş olmaktadır,¹⁰³ kurulmuş olan bir hükümet için güvenoyu aranmaktadır. Hükümetin güvenoyundan önce kurulmuş sayılması 1982 Anayasası'nın kabul tercih ettiği rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin araçlarından birisidir.¹⁰⁴ Rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin gereği olarak kurulan hükümetin güvenoyu alması 1982 Anayasası'nın ilk halinin 109. ve 110. maddeleri ile kolaylaştırılmıştır. Parlatonun hükümeti düşürmesi için üye tam sayısının salt çoğunluğuna yani 276 oya¹⁰⁵ ihtiyaç vardır. 7 Haziran 2015 milletvekili seçim sonuçlarına göre bu sayı ancak AKP dışındaki tüm partilerin hükümeti düşürmekte anlaşması halinde mümkündür. AKP tek başına hükümet kurmasını garantileyecek sayıdan sadece 19 eksik sandalyeye sahiptir.¹⁰⁶ Buna karşın Ahmet Davutoğlu azınlık hükümeti kurmamıştır. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan ise Anayasa'nın tanıdığı 45 günlük sürenin tamamını AKP genel başkanına kullandırarak bu süreci mümkün kılmıştır.¹⁰⁷ 7 Haziran 2015 seçimleri sonrasında yaşanan gelişmeler 1982 Anayasası'nın rasyonelleştirilmiş parlamentarizmi benimsediği kabulüyle doğrudan çatışma içindedir. Anayasa'nın hükümleri ve bu hükümlere o tarihe kadar verilen yorum hükümet kurulmasının kolaylaştırıldığı yönündedir. Buna karşın yürütme organı Anayasa'nın son çare olarak gördüğü seçimlerin yenilenmesi silahına başvurmuştur. Hükümet kurulmayarak seçimlerin yenilenmesinin ardında yatan gerekçenin anayasa değişikliğini mümkün kılacak bir çoğunluk yakalamak olduğu da iddia edilmiştir.¹⁰⁸

¹⁰³ Tunç - Bilir - Yavuz, 2009, s. 185.

¹⁰⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, 2. Cilt, s. 692.

¹⁰⁵ Doğru, "Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm", s. 48.

¹⁰⁶ <https://bit.ly/3tc9g7K>, (07.03.2021).

¹⁰⁷ Tanör - Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 371 dn. 37.

¹⁰⁸ Edip Asaf Bekaroğlu, "Giriş: 7 Haziran 2015: Araftaki Seçimler", *Türkiye'de Siyasal Partiler ve Seçim Kampanyaları: Araftaki Seçim -7 Haziran 2015-* içinde, Vadi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 11.

SONUÇ

Ne kadar sade ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olursa olsun tüm kurallar yorumlanmaya muhtaçtırlar. Ne kadar detaylı olurlarsa olsunlar hukuk kuralları ortaya çıkması mümkün tüm davranışları tek tek sayamazlar ve zorunlu olarak teamüllerle doldurulacak boşluklar oluşur. Anayasalar da bu genellemelerden istisna değildir. Hele ki ABD Anayasası gibi üçüncü yüzyıldaki çerçeve bir anayasa söz konusu olunca yorumların metinle bağları zayıflar, teamüller çoğalır ve güçlenir. Yukarıda da işaret ettiğimiz üzere bu anayasal zorlamanın kullanılabilceği alanların genişlemesine neden olur.

Detaylı bir anayasa olan 1982 Anayasası ve ülkemizin maddi anlamda anayasasını oluşturan diğer kanunlar hukuk boşluklarını büyük ölçüde azalttıkları için teamüller ülkemiz anayasa hukukunda ABD'ye kıyasla çok daha küçük bir yer tutmaktadır. Bu nedenle anayasal zorlamanın teamüllerin terkedilmesi biçiminde ortaya çıkması oldukça güçtür. Bununla beraber anayasa hükümlerinin yorumları söz konusu olduğunda ülkemiz ile ABD arasındaki fark bu derece belirgin olmayacak ve anayasal zorlamanın yerleşik yorumlara aykırı davranışlar şeklinde doğması mümkün olacaktır.

Çalışmamızda yer verdiğimiz iki örnekte de 1982 Anayasası'nın 2017 öncesinde kabul ettiği rasyonelleştirilmiş parlamenterizme aykırı davranışlar anayasal zorlama oluşturmaktadır. 2007 örneğinde Anayasa hükümleri hem muhalefet hem de Anayasa Mahkemesi tarafından parlamentonun çalışmasını engelleyecek biçimde yorumlanmış, 2015'te ise parlamento seçimleri azınlık hükümeti dâhil tüm hükümet kurma seçenekleri denenmeden milletvekili seçimleri yenilenmiştir.

İki örnek de ülkemizin anayasal sisteminde dönüşüm yaşandığı anlara rastlamıştır. Bu yönleriyle de Tushnet'in sunduğu tanıma uymaktadırlar. 2007 sonrasında parlamenter sistemden kopma başlamış, 2015 sonrasında ise başkanlık sistemine geçilmiştir.

Ele aldığımız örnekler şu an için uygulanma alanı bulmamakta olan rasyonelleştirilmiş parlamenterizme dairdir. Giriş kısmında açıkladığımız üzere geriye dönük biçimde, tartışmanın sıcaklığından uzakta ve etki ve sonuçlarını kapsayan değerlendirme yapma imkânı sunmaları bu örnekleri seçmemize neden olmuştur. Bu örnekler belirli bir amaca yönelik, diğer anayasa hükümlerine kıyasla daha mekanik ve yorum seçenekleri daha kısıtlı anayasa maddelerinin dahi anayasal zorlamaya izin verdiğini göstermiştir. Kanımızca sadece hukuki

araçlar kullanılarak anayasal zorlamanın engellenmesi mümkün değildir. Elbette hukuk boşlukları azaldıkça anayasal zorlama seçenekleri azalacak ama tamamen yok olmayacaktır.

Başkanlık sisteminin getirmiş olduğu sert kuvvetler ayrılığı anayasal zorlamaya neden olabilecek tartışma ve çatışma sahalarını arttırmaktadır. Normal takviminde olması halinde 2023 yılının Haziran ayında yapılacak seçimler sonrasında bölünmüş iktidarın ortaya çıkması halinde ise anayasal zorlama tehlikesi daha da büyüyecektir. Anayasal zorlamanın ABD örneğinde, birbirine Türkiye'ye kıyasla yakın siyasi görüşler arasında yarattığı gerilim Türkiye'de çok daha fazla olacaktır.

Kanımızca yöneleceği amaç ne olursa olsun anayasal zorlama, demokratik anayasal sistemi daha çatışmacı bir geleneğe kaydırma potansiyeli taşıdığı için en azından Türkiye özelinde kullanılmaması gereken bir araçtır.

KAYNAKÇA

- ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BALKIN, Jack M, "Constitutional Crisis and Constitutional Rot", *Maryland Law Review*, 2017, C. 77, ss. 147-160.
- BALKIN, "Constitutional Hardball and Constitutional Crises", *Quinnipiac Law Review*, 2008, C. 26, ss. 579-598.
- BATUM, Süheyl - YILMAZ, Didem - KÖYBAŞI, Serkan, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2021.
- BEKAROĞLU, Edip Asaf, "Giriş: 7 Haziran 2015: Araftaki Seçimler", *Türkiye'de Siyasi Partiler ve Seçim Kampanyaları: Araftaki Seçim -7 Haziran 2015-* İçinde, Vadi Yayınları, İstanbul, 2015.
- BELKİN, Aaron, "Court Expansion and the Restoration of Democracy: The Case for Constitutional Hardball", *Pepperdine Law Review*, 2019, C. 19, S. 1, ss. 19-50.
- BERNSTEİN, David E, "Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much", *Columbia Law Review*, 2018, C. 118, S. 8, ss. 207-233.
- CAREY, John - SHUGART, Matthew "Calling Out the Tank sor Filling Out the Forms?", *Executive Decree Authority*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, ss. 1-29.
- DOĞRU, Ceren, "Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm", Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 2017.
- EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- EROĞUL, Cem, "2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler", *Ankara Üniversitesi Sbf Dergisi*, 2007, C. 63, S. 3, ss. 167-181.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- FİŞKİN, Joseph - POZEN, David E, "Asymmetric Constitutional Hardball", *Columbia Law Review*, 2018, C. 118, S. 3, ss. 915-982.
- FİŞKİN - POZEN, "Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda", *Columbia Law Review Online*, 2019, C. 119, ss. 158-172.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 1. Cilt, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020,
- GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 2. Baskı, 2. Cilt, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- GÖZLER, "Hukukun Siyasetle İmtihani: Kim Sınıfta Kaldı?", *Türkiye Günlüğü*, 2007, S. 89, ss. 5-15.

- GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.
- GÖZTEPE, Ece, "Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin '367 Kararı' İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* İçinde, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, 2. Cilt, ss. 339-360.
- KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KANADOĞLU, Osman Korkut - DUYGUN Ahmet Mert, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul.
- ONAR, Erdal, "1982 Anayasasının 2007 Yılında 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* İçinde, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, 2. Cilt, ss. 487-546.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ÖZER, Attila, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- POSNER, Eric A. - VERMEULE, Adrian, "Constitutional Showdowns", *University of Pennsylvania Law Review*, 2007, C. 156, ss. 991-1048.
- POZEN, David E, "Hardball And/As Anti-Hardball", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, C. 21, ss. 948-955.
- SELÇUK, Sami, "Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM'nin 367 Kararı", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan* İçinde, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, 2. Cilt, ss. 579-635.
- SHUGERMAN, Jed Handelsman, "Hardball vs. Beanball", *Columbia Law Review*, 2019, C. 119, S. 3, ss. 85-122.
- SOYSAL, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.
- TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 25. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2021.
- TUNÇ, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- TUNÇ, Hasan - BİLİR, Faruk - YAVUZ, Bülent, *Türk Anayasa Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2009.
- TUSHNET, Mark, "Constitutional Hardball", *The John Marshall Law Review*, 2004, C. 37, S. 2, ss. 523-553.
- ÜLUŞAHİN, Nur, "Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Siyasal Sistemimize Etkileri: Türkiye'de Hükümet Sisteminin Geçirdiği Dönüşüm ve Geleceğe Yönelik Beklentiler", *Yeni Türkiye Dergisi*, S. 51, 2013, ss. 319-332.

Elektronik Kaynaklar

GÖZLER Kemal, “Hukukun Siyasetle İmtihanı-2”, 2019, <https://www.anayasa.gen.tr/ysk-imtihan.htm>, (07.03.2022).

ŞİRİN Tolga, “Türkiye’de Anayasal Çürüme ve Yeni Dördüncü Erk Teorisi: ‘Çürümüş Bir Şey Var Danimarka Krallığında’”, 2021, <https://bit.ly/3phqj2h>, (07.03.2022).

TUSHNET, “Constitutional Hardball”, *Cambridge Handbook of Constitutional Theory* içinde, Cambridge University Press, 2021, Harvard Law School, Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, 21-37, Henüz Basılmamış, <http://dx.doi.org/10.2139/Ssrn.3921575>, (07.03.2022).

WOODWARD-BURNS Robinson, “Hardball Republic: Constitutional Hardball During Periods of Ordinary Politics”, 2020, DOI: 10.33774/apsa-2020-z7msj (07.03.2022).

YÜRÜTME ORGANININ KANUN YAPIM SÜRECİNE ETKİSİ BAKIMINDAN TÜRK ANAYASALARININ KARŞILAŞTIRILMASI^(*)

Arş. Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN^(**)

Öz

2017 Anayasa değişiklikleri hükümet sistemini değiştirmiştir. Hükümet sistemi değişikliği kaçınılmaz olarak yasama yürütme ilişkileri ile karşılıklı etkileşim araçlarında değişimi beraberinde getirmektedir. Yürütme organının kanun yapım sürecine etkisi, karşılıklı etkileşim araçları kapsamına giren konulardan biri olarak yeni sistemin anlaşılmasında önem arz etmektedir. Bu çalışmada öncelikle Türk Anayasalarında yasama - yürütme ilişkileri ile karşılıklı etkileşim araçları ele alınmıştır. Özel nitelikli kanunlar dâhil olmak üzere kanun önerme yetkisi, kanunların parlamentoda görüşülme süreci, Cumhurbaşkanının veto yetkisi ve yürütmenin kanun gücünde düzenleme yapma yetkisi yürütme organının kanun yapım sürecine dâhil edilen konular olduğundan üzerinde ayrıca durulmuştur. Çalışmanın son kısmında Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme organının kanun yapım sürecine etkisi ile ilgili olarak değerlendirmeler yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yasama - Yürütme İlişkisi, Karşılıklı Etkileşim Araçları, Kanun Önerme, Veto, Kanun Gücünde Düzenleme.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.04.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 08.05.2022.

Atıf Şekli: Ayşe Yaman Kaplan, "Yürütme Organının Kanun Yapım Sürecine Etkisi Bakımından Türk Anayasalarının Karşılaştırılması", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 117-170.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, Ankara, Türkiye.

E-posta: aysekaplan@sdu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4111-0420>.

COMPARISON OF TURKISH CONSTITUTIONS IN TERMS OF THE EFFECT OF EXECUTIVE BODY ON THE LAWMAKING PROCESS

Abstract

2017 Constitutional amendments changed the government system. The change in government system inevitably brings about changes in legislative-executive relations and mutual interaction tools. As one of the subjects within scope of mutual interaction tools, the effect of executive body on lawmaking process is important in understanding the new system. In this study, primarily legislative-executive relations and mutual interaction tools in Turkish Constitutions are discussed. As subjects included in lawmaking process of executive body, it is also emphasized the power to propose laws including special laws, the process of discussing laws in parliament, veto power of President and the power of executive to make regulations in power of law. In the last part of study, there are evaluations about the effect of executive body on lawmaking process in presidential government system.

Keywords

Legislative - Executive Relationship, Interaction Tools, Power to Propose Laws, Veto Power, Regulation with Force of Law.

GİRİŞ

Devletin sahip olduğu yasama, yürütme ve yargı erkleri birbirleri ile kaçınılmaz olarak ilişki içinde olmak zorundadır. Erklerin birbirleri ile ilişkisi ve etkileşimi hükümet sistemleriyle yakından ilgilidir. Erklerin en az ikisinin bunlardan birinde toplandığı kuvvetler birliği sistemlerinde, bir işlemin yapılmasında hangi erkin ne oranda etkili olduğunu tespit edebilmek zor olduğundan, kimi zaman erkler arası ilişki ve etkileşim görünmez olmaktadır. Yürütmenin bir kanadının yasamadan kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemlerinde erkler arası ilişkiler daha görünür halde karşımıza çıkmaya başlar. Kanımızca anılan ilişki ve etkileşim en açık şekilde sert kuvvetler ayrılığı sistemlerinde belirlemektedir. Bu sistemlerde yasama, yürütme ve yargı erkleri ayrı organlara verilir, organların göreve gelişine ve görev sıhhatine bir diğeri müdahale edemez. Ayrıca her birinin görev alanı belirlidir. Tek başına bir organa verildiğinde o organa orantısız güç tanınmasına yol açacak kimi yetkiler, organlar arasında paylaşılırken o yetki ile ilgili bir organın yetkisinin nerede başlayıp bittiğini tespit etmek önemli hale gelmektedir. İşte tam da bunu tespit edebilmemize yarayan karşılıklı etkileşim araçları sert kuvvetler ayrılığı sistemlerinde daha belirgin şekilde görünür.

Bazı önemli yetkilerin kullanılmasında yasama ve yürütme organları arasındaki uyum, karşılıklı işbirliği¹ ve etkileşim sağlayan araçlar şunlardır: bütçenin hazırlanması ve kabul edilmesi, uluslararası anlaşmaların yapılması ve onaylanması, yasamanın yürütmeyi denetlemesi, yürütmenin yasamayı feshi, bazı üst düzey atamaların yapılması, mesaj verme yetkisi ve yürütmenin kanun yapım sürecine etkisi. Yasama - yürütme ilişkilerinin anlamlandırılmasında karşılıklı etkileşim araçları yol gösterici olduğundan çalışmanın ilk ana başlığında 1920'den günümüze Türk Anayasalarında genel olarak yasama ve yürütme organlarının nasıl düzenlendiği ile bunlar arasındaki etkileşim araçlarına yer verilmiştir. Çalışmanın ana konusu olan yürütme organının kanun yapım sürecine etkisi ikinci ve üçüncü başlıklarda ele alınmıştır. İkinci ana başlıkta kanun koyma süreci kapsamında öncelikle kanun önerme yetkisi milletvekilleri, Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı açısından her bir Anayasa için ayrı ayrı incelenmiştir. Bütçe, kesin hesap, milletlerarası anlaşmaları uygun bulma ve yetki kanunu önerileri diğer önerilere göre farklı usullere tabi olduğundan özel nitelikli kanunlar başlığında ve yine her bir Anayasa bakımından ele alınmıştır. Ka-

¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: I, Ekin Yayınları, Bursa, 1. Baskı, 2011, s. 577.

nun önerilerinin parlamentoda görüşülmesi ve Cumhurbaşkanının veto yetkisi kanun koyma süreci başlığının altında yer alan konulardandır. İkinci ana başlıkta son olarak yürütme organının kanun gücünde düzenleme yapma yetkisine sahipliği tüm Anayasalar bakımından araştırılmıştır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile birlikte uygulanmaya başlanan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, başkanlık sistemi olduğu iddiasıyla getirilmiştir. Bu nedenle sert bir kuvvetler ayrılığı sistemi olarak Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yasama-yürütme ilişkileriyle karşılıklı etkileşim araçlarının daha görünür ve sınırlarının belirgin şekilde çizilmiş olması beklenir. Bunu araştırabilmek için 2017 değişiklikleri sonrasındaki genel durum birinci ve ikinci ana başlıklarda ilgili başlıklar altında kendinden önceki Anayasal düzenlemelerle birlikte verilmiş, 1920’den günümüze kadar karşılaştırma yapmak imkânı sunulmuştur. Bununla birlikte yürütme organının kanun yapım sürecine etkisi özelinde yeni sistemin getirdikleri ile götördüklerinin tespiti, değerlendirmesi ve eleştirileri çalışmanın üçüncü ana başlığında ayrıca yapılmıştır.

I. TÜRK ANAYASALARINDA YASAMA-YÜRÜTME İLİŞKİSİ VE KARŞILIKLI ETKİLEŞİM ARAÇLARI

A. Türk Anayasalarında Yasama ve Yürütme Organları

1921 Anayasasından bugüne Türk Anayasalarında yasama ile yürütme organları arasındaki ilişkilerin mahiyetini anlayabilmek için öncelikle bu organların Anayasalarda nasıl düzenlendiğini ortaya koymak gerekmektedir. Bu nedenle yasama ve yürütme organları her bir Anayasa bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

1. 1921 Anayasası

1921 Anayasası döneminde yasama ve yürütme organlarının oluşumu Birinci Büyük Millet Meclisinin kurulmasıyla 1920’den itibaren netleşmeye başlamıştır. 1920 yılının Mart ayında İstanbul’un işgal edilmesiyle son Osmanlı Meclisi olan Meclis-i Mebusan çalışamaz hale gelince Mustafa Kemal Ankara’da “olağanüstü yetkilere sahip bir meclisin” toplanacağına dair bir bildiri yayımladı². 23 Nisan 1920 tarihinde Ankara’da toplanan Birinci Büyük Millet Meclisi bildiride belirtilen esaslar doğrultusunda yapılan seçimde seçilen milletvekilleri

² Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 28. Baskı, 2017, s. 230.

ve İstanbul Meclis-i Mebusanından gelebilen üyelerden oluşmaktaydı³. Meclis çalışma düzenini hukuki zeminde sağlayabilmek için 26 Nisan'da Meclis-i Mebusan Dahili Nizamnamesi'nin değiştirilerek uygulanmasına karar vermişti⁴. Ancak ilgili düzenlemenin uygulanması başta toplantı yeter sayısı olmak üzere birçok konuda sorunlara neden olduğundan 5 Eylül 1920 tarih ve 18 sayılı Nisab-ı Müzakere Kanunu⁵ kabul edilmiştir. Kanuna göre toplantı yeter sayısı her livadan 5 milletvekili olacak şekilde hesaplanan üye tam sayısının yarısından bir fazlasıdır. Kanunda ayrıca meclisin sürekliliği, yasama bağdaşmazlığı, devamsızlık durumunda milletvekilliğinin düşürülmesi gibi hususlar da düzenlenmiştir.

Meclisin gündeme aldığı ilk konu yürütme işlerinin nasıl yerine getirileceğiydi. 1876 Kanun-u Esasi'nin yürütme ile ilgili hükümlerine göre padişahın yürütme alanında kilit yetkileri vardı ancak padişah İstanbul'un işgalinden sonra yetkilerini kullanabilecek durumda değildi. Bu nedenle yürütme işleri ile ilgili olarak 1876 Anayasasının uygulanabilmesi mümkün görünmüyordu. Birinci Büyük Millet Meclisinde 24 Nisan'da yapılan görüşmelerin ardından 25 Nisan'da 5 sayılı kararla⁶ yürütme kuvveti oluşturulmasına karar verildi. Bu karar üzerine başlayan çalışmalar sonucunda 2 Mayıs 1920 tarihinde 3 sayılı "Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun"⁷ kabul edildi. Yalnızca dört maddeden ibaret olan bu kanunla içinde padişah ve sadrazamın bulunmadığı bir yürütme kurulu oluşturulmuştur. 11 kişiden oluşan Heyetin, Meclis üyeleri arasından ve Meclis tarafından mutlak çoğunlukla tek tek seçileceği öngörülmüştür. Kanunda ayrıca heyetteki vekillerin kendi işleriyle ilgili olarak mensup olduğu encümene danışabileceği belirtilmiştir. Kanunda yer alan son düzenleme İcra Vekilleri arasında anlaşmazlık çıkması halinde bunun Meclis tarafından çözüleceğini hükme bağlamıştır. 4 Kasım 1920 tarihinde bu kanunda yapılan değişiklik⁸ İcra Vekilleri Heyetinin doğrudan Meclis tarafından tek tek seçilmesi usulünden vazgeçilmiş, Meclis Başkanının Meclis üyeleri içinden göstereceği adaylar arasından mutlak çoğunlukla Meclis tarafından seçilmesi usulü benimsenmiştir.

³ Bk. TBMM'nin Suret-i Teşekkülü Hakkında Heyet-i Umumiye Kararı. Suna Kili - Şeref Gözübüyük, *Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2006, s. 99.

⁴ Tanör, s. 238.

⁵ Kili - Gözübüyük, s. 102-103.

⁶ Kili - Gözübüyük, s. 100.

⁷ Kili - Gözübüyük, s. 101.

⁸ Kili - Gözübüyük, s. 104.

Olağanüstü yetkilere sahip bir meclisin Ankara’da toplanarak göreve başlaması ve niteliği ile bu Meclisin belirlediği şekilde göreve gelen ve yürütme işlerini yapan İcra Vekilleri Heyetinin hukuki statüsü daha sonra kabul edilen 1921 Anayasasında⁹ da düzenlenerek anayasallaştırılmıştır. Anayasanın 2. maddesinde yürütme kudreti ile yasama yetkisinin Büyük Millet Meclisine ait olduğu belirtilmiştir. 3. maddesinde devletin Meclis tarafından yönetileceği ve hükümetinin “Büyük Millet Meclisi Hükümeti” ismine sahip olduğu vurgulanmıştır. Anayasanın 8. maddesine göre İcra Vekilleri Heyeti Meclis tarafından kanunda belirtilen şekilde seçilir, Meclis yürütme işleriyle ilgili olarak vekillere yön gösterebilir ve vekilleri gerektiğinde değiştirebilir. Heyetin kendi içlerinden birini kendilerine reis olarak seçeceği ve ayrıca Meclis Başkanının Heyetin doğal başkanı olmaya devam edeceği 9. maddede düzenlenmiştir. Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen 8 Temmuz 1922 tarih ve 244 sayılı İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun ile İcra Vekillerinin seçim usulünde değişiklik yapılmıştır. Buna göre İcra Vekilleri Heyeti ile Heyetin Reisi artık Meclis Başkanı tarafından aday gösterilmeyecek, önceden olduğu gibi doğrudan Meclis tarafından seçilecektir. İcra Vekilleri Heyeti Başkanının konumu, görev ve sorumluluklarının hukuki belirsizliğini gidermek üzere 14 Nisan 1923 tarihinde Heyet-i Vekile Reisinin Vazife ve Mes’uliyetleri Hakkında Heyet-i Umumiye Kararı¹⁰ çıkarılmıştır. Bu kararla Vekiller Reisinin, Heyet ile Meclis arasında aracı olacağı, Heyet üyeleri için danışman konumunda bulunacağı ve Heyetle birlikte sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi kuvvetler birliği sistemini benimseyen 1921 Anayasası, yasama ve yürütme kuvvetlerini yasama organında toplamıştır.

1921 Anayasasında 1923 yılında yapılan ve “Cumhuriyetin ilanı” olarak anılan değişiklikle¹¹ özellikle yürütme organını ilgilendiren önemli düzenlemeler yapılmıştır. Aynı bir devlet başkanlığı makamı öngörülmüş, devlet başkanının Meclis tarafından ve Meclis üyeleri arasından seçilmesi usulü kabul edilmiştir. Devlet başkanına gerekli gördüğü hallerde İcra Vekilleri Heyetine ve Meclise başkanlık etme yetkisi verilmiştir. Devlet başkanının Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi parlamenter sistemlere özgü durumlardan biridir ve hükümet sisteminin zaman içinde parlamenter sisteme doğru kaydığı düşünüldüğünde anlaşılabilir bir durum olarak kabul edilebilir. Ancak devlet başkanının Meclise baş-

⁹ Kili - Gözübüyük, s. 105-108.

¹⁰ Kili - Gözübüyük, s. 113.

¹¹ Kili - Gözübüyük, s. 119.

kanlık etmesi parlamenter sistemlerdeki devlet başkanının yetkilerini bile aşan bir durum olarak değerlendirilmelidir. 1923 değişiklikleriyle birlikte Vekiller Reisi artık Başvekil (başbakan) konumuna getirilmiştir. Başvekilin devlet başkanını tarafından meclis üyeleri arasından seçilmesi, hükümeti oluşturan diğer vekillerin ise Başvekil tarafından meclis üyeleri arasından belirlenmesi usulü getirilerek hükümetin oluşumu değiştirilmiştir. Yürütme yetkisinin yine Meclise ait olduğu belirtilmekle birlikte hükümetin oluşumunda meclis hükümeti sisteminin parlamenter sisteme doğru bir değişim gözlemlenmektedir.

1920'den itibaren önce kanunen sonra da anayasal temellere dayanarak oluşan yasama ve yürütme organları, aşağıda ilgili başlıkta bahsedilecek bazı araçlarla sürekli etkileşim halinde olmuştur. Bununla birlikte meclis hükümeti sisteminin bir gereği olarak yürütmenin tamamıyla yasamaya bağlı kalması beklenirken zaman zaman bu sistemden sapmalar olduğu gözlemlenmiştir.

2. 1924 Anayasası

Milli mücadelenin başarıyla sonuçlanması sonrasında yeni devlet düzeninin gelişerek yerleşmesi beraberinde daha kapsamlı kurallar ihtiyacını getirmiştir. Zira 1921 Anayasası bir anayasada bulunması beklenen hususların önemli bir kısmını içermiyordu¹². Bu sebeple Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanarak Meclis Genel Kuruluna sunulan Anayasa, 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilmiş ve aynı gün yürürlüğe girmiştir¹³. 1921 Anayasasında 1923 yılında yapılan değişikliklerle belirginleşmeye başlayan parlamenter sisteme doğru gidiş 1924 Anayasasıyla hızlanmıştır. Özellikle yürütme organının oluşumu ve yasama - yürütme ilişkileri incelendiğinde bu değişikliği görmek mümkündür.

TBMM üyeleri halk tarafından 4 yıllığına seçilir. Meclisin yetkileri Anayasanın 26. maddesinde sayılmıştır. Bunlar; kanun koymak ve değiştirmek, kanunları yorumlamak ve kaldırmak, başka devletlerle anlaşma, sözleşme ve barış yapmak ile savaş ilan etmek, bütçe ve kesin hesap kanunlarını incelemek ve onaylamak, para basmak, genel ve özel affa karar vermek, cezaları azaltmak ve değiştirmek, kanun soruşturma ve cezalarını ertelemek, kesinleşen ölüm cezalarını yerine getirmek ve tekelli ve akçalı yüklenme sözleşme ve imtiyazlarını onamak ve bozmaktır. Madde metninde "gibi" ifadesi kullanılarak bu yetkilerin sınırlı şekilde sayılmadığı da belirtilmiştir. Bunlardan kanun soruşturma ve ceza-

¹² Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 1.

¹³ Özbudun, 1924 Anayasası, s. 5.

larının ertelenmesi yetkisinin normalde yargı organına ait ve tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmeleri ile imtiyazlarını onaylamak ya da bozmak yetkisinin ise yürütme organına ait yetkiler olması gerektiği doktrinde vurgulanmıştır¹⁴. Bununla birlikte Meclisin yetkilerini bu denli geniş tutma eğiliminin 1920 yılından beri uygulanan meclis hükümeti sisteminden kaynaklandığı söylenebilir. Anayasanın 13. maddesinde yeni meclis toplanıncaya kadar önceki meclisin görevine devam edeceği belirtilmiş, böylece 1921 Anayasasının ek maddesinde ifadesini bulan meclisin sürekliliği ilkesi yeni anayasada da kabul edilmiştir.

1924 Anayasasının 5. maddesine göre yasama yetkisi gibi yürütme erki de Mecliste belirir ve toplanır. Bununla birlikte yürütme yetkisi 7. madde uyarınca Meclis tarafından kendi üyeleri arasından seçilen Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanı tarafından tayin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanılır. Cumhurbaşkanı bir seçim dönemi olan 4 yıl için seçilir. Cumhurbaşkanının tüm kararları Anayasanın 39. maddesi gereği karşı imza kuralına tabi kılınmıştır. “Devletin başı” sıfatına sahip olan Cumhurbaşkanı, Anayasanın 32. maddesinde verilen yetkiyle özel oturumlarda Meclise ve gerekli gördüğü hallerde de Bakanlar Kuruluna başkanlık eder. Meclise başkanlık ettiğinde tartışmalara katılamaz ve oy kullanamaz. 1921 Anayasası ile Cumhurbaşkanıya tanınan Meclise başkanlık etme yetkisi Cumhurbaşkanının “gerekli gördüğü hallerde” kullanabileceği bir yetki iken, 1924 Anayasası ile bu yetki “törenli oturumlarda” kullanabileceği bir yetkiye dönüştürülmüş, bir nevi kısıtlanmış, bu anlamda Cumhurbaşkanının konumu parlamenter sisteme daha da yaklaştırılmıştır. Cumhurbaşkanıya Anayasanın 19. maddesi ile tatilde olan Meclisi toplantıya çağırma yetkisi verilmiştir. 36. maddede Cumhurbaşkanıya Hükümetin geçmiş çalışmaları ile ilgili değerlendirmelerini ve gelecek yıl için beklentilerini mecliste açıklayabileceği nutuk yetkisi düzenlenmiştir. Bu yetkinin yürütmenin iki kanadının birbirleri ile ve Cumhurbaşkanının meclisle etkileşimi açısından değerli olduğuna kuşku yoktur. Yabancı devletlere temsilci göndermek ve yabancı temsilcileri kabul etmek de Cumhurbaşkanının yetkileri arasında sayılmıştır. Cumhurbaşkanı vatan hainliği hariç olmak üzere Meclise karşı siyasi ve cezai açıdan sorumsuzdur. İmzaladığı kararlardan dolayı sorumluluk ise kararda imzası bulunan bakan ile başbakan aittir. Yürütmenin diğer ve asli kanadı olan hükümetin oluşumu Anayasanın 44 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre Başbakan Meclis üyeleri arasından Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir. Bakanlar ise yine Meclis üyeleri arasından ama Başbakan tarafından seçilirler ve Cumhurbaşkanı tarafından

¹⁴ Özbudun, 1924 Anayasası, s. 30.

onarak Meclise sunulurlar. Bu aşamada Meclisin onayı aranmaz. Bu şekilde kurulan Hükümet, bir program hazırlayarak bir hafta içinde Meclise bildirir ve güven ister. Bakanlar Kurulunun Meclise karşı bireysel ve kolektif sorumlulukları bulunmaktadır. Bakanlar Kuruluna Danıştay incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzük çıkarma yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetkiyi veren 52. madde aynı zamanda tüzüklerin kanunlara uygunluğunu denetleme görevini Meclise vermektedir. Bu görevin Meclise verilmesi, meclis hükümeti sisteminin neredeyse tüm görev ve yetkileri Mecliste toplaması yatkinliğinden kaynaklandığı şeklinde yorumlanabilir.

3. 1961 Anayasası

27 Mayıs 1960 tarihinde bir grup subay tarafından yönetime el konulmasıyla birlikte önce 1924 Anayasasının bazı hükümleri, yeni Anayasanın¹⁵ halk oylamasında kabulünün ardından 20 Temmuz 1961 tarihli Resmi Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle de 1924 Anayasasının tamamı yürürlükten kaldırılmıştır¹⁶.

1961 Anayasasının 63. maddesine göre yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, Millet Meclisi ve Senato olmak üzere iki kanattan oluşmaktadır. Millet Meclisinin tüm üyeleri, Senatonun ise bir kısım üyesi seçimle göreve gelmektedir. Senatonun diğer üyelerini Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyeler ile Milli Birlik Komitesinden gelenler ve eski Cumhurbaşkanı oluşturulmaktadır. Millet Meclisinin seçimleri 69. madde uyarınca 4 yılda bir yapılır. Senatoda seçimle gelen ve Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyelerin görev süresi 73. maddeye göre 6 yıldır ve bu süre üyelerin üçte birinin her iki yılda bir yenilenmesi suretiyle tamamlanır. Senatonun diğer üyeleri daimidir. Meclisin her iki kanadı kural olarak ayrı ayrı çalışır ancak 63. madde Anayasada ayrıca gösterilen durumlarda birlikte toplanacağını belirtmiştir. Anayasa incelendiğinde 90. maddede meclis soruşturması, 92. maddede karma komisyon raporlarının görüşülmesi, 95. maddede cumhurbaşkanı seçimi ve Yüce Divana sevki, 124. maddede sıkıyönetim ilanının onaylanması ve 66. maddede silahlı kuvvetlerin gönderilmesi hususlarının birleşik oturumda görüşülmesi gerektiği görülmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri genel olarak 64. maddede düzenlenmiştir. Bu görev ve yetkileri şu şekilde saymak mümkündür: kanun koymak, değiştirmek ve kal-

¹⁵ 09.07.1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. Bk. Kili - Gözübüyük, s. 191-260.

¹⁶ Süreçle ilgili detaylı bilgi için bk. Tanör, s. 364 - 377.

dirmek, bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına, genel ve özel af ilanına ve kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek, 65. maddede belirtilen istisnalar dışındaki uluslararası anlaşmaların onaylanmasını bir kanunla uygun bulmak, hükümeti denetlemek. Gerek 64. maddede belirtilen gerekse diğer maddelerde yer alan görev ve yetkilerin oldukça önemli olan bazılarının kullanımı bakımından Meclisin Millet Meclisi kanadına ağırlık verildiğini söylemek mümkündür. Kanun önerilerinin, bütçe tasarılarının görüşülmesinde son sözü söyleme yetkisi Millet Meclisine ait olduğu gibi güven oylaması sadece Millet Meclisinde yapılabilir¹⁷.

Tam anlamıyla parlamenter sistem öngören 1961 Anayasasında yürütme bu sisteme uygun şekilde ikili yapıdadır, Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir. Anayasanın 95. maddesi gereği Cumhurbaşkanı Meclisin birleşik oturumunda ve meclis üyeleri arasından 7 yıllığına seçilir, seçilen kişinin partisi ile ilişkisi kesilir ve TBMM üyeliği sona erer. Görevleriyle ilgili işlemlerinden sorumsuz olan Cumhurbaşkanı sadece vatan hainliğinden dolayı suçlandırılabilir. 97. maddede Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında gerekli gördüğümüz Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek, Türk temsilcileri göndermek ve yabancı temsilcileri kabul etmek, uluslararası anlaşmaları onaylamak ve yayınlamak, belirli kişilerin cezalarını hafifletmek ya da kaldırmak sayılmıştır. Yürütmenin diğer tarafında bulunan Bakanlar Kurulu, Anayasanın 102. maddesi gereği Cumhurbaşkanı tarafından meclis içinden seçilen başbakan ve başbakan tarafından meclis içinden ya da dışından seçilen bakanlardan oluşmaktadır. Cumhurbaşkanı tarafından yapılan atamayla görevine başlayan Bakanlar Kurulu, görevde kalabilmek için güvenoyu almak zorundadır. Bakanlar Kurulu Meclise karşı sorumludur.

4. 1982 Anayasasının İlk Şekli

1982 Anayasası, 12 Eylül 1980 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetimi el koymasının ardından Milli Güvenlik Konseyinin kurduğu ve Milli Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisi olmak üzere iki kanattan oluşan Kurucu Meclis tarafından hazırlanmış ve halk oylaması ile kabul edilmiştir¹⁸.

¹⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 4. Baskı, 2021, s. 124.

¹⁸ Süreçle ilgili detaylı bilgi için bk. Bülent Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 87-104. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 131-135. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 15. Baskı, 2014, s. 51-58. Şule Özsoy, *1982 Anayasası'nın Yapım Süreci*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak tek meclisli yasama organı öngörmüştür. Anayasanın ilk halinde 5 yıl olan seçim dönemi 2007 yılı değişiklikleri ile 4 yıla indirilmiştir. Meclisin görev ve yetkileri 87. maddede düzenlenmiştir. Buna göre kanun koymak, değiştirmek, kaldırmak, Bakanlar Kurulunu ve Bakanları denetlemek, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek, bütçe ve kesin hesap tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek, milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, genel ve özel af ilanına karar vermek Meclisin görev ve yetkilerindedir.

Anayasanın 8. maddesiyle yürütme görevi ve yetkisi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Anayasanın 101. maddesinin ilk şekline göre Cumhurbaşkanı Meclis tarafından kendi üyeleri içinden ya da 1961 Anayasasından farklı olarak milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından 7 yıllığına seçilmekteydi ve ikinci kez seçilmek mümkün değildi. Seçim usulü 102. maddede detaylı şekilde düzenlenmiş ve sonu otomatik feshe bağlanmıştı¹⁹. 2007 yılında yapılan değişikliklerle birlikte cumhurbaşkanının meclis yerine halk tarafından seçilmesi usulü benimsenmiş, görev süresi 5 yıla indirilmiş ve ikinci kez seçilmek mümkün olmuştur. Cumhurbaşkanı seçilen kişinin varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve meclis üyeliği sona erer. 105. maddeye göre Cumhurbaşkanının karşı imza kuralına tabi işlemlerinden Başbakan ve ilgili Bakan sorumlu olur. Resen imzaladığı kararlarına karşı yargı merciine başvurmak mümkün değildir. Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri 104. maddede yasama, yürütme ve yargı ile ilgili olanlar şeklinde sınıflandırılarak ve 1961 Anayasasının ilgili 97. madde hükmüne kıyasla oldukça detaylı şekilde sayılmıştır. Ancak sayılan yetkilerin hangilerini tek başına, hangilerini Başbakan ve ilgili Bakanın imzasıyla yapacağı belirtilmemiştir. Cumhurbaşkanı görevi ile ilgili işlemlerinden siyasi ve hukuki olarak sorumlu değildir. Bununla birlikte göreviyle ilgili olarak cezai sorumluluğu ise sadece vatana ihanet halinde doğmaktadır. Yürütmenin diğer kanadında Başbakan ve Bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulu 109. maddede düzenlenmiştir. Kurulun oluşumu ve göreve başlama usulü 1961 Anayasasındaki düzenleme ile aynıdır. 1982 Anayasası Bakanlar Kurulunun sorumluluğu ile ilgili 1961 Anayasası hükümlerini aynen kabul etmiş, ayrıca Kurul içinde Başbakanın sorumluluğunu artırıcı ek düzenlemeler öngörmüştür.

¹⁹ Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, s. 109-110.

5. 1982 Anayasasının Son Şekli / Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi

1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan köklü değişikliklerle²⁰ birlikte kendine özgü bir başkanlık sistemi olan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Hükümet sistemi değişimi yasama ve yürütme organlarının oluşumunu ve birbirleri ile olan ilişkilerini büyük ölçüde değiştirmiştir. 1982 Anayasasının ilk şeklinde yürütme organının iki kanadının da yasama organı tarafından belirlenmesi şeklindeki yürütme organının oluşumunda yasama organının dahil öncce 2007 yılı değişiklikleri ile birlikte Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün benimsenmesiyle zayıflatılmıştır. 2017 değişiklikleriyle birlikte ise yürütme organının oluşumunda artık yasama organının bir etkisi kalmamıştır.

Anayasanın 75. maddesine göre 600 milletvekilinden oluşan yasama organının seçimleri 77. maddeye göre beş yılda bir ve cumhurbaşkanlığı seçimi ile aynı günde yapılır. Anayasanın değişik maddelerine göre Türkiye Büyük Millet Meclisinin sahip olduğu yetkiler şunlardır: kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve Bakanları denetlemek, bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek, milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını bir kanunla uygun bulmak, genel ve özel af ilanına karar vermek. Yasama organının seçimleri meclisin 5 yıllık seçim döneminin sona ermesi, meclisin erken seçim kararı alması, Cumhurbaşkanı tarafından meclis seçimlerinin yenilenmesi ve genel seçimlere 1 yıl ve daha az bir süre kalmışken cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması hallerinde yenilenir.

Öngörülen yeni hükümet sistemi bağlamında Anayasanın 104. maddesi yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğunu belirterek, yürütme organını tek başlı hale getirmiştir. Anayasanın 106. maddesinde Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve Bakanların düzenlenmiş olması yürütme organını tek başlı olmaktan çıkarmamaktadır. Bu kişiler yürütme yetkisinin tek sahibi olan cumhurbaşkanının memurları konumundadırlar. Şöyle ki, 106. maddeye göre Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve Bakanlar Cumhurbaşkanı tarafından atanırlar ve yine onun tarafından görevden alınırlar. Diğer bir deyişle bu kişiler sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumludurlar, meclise karşı sorumlulukları yoktur. 2007 yılında yapılan değişiklikle kabul edilen Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü 2017 değişiklikleriyle de muhafaza edilmiştir. Cumhurbaşkanının görev süresi 5

²⁰ 16 Nisan 2017 Halkoylaması ile oylanan 6771 sayılı Kanun.

yıldır. Anayasanın 77. maddesine göre Cumhurbaşkanı seçimleri ile meclis seçimleri aynı günde yapılacağından dolayı Cumhurbaşkanının seçim sürecini başlatabilecek durumlar şunlardır: Meclisin ve Cumhurbaşkanının 5 yıllık görev süresinin dolması, Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi, Cumhurbaşkanı tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi ve Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle sona ermesi. 2017 değişiklikleriyle birlikte Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri belirtilirken Anayasanın ilk şeklinde yer alan yasamaya, yürütmeye ve yargıya ilişkin yetkiler ayırımına yer verilmemiştir. 104. maddenin yeni şekline göre Cumhurbaşkanı genel olarak yürütme yetkisine sahiptir. Ayrıca Cumhurbaşkanı ülkeyi temsil etmeye, Anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin etmeye, Mecliste açılış konuşması yapmaya, Meclise mesaj vermeye, kanunları yayımlamaya ya da geri göndermeye, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmaya, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile Bakanları atamaya, üst kademe yöneticilerini atamaya ve görevlerine son vermeye, yabancı devletlerin temsilcilerini kabul etmeye, milletlerarası anlaşmaları onaylama ve yayımlamaya, Anayasa değişikliği kanunlarını halk oyuna sunmaya, milli güvenlik politikalarını belirlemeye ve gerekli tedbirleri almaya, Başkomutanlığı temsil etmeye, Meclis ara verme halinde ya da tatilde silahlı kuvvetlerin kullanılmasına karar vermeye, bazı kişilerin cezalarını affetmeye, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmaya yetkilidir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin tek başlı yürütme yapısından dolayı 2017 yılında Cumhurbaşkanının sorumluluğu konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunun olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Zira başkanlık sistemlerinde halk tarafından seçilen devlet başkanının süresi bitene kadar siyasi saiklerle görevden alınması mümkün değildir. Ancak Anayasanın 116. maddesine göre Meclis kendi seçimlerinin yenilenmesini göze alarak Cumhurbaşkanının görevine son verme yetkisine sahiptir. Doktrinde bu hususun Cumhurbaşkanının meclise karşı sorumlu olduğu şeklinde yorumlanamayacağı vurgulansa da teknik olarak bunun bir siyasi sorumluluk mekanizması olduğu belirtilmiştir²¹. Cumhurbaşkanının hem kişisel hem de görevleriyle ilgili suçlarından dolayı cezai sorumluluğu ile hem kişisel eylem ve işlemlerinden dolayı hem de göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı hukuki sorumluluğu tamdır.

²¹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 914-915.

B. Türk Anayasalarında Karşılıklı Etkileşim Araçları

Benimsenen hükümet sistemi ne olursa olsun yasama ve yürütme organları arasında kaçınılmaz olarak bir takım karşılıklı etkileşim araçları bulunmaktadır. Bu etkileşim araçları organlar arasında uyum ve işbirliğini sağladığı gibi, birinin diğeri aleyhine orantısız şekilde güç elde etmesini de engellemektedir. Bütçenin hazırlanması ve kabul edilmesi, uluslararası anlaşmaların yapılması ve onaylanması, yasamanın yürütmeyi denetlemesi, yürütmenin yasamayı feshi, mesaj verme yetkisi ve bazı atamaların yapılması yasama ve yürütme organlarını mecburen karşı karşıya getiren, fren ve denge mekanizması işlevi gören karşılıklı etkileşim araçlarıdır. Çalışmanın bu kısmında her bir etkileşim aracının 1921 Anayasasından günümüze Türk Anayasalarında nasıl düzenlendiğine yer verilecektir.

1. Bütçenin Hazırlanması ve Kabul Edilmesi

Kurtuluş mücadelesi içinde iken hazırlanan ve 23 maddelik kısa bir anayasa olan 1921 Anayasasında bütçe ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yasama yetkisinin yanı sıra yürütme yetkisine de sahip olan Meclisin harcamaların planlanması ve yapılması konusunda da yetkili olduğunu söylemek o dönem benimsenen kuvvetler birliği ilkesine ters düşmeyecektir²². Bu ilkeye göre bütçeyi hazırlayan ve onaylayan organın aynı olmasının bütçenin organların karşılıklı etkileşim aracı olması rolünü zedelediğini söylemek mümkündür. Uygulamada Maliye Vekaleti tarafından hazırlanan bütçeler Meclisin onayına sunulmuş, ancak çoğu bütçe ait olduğu yılbaşında Meclisin onayından geçemediğinden avans ve ek ödemelerle işler yürütülürken vekaletlerin önceki yıl harcamaları da üst sınır olarak kabul edilmiş²³, bütçelerin onaylanması gecikmiştir²⁴.

1924 Anayasasının 26. maddesinde Meclisin yetkileri arasında bütçe ve kesin hesap kanunlarının incelenmesi ve onaylanması da sayılmıştır. Bütçe tasarısının mali yıl başından en az 3 ay önce meclise sunulması ve bütçe kanununun 1 yıl geçerli olacağı yine Anayasa ile düzenlenmiştir. Anayasa 100. maddesiyle

²² Ümit Güveyi, "Bütçe Hakkının Anayasacılık Bakımından Önemi ve Türk Anayasal Düzenindeki Durum", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, C. 14, S. 155, s. 1363.

²³ Rıdvan Akın, "TBMM'nin İlk Bütçe Yasası: 1336 Muvazene-i Umumiye Kanunu", *Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları Dergisi*, 2002, S. 2, s. 38.

²⁴ İhsan Güneş, "Milli Mücadele Dönemi Bütçeleri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 1988, C. 4, S. 12, s. 781.

Meclis adına devletin gelir ve giderlerini denetleme görevini yapması için Sayıştay kurulacağını öngörmüştür. Bütçe kanunu tasarıları Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanır ve Meclisin onayına sunulur. Anayasanın 35. maddesine göre Meclis tarafından onaylanan bütçe kanunlarının Cumhurbaşkanı tarafından Meclise geri gönderilmesi mümkün değildir. Böylece bütçe kanununun Meclis tarafından onaylanması aşamasına yürütme organının etki etme girişimlerinin önlenmek istendiğini söylemek mümkündür²⁵.

1961 Anayasası kendinden önceki anayasalara göre bütçeyi daha detaylı şekilde düzenlemiştir. 94. maddeye göre bütçe tasarısı Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanarak Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Tasarı öncelikle 35 Millet Meclisi üyesi ve 15 Senato üyesinden oluşan karma komisyona havale edilir. Komisyonun 8 hafta içinde yapacağı değerlendirmelerden sonra tasarı Cumhuriyet Senatosunda en geç 10 gün içinde görüşülerek karara bağlanır ve tekrar karma komisyona gönderilir. Komisyondan gelen son metin bütçe ile ilgili son sözü söyleme yetkisine sahip olan Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Gerek Senato gerekse Millet Meclisi görüşmelerinde bu meclislerin üyeleri gider artırıcı ya da gelir azaltıcı teklifler yapamazlar. 1961 Anayasasının kurduğu çift meclisli sistem, yürütmenin en önemli gereksinimlerinden biri olan bütçe üzerinde yasama organının denetimini kuşkusuz pekiştirmiştir.

1982 Anayasasının ilk şeklinde bütçenin hazırlanması, görüşülmesi ve kabul edilmesi 1961 Anayasası gibi detaylı şekilde düzenlenmiştir. Anayasanın 162. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan bütçe Meclise sunulur. 25 üyesi iktidardan gelmek şartıyla 40 üyeden oluşan bütçe komisyonu rapor hazırlar. Anayasanın 87. maddesi gereği bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşerek kabul etmek Meclisin görev ve yetkilerindedir. Bütçesi reddedilen Bakanlar Kurulunun görevine devam edebilmesi mümkün değildir. 163. maddede bütçeyle verilen harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla artırılamayacağı ve Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisinin verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, bütçenin yasama ile yürütme organları arasında önemli bir denge-denetim unsuru olma özelliğini Meclis lehine pekiştirmektedir.

2017 yılında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin getirilmesiyle birlikte yasama - yürütme organlarının karşılıklı etkileşiminde kilit konumdaki araçlardan biri olan bütçenin hazırlanması ve kabul edilmesi süreciyle ilgili olarak

²⁵ Güveyi, s. 1364.

önemli değişiklikler yapılmıştır. Yürütme organının monist yapısı gereği bütçe teklifini hazırlama ve Meclise sunma yetkisi Anayasanın 161. maddesi ile Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bütçenin görüşülerek kabul edilmesi ise 87. madde gereği Meclisin yetkisindedir. Ancak Anayasanın 161. maddesinin 4. fıkrası Meclisin yürütme organına karşı kullanabileceği bu fren mekanizmasını büyük ölçüde zayıflatmıştır. Şöyle ki, bütçe kanunu belirtilen süre içinde yürürlüğe konulamazsa geçici bütçe kanunu çıkarılır, eğer o da çıkarılamazsa yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilme oranı doğrultusunda artırılır ve uygulamaya konulur.

2. Uluslararası Anlaşmaların Yapılması ve Onaylanması

Kuvvetler birliği ilkesini benimseyen 1921 Anayasasının 7. maddesiyle Meclise ait olduğu sayılan yetkiler arasında uluslararası anlaşmaların yapılması ve onaylanması yetkileri de bulunmaktadır. Madde metninde geçen “muahede akdi” kavramı anlaşmanın hazırlanması aşamasından başlayarak yürürlüğe girdiği zamana kadar olan sürecin tümünü kapsamaktadır²⁶. Ancak Meclis, anlaşma görüşmelerine katılma ve anlaşmayı imzalama yetkisini doğrudan kullanamayacağından kendi üyeleri arasından seçtiği vekilleri bu yetkileri kullanmak üzere görevlendirmiştir²⁷. Büyük Millet Meclisi 1921-1924 yılları arasında yetkilendirdiği kişilerce imzalanan 14 uluslararası anlaşmadan 12’sini kanunla onaylayarak yürürlüğe koymuş, diğerlerinin ise anlaşma yapmaya yetkilendirdiği kişilere aynı zamanda anlaşmaya bağlayıcılık kazandırma yetkisi vermek suretiyle yürürlüğe girmelerini sağlamıştır²⁸. En nihayetinde tüm yetkinin Mecliste olduğunu söylemek mümkündür.

1924 Anayasasının 26. maddesinde sayılan diğer yetkilerle beraber uluslararası anlaşma yapma yetkisi Meclise verilmiştir. Bununla birlikte yürütme organı yasama organından artık daha belirgin şekilde ayrışmaya başladığından zamanla bu ayrışma uluslararası anlaşmaların yapımı ve onaylanması aşamalarında da ortaya çıkmıştır. 1931 yılından sonra yapılan anlaşmaların imzalanması süreci tamamıyla yürütme organının hâkimiyeti ile gerçekleştirilmiş, Meclis bu anlaşmaları sadece onaylamakla yetinmiştir. Anlaşmalar, Bakanlar Kurulu Kararnameleri ile belirlenen hükümet temsilcileri tarafından imzalanmıştır²⁹. Bu

²⁶ Tanör, 260.

²⁷ Ülkü Halatçı Ulusoy, *Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Uluslararası Anlaşmaların Yapımı ve Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 34.

²⁸ Halatçı Ulusoy, s. 34, 130.

²⁹ Halatçı Ulusoy, s. 35.

aşamadan sonra anlaşma onay için Meclise gelir, onaylanan anlaşma Cumhurbaşkanının imzasıyla Resmi Gazete 'de yayımlanır. Her ne kadar 26. madde ile anlaşmalarla ilgili tüm yetki Meclise ait gibi görünse de anlaşmaları Bakanlar Kurulu kararıyla yetkilendirilen kişiler imzaladığından imza yetkisinin yürütme organında olduğunu söylemek mümkündür. Yine de imzalanan anlaşmalar Meclisin onayından geçmeden geçerlik kazanamayacağı için yürütme organının yetkisini kullanırken bunu hesaba katması beklenir. Bununla birlikte uygulamada imzalanan tüm anlaşmaların Meclisin onayından geçirilmesi usulünden sapmalar olduğu gözlemlenmiştir³⁰. Buna göre hükümete imzaladığı bazı anlaşmaları imza gününden itibaren yürürlüğe koyma yetkisi veren kanunlar³¹ çıkarılmış, bu şekilde yapılması belirtilen bazı anlaşmalar için belirli süre içinde Meclisin onayına sunma şartı getirilmiştir³².

1961 Anayasasında uluslararası anlaşmalar ile ilgili hükümler 65. ve 97. maddelerde bulunmaktadır. Ancak anlaşmanın görüşmelerini kimin yapacağı, esas metni kimin belirleyeceği ve imzalama yetkisinin kimde olacağına dair anayasada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin yerleşmesiyle birlikte bu yetkiler yürütme organı tarafından kullanılmış, bu konuda herhangi bir çatışma yaşanmamıştır³³. Daha sonra bu konuya 244 sayılı Kanun³⁴ ile açıklık getirilmiş, anlaşmaların imzalanması için temsilcilerin ve yetkilerinin tespitinin Resmi Gazete'de yayımlanmayacağı, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yapılacağı düzenlenmiştir. 97. madde anlaşmaların onaylanması ve yayımlanması yetkisini Cumhurbaşkanına vermiştir. 65. madde ise anlaşmaların onaylanmasının kural olarak Meclis tarafından bir kanunla uygun bulunması halinde mümkün olduğunu belirtmiş, ikinci fıkrasında bu kurala bazı istisnalar getirerek uygun bulma kanunu gerekmeden yayımlanma ile yürürlüğe girebilecek anlaşmaları düzenlemiştir. Görüldüğü üzere 1961 Anayasasına göre yapılan bir uluslararası anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunması kanunu Meclis tarafından çıkarılmakta, onaylama yetkisi ise Cumhurbaşkanına verilmektedir. Anlaşmanın bağlayıcılık kazanması ile ilgili olarak

³⁰ Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuku*, I. Cilt, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, s. 158.

³¹ Ör. 12 Aralık 1925 tarih ve 691 sayılı Kanun, 22 Temmuz 1931 tarih ve 1868 sayılı Kanun, 18 Eylül 1937 tarih ve 3267 sayılı Kanun. Detaylı açıklamalar için bk. Çelik, s. 153-155.

³² Ör. 3 Ocak 1941 tarih ve 3970 sayılı Kanun, 5 Haziran 1944 tarih ve 4852 sayılı Kanun, 20 Mayıs 1959 tarih ve 7280 sayılı Kanun. Detaylı açıklamalar için bk. Çelik, s. 154-156.

³³ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 12. Baskı, 2014, s. 156.

³⁴ 31.05.1963 tarih ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun.

ilk kez 1961 Anayasası yasama ve yürütme organları arasında yetkiyi açıkça paylaşmıştır³⁵. Bu husus, onaylanması ancak bir uygun bulma kanunu ile mümkün olan anlaşmalar bakımından yasama ve yürütme organları için önemli bir karşılıklı etkileşim aracı olma özelliği göstermektedir.

1982 Anayasasının ilk şeklinde yasama ve yürütme organlarının arasında karşılıklı etkileşimi sağlayan araçlardan biri olarak uluslararası anlaşmalarla ilgili anayasal düzenlemeler 90. ve 104. maddede yer almaktadır. 1961 Anayasasının ilgili düzenlemeleri ile kıyaslandığında hükümlerin hemen hemen aynı oldukları göze çarpmaktadır. Bu sebeple anlaşmaların bağlayıcılık kazanması sürecinde 1961 Anayasası ile açıkça getirilen yasama ve yürütme arasındaki yetki paylaşımının 1982 Anayasası bakımından da aynen geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda 1982 Anayasası da halefi anayasa gibi uluslararası anlaşmanın görüşmelerini yapmaya, metni belirlemeye ve nihayet imzalamaya kimin açıkça yetkili olduğunu bildirmemiştir. Ancak genel kabul gördüğü üzere bu yetki yürütme organının üyeleri arasında paylaşılmıştır³⁶. Buna göre Cumhurbaşkanı, Başbakan, Dışişleri Bakanı ve yetki belgesi ile yetkilendirilen kişiler uluslararası anlaşmaların görüşmelerine katılarak metni oluşturabilir ve imzalayabilir. İmzalanan bir uluslararası anlaşma için sonraki aşama yasama organının yetkisine giren onaylanmasının uygun bulunmasıdır. Anayasanın 90. maddesinin ilk fıkrasındaki genel kurala göre anlaşmaların onaylanabilmesi için onaylanmanın yasama organı tarafından çıkarılacak bir kanunla uygun bulunması gerekmektedir. Bunun için gereken kanun önerisi Bakanlar Kurulu tarafından tasarı olarak hazırlanmaktadır. Aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise genel kurala istisna getirilmiş, belirtilen anlaşmaların uygun bulma kanunu gereksiz onaylanması süreci hükme bağlanmıştır. Yasama organındaki sürecini atlatan (ya da uygun bulma kanunu gerekmeyen) uluslararası anlaşma onay aşamasına gelmiştir. Anayasanın 104. maddesine göre uluslararası anlaşmaları onaylamak ve yayımlamak Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerindedir. Karşı imza kuralı gereği Cumhurbaşkanı bu yetkisini Başbakan ve ilgili Bakanın imzası ile birlikte kullanabilmektedir. Bununla birlikte uygulamada uygun bulma kanununun çıkmasından sonra Bakanlar Kurulu hazırladığı kararnameyi anlaşma metnini de ekleyerek Cumhurbaşkanına göndermiş ve Cumhurbaşkanı da imzasını bu kararnameye ekleyerek onaylama aşaması gerçekleştirmiştir. Cumhurbaşkanı'nın ilgili kararnameyi imzalamayı reddetme yetkisinin olup olmadığı

³⁵ Çelik, s. 160. Pazarıcı, s. 158.

³⁶ Pazarıcı, s. 158.

dönemin önemli tartışma konularından olmuş ve takdir yetkisi dahilinde olduğu görüşü ağır basmıştır³⁷.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kapsamında yasama ve yürütme organlarının karşılıklı etkileşim araçlarından biri olan uluslararası anlaşmaların yapılması ve onaylanması bakımından 2017 Anayasa değişiklikleri incelendiğinde, kendinden önceki anayasa normlarıyla benzer şekilde anlaşmaları akdetme yetkisinin kime ait olduğu ile ilgili bir düzenleme içermediği görülmektedir. 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 1. maddesinde akdetmeye yetkili olanların kimler olacağı ve yetkilerinin kapsamının Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile belirleneceği ve bunların Resmi Gazete’de yayımlanmayacağı öngörülmüştür. Anayasanın 104. ve 9 sayılı Kararnamenin 3. maddesine göre anlaşmaları onaylama ve yayımlama yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Ancak Cumhurbaşkanının bu yetkisini kullanabilmesi için Anayasa madde 90/1 gereği kural olarak 2017 öncesinde olduğu gibi Meclisin anlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulması gerekmektedir. Artık kanun tasarısı usulü kaldırıldığı ve uygun bulma kanun teklifi yönünden Cumhurbaşkanına Anayasa ile istisnai bir yetki verilmediğinden uygulamada Meclis Başkanları milletvekili sıfatıyla bu teklifleri yapmaktadırlar. 90/2-3’teki istisna kapsamına giren anlaşmalar ise uygun bulma kanunu gereksiz Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır. 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine göre anlaşmaların onaylanması Cumhurbaşkanlığı kararı ile olur.

3. Yasamanın Yürütmeyi Denetlemesi

Kuvvetler birliği sistemi uygulayan Meclis ile bu sistemi öngören 1921 Anayasası uyarınca yürütme kuvveti tamamen Meclise aittir. Meclis bu yetkisini kendi üyeleri arasından mutlak çoğunlukla seçtiği üyeler aracılığı ile kullanır. Bu üyelerin Meclis adına ve Meclis tarafından belirlenen şekilde emir ve talimatlarla yürütme işlerini görmeleri öngörülmüştü. Buna uyup uymadıklarının Meclis tarafından denetlenmesi ve gerektiğinde görevden alınacakları düzenlenmişti. Bununla birlikte vekillerin yürüttükleri işlerle ilgili olarak meclis encümenine danışıklarına ve meclisin vekillere yön gösterdiğine uygulamada rastlanmamıştır. Meclis İcra Vekilleri üzerindeki denetimi siyasi sorumluluk aracılığı ile yapabilmıştır. İcra Vekilleri kurulduğu ilk günden itibaren Vekillerin bireysel ve kolektif sorumlulukları uygulamada kabul edilmiş ve zaman zaman bu kurumlar işletilmiştir³⁸.

³⁷ Pazarıcı, s. 164.

³⁸ Tanör, s. 270-271.

Yasama organının yürütmeyi denetleme yetkisine ilişkin olarak 1924 Anayasasında yer alan ilk düzenleme 7. maddede bulunmaktadır. Buna göre Meclis, hükümeti her zaman denetleyebilir ve düşürebilir. Anayasanın 22. maddesi Meclisin, yürütmenin hükümet kanadını denetleme araçlarına yer vermiştir. Soru, gensoru ve meclis soruşturması olarak sayılan bu araçların nasıl uygulanacağına içtüzükte gösterileceği belirtilmiştir. Soru önergesi verebilmek için en az bir milletvekilinin imzası gerekmektedir. Soru, yazılı soru veya sözlü soru şeklinde olabilir. Siyasi sorumluluğa yol açan gensoru herhangi bir milletvekili tarafından başbakan ya da bakanlarla ilgili olarak verilebilir. Genel kurulda görüşme yapılmaksızın oylanır ve kabul edilirse tüm milletvekillerinin söz alabileceği gensoru görüşmelerinin ardından oylama yapılır. Meclis soruşturması ise bakanların görevleri ile ilgili cezai sorumluluklarının işletilmesine yarar. Gensoru ve bütçe görüşmeleri sırasında ya da bir görüşme olmasa da milletvekillerinin talepleriyle meclis soruşturması açılmasına Meclis genel kurulunda karar verilebilir. Soruşturma için özel bir komisyon kurulur, ya da Anayasa ve Adalet Komisyonu üyelerinden oluşan karma bir komisyon görevlendirilir. Bu komisyon suçun işlendiğine kanaat getirirse ilgili Bakan Yüce Divana gönderilir ve Anayasanın 50. maddesi gereği Yüce Divana sevk edilen kişinin bakanlık görevi sona erer.

Yasama organı için ikili meclis yapısı öngören 1961 Anayasası, yürütme organının denetlenmesi konusunda bazı denetim araçları bakımından her iki meclise de benzer yetkileri verse de siyasi sorumluluğa yol açan denetim aracı bakımından sadece Millet Meclisini yetkilendirmiştir. 88. maddeye göre soru, genel görüşme, meclis soruşturması ile meclis araştırmasının her iki meclisin de yetkisi dahilinde olduğunu belirtmiştir. Bu kurumlar meclislerin iç tüzüklerinde benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre soru önergeleri, Başbakan veya bir bakandan bir konu ile ilgili bilgi istemek amacıyla bir imza ile verilebilir. Denetim araçlarından biri olan genel görüşme ilk kez 1961 Anayasası ile kabul edilmiştir. 90. maddede yer alan meclis soruşturması hükümetin ya da tek tek bakanların cezai sorumluluğuna yol açar. Meclis soruşturması istemleri Türkiye Büyük Millet Meclisinin birleşik toplantısında görüşülür ve karara bağlanır. Siyasi sorumluluğa yol açan gensoru kurumu 89. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Diğer denetim şekillerinden farklı olarak gensoru ile hükümete güven ya da güvensizlik oyu verme yetkisi yalnızca Millet Meclisine tanınmıştır³⁹. Gensoru önergesinin Anayasanın ilk şeklinde bir milletvekili ya da siyasi parti grubu adı-

³⁹ Tanör, s. 396.

na verilebileceği belirtilmişken 1971 yılında yapılan değişiklikle siyasi parti gruplarının yetkisi aynen korunurken en az 10 milletvekilinin imzası gerekli kılınmıştır. Gensoru görüşmeleri sonucunda bir bütün olarak Bakanlar Kurulunun ya da bir bakanın düşürülebilmesi için üye tam sayısının salt çoğunluğu gereklidir.

1982 Anayasasının ilk şeklinde Meclisin hükümeti denetleme yolları 98. maddede soru, genel görüşme, meclis araştırması, gensoru ve meclis soruşturması olarak sayılmış ve kısaca tanımlanmıştır. Bu denetim yollarının uygulamasında esas alınacak düzenlemeler 1996 yılına kadar 1982 Anayasasının 98, 99 ve 100. maddeleri, 1973 Millet Meclisi iç tüzüğü'nün konu ile ilgili Anayasaya aykırı olmayan hükümleri ve meclis soruşturması bakımından 1965 TBMM Birleşik Toplantısı iç tüzüğü'dür⁴⁰. İç tüzüğü'nün 96 ve devamı maddelerinde soru usulü detaylı şekilde düzenlenmiştir. Soru önergesi, Başbakan veya bir Bakandan bilgi istemek amacıyla bir milletvekili tarafından imzalanır ve Meclis başkanlığına verilir. Cevabı sözlü olarak istendiyse sözlü soru, yazılı olarak istendiyse yazılı soru mevcuttur. Yazılı sorunun cevabı, soru sahibine verilir ve meclis tutanağına eklenir. Sözlü soru ise sorunun cevap verecek birime sevkinden itibaren 7 gün sonra gündeme alınır. Her iki soru türünde de herhangi bir oylama yapılmaz, bu nedenle etkinliği oldukça düşük bir denetim aracıdır. Ancak gündem oluşturabilir, kamuoyunun dikkati çekilebilir. Toplum ve devlet faaliyetlerini ilgilendiren bir konunun Mecliste genel görüşme usulü ile ele alınabilmesi için siyasi parti gruplarının veya İç tüzüğü'nün ilk halinde 10, 1996 değişikliklerinden sonra en az 20 milletvekilinin önerge vermeleri gerekmektedir. Görüşmelerde önerge sahibi, siyasi parti grupları ve milletvekilleri kişisel olarak söz alabilirler⁴¹. Bu yönüyle genel görüşme, denetim şekillerinden soruya göre daha etkindir. Ancak uygulamada genel görüşme önergelerinin büyük çoğunluğunun hükümsüz kaldığı gözlemlenmiştir⁴². Meclis genel kurulu tarafından kararlaştırılan bir konunun, meclis üyelerinden oluşan ve kurum ve kuruluşlardan bilgi isteme, buralarda inceleme yapma ve ilgili kişileri çağırıp dinleme yetkisine sahip özel bir komisyon tarafından hazırlanan raporla genel kurulda görüşülmesi anlamına gelen meclis araştırmasının açılmasında genel görüşme usulünün hükümleri uygulanır. Genel görüşmede olduğu gibi meclis araştırmasında da herhangi bir

⁴⁰ Mustafa Karaman, *Demokratik Siyasal Sistemde Parlamenter Denetim ve Türkiye Uygulaması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 169.

⁴¹ Şeref İba, *Parlamento Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 7. Baskı, 2020, s. 214.

⁴² Karaman, s. 175.

oylama yapılmaz ancak bu usuller aracılığı ile elde edilen bilgiler doğrultusunda hükümetin siyasi sorumluluğuna gidilmek istenirse gensoru süreci işletilebilir. Gensoru usulü Anayasanın 99. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Önergeler bir siyasi parti grubu adına ya da en az 20 milletvekilinin imzası ile verilebilir. 99. maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan usulle açılan gensoru görüşmelerinde güvensizlik önergesi verilebilir, yapılan oylamada yalnızca güvensizlik oyları sayılır ve Bakanlar Kurulunun ya da bir Bakanın düşürülebilmesi için üye tam sayısının salt çoğunluğunun güvensizlik oyu gerekmektedir. Anayasanın 100. maddesinde düzenlenen ve Başbakan ya da bakanların cezai sorumluluğunu araştırmak amacıyla getirilen bir usul olan meclis soruşturması ise meclis üye tam sayısının en az onda biri tarafından istenebilir. Verilmesinden itibaren en geç bir ay içinde önerge görüşülerek karara bağlanır. Soruşturma açılmasına karar verildiğinde konu ile ilgili rapor hazırlamak üzere özel bir komisyon oluşturulur. Raporun görüşülmesi sonucunda Yüce Divana sevk için üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyu gereklidir. Bu durumda 113. madde gereği Yüce Divana sevk edilen bakan bakanlıktan düşer, Başbakanın sevki halinde ise tüm Bakanlar Kurulu düşer. 1982 Anayasasının 2017 değişikliklerine kadar uygulandığı dönemde toplam 117 meclis soruşturması önergesi verilmiş, bunlardan 41 tanesi önergenin kabulü ile sonuçlanmış ve 8'i için Yüce Divan yargılaması yapılmıştır⁴³.

Anayasanın 2017 yılında değiştirilen 98. maddesi yasama organının yürütme organından bilgi edinme ve onu denetleme araçlarına yer vermiştir. Bu araçlar ilk fıkrada meclis araştırması, genel görüşme, meclis soruşturması ve yazılı soru olarak belirtilmiştir. Hükümet sisteminin değiştirilmesi ve parlamenter sistemlerde bulunan şekliyle bir Bakanlar Kurulunun bulunmaması sebebiyle gensoruya yer verilmemiştir. Sözlü soru usulü kaldırılmıştır. 1924 Anayasasından bu yana anayasal denetim araçlarından biri olan sorunun muhatabı, 2017 değişikliklerine kadar yürütme organının iki kanadından biri olan Bakanlar Kurulu üyeleri iken, 2017 yılından sonra yürütme organının sahibi olan Cumhurbaşkanı değil, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile Bakanlardır⁴⁴. Soru usulünün etkinliği oldukça düşüktür. Bununla birlikte soru yoluyla muhatabı belli bir konuda uyarılmaktadır⁴⁵. Uygulamada milletvekilleri sıkça bu araca başvurmaktadır. Meclis tutanaklarına göre 27. yasama döneminin başından Mart 2022'ye

⁴³ Karaman, s. 172.

⁴⁴ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 741.

⁴⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 741.

kadar toplam 60331 soru sorulmuş, 31821'i süresi geçtikten sonra, 7534 soru ise süresi içinde cevaplandırılmıştır⁴⁶. 2017 yılında genel görüşme ve meclis araştırması ile ilgili önemli değişiklik yapılmamıştır. Ancak Anayasanın 106. maddesinde meclis soruşturmasının Cumhurbaşkanı yardımcıları ile Bakanlar hakkında ve görevleriyle ilgili bir suç işledikleri iddiasıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Soruşturma istemi Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu tarafından yapılabilir. 2017 öncesinde meclis üye tam sayısının onda biri tarafından yapılan soruşturma istemi 2017 sonrasında zorlaştırılmıştır. Soruşturma açılması kararı ise üye tam sayısının beşte üçünün gizli oyuyla verilebilir. Bu durumda bir soruşturma komisyonu oluşturulur ve komisyonun hazırladığı rapor genel kurulda görüşülür. Görüşmeler sonunda bir Bakan ya da Cumhurbaşkanı yardımcısının Yüce Divana sevk edilebilmesi için üye tam sayısının üçte ikisinin oyu gerekmektedir. Aranılan yüksek çoğunluk sayıları, meclis soruşturması usulünün işletilmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Buna rağmen bu usul bir şekilde işletilebildiğinde bile 2017 öncesindeki usulün aksine sevk kararına bağlanan siyasal bir sonuç olmadığından⁴⁷ Yüce Divan yargılaması boyunca ilgili Bakan ya da Cumhurbaşkanı yardımcısı görevde kalmaya devam eder. Yargılama sonucunda da her suçtan dolayı değil, ancak seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûmiyet verilirse bu kişilerin görevleri sona erer. Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile Mecliste yürütülecek soruşturma ise 105. maddede düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma öneresi üye tam sayısının salt çoğunluğu ile verilebilir. Soruşturma, üye tam sayısının beşte üçünün gizli oyu ile açılabilir. Yüce Divana sevk için ise üye tam sayısının üçte ikisinin gizli oyu gerekmektedir. Yüce Divana sevk edilmek Cumhurbaşkanının görevini sona erdirmez. Bunun için Yüce Divan yargılaması sonucunda seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyet kararının verilmesi gerekmektedir.

4. Yürütmenin Yasamayı Feshi

1921 Anayasası döneminde uygulanan meclis hükümeti sisteminde yürütmenin yasamayı feshetme, çalışma süresini kısaltma ya da meclisi tatil etme yetkileri bulunmamaktadır⁴⁸. Çünkü zaten yürütmenin asli sahibi Meclistir. Yürütme gücünün bir an bile boş bırakılmayacağı düşünüldüğünde Anayasanın madde-i münferide de yer verdiği üzere Meclisin sürekli çalışması esastır.

⁴⁶ <https://bit.ly/3LMBazv>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

⁴⁷ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 753.

⁴⁸ Tanör, 260.

1924 Anayasası yürütmenin her iki kanadına da yasamayı feshetme yetkisini vermemiştir. Bununla birlikte bunun o dönemde akıllara hiç gelmeyen / getirilmeyen bir karşılıklı etkileşim aracı olduğunu söylemek mümkün değildir. Yeni anayasanın hazırlanması için oluşturulan Kanun-ı Esasi Encümeninin sunduğu teklifte Cumhurbaşkanı Meclisi feshetme / seçimleri yenileme yetkisi verilmiştir. Bu konu Mecliste oldukça uzun tartışmalara yol açmış ve sonuçta reddedilmiştir⁴⁹. Bununla birlikte uygulamada 1924 Anayasası döneminde sadece 1957 seçimlerinde olmak üzere bir kez de olsa⁵⁰ hükümetin yönlendirmesiyle meclis kendi seçiminin yenilenmesine ya da seçimlerin erken yapılmasına karar vermiştir⁵¹.

Yürütme organı tarafından yasama organının feshedilmesine dair düzenleme içeren ilk cumhuriyet anayasası 1961 Anayasasıdır. “Millet Meclisi Seçimlerinin Cumhurbaşkanı Yenilenmesi” başlığını taşıyan 108. maddeye göre sadece Millet Meclisinin seçimlerinin yenilenmesi sağlanabilir. Yasama organının diğer meclisi olan Cumhuriyet Senatosu seçimlerinin yenilenmesini sağlamak mümkün değildir. 108. madde seçimlerin yenilenmesini oldukça zor şartlara bağlamıştır. Seçimlerin yenilenmesinin talep edilebilmesi için Bakanlar Kurulu 18 ay içinde iki kez düşürülmüş ve Kurula üçüncü kez de güvensizlik oyu verilmiş olması gerekir. Ancak güvensizlik oylarının Anayasanın 89. ve 104. maddeleri uyarınca verilmiş olması şarttır. Başka bir ifade ile Bakanlar Kurulunun tüm düşme durumları bu kapsama alınmamıştır. Sadece gensoru görüşmelerindeki güvensizlik önergelerinin kabulü ile güven isteminin Meclis tarafından reddedilmesi sonucunda Bakanlar Kurulunun düşmüş olması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleştiğinde Başbakan Cumhurbaşkanı, Millet Meclisinin seçimlerinin yenilenmesini talep edebilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı her iki Meclisin de başkanına danıştıktan sonra seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Gerçekleşmesi bir hayli düşük ihtimallerin seçimlerin yenilenmesi için şart olarak koşulmuş olması bu karşılıklı etkileşim aracının kullanılmasını oldukça zorlaştırmıştır. Uygulamada da bu mekanizma hiç işletilememiştir⁵².

⁴⁹ Konuyla ilgili Mecliste geçen tartışmalar için bk. TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 2, Cilt: 7/1, İçtima Senesi: 2, İçtima: 19, 23.3.1340. <https://bit.ly/3FfXI9c> (Linkler kısaltılmıştır). Erişim Tarihi: 25.02.2022. Anılan Meclis görüşmelerinin bir değerlendirmesi için bk. Özbudun, 1924 Anayasası, s. 38-40.

⁵⁰ Ömer Keskinsoy, “Türkiye’de Seçim Kararının Mahiyeti”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 22/1, 2020, s. 57. Ayrıca 1957 yılında yapılan seçimle ilgili detaylı bilgi için bk. Fatma Alev Atayakul, *Türkiye’de Demokrat Parti Döneminde Genel Seçimler*, 2007, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 318 vd.

⁵¹ Tanör, s. 317.

⁵² Tanör, s. 401.

1982 Anayasasının ilk şeklinde yürütme organının girişimi ile yasama organının seçimlerinin yenilenmesi usulü 116. maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre sürecin işletilebilmesi için öncelikle Bakanlar Kurulunun 110. madde kapsamında güvenoyu alamaması, 99. veya 111. maddeler uyarınca güvensizlik oyu ile düşürülmesi hallerinden birinin gerçekleşmesi ve bununla birlikte 45 gün içinde yeni Bakanlar Kurulunun kurulmaması ya da kurulmasına rağmen güvenoyu alamaması gerekmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise Başbakanın güvensizlik oyu ile düşürülmeden herhangi bir başka sebeple istifa etmesi ya da meclis seçimlerinin yenilenmesinden sonra -her iki ihtimalde de- 45 gün içinde Bakanlar Kurulunun kurulmaması da seçimlerin yenilenmesi sürecini başlatabilecek şartlardandır. Bu ihtimallerden biri gerçekleştiğinde Cumhurbaşkanı, Meclis Başkanına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. 1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasası bu sürecin işletilmesine Başbakanı dahil etmemiştir. Ayrıca 1961 Anayasasında yer alan ve seçimlerin yenilenmesinin organlar arasında bir karşılıklı etkileşim aracı olmasını oldukça zora sokan 18 aylık süreçte 3 güvensizlik oyu alınması şartına 1982 Anayasasında yer verilmemiştir. Bunun yanı sıra 1982 Anayasası, 1961 Anayasasında öngörülenlerden daha geniş ihtimaller düzenleyerek seçimlerin yenilenmesi usulünün işletilmesini kolaylaştırmıştır. Bu durum seçimlerin yenilenmesi usulünün yasama ve yürütme organları arasında etkili bir denge denetim aracı işlevi görmesine katkı sağlamıştır. Cumhurbaşkanının bu kararı vermeden evvel Meclis Başkanına danışması bir zorunluluk olmakla birlikte, Cumhurbaşkanı Meclis Başkanının görüşü ile bağlı değildir. Hatta 116. maddede belirtilen tüm şartlar gerçekleşmiş olsa dahi Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermemesi de ihtimal dâhilindedir. Madde metnindeki “verebilir” ifadesinden de anlaşılacağı üzere bu konuda Cumhurbaşkanının takdir yetkisi bulunmaktadır.

Başkanlık sistemi olduğu iddia edilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde sert kuvvetler ayrılığı temelinde yasama ve yürütme organlarının birbirlerinin görevlerine son verememeleri gerekirdi. Ancak 2017 değişikliği ile getirilen hükümet sisteminde hem yasama yürütmenin hem de yürütme yasamanın -kendi seçimlerinin de yenilenmesini göze almak kaydıyla- görevine son verebilmektedir. Bu yetkiler Anayasanın 116. maddesinde düzenlenmiştir. Bu iki organa karşılıklı olarak bu yetkinin tanınması bunlar arasındaki başka türlü ya da kısa sürede çözülemeyecek sistem krizlerinin aşılabilmesi⁵³ için onları şüphesiz güçlendirmektedir. Ancak bu elde edilen gücün eşit olduğunu söylemek mümkün değildir.

⁵³ Türker Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2019, s. 173.

Meclisin bu yetkisini kullanabilmesi için üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunu bulması gerekirken, Cumhurbaşkanının yetkisi hiçbir şarta bağlı kılınmamıştır. Cumhurbaşkanı meclis seçimlerinin yenilenmesine karar verdiğinde kararın verildiği günden sonraki 60. gün Cumhurbaşkanı ile Meclis seçimleri birlikte yapılır.

5. Mesaj Verme Yetkisi

Yasama yürütme ilişkilerinin yürütülmesinde bir araç⁵⁴ olarak karşımıza çıkan mesaj verme yetkisi genel olarak hükümet sistemlerinden bağımsız olarak devlet başkanlarının geleneksel yetkilerindedir⁵⁵. Daha önceki Anayasalarımızda ve 1982 Anayasasının ilk şeklinde yer almayan bu yetki hukuk sistemimize 2017 Anayasa değişiklikleriyle girmiştir. 104. maddenin 4. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında Meclise mesaj verir. Ancak bu yetkinin nasıl ve ne amaçla kullanılacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yasama yılının ilk günü Cumhurbaşkanının Mecliste açılış konuşması yapmasını aynı zamanda mesaj yetkisinin kullanımı olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira Anayasa bu iki yetkiyi aynı maddede ama farklı fıkralarda ayrı ayrı düzenlemiştir⁵⁶. Anayasada bütçe ve kesin hesap kanun teklifleri hariç olmak üzere Cumhurbaşkanı kanun teklif etme yetkisi tanınmadığından mesaj yetkisinin bir çeşit kanun teklif etme yetkisi olduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanının ihtiyaç duyduğu bir yasal düzenleme konusunda Meclisi mesaj yetkisi kapsamında bilgilendirmesi mümkün kabul edilebilir⁵⁷.

6. Atamalar

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanması başkanlık sisteminin prototipi olarak kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri'nde yasama ve yürütme organları için karşılıklı etkileşim alanlarından birini oluşturmaktadır. Ancak ülkemizde 2017 değişiklikleri ile getirilen sistemde bu atamalar böyle bir etkileşim aracı olarak düzenlenmemiştir. Anayasanın 104. maddesinin 9. fıkrasıyla atamalarla ilgili tüm yetki Cumhurbaşkanı tek başına kullanabileceği şekilde verilmiştir. Buna göre "Cumhurbaşkanı üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atamalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenler."

⁵⁴ Bahadır Yeşilirmak, "Cumhurbaşkanının TBMM'ye Mesaj Verme Yetkisi", *Yasama Dergisi*, 2020, Sayı: 41, s. 11.

⁵⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, s. 870.

⁵⁶ Yeşilirmak, s. 27.

⁵⁷ Ertaş, s. 289.

II. TÜRK ANAYASALARINDA YÜRÜTME ORGANININ KANUN YAPIM SÜRECİNE ETKİSİ

A. Kanun Kavramı

Genel olarak maddi ve şekli anlamda olmak üzere iki farklı açıdan kanun tanımı yapılmaktadır. Maddi anlamda kanunu kısaca devlet tarafından yapılan ve objektif hukuk kuralı içeren işlemler olarak tanımlamak mümkündür. Maddi anlamda kanun tanımında esas olan işlemi yapan organ değil, işlemin içeriğidir. İşlemin genel, soyut, sürekli, kişilik dışı nitelikte kurallar içermesi objektif hukuk kuralı olması için yeterlidir⁵⁸. Şekli anlamda kanun tanımı bakımından ise kanunun içeriği değil, onu yapan organ önemlidir. Buna göre kanun, “yasama organı tarafından yapılan belirli özel usullere göre ve kanun adıyla yapılan işlemlerdir”. Türk Anayasa hukukunun kabul ettiği kanun anlayışı şekli anlamda kanundur. Kanun bir yasama işlemidir ve yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilir. Kanunu “Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılan ve parlamento kararları dışında kalan işlemler”⁵⁹ şeklinde tanımlamak mümkündür. Kanunlar maddi ve şekli anlamlarının yanı sıra farklı bakış açıları ile başka ayrımlara da tabi tutulurlar; genel - özel, süreli - süresiz, geçici kanun, organik - organik olmayan, kod - çerçeve kanun, nitelikli karar yeter sayısı gerektirenler, model kanunlar ve ayıklayıcı kanunlar⁶⁰.

B. Kanun Koyma Süreci

Kanun koyma süreci oldukça detaylı ve karmaşık bir süreçtir. Çalışmanın ana konusundan uzaklaşmamak için tüm kanun koyma süreci burada ele alınmayacaktır. Bu başlık altında yürütme organının kanun koyma sürecinde etkili olduğu düşünülen özel nitelikli olanlar dahil olmak üzere kanun önerme yetkisine, kanun önerilerinin parlamentoda görüşülmesi usulüne ve Cumhurbaşkanının veto yetkisine yer verilecektir. 1921 Anayasasından günümüze her bir Anayasada bu hususların nasıl düzenlendiği incelenecektir.

1. Kanun Önerme Yetkisi

Kanun koyma süreci kanun önerme ile başlamaktadır. Bu başlık altında Türk Anayasalarına göre milletvekillerinin, Bakanlar Kurulunun ve Cumhurbaş-

⁵⁸ Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 33. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, s. 716-717.

⁵⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, s. 718.

⁶⁰ Detaylı bilgi için bk. İba, *Parlamento Hukuku*, s. 110-114.

kanunun kanun önerme yetkisine sahip olup olmadıkları incelenecektir. Yasama organının üyesi olan milletvekillerinin kanun önerme yetkisine sahip olduğuna kuşku yoktur. Ancak benimsenen hükümet sistemi değiştikçe yürütme organı içinde yer alan Bakanlar Kurulu ile Cumhurbaşkanının kanun önerme yetkileri de değişmektedir.

a. Milletvekilleri

Uygulamadaki bazı sapmalara rağmen meclis hükümeti sisteminin benimsendiği Birinci Meclis döneminde yasama ve yürütme yetkilerinin yasama organına ait olduğu bir kuvvetler birliği sistemi mevcuttu. Yasama yetkisine sahip olan Meclisin üyeleri olarak milletvekillerinin ayrıca ve açıkça kanunlarda ya da 1921 Anayasasında ifadesini bulmasa da kanun önerme yetkisine sahip olduğu açıktır. Uygulamada milletvekilleri 1 kişinin⁶¹ imzasıyla kanun teklifi verebildikleri gibi birden fazla⁶² milletvekilinin imzasıyla da verebilmişlerdir.

1924 Anayasasının 15. maddesinde açıkça meclis üyelerinin kanun teklif etme hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Kanun teklifleri sadece 1 milletvekilinin imzasıyla verilebileceği gibi daha fazla sayıda vekilin imzasıyla da verilebilir.

1961 Anayasası “kanun teklif etme yetkisi” başlıklı 91. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin yetkili olduğunu belirtmiştir. Başkaca bir istisna getirilmediğinden çift meclisli yasama organının hem Millet Meclisi üyelerinin hem de Senato üyelerinin⁶³ kanun teklif etme yetkisinin bulunduğu muhakkaktır. Kanun teklifinin sahibi hangi Meclisin üyesi ise teklif o Meclisin Başkanlığına sunulur⁶⁴. Kanunu teklif eden Senato üyesi olsa da Anayasanın 92. maddesi gereği kanun önerileri önce Millet Meclisinde görüşülmekte sonra Senatoya gönderilmektedir.

1982 Anayasasının ilk şeklindeki 88. maddesinde milletvekillerinin kanun teklif etmeye yetkili olduğunu belirtmiştir. Bu anayasa ile yasama organı 1961 Anayasası öncesinde olduğu gibi tek meclisli yapıda düzenlendiğinden kanun

⁶¹ Bk. TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: I, İçtima Senesi 3, Cilt: 24, İçtima: 135, 9.11.1338. <https://bit.ly/3LGL4T7>. Erişim Tarihi: 16.02.2022. TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: I, İçtima Senesi 2, Cilt: 10, İçtima: 37, 28.5.1337. <https://bit.ly/384Bx9S>. Erişim Tarihi: 16.02.2022.

⁶² Bk. TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: I, İçtima Senesi: 1, Cilt: 7, İçtima: 138, 26.1.1337. <https://bit.ly/3KQCC2m>. Erişim Tarihi: 16.02.2022.

⁶³ Bir örnek için bk. Adana Cumhuriyet Senatosu Üyesi Mehmet Ünalı ve 10 arkadaşının ‘Çukurova Üniversitesinin kuruluşu hakkında kanun teklifi’. Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, Cilt: 1, Toplantı: 1, 27.11.1961 tarihli 13. birleşim. <https://bit.ly/3LPmdwj>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

⁶⁴ Teziç, s. 56.

teklif etmeye yetkili milletvekillerinin Türkiye Büyük Millet Meclis üyesi olacağı kuşkusuzdur. İç tüzük uyarınca kanun tekliflerinde 1 ya da daha çok vekilin imzası bulunabilir. Gerekçesi ile Meclis Başkanlığına sunulan teklifler Başkanlık tarafından ilgili komisyonlara doğrudan havale edilirler.

2017 değişikliklerinin ardından Anayasanın değişik 88. maddesine göre kural olarak kanun önerme yetkisi milletvekillerine aittir. Ancak Anayasanın 161. maddesine göre bu kurala istisna getirilerek bütçe ile kesin hesap kanun tekliflerinin ancak Cumhurbaşkanı tarafından verilebileceği hükme bağlanmıştır. Başka bir ifade ile milletvekilleri bütçe ve kesin hesap kanunu teklifi veremezler⁶⁵. Kanun teklifleri 1 milletvekili tarafından verilebileceği gibi birden fazla milletvekilinin imzası ile de verilebilir. Teklifler gerekçeleri eklenerek Meclis Başkanlığına sunulur ve İç tüzüğün 74. maddesi gereği Başkanlık tarafından doğrudan ilgili komisyona havale edilirler.

b. Bakanlar Kurulu

Birinci Meclis döneminde “Büyük Millet Meclisi İcra Vekilleri Heyeti” ve 1921 Anayasasında “Büyük Millet Meclisi Hükümeti” olarak anılan dönemin yürütme işlerini Meclis adına gören heyetin, meclis hükümeti sisteminin bir gereği olarak Meclisten ayrı bir varlığının olmaması gerektiğinden, heyet olarak kanun tasarısı hazırlayarak Meclise sunmasını beklememek yerinde olurdu. Kaldı ki ne dönem kanunlarında ne de 1921 Anayasasında böyle bir yetkinin varlığına dair bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak yürütme kurulu uygulamada tamamıyla Meclise tabi “basit bir ajan” olarak kalmamış, Meclisi yönlendirme girişimleri önemli etkiler doğurarak başarıyla sonuçlanan “siyasal liderlik” yapan bir kurula dönüşmüştür⁶⁶. “Siyasal liderlik” yapma durumunun yansımalarından biri heyetin kanun tasarıları hazırlayarak Meclise sunmasıdır. Meclisin Zabıt Ceridelerinde Meclis Başkanının Vekiller Heyetinin tasarılarının ilgili komisyona havalesine dair tutanaklar olduğunu görüyoruz. Örneğin: “*Orduda kendi hayvanıyla hizmet eden efrada tazminat itasına dair Heyeti Vekileden mevрут lâyihai kanuniye var efendim... Müdafaa-i Milliye ve Muvazene-i Maliye encümenlerine havale ediyoruz*”⁶⁷. Özbudun’un tespitine göre 23.04.1920 -

⁶⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 758.

⁶⁶ Ergun Özbudun, **1921 Anayasası**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992, s. 71.

⁶⁷ Bk. TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: I, İçtima Senesi: 2, Cilt: 10, İçtima: 37, 28.5.1337, s. 326. <https://bit.ly/3sdGGmT>. Erişim Tarihi: 16.02.2022.

28.02.1921 tarihleri arasında kabul edilen 104 kanundan 83'ü İcra Vekilleri Heyeti tarafından tasarı olarak, 21'i ise milletvekilleri tarafından teklif olarak sunulmuştur⁶⁸.

1921 Anayasasının bu konudaki suskunluğunun aksine 1924 Anayasası 15. maddesiyle açıkça İcra Vekilleri Heyetine kanun önerme yetkisini vermektedir. Heyet kanun tasarıları başta olmak üzere Mecliste kararı alınacak her konuda öneri sunma yetkisine sahip olmuştur⁶⁹. 1961 Anayasası, 1924 Anayasası gibi Bakanlar Kuruluna açıkça kanun önerme yetkisi vermektedir. Meclis tarafından geri çevrilmesi halinde siyasi sorumluluk doğabileceğinden Bakanlar Kurulunun kanun tasarıları tüm Bakanlar tarafından imzalanmalıdır⁷⁰. Bakanlar Kurulu bu yetkisini oldukça aktif şekilde kullanmıştır. Bakanlar Kurulu hazırladığı tasarımı her iki Meclisin Başkanlığına sunar⁷¹.

1982 Anayasası da 88. maddesiyle kendinden önceki iki anayasa gibi Bakanlar Kuruluna kanun önerme yetkisi vermiştir. İç tüzüğe göre hükümet tarafından hazırlanan kanun tasarıları tüm bakanlar tarafından imzalanmış olmalıdır. Ayrıca meclis başkanlığına sunulurken gerekçesi eklenmelidir. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile parlamenter sistem terk edilmiş, Türk tipi başkanlık sistemi uygulamaya konulmuştur. Bu sistemde yürütme organı sadece Cumhurbaşkanlığı makamını içeren monist yapıdadır, parlamenter sistemlerdeki gibi bir Bakanlar Kurulu bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kapsamında öngörülen Bakanlar Kurulunun ise böyle bir yetkisi yoktur. Dolayısıyla 2017 değişiklikleri sonrası için Bakanlar Kurulunun kanun önerme yetkisinden bahsetmek mümkün değildir.

c. Cumhurbaşkanlığı

Birinci Büyük Millet Meclisi döneminde resmi olarak bir devlet başkanlığı makamı bulunmamaktaydı. 1921 Anayasası da devlet başkanlığı makamı öngörmemesine rağmen, devlet başkanına ait olması beklenen İcra Vekilleri Heyeti kararlarının onaylanması ya da Meclis adına imza atılması gibi kimi yetkileri Meclis Başkanına vermiştir⁷². Dolayısıyla devlet başkanı sıfatıyla değil ama devlet baş-

⁶⁸ Özbudun, 1921 Anayasası, s. 72.

⁶⁹ Ömer Anayurt, "1924 Anayasası'nda Meclis - Yürütme İlişkileri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 1997, 8(39), s. 676.

⁷⁰ Teziç, s. 55.

⁷¹ Teziç, s. 56.

⁷² Özbudun, 1921 Anayasası, s. 66.

kanunun kimi yetkilerine sahip olan Meclis Başkanı, aynı zamanda milletvekili olmak sıfatıyla kanun teklif etme yetkisine kuşkusuz sahiptir. 1921 Anayasasında 1923 yılında yapılan değişiklikle devlet başkanlığı makamı oluşturulmuştur. Ancak devlet başkanının kanun önerme yetkisine sahip olduğuna dair bir hüküm bulunmamaktadır. Benzer şekilde 1924 Anayasası da Cumhurbaşkanına kanun önerme yetkisi tanımamıştır. Bununla birlikte burada Anayasanın 32. maddesi ile Cumhurbaşkanına gerekli gördüğünde bakanlar kuruluna başkanlık etme yetkisinin verildiğini hatırlamak gerekir. Bakanlar Kuruluna dilediğinde başkanlık eden Cumhurbaşkanının Kurulun hazırladığı kanun tasarıları üzerinde elbette etkili olacağı düşünülebilir. 1961 Anayasası kanun önerme yetkisine sahip kişiler arasında Cumhurbaşkanını saymamıştır. Bu nedenle 1924 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının kanun önerme yetkisi karşısındaki konumu için yapılan değerlendirmeleri 1961 Anayasası dönemi için de aynen yapmak mümkündür. Zira 1961 Anayasası da 97. maddesinde Cumhurbaşkanının gerekli gördüğünde bakanlar kuruluna başkanlık edeceği belirtilmiştir. Kendinden önceki anayasalar gibi 1982 Anayasası da Cumhurbaşkanına kanun önerme yetkisi vermemekte ancak 104. maddesinde gerekli gördüğünde Bakanlar Kuruluna başkanlık etme yetkisini tanımaktadır. Bu durum, Cumhurbaşkanın hükümetin hazırlayacağı tasarılar üzerinde etkili olabilmesine imkan verebilir. Hükümet sistemine ilişkin önemli değişikliklerin yapıldığı 2017 yılından sonra uygulanmaya başlanan Türk tipi başkanlık sisteminde -sert kuvvetler ayrılığı sisteminin de bir gereği olarak- Cumhurbaşkanının kural olarak kanun önerme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak bu genel kurala Anayasanın 161. maddesinin 3. fıkrası ile bütçe kanun teklifleri yönünden ve 9. fıkrası ile kesin hesap kanun teklifleri yönünden istisna getirilmiş ve bütçe ile kesin hesap kanun tekliflerini sunma yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir.

2. Özel Nitelikli Kanunlar

Yasama ve yürütme organları arasındaki karşılıklı etkileşim araçları arasında yer alan bütçe ve kesin hesap kanunlarının, uluslararası anlaşmaları uygun bulma kanunlarının ve yetki kanunlarının öneri olarak Meclisin önüne nasıl geleceği önem taşımaktadır. Özel nitelikli kanunlar olarak adlandırılan bu kanun önerilerini yapmaya kimlerin yetkili olduğu her bir Anayasa bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

a. Bütçe Kanunu

Bir yandan milli mücadelenin yürütülmeye çalışıldığı Birinci Büyük Millet Meclisi ve 1921 Anayasası döneminde bütçe kanunlarının hazırlanması ve Mecliste kabul edilmesi genellikle uzun zaman almıştır. Dönemin tutanaklarında

bütçe tasarılarının Maliye Vekaleti tarafından hazırlanarak Meclise İcra Vekilleri Heyeti Başkanının tezkeresi ile gönderildiği görülmektedir⁷³.

1924 Anayasası döneminde bütçe kanunları 1921 Anayasasına benzer şekilde tasarı olarak Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmış, Bakanlar Kurulu kararıyla gerekçesi ile birlikte Başbakanın imzaladığı bir tezkere ile Meclise sunulmuştur⁷⁴.

1961 Anayasası bütçe konusunda diğer anayasalardan daha detaylı düzenlemeler içermesine rağmen özel nitelikli kanunlar arasında sayılan bütçe tasarısının Meclise sunulmasında usulü bir değişiklik / yenilik getirmemiştir. 94. madde bütçe tasarılarının Bakanlar Kurulu tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacağını düzenlemiştir. Uygulamada Maliye Bakanlığı tarafından hazırlandığı belirtilen bütçenin bir tasarı olarak Meclise sunulmasının Bakanlar Kurulunca kararlaştırıldığı ve Başbakan tarafından imzalanan bir tezkere ile Meclis Başkanlığına sunulduğu görülmektedir⁷⁵.

1982 Anayasasının ilk şeklinde yer alan “Bütçenin Görüşülmesi” başlıklı 162. maddesi gereğince bütçe tasarıları Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanarak Meclise sunulur. Önceki anayasalar döneminde olduğu gibi 1982 Anayasası döneminde de bütçe kanunu tasarıları Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve Bakanlar Kurulu kararı ile ve gerekçesiyle birlikte Başbakanın imzası ile Meclis Başkanlığına sunulmuştur⁷⁶.

1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişikliklerle birlikte bütçe kanun teklifinin hazırlanması görevi Cumhurbaşkanına verilmiştir. 161. maddeye göre “Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifini, mali yılbaşından en az 75 gün önce Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar”. Uygulamada bütçe kanun tekliflerinin genel gerekçe ve madde gerekçeleri eklenerek Cumhurbaşkanının imzasıyla Meclis başkanlığına sunulduğu gözlemlenmektedir⁷⁷.

⁷³ Bk. TBMM 1. Dönem, 8. Cilt, 151. Birleşim, s. 245. <https://bit.ly/38WLB4Z>. Erişim Tarihi: 22.02.2022.

⁷⁴ Bir örnek için bk. <https://bit.ly/3FfZPKa>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

⁷⁵ Bir örnek için bk. 1964 yılı bütçe tasarısı. <https://bit.ly/3OXH1E2>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

⁷⁶ Bir örnek için bk. 2011 yılı merkezi yönetim bütçe kanunu tasarısı. <https://bit.ly/3LP7qSm>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

⁷⁷ Bir örnek için bk. 2020 yılı merkezi yönetim bütçe kanun teklifi ile gerekçesi. <https://bit.ly/3w6oGfl>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

b. Kesin Hesap Kanunu

Kesin hesap kanun tasarıları ile ilgili olarak 1921 Anayasasında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 1921 Anayasasından farklı olarak 1924 Anayasası kesin hesap kanunlarını 98. ve 99. maddelerinde düzenlemiştir. Bu dönemde Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan kesin hesap kanunu tasarılarının, Bakanlar Kurulu Kararı ile Meclise sunulması kararlaştırılmıştır. Bunun üzerine gerekçesi eklenerek Başbakan tarafından imzalanan bir tezkere ile Meclis Başkanlığına sunulmuştur⁷⁸.

1961 Anayasası kesin hesapları 128. maddede düzenlemiştir. Kesin hesaplar, kanun tasarısı olarak Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanır ve Meclise sunulur. Daha farklı bir süre kanunda öngörülmemişse, ilgili oldukları mali yılın sonundan itibaren en geç bir yıl içinde sunulmaları gerekir. Sayıştay kesin hesap tasarılarını ayrıca inceler.

1982 Anayasasının ilk şeklinde 164. maddede düzenlenen kesin hesap kanun tasarıları ilgili oldukları mali yıl sonundan itibaren en geç 7 ay sonra Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanarak Meclise sunulmalıdır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak kesin hesap kanun tasarılarının yeni yıl bütçe kanunu tasarısıyla birlikte Bütçe Komisyonunda inceleneceğini ve Genel Kurulda birlikte görüşüleceğini hükme bağlamıştır. Uygulamada kesin hesap kanun tasarıları Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmış, Bakanlar Kurulu kararıyla Meclise sunulmasına karar verilmiş ve gerekçesi eklenerek Başbakanın imzası ile Meclis Başkanlığına sunulmuştur⁷⁹.

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte kesin hesap kanunu teklifini hazırlama görevi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Anayasanın 161. maddesinin 9. fıkrasına göre kesin hesap kanunu teklifi Cumhurbaşkanı tarafından ilgili olduğu mali yılın sonundan başlayarak en geç 6 ay sonra Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Uygulamada kesin hesap kanun teklifleri ekleri ve gerekçesiyle birlikte Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan bir tezkere ile Meclis Başkanlığına sunulmaktadır⁸⁰.

⁷⁸ Bir örnek için bk. <https://bit.ly/3KPCFeK>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

⁷⁹ Bir örnek için bk. 2009 yılı merkezi yönetim kesin hesap kanunu tasarısı. <https://bit.ly/3MRaPAq>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

⁸⁰ Bir örnek için bk. 2019 yılı merkezi yönetim kesin hesap kanun teklifi. <https://bit.ly/39FyK7y>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

c. Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma Kanunu

Birinci Büyük Millet Meclisi ve 1921 Anayasası döneminde milletlerarası anlaşmaların uygun bulunmasına dair kanun önerileri İcra Vekilleri Heyeti tarafından Meclise sunulmuştur. Sunulan öneriler Hariciye Encümenine havale edilmiştir⁸¹.

1924 Anayasası döneminde belirli bir anlaşmanın uygun bulunması için Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan uygun bulma kanun tasarısı, Başbakan tarafından imzalanan bir yazıyla ve gerekçesiyle birlikte Meclis Başkanlığına sunulmaktadır⁸². Meclis Başkanlığı gerekli komisyonlara havalesini yapmaktadır.

1961 Anayasasının 65. maddesinde bir uluslararası anlaşmanın onaylanmasının Meclisin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olduğu düzenlenmiştir. Uygulamada uygun bulma kanun tasarıları Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve Meclise sunulması Bakanlar Kurulu tarafından kararlaştırılmış ve gerekçesi ve ekleri ile birlikte Başbakanın imzaladığı bir tezkere ile Meclis Başkanlığına sunulmuştur⁸³.

1982 Anayasasının ilk şeklinin uygulandığı dönemde yürütme organı tarafından imzalanmış bir uluslararası anlaşmanın onaylanması için uygun bulma yasa tasarısı gerekiyorsa, ilgili anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunmasına dair yasa tasarısı 244 sayılı kanunun 4. maddesinin 1. fıkrası gereği Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlanmaktadır⁸⁴. Uygulamada da yasayla uyumlu şekilde, Dışişleri Bakanlığının hazırladığı tasarılar Bakanlar Kurulunda görüşülmekte ve burada tasarının Meclise sunulup sunulmayacağına karar verilmektedir. Bu konuda Bakanlar Kurulunun takdir yetkisinin olduğu kabul edilmektedir⁸⁵. Takdir yetkisinin kabulü beraberinde uygun bulma yasa önerilerinin ancak Bakanlar Kurulu tarafından yapılabileceği, milletvekillerinin bu yetkiye sahip olmadıkları sonucuna varmayı gerektirmektedir⁸⁶.

⁸¹ Bir örnek için bk. TBMM 1. Dönem, 11. Cilt, 49. Birleşim Tutanağı, S. 221. TBMM Hükümeti ile Afganistan Hükümeti arasında imzalanan muhadenetnamenin onaylanmasına dair kanun önerisi İcra Vekilleri Heyeti tarafından Meclis'e sunulmuştur. <https://bit.ly/3Fhxz45>. Erişim Tarihi: 22.02.2022.

⁸² Bir örnek için bk. <https://bit.ly/381detB>. Erişim Tarihi: 28.02.2022.

⁸³ Bir örnek için bk. <https://bit.ly/3vL3hcx>. s. 101. Erişim Tarihi: 02.03.2022.

⁸⁴ Pazarıcı, s. 162.

⁸⁵ Pazarıcı, s. 162.

⁸⁶ Pazarıcı, s. 162.

1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişikliklerle birlikte, onaylanması kanunla uygun bulunması gereken anlaşmalar için uygun bulma kanun teklifinin hazırlanması ve Meclise sunulması oldukça tartışmalı bir hal almıştır. Sürecin bu kısmına yönelik Anayasada bir düzeleme bulunmamaktadır. 9 sayılı kararname ve iç tüzüğün 90. maddesi uyarınca bu kapsama giren anlaşmalar Cumhurbaşkanı tarafından Meclise gönderilir. Ancak değişen hükümet sisteminin bir gereği olarak Cumhurbaşkanının -Anayasa ile bütçe ve kesin hesap kanun teklifi verebilme konusunda getirilen istisna ayrı tutulmak kaydıyla- kanun önerme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle uygulamada Meclis Başkanlığına uluslararası anlaşma Cumhurbaşkanı tarafından gönderildikten sonra Meclis Başkanlarının milletvekili sıfatıyla uygun bulma kanun teklifi verdikleri gözlemlenmiştir⁸⁷.

d. Yetki Kanunu

Türk hukukunda yürütme organına kanun hükmünde kararname yapma yetkisi 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişikliklerle tanındığından, o yetkiyi kullanmak için Meclis tarafından çıkarılması gereken yetki kanunu ile ilgili anayasal düzenlemeler bu tarihten itibaren karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte bu tarihten önce uygulamada yürütme organına yetki veren birtakım kanunlar aracılığı ile yürütme organının yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapma imkanına sahip olduğu görülmektedir. 1924 Anayasası döneminde kabul edilen 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ile konu ile ilgili olarak Bakanlar Kuruluna tanınan geniş düzenleme yapma yetkisi ile Bakanlar Kurulunun mevcut kanunlarda değişiklik yapma imkanına sahip olduğunu söylemek mümkündür. Resmi olarak “yetki kanunu” olmamakla birlikte kanunun görüşmeleri sırasında bunun bir yetki kanunu olduğu bizzat dönemin Maliye Bakanı tarafından belirtilmiştir⁸⁸. Bu sebeple burada anılan kanun, Bakanlar Kurulu tarafından bir kanun tasarısı olarak Meclise sunulmuştur.

⁸⁷ Ör; Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop’un; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sırbistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Altyapı Projeleri Alanında İş Birliği Konulu Anlaşma Ek-1’in Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Teklifi (2/2217) (Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm ile Dışişleri Komisyonlarına) (Başkanlığa geliş tarihi: 02.10.2019). <https://bit.ly/3sgp4a6>. Erişim Tarihi: 01.03.2022. Ayrıca bk. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 1113-1115. Ayrıca çeşitli örnekler için bk. Halatçı Ulusoy, s. 74-78.

⁸⁸ Bk. TBMM Zabıt Ceridesi, 23.11.1930. s. 47. <https://bit.ly/3OZqSxN>. Erişim Tarihi: 24.02.2022.

1961 Anayasasının 64. maddesine 1971 yılında eklenen fıkralarla Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Aynı maddede Meclis tarafından Bakanlar Kuruluna bu yetkinin bir yetki kanunu ile verileceği belirtilmiş ve yetki kanunu ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Yetki kanununda, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı, ilkeleri ile yetkinin ne kadar süre kullanılacağı ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin hangileri olduğu açıkça gösterilmelidir. Anayasada yetki kanunlarının hangi organ tarafından hazırlanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada yetki kanunları, düzenleme yetkisi verdiği alan hangi bakanlığın yetkisine giriyorsa o bakanlık tarafından hazırlanmış ve Bakanlar Kurulunda bir tasarı olarak görüşüldükten sonra meclise sunulması kararlaştırılmıştır⁸⁹.

1982 Anayasası ilk şeklinde, Meclisin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme usulünü 91. maddede düzenlemiştir. Ancak 1961 Anayasasına benzer şekilde yetki kanununun hangi organ tarafından hazırlanarak Meclise sunulacağına dair bir hüküm içermemektedir. Uygulamada yetki kanunlarının Bakanlar Kurulu tasarısı olarak hazırlandıkları ve gerekçeleri ile birlikte Başbakanın imzasıyla Meclis Başkanlığına gönderildiği gözlemlenmiştir⁹⁰.

1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişikliklerle hükümet sistemi olarak parlamenter sistem terk edildiğinden ve sistemde parlamenter sistemlerdeki Bakanlar Kuruluna yer verilmediğinden Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinden bahsedilemez. Dolayısıyla 2017 yılından itibaren hukuk sistemimizde yetki kanunu kavramı bulunmamaktadır. Kabul edilen sistemde Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi verilmektedir ancak bunun kullanılması için Meclisten ayrıca bir yetki alınmasına gerek yoktur. Çünkü bu yetki kanuna dayanan bir yetki değildir, Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasa ile verilmiştir⁹¹.

⁸⁹ Bir örnek için bk. Deniz Hukuku ile İlgili Yetki Kanunu ve Adalet ve Dışişleri Komisyon Raporları. 28.5.1974. <https://bit.ly/3LPnPPR>. Erişim Tarihi: 01.03.2022.

⁹⁰ Bir örnek için bk. 28 Mart 2011 tarihli Başbakan tarafından imzalanan tezkere ile Meclis Başkanlığına sunulan 'Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu Tasarısı'. <https://bit.ly/39EtQHx>. Erişim Tarihi: 01.03.2022.

⁹¹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 993, 1022.

3. Kanun Önerilerinin Parlamentoda Görüşülmesi

Kanun önerilerinin parlamentoda görüşülmesi başlığında önerinin kaynaklandığı kişilerin / organın bu görüşmeler sırasında parlamentoda bulunmaya yetkili olup olmadığı, öneriyi savunma, oy kullanma ve oy kullanacakların görüşünü etkileme imkanının bulunup bulunmadığı hususlarının üzerinde durulacaktır. Milletvekilleri tarafından verilen kanun tekliflerinin görüşülmesi sırasında teklif sahibi milletvekilinin Mecliste bulunmasının onun görev ve yetkileri kapsamında olduğuna şüphe yoktur. Dolayısıyla teklif konusu kanunu savunabilir, konuyla ilgili soruları her zaman ve özellikle teklifin görüşülmesi sırasında yanıtlayabilir ve teklif lehine oy kullanabilir. Ancak yürütme organının kanun önerme yetkisinin olduğu durumlarda, öneri sahipleri bakımından şahsi kuvvetler ayrılığının benimsenip benimsenmediği⁹², önerinin görüşülmesi sırasında öneri sahibi yürütme organı mensuplarının mecliste bulunma, oylamaya katılma ve söz almaya yetkili olup olmadıkları önerinin akıbetini etkilemeye elverişli olduğundan incelemeye değer görünmektedir.

Birinci Büyük Millet Meclisi ve 1921 Anayasası dönemlerinde kanun önerileri milletvekilleri ile İcra Vekilleri Heyeti tarafından Meclise sunulmaktaydı. Yukarıda belirtildiği gibi bu dönemde kuvvetler birliği sistemi olarak meclis hükümeti sistemi uygulandığından yürütme kurulu niteliğindeki heyet Meclis içinden ve Meclis tarafından seçilmekteydi. Aynı zamanda milletvekili olan heyet üyeleri, heyet olarak hazırlayıp sundukları tasarıların görüşülmesi esnasında Mecliste bulunabilir, oy kullanabilir, soruları yanıtlayabilir ve tasarımı savunmak suretiyle akıbetine etki edebilirlerdi. Nitekim 23.09.1920 tarih ve 26 sayılı Tuz Resmî Hakkında Kanunun görüşmeleri sırasında kanuna karşı çıkanlar olmuş, sorular sorulmuş Maliye Vekili anında soruları cevaplamış ve neden böyle bir kanuna ihtiyaç duyulduğunu anlatma imkanı bulmuştur. Sonuçta kanun 36 ret oyuyla karşı 81 oyla kabul edilmiştir⁹³.

1924 Anayasası döneminde de 1921 Anayasasındakine benzer şekilde yürütme, yasamayı etkileyecek (fesih gibi) araçlardan yoksundur. Bununla birlikte Başbakan ve Bakanların meclis görüşmelerine katılma yetkileri bulunmaktaydı. O dönem yürürlükte olan Dahili Nizamnamenin⁹⁴ 87. maddesinde Hükümetin

⁹² Ertaş, s. 236.

⁹³ Bk. TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 4, İçtima Senesi: 1, İçtima: 71, 23.09.1920. s. 301-317. <https://bit.ly/381dxEL>. Erişim Tarihi: 22.02.2022.

⁹⁴ 2 Mayıs 1927 Tarihli Dahili Nizamname. Bk. <https://bit.ly/3MVWKBN>. Erişim Tarihi: 01.03.2022.

temsili düzenlenmiş, Başbakan ya da onun yetki verdiği bir Bakanın ya da birinci sınıf daire başkanlarından birinin görüşmelerin başından sonuna kadar hazır bulunacağı belirtilmiştir. Hükümet bu yolla yasamayı etkilemek ve yönlendirmek istemiştir⁹⁵. Bunun için en çok kullanılan yöntem, hükümetin yürütme işleminde ihtiyaç duyduğu kanunları Bakanlar Kurulu tasarısı olarak hazırlayarak meclise sunması idi. Hükümet, tasarı hakkındaki soruları görüşmeler sırasında cevaplayarak ve tasarımı savunarak meclisin tasarı ile ilgili kararını etkilemeye çalışmış ve çoğu zaman da bunda başarılı olmuştur. 1924 Anayasasında yasamadan oldukça ayrılmış bir organ olarak karşımıza çıkan yürütme organının diğer kanadı olan Cumhurbaşkanının da dolaylı olarak da olsa kanunların görüşülmesi sürecinde önemli etkilerinin olduğunu söylemek mümkündür. Cumhurbaşkanının özel törenli oturumlarda Meclise başkanlık edebileceği zaten anayasa ile düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu törenler dışında Mecliste bulunması ayrıca yasaklanmadığından önemli görüşmeleri izlemesi, oy hakkı bulunmasa bile partisinin manevi lideri konumunda olan Cumhurbaşkanı meclis üzerinde psikolojik etki yapabilecek nitelikte bir güç vermektedir⁹⁶.

Kuvvetlerin yumuşak ayrılığı olarak tanımlanan parlamenter sistemin ülkemizde en saf şekliyle düzenlendiği Anayasa olan 1961 Anayasası döneminde kanunların parlamentoda görüşülmesi sırasında hükümetin ya da temsilcilerinin Mecliste bulunmaları mümkündür. Bu dönemde yürürlükte bulunan önce 1927 tarihli Dahili Nizamnamenin 87. ve sonra 1973 tarihli iç tüzüğün 63. maddesiyle bu husus düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin hükümetin yasama üzerinde etkili olabilmesine imkan sağladığına kuşku bulunmamaktadır. Öte yandan hükümetin kanun tasarısı sunma yetkisinin bulunduğunu ve bunu oldukça aktif şekilde kullandığını yine burada belirtmek gerekmektedir. 1961 Ekim ayından 1976 Nisan ayına kadar olan dönemde kanunlaşan önerilerin yüzde sekseninin hükümet tasarısı olduğu⁹⁷ bilgisinden hareketle meclis görüşmelerine katılan hükümetin Meclis üzerindeki etkisinin oldukça büyük olduğunu söylemek mümkündür.

1982 Anayasasının ilk şeklinde 109. maddeye göre Bakanlar Kurulu bakımından şahsi kuvvetler ayrımına yer verilmemiştir⁹⁸. Bir kere kendinden önceki

⁹⁵ Tanör, Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 305. Anayurt, s. 677.

⁹⁶ Anayurt, s. 677.

⁹⁷ Cem Eroğul, *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1977, s. 50'den aktaran Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, s. 316.

⁹⁸ Ertaş, s. 236.

Anayasalar gibi 1982 Anayasasına göre Başbakanın Meclis üyesi olması gerekmektedir. Bakanlar ise milletvekilleri arasından seçilebileceği gibi Meclis dışından da seçilebilir. Bakan olan milletvekilinin milletvekilliğinden çekilmesi gerekmemektedir. İç tüzüğün hükümetin temsili başlığını taşıyan 62. maddesinde hükümet adına görüş bildirmek için Başbakan ya da ilgili Bakanın Genel Kurul görüşmelerinin başından sonuna kadar bulunacağı düzenlenmiştir. Böylece Bakanlar Kurulu Genel kurul görüşmeleri sırasında gerek hükümet tasarılarını savunarak gerekse kanun teklifleriyle ilgili görüş bildirerek Mecliste kanun yapım sürecini etkileme imkanına sahip olmaktadır. Ancak aynı şeyi Cumhurbaşkanı açısından söylemek mümkün değildir. Anayasanın 101. maddesinin son fıkrasına göre “Cumhurbaşkanı seçilenin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer”. Cumhurbaşkanlığı ile Meclis üyeliği arasında şahsi kuvvetler ayrılığına yer verilmiş, bu iki unvanın aynı kişide birleşemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanının Meclis görüşmeleri sırasında orada olmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığından Cumhurbaşkanı kanun görüşmelerini izleyebilir.

Özellikle yürütme organının yapısında önemli değişiklikler getiren 2017 Anayasa değişikliği ile yürütme organının kanunların parlamentoda görüşülmesi sürecine etkisi de değişmiştir. Anayasanın 101. maddesinin Cumhurbaşkanı seçilen milletvekilinin Meclis üyeliğinin sona ereceğine dair hükmü aynen korunmuş, Cumhurbaşkanı yönünden şahsi kuvvetler ayrılığı sağlanmıştır. 106. maddeye göre Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da Bakan olarak atanan kişi Meclis üyesi ise milletvekilliği sona erer. Bu durum yasama ile yürütme organları arasında şahsi kuvvetler ayrılığının sağlandığını gösterse de siyasi parti disiplininin yoğun olduğu ülkemizde özellikle Cumhurbaşkanının siyasi partisi ile ilişkisinin devam etmesi halinde aynı partiye mensup milletvekilleri ile yürütme organı üyelerinin yakın ilişkide olması muhtemeldir⁹⁹. Burada ayrıca iç tüzüğün 2018 yılında değiştirilen yürütmenin parlamentoda temsilini düzenleyen 62. maddesine de değinmek gerekmektedir. Buna göre bütçe sunuş konuşması yürütme adına Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bir Bakan tarafından yapılır. Yürütmenin hazırladığı bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerinin Genel Kurulda görüşülmesi sırasında yürütme adına Cumhurbaşkanı yardımcısı ve Bakanlar katılarak görüş bildirebilir. Bunun dışında normal şartlarda yürütme organının üyesi olmadığı Meclisin çalışmalarına katılması, görüş bildirmesi ve oy kullanması mümkün değildir. Ancak iç tüzüğün 62. maddesinde Anayasanın 119. maddesindeki

⁹⁹ Ertaş, s. 237-238.

(olağanüstü hal yönetimi) hallerle sınırlı kalmak kaydıyla Meclis Başkanının davetiyle Cumhurbaşkanı yardımcılarının, Bakanların veya zorunlu hallerde Bakan yardımcılarının bilgilendirme yapmak amacıyla Genel Kurul oturumlarına katılabileceği yönünde bir istisna getirilmiştir. Metnin kaleme alınış şekline anlaşıldığı üzere Meclis Başkanının davetine rağmen yürütme organı üyeleri Genel Kurula katılma konusunda takdir yetkisine sahiptir. İç tüzüğün 59. maddesinde bu kez Meclis Başkanını, yürütme organı üyelerinin olağanüstü hallerde gündem dışı söz almak amacıyla parlamento karşısına çıkma taleplerini kabul etmeye zorlayan bir hüküm içermektedir. Bu durum dengenin yasama aleyhine bozulduğunu göstermektedir¹⁰⁰. Başka bir ifade ile talep Meclisten geldiğinde yürütmenin takdir yetkisine takılma durumuyla karşı karşıya kalınırken, talep yürütmeden geldiğinde yasama organı için kabul zorunluluğu oluşturulmuştur. Bunun sonucunda şahsi kuvvetler ayrılığı ilkesinin varlığına rağmen yürütmenin Meclis Genel Kurulunda dilediği zaman söz alabilmesinin ve dolayısıyla yasamayı etkileyebilmesinin önü açılmıştır¹⁰¹. Olağanüstü hal ve bütçe ile kesin hesap görüşmeleri bir kenara bırakılırsa yürütme organı üyelerinin mecliste bulunarak kanun yapım sürecine etki edebilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak elbette meclisteki çoğunluk ile yürütme organının aynı partiden olması durumunda yürütmenin yasamayı gayri resmi olarak etkilemesi, istediği kanunları milletvekili teklifi aracılığı ile çıkarması muhtemeldir.

4. Cumhurbaşkanı'nın Veto Yetkisi

Birinci Meclis döneminde ve 1921 Anayasasının ilk şeklinde devlet başkanlığı makamı bulunmamaktadır. 1923 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile devlet başkanlığı makamı oluşturulmuş ancak veto yetkisinden bahsedilmemiştir. 1924 Anayasası 35. maddesiyle Cumhurbaşkanı'na meclis tarafından kabul edilen kanunları veto etme yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetki sınırsız değildir. Bir kere veto yetkisi 10 gün içinde kullanılmalıdır. Anayasa değişikliğine dair kanunlar ile bütçe kanunlarının geri gönderilmesi mümkün değildir. Geri gönderilen kanunu Meclis tekrar kabul edip gönderirse Cumhurbaşkanı bu defa kanunu yayımlamak zorundadır. Tekrar kabul için özel bir çoğunluk aranmamıştır. Bu durum anılan yetkinin geciktirici veto niteliğinde olduğunu göstermektedir¹⁰². 1924 Anayasasının uygulandığı süreçte Cumhurbaşkanı veto yetkisini hiç

¹⁰⁰ Karaman, s. 211-212.

¹⁰¹ Yeşilirmak, s. 28.

¹⁰² Özbudun, 1924 Anayasası, s. 40.

kullanmamışlardır¹⁰³. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi bulunmadığından kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi mümkün değildi. Bu nedenle hiç olmazsa Meclisin kanunu ikinci kez gözden geçirmesi sonucunu doğurabilecek geri gönderme yetkisinin kullanılması beklenirdi¹⁰⁴.

1961 Anayasasında Cumhurbaşkanının veto yetkisi 93. maddede düzenlenmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı kabul edilen kanunlardan uygun bulmadıklarını 10 gün içinde Meclise geri gönderir. Türkiye Büyük Millet Meclisi geri gönderilen kanunu yine kabul ederse Cumhurbaşkanı kanunu yayımlamak zorundadır. Geri gönderilen kanunun Mecliste kabulü için nitelikli çoğunluk aranmamaktadır. Bu sebeple veto yetkisinin güçleştirici değil, geciktirici nitelikte olduğunu söylemek mümkündür¹⁰⁵. 1924 Anayasasındaki düzenlemeye benzer şekilde 1961 Anayasası ile Cumhurbaşkanına tanınan veto yetkisi sınırsız değildir. Bütçe kanunları ile Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar veto edilemez. Görüldüğü gibi 1924 ve 1961 Anayasalarının veto yetkisi ile ilgili düzenlemeleri birbirine oldukça benzerdir. Bununla birlikte 1924 Anayasası döneminde bu yetki Cumhurbaşkanlarıncı hiç kullanılmadığından ortaya çıkmayan bu sorun 1961 Anayasası döneminde yaşanmıştır. Veto edilerek Meclisin önüne gelen kanunda veto gerekçesinde belirtilenlerin dışında bir değişiklik yapılmış, Cumhurbaşkanı bunun artık yeni bir kanun olduğunu ileri sürerek 93. maddeye göre tekrar veto etmiştir. Ancak Meclis bunun aynı kanunun ikinci kez geri gönderilmesi niteliğinde olduğundan mümkün olmadığını ileri sürerek yayımlanması için Cumhurbaşkanına geri göndermiştir. Kanunu yayımlayan Cumhurbaşkanının hemen ardından açtığı iptal davası sonucunda Anayasa Mahkemesi kanunu şekil yönünden iptal etmiş ve gerekçesinde veto edilen kanunda Cumhurbaşkanının gerekçesinde yer alanların dışında yapılan değişikliklerin yeni bir kanun yapılması anlamına geleceğini ve tekrar vetoya konu olabileceğini belirtmiştir¹⁰⁶. Hemen aşağıda görüleceği gibi, 1982 Anayasasına bu içtihat doğrultusunda açık bir hüküm eklenerek, Anayasal belirsizlik giderilmiştir. 1924 Anayasası döneminde hiç kullanılmayan veto yetkisi bu dönemde 28 kez kullanılmıştır. Geri gönderilen 8 kanun Meclisten geçemediği için yürürlüğe girememiştir¹⁰⁷.

¹⁰³ F. Demir - Ş. Karatepe, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, İstanbul 1989, s. 147'den aktaran Anayurt, s. 675.

¹⁰⁴ Yüksel Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 1996, s. 193.

¹⁰⁵ Teziç, s. 142.

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1979/22, K. 1979/45, Karar Tarihi: 18.12.1979. Ayrıca bk. Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", s. 179-180.

¹⁰⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, Sayı: 1, 1988, Çizelge 1'den aktaran Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", s. 193.

1982 Anayasasının ilk şeklinde Cumhurbaşkanının veto yetkisi 89. maddede düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında 10 gün olarak belirlenen kanunu yayımlama ya da veto etme süresi, 1982 Anayasası ile 15 gün olarak belirlenmiştir. 1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının bir kanunun hepsini değil de bir kısmını uygun bulmama ihtimalini de düzenlemektedir¹⁰⁸. Buna göre Cumhurbaşkanı yayımlanmasını kısmen uygun bulmadığı kanunu bir bütün olarak Meclise geri göndermelidir¹⁰⁹. Ancak Anayasanın 89/2 hükmü gereği Meclis sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Aynı fıkranın son cümlesiyle 1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasalarının veto yetkisi dışında bıraktığı anayasa değişikliklerini 175. maddede ayrıca düzenleyerek veto yetkisi kapsamına almış, sadece bütçe kanunlarının tekrar görüşülmek üzere Meclise gönderilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Veto yetkisinin aşılabilmesi için nitelikli çoğunluk aranmadığından veto yetkisi güçleştirici değil, geciktirici niteliktedir. Ayrıca hemen bir önceki paragrafta belirtildiği gibi 1982 Anayasası, geri gönderilen kanunda Meclis tarafından yeni bir değişiklik yapılırsa Cumhurbaşkanının değiştirilen kanunu tekrar Meclise geri gönderme yetkisine sahip olduğunu 89. maddenin 3. fıkrasında açıkça düzenlemiştir. Burada kanunda yapılan 'yeni değişikliğin' Cumhurbaşkanının veto gerekçesinde yer alanların dışındaki değişiklikler olduğunu vurgulamak önem arz etmektedir.

1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanının bu yetkisi güçleştirici vetoya dönüştürülmüştür¹¹⁰. 89. maddeye göre Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanunun Mecliste tekrar kabul edilebilmesi için toplantıya katılanların değil üye tam sayısının salt çoğunluğu gerekmektedir. Bunun dışında Cumhurbaşkanını veto yetkisi konusunda Anayasanın 2017 değişikliği öncesi dönem için yapılan açıklamalar değişiklik sonrası dönem için de aynen geçerlidir.

C. Kanun Gücünde Düzenleme Yapma Yetkisi

1921 ve 1924 Anayasalarında yürütme organlarına açıkça kanun gücünde düzenleme yapma yetkisi tanınmamıştır. Meclis hükümeti sisteminin önemli etkilerinin gözlemlendiği bu dönemde her iki anayasa da yasama yetkisinin

¹⁰⁸ İlgili maddede cumhurbaşkanının kısmen uygun bulmama durumu ile meclisin sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebileceği hususu Anayasa'ya 3 Ekim 2001 tarih ve 2709 sayılı Anayasa değişikliği kanunu ile eklenmiştir.

¹⁰⁹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, s. 317.

¹¹⁰ Şeref İba, *Türk Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 245.

Meclis'e ait olduğunu belirtmiş, 1924 Anayasası 6. maddesiyle bu yetkinin bizzat meclis tarafından kullanılacağını vurgulayarak yasama yetkisini devretmenin mümkün olmadığını ortaya koymuştur. Yürütme organı kuşkusuz düzenleme yapabilir, nitekim Anayasa 52. maddesiyle Bakanlar Kuruluna tüzük çıkarma yetkisini bizzat kendisi vermiştir. Ancak bu düzenlemeler mevcut kanunları değiştiremez ya da kaldıramaz. Başka bir deyişle kanun gücünde olamaz¹¹¹. Bununla birlikte uygulamada 1924 Anayasası döneminde teknik olarak yetki kanunu sayılmayacak bazı kanunlarla Bakanlar Kuruluna mevcut kanunlarda değişiklik yapma yetkisinin verildiği gözlemlenmektedir. Yukarıda "Yetki Kanunları" başlığında da belirtildiği üzere 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun¹¹² burada örnek olarak gösterilebilir. Kanunun 1. maddesinde Bakanlar Kuruluna Türk parasının korunması amacıyla karar alma yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin nasıl kullanılacağına dair herhangi bir sınırlama ya da başka bir düzenleme mevcut değildir¹¹³. Buna bir başka örnek olarak Bakanlar Kuruluna gümrük vergisinde değişiklik yapma yetkisinin verildiği 10.06.1933 tarih ve 2294 sayılı kanun¹¹⁴ gösterilebilir. Gümrük vergileri ilgili kanunla belirlendiğinden, bu vergilerde değişiklik yapma yetkisinin tanınması aynı zamanda kanunda değişiklik yapılması anlamına gelecektir¹¹⁵.

Anayasada belirtilen şartların yerine getirilmesi suretiyle yürütme organına kanun gücünde düzenleme yapma yetkisinin verilebilmesine imkân tanıyan ilk anayasa 1961 Anayasasıdır. Anayasanın ilk şeklinde bulunmayan bu uygulama 1971 yılında Anayasanın 64. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte sistemimize girmiştir. Buna göre Türkiye Büyük Millet Meclisi, çıkaracağı yetki kanunları aracılığı ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilecektir. Görüldüğü gibi kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini veren doğrudan Anayasa değil, Anayasanın çıkarılmasına imkan tanıdığı yetki kanunudur¹¹⁶. Yetki kanunu çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin sınırını

¹¹¹ Özbudun, 1924 Anayasası, s. 36.

¹¹² Kanun metni için bk. <https://bit.ly/37ndgM0>. Erişim Tarihi: 24.02.2022.

¹¹³ Özbudun, 1924 Anayasası, s. 36.

¹¹⁴ 10 Haziran 1933 tarih ve 2294 sayılı "Ticaret Mukavelesi veya Modüs Vivendi Aktetmeyen Devletler Ülkesinden Türkiye'ye Yapılacak İthalata Memnuiyetler veya Tahdit veya Takyitler Tatbikine Dair Olan 22 Temmuz 1931 tarih ve 1873 Numaralı Kanuna Müzeyyel Kanun". Bk. 20 Haziran 1933 tarih ve 2432 sayılı Resmi Gazete. <https://bit.ly/3KNzzlm>. Erişim Tarihi: 25.02.2022.

¹¹⁵ Özbudun, 1924 Anayasası, s. 37.

¹¹⁶ Ergun Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1985, Cilt 2, s. 230.

belirlemektedir. Buna göre yetki kanununda kararnamelerin amacı, kapsamı, ilkeleri, yetkinin ne kadar süreyle kullanılabilceği ve kararname ile yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin hangileri olduğu açıkça gösterilmelidir. 64. maddenin 6. fıkrasında kanun hükmünde kararnamelere konu bakımından sınırlama getirilmiştir, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve hürriyetler ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler düzenlenemez. Yetki kanununda belirtilen şartlara ve 6. fıkrada belirtilen konu sınırına uygun şekilde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnameler Cumhurbaşkanı tarafından da imzalanarak Resmi Gazete 'de yayımlanır ve aynı gün Meclise sunulur. Görüldüğü üzere kararnamelerin Meclis denetiminden geçirilmesi zorunludur. Yayımlandıkları gün meclise sunulmayan kararnameler aynı gün yürürlükten kalkar. Meclis kararnameyi reddederse kararname ret kararının Resmi Gazete 'de yayımlandığı tarihten itibaren yürürlükten kalkar. Son olarak Meclis değiştirerek kabul ederse, bu değişiklikler Resmi Gazete 'de yayımlanmasından itibaren yürürlüğe girer. Ancak meclise sunulan kararnamelerin burada görüşülüp karara bağlanması için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu nedenle meclis kararnameleri görüşmeyi zaman zaman geciktirmiştir. Bu durum beraberinde başka bir soruyu getirmiştir; Bakanlar Kurulu, Meclise sunulan ancak henüz orada görüşülmemiş bir kararnameyi yetkisi devam ederken geri alabilir ya da değiştirebilir mi?¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi bu soruya olumlu yanıt vermiştir.¹¹⁸ Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir.

1982 Anayasasının ilk şeklinde yer alan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi ile ilgili 91. madde hükümlerinin 1961 Anayasasındaki düzenlemelere göre daha detaylı olduğunu söylemek mümkündür.¹¹⁹ 1961 Anayasasındaki düzenlemeden farklı olarak yetki kanununda kararname ile yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi şartı kaldırılmıştır. Ancak süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını yetki kanunu ile belirtilmesi şartı getirilmiştir. Bu şartın getirilmesi, Meclise sunulan ancak henüz görüşülüp karara bağlanmayan kararnamenin Bakanlar Kurulunun yetkisi devam ederken geri alınamayacağı ya da değiştirip değiştiremeyeceği sorusuna verilecek cevabı değiştirmiştir. Buna göre, yetki kanununda süresi içinde tek bir kararname çıkarılacağı belirtilmişse kararnamenin değiştirilmesi ya da

¹¹⁷ Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", s. 234.

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1974/18, K. 1974/42, Karar Tarihi: 08.10.1974.

¹¹⁹ Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", s. 231.

geri alınması mümkün olmamalıdır. Ancak birden fazla kararname çıkarma yetkisi varsa o zaman Bakanlar Kurulu ilgili kararnameyi değiştirebilir ya da geri alabilir¹²⁰. 91. maddenin 3. fıkrasında yetki kanununda belirtilen süre sona ermeden Bakanlar Kurulunun istifa etmesinin, düşürülmesinin veya yasama döneminin bitmesinin yetkiyi sona erdirmeyeceği düzenlenmiştir. 4. fıkrada ise Meclis tarafından yetki süresinin bitmesinden evvel kararnamenin onaylanması sırasında yetkinin sonlandırıldığı ya da devam ettiğinin belirtileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemenin süresi içinde sadece tek bir kanun hükmünde kararname çıkarılması yetkisinin verildiği durumlar için anlamsız olduğu ortadadır. Bununla birlikte süresi içinde birden fazla kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmişse ve Meclis onaylamakta olduğu kararnameyi ilgili olduğu konunun düzenlenmesi bakımından yeterli görüyorsa, başka bir düzenlemeye ihtiyaç yoksa Meclis ilgili kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini sonlandırabilecektir. 1982 Anayasası 1961 Anayasasında yer alan düzenlemeleri aynen kabul ederek kanun hükmünde kararnameleri Meclis denetimine tabi tutmuştur. Benzer şekilde 1982 Anayasası ile kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

1982 Anayasası sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde çıkarılabileceğini belirttiği ayrı bir kanun hükmünde kararname grubuna yer vererek, 1961 Anayasasında bulunmayan ayrı bir kategori oluşturmuştur. Öncelikle Anayasanın 91. maddesinde olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile ilgili hükümlerin arasında, 5. fıkrada sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde¹²¹ Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek bunların istisna olarak ayrıca düzenleneceği vurgulanmak istenmiştir. Buna bağlı olarak olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri 121. maddede, sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ise 122. maddede düzenlenmiştir. Olağanüstü dönemlerde kanun hükmünde kararname çıkarmaya Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu yetki doğrudan Anayasa ile verildiğinden burada yürütmenin asli düzenleme yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkündür¹²². Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri için ilgili maddelerde getirilen tek konu kısıtlaması olağanüstü dönemin “gerekli kıldığı” konularda çıka-

¹²⁰ Özbudun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, s. 234-235.

¹²¹ Çalışmanın devamında “olağanüstü hal ve sıkıyönetim” kavramlarının ikisini birden karşılamak üzere “olağanüstü dönem” ifadesi kullanılmıştır.

¹²² Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, s. 264.

rılmış olmaktadır. Başka bir ifade ile bu kararname bu şartı sağladıkları sürece temel haklar ve siyasi haklarla ilgili düzenlemeler yapabilirler. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararname tıpkı olağan dönemde çıkarılanlar gibi meclis denetimine tabidirler. Meclisin onayından geçen olağanüstü dönem kararname kanuna dönüşeceği dolayısıyla onaydan sonra Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olacağı kabul edilmiştir¹²³. Ancak Anayasanın 148. maddesi gereği henüz Meclis tarafından onaylanmayan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararname hakkında Anayasa Mahkemesine başvurmak mümkün değildir. Bununla birlikte uygulamada Anayasa Mahkemesi olağanüstü dönem kararname “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” çıkarılıp çıkarılmadıkları yönünden incelemiştir. Mahkeme bunu yaparken düzenlemenin olağanüstü halin yer ve süre bakımından sınırlarına uyup uymadığını ve bu düzenlemelerle kanunların değiştirilip değiştirilmediğini araştırmıştır. Olağanüstü halin yer ve süre yönünden sınırlılığı ilkesine uymayan ve kanunlarda değişiklik yapan kararname olağan dönem kararname olarak kabul edilerek denetime tabi tutulmuş, yetki kanununa dayanmaması da iptal sebebi olarak gösterilmiştir¹²⁴.

1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişikliklerle birlikte yürütme organının kanun hükmünde kararname yapma yetkisinden değil Cumhurbaşkanlığı kararname çıkarma yetkisinden söz etmek gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlar çeşitli gerekçelerle Cumhurbaşkanlığı kararname kanun gücünde olduğunu, normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede bulunduğunu ileri sürmektedir¹²⁵. Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararname düzenlendiği hükümlerden yola çıkarak bunların normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer aldığını söylemek mümkündür¹²⁶. Örneğin Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasından hareketle aynı konuyu düzenleyen Cumhurbaşkanlığı karname ile kanunda farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olan düzenlemeler varsa kanunun tercih edilmesinin gerekli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde Cumhurbaşkanlığı kararname mahfuz alanı oldu-

¹²³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, s. 268.

¹²⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, s. 265-268. Anayasa Mahkemesi Kararları, E. 1991/6, K. 1991/20, 3.7.1991. E. 1990/25, K. 1991/1, 10.1.1991.

¹²⁵ Adnan Küçük, *Türkiye’de Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) Sistemi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2021, s. 319. Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 13. Baskı, 2019, s. 280.

¹²⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, s. 1023. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 17. Baskı, 2017, s. 251.

ğu sürülmüştür¹²⁷. Bu durumda mahfuz alana giren konularda esas alınması gereken düzenleme kanun değil Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olacaktır¹²⁸. Mahfuz alanın şunlardan ibaret olduğu belirtilmektedir; üst kademe yöneticilerinin atanması, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi ile üyelerinin görev süresi ve özlük işleri ve son olarak Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ile görevleri. Bu alanın Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine özgü olması, bu konulardaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hükümlerinin kanun hükümlerinden aşağıda olmaması anlamına gelmektedir¹²⁹. Bununla birlikte Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan düzenlemelerin varlığı karşısında mahfuz alana giren konulardaki kararnamelerin kanun hükmünde olduklarını açıkça beyan etmek de pek mümkün görünmemektedir. Anayasanın 104. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesini çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Bu kararnameler yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılırlar ve konu bakımından ayrıca sınırlandırılmışlardır. Buna göre, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde düzenlenen temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümdeki siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Ayrıca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda ve kanunla açıkça düzenlenen alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması mümkün değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasanın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır.

Anayasanın 119. maddesine göre olağanüstü dönemlerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri açıkça kanun hükmündedir. Bu kararnamelerin çıkarılabilmesi için Anayasada belirtilen sebeplerle ilan edilmiş bir olağanüstü hal olmalıdır. Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için Anayasayla getirilmiş bir konu sınırlaması bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu kararnameler gereklilik, ölçülülük, milletlerarası yükümlülükleri ihlal etmeme ve çekirdek alana dokunmama şartlarına uygun olarak çıkarılmalıdır¹³⁰. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmi Gazete 'de yayımlandıkları gün Meclisin onayına sunulmaları gerekmektedir. Kararnameye onay vermek için Meclisin 3 aylık süresi bulunmaktadır. Bu süre içinde Mecliste görüşülüp

¹²⁷ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 1023. Küçük, s. 308.

¹²⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 1005.

¹²⁹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 1005.

¹³⁰ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 1033-1034.

karara bağlanmayan kararname kendiliğinden yürürlükten kalkar. Olağanüstü dönemlerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetimi yapılamaz. Anayasanın 148. maddesine göre bu kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla dava açılmaz.

III. YÜRÜTME ORGANININ KANUN YAPIM SÜRECİNE ETKİSİ BAKIMINDAN CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu çalışmanın kapsamına alınan yasama-yürütme ilişkileri, bunlar arasındaki karşılıklı etkileşim araçları ve özellikle yürütme organının kanun yapım sürecine etkisinin 1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişikliklerle nasıl düzenlendiğini ana hatlarıyla bundan önceki ilgili başlıklarda vermeye çalıştık. Bu başlıkta ise anılan düzenlemelerin hepsinin değil ancak kanun yapım sürecine etkisinin büyük olduğu düşünülen değişikliklerin değerlendirme ve eleştirileri yer almaktadır.

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği kapsamında yasama ve yürütmenin sert ayrılığının bir sonucu yürütme işleri ile ilgili olarak yürütme organının ihtiyaç duyduğu kanunların meclisin gündemine nasıl geleceği önemli sorunlardan biridir. Bakanların ihtiyaç duyduğu kanunlar 2017 değişiklikleri öncesinde Bakanlar Kurulu tarafından kanun tasarısı olarak hazırlanıyordu. 2017 değişikliklerine göre yürütme organının kanun önerme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle uygulamada ihtiyaç duyulan kanuni düzenlemenin ilgili bakanlıkta kanun taslağı olarak hazırlandığı ve bir milletvekili tarafından kanun teklifi olarak Meclise sunulduğu gözlemlenmektedir. Ancak kendi hazırlamadığı taslak metinle ilgili olarak milletvekilinin detaylı bilgi sahibi olması çok zor olduğundan kanunun görüşmeleri sırasında teklifi sunan milletvekilinin kanun ile ilgili detaylı sorulara cevap vermemesi ve kanunu yeterince savunamaması kuvvetle muhtemeldir.

2017 değişikliği ile ilk kez Anayasada yer alan mesaj verme yetkisinin Cumhurbaşkanının kanun ihtiyacının Meclise bildirilmesi olarak yorumlanabileceğini yukarıda belirtmiştik. Uygulamada “mesaj” olarak adlandırılmamakla birlikte niteliği itibari ile mesaj yetkisi kapsamında olduğu kabul edilebilecek bir duruma Cumhurbaşkanının Meclis Başkanlığına gönderdiği 27 Şubat 2020 tarihli yazı örnek gösterilebilir. Uygun bulma kanunu ile onaylanan bir anlaşma kapsamında sermaye artırımını gerekliliğinin bildirildiği yazı sonrasında milletvekili sıfatlarıyla Meclis Başkanı ve Dışişleri Komisyonu Başkanı kanun teklifi hazırlayarak Meclise sunmuşlardır¹³¹. Mesaj yetkisinin karşılıklı etkileşim aracı olarak

¹³¹ Detaylı bilgi için bk. Yeşilirmak, s. 31-33.

özellikle kanun yapım sürecinde etkinliğinin olabilmesi biraz da Cumhurbaşkanının siyasi partisinin Mecliste çoğunlukta olmasına bağlıdır. Bu durum olmadığında Cumhurbaşkanının mesaj verme yoluyla ihtiyaç duyduğunu bildirdiği kanunların milletvekilleri tarafından teklif olarak sunulması, sunulsa bile gereken çoğunluğa ulaşım kanun olarak kabul edilmesi zorlaşabilir.

Özel nitelikli kanunların yapım sürecine yürütme organının etkisi incelendiğinde bütçe ile kesin hesap kanun teklifleri bakımından Anayasa m. 161 ile Cumhurbaşkanı görevlendirilmiştir. Bununla ilgili bir sorun göze çarpmamaktadır. Ancak başkanlık sistemleri bakımından yasama ve yürütme organlarının karşılıklı etkileşim içinde olmalarını sağlayan ve önemli bir fren - denge mekanizması işlevi gören bütçenin yasama organı tarafından kabul edilmesi gerekliliği Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yer aldığı şekliyle oldukça problemlidir. 161. maddenin 4. fıkrasında bütçe kanunun süresi içinde yürürlüğe konulamaması durumunda meclis tarafından geçici bütçe kanunun çıkarılacağı, bu da yapılamazsa bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirilmesinde artırılarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin getirdiği kademeli çözüm(!), sunacağı bütçe meclis tarafından kabul edilmezse sıkıntıya düşmeyeceğini bilen yürütme organının bütçeyi hazırlarken yasama organının denetimini ve beklentisini göz ardı edebilecek kadar rahat hareket etmesine yol açabilecek niteliktedir. Her ne kadar bu durum bazı yazarlar tarafından yürütmenin bütçesi kabul edilmediğinde oluşabilecek sistem krizlerini önleme fonksiyonu nedeniyle olumlu karşılanırsa¹³² da bütçeyi, bir fren - denge mekanizması olmaktan çıkarabilir. Öte yandan hükümet sistemi ne olursa olsun, bütçe üzerindeki yetkisini kaybeden bir parlamentoyu artık parlamento olarak adlandırmak kolay görünmemektedir. Zira parlamentoların tarihsel olarak ortaya çıkışında esas erken kanun yapmak değil, mali konuları düzenlemek, özellikle vergi toplamasına izin vermek ve bütçeyi kabul etmektir¹³³. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin uygulanmaya başlandığı zamandan bu yana bütçe kanununun süresi içinde yürürlüğe girmesi ile ilgili herhangi bir gecikme yaşanmadığından bahsedilen hükümler henüz uygulanmamıştır.

Hükümet sisteminin bir gereği olarak Cumhurbaşkanına kanun önerme yetkisinin verilmemiş olmasına karşın bütçe ve kesin hesap kanun teklifleri yönünden Anayasa ile istisna getirilerek çıkması kuvvetle muhtemel pek çok sorunun önüne

¹³² Güveyi, s. 1367.

¹³³ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 759.

geçilmiştir. Ancak uluslararası anlaşmaları uygun bulma kanunu teklifi bakımından aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir. Uluslararası anlaşmaların uygun bulunması kanunlarının meclisin gündemine nasıl geleceği ile ilgili bir anayasal hükmün bulunmaması ve uygulamadaki usul doktrinde tartışmalara neden olmaktadır. Yukarıda özel nitelikli kanunlar başlığında belirtildiği gibi -9 sayılı kararname ve iç tüzük m. 90 uyarınca- uluslararası anlaşma metni, onaylama isteği ve gerekçesi eklenerek Cumhurbaşkanı tarafından meclis başkanlığına bir yazı ile bildirilmektedir. İç tüzüğün 90. maddesinin 2. fıkrasına göre Cumhurbaşkanlığından bildirilen anlaşmalar Mecliste gelen kâğıtlar listesinde yayımlanır. Bu aşamadan sonra milletvekilleri bu konuda kanun teklifi verebilirler. Ancak kanun teklif etmek bir görev değil yetki olduğundan milletvekillerini buna zorlamak mümkün değildir. Bu nedenle hakkında uygun bulma kanun teklifi verilmeyen bir anlaşmanın akibetinin ne olacağına dair bir cevap vermek oldukça zor görünmektedir¹³⁴. Ayrıca gelen kâğıtlar listesinden haberdar olan birden fazla milletvekilinin uygun bulma kanun teklifi vermesi de ihtimaller dahilindedir. Uygulamada bu teklifler Meclis Başkanı tarafından milletvekili sıfatıyla kanun teklifi olarak Meclise sunulmaktadır. 27. dönemde Meclis Başkanı olan Binali Yıldırım tarafından 77 adet ve yine Meclis Başkanı olan Mustafa Şentop tarafından “Tekirdağ Milletvekili” sıfatıyla 144 adet uygun bulma kanun teklifi verildiği tespit edilmiştir¹³⁵. Bu nedenle Meclis Başkanları milletvekillerinin içinde en çok kanun teklifi veren kişiler olmuşlardır. Bu durumun ülkenin dış siyaseti ile ilgili bir konuda Meclis Başkanlarının tarafsız konumunu zedelediği muhakkaktır. En makul çözümün bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerinde tanınan istisnai yetkinin Cumhurbaşkanıya uluslararası anlaşmaları uygun bulma kanun teklifi yönünden de tanınması olacağını söylemek mümkündür.

2017 değişikliklerinin yürütmenin kanun yapım sürecine etkisi bakımından ele alınması gerekli olan bir başka düzenlemesi veto yetkisi ile ilgili olan düzenlemedir. Anayasanın 89. maddesine göre geri gönderilen kanunun aynen kabulü için Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu aranmaktadır. Fakat değiştirerek kabul için ayrıca bir çoğunluk arandığından bahsedilmemiştir. Bu sebeple doktrinde geri gönderilen kanunun değiştirilerek kabul edilmesi için aranan çoğunluğun ne olduğu konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Gözler’e göre üye tam sayısının salt çoğunluğu ifadesi geri gönderilen kanunun aynen kabulü durumuna özgüdür. Değiştirerek kabul ile ilgili cümlede böyle bir ibare olmadığından ve nitelikli çoğunluk ancak ayrıca belirtilen istisnai hallerde aranabileceğinden geri gönderilen kanunun mec-

¹³⁴ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 1113.

¹³⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 1114.

liste değiştirilerek kabul edilebilmesi için genel karar yeter sayısı olan toplantıya katılanların salt çoğunluğu aranmalıdır¹³⁶. Her hâlükârda aynen kabul için nitelikli çoğunluk arandığından bunun bir güçleştirici veto olduğuna şüphe yoktur. Hemen aşağıda değinileceği gibi Meclisin kanun çıkarma performansı halihazırda düşmüşken, Cumhurbaşkanının tamamen takdir yetkisine bağlı bir şekilde kullanabileceği veto yetkisinin güçleştirici niteliğe dönüştürülmesi Meclisten kanunların çıkmasını zorlaştırıcı bir etki yaratacaktır. İba'nın tespitlerine göre 26.10.1961'den 2003 yılına kadar olan dönemde Meclis 4790 adet kanun çıkarmıştır. Bunların 103'ü Cumhurbaşkanları tarafından geri gönderilmiş, geri gönderilenlerin 70'i kanunlaşmıştır. Geri gönderilen kanunların Meclisten geçme yüzdesinin %69 olduğu belirtilmiştir¹³⁷. İba'nın tespitleri kapsamına aldığı dönemde geri gönderilen kanunların kabulü için nitelikli çoğunluk aranmamaktaydı. Buna rağmen Cumhurbaşkanları geri gönderdikleri kanunların %31'inin kanunlaşmasını engellemişlerdir. 2017 değişiklikleri kapsamında artık güçleştirici vetonun söz konusu olduğu ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarıldığında kanunun uygulanacağı yönündeki Anayasa hükmü birlikte düşünüldüğünde, Cumhurbaşkanının böyle bir kanunu veto etmeye daha istekli olacağı muhtemeldir. Geri gönderilen kanunun aynen kabulü için nitelikli çoğunluk aranması, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aynı konuyu düzenleyen kanunun kabul edilerek yürürlüğe girmesini ve ilgili kararnameyi bertaraf etmesini kuşkusuz zorlaştırmaktadır.

2017 Anayasa değişikliklerinin yapıldığı süreçte yasama ve yürütme organlarının birbirlerinden ayrılacağı, yürütme organından üye bulundurmeyen Meclisin artık tek görevinin kanun çıkarmak olacağı için Meclisin yasama performansının artacağı ileri sürülmüş idi. Ancak 27. yasama döneminde öyle olmadığı ortaya çıkmış oldu. 2017 değişiklikleri sonrasında meclisten geçen kanun sayısı geçmiş dönemlere göre azalmıştır. 27. Yasama Döneminde 07.07.2018 - 28.07.2020 tarihleri arasındaki 3 yasama yılını kapsayan dönemde Mecliste 108 adet kanun yapılmıştır¹³⁸. 26. Yasama Döneminde 17.11.2015 - 16.05.2018 ta-

¹³⁶ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, s. 731.

¹³⁷ Şeref İba, "Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısım veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52/3, 2003, s. 303.

¹³⁸ 27. Yasama döneminde 1. yasama yılı 07.07.2018-25.07.2018 tarihleri arasındaki 18 günden ibarettir. Bu sebeple adil bir kıyaslama olmadığı düşünülebilir. Ancak 1. yasama yılı tam bir yıl olsaydı ve o sürede diğer iki yılda yapıldığı kadar yasa daha yapılmış olsaydı bile (108+108=216) yine 26. yasama dönemindeki 3 yasama yılında çıkarılan kanun sayısının yarısına yaklaşmak mümkün olmayacaktı.

rihleri arasındaki 3 yasama yılında ise 527 adet kanun yapılmıştır¹³⁹. Öte yandan Resmi Gazete kayıtlarına göre 09.07.2018 - 17.04.2022 tarihleri arasında 98 adet Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmıştır. Bu sayının 27. Yasama Döneminin ilk 3 yasama yılında asli görevi kanun yapmak olan Meclisin çıkardığı toplam kanun sayısına yakınlığı dikkat çekicidir. Hemen belirtelim ki 98 sayısının içinde daha evvel çıkarılan kararnamelerde değişiklik yapılmasını öngören değişiklik kararnameleri de bulunmaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla 98 Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 62'si değişiklik kararnamesidir. Erdoğan'ın yaptığı araştırmaya göre 07.10.2021 tarihine kadar çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin %63'ten fazlası değişiklik kararnamesidir¹⁴⁰.

SONUÇ

Devletin sahip olduğu yasama, yürütme ve yargı erkleri organik olarak ne kadar birbirinden ayrışsın ayrışsın asgari düzeyde de olsa birbirlerine uyum sağlamak ve birbirleriyle işbirliği yapmak zorundadır. Kanun yapmak parlamentoların yetki alanındadır ancak zaman zaman yürütme organlarının bu alana dahil oldukları gözlemlenmektedir. Parlamenter sistemlerde bu dâhiliyetin başkanlık sistemlerine göre fazla olması normal karşılanır. Çalışmamız kapsamında ülkemizde parlamenter sistem kuran 1924 ve 1961 Anayasaları ile 1982 Anayasasının ilk şeklindeki düzenlemeler, yürütme organının kanun yapım sürecindeki aktif rolünü ortaya koymuştur.

2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında, sert kuvvetler ayrılığı sistemine geçişin bir gereği olarak yürütme organının kanun yapım sürecine etkisinin daha az olması beklenmektedir. Bununla birlikte yasama - yürütme ilişkilerinin ve etkileşimlerinin sıfırlanması hiçbir zaman söz konusu olamaz. Bu ilişki ve etkileşim araçlarını düzenleyen normların ve kanun yapım sürecinde yürütmeye paylaşılacak yetkilerin tartışmaya yol açmayacak nitelikte düzenlenmesi gerekir. Ancak 2017 yılında değiştirilen hükümlerin bir kısmının tartışmalı düzenlemeler getirdiği ortadadır. Çalışmada bütçe kanunun süresi içinde kabul edilmemesi durumunda son alternatif olarak geçen yılın bütçesinin artırılarak yürütme tarafından uygulamaya konulabilmesi, milletlerarası anlaşmaları uygun bulma kanun tekliflerinin meclisin önüne gelmesi usulü, veto yetkisinin güçleştirici hale getirilmesi ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ilgili düzenlemelerin, yürütmenin kanun yapım sürecine etkisi bakımından sorunlu yanları ortaya konmaya çalışılmıştır.

¹³⁹ <https://bit.ly/3w55U8e>. Erişim Tarihi: 02.03.2022.

¹⁴⁰ Didem Erdoğan, *Türk Anayasa Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 210.

KAYNAKÇA

- AKIN, Rıdvan, "TBMM'nin İlk Bütçe Yasası: 1336 Muvazene-i Umumiye Kanunu", *Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları Dergisi*, 2002, S. 2, s. 1-40.
- ANAYURT, Ömer, "1924 Anayasası'nda Meclis - Yürütme İlişkileri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 1997, 8(39), s. 673-694.
- ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 13. Baskı, 2019.
- ATAYAKUL, Fatma Alev, *Türkiye'de Demokrat Parti Döneminde Genel Seçimler*, 2007, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.
- ÇELİK, Edip, *Milletlerarası Hukuku*, I. Cilt, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965.
- ERDOĞAN, Didem, *Türk Anayasa Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERTAŞ, Türker, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2019.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: I, Ekin Yayınları, Bursa, 1. Baskı, 2011.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınları, 4. Baskı, 2021.
- GÜNEŞ, İhsan, "Milli Mücadele Dönemi Bütçeleri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 1988, C. 4, S. 12, s. 763-782.
- GÜVEYİ, Ümit, "Bütçe Hakkının Anayasacılık Bakımından Önemi ve Türk Anayasal Düzenindeki Durum", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, C. 14, S. 155, s. 1360-1370.
- HALATÇI ULUSOY, Ülkü, *Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Uluslararası Anlaşmaların Yapımı ve Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- İBA, Şeref, "Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısım veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52/3, 2003, s. 299-316.
- İBA, Şeref, *Türk Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- İBA, Şeref, *Parlamento Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 7. Baskı, 2020.
- KARAMAN, Mustafa, *Demokratik Siyasal Sistemde Parlamenter Denetim ve Türkiye Uygulaması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- KESKİNSOY, Ömer, "Türkiye'de Seçim Kararının Mahiyeti", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 22/1, 2020, s. 54-73.
- KİLİ, Suna - GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2006.

- KÜÇÜK, Adnan, **Türkiye’de Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) Sistemi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2021.
- METİN, Yüksel, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, 1996, s. 171-197.
- ÖZBUDUN, Ergun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1985, Cilt 2, s. 227-238.
- ÖZBUDUN, Ergun, **1921 Anayasası**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992.
- ÖZBUDUN, Ergun, **1924 Anayasası**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 15. Baskı, 2014.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 17. Baskı, 2017.
- ÖZSOY, Şule, **1982 Anayasası’nın Yapım Süreci**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, Turhan Kitabevi, 12. Baskı, Ankara, 2014.
- TANÖR, Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 4. Baskı, 2012.
- TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 28. Baskı, 2017.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- TURHAN, Mehmet, **Hükümet Sistemleri**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.
- YEŞİLIRMAK, Bahadır, “Cumhurbaşkanının TBMM’ye Mesaj Verme Yetkisi”, **Yasama Dergisi**, Sayı: 41, 2020, s. 11-38.

AVRUPA SAVCILIĞI VE BU KURUMUN BAKMAYA YETKİLİ OLDUĞU SUÇLAR^(*)

Orbay Bahri ULGAR^(**)

Öz

Avrupa Savcılığı (EPPO), Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarını koruma amacıyla 'Corpus Juris' adıyla yapılan çalışmalarla kurulmuştur. Avrupa Delege Savcılarının, kendi ulusal yasalarına göre EPPO adına soruşturma yürüterek kendi ülkelerinde dava açmaları şeklinde ilginç bir sistem oluşturularak 01.06.2021'de faaliyete başlanmıştır. EPPO'nun bakacağı suçlar sınırlıdır. Merkezi hizmet daha etkin ve objektif olarak takip açısından faydalıdır. Ancak bazı birlik üyesi devletlerin sisteme katılmamış olması, ayrıca aynı suçlar için soruşturma ve yaptırımların üye devlete bağlı olarak değişiklik göstereceğinden uygulama birliğinin ve ceza adaletinin sağlanmasında sorunlar yaratacaktır. Bu çalışmada EPPO kuruluşu ve bakmaya yetkili olduğu suçlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Corpus Juris, Avrupa Birliği, Mali Suç, Avrupa Savcılığı, Avrupa Delege Savcıları.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.04.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 27.05.2022.

Atıf Şekli: Orbay Bahri Ulgar, "Avrupa Savcılığı ve Bu Kurumun Bakmaya Yetkili Olduğu Suçlar", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 171-200.

^(**) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

E-posta: orbayulgar@hotmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-9407-2221>.

EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND THE CRIMES IN ITS JURISDICTION

Abstract

The European Prosecutor's Office (EPPO) was established in order to protect the financial interests of the European Union, as a result of the studies called 'Corpus Juris'. An unusual EPPO system was created and started operating on 01.06.2021, where European Delegated Prosecutors file cases by conducting investigations in the name of the EPPO, in accordance with their own national laws. The EPPO addresses a limited number of crimes. Centralized service would be more effective and objective in respect of monitoring. However, non-participation of certain EU Member States in the system, in addition to the differing investigation processes and sanctions for the same crimes by the concerned member state will cause problems in achieving unity of implementation and criminal justice. This study will analyze the organization of EPPO and the crimes that fall within its jurisdiction.

Keywords

Corpus Juris, European Union, Financial Crimes, European Public Prosecutor's Office, European Delegated Prosecutors.

GİRİŞ

Avrupa Birliğinin üye devletlere yapmış olduğu fon desteklerine ile birliğin mali çıkarlarına karşı işlenen suçlar ile yapılan usulsüzlükler sonucu yüksek miktarda maddi zarar ve gelir kaybı yaşanmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Birliği açısından ekonomik suçlar konusunda daha etkin bir mücadele gerçekleştirme gereği olarak Avrupa Savcılığı (“EPPO”) fikrini ortaya çıkarmıştır¹. Avrupa Birliği (AB)’nin mali çıkarlarına karşı işlenen suçlar ile mücadele amacına yönelik hizmet eden Eurojust, Europol ve OLAF (Avrupa Dolandırıcılıkla Mücadele Ofisi) gibi oluşumların yetersiz kalması da doğrudan soruşturma yetkisi olan Avrupa Savcılığı’nın kurulmasını zorunlu hale getirmiştir.

Kendi ulusal sistemlerde yargının aktif üyeleri olan Avrupa Delege Savcılarının, kendi ulusal yasalarına göre EPPO adına soruşturma yürüterek ulusal ceza kanunları ve usule ilişkin hükümleri uygulayarak davalarını ulusal mahkeme önünde yargıya taşımaları, kovuşturma aşamasında da temsil görevi almaları şeklinde bir Avrupa Savcılığı müessesesi oluşturulmuştur. Bu sistem yapılan işlemlerin tek bir kurumsal yapı altında koordine edilerek yürütülmesinin daha etkin ve objektif olarak takibi açısından katkı sağlasa da; 22 farklı ceza muhakemesi hukuku rejimi altında faaliyet gösteren farklı ekipman, teknolojiler, çalışma yöntemleri kullanılan değişik bir sistem kurulmuştur.

EPPO’nun bakacağı suçlar sınırlı olarak sayılmıştır. AB Mali Çıkarlarının Korunmasını düzenleyen 2017/1371 Direktifinde (“PIF Direktifi”) listelenen suçlar ve AB bütçesine karşı bir suçla “ayrılmaz bir şekilde bağlantılı” diğer yasadışı faaliyetler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Belirtilen suçlar dışında soruşturma yetkisi yoktur.

Bu çalışmada öncelikle Avrupa Savcılığı’nın kuruluşu, savcılık teşkilatının oluşumu ve işleyişi hakkında bilgi verilecek, ikinci kısımda ise Avrupa Savcılığı’nın bakmaya yetkili olduğu suçlar ayrıntılı ele alınacaktır.

I. AVRUPA SAVCILIĞI’NIN KURULUŞU VE AMACI

A. Genel Olarak Avrupa Savcılığı

Avrupa Birliği içinde özellikle ekonomik suçlarla mücadele konusunda sıkı bir işbirliği gerçekleştirmek ve Topluluk Ceza Hukuku kavramına işlerlik kazandırma zorunluluğu kaçınılmaz olmuştur².

¹ Durmuş Tezcan, *Adli Bir Organ Olarak Savcılık*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2006, s. 298.

² Durmuş Tezcan, *Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeni İçinde Ceza Hukukunun Yeri*, Prof. Aziz KÖKLÜ’ye Amağan, AÜSBF/BYYO Basımevi, Ankara 1984, s. 465-485.

Avrupa Birliği mali çıkarlarına yönelik suçlarla mücadelenin yalnızca ulusal düzeyde ele alınmasının yetersiz kaldığının görülmesi Avrupa Savcılığı'nın kurulması fikrini gündeme getirmiştir³.

AB'nin mali çıkarlarına karşı işlenen suçların cezai soruşturulmasına yönelik ortak bir yaklaşım oluşturmaya yönelik ilk girişim, 1995 tarihli Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşme'de (PIF Sözleşmesi) yapılmıştır. PIF Sözleşmesinde birliğin mali çıkarlarına yönelik suçlar ayrıntılı olarak listelenmiştir⁴.

AB'nin mali çıkarlarına karşı işlenen suçların cezai soruşturulmasına yönelik bir diğer önemli çalışma olarak 1997 yılında Avrupa Parlamentosunun öncülüğünde üye devletlerin ceza hukuku alanındaki uzmanlarını ortak bir paydada birleştirerek "Corpus Juris" adıyla oluşturulan çalışma grubuna yönelik bir proje gerçekleştirildiği, bunun sonucu yapılan çalışmalar etrafında düzenlenen raporda birliğin çıkarlarının korunmasına amacıyla farklı suç tiplerin, ceza hukukunun genel ilkeleri ve usul hükümlerinin belirlenmesi ile Avrupa Savcılığı'na ilişkin bilgiler yer almıştır⁵.

Avrupa Komisyonu Aralık 2001'de finansal varlıkların ceza hukuku kapsamında korunmasına ilişkin bir Yeşil Kitap yayınladı⁶.

Avrupa Birliği tarafından 19 Ekim 2007 tarihinde imzalanan Lizbon Antlaşmasınının 86. Maddesine yapılan ekleme ile mali suçlarla mücadele amacıyla Avrupa Savcılığı'nın kurulması için yetki verilmesi kapsamında ilk kez yasal bir temel sağlandı⁷.

Yapılan tüm çalışmaların sonucu Corpus Juris uzmanlarının bir Avrupa Savcılığı Ofisi kurulmasını önermesinden yirmi yıl sonra dört yıllık müzakerelerden

³ Mustafa Ruhan Erdem, "Lizbon Antlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun Geleceği", *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8 (2013), s. 1086.

⁴ <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2019-08-07/european-union-new-rules-to-fight-crimes-against-the-eus-budget-take-effect/>, (01.04.2022).

⁵ Simone White, "The Corpus Juris: A Bold Step", *Amicus Curiae*, 1999(17), s. 23-26; Serap Keskin - Hamide Zafer - Ümit Kocasakal, *Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 10-12.

⁶ Norel Neagu, "The European Public Prosecutor's Office-Necessary Instrument or Political Compromise", *Law Review* 3.2 (2013), s. 55.

⁷ Lothar Kuhl, "The future of the European Union's financial interests: financial criminal law investigations under the lead of a European Prosecutor's office", *Eu crim: The European Criminal Law Associations' forum* 3 (2008), s. 186-192.

sonra (EPPO) kurulması için bir anlaşmaya varıldı. Avrupa Savcılığı, Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarını etkileyen suçlarla mücadele etmek için 12 Ekim 2017 tarihli (AB) 2017/1939 sayılı Konsey Tüzüğü ile Avrupa Birliği'nin bağımsız bir organı olarak oluşturulmuştur. Bu Konsey Tüzüğü, katılımcı 22 AB ülkesi için geçerlidir: Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Portekiz, Romanya, Slovenya, Slovakya ve İspanya katılımcı ülkelerdir. Buna karşılık İsveç, Macaristan, Polonya, İrlanda ve Danimarka ise EPPO'ya katılmamayı tercih etti. Merkezi Lüksemburg'da bulunan, EPPO'nun katılımcı üyelerde 35 ofisi vardır. EPPO, 1 Haziran 2021 tarihinde faaliyete başlamıştır. EPPO, genel faaliyetlerinden dolayı Avrupa Parlamentosu'na, Konsey'e ve Avrupa Komisyonu'na karşı sorumludur.

AB'nin daha güçlü korumayı garanti etmek için EPPO'ya gerçekten ihtiyacı olup olmadığı sorusu iki noktada öne çıkıyor. İlk olarak, Komisyon, etki değerlendirmesinde dolandırıcılık nedeniyle her yıl çok büyük miktarda AB parasının kaybedildiğini veya başka yerlere yönlendirildiğini savunuluyor. İkinci olarak, son yıllarda AB ceza hukuku alanında ilgili değişiklikler meydana gelmiştir; bununla birlikte, ulusal makamların başvurabilecekleri Eurojust, Europol ve OLAF gibi mevcut AB organlarının, PIF suçlarıyla mücadele için uygun olmadığı, bunların gerekli ancak başka amaçlara hizmet ettiğine inanıyor⁸.

EPPO kurulması düşüncesini tetikleyen nedenler; OLAF takibinin olmaması, sınırlı kolluk kuvvetleri kaynakları, kolluk kuvvetlerinin parçalanması ve geciktirici veya işbirlikçi olmayan tutumların sergilenmesi olarak gösterilirken; EPPO'dan beklenen faydalar ise, PIF suçlarının daha yüksek soruşturma oranı, daha yüksek sonuçlara yol açan daha iyi soruşturma ve daha yüksek varlık kurtarma oranı olarak sıralanabilir⁹.

OLAF, 1999 yılında Avrupa Komisyonu tarafından resmen kurulmuştur. Bu bir soruşturma organı değil, daha çok idari nitelikte bir Avrupa dairesidir. AB kurumları ile üye devletler içinde ve harici dolandırıcılık suç davranışı tespit

⁸ Fabio Giuffrida, "The European Public Prosecutor's Office: King without kingdom". *Brussels: CEPS Research Report* 2017/03 (2017), http://aei.pitt.edu/84218/1/RR2017%2D03_EPPO.pdf, (01.04.2022), s. 4-5.

⁹ Simon Drew, "How will the European Public Prosecutor's Office (EPPO) be born?", in: *P. Asp (ed.), The European Public Prosecutor's Office - Legal and Criminal Policy Perspectives, Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, 2015, s. 19.

edilirse, OLAF vakayı ulusal yetkili makamlara havale eden, bunun dışında adli, mali, idari veya disiplin tavsiyeleri ile usulsüzlüklerde herhangi bir artışı önlemeye yardımcı olacak ihtiyati tedbirler tavsiye eden bir kurumdur¹⁰. OLAF bir adli makam değildir ve bu da soruşturma başlatmasını engeller. Bu nedenle, OLAF soruşturmasının takibinde yetersiz kalmaktadır¹¹.

EUROJUST, Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında yargısal iş birliğini öngören, Birlik üyesi ülkelere mensup savcı yargıç ve polis memurlarından oluşturduğu, ulusal yargı mercilerinin yetkinliğini arttırmak, sınır ötesi ve organize suçların soruşturmasını yürütmek amacıyla 28 Şubat 2002 tarihinde imzalanmış ve aynı yıl içinde yürürlüğe girmek suretiyle kurulmuş olup genel merkezi Hollanda'nın Lahey kentinde bulunmaktadır¹². Eurojust ve EPPO'nun ayırt edici özellikleri açıktır. Eurojust cezai adli işbirliği ilişkilerinin koordinatörü veya kolaylaştırıcısı rolünü üstlenirken, EPPO neredeyse tüm Avrupa yargı alanını kapsayan geniş bir alanda faaliyet göstermesi amaçlanan gerçek bir soruşturma organı vasfındadır¹³.

EUROPOL, diğer adıyla Avrupa Polis Teşkilatı, Avrupa Birliği üyesi ülkeler ile birliğin ortaklık kurduğu diğer ülkelerin güvenlik güçleri arasında, uluslararası organize suçlar ve terörizm konusunda iş birliği içerisinde etkili çalışma ortamı sağlamak amacıyla kurulmuş bir birimdir. Avrupa düzeyinde polis işbirliğini yürütür. 1 Ekim 1998 tarihinde faaliyete geçmiştir. Genel merkezi Hollanda'nın Lahey kentinde bulunmaktadır. Europol'ün amacı, organize suç, terörizm ve diğer ciddi suç türleri ile mücadele amacıyla yetkili makamların eylemlerini destekleme ve güçlendirmenin yanı sıra bu suçların önlenmesinde karşılıklı işbirliği için hareket eder¹⁴.

¹⁰ https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/what-we-do_en-, (01/04/2022); Aydın Turna, "Yeni Uygulamalar Bağlamında Olaf ve Gümrük ve Türk Gümrükleriyle İlişkileri", **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, 2017, (10), s. 35-40; Musa Kayrak, "Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası Örgütler", **Sosyo ekonomi** 4 / 4 (2006), s. 97.

¹¹ Alexandre Met-domestici, "The hybrid architecture of the EPPO: from the Commission's proposal to the final act", **Eucrim: The European Criminal Law Associations' forum** 3 (2017), s. 143-149.

¹² <https://tr.wikipedia.org/wiki/Eurojust>, (01/04/2022).

¹³ Filippo Spiezia, "The European Public Prosecutor's Office: how to implement the relations with eurojust?", **Eucrim: the European Criminal Law Associations' forum** 2 (2018), s. 130-137.

¹⁴ Libor Klimek, "European Police Office (Europol): past, present and future", **Present and Future** (January 1, 2014), s. 210-213.

Bu kapsamda mali suçlarla mücadelede yetersiz yetki nedeniyle etkinliği az olan OLAF ve Eurojust'in karşısında EPPO'nun rolü, AB bütçesini etkileyen cezai suçların ve AB'nin mali çıkarları açısından diğer suçların faillerini soruşturmak, yargıya teslim etmek ve kovuşturmak aşamasında da temsil görevi almak olacaktır. EPPO bunu, üye devletlerin yetkili mahkemelerinde Avrupa Delege Savcılar aracılığıyla savcılık işlevlerini yerine getirerek yapma yetkisine sahiptir. EPPO, OLAF'ın yerini tamamen alamaz. EPPO'nun araştıramadığı veya araştırmak istemediği, henüz araştırma yapamadığı çok sayıda senaryo ile karşılaşılabilirdiğinden OLAF'a ayrıca ihtiyaç duyulacaktır¹⁵. Özellikle, sadece katılmayan Üye Devletleri içeren davalarda, EPPO'nun yargı yetkisi olmadığı için Eurojust ve OLAF'ın rolü büyük önem kazanacaktır. Hem katılan hem de katılmayan Üye Devletleri içeren senaryoda mesele çok daha karmaşıktır. Bu, Birlik düzeyinde olumsuz bir yetkinlik çatışmasına neden olabilir. Eurojust bu karışık davalardaki rolü EPPO ile katılımcı olmayan Üye Devletlerin ulusal makamları arasındaki koordinasyonu güçlendirebileceği için önemlidir¹⁶. EPPO, bireysel ceza davalarının soruşturmasını yürütmeyen (OLAF) ve Eurojust'ın çalışmalarını tamamlayacaktır. Bununla birlikte aynı zamanda (OLAF) ve Eurojust kurumları, Avrupa Savcılığı'nın görevlerini ifası sırasında ona katkı sağlayıcı rol alacaklardır¹⁷.

OLAF ile EPPO arasında Her ikisinin de soruşturmak istediği veya her ikisinin de bir davayı diğerine havale etmek istediği durumlarda iki ofis arasındaki yetki çatışmaları yaşanabilir. Bu durumlarda EPPO Tüzüğü'nün gerekçelerinden ve hükümlerinden EPPO'nun görüşünün geçerli olması gerektiği anlaşılırken, yasa koyucu bu soruyu açık bırakmış ve OLAF ile EPPO arasında bir çalışma anlaşmasının akdedilmesine tabi tutmuş olduğu gözükmektedir¹⁸.

05/07/2021 tarihinde EPPO ve OLAF arasında bir anlaşma imzalandı. Bu anlaşma; Çalışma düzenlemesi, diğer şeylerin yanı sıra, iki ofisin nasıl bilgi alış-

¹⁵ Lothar Kuhl, "The European Public Prosecutor's Office - More Effective, Equivalent, and Independent Criminal Prosecutions against Fraud?", *Eucrim: The European Criminal Law Associations' forum*, 2017/3, s. 135-143.

¹⁶ Costanza Di Francesco Maesa, "Repercussions of the establishment of the EPPO via enhanced cooperation." *in: EUCRIM*, 2017, s. 156-160.; Jiří Jelínek. "The European Public Prosecutor's Office as a New form of Institutional Judicial Cooperation Among EU Member States", *Central European Journal of International & Security Studies*, 12.2 (2018), s. 91.

¹⁷ Mustafa İberyâ Arkan, *Avrupa Birliği Yargı Düzeninde Savcılık Kurumu*, Seçkin Yayınevi, 2009. s. 159-162. [https://www.eurojust.europa.eu/crime-types-and-cases/crime-types/pif-crimes-\(01/04/2022\)](https://www.eurojust.europa.eu/crime-types-and-cases/crime-types/pif-crimes-(01/04/2022)).

¹⁸ Petr Klement, "OLAF at the gates of criminal law", *Eucrim: The European Criminal Law Associations' forum* 4 (2017), s. 196-200.

verisinde bulunacaklarını, olası vakaları nasıl rapor edeceklerini, aktaracaklarını ve ilgili soruşturmalarında birbirlerini nasıl destekleyeceklerini ortaya koyuyor. Ayrıca, OLAF'ın gerektiğinde tamamlayıcı araştırmaları nasıl yürüteceğini ve iki ofisin trendler hakkında düzenli bilgi paylaşmasını ve ortak eğitim tatbikatları ile personel değişim programları yürütmesini sağlamayı da kapsıyor.

15 Şubat 2021'de EUROJUST ve EPPO arasında, Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarını etkileyen suçlarla mücadelede işbirliklerinin ayrıntılı pratik yöntemlerini ortaya koyan kurumsal ilişkileri ve idari konuları kapsayan bir Çalışma Yönetmeliği imzalandı.

19 Ocak 2021 tarihinde, EUROPOL ile EPPO arasında bir Çalışma Düzenlemesi yürürlüğe girmiştir. Çalışma Düzenlemesi, AB'nin mali çıkarlarını etkileyen suçlarla mücadele için işbirliği çabalarına ilişkin ayrıntılı pratik yöntemler ortaya koymaktadır.

Mevcut yapıdan farklı olarak; Üye Devletlerin uygulanabilir değişik hukuk sistemleri yerine, herhangi bir devlet sınırından bağımsız olarak tek bir Avrupa yasal alanı boyunca ulusal devletlerden bağımsız tek başına soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi olan bir EPPO yaratmanın daha etkin ve avantajlı olacağını savunan görüşler de vardır¹⁹.

B. Avrupa Savcılığı Teşkilatının Oluşumu ve İşleyişi

EPPO standart karşılıklı adli yardım araçlarından farklı olarak Avrupa Delege Edilmiş Savcılarının kendilerine verilen soruşturma işlemlerini yerine getirme yükümlülüğünü öngören sınır ötesi işbirliği için nevi şahsına münhasır bir rejim temelinde hareket edecekleri yeni bir yaklaşım getirmektedir²⁰. Yargı makamları arasında işbirliği ve koordinasyonu kolaylaştırmayı hedefleyen bir Avrupa yargı ağı oluşturulmuştur²¹.

Merkezi Lüksemburg'da olan Avrupa Başsavcısı ve 22 Avrupalı Savcı (katılan Üye devlet başına bir) tarafından yürütülür. Bu organ Savcılar Koleji olarak

¹⁹ Helmut Satzger, "The Future European Public Prosecutor and the National Prosecution: Potential Conflicts and How They Could be Avoided", in: P. Asp (ed.), *The European Public Prosecutor's Office - Legal and Criminal Policy Perspectives, European Criminal Policy Initiative*, 2015, s. 69, 78.

²⁰ Peter Csonka - Adam Juszczak - Elisa Sason, "The Establishment of the European Public Prosecutor's Office", in: *EUCRIM* (3), 2017, s. 125-135.

²¹ Louise HODGES, *Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Kurumları*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005, s. 206.

bilinir. Başsavcı ve seçilen iki temsilci strateji geliştirir ve gündemi belirler. Bir birim olarak Savcılar Kurulu, tutarlılık sağlayarak iç usul kurallarını benimser. Ayrıca, sahada yürütülen soruşturma ve kovuşturmaları izlemek ve yönlendirmek üzere 15 daimi daire kurulmuştur. Her daimi daire, bir başkan (yani, başsavcı, bir vekil veya bir Avrupa Delege Savcısı) ve daimi üyeler olarak iki Avrupa Delege Savcısından oluşur.

Avrupa Delege Savcılarının atanması ve görevden alınmasında; Avrupa Başsavcısı, Avrupa Komisyonu tarafından yedi yıllığına atanıyor. Delege Savcılarını, Üye Devletlerin göstereceği 3 aday arasından Kolej, Avrupa Başsavcılığının önerisi üzerine, Avrupa Komisyonu atayacaktır. Üye Devletler tarafından aday gösterilen yetkili savcılar 2. paragrafta belirtilen kriterleri yerine getirmiyorsa Kolej reddedebilir. Avrupa Delege Savcılar beş yıllık bir süre için atanacak ve bu süre yenilenebilir. Kolej, EPPO'nun iç usul kurallarına uygun olarak Bir Avrupa Delege Savcısını veya Avrupa Başsavcı Yardımcısını görevlerini artık yerine getirmiyorsa, görevden almaya karar verebilir. (tüzük madde 14, 15, 17).

Ulusal yargı organlarında yerleşik olarak bulunan Avrupa Delege Edilmiş Savcıları, ulusal hükümetlerden ve ulusal yargı makamlarından bağımsız kalır. En azından ulusal savcılarla aynı yetki ve çalışma koşullarına sahip olmalıdırlar. Onlara operasyonel çalışmalarıyla ilgili olarak, ya EPPO Koleji (genel savcılık politikasını ve çalışmalarının genel çerçevesini tanımlamaktan sorumlu) aracılığıyla ya da 15 Daimi Dairenden biri (soruşturmaların her birinde kilit kararlar almaktan sorumlu) aracılığıyla EPPO genel merkezi tarafından talimat verilebilir.

Avrupa Delege Savcıları, Avrupa Savcılığı adına hareket eder. Kendi üye devletlerinde ofisi bulunur ve ulusal makamlarla aynı yetkilere sahiptir. Soruşturma, kovuşturma ve davaların kesinleşmesine ilişkin görevler dışında kendilerine tanınan özel yetki ve statülere tabi olarak ve bu tüzükte öngörülen şartlar dahilinde savcılara ek görev verilebilir. (tüzük madde 12).

Kendi ulusal sistemlerde yargının aktif üyeleri olan Avrupa Delege Savcıları, ulusal yasalara göre EPPO adına soruşturma yürütür ve kovuşturma aşamasında temsil görevi alır. Ulusal ceza kanunları ve usule ilişkin hükümleri uygulayarak davalarını ulusal mahkeme önünde yargıya taşıyorlar. Mahkemeler, 22 farklı ceza muhakemesi hukuku rejimi altında faaliyet gösteriyor. Farklı ekipman, teknolojiler, çalışma yöntemleri ve diller kullanılıyor. EPPO yetkin olduğunda da, ulusal makamlar geri çekilmek ve izin vermek gibi yasal bir yükümlülükleri vardır. EPPO bir ekleme değil, iyileştirilecek yeni bir katmandır. Ulusal makamlarla koordineli olarak bir taraftan ulusal yargılarla bağlantılı organ, diğer taraftan ise AB huku-

kunun üstünlüğünün sistemik bir bileşenidir. Bu nedenle katılımcı bir Üye Devletin yargısındaki yapılacak değişiklikler EPPO'yu doğrudan etkiler.

AB komisyonu, bu tam merkezi olmayan modelin en iyi dengeyi sağladığını, ayrıca EPPO'nun gerçekten etkili olması ve üye devlet düzeyinde kabul görmesi için en iyi şansını sunduğunu düşünüyor²².

Avrupa Savcılığı bağımsız olacaktır. Üye Devletler ve Birlik kurumları, organları, ofisleri veya ajansları, Avrupa Savcılığının bağımsızlığına saygı gösterecek ve onu herhangi bir konuda etkilemeye çalışmayacaktır. (tüzük madde 6).

Avrupa Savcılığı Tüzüğü'nün 12. Maddesinde, bir konunun ulusal hukuka ve bu Tüzüğe tabi olduğu durumlarda, ikincisi hakim olacaktır. Yetkili ulusal makamlar, Avrupa Savcılığının soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki görevlerine aktif olarak yardım edecek ve destekleyecektir. Üye Devletler yetkili savcının görevlerini gereksiz yere engelleyebilecek veya geciktirebilecek herhangi bir eylem, politika veya prosedürden kaçınacaktır.

Avrupa Delege Savcıları, atandıkları tarihten itibaren görevden alınincaya kadar, savcılık teşkilatının veya kendilerini aday gösteren Üye Devletlerin yargısının aktif üyeleri olabilir. Kendi ülkelerindeki Avrupa Savcılığını ilgilendirmeyen diğer soruşturmalarda da aynı zamanda görev almalarına engel yoktur.

Tüzüğü'nün 36. Maddesi uyarınca ulusal mahkemeler önündeki yargılamalarda, EPPO ilke olarak bir Avrupa Delege Savcısı tarafından temsil edilecektir.

Avrupa Delege Savcısının yıllık izinde olduğu, hasta olduğu gibi geçici olarak bulunmadığı durumlarda izinliyse veya başka bir şekilde müsait değilse, aynı üye devletin Avrupa Savcısı yerine o üye devletten başka bir Avrupa Yetkilendirilmiş Savcı atanabilir.

Daimi Daireler, Avrupa Delege Savcıları tarafından yürütülen soruşturma ve kovuşturmaları izler ve yönlendirir, sınır ötesi davalarda soruşturma ve kovuşturmaların koordinasyonunu sağlar ve kurul tarafından alınan kararları uygulayarak katılımcı Üye Devletler genelinde EPPO'nun soruşturma politikasında verimlilik ve tutarlılık olması amacıyla hareket eder. Avrupa Delege Savcılarının etkin olmaması durumunda, yetkili Daimi Meclis Avrupa Delege Savcısına soruşturmayı başlatması talimatı verebilir.

²² Vera Alexandrova, *Presentation of the Commission's Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office*, The European Public Prosecutor's Office. TMC Asser Press, The Hague, 2015, s. 13.

Kolej Birimi, somut EPPO soruşturmalarına dahil olmasının ötesinde, en iyi uygulamaların standartlaştırılması ve paylaşılması, politika geliştirme, bilgi yönetimi, dijital geliştirme, paydaş katılımı ve operasyonel çeviriler yoluyla soruşturma politikasının tutarlı bir şekilde uygulanmasına da katkıda bulunur.

Hükümlerin infazı ile ilgili Avrupa Delege Savcılarına yapılmış bir görev tanımını yoktur. Hükümlerin infazının takip ve yerine getirme işlemleri ulusal makamlarca yapılacaktır²³.

EPPO'nun karmaşıklığı, merkezi hizmetlere dayalı olmakla birlikte belirli çok seviyeli yapıyla ilgilidir. Bazı üye devletlerin yapıya dahil olmaması suçluların katılımcı olmayan bir Üye Devlete EPPO'dan sığınabileceği anlamına gelir. Üye devletler ile iyi işleyen işbirliği anlaşmaları sağlanmadıkça onlara ulaşmak mümkün olmayabilir. Ceza usulleri ve ceza adaleti sistemleri Üye Devletler arasında önemli farklılıklar göstermektedir. Bu nedenle aynı suçlar için soruşturma ve yaptırımlar Üye Devlete bağlı olarak değişebilir. Şu anda bir AB Ceza Mahkemesi kurma planları olmadığı için bu gerçeğin ışığında, EPPO, çeşitli ulusal yargı sistemlerine bakarak bir soruşturma tarafıyla sınırlı kalacaktır. Ayrıca Üye Devletlerde, bazı katılımcı üye ülkelerdeki sürekli yüksek düzeyde yolsuzluk nedeniyle oluşturulabilecek bazı davaların siyasi sonuçları göz önüne alındığında Avrupa Delege Savcılarının bağımsızlığı açısından savcıların disiplin cezaları yoluyla ulusal müdahaleye karşı yeterince korunmamaktadır²⁴.

II. AVRUPA SAVCILIĞI'NIN BAKMAYA YETKİLİ OLDUĞU SUÇLAR

A. Genel Olarak

Mali suçluluk; kaynağı ne olursa olsun mağdurların zararlarına olarak, hukuka aykırı yöntemlerle yapılan para kazancına bağlı bulunan bir suçluluk olarak tanımlanabilir²⁵.

Avrupa Savcılığı Tüzüğü'nün 2/3. maddesinde, "Birliğin mali çıkarları", Birlik bütçesi ve kurumların, organların, ofislerin bütçeleri tarafından kapsanan, bu bütçe yoluyla elde edilen tüm gelirler, harcamalar ve varlıklar olarak tarif edilmektedir.

²³ Durmuş Tezcan, *Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap*, D.E.Ü. Yayını, İzmir 2003, s. 88.

²⁴ Drew, s. 20-23; András Csúri, "The Proposed European Public Prosecutor's Office - from a Trojan Horse to a White Elephant?", *in Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, s. 1-30.

²⁵ Jean Pradel, Çeviren Zeynel, T. Kangal, *Malî Suçluluk: Kavramlar ve Temel Açıklamalar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2002, c: LX, sy: 1-2, s. 312.

Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarına karşı suçlar (2017/1371 sayılı Direktifte tanımlandığı şekliyle PIF suçları) yalnızca Birliğin mali çıkarlarını etkilemekle kalmaz, aynı zamanda Birliğin itibarını ve güvenilirliğini de zedeler. Bu suçlar arasında AB bütçesiyle ilgili dolandırıcılık, iki veya daha fazla Üye Devleti etkileyen büyük ölçekli Katma Değer Vergisi (KDV) dolandırıcılığı, yolsuzluk, bir kamu görevlisi tarafından işlenen varlıkların zimmete geçirilmesi ve bu suçlardan elde edilen malları içeren kara para aklama sayılabilir.

AB'nin mali çıkarlarına karşı diğer cezai suçlarla ilgili olarak, PIF Direktifi, kara para aklama ve pasif ve aktif yolsuzluk dahil olmak üzere, önceki PIF Sözleşmesinde ayrıntıları verilen suçların listesini büyük ölçüde takip etmektedir. (PIF Direktifi madde 4.) PIF Direktifine yapılan yeni bir ekleme, bir kamu görevlisi tarafından kasıtlı olarak suistimal edilmesinin suç olarak tanımlanmasını temsil etmektedir. (PIF Direktifi Ay. madde 4, paragraf 3.) Kamu görevlisi terimi, yalnızca resmi görevlerde bulunan bireyleri değil, aynı zamanda müteahhitler gibi AB fonlarının yönetiminde yer alan özel kişileri de kapsayacak şekilde geniş bir şekilde tanımlanmaktadır. (PIF Direktifi Ay. madde 4, bent 4.) AB'nin mali çıkarlarına karşı suçları teşvik, yardım ve yataklık etmek ve bu tür suçlara teşebbüs etmek de suç olarak belirlenmiştir. (PIF Direktifi Adı madde 5.)²⁶ Bu fiiller sadece tek başına ulusal hazineye karşı işlenen suçlar değil aynı zamanda birlik bütçesi zararına da sonuç veren suçlardır²⁷.

EPPO, ceza hukuku yoluyla AB'nin mali çıkarlarını korur. 2017/1371 Direktifinde ("PIF Direktifi") listelenen suçlar ve AB bütçesine karşı bir suçla "ayrılmaz bir şekilde bağlantılı" diğer yasadışı faaliyetler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Bu, EPPO'nun aşağıdakiler de dahil olmak üzere çok çeşitli cezai suçları soruşturaktan sorumlu olduğu anlamına gelir.

EPPO,

- i. katılımcı bir veya daha fazla AB Üye Devletinde işlenen suçlar;
- ii. katılan bir ülkenin vatandaşı tarafından işlenen suçlar;
- iii. bir AB görevlisi veya kamu görevlisi tarafından katılımcı Üye Devletler dışında işlenen suçlar hakkında yetkilidir.

²⁶ <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2019-08-07/european-union-new-rules-to-fight-crimes-against-the-eus-budget-take-effect/>, (01.04.2022).

²⁷ Erdem Utku Eke - Mustafa Balkan Demirdal, "Avrupa Birliği'nde Vergi Kaçakçılığı Suçu ile Mücadelede İspanya Örneği", *Politik Ekonomik Kuram* 5.1, s. 2.

EPPO için, OLAF idari raporları olası kaynaklar arasındadır. Bunun dışına ulusal makamlar, yetkisi kapsamında suç teşkil edebilecek herhangi bir olayı EPPO'ya bildirmelidir. Ayrıca, herkes (AB vatandaşı, AB vatandaşı olmayan, özel şahıs veya tüzel kişilik) "Suç Bildir" web formu aracılığıyla EPPO'ya bir suçu bildirebilir. EPPO ayrıca soruşturma başlatmak için haber raporları gibi diğer kaynaklardan proaktif olarak bilgi toplayabilir²⁸.

Bireyler tarafından işlenen cezai suçlarla bağlantılı olarak tüzel kişileri araştıran EPPO'ya karşı herhangi bir yasak yoktur. Aslında, tüzüğün bazı hükümleri, bir şirketin bir EPPO soruşturmasına dahil olabileceğini doğrulamaktadır. Bununla birlikte, şirketlerin fiili soruşturulması, katılımcı Üye Devletlerdeki kurumsal cezai sorumluluk sisteminin niteliğine ve kapsamına ve bunun EPPO'nun soruşturma yetkisine sahip olduğu suçlarla nasıl kesiştiğine bakılarak değerlendirilmelidir²⁹. Tüzel kişi veya birlik yararına organlarından biri, temsilcisi veya tüzel kişi ya da birlik adına hareket eden veya hukuki veya fiili olarak topluluk adına karar alma yetkisi olan diğer başka bir kişi tarafından Avrupa Topluluğunun Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşme'de gösterilen suçları işlenmesi durumunda, bu suçlardan tüzel kişiler ve kendine ait malvarlığı bulunan topluluklar ceza hukuku kapsamında sorumlu olacaktır³⁰.

EPPO'nun bakacağı suçlar özetle;

- en az iki veya daha fazla Üye Devletin topraklarıyla bağlantılı olmaları ve toplam zararı en az 10.000.000 EURO olan katma değer vergisi dolandırıcılığı;
- AB harcamalarını ve gelirlerini içeren diğer dolandırıcılığı araştırmak;
- AB'nin mali çıkarlarına zarar veren rüşvet ve yolsuzluk;
- AB fonlarının kamu görevlileri tarafından kötüye kullanılması;
- Kara para aklama;
- Ayrılmaz bir şekilde AB bütçesine karşı bir suçla bağlantılı diğer faaliyetler olarak sıralanabilir.

²⁸ <https://portolano.it/newsletter/portolano-cavallo-inform-litigation-arbitration/the-european-public-prosecutors-office-at-a-glance->, (01/04/2022).

²⁹ <https://portolano.it/newsletter/portolano-cavallo-inform-litigation-arbitration/the-european-public-prosecutors-office-at-a-glance->, (01/04/2022).

³⁰ Nur Centel, "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65.4 (2016), s. 3316.

B. Avrupa Savcılığı'nın Bakmaya Yetkili Olduğu Suç Tipleri

Avrupa Savcılığı'nın baktığı suç tiplerini şu şekilde sınıflandırabiliriz.

1. Fonların Tedarik Dışı Harcama Dolandırıcılığı

Yapısal fonlar, Birliğe üye ülkelerin ekonomik koşullar açısından bütünleşmesini sağlamayı ve birlik içinde yer alan bütün bölgelere uyum içerisinde gelişmeleri ve kalkınmaları için fırsat eşitliği vermeyi amaçlayan fonlardır. Bu amaç doğrultusunda altyapı, ekonomik kalkınma, eğitim ve istihdam, turizmi geliştirme gibi konularla ilgili program ve projelere mali yardımlarda yer almaktadır³¹.

Dolandırıcılık, genellikle başkalarını aldatmak için tasarlanmış herhangi bir kasıtlı eylem veya ihmali ifade eder, mağdurun zarara uğramasına ve failin bir kazanç elde etmesine neden olur. Örneğin, bir hibe yararlanıcısı, haksız yere yüksek hak talebinde bulunmak için fon sağlayıcıyı kasıtlı olarak yanıltmaya çalışır³².

AB'nin mali suçlarla mücadelede aktif olarak yer alması piyasanın işleyişi ve piyasaya olan tüketici güveninin artırılması ile AB bütçesini dolandırıcılığa karşı korumak açısından önemlidir³³.

EPPO soruşturmaları içerisinde yer alan tedarik dışı dolandırıcılık suçu genellikle yanlış veya eksik beyan veya belgelerin kullanılması veya sunulması şeklinde şüpheli bir şekilde satın alınmaması sahtekarlığı ile ilgilidir ve bunun etkisiyle, Birlik bütçesinden veya Birlik tarafından yönetilen bütçelerden veya onun adına fon veya varlıkların kötüye kullanılması veya yanlış bir şekilde elde tutulmasına neden olmaktadır. Bu tür dolandırıcılıklar esas olarak tarımsal sübvansiyonlar ve doğrudan ödeme, kırsal kalkınma, denizcilik ve balıkçılık geliştirme programları, altyapı, insan kaynakları geliştirme programları, Covid-19 ile ilgili kurtarma fonları, eğitim hizmetleri, inşaat, araştırma ve yenilik, yerel altyapı geliştirme, bakım hizmetleri, gençlerin ve işsizlerin işgücü piyasasına en-

³¹ Muhammet Kösecik - S. Yaman Koçak, *Avrupa Birliği Bölgesel Politikası ve Yapısal Fonlar*, Pamukkale Üniversitesi KEAS'03 Kentsel Ekonomik Araştırmalar Sempozyumu-2, Denizli, 2004, https://azkurs.org/pars_docs/refs/19/18042/18042.pdf#page=8, (01.04.2022), s. 2.

³² https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR19_01/SR_FRAUD_RISKS_EN.pdf, (01.04.2022).

³³ Carlos Gómez-Jara Díez - Ester Herlin-Karnell, "Prosecuting EU Financial Crimes: The European Public Prosecutor's Office in Comparison to the US Federal Regime", *German Law Journal*, 19.5 (2018), s. 1194.

tegrasyonu, su altyapısı ve küçük ve orta ölçekli işletmelere (KOBİ'ler) yönelik destekte bulunabilir. Özellikle tarımsal sübvansiyonlar söz konusu olduğunda, EPPO yanlış veya eksik beyanlara, ekili arazinin büyüklüğü ve / veya sığır miktarı ("hayalet sığır") ile ilgili yanlış beyanlara ve sahte belgeler sunan suç gruplarının faaliyetlerine dayanan sahtekarlığı araştırmaktadır³⁴.

Bu suç türüyle ilgili işleyiş biçimleri³⁵:

- Uygunluk kriterleri ile ilgili yanlış bilgilerin alınması, finansal tabloların kasıtlı olarak manipüle edilmesi, şişirilmiş ek maliyetler, uzmanların veya alt yüklenicilerin ödemelerine ilişkin yanlış beyanlar;
- Özellikle eğitim sektöründe ve bakım hizmetlerinde tam olarak teslim edilmeyen veya teslim edilmeyen hizmetler için geri ödeme talep etmek;
- Projelerin yürütülmesi ve özel gereksinimleri hakkında yanlış bilgiler de dahil olmak üzere sahte projeler için teklifler şeklinde gerçekleştirilebilir.

2. Fonların Tedarik Harcama Dolandırıcılığı

Tedarik harcamaları sahtekarlığı genellikle yanlış veya eksik beyan veya belgelerin kullanılması veya sunulması yoluyla şüpheli tedarik harcaması sahtekarlığı ile ilgilidir. Sahtecilik, ayrılmaz bir şekilde bağlantılı yaygın bir suçtur. Bu tür dolandırıcılıklar esas olarak inşaat, atık ve atık su altyapı sübvansiyonları, teknoloji (yeşil atık, geri dönüşüm) ve insan kaynakları geliştirme programlarında bulunur³⁶.

Bu suç türüne ilişkin usuller³⁷:

- Kamu ihale çağrılarında, şüphelinin ihalenin gereklerini karşıladığını yanlış gösteren yanlış beyanlarda bulunmak;
- İhaleyi belirli bir ekonomik işletmeciye vermek için gizli teklif verme, hileli şartnameler, tekliflerin manipülasyonu veya çıkar çatışması;
- İhalenin yönetim makamı tarafından kasıtlı olarak farklı prosedürlere bölünmesi, aynı yararlanıcıların Avrupa Komisyonu tarafından değerlendirilmesinden kaçınmasına izin verilmesi;

³⁴ <https://www.eppo.europa.eu/en/documents>, (01/04/2022).

³⁵ <https://www.eppo.europa.eu/en/documents>, (01/04/2022).

³⁶ <https://www.eppo.europa.eu/en/documents>, (01/04/2022).

³⁷ <https://www.eppo.europa.eu/en/documents>, (01/04/2022).

- Uygunluk kriterlerine ilişkin yanlış bilgilerin sunulması, ihale prosedürlerini simüle etmek için kamu görevlileriyle gizli anlaşma, AB geri ödemesi için maliyetlerin abartılması;
- Ürünlerin istekli tarafından değil, AB tarafından finanse edilmeye uygun olmayan daha ucuz ülkelerden üretildiği ihale edilen malların menşesine ilişkin yanlış belgelerin sağlanması şeklinde gerçekleşebilir.

3. KDV Geliri Dolandırıcılığı

Katma değer vergisinin ortak sistemine ilişkin 28 Kasım 2006 tarih ve 2006/112/EC Konsey Direktifi'nde belirtilen çerçeveye dayalı olarak bir KDV uyguladıkları için, özellikle Avrupa Birliği (AB) ülkeleri olmak üzere birçok ülke için en önemli gelir kaynağını oluşturmaktadır. Bu vergilendirme genellikle mal veya hizmetlere ilişkin işlemlerde ve mükellefin temin ettiği mal ve hizmetler karşılığında aldığı bedelle orantılıdır. Vergi, perakende satış da dahil olmak üzere üretim ve dağıtım sürecinin her aşamasında, daha önce gerçekleştirilen işlem sayısına bakılmaksızın alınmaktadır. Sürecin önceki aşamalarında ödenen tutarlar, ödenecek vergiden mahsup edilir. Verginin herhangi bir aşamada sadece o aşamadaki katma değere uygulanacağı ve verginin nihai yükü tüketiciye ait olacaktır³⁸.

KDV dolandırıcılığı genellikle organize suçla bağlantılıdır. Europol temsilcilerine göre, yıllık KDV geliri kaybının 40-60 milyar Euro'suna Üye Devletlerdeki organize suç grupları neden oluyor³⁹.

EPPO soruşturmalarının bir kısmını oluşturan KDV dolandırıcılığının en ciddi biçimleriyle, özellikle atlıkarınca dolandırıcılığı, kayıp tüccarlar aracılığıyla KDV dolandırıcılığı ve bir suç örgütü içinde gerçekleştirilen KDV dolandırıcılığıyla ilgilidir. Bu tür dolandırıcılık esas olarak otomotiv sektörü, elektronik cihazlar sektörü, giysi ve ticari ürünlerde görülmektedir. Bu tür planlar, çeşitli ülkelerde tampon tüccarlar, komisyoncular veya kayıp tüccarlar olarak hareket eden onlarca veya yüzlerce şirketi içerebilir⁴⁰.

³⁸ Redmar Wolf, "VAT Carousel Fraud: A European Problem from a Dutch Perspective", *Inter-tax*, 39.1 (2011), s. 26.

³⁹ https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_24/SR_VAT_FRAUD_EN.pdf.s. 9, (01/04/2022).

⁴⁰ <https://www.eppo.europa.eu/en/documents>, (01/04/2022).

Bu suç türüyle ilgili işleyiş biçimleri⁴¹:

- Organize suç grupları tarafından çeşitli Üye Devletlerde faaliyet gösteren kayıp tüccar şirketleri aracılığıyla gerçekleştirilen atlıkarınca dolandırıcılığı. Bu tür dolandırıcılık planı genellikle KDV dolandırıcılık planından türetilen mülkü içeren kara para aklama ile bağlantılıdır;

Eksik tüccar dolandırıcılığının (kayıp tüccar topluluk içi dolandırıcılık veya MTIC dolandırıcılığı olarak da adlandırılır) farklı varyasyonları vardır, ancak bunlar genellikle bir tüccarın malların satışından KDV tahsil etmesini ve KDV'yi ortadan kaldırmasını içerir (KDV'yi hükümetin vergi dairesine ödemek yerine). “Eksik tüccar” terimi, dolandırıcı KDV ile kayboduğu için kullanılır. Kayıp tüccar dolandırıcılığının yaygın bir biçimi atlıkarınca dolandırıcılığıdır. Atlıkarınca dolandırıcılığında, KDV ve mallar, şirket ve vergi alanları arasında, atlıkarınca döner. En basit kayıp tüccar dolandırıcılığı, bir tüccarın (A Şirketi) menşe ülkede sıfır oranlı bazı malları ithal etmesidir; Malların KDV'si ithal edildikleri ülkede ödenmelidir. İthalattan sonra, A Şirketi malları başka bir tüccara (B Şirketi) satar, malların fiyatı artı KDV'yi alır, ancak toplanan KDV'yi Hükümete ödemez; A Şirketi “kayıp tüccar” olur. KDV'yi a Şirketine ödeyen alıcı B Şirketi, daha sonra KDV iadesinde vergi makamlarından ödenen KDV'yi geri talep edebilir. B Şirketi daha sonra malları C Şirketine satar, B Şirketi kendisine yüklenen KDV'yi geri alır ve müşterisine uyguladığı KDV'yi D Şirketine beyan eder. D şirketi daha sonra malları halka satarak kendisine yüklenen KDV'yi geri talep eder. C Şirketi tarafından ve uyguladığı KDV'yi beyan ederek dolandırıcılar, A Şirketi tarafından B Şirketine yüklenen KDV'nin değerini elde etmişlerdir⁴².

- Malların gümrük ücretlerinin ödenmesine sunulduğu ancak sınırda ithal KDV ödemesinden muaf tutulduğu Gümrük Prosedürü 42'nin kötüye kullanılması, malların etkin bir şekilde satıldığı Üye Devlette KDV ödeneceği varsayımıyla;
- Anti-damping vergilerinden kaçınmak için üçüncü bir ülkeden ithal edilen malların menşeinin yanlış beyanı;

Dampingli ihracat karşısında ithalatçı ülke tarafından soruşturma açılması, geçici ya da kesin önlem alınması ve açılan soruşturma sonucunda dampinge karşı vergi uygulanması mümkün olabilmektedir. Damping karşısında uygulana-

⁴¹ [https://www.eppo.europa.eu/en/documents, \(01/04/2022\).](https://www.eppo.europa.eu/en/documents, (01/04/2022).)

⁴² [https://ewikitr.top/wiki/Missing_trader_fraud-, \(01/04/2022\).](https://ewikitr.top/wiki/Missing_trader_fraud-, (01/04/2022).)

cak olan bu vergi anti-damping vergisi olarak adlandırılmaktadır. Anti-damping vergisi alınabilmesi için dampingin belirlenmesi tek ve yeterli koşul değildir, bunun için ilgili endüstri dalının zarar tehdidi altında bulunması ya da fiilen zarar görmüş olması gerekmektedir⁴³.

- Çeşitli ülkelerde tampon tüccarlar, komisyoncular, kayıp tüccarlar olarak hareket eden farklı şirketlerin dahil olduğu bir atıklarınca dolandırıcılığında dolandırıcılık amacıyla meşru KDV belgelerinin kullanılması;
- Üçüncü ülkelerde üretilen malları Avrupa Birliği'ne sokma işlemi ile bağlantılı olarak, filtre şirketleri ve var olmayan işlemler için fatura düzenleyen sözde “kağıt fabrikası” şirketlerinin mekanizmasını kullanarak özel kişiler tarafından gerçekleştirilen KDV dolandırıcılığı.

4. KDV Dışı Gelir Dolandırıcılığı

KDV öz kaynaklarından kaynaklanan gelir dışındaki gelirlerle ilgili dolandırıcılık Komisyon usulleriyle ilgili olarak PIF Direktifinin 3(2)(c) Maddesinden kaynaklanan dolandırıcılık, Madde 1(1)(b)'de atıfta bulunulan sözleşme sahtekarlığına karşılığında gelmektedir⁴⁴.

EPPO soruşturmalarının bir kısmı özellikle gümrük ve anti-damping vergileri dolandırıcılığı olmak üzere KDV dışı gelir dolandırıcılığıyla ilgilidir. Bu tür dolandırıcılık, tütün, elektronik, bisiklet, paslanmaz çelik ürünler, yedek parçalar veya bozulabilir mallar dahil olmak üzere çok çeşitli mallarla yapılan ticarete görülebilir⁴⁵.

Bu suç türüne ilişkin usuller⁴⁶:

- İthal edilen malın değerinin düşük tutularak, yanlış üretici veya yanlış menşe ülke beyan edilerek gümrük vergileri (tütün) ve anti-damping vergilerinden kaçınmak için yanlış gümrük beyannamesi ve sahte fatura sunulması;

⁴³ Nurdan Aslan - Ayşenur Yaman, “Türkiye'nin Uluslararası Ticarete Uyguladığı ve Karşılaştığı Anti-damping Vergileri Üzerine Bir İnceleme “. *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7 (2), (2020). s. 241.

⁴⁴ Lucija Sokanović, “Protection of the Financial Interests of European Union in Croatia: Recent Developments and Old Questions”, *EU and comparative law issues and challenges series* (ECLIC) 4 (2020), s. 1048.

⁴⁵ [https://www.eppo.europa.eu/en/documents, \(01/04/2022\).](https://www.eppo.europa.eu/en/documents, (01/04/2022).)

⁴⁶ [https://www.eppo.europa.eu/en/documents, \(01/04/2022\).](https://www.eppo.europa.eu/en/documents, (01/04/2022).)

- Gümrük vergisinden kaçmak amacıyla ithal edilen eşyanın (bir AB ülkesinde veya üçüncü bir ülkede Çin menşeli parçalardan, örneğin bisikletlerden montajı yapılan) montaj işlemlerine ilişkin sahte ithalat gümrük beyannameleri;
- Çin'den ithal edilen dikişsiz paslanmaz çelik ürünler, elde edilen ürünün başka bir menşeli olduğunu düşünmek için ürünlerin başka bir üçüncü ülkedeki bir işleme tabi tutulmasının yanlış bir şekilde onaylandığı durumlar, Bu durumlarda hiç yapılmayan işleme ve gerçek dönüşüm için teknoloji mevcut değildi;
- Malların menşeinin yanlış beyanı yoluyla anti-damping vergilerine tabi tutulan, sırasıyla bisiklet parçalarıyla birleştirilmiş e-bisikletlerin ithalatı;
- Bazı davalar, AB Gümrük Birliği'ni koruyan kuralları ihlal ederek gümrük ücreti ödemediği mal ithalatına ilişkin olabilir.

5. Kamu Görevlilerinin Aktif ve Pasif Yolsuzluğu

Kamu görevlilerinin yolsuzluğunun suç sayılması yükümlülüğü, esas olarak 1997 tarihli AB Yolsuzluk Sözleşmesinde yer almaktadır. PIF Direktifinde ayrıca yolsuzluk uygulamalarının ceza hukuku yoluyla cezalandırılmasına ilişkin hükümler bulunur⁴⁷.

Kamu görevlisi terimi, yalnızca resmi görevlerde bulunan bireyleri değil, aynı zamanda müteahhitler gibi AB fonlarının yönetiminde yer alan özel kişileri de kapsayacak şekilde geniş bir şekilde tanımlanmaktadır. (PIF Direktifi Ay. madde 4, bent 4.). Bu Direktifin amaçları doğrultusunda, 'kamu görevlisi' şu anlama gelir: (a) başka bir Üye Devletin herhangi bir ulusal yetkilisi ve üçüncü bir ülkenin herhangi bir ulusal yetkilisi de dahil olmak üzere bir Birlik yetkilisi veya ulusal bir yetkili: (i) 'Birlik yetkilisi' şu kişiler anlamına gelir: - Memurların Personel Yönetmeliği ve Avrupa Birliği'nin Diğer Hizmetkarlarının Çalışma Koşulları anlamında Birlik tarafından sözleşmeli olarak görevlendirilen bir memur veya bir Üye Devlet veya Birlik yetkilileri veya diğer hizmetliler tarafından yerine getirilenlere eşdeğer işlevleri yerine getiren herhangi bir kamu veya özel kuruluş tarafından Birliğe geçici olarak atanmış kişilerdir. (ii) "Ulusal yetkili", söz konusu kişinin görevlerini yerine getirdiği Üye Devletin veya üçüncü ülkenin

⁴⁷ Demelsa Benito Sánchez, "The Criminalisation of Corruption of Public Officials as a Mechanism for the Protection of the European Union's Financial Interests", *Revista Paradigma*, 28.3 (2019), s. 7.

ulusal hukukundaki “resmi” veya “kamu görevlisi” tanımına atıfta bulunularak anlaşılacaktır.

PIF Direktifinin 10. Maddesi gerekçesine göre: “Birlik fonlarını yolsuzluk ve suistimalinden yeterince korumak için, ‘kamu görevlisi’ tanımının resmi görevde olmayan ancak yine de atanan ve benzer şekilde Birlik fonlarıyla ilgili olarak bir kamu hizmeti işlevini yerine getiren kişileri kapsamaması gerekir. Örneğin bu tür fonların yönetiminde yer alan yükleniciler gibi⁴⁸.”

Kamu fonlarını içeren dolandırıcılık bazen yolsuzluk ile bağlantılıdır; geleneksel olarak resmi otoriteyi kötüye kullanan veya haksız menfaat elde etmek için resmi yetkinin kötüye kullanılmasına neden olmak gibi⁴⁹.

Birliğin mali çıkarları, fonların veya varlıkların yönetimiyle görevlendirilmiş bir kamu görevlisinin, ister görevli olsun, isterse denetleyici sıfatıyla hareket eden belirli davranış türlerinden olumsuz etkilenebilir ve bu tür davranışlar fonları zimmete geçirmeyi amaçlar.

PIF Direktifine göre; ‘pasif yolsuzluk’, doğrudan veya bir aracı aracılığıyla kendisi veya üçüncü bir taraf için herhangi bir türde menfaat talep eden veya alan veya bu tür bir menfaat vaadini kabul eden bir kamu görevlisinin eylemi anlamına gelir. Görevine yerine getirirken Birliğin mali çıkarlarına zarar verecek veya zarar vermesi muhtemel şekilde hareket etmeleri anlamındadır.

PIF Direktifine göre; ‘aktif yolsuzluk’, bir kamu görevlisine kendisi veya üçüncü bir şahsa hareket etmesi için doğrudan veya bir aracı aracılığıyla herhangi bir türde bir avantaj vaat eden, teklif eden veya veren veya görevi gereği veya görevlerini yerine getirirken Birliğin mali çıkarlarına zarar verecek veya zarar vermesi muhtemel bir şekilde hareket eden bir kişinin eylemi anlamına gelir.

PIF Direktifine göre; “zimmete para geçirme”, doğrudan veya dolaylı olarak fonların veya varlıkların yönetimiyle görevlendirilmiş bir kamu görevlisinin, fonları taahhüt etmek veya dağıtmak veya varlıkları uygun şekilde kullanmak veya amaçlandıkları amaca aykırı olarak kullanmak için yaptığı eylem anlamına gelir.

⁴⁸ Sokanović, s. 1052.

⁴⁹ https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR19_01/SR_FRAUD_RISKS_EN.pdf, (01.04.2022).

Bu suç türüyle ilgili işleyiş biçimleri⁵⁰:

- Belirli şirketlere AB fonları verilmesi veya projelerin yürütülmesinde uygun olmayan ve şişirilmiş ek maliyetlerin onaylanması karşılığında proje yetkililerine rüşvet verilmesi;
- Belirli şirketlere AB fonları tahsis eden ve sözleşmeli BT sisteminin gerçek değerinden önemli ölçüde daha yüksek olan şişirilmiş bir fiyatın ödenmesini onaylayan kamu görevlileri;
- Tarım alanında AB fonlarını yöneten bir ajans içindeki dolandırıcılıkla mücadele bölümünü yönetmekten sorumlu üst düzey kamu görevlileri, görevlerini yerine getirmedikleri için rüşvet talep etme ve alma şeklinde gerçekleşebilir.

6. Kara Para Aklama

Kara para aklama, fonların kaynağını gizlemek amacıyla bir suç eyleminin gelirlerini içeren bir finansal işlemin gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilir⁵¹.

Finansal sistemin kara para aklama amacıyla kullanılmasının önlenmesine ilişkin 10 Haziran 1991 tarih ve 91/308/EEC sayılı Konsey Direktifinin 1. maddesinde 'kara para aklama' kasten yapıldığında aşağıdaki davranış anlamına geleceği belirtilmiştir. Buna göre;

- Bir suç faaliyetinden gelen veya böyle bir faaliyete katılmaktan gelen malların yasadışı menşeyini gizlemek veya saklamak amacıyla transferi veya değiştirilmesi işini bilerek yapmak veya bu eylemlerin hukuki sonucundan kaçınmaya ilişkin faaliyete karışan bir kimseye yardım etmek,
- Mülkün suç faaliyetinden veya bu tür bir faaliyete katılım fiilinden kaynaklandığını bilerek, malların veya bunlara bağlı hakların gerçek malikini veya yer değiştirmesini, hazır bulundurulmasını, yatırım aracı olarak kullanılmasını, menşeyini, niteliğini saklama veya değiştirme,
- Alındığı sırada, bu tür bir mülkün suç faaliyetinden veya bu tür bir faaliyete katılım fiilinden türetildiğini bilerek, mülkün edinilmesi, bulundurulması veya kullanılması,

⁵⁰ [https://www.eppo.europa.eu/en/documents, \(01/04/2022\).](https://www.eppo.europa.eu/en/documents, (01/04/2022).)

⁵¹ Joshua Kirschenbaum - Nicolas Véron, "A better European Union architecture to fight money laundering", *Bruegel Policy Contribution*, No. 2018/19, s. 3.

- Yukarıdaki fıkralarda belirtilen eylemlerden herhangi birine katılma, bu tür fiilleri işlemek için örgüt kurma, bunları işlemeye teşebbüs veya bunu yapmaya teşvik etme, tavsiyede bulunma ya da yardım etme veya işlenmesini kolaylaştırma girişimleri,

91/308/EEC sayılı Konsey Direktife göre; Yukarıda belirtilen faaliyetlerin bir unsuru olarak gerekli olan bilgi, niyet veya amaç, nesnel olgusal koşullardan çıkarılabilir. Kara para aklama, aklanacak mülkü oluşturan faaliyetler başka bir Üye Devletin veya üçüncü bir ülkenin topraklarında gerçekleştirilmiş olsa bile böyle kabul edilecektir. 'Mülk', maddi veya manevi, taşınır veya taşınmaz, maddi veya maddi olmayan her türlü varlık ve bu varlıkların mülkiyetini veya menfaatlerini kanıtlayan yasal belgeler veya araçlar anlamına gelir.

Avrupa Konseyinin 2005 tarihli Organize suç durum raporuna göre⁵²; Kara para aklama yöntemleri genellikle üç aşamalı bir model kullanılarak tanımlanır:

1. Yerleştirme; suçtan elde edilen doğrudan gelirlerin tipik olarak nakit ödemeler şeklinde finansal sistemlere kanalize edilme yolları.
2. Katmanlama; yerleştirilen sermayenin suç kökenine herhangi bir bağlantısını silmek için bir dizi finansal işlem yoluyla fonların dolaşımı, tipik olarak para transferleri veya çekler
3. Entegrasyon; başlangıçta suç teşkil eden gelirlerin yasal ve ekonomik akışlara, tipik olarak gayrimenkule, işletme sermayesine, değerli nesnelere yatırılması.

7. Birliğin Mali Çıkarlarını Etkileyen 'Ayrılmaz Şekilde Bağlantılı Suçlar' ve Ulusal Makamlar ile Yetki Çatışması Durumu

Avrupa Savcılığı Tüzüğü'nün 5/3. maddesinde, Avrupa Başsavcılığı adına yürütülen soruşturma ve temsil görevi alınan kovuşturmalardaki görevler bu tüzüğe tabi olacaktır. Bir konunun bu tüzük tarafından düzenlenmediği ölçüde ulusal hukuk uygulanacaktır. Bu Tüzük'te aksi belirtilmediği sürece, geçerli ulusal hukuk, Avrupa Delege Savcısının soruşturma ve kovuşturmalardan sorumlu davayı ele aldığı Üye Devletin hukuku olacaktır. Sonuç olarak, yalnızca ulusal mahkemeler eylemler hakkında yargılama makamı olarak karar verme yetkisine sahip olacaktır.

⁵² <https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005E.pdf>, (01/04/2022), s. 48.

PIF Direktifinde belirtilen suçlar, çoğu zaman bağımsız bir suç olarak gerçekleşmez, çünkü bunlardan bazıları, örneğin kara para aklama gibi, gelirleri yasal ekonomik kaçakçılığa dahil edilecek olan en azından önceden bir yasadışı faaliyet olmalıdır. Bu “aklanmış” miktarlar, diğer yasa dışı faaliyetleri finanse etme amaçlı olabilirler⁵³.

2017/1371 sayılı Direktif ve Savcılık Tüzüğü'nün 22 ve 86. Maddelerine göre; Birliğin mali çıkarlarını etkileyen suçların ve ne bis in idem ilkesinin etkin bir şekilde oluşturulması, bazı durumlarda, soruşturmanın, bir suçla ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğu durumlarda, ulusal hukuk kapsamındaki diğer suçları da kapsayacak şekilde genişletilmesini gerektirebilir. Birliğin mali çıkarlarını etkileyen ‘Ayrılmaz şekilde bağlantılı suçlar’ kavramı, aynı zaman ve mekanda ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı olan bir dizi somut koşulun varlığı anlamında anlaşılır. Ne bis in idem ilkesinin uygulanması için ilgili bir kriter olarak maddi olguların (ya da esas olarak davanın konusu olan olguların) kimliğini koruyan ilgili içtihatlar ışığında değerlendirilmelidir. EPPO, Her halükarda, ayrılmaz bir şekilde bağlantılı suçlar da dahil olmak üzere ulusal doğrudan vergilerle ilgili cezai suçlar için yetkili olmayacaktır.

EPPO'nun bakmakla görevli olduğu suçlar sınırlı olarak sayılarak “Birliğin mali çıkarlarına karşı” suçları soruşturma yetkilerini sınırlandırılmaktadır. Ancak diğer taraftan ‘ayrılmaz bağlantılı suçlardan’ türetilecek suçlar ile EPPO'nun maddi soruşturma yetkisi potansiyel olarak çok geniş tutulmuştur⁵⁴.

2017/1371 sayılı Direktif ve Savcılık Tüzüğü'nün 25. Maddesine göre; EPPO ile birlikte başka mağdurlarında yer aldığı birden fazla mağdurlu suçlarda; ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğu ve Birliğin mali çıkarlarını etkileyen suçun ağır bastığı durumlarda, uygulanabilecek azami yaptırımlarda yansıtıldığı gibi, ilgili suçun ciddiyeti açısından yetki kullanma hakkına sahip olmalıdır. Bununla birlikte, EPPO, Birliğin mali çıkarlarını etkileyen suçun yaptırım seviyeleri açısından baskın olmadığı, ancak ayrılmaz bir şekilde bağlantılı diğer suçun kabul edildiği durumlarda, ayrılmaz bir şekilde bağlantılı suçlar durumunda da yetki kullanma hakkına sahip olmalıdır. Özellikle Birliğin mali çıkarlarını etkileyen suçun işlenmesi için gerekli koşulların yaratılması amacıyla bu tür başka bir

⁵³ María Ángeles Pérez-Marín, “The European Public Prosecutor’s Office: Protecting the Union’s Financial Interest s through Criminal Law”, *eu crim*, 1, 2020, s. 36-41.

⁵⁴ Jacob Öberg, “The European Public Prosecutor: Quintessential supranational criminal law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28.2 (2021), s. 167.

suçun işlendiği durumlarda, yalnızca Birliğin mali çıkarlarını etkileyen suça aracı olduğu için, niteliği gereği tali olmak, Örneğin, Birliğin mali çıkarlarını etkileyen suçu işlemek için maddi veya yasal araçları sağlamayı veya bunun kârını veya ürününü sağlamayı kesinlikle amaçlayan bir suç gibi.

Tüzüğün 25/6. Maddesine göre; EPPO ve ulusal soruşturma makamları arasında soruşturmanın kim tarafından yapılacağı hususunda yargı yetkisi çatışmaları ortaya çıkarsa; son sözü söyleme hakkı EPPO'da değildir. Bu anlamda yetki, yetkili ulusal makamlardadır. Ulusal makamlar, ulusal düzeyde soruşturma ile ilgili yetkilerden vazgeçilip vazgeçilmeyeceği hususunda karar vererek davanın soruşturulması için kimin yetkili olacağına karar verir. Bu hükümlerin kombinasyonu, merkezileştirilmiş model arasında bir denge kurma amaçlanmıştır⁵⁵.

EPPO maddi yetkinliğinin 22. Maddede düzenlemedeki durumu aynı zamanda geniş ve muğlak 'ayrılmaz şekilde bağlantılı' bir suçu oluşturan şeyin yorumlanmasında, kanunilik ve ne bis in idem ilkesi korunması anlamında sıkıntı yaratabileceği, bu anlamda bu maddedeki yetkilerin kesin olarak belirlenmesi hayati önem taşıdığı için böyle geniş bir yetki verilmesini eleştiren görüşlerde vardır⁵⁶.

EPPO tarafından yürütülen birden fazla katılımcı ülkeyi kapsayan suçlarda davanın hangi ülkede açılacağına en uygun olacağına Avrupa Başsavcılığı karar verecektir.

C. 2021 Yılına Ait EPPO Suç Raporu⁵⁷

Rapor edilen bilgilere göre; AB kurumları, organları, ofisleri ve ajanslarının (IBOA'lar) ile Ulusal makamlardan gelen kayıtlarda, 2021'de EPPO, ulusal makamlardan 1351 suç raporu ve IBOA'lardan 190 suç raporu işledi. Raporların kaynakları arasında 22 katılımcı Üye Devletin tamamı, 4 IBOA, 3 katılımcı olmayan Üye Devlet ve üçüncü ülkeler yer almaktadır. Raporlama döneminin sonunda, ulusal makamlar tarafından Ofise bildirilen tüm biriktirme vakaları, EPPO Tüzüğü ve İç Usul Kuralları tarafından öngörülen son tarihler içinde işlenmiştir. Bilgilerin

⁵⁵ Valsamis Mitsilegas, "European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28.2 (2021), s. 249.

⁵⁶ Mitsilegas, s. 252.

⁵⁷ [https://www.eppo.europa.eu/en/documents, \(01/04/2022\).](https://www.eppo.europa.eu/en/documents, (01/04/2022).)

raporlanması, Merkez Ofis ile katılımcı Üye Devletlerdeki EPPO ofislerinin yanı sıra raporlama makamları ve IBOA'lar arasında kurulan doğrudan, güvenli bir bağlantı (EPPOBo) aracılığıyla yapılır. Özel taraflar ve tüzel kişilerden gelen 1282 şikayeti değerlendirdi ve bunların 525'i mükerrerdi. 720 benzersiz şikayet kaydedildi. 70'i EPPO'nun yetki alanına giriyor olarak değerlendirildi. Geri kalanı açıkça yetki dışındaydı ve ulusal makamlara veya IBOA'lara sevk edildi, silindi/yok edildi veya gönderene iade edildi. En fazla şikayet Bulgaristan (104), Romanya (88), İspanya (75), Almanya (68) ve Hırvatistan'dan (59) geldi. Potansiyel bir soruşturmanın temelini oluşturan en fazla şikayet Bulgaristan (18), Romanya (11) ve Hırvatistan'dan (7) geldi. EPPO ayrıca, katılmayan Üye Devletler kaynaklı 43 özel taraf şikayeti almıştır: Macaristan (28), Polonya (9) İrlanda (6) ve üçüncü ülke vatandaşlarından 55 şikayet kaydedildi.

SONUÇ

Avrupa Savcılığı, Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarını etkileyen suçlarla daha etkin mücadele etmek için oluşturulan bağımsız bir organdır. OLAF, Eurojust ve Europol gibi AB kuruluşlarının mali suçlarla mücadele yetersiz kalması nedeniyle doğrudan soruşturma yetkisi olan EPPO'nun kurulmasını zorunlu hale gelmiş ve 1 Haziran 2021 tarihinde faaliyete başlamıştır.

EPPO'nun kurulması, AB'nin mali çıkarlarına karşı işlenen suçların soruşturmasının tek bir kurumsal yapı altında yürütülmesinin daha etkin ve objektif olarak takibi açısından katkı sağlasa da; bazı birlik üyelerinin sisteme dahil olmaması, ayrıca sisteme dahil olan üye devletlerde 22 farklı ceza muhakemesi hukuku rejimi altında faaliyet gösterilmesi ile farklı ekipman, teknolojiler, çalışma yöntemleri kullanıyor olması; farklı ülkelerde gerçekleşen benzer nitelikteki olayda farklı ceza yaptırımlarıyla karşılaşma sonucunu doğuracağından uygulama birliğinin ve ceza adaletinin sağlanması da sorunlar yaratması kaçınılmazdır.

EPPO sistemine dahil olmayan birlik üyelerinin sisteme dahil edilmesi tüm AB topraklarında etkinlik sağlanması açısından daha fayda sağlayacaktır. EPPO'nun sadece soruşturma yetkisinin olduğu, buna karşılık kovuşturma yetkisinin ulusal makamlarda olması göze alındığında, bu haliyle çeşitli ulusal yargı sistemlerine bakarak bir soruşturma tarafıyla sınırlı kalacaktır. Bu kapsamda kovuşturma yetkisinin üye devletlerin ulusal mahkemelerinden alınarak ortak bir AB Ceza Mahkemesi kurulması ve tek merkezde kovuşturmanın yapılmasının uygulama birliğinin sağlanarak bu suçlarla mücadelede daha fazla katkı sunacağı kanaatindeyim.

EPPO'nun bakmakla görevli olduğu suçlar bir taraftan sınırlı olarak sayılarak soruşturma yetkilerini sınırlandırılmaktadır. Ancak diğer taraftan 'ayrılmaz bağlantılı suçlardan' türetilen suçlar ile EPPO'nun maddi soruşturma yetkisi potansiyel olarak çok geniş tutulmuştur. Bu şekilde çerçevesi belli olmayan ayrılmaz bağlantılı suçlar kavramı yerine, maddedeki yetkilerin kesin olarak yeniden belirlenmesi kanunilik ilkesi açısından önem arz etmektedir.

Mevcut haliyle kendi ulusal sistemlerinde de yargının aktif üyeleri olan Avrupa Delege Savcıları, katılımcı üye ülkelerdeki yüksek düzeyde yolsuzluk nedeniyle soruşturulabilecek bazı davaların siyasi sonuçları göz önüne alındığında Avrupa Delege Savcılarının bağımsızlığının tam olarak sağlanması açısından ulusal makamlar ile bağının tamamen kesilmesi çözüm olabilir.

KAYNAKÇA

- ALEXANDROVA, Vera. *Presentation of the Commission's Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office*, The European Public Prosecutor's Office. TMC Asser Press, The Hague, 2015.
- ARIKAN, Mustafa İberyâ. *Avrupa Birliği Yargı Düzeninde Savcılık Kurumu*, Seçkin Yayınevi, 2009.
- ASLAN, Nurdan - YAMAN, Ayşenur. "Türkiye'nin Uluslararası Ticarete Uyguladığı ve Karşılaştığı Anti-damping Vergileri Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7 (2), (2020), ss. 238-256.
- CENTEL, Nur. "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65.4 (2016), ss. 3313-3326.
- CSONKA, Peter - JUSCZZAK, Adam - SASON, Elisa. "The Establishment of the European Public Prosecutor's Office", *in: EUCRIM* (3), 2017, ss. 125-133.
- CSÚRİ, András. "The Proposed European Public Prosecutor's Office - from a Trojan Horseto a White Elephant?", *in: Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, ss. 122-151.
- Dİ FRANCESCO MAESA, Costanza. "Repercussions of the establishment of the EPPO via enhanced cooperation", *in: EUCRIM*, 2017, ss. 156-160.
- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara - HERLİN-KARNELL Ester. "Prosecuting EU Financial Crimes: The European Public Prosecutor's Office in Comparison to the US Federal Regime", *German Law Journal* 19.5 (2018), ss. 1191-1220.
- DREW, Simon. "How will the European Public Prosecutor's Office (EPPO) be born?", *in: P. Asp (ed.), The European Public Prosecutor's Office - Legal and Criminal Policy Perspectives, Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, 2015, ss. 13-30.
- EKE, Erdem Utku - DEMİRDAL, Mustafa Balkan. "Avrupa Birliği'nde Vergi Kaçakçılığı Suçu ile Mücadelede İspanya Örneği", *Politik Ekonomik Kuram* 5.1, ss. 1-18.
- ERDEM, Mustafa Ruhan. "Lizbon Antlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun Geleceği", *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8 (2013), ss. 1019-1098.
- GIUFFRİDA, Fabio. "The European Public Prosecutor's Office: King without kingdom", *Brussels: CEPS Research Report* 2017/03, (2017).http://aei.pitt.edu/84218/1/RR2017%2D03_EPPO.pdf, (01.04.2022).ss. 1-47.
- HODGES, Louise. *Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Kurumları*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.

- JELÍNEK, Jiří. “The European Public Prosecutor’s Office as a New form of Institutional Judicial Cooperation Among EU Member States”, *Central European Journal of International & Security Studies* 12.2 (2018), ss. 84-99.
- KAYRAK, Musa. “Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası Örgütler”, *Sosyo ekonomi* 4 / 4 (2006), ss. 85-108.
- KESKİN, Serap - ZAFER, Hamide - KOCASAKAL, Ümit. *Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.
- KLEMENT, Petr. “OLAF at the gates of criminal law”, *Eucrium: The European Criminal Law Associations’ fórum* 4 (2017), ss. 196-200.
- KLÍMEK, Libor. “European Police Office (Europol): past, present and future”, *Present and Future (January 1, 2014)*, ss. 209-228.
- KİRSCHEBAUM, Joshua - VÉRON, Nicolas. “A better European Union architecture to fight money laundering”. *Bruegel Policy Contribution*, No. 2018/19, ss. 1-29.
- KÖSEÇİK, Muhammet - KOÇAK, S. Yaman. *Avrupa Birliği Bölgesel Politikası ve Yapısal Fonlar*, Pamukkale Üniversitesi KEAS’03 Kentsel Ekonomik Araştırmalar Sempozyumu-2, Denizli, 2004. https://azkurs.org/pars_docs/refs/19/18042/18042.pdf#page=8, (01.04.2022).
- KUHL, Lothar. “The future of the European Union’s financial interests: financial criminal law investigations under the lead of a European Prosecutor’s office”, *Eucrium: The European Criminal Law Associations’ fórum* 3 (2008), ss. 186-192.
- KUHL, Lothar. “The European Public Prosecutor’s Office - More Effective, Equivalent, and Independent Criminal Prosecutions against Fraud?” *Eucrium: The European Criminal Law Associations’ forum*, 2017/3, ss. 135-143.
- MET-DOMESTİCİ, Alexandre. “The hybrid architecture of the EPPO: from the Commission’s proposal to the final act”, *Eucrium: The European Criminal Law Associations’ fórum* 3 (2017), ss. 143-149.
- MİTSİLEGAS, Valsamis. “European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor’s Office and the rule of law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28.2 (2021), ss. 245-264.
- NEAGU, Norel. “The European Public Prosecutor’s Office-Necessary Instrument or Political Compromise”, *Law Review* 3.2 (2013), ss. 52-62.
- ÖBERG, Jacob. “The European Public Prosecutor: Quintessential supranational criminal law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28.2 (2021), ss. 164-181.
- PÉREZ-MARÍN, María Ángeles. “The European Public Prosecutor’s Office: Protecting the Union’s Financial Interests through Criminal Law”, *eucrium*, 1, 2020, ss. 36-41.

- PRADEL, Jean; Çeviren Zeynel, T. Kangal, ***Malî Suçluluk: Kavramlar ve Temel Açıklamalar***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2002, c: LX, sy: 1-2.
- SÁNCHEZ, Demelsa Benito. “The Criminalisation of Corruption of Public Officials as a Mechanism for the Protection of the European Union’s Financial Interests”, ***Revista Paradigma***, 28.3 (2019), ss. 2-28.
- SATZGER, Helmut. “The Future European Public Prosecutor and the National Prosecution: Potential Conflicts and How They Could be Avoided”, ***in: P. Asp (ed.), The European Public Prosecutor’s Office - Legal and Criminal Policy Perspectives, European Criminal Policy Initiative***, 2015, ss. 69-87.
- SOKANOVIĆ, Lucija. “Protection of the Financial Interests of European Union in Croatia: Recent Developments and Old Questions”, ***EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC) 4*** (2020), ss. 1040-1061.
- SPIEZIA, Filippo. “The European Public Prosecutor’s Office: how to implement the relations with eurojust?”, ***Eucrim: the European Criminal Law Associations’ forum 2*** (2018), ss. 130-137.
- TEZCAN, Durmuş. ***Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap***, D.E.Ü. Yayını, İzmir 2003.
- TEZCAN, Durmuş. ***Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeni İçinde Ceza Hukukunun Yeri***, Prof. Aziz KÖKLÜ’ye Armağan, AÜSBF/BYYO Basımevi, Ankara 1984.
- TEZCAN, Durmuş. ***Adli Bir Organ Olarak Savcılık***, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2006.
- TURNA, Aydın. “Yeni Uygulamalar Bağlamında Olaf ve Gümrük ve Türk Gümrükleriyle İlişkileri”, ***Gümrük ve Ticaret Dergisi***, 2017(10), ss. 35-40.
- WHITE, Simone. “The Corpus Juris: A Bold Step”, ***Amicus Curiae***, 1999(17), ss. 23-26.
- WOLF, Redmar. “VAT Carousel Fraud: A European Problem from a Dutch Perspective”, ***Intertax***, 39.1 (2011), ss. 26-37.

İnternet Kaynakları

- https://ewikitr.top/wiki/Missing_trader_fraud-, (01/04/2022).
- <https://www.eppo.europa.eu/en/document>, (01/04/2022).
- <https://www.eurojust.europa.eu/crime-types-and-cases/crime-types/pif-crimes->, (01/04/2022).
- <https://portolano.it/newsletter/portolano-cavallo-inform-litigation-arbitration/the-european-public-prosecutors-office-at-a-glance->, (01/04/2022).
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Eurojust>, (01/04/2022).
- https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_24/SR_VAT_FRAUD_EN.pdf.s.9, (01/04/2022).

<https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005E.pdf>, (01/04/2022).

https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR19_01/SR_FRAUD_RISKS_EN.pdf, (01.04.2022).

<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2019-08-07/european-union-new-rules-to-fight-crimes-against-the-eus-budget-take-effect/> (01.04.2022).

CEZA HUKUKU İLKELERİNİN DİSİPLİN HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ^(*)

Burç Volkan ZOR^(**)

Öz

Disiplin cezası vermekle görevli ve yetkili olan idareler hukuk devleti ilkesinin gereği olarak tüm eylem ve işlemlerinde hakkaniyetli ve hukuka uygun bir şekilde hareket etmelidir. Disiplin cezası işlemleri ile bir yandan kurum içi düzenin sağlanması ile bu düzenin idame ettirilmesi ve nihayetinde kamu yararının sağlanması amaçlanırken diğer yandan bireyin hakları korunmalıdır. Bu denkleştirmenin en iyi yolu da disiplin takibatlarında hukukun evrensel ilkeleri ve ceza hukuku ilkelerinden uygun düştüğü ölçüde faydalanılmasıdır.

Disiplin hukukuna hâkim olan ilkeler Anayasada özel olarak düzenlenmediği gibi, disiplin mevzuatlarında da açık olarak yer almamaktadır. Ancak doktrin ve içtihatlar incelendiğinde, Anayasa'nın 38'inci maddesi ile düzenlenen suç ve cezalara ilişkin esaslar ile diğer ceza hukuku ilkelerinin sadece ceza hukuku açısından geçerli olmadıklarını ve özlerine uygun düştüğü ölçüde disiplin hukukunda da uygulanabildiklerini görebiliyoruz. Çalışmada söz konusu ilkeler ceza ve disiplin hukuku açısından karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiş ve hangi ilkelerin disiplin hukukunda geçerli oldukları tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Disiplin, Disiplinsizlik, Disiplin Cezası, Disiplin Hukuku, Hukuk Devleti, Disiplin Hukuku İlkeleri.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.11.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 13.02.2022.

Atıf Şekli: Burç Volkan Zor, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 201-250.

Bu çalışma, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Programı kapsamında bitirme tezi olarak hazırlanan "Disiplin Hukukuna Hâkim Olan İlkeler" (2020) konulu çalışmadan derlenmiştir. Tez çalışmamdaki katkılarından dolayı danışman hocam Sayın Doç. Dr. Tahir Muratoğlu'na şükranlarımı sunarım.

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Öğrencisi, Isparta, Türkiye.

E-posta: burcvolkan@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0184-5008>.

ENFORCEABILITY OF CRIMINAL LAW PRINCIPLES IN DISCIPLINARY LAW

Abstract

Administrations that are authorized to impose disciplinary penalties must act fairly and legal in their actions, as required of law principles. While disciplinary actions is aimed at ensuring the internal order and maintaining them and finally public interest, the rights of the individual should be protected the other hand. The best way of this, to benefit from universal and criminal principles of law in disciplinary proceedings when necessary.

The principles of disciplinary law are not regulated in the Constitution, nor are they explicitly included in disciplinary legislation. However, when we examine doctrines and jurisprudence, we can see that principles regarding crimes and punishments regulated by Constitution article 38 and other criminal law principles are not only valid in criminal law, but can also valid in disciplinary law, as appropriate. In the study, these principles were evaluated comparatively in terms of criminal and disciplinary law.

Keywords

Discipline, Indiscipline, Disciplinary Punishment, Disciplinary Law, Rule of Law, Disciplinary Law Principles.

GİRİŞ

Bir kurum, kuruluş, organizasyon veya bir grup¹ içinde faaliyet gösteren her bireyin uyması gereken birtakım kurallar vardır. Bu kurallara aykırı olan davranışlar disiplin yaptırımları uygulanmak suretiyle menedilmiştir. Uygulanan yaptırımların da yerinde ve hukuki olması gerekmektedir.

Disiplin cezaları ile kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan birtakım haklarına müdahale edilebilmektedir. Örneğin; hizmet yerini terk etmeme cezası ile kişi özgürlüğü kısıtlanabilir veya meslekten çıkarma cezaları ile kamu görevine girme hakkına, aylıktan kesme cezaları ile kişinin mülkiyet hakkına müdahale edilebilir. Bu müdahale veya kısıtlamaların hukuka uygun ve hakkaniyetli bir şekilde yapılabilmesi için şüphesiz ki bazı hüküm, kural ve ilkelerin varlığı gerekir.

Disiplin hukuku ile ilgili usul ve esaslar, her kurumun iç düzeninin sağlanması için çıkarılan kanun veya kanuna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlerle hüküm altına alınmıştır. Disiplin hukukunun genel esaslarını veya disiplin hukukuna hâkim olan ilkeleri düzenleyen genel bir mevzuat bulunmamaktadır. Bu ilkeler suç ve cezalar için anayasal koruma altına alınan ilkelere, hukukun genel ilkelere ve disiplin hukukuna ilişkin yargı içtihatlarından çıkarılmaktadır.

Çalışmanın devamında disiplin hukukuna ilişkin bazı tanımlar yapılacak, disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişki, ceza hukukuna hâkim olduğu kabul edilen ilkelerin disiplin hukuku açısından da geçerli olup olmadıkları ile disiplin hukukunda nasıl uygulanmaları gerektiği hususları incelenecektir.

I. DİSİPLİN HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI TANIMLAR

A. Disiplin ve Disiplin Hukuku

Disiplin kelimesi sözlükte “Bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı veya yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzence, düzen bağı, zapturapt” veya “kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütü-

¹ Disiplin yaptırımlarının daha çok kamu görevlilerine karşı uygulandığı görülebilmektedir. Ancak bu yaptırımlar kamu görevlilerine özgü olmayıp tüm meslek grupları, birlikler, organizasyonlar, kurum veya kuruluşlarda uygulanabilmektedir. Disiplin hukukuna hâkim olan ilkeler de sadece kamu görevlilerini değil, bu yaptırımlar ile karşı karşıya kalan tüm herkesi korumakta ve bu kişilerin haklarına karşı güvence sağlamaktadır. Çalışmanın devamında kullanılacak kurum, kuruluş, grup gibi kelimeler özel bir gruba özgülenmemiş, bu kelimeler ile disiplin yaptırımı uygulanan herkese işaret edilmiştir.

nü"² şeklinde tanımlanmıştır. 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 13'üncü maddesinde ise disiplin kavramı "Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir." şeklinde tanımlanmıştır. Zikredilen tanımlarda önceden belirlenen bazı kurallara uyulması durumuna vurgu yapılmıştır.

Disiplin hukuku ise disiplin kurallarının belirlenerek bu kurallara uymayanların müeyyideye tabi tutulmasını, bu müeyyidelerin uygulanması sırasında takip edilmesi gereken usul kurallarını ve uygulanan yaptırımlara karşı başvuru- labilecek hukuki yolları inceleyen bir bilim dalıdır.³

B. Disiplinsizlik (Disiplin Suçu)

Disiplin kavramının tanımından hareket edecek olursak, bir kurum veya kuruluşun iç düzeninin sağlanması amacıyla belirlenmiş olan kurallara aykırı hareket, eylem veya fiilleri disiplinsizlik olarak tanımlayabiliriz. Kanuni olarak ise 6413⁴ ve 7068⁵ sayılı Kanunların 3'üncü maddelerinde disiplinsizlik "disiplin cezası ile cezalandırılacağı ilgili kanunda özel olarak belirtilen⁶ fiil ve haller" şeklinde tanımlanmıştır.⁷

Disiplin mevzuatında veya bu konuda yapılan çalışmalarda disiplini bozan fiil veya eylemler disiplin suçu, disiplin tecavüzü veya disiplin kabahati adı al-

² Celal Işıklar, *Kamu Disiplin Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 48; başka bir tanıma göre: "Hukuki bir kavram olarak disiplin, hukuksal olarak istenmeyen bir eylemin sonucu olarak, söz konusu eyleme uygulanan yaptırımlar ve usul sistemidir". bkz. Olgun Değirmenci, *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 494; disiplin kelimesinin "öğretim konusu olan veya olabilecek bilgilerin bütünü, bilim dalı" şeklinde tanımı için bkz. Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, 2021, <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 01.10.2021).

³ Tahir Muratoğlu, "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 7, S. 30-31, s. 80.

⁴ 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu (T.C. Resmî Gazete, 16 Şubat 2013 ve 28561).

⁵ 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında KHK'nın Kabul Edilmesine Dair Kanun (T.C. Resmî Gazete, 8 Mart 2018 ve 30354 Mükerrer).

⁶ Kanunda disiplin suçları için kıyas yapılabileceğine yönelik bir düzenleme yer aldığından özel olarak belirtilmeyen hallerin disiplinsizlik tanımı içine girmeyeceği düşünülmemelidir. Ceza hukuku ilkelerinin disiplin hukukunda uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi kapsamında "Kanunilik" ilkesinin incelendiği bölümde bu konuya ayrıca değinilecektir.

⁷ Olgun Değirmenci - Battalgazi Tanrıverdi, *TSK Disiplin Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 84.

tında da zikredilebilmektedir.⁸ Aslında disiplin suçu, disiplin tecavüzü veya disiplin kabahati de disiplinsizlik tanımı içinde yer alan kavramlardır. Disiplin işlemlerinde genellikle, disiplin cezası ile cezalandırılacak eylemler disiplin suçu olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu konuda son çıkarılan mevzuatlarda disiplin suçu yerine disiplinsizlik kelimesinin tercih edildiğini görebiliriz. Hem suç kavramının daha çok ceza hukukuna özgülenmiş bir kavram olması hem Kabahatler Kanunu kapsamında uygulanan idari yaptırımlar ile karıştırılmaması hem de disiplinsizlik kavramının disiplin kelimesinden türeyen bir kavram olması nedeniyle burada bu kavramlar yerine disiplinsizlik kavramı tercih edilmiştir.

C. Disiplin Yaptırımı ve Disiplin Cezası

Kurum içi düzenin sağlanması, kurallara aykırı davranışların engellenmesi ve bu davranışların cezalandırılması amacıyla tesis edilen, maddi bir ceza içeren veya içermeyen⁹ yaptırımları disiplin yaptırımı olarak tanımlayabiliriz. Genellikle disiplin hukuku ile ilgili mevzuatta disiplin yaptırımları, disiplin cezası olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında disiplin cezaları da birer disiplin yaptırımıdır. Ancak her disiplin yaptırımı bir disiplin cezası değildir.

Disiplin yaptırımları, disiplin tedbirlerini ve disiplin cezalarını içinde barındıran daha geniş bir kavramdır. Bir yaptırım, kurumun iç düzeninin sağlanması, korunması veya kural dışı davranışların önüne geçilmesi amacıyla tesis edili-

⁸ 657 sayılı Kanun, madde 125/6: "Özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümleri saklıdır."; 6413 sayılı Kanun, geçici 2'nci madde: "Her bir disiplin suçu, disiplin kabahati ve disiplin tecavüzü için ayrı ayrı dikkate alınmak üzere..."; 5275 sayılı Kanun, madde 22/1 "Hükümlülere, kuruma alındıklarında uygulanacak iyileştirme çalışmaları, disiplin suçları ve cezaları..." ifadelerine yer vermiştir. 6413 sayılı Kanunun 45'inci maddesi ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 162'nci maddesinde "disiplinsizlik" yerine "disiplin tecavüzü ve kabahat" kavramı kullanılmıştır. 6413 sayılı Kanunun "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesinin gerekçesinde de "Hâlen uygulanan disiplin mevzuatındaki disiplin suçu, disiplin kabahati ve disiplin tecavüzü şeklinde yapılan ayırım kaldırılmış ve disiplini bozan tüm fiil ve hâller disiplinsizlik kavramı altında birleştirilmiştir." cümlelerine yer verilmiştir. 1632 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan 162'nci maddesinde disiplinsizlik eylemleri ağırlık derecesine göre disiplin tecavüzü ve kabahatler olarak ikiye ayrılmıştı. Bkz. Olgun Değirmenci, "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, S. 29, s. 15-18.

⁹ Maddi bir karşılığı olmayan bir eylem de disiplin yaptırımı olabilir. Örneğin, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun "Disiplin amirlerinin ikaz ve disiplin eğitime alma yetkisi" başlıklı 10'uncu maddesi şöyledir: "Amirlerin; maiyetine hatalarını göstermesi, maiyetini eleştirmesi, sözlü veya yazılı olarak ikazı disiplin cezası sayılmaz." Buna göre disiplin amirinin sözlü veya yazılı olarak maiyetini ikaz etme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin ceza niteliğinde olmadığı özel olarak belirtilmiş olsa dahi "ikaz etme yetkisi" bir disiplin yaptırımıdır.

yorsa bu bir disiplin tedbiri iken bu davranışlarda bulunanları cezalandırma, tedip etme ve bu davranışlardan caydırma amacıyla tesis ediliyorsa bu da bir disiplin cezasıdır.¹⁰ Belirli şartların oluşması durumunda askeri personelin ve kolluk personelinin maiyetini geçici olarak kontrol altına alması¹¹ veya disiplin mevzuatlarında yer alan geçici olarak görevden uzaklaştırma veya görev yerini değiştirme tedbirleri¹² disiplin tedbirlerine örnek olarak verilebilir. Bu ayırımın yapılması uygulanan yaptırımların ceza içerip içermediği ve disiplin hukukuna hâkim olan ilkelerin ne derecede uygulanması gerektiğinin belirlenmesi açısından önem arz eder.

Anayasa Mahkemesi disiplin cezalarını “kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörölmüş; yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlar” şeklinde tanımlamıştır.¹³ Ayrıca disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla kanunların ve diğer düzenleyici işlemlerin ilgili kişilere yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeyenlere, uyulması gereken kurallara uymayanlara, yasaklanan işleri yapanlara; fiillerinin nitelik, nicelik ve ağırlığına göre idari yaptırım uygulanması şeklinde de tanımlanabilir.¹⁴ 6413 ve 7068 sayılı Kanunlarda ise disiplin cezaları “Disiplinsizlik nedeniyle yetkili kişi veya kurullar tarafından verilen ve bu Kanunda gösterilmiş olan yaptırımlar” şeklinde tanımlanmıştır.

II. DİSİPLİN HUKUKU İLE CEZA HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Disiplin hukuku aslında idare hukukunu ilgilendiren bir bilim dalı olmasına rağmen suç ve cezalara ilişkin temel ilkelerin birçoğunun disiplin cezalarında da

¹⁰ Muratoğlu, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, s. 83.

¹¹ Bkz. 7068 sayılı Kanun, m. 11; 6413 sayılı Kanun, m. 28.

¹² Bkz. 6413 sayılı Kanun, m. 29.

¹³ AYM, E. 2018/110, K. 2018/99, 17.10.2018, (T.C. Resmî Gazete, 28 Kasım 2018 ve 30609) § 10; AYM, E. 2018/107, K. 2018/114, 20.12.2018, (T.C. Resmî Gazete, 12 Şubat 2019 ve 30684) § 9; benzer tanım için bkz. AYM, E. 2021/16, K. 2021/62, 21.9.2021, (T.C. Resmî Gazete, 21 Ekim 2021 ve 31635) § 12.

¹⁴ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 290; benzer tanımlar için bkz. Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt: II)*, İsmail Akgün Matbaacılık, İstanbul, 1966, s. 1188; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 627; Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 2019, s. 707; Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2019, s. 848.

uygulama alanı bulması nedeniyle, ceza hukuku ile yakın ilişki içindedir.¹⁵ Bu sebeple disiplin hukukunu belirli grupların (meslek grupları gibi) ceza hukukuna benzeten görüşler de bulunmaktadır.¹⁶

Anayasa Mahkemesi de “Anayasa’nın 38’inci maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir.”¹⁷ ifadesi ile disiplinsizlikler ve disiplin cezaları ile adli suç ve cezalarının benzer yönleri bulunduğu vurgu yapmıştır. Bu benzer yönlerin yanında bunlar arasında birtakım temel farklılıklar da vardır.

Disiplin hukuku ve ceza hukukunun benzer ve farklı yönlerini¹⁸ karşılaştıracak olursak; ceza hukukunun sünelerini suçlar ve bu suçlar karşılığında uygulanan cezai müeyyideler¹⁹ oluştururken, disiplin hukukunun sünelerini disiplinsizlikler ve bunlara karşı uygulanan disiplin yaptırımları oluşturur.

Cezai müeyyideler ve disiplin yaptırımları “amaç, yetkili organ, izlenecek usul, uygulanacak müeyyidenin türü ve ağırlığı, hukuki sonuç ve hukuki nitelik” bakımından birbirinden ayrılırlar.²⁰ Danıştay da bu yaptırımları benzer şekilde “amaç, yaptırıma yetkili organ, usul, hukuki sonuç ve hukuksal nitelik” yönlerinden birbirinden ayırmaktadır.²¹

Cezai müeyyideler toplum düzeninin korunmasına yönelik olarak eylem gerçekleştirildikten sonra uygulanan yaptırımlar iken, disiplin cezaları kurum içi düzenin korunmasına yönelik olarak kişinin cezalandırılmasını sağlayan yaptırımlardır.

¹⁵ Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, On iki levha Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 197.

¹⁶ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 59.

¹⁷ AYM, E. 2018/110, K. 2018/99, 17.10.2018, (T.C. Resmî Gazete, 28 Kasım 2018 ve 30609) § 7.

¹⁸ Benzer karşılaştırma için bkz. Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 70; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 59-61.

¹⁹ Yaptırım ve müeyyide kelimelerinin sözlük anlamları aynı olmakla birlikte ceza hukuku ve disiplin hukuku arasındaki farklılıklara vurgu yapması açısından idare hukukunda “yaptırım”, ceza hukukunda “müeyyide” kelimeleri kullanılmıştır.

²⁰ Benzer tasnif için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yayınevi, Ankara, 2006, s. 27-34; Günday, *İdare Hukuku*, s. 233.

²¹ Danıştay 10. Dairesinin 05.12.2003 tarihli ve E. 2002/521, K. 2003/4772 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı); Murat Ekinci, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, C. 3, S. 1, s. 23.

Cezai müeyyidelerin bir diğer amacı da kişilerin ıslahını gerçekleştirerek onları tekrar topluma kazandırmak iken, disiplin yaptırımlarının ıslah etmek, bir gruba kazandırmak gibi bir amacı bulunmamaktadır. Disiplin yaptırımları kurallara uyulmasını ve yasaklara riayet edilmesini sağlamaya çalışmaktadır.²²

Suçlar toplum düzenine karşı ve herkes tarafından işlenebilirken, disiplin-sizlikler belli bir kurum veya kuruluşu karşı bağlılık veya yükümlülük ilişkisine istinaden ve bu kurum ve kuruluşun düzenine karşı işlenebilir.

Suç işleyen bir kişiyi yargılama ve ona cezai müeyyide uygulama yetkisi sadece tarafsız ve bağımsız olarak kurulan mahkemelerde iken disiplin yaptırımı uygulanmasına karar verme yetkisi kural olarak²³ disiplin amiri veya disiplin kurullarındadır.

Ceza yargılamasında yargısal usuller kullanılır ve ceza muhakemesi ile ilgili kanunların hükümleri uygulanır. Disiplin hukukunda ise idari usuller kullanılır ve yaptırım uygulanacak kişinin tabi olduğu özel disiplin mevzuatı hükümleri uygulanır. Disiplin hukuku açısından usul kurallarını gösteren genel bir kanun bulunmamaktadır. Disiplin hukuku ile ilgili hükümler meslek veya kişi grupları için özel olarak çıkarılan mevzuat hükümleriyle düzenlenmiştir.

Uygulanacak müeyyidenin türü cezai müeyyideleri için hürriyeti bağlayıcı bir ceza olan hapis cezası olabilirken, disiplin yaptırımları ile hürriyeti bağlayıcı bir cezaya kural olarak hükmedilemez.²⁴ Suçların yaptırımı disiplin cezalarına göre çok daha ağırdır. Meslekten çıkarma gibi disiplin cezaları sebep oldukları maddi ve manevi yükümlülükler ile kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalardan daha ağır sonuçlar doğursalar bile genel olarak cezai müeyyidelerin bunlardan daha ağır olduğunu kabul edebiliriz.

Disiplin cezaları ile cezai müeyyidelere uygulanan sonuçlar da birbirlerinden farklıdır. Cezai müeyyideler için uygulanan adli sicile kayıt, seçenek yaptırımları

²² Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 28.

²³ Mahkemelerin de istisnai olarak yargısal faaliyetleri kapsamında disiplin para cezası, disiplin hapsi gibi disiplin yaptırımları tesis etme yetkileri vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Muratoğlu, "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu", s. 78-147.

²⁴ Anayasa madde 38/10: "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir." Ayrıca bkz. İlhan Özey, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 114; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 29.

rimlara çevrilme, ceza ve infaz kurumlarında infaz edilme ve benzeri uygulamalar disiplin yaptırımları için geçerli değildir.²⁵

Cezaların adli sicile kaydedilmesinin sonucu olarak, bu durum kişinin kamu hizmetine girmesine ya da bazı meslekleri icra etmesine engel teşkil edebilir. Ayrıca yüz kızartıcı suçlarda olduğu gibi, suçlar genellikle toplumun geniş bir kesimi tarafından daha şiddetli bir şekilde kınanır ve kişinin toplumdan dışlanmasına neden olur. Ancak disiplin cezaları adli sicile kaydedilmezler. Genellikle yaptırım uygulanan kişinin dosyasında muhafaza edilerek personelin mesleki sicilinin oluşmasına etki ederler. Toplumun disiplinsizlik işleyen kişilere karşı tepkisi genellikle çok daha düşük seviyededir. Ayrıca istisnaları olmakla birlikte disiplin suçları kişilerin kamu hizmetlerine girişine veya belli makam veya görevlere getirilmesine engel olmazlar.²⁶

Cezai müeyyideler ile disiplin cezaları hukuki nitelikleri bakımından da birbirlerinden farklıdır. Bu farklılık bazı hukuki güvence ve ilkelerin hangisine, ne oranda ve nasıl uygulanacağını belirlenmesi konusunda önem arz eder.²⁷

Anayasa Mahkemesi de “Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olabilmesi, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa’nın 38’inci maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması işin mahiyetine uygun düşmemektedir.” ifadesiyle

²⁵ Yücel Oğurlu, “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma” *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayınlanmış Doktora Tezi), İstanbul 1999, s. 38.

²⁶ Meslekten çıkarmaya ilişkin cezalar kişilerin tekrar aynı kurum içinde veya farklı kurumlarda kamu hizmetine girmelerine engel teşkil edebilir. Örneğin; 657 sayılı Kanun, madde 125/E: “Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır.”; 7068 sayılı Kanun, madde 7/1/e: “Meslekten çıkarma: Personelin emniyet, jandarma ve sahil güvenlik teşkilatlarında bir daha çalıştırılmamak üzere meslekten çıkarılmasıdır.”

²⁷ Örneğin kanunilik ilkesi cezai müeyyideler açısından mutlak anlamda uygulama alanı bulan bir ilke iken disiplin hukuku açısından bazı durumlarda yönetmelik ile yapılan düzenlemeler de kanunilik ilkesine uygun olabilmektedir.

disiplinsizlik ve disiplin cezaları ile adli suç ve cezaların farklılıklarına vurgu yaparak, adli suç ve cezalar için geçerli olan bazı ilkelerinin disiplin hukukunda daha esnek uygulanması gerektiğinden bahsetmiştir.²⁸

III. CEZA HUKUKU İLKELERİNİN DİSİPLİN HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Anayasa'nın 38'inci Maddesi ile Düzenlenen Suç ve Cezalara İlişkin İlkelerin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği

Suç ve cezalara ilişkin evrensel ve temel hükümlerin yer aldığı Anayasa'nın 38'inci maddesinde idari ve adli yönden bir ayırım yapılmayarak suç ve cezalara yönelik kapsayıcı bir düzenleme yapılmıştır. Yukarıda da bahsedildiği üzere, disiplin hukuku ve ceza hukuku farklı özelliklere sahip oldukları için Anayasa'da zikredilen suç ve cezalara ilişkin ilkeler her iki hukuk dalında aynı şekilde uygulama alanı bulamayacaktır.²⁹ Adli yönden suç ve cezalar daha geniş bir kitleyi ilgilendirdikleri ve temel hak ve özgürlüklere daha çok müdahalede buldukları için söz konusu ilkeler ceza hukuku içerisinde anlam kazanarak, ceza hukuku ile ilgili mevzuatta düzenlenmiş ve bu ilkeler ceza mahkemeleri tarafından istikrarlı bir şekilde içtihat haline getirilmiştir.

Aşağıda suç ve cezalara ilişkin ilkeler ceza hukuku ile disiplin hukuku açısından karşılaştırmalı olarak değerlendirilecek ve bunların disiplin hukukunda uygulanabilirliği konusu üzerinde durulacaktır.

1. Kanunilik İlkesi

Anayasa'nın 38'inci maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi şu şekilde hüküm altına alınmıştır: "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." Bu ilke Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesinde

²⁸ AYM, E. 2018/110, K. 2018/99, 17.10.2018, (T.C. Resmî Gazete, 28 Kasım 2018 ve 30609) § 8. Anayasa Mahkemesi'nin bazı ceza hukuku ilkeleri için tersi yönde de kararları bulunmaktadır. Söz konusu kararlara ve değerlendirmelere ilgili ilkelerin incelendiği yerde değinilecektir.

²⁹ "İdari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edilmesi nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza dışında bir yaptırımın öngörülmesi karşısında Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması için mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir." AYM, E. 2018/67, K. 2018/110, 06.12.2018, (T.C. Resmî Gazete, 08 Ocak 2019 ve 30649) § 20.

ise “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanunilik ilkesi hem anayasal hem de kanuni olarak koruma altına alınmıştır. İlkenin anlamına gelecek olursak; kanunda suç olarak sayılmayan ve kanuni şartları oluşturmayan bir fiil suç da oluşturamaz ve kanunda suç için gösterilen cezadan başka bir ceza uygulanamaz.³⁰ Başka bir ifadeyle, kimseye kanunda suç olarak belirtilmeyen bir fiil ya da eylemden dolayı ceza verilemez ve kanunda yer almayan bir ceza uygulanamaz.³¹ Bu durumu kanunsuz suç ve ceza olmaz şeklinde de adlandırabiliriz.

Suç ve cezaların kanuniliğinden sonra idarenin kanuniliğine de değinecek olursak; Anayasa’nın 123’üncü maddesi idarenin bütünlüğüne ve kanuniliğine vurgu yaparak şu hükme yer vermiştir: “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” Kısaca idarenin kanuniliği, idarenin yapmış olduğu işlemlerde kanuna dayanması ve yapmış olduğu tüm işlemlerin kanuna aykırı olmaması gerektiği anlamına gelmektedir.³² Disiplin hukuku ile ilgili işlemlerin de idare tarafından, kanuni idare ilkesine uygun olarak yapılması gerekir.

Disiplin hukuku açısından kanunilik ilkesini aşağıda hem disiplin işlemlerinin kanuniliği hem disiplin suç ve cezaların kanuniliği hem de kanunda disiplin suçu veya disiplin cezası olarak belirlenen fiil veya yaptırımlar dışında disiplin suç veya cezalarının söz konusu olup olamayacağı (kıyas yasağı) yönlerinden ayrı ayrı incelenecektir.

a. Disiplin İşlemlerinin Kanuniliği

Disiplin işlemlerinin kanuniliği, disiplin işlemleri ile ilgili olarak çıkarılan temel mevzuatın ilk elden, asli bir yetkiye dayanılarak doğrudan kanunla düzenlenmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Pozitif hukuka baktığımızda Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü,³³ “Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yö-

³⁰ Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 75; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 13.

³¹ Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, C. 6, S. 2, s. 245.

³² Kemal Gözler, *İdare Hukuku (Cilt: I)*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 152; Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 70; Günday, *İdare Hukuku*, s. 43; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019 s. 99.

³³ 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun’un yürürlüğe girmesi ile anılan Tüzük yalnızca 31.01.2018 tarihinden önce işlenen disiplin suçlarında uygulanabilecektir.

netmeliği”³⁴ gibi kanun altı normlar ile disiplin işlemlerinin düzenlendiğini görebiliyoruz. Bu düzenlemeler ve anayasal normlar göz önünde bulundurulduğunda disiplin işlemlerine ilişkin mevzuat bağlamında kanunla düzenlenme zorunluluğunun mevcut olup olmadığı konusunda üç soru ile karşılaşılabılır.

Bunlardan birincisi; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuran disiplin suç ve cezalarının³⁵ Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” hükmü gereği mutlaka kanunla düzenlenip düzenlenmeyeceğine ilişkindir.

İkincisi; Anayasa’nın 128’inci maddesinde yer alan “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” hükmü karşısında, memurların özlük haklarından olan disiplin işlemlerinin de kanunla düzenlenmesinin zorunlu olup olmadığına ilişkindir.

Sonucusu ise; suç ve cezalara ilişkin ilkelerin belirlendiği Anayasa’nın 38’inci maddesindeki “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” hükmünün adli suç ve cezaların dışında disiplin suç ve cezaları için de aynı şekilde geçerli olup olmadığına ilişkindir.

Bu konulara ilişkin içtihatlar incelendiğinde; Anayasa Mahkemesi disiplin cezası yoluyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile açılan bir davada, müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını Anayasa’nın 13’üncü maddesi kapsamında inceleyerek öncelikle ilgili disiplin cezasının kanuni dayanağının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir.³⁶

Anayasa Mahkemesi belediye zabıta personeline verilen meslekten çıkarma disiplin cezasının yönetmelik ile düzenlenemeyeceği ve bu konuda kanuni bir düzenlemenin mevcut olması gerektiği iddiasıyla açılan bir davada, disiplin

³⁴ Resmî Gazete, Tarih: 07.09.2013, Sayı: 28758.

³⁵ Örneğin cep telefonu kullanımını veya seyahat özgürlüğünü kısıtlayan disiplin suçları mevzuatta düzenlenmiştir. Bkz. 6413 sayılı Kanun, madde 19/1/j: “Yasak edilen malzemeyi bulundurmak: ... kullanılması emirle yasak edilen cep telefonu, ... bulundurmak veya kullanmaktır.”; madde 18/1/ı: “ı) “İzinsiz olarak garnizonu terk etmek: İzinli olmadığı hâlde görev yaptığı garnizon hudutlarını terk etmektir.” veyahut hükümlülere verilen hücreye koyma, haberleşme araçlarından yoksun bırakma gibi kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden disiplin cezaları verilebilmektedir.

³⁶ Tuncer Yıgıcı, B. No: 2015/5402, 06/02/2019, (T.C. Resmî Gazete, 27 Şubat 2019 ve 30699) § 37.

yaptırımının konusu olan fiil ve eylemlerin yasal düzenleme ile belirlenmediği, en azından hangi somut olaya hangi yaptırımların uygulanacağını belirli bir açıklık ve kesinlikte yasal düzeyde belirtilmesi gerektiği gerekçeleriyle söz konusu disiplin cezasının yönetmelik ile düzenleneceğine atıf yapan kanun maddesini iptal etmiştir.³⁷

Anayasa Mahkemesi itiraz yoluyla önüne gelen bir davada, Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Kanunu'na KHK ile eklenen "Enstitü personelinin izin, disiplin, intibak işleri ile diğer hususlar yönetmelikle belirlenir." hükmünü iptal etmiştir. Disiplin mevzuatının kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğuna ilişkin emsal nitelikteki bu kararda; hem adli hem de idari suç ve cezalar için Anayasa'nın 38'inci maddesinde belirtilen ilkelerin uygulama alanı bulacağı, ancak adli suçlar için belirlenen cezaların idari cezalardan genellikle daha ağır olduğu, hürriyeti bağlayıcı cezaların idari suçlar için geçerli olamayacağı, idari suçlarda daha az önemli bir hukuki değer korunduğu ve bu korumanın yetkili idari merci tarafından belirlenen idari usullere göre yapıldığı göz önünde alındığında, adli ve idari suç ve cezalar açısından Anayasa'nın 38'inci maddesinde belirtilen ilkelerin aynı derecede uygulanmasının işin mahiyetine uygun olmadığı yönünde karar vermiştir. Hayatın değişen şartları ve yasama organının yavaş işleyen yapısı karşısında idari suç ve cezaların daha sıklıkla değiştirilmesine ihtiyaç duyulduğundan, kanunilik ilkesinin disiplin mevzuatı açısından daha esnek uygulanması gerekmektedir. Ancak kanunilik ilkesi daha esnek uygulanırsa dahi idari suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin genel ilkeleri ortaya konmalı ve kanuni çerçevesi çizilmelidir. Anayasa Mahkemesi disiplin işlemlerinin kanuni güvencesi olmadan ve belirli bir çerçevesi çizilmeden tamamını doğrudan yönetmeliğe bırakan maddeyi iptal etmiştir.³⁸

³⁷ "Kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevesinin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu niteliği taşıyan bir yasal düzenleme ile uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusunda yürütme organına yetki verilmesi, kanuni düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz.", AYM, E. 2018/110, K. 2018/99, 17.10.2018, (T.C. Resmî Gazete, 28 Kasım 2018 ve 30609) § 5; benzer bir karar için bkz. AYM, E. 2018/14, K. 2018/112, 20.12.2018, (T.C. Resmî Gazete, 13 Şubat 2019 ve 30685) § 12.

³⁸ "Buna karşılık suçta ve cezada kanunilik ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin olarak kanun metninde yalnızca genel bir atıfla yetinilmesi yeterli değildir. ... idari suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek nitelikte olmalıdır. Kanunda disiplin suç ve cezalarıyla ilgili genel ilkeler ortaya konulmadan, kanuni çerçeve çizilmeden, TSE personeline ilişkin disiplin cezaları ve bu cezaları gerektiren eylemler genel hatlarıyla belirlenmeden itiraz konusu kuralla, anılan personelin

Anayasa Mahkemesi sosyal paylaşım sitesinde yapmış olduğu bir yorum sonucunda polis memuruna disiplin tüzüğü ile ceza verilmesi karşısında ifade özgürlüğünün sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına yönelik verdiği bir kararda temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması gerekliliğine vurgu yaparak, Anayasa'nın 38'inci maddesinde belirtilen ilkeler karşısında, Emniyet Teşkilatı Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Tüzüğün kanunla sınırlama ve kanunla düzenleme ölçütünü karşıladığı yönünde karar vermiştir.³⁹

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği⁴⁰ hükümlerine göre disiplin cezası verilen olayda Anayasa Mahkemesi tarafından; yönetmeliğin, 2547 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine dayanılarak çıkarılması ile bu Yönetmeliğin disiplin işlemleri, soruşturma usulleri ve disiplin cezaları gibi hükümlerinin kanuna uygun olarak düzenlendiği gerekçeleriyle kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir.⁴¹

Anayasa Mahkemesi daha eski bir kararında "Kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu niteliği taşıyan bir yasal düzenleme ile uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusunda yürütme organına yetki verilmesi, yasal düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz."⁴² ifadeleriyle kanunilik ilkesine açıklık getirmiştir.

Adli suç ve cezalar ile idari suç ve cezalar karşılaştırıldığında; adli suç ve cezalarda korunan hukuki değer daha önemli ve uygulanan yaptırımlar daha ağır olmaktadır. İdari suç ve cezalar idari usullerle yapılmakta ve idari merciler tarafından uygulanmaktadır. İdari suç ve cezalar bağlamında disiplin normlarının değişen olay ve durumlara uydurulması konusunda kanun koyucu hızlı hareket

disiplin esaslarıyla ilgili hususların tamamının düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılmış olması karşısında disiplin suç ve cezaları yönünden TSE personeli için kanuni bir güvence bulunmamaktadır. Kural, disiplin suç ve cezalarıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymamakta, çerçeveyi çizmemekte, disiplin cezalarını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlememektedir." AYM, E. 2018/107, K. 2018/114, 20.12.2018, (T.C. Resmî Gazete, 12 Şubat 2019 ve 30684) § 8; Anayasa Mahkemesi farklı bir kararında benzer gerekçelerle, 4456 sayılı Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketinin Kuruluşu Hakkında Kanun'un 15'inci maddesi ile disiplin işlemlerinin yönetmelikle düzenleneceği yönündeki maddesini de iptal etmiştir. AYM, E. 2018/14, K. 2018/112, 20.12.2018 (T.C. Resmî Gazete, 13 Şubat 2019 ve 30685) § 17.

³⁹ Hulusi Özkan, B. No: 2015/18638, 15/11/2018, (T.C. Resmî Gazete, 5 Aralık 2018 ve 30616) § 27.

⁴⁰ T.C. Resmî Gazete, 18 Ağustos 2012 ve 28388.

⁴¹ Ahmet Batur, B. No: 2018/20182, 14/9/2021, (T.C. Resmî Gazete, 24 Kasım 2021 ve 31669) § 29.

⁴² AYM, E. 2013/110, K. 2014/8, 16.01.2014, (T.C. Resmî Gazete, 9 Mayıs 2014 ve 28995) § 16.

edememektedir. Bu farklılıklardan dolayı disiplin işlemlerinde daha esnek bir kanunilik ilkesinin uygulama alanı bulması gerekir.⁴³ Bu esneklik ise kanunun ve kanun koyucunun iradesinin saf dışı bırakılması anlamına gelmez. Tam aksine disiplin işlemlerinin ana hatlarının ve temel çerçevesinin belirlilik ilkesine⁴⁴ uygun olacak şekilde kanunla tespit edilmesinden sonra konunun ayrıntılarının düzenlenmesi işi yine kanuni bir düzenleme yoluyla idareye devredilebilir.

Kanunilik ilkesi, anayasal düzenlemeler ve içtihatlar göz önünde bulundurulduğunda; disiplin işlemleri ile ilgili olarak çıkarılan mevzuat da kanunilik ilkesine uygun olmalıdır. Ancak burada kanunilik ilkesinin ceza hukuku alanında olduğu gibi disiplin mevzuatının doğrudan ve yalnızca kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Disiplin işlemleri ile ilgili olarak suç ve cezaların, usul işlemlerinin belirlenmesi ve disiplin işlemlerine yönelik ana çerçevenin kanunla çizilmesinden sonra idare düzenleyici işlemleri ile disiplin cezası tesis edebilecektir. Burada yetkinin asıl kaynağı idarenin düzenleyici işlemi değil, o düzenleyici işlemin dayanağı olan kanundur. İdare düzenleyici işlemleri ile disiplin cezası tesis ederken kanun ile çizilen çerçevenin dışına çıkmamalı ve o işlemin dayanağını teşkil eden kanuna aykırı işlem yapmamaya özen göstermelidir.

b. Disiplin Suçlarının ve Cezalarının Kanuniliği

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi; suç ve cezalara ilişkin esasların belirlendiği Anayasa'nın 38'inci maddesi ile güvence altına alınarak kimseye kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilemeyeceği ve ceza ile ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı⁴⁵ hüküm altına alınmıştır. Yani bir fiil kanunda suç olarak tanımlanmadıysa suç değildir, meşru bir harekettir.⁴⁶ Aynı zamanda bu fiile kanunda belirlenen cezadan başka bir ceza da verilemez.

⁴³ Söz konusu esneklik disiplin işlemlerinin kanuniliği bağlamında bir esneklik olsa da bu ifade tüm disiplin işlemlerinde böyle bir esnekliğin var olduğu yönünde anlaşılmalıdır. Disiplin suç ve cezaları bağlamında kanunilik ilkesinin nasıl uygulandığı ilgili bölümde değerlendirilecektir.

⁴⁴ Türk Eczacılar Birliği Kanunu'nda hangi eylem için hangi disiplin cezasının açık ve belirli bir şekilde hüküm altına alınmadığı iddiası ile ilgili maddenin iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu madde iptal edilmiştir. AYM, E. 2021/16, K. 2021/62, 22.9.2021, (T.C. Resmî Gazete, 21 Ekim 2021 ve 31635) §§ 20-22.

⁴⁵ Muharrem Köse, "Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması" *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Konya 2009, s. 118.

⁴⁶ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 14.

Disiplin hukukunda ise suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin uygulama alanı bulup bulmadığı konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Disiplin suç ve cezalarının kanunilik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerektiğini savunan görüşe göre; kanuni idare ilkesinin bir sonucu olarak ve disiplin yaptırımlarının temel hak ve özgürlükleri sınırlama gücüne sahip olmaları nedeniyle hem disiplin suçları hem de disiplin cezaları yasa koyucu tarafından düzenlenmelidir. Bu yaptırımlara muhatap olan kişiler hangi eylemlere karşı hangi cezaları alacaklarını bilmelidir. Bu görüşe göre disiplin suçlarının tespitinin idareye bırakılması durumunda idare tarafından keyfi uygulamalara gidilebilecektir.⁴⁷

Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmayacağını savunan görüşe göre; disiplin suç ve cezaları ile adli suç ve cezaların amaçları, kapsamı ve uygulanan yaptırımın ağırlığı göz önüne bulundurulduğunda bunların birbirlerinden farklılıkları vardır. Yaptırımı uygulayan merciler adli suçlarda yargı organları iken disiplin suçlarında idari makamlardır. Bu farklılıklar nedeniyle “kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin” disiplin hukuku alanında yeri yoktur. Toplum düzeninin korunması için uygulanan cezalar ile çok daha küçük bir kurum ya da örgütün oluşturduğu düzenin korunması için uygulanan yaptırımlara aynı ilkeler uygulanmamalıdır. Disiplin hukuku kapsamında çıkarılan mevzuatta da disiplin suç ve cezalarında kıyasın uygulanmasını yasaklayan hükümlere yer verilmemektedir. Yönetmeliklerle düzenlenen disiplin mevzuatının olması da söz konusu ilkenin geçerli olmadığını göstermektedir.⁴⁸

Kanaatimizce daha isabetli olan diğer bir görüşe göre ise; disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesi geçerli, disiplin suçları açısından ise bu ilke tam olarak geçerli değildir.⁴⁹ İdarenin yapısı ve faaliyetleri birbirinden çok farklıdır. Doğal hayatın değişen şartlarına ayak uyduracak fiil ve eylemlerin tamamının daha önceden belirlenmesi veya bu eylemleri birebir karşılayacak tanımlarının yapılması güçtür. Genel olarak kurum içi disiplinin sağlanmasının ve idamesinin

⁴⁷ Köse, “Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması”, s. 138; farklı gerekçelerle benzer görüş için bkz. Tolga Yıldırım, “Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019, C. 77, S. 1, s. 81.

⁴⁸ Köse, “Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması”, s. 135; Ahmet Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 207.

⁴⁹ Benzer görüşler için bkz. Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 661; Alper Durmuş, *Memur Disiplin Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 226; Kemal Gözler, *İdare Hukuku (Cilt: II)*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 777; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, s. 851.

amaçlandığı disiplin hukukunda, bütün disiplinsizlikler açısından tipiklik unsurunun aranması gerçekten disiplini bozan eylemlerin cezasız bırakılmasına ve bu vesileyle kurum içinde disiplinin bozulmasına sebebiyet verecektir. Şüphesiz böyle bir durumda idari işlemlerin nihai amacı olan kamu yararının istenen ölçüde gerçekleşmesi de söz konusu olmayacaktır. Pozitif hukukta da disiplin suçları açısından kıyasa izin veren hükümlerin⁵⁰ yer alması kanunilik ilkesinin geçerli olmadığını yasa koyucu tarafından da benimsediğini göstermektedir.

Disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesine gelecek olursak; disiplin yaptırımına maruz kalacak kişiler, yaptıkları fiilin olumsuz yönlerini öngöremeseler ya da yapmış oldukları fiilin disiplin suçu oluşturup oluşturmadığını bilmeseler bile, bu kişilerin hangi disiplin yaptırımı ile karşı karşıya kalabileceklerini önceden bilmeleri gerekir. Yani disiplin hukuku kapsamında çıkarılan kanunların ilgili kişilere hangi disiplin cezalarının verilebileceğini hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde düzenlemesi gerekmektedir.⁵¹ Bu durum aynı zamanda hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Pozitif hukukta da disiplin cezaları kural olarak kanunlarla belirlenmiş,⁵² idareye disiplin cezalarının belirlenmesi konusunda takdir yetkisi verilmemiştir.⁵³ Disiplin cezalarına ilk elden yer veren kanun altı düzenlemeler mevcut olsa da bunlar disiplin cezalarının kanunla düzenlenmesi gerek-

⁵⁰ 657 sayılı Kanun, madde 125/4: “Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.”; 6413 sayılı Kanun, madde 8/3: “Bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir.”

⁵¹ “Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine aykırı fiillerine karşı düzenlenen İdari Yaptırımlardır. Kamu hizmetlerinden sürekli uzaklaştırılabilmek gibi ağır sonuçlara neden olabilen disiplin cezaları, ağırlığı ve önemi sebebiyle Anayasa’nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin kurallara tabi tutulmuşlardır. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca, ceza yaptırımına bağlanan her bir fiilin tanımının yapılması ve kanunun ne tür fiilleri suç sayarak yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekmektedir.” Danıştay 12. Dairesinin 21.11.2017 tarihli ve E. 2014/10025, K. 2017/5821 sayılı kararı; benzer kararlar için bkz. Danıştay 12. Dairesinin 15.10.2015 tarihli ve E. 2011/7794, K. 2015/5394 sayılı kararı; Danıştay 5. Dairesinin 19.09.2017 tarihli ve E. 2016/22982, K. 2017/20249 sayılı kararı; Danıştay 12. Dairesinin 17.05.2016 tarihli ve E. 2013/4, K. 2016/2974 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

⁵² İstisnai olarak yönetmelik ile düzenlenen disiplin mevzuatı da bulunmaktadır. Bkz. ortaöğretim (lise) öğrencileri disiplin işlemleri “Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği” esaslarına; ilköğretim kurumları içerisinde yer alan ortaokul ve imam-hatip ortaokulu öğrencileri hakkındaki disiplin işlemleri ise “Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği” (madde 54) esaslarına göre tesis edilir.

⁵³ Benzer görüşler için bkz. Gözler - Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 659; Durmuş, Memur Disiplin Hukuku, s. 227.

tiği yönündeki ilkeye uymayan ve bunlara karşı yargı yoluna gidildiğinde iptal edilmesi gereken düzenlemelerdir.⁵⁴

c. Kıyas Yasağı

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisi de kıyas yasağıdır. Ceza hukukuna hâkim olan bir ilke olan “kıyas yasağı”; kıyas yoluyla kanunda yer alan suçlar dışında yeni bir suç oluşturulamayacağı, mevcut olan suçların kapsamının genişletilemeyeceği ve kanunda belirlenen cezalar dışında yeni bir ceza üretilmeyeceği anlamına gelmektedir.

Usul hukukunda kıyas ile yorumu birbirinden ayırmak önemlidir. Yorum mevcut bir düzenlemenin ne anlama geldiği konusunda karar verme süreciyken;⁵⁵ kıyas hakkında açık bir hüküm bulunmayan bir konu hakkında, bu konu ile aralarındaki benzerlik ve ortak özellikler⁵⁶ bulunan başka bir konuya ilişkin hukuk kurallarına göre karar vermektir. Yorum ve kıyas ayrımı yapılırken yorumun kıyası kapsamayacak şekilde tanımlanmasına dikkat edilmeli, kıyasın yasak olduğu alanlarda yorum adı altında bu yasak delinmemelidir.

Anayasa’nın 38/1’inci maddesi kıyas yasağını şu şekilde düzenlemiştir: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için ko-

⁵⁴ 2547 sayılı Kanun, madde 53/b/2: “Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.” hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından “Dava konusu kural bu hâliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememektedir. Ayrıca kuralda, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbiri ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, Anayasa’nın 38., 128. ve 130. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.” gerekçesi ile iptal edilmiştir. AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, 14/01/2015, (T.C. Resmî Gazete, 7 Nisan 2015 ve 29319) §§ 19-20; Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından da 20 Ekim 2017 tarih ve 30216 no.lu Resmî Gazete’de yayımlanan Yönetmelik ile “Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği” yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁵ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 31; Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 81; Durmuş, Memur Disiplin Hukuku, s. 228.

⁵⁶ Türkiye Diyanet Vakfı, İslam Ansiklopedisi, 2020, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kiyas> (ET: 11.08.2021).

nulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” Ceza hukuku kapsamında da kıyas yasağının kanuni dayanağı düzenlenmiş ve bu kural 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesinde şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

Disiplin hukukunda ise kıyas yasağını; disiplin suçları, disiplin cezaları ve bunlar dışında kalan diğer işlemler açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Disiplin suç ve cezaları dışında kalan işlemler açısından kıyas yapıp yapılamayacağı konusu idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir. Suç ve cezalar dışında kalan işlemler hakkında kıyas yapılamayacağına dair bağlayıcı bir düzenleme mevcut değildir. Yani bu işlemlerde kıyas yapılmasında bir sakınca yoktur; ancak kanuni idare ilkesi gereğince kıyas yapılırken, işlemin bir kanuna dayanmasına ve kanuna aykırı olmamasına dikkat edilmelidir.

Kanunlarda disiplin işlemlerinde kıyas yapılabileceğine ilişkin bir hükmün bulunduğu hallerde kıyas yapılabileceği açıktır. Disiplin işlemlerinde kıyas yapılabileceğine ilişkin kanuni bir dayanak olmaması durumunda ise benzer konulara ilişkin uygulamalardan ve bu konulara ilişkin hukuk kurallarından hareketle kıyasa başvurulması mümkündür. Bu şekilde bir konunun kanunlarla düzenlenmediği hallerde kanunlardaki boşluklar doldurulacaktır. Ancak kıyasın keyfiliğe anlamına gelmediği de unutulmamalıdır. İdare kıyas adı altında keyfi uygulamalara gitmemeli ve idari işlemin nihai amacı olan kamu yararına uygun hareket etmelidir.

Disiplin cezaları açısından değerlendirilecek olursa, ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da kıyas yasağı uygulama alanı bulan bir ilkedir. Disiplin hukuku ile ilgili çıkarılan mevzuatta disiplin suçları için kıyasa izin veren hükümlere yer verildiği halde disiplin cezaları için bu tür hükümlere yer verilmemesi yasa koyucunun da düşüncesinin bu şekilde olduğunu göstermektedir. Disiplin cezaları bakımından kıyas yasağının uygulanması konusunda herhangi bir esneklik söz konusu değildir. Disiplin cezalarına maruz kalabilecek kişiler, yapmış oldukları fiiller sonucunda hangi cezaları alabileceklerini önceden bilmelidir. Bu sebeple disiplin cezaları açısından belirlilik ve kıyas yasağı ilkeleri geçerli ve önemli birer ilkedir.

Disiplin suçları açısından ise kıyas yasağının disiplin cezaları ile aynı şekilde geçerli olduğunu söyleyemeyiz. Bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, kıyas yasağı disiplin suçları açısından daha es-

nek uygulanması gereken bir ilkedir.⁵⁷ Disiplin hukuku ile ilgili çıkarılan mevzuatta da kıyasın dayanağını oluşturan hükümler mevcuttur.⁵⁸

Anayasa Mahkemesi; 5275 sayılı Kanunun 48'inci maddesi⁵⁹ ile disiplin suçları açısından kıyasa izin verecek şekilde disiplin cezası verilmesine dayanak olan kanun metninin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan bir davada, disiplin suçları açısından kıyas yapılması kuralının Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.⁶⁰ Bu karara karşı oy kullanan üyeler ise Anayasa Mahkemesinin daha eski tarihli bir kararını⁶¹ emsal göstererek, Anayasa'nın 38'inci maddesinde yer alan ceza hukuku ile ilgili ilkelerin disiplin hukukunda daha esnek bir şekilde uygulama alanı bulduğu ve bu esnekliğin disiplin suçları açısından daha da fazla olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir. Karara karşı oy kullanan üyeler ayrıca disiplin hukukuna ait mevzuatta kıyasa izin verecek şekilde torba hükümlerin yer aldığı, özellikle sık rastlanmayan disiplin-sizliklerin kanunda hüküm altına alınmadığı gerekçesiyle yaptırımsız bırakılmaması gerektiği, bu gibi durumlarda ve zorunluluk halinde istisnai olarak düzenlenen kıyasa izin veren hükümlere başvurulabileceği, ancak bu hükümlerin bulunmaması durumunda kıyas uygulanmaması yönünde görüş bildirmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde eski ve yeni tarihli kararın birbiriyle uyuşmadığı görülmektedir. Kanaatimce karşı oy kullanan üyelerin disiplin suçlarında kıyas yapılması konusunda görüşleri daha isabetlidir.

⁵⁷ Gözler, İdare Hukuku (Cilt: II), s. 777; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku (Genel Esaslar), s. 851.

⁵⁸ 657 sayılı Kanun, madde 125/4: "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir."; 6413 sayılı Kanun, madde 8/3: "Bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir."

⁵⁹ 5275 sayılı Kanun, madde 48/1'de yer alan "37 ilâ 46'ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar." hükmü AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, 3/10/2013, §§ 10-12 kararı ile iptal edilmiştir.

⁶⁰ "... Kanun'da belirlenmiş diğer fiillere uydurulabilmesi imkânını veren kural, uygulayıcıyı kıyas yapmaya yönlendirmektedir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, Kanun'da tanımlanmayan bir fiilin, benzeri bir fiille karşılaştırılarak kıyas yapılmak suretiyle ceza tayinine imkân tanınmaktadır. Bu durum suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir." AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, 03.10.2013, (T.C. AYM Resmi Web Sitesi Kararlar Bilgi Bankası) § 11.

⁶¹ "...sık sık değişen durum ve ihtiyaçlar karşısında yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakmasının 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesine aykırı olmadığı..." AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, 03.10.2013, (T.C. Resmî Gazete, 18 Ocak 2014 ve 28886) § 20.

Danıştay tarafından ise disiplin suçları açısından kıyasa izin veren bir düzenlemenin iptali için açılan davada kıyasa ilişkin söz konusu hükümlerin hukuka uygun olduğu yönünde karar verilmiştir.⁶² Ancak disiplin suçları için kıyas yapılabilse bile kıyas yapılarak idareye keyfi suçlar yaratma yetkisi verilmemektedir. Kıyas yapılmasına izin veren maddeler incelendiğinde disiplinsizlik teşkil eden fiillere benzer eylemlere yönelik kıyas yapılabileceği açıktır.

Danıştay aynı statü veya mevkide oldukları halde kıyas uygulanarak üst ve amirlere karşı işlenebilen bir suç sebebiyle disiplin cezası verilen kişinin açtığı davada; disiplin suçuna kişi yönünden kıyas uygulanarak ceza verilemeyeceği, madde metninde bahsedilen kıyasın fiil veya eylemlere yönelik olması gerektiği, kişi yönünden kıyas yapılmasının kanuna aykırı olduğu yönünde karar vermiştir.⁶³

2. Disiplin Suç ve Cezalarının Geçmişe Yürütülemeyeceği İlkesi

Anayasa'nın 38/1 maddesinde yer alan "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." hükmü, suç ve cezalarının geçmişe yürütülmesi yasağının ana-yasal dayanağını oluşturmaktadır.

Suç ve ceza içeren hükümlerin belirli olması, suç işleyen kişilerin hangi fiillerin suç teşkil ettiğini ve yaptıkları fiillere uygulanacak yaptırımları öngörebilmeleri anlamına gelir. Kişiler bir fiilin suç teşkil ettiğini veya o tarihte mevcut olandan daha ağır bir ceza ile tecziye edileceğini bilseler o fiili işlemekten imti-

⁶² Danıştay mülga Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde yer alan "yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve haller nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir." hükmünün iptali için açılan davada istemin reddi yönünde karar verilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 09.11.2000 tarihli ve E. 2000/646, K. 2000/1119 sayılı kararı (Akt.: Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, 2005, C. 38, S. 2, s. 67).

⁶³ Danıştay 12. Dairesinin 12.03.2014 tarihli ve E. 2010/3324, K. 2014/1510 sayılı kararı; benzer bir karar için bkz. "Davacı ile davacının fiili tecavüzde bulunduğu kişinin eşdeğer görevlerde çalıştığı, başka bir anlatımla iş arkadaşı oldukları, aralarında amir-memur ilişkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. 657 sayılı Yasanın 125. maddesi 4. bendinde ise fiilin muhatabı olan kişilerin benzerliği değil, alta ve üste karşı yapılan eylemlerin benzerliği kastedildiğinden, davacının amiri durumunda olmayan İdari Araçlar Şube Müdürlüğünde görevli memura ilişkin dava konusu işlemde ve bu davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 10. Dairesinin 23.10.1990 tarihli ve E. 1989/2100, K. 1990/2297 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

na edebilirler.⁶⁴ Bu nedenle işlendiği zaman suç olarak kabul edilmeyen bir eylem daha sonra çıkarılacak bir düzenleme ile suç haline dönüştürülemez veya bir fiile bu fiilin işlendiği zamanda öngörülenden daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği ilkesinin istisnası lehe kanunların geçmişe dönük olacak şekilde uygulanmasıdır. Eğer suç ve ceza içeren hükümlerde yapılan değişiklik ceza uygulanacak kişinin lehine bir düzenleme getiriyorsa bu düzenleme geçmişe etkili olacak şekilde sonuç doğuracaktır.

Geçmişe yürüme yasağı usul hukuku bakımından geçerli değildir.⁶⁵ Yani geçmişe yürüme yasağı suç ve cezalara ilişkin olup kişilerin aleyhine sonuçlar doğuran yeni ceza kanunları açısından geçerli, ancak usul hukuku bakımından geçerli değildir. Ceza muhakemesi hukukunda derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Hukuki olaylar ve işlemler hakkında uygulanacak kurallar o an yürürlükte bulunan hukuk kurallarıdır. Bir olaya o an yürürlükte bulunan hukuk kuralının uygulanmasına veya o an yürürlükte olan hukuk kurallarına göre işlem tesis edilmesine derhal uygulama ilkesi denir. Genel kural olan derhal uygulama ilkesinin bir sonucu olarak yürürlüğe yeni giren bir mevzuat hükmü geçmişe etkili olacak şekilde uygulanamaz.⁶⁶

Disiplin hukuku açısından da geçmişe yürüme yasağı aynı şekilde geçerli olan bir ilkedir. İdari kararlar kural olarak geleceğe yönelik olarak etkilidir. Bütün idari kararlar gibi disiplin suç ve cezalarında yapılan değişiklikler de ancak geleceğe yönelik olarak uygulanabilirler.⁶⁷

Disiplin hukuku kapsamında disiplin suçu olarak tanımlanmayan bir fiil daha sonra suç haline getirilerek veya o fiil için belirlenmiş bir ceza ağırlaştırılarak geçmişe etkili olacak şekilde uygulanamaz. Ancak kişilerin lehine yapılan düzenlemeler geçmişe etkili olacak şekilde uygulanabilirler.

Derhal uygulama ilkesi disiplin hukukunun usul işlemleri bakımından da geçerlidir. Örneğin kişinin savunması alınacaksa suçu işlediği zaman yürürlükte olan kurallara göre değil de o an mevcut bulunan düzenlemeye göre işlem yapılacaktır. Disiplin hukuku kapsamında disiplin suç ve cezalarının geçmişe yürütü-

⁶⁴ Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 81.

⁶⁵ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 33.

⁶⁶ Halil Yılmaz, "Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından)", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2011, C. 6, S. 58, s. 64.

⁶⁷ Gözler - Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 660; Durmuş, Memur Disiplin Hukuku, s. 228.

lemeyeceği ve disiplin hukukunun usul işlemlerinde derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğu konularında doktrin ve içtihatlarla da görüş birliği sağlanmıştır.⁶⁸

Danıştay da ceza hukuku kökenli olan suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği ilkesinin disiplin hukuku açısından da geçerli bir ilke olduğuna, ancak kişilerin lehine olan düzenlemelerin daha sonraki bir tarihte çıkarılmış olsalar dahi ilgili kişiler hakkında uygulanabileceğine karar vermiştir.⁶⁹

3. Masumiyet (Suçsuzluk) Karinesi

Anayasa'nın 38/4 maddesine göre "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2 maddesi de "Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır." hükmüne yer vererek masumiyet karinesini kişinin temel bir hakkı ve hukukun evrensel bir ilkesi olarak düzenlemiştir.⁷⁰

Anayasa'da da zikredilen suçsuzluk karinesine göre, suç şüphesi altında olan bir kişinin suçlu olduğu kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla hüküm altına

⁶⁸ Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.04.2017 tarihli ve E. 2015/4973, K. 2017/1715 sayılı kararı; Danıştay 5. Dairesinin 25.10.2017 tarihli ve E. 2016/18466, K. 2017/21637 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı).

⁶⁹ "Ceza Hukuku kökenli bir ilke olan lehe olan hükmün uygulanması ilkesi; işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiil sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunuyorsa veya sonradan yürürlüğe giren düzenleme suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehinde ise, sonraki normun daha önce işlenmiş olan fiillere uygulanmasını öngörmektedir. Kural olarak idari işlemlerin yargısal denetimi, tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yapılmaktadır. Bu anlamda idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımının da tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetiminin yapılması gerekmekte ise de, ilke olarak suç ve cezada lehe olan normun uygulanması kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, fiilin işlendiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat ile daha sonra yürürlüğe giren mevzuat hükümleri farklı ise disiplin cezası ile cezalandırılacak olan kişilerin lehine olan mevzuat hükmü dikkate alınmalıdır." Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.04.2017 tarihli ve E. 2015/4973, K. 2017/1715 sayılı kararı; "Ceza hukuku kökenli bir ilke olan ancak zaman içinde hukukun tüm dallarında geçerli bir ilke olarak benimsenen lehe olan hükmün uygulanması ilkesi; işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiilin sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunması veya sonradan yürürlüğe giren düzenleme suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehine sonuçlar doğurması durumunda, failin lehine olan sonraki normun daha önce işlenmiş olan fiillere uygulanmasını öngörmektedir." Danıştay 5. Dairesinin 25.10.2017 tarihli ve E. 2016/18466, K. 2017/21637 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı).

⁷⁰ Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 65; Eda Özdiler Küçük, "Vergi Suçlarında Masumiyet Karinesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 5, S. 2, s. 196.

alınmadığı sürece, bu kişinin suçsuz olduğu kabul edilir.⁷¹ Kişi herhangi bir suç işlememiş gibi sahip olduğu tüm hak ve yetkileri kullanmaya devam eder. Bu durumun önemli bir sonucu olarak; cezanın artırılması, tekerrür ve benzeri usul işlemlerinde kişi hakkında kesin bir hüküm bulunmadığı müddetçe kişinin suçsuz olduğu kabul edilir. Örneğin, kesinleşmemiş bir mahkûmiyet hükmü teker-rüre esas alınamaz veya hükmün açıklanması geriye bırakılan⁷² bir kişi suçlu kabul edilemez.

Anayasa'nın gerekçelerinden⁷³ de anlaşılacağı üzere masumiyet karinesinin iki önemli sonucu vardır. Bunlardan birincisi, kişinin kesin mahkûmiyet hükmüne kadar suçlu sayılmayacağı; ikincisi, suç şüphesi altındaki kişinin suçsuzluğunu ispat mükellefiyetiyle yükümlü tutulamayacağıdır.

Suçsuzluk karinesinin disiplin suçları bakımından geçerli olup olmadığını Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bağlamında inceleyecek olursak, Sözleşme'nin 6'ncı maddesi ile adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında yer alan "dava şartı, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar ve cezai anlamda yöneltilen suçlamalara yönelik karar verecek mahkemeler" şeklindeki düzenleme ile ceza hukuku işaret edilmektedir.⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği kararlarda⁷⁵ bu karinenin ceza yargılamasına ait olarak düzenlendiğini belirtmektedir.

⁷¹ Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, C. 48, s. 135; İlhan Üzülmmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, C. 58, s. 42.

⁷² 5271 sayılı Kanun, madde 231/5: "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder."

⁷³ Anayasa, madde 38 "suçsuzluk karinesi" gerekçesi: "Sanığın, kesin mahkûmiyet hükmüne kadar suçsuz sayılması demek, kendisinin, suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinde olmadığı; «beyyine külfeti»nin iddiacıya ait bulunduğu demektir. Bu karine, iddiacının, suç iddiasını «makûl şüpheye yer bırakmayacak şekilde» ispat etmesiyle «çürütülmüş» olacak ve bu halde de mahkeme mahkûmiyet hükmünü verecek; aksi takdirde beraat kararı alacaktır." Bkz. Öz-diler Küçük, "Vergi Suçlarında Masumiyet Karinesi", s. 197.

⁷⁴ Üzülmmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", s. 46; Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", s. 145; Berrin Akbulut, "Ceza Hukukuyla Bağlantılı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, C. 3, S. 2, s. 324.

⁷⁵ Engel and Others/Netherlands, B. No: 5100/71, 8/6/1976, § 11; Weber/Switzerland, B. No: 11034/84, 22/5/1990, §§ 30-31; Ravnsborg/Sweden, B. No: 14220/88, 23/3/1994, §§ 20-21 (Akt.: Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", s. 145-148).

Anayasa'nın 38/4 maddesinin "sanık", "mahkeme" ve "mahkûmiyet hükmü" ifadeleri ile gerekçelendirilmesi nedeniyle suçsuzluk karinesinin özellikle ceza hukuku bağlamında anayasal koruma altına alındığı görülmektedir. Ancak suçsuzluk karinesinin disiplin hukuku açısından da geçerli olduğu açık olarak ifade edilmese bile, bazı durumlarda hakkında disiplin takibatı yapılan kişiler de bu karineden yararlanabileceklerdir.

Disiplin hukuku bağlamında masumiyet karinesini "disiplin hukukunda masumiyet karinesi" ve "masumiyet karinesine saygı ilkesi" başlıkları altında incelemek mümkündür.

a. Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi

Masumiyet karinesini disiplin hukuku açısından karşılaştırmalı olarak inceleyecek olursak; ceza hukukunda suçlu olduğu yönünde kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadıkça kişi suçsuz sayılır. Disiplin hukukunda da disiplin soruşturması aşamasında veya tahkikatın herhangi bir safhasında kişiye suçlu muamelesi yapılamaz ve muhtemel bir disiplin suçunun doğurabileceği hukuki sonuçlar uygulanamaz.

Ceza hukukunda iddia edilen hususların aksini ispat yükümlülüğü şüpheliye yüklenemez. Suç isnadını yapan, iddiasını ispat ile mükelleftir. Disiplin hukukunda tarafların eşitliği yerine idarenin üstünlüğü söz konusudur. İdarenin düzeninin, işleyişinin, iç disiplininin sağlanması için idare kişi karşısında üstün olan taraftır. İdare bu üstünlüğünü karşı tarafın rızası söz konusu olmadan soruşturma başlatmak ve ceza vermek suretiyle kullanır. Ancak idarenin üstünlüğü söz konusu olsa da disiplin soruşturmasında kişinin lehine ve aleyhine olan tüm deliller toplanır ve bu deliller sonucunda yapılan değerlendirmeye göre kişinin savunması alınarak esas hakkında karar verilir. Disiplin suçu işleyen kişi iddia edilen disiplinsizliği yapmadığını ispat edebilir. Kişi bu ispatı yapabilecek bilgi, belge ve araçlara sahip olmasa ve suçsuzluğunu ispat edemese bile tüm deliller değerlendirilerek, disiplinsizliğe konu fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak disiplin hukukunda da ispat yükümlülüğü suç isnadını yapan taraftadır. Ancak disiplin takibatlarında ceza yargılamasına göre daha hafif bir ispat külfeti⁷⁶ bulunmaktadır.

⁷⁶ Seven/Türkiye, B. No: 60392/08, 23.01.2018, § 51; Ringvold/Norveç, B. No: 34964/97, 11.02.2003, § 38; Jakumas/Litvanya, B. No: 6924/02, 18.07.2006, § 57; D.E Başvurusu, B. No: 2014/11453, 09.01.2019, § 29 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

Ceza yargılamasında kesinleşmemiş bir mahkûmiyet hükmü diğer usul işlemlerini etkilemez. Disiplin hukukunda da kişinin kesinleşmiş bir cezası bulunmadıkça devam eden disiplin takibatları diğer usul işlemlerinde göz önünde bulundurulamaz. Örneğin 6413 sayılı Kanununun 14'üncü maddesine⁷⁷ göre daha önce soruşturulanın ceza almış olması durumunda disiplin amirinin cezanın ağırlaştırılmasına karar vermesi zorunludur. Ancak henüz kesinleşmeyen bir ceza hakkında bu hükme göre işlem yapılamaz.

b. Masumiyet Karinesine Saygı İlkesi

Masumiyet karinesine saygı ilkesi ceza yargılaması sonucunda verilecek kesin hükme kadar kişinin sahip olduğu suçsuzluk karinesine hem yargı mercilerince hem de kamu otoritelerince saygı gösterilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Ceza hukuku kapsamında suç teşkil eden bir fiil aynı zamanda disiplin suçu da teşkil edebilir. Böyle durumlarda ceza yargılaması ve disiplin takibatı kural olarak birbirinden bağımsız olarak yürütülür.

Anayasa Mahkemesi kararları⁷⁸ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları⁷⁹ ile de somutlaştırılan bu ilkeye göre, hakkında ceza yargılaması devam eden kişi masumiyet karinesine göre suçsuz kabul edilir. Suçsuz kabul edilmesine rağmen kişi hakkında disiplin soruşturması yürütülebilir ve disiplin cezası

⁷⁷ 6413 sayılı Kanun, madde 14: "Disiplinsizliğin işlendiği tarihten geriye doğru; iki yıl içinde aynı disiplinsizlikten dolayı disiplin cezası alınmış olması veya bir yıl içinde aynı derece cezayı gerektiren başka disiplinsizliklerden dolayı iki defa ceza alınmış olması hâllerinde, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası hariç, bir derece ağır ceza verilir."

⁷⁸ "Masumiyet karinesi, ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen buna ilişkin korumanın uygulanabilir olması ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam etmeyen kişilerin, kamu görevlileri veya otoritelerinin suçlu muamelesine maruz kalmalarını önlemelidir. Bu kapsamda ceza davasını takip eden 'ceza yargılaması niteliğinde olmayan herhangi bir yargılamada' da (hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesine özen gösterilmelidir." ve "...hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit olunca-ya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz" Sebğatullah Altın, B. No: 2013/1503, 02/12/2015, (T.C. Resmî Gazete, 19 Ocak 2016 ve 29598) §§ 24-26; benzer yöndeki kararlar için bkz. D.E Başvurusu, B. No: 2014/11453, 09/01/2019, § 40; Uğur Ayyıldız, B. No: 2012/574, 06/02/2014, §§ 75-79; Ramazan Tosun, B. No: 2012/998, 07/11/2013, §§ 60-63; Münür İçer, B. No: 2012/584, 12.03.2015, §§ 27-29; Ahmet Altuntaş vd., B. No: 2015/19616, 17.05.2018, §§ 31-34.

⁷⁹ Kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece kişinin farklı hukuk yaptırımlarına karşı sorumlu tutulmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ringvold/Norveç, B. No: 34964/97, 11.02.2003, § 38; benzer kararlar için bkz. X/Avusturya, B. No: 9295/81, 06.10.1987; C/Birleşik Krallık, B. No: 11882/85, 7/10/1987.

tesis edilebilir. Bu durum masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmez. Ancak verilen disiplin cezalarında kişinin ceza hukuku kapsamında suçlu olduğunu ifade edebilecek şekilde gerekçelere yer verilmemelidir.⁸⁰ Disiplin işlemi uygulayacak otoriteler, disiplin soruşturmasını bağımsız olarak yürütmeli ve kişinin sahip olduğu masumiyet karinesine saygılı bir şekilde hareket etmelidir.

Kamu görevlileri ile ilgili mevzuatta idari takibatlarının salahiyetle yürütülmesi veyahut kişinin hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması sebebiyle geçici bir idari yaptırım olarak görevden uzaklaştırma tedbiri öngörülmüştür.⁸¹ Bu tedbir ile kişi hakkında yapılacak disiplin takibatlarının adil ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi sağlanmaktadır. Ceza kovuşturması esnasında uygulanan tedbir ile de kişinin memuriyete dayalı hakları kısmen korunmakta, verilen hükme göre kişinin kamu görevi devam ettirilmektedir. Bu özelliği nedeni ile görevden uzaklaştırma tedbiri masumiyet karinesine saygı ilkesinin bir aracı niteliğindedir.

Bu tedbir ile kişilerin meslekten çıkarılması sonucunu doğuracak disiplin cezaları verilmesi yerine, kişinin durumu aydınlatılana kadar kamu görevlisi olma niteliği devam ettirilmektedir. Bu sebeple adli süreç ile birlikte yürütülen disiplin takibatlarında, disiplinsizliğe konu olan olay tam anlamıyla aydınlatılmadan eylemin sırf adli bir duruma da konu olmasından dolayı cezai işlem yapılmamalıdır. Kişinin masum olabileceği ihtimalinin kabulü ile hareket edilmeli ve şartların varlığı halinde kişinin hakkında yapılan yargılama neticelene kadar geçici olarak tesis edilen görevden uzaklaştırma tedbiri devam ettirilmelidir.⁸² Aksi durumda kişi hakkında çok daha ağır sonuçlar doğabilir.

⁸⁰ Benzer yöndeki AYM kararları için bkz. "Disiplin suçuna ve ceza yargılamasına konu eylemlerin aynı olduğu hâllerde disiplin soruşturmasıyla ilgili uyuşmazlıklara bakan idare mahkemelerinin, fiilin sübutu ile ilgili olarak ceza mahkemesinin ulaştığı kanaate saygı göstermesi, bunu sorgulayacak ifadeler kullanmaması beklenir." Barış Baş, B. No: 2016/14253, 02.07.2020, § 62; Hüseyin Sezer, B. No: 2016/13566, 02.07.2020, § 55.

⁸¹ 657 sayılı Kanun, madde 137: "Görevden uzaklaştırılma, Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek Devlet memurları hakkında alınan ihtiyati bir tedbirdir. Görevden uzaklaştırma tedbiri, soruşturmanın herhangi bir safhasında da alınabilir."; madde 140: "Haklarında mahkemelerce cezai kovuşturma yapılan Devlet memurları da 138'inci maddedeki yetkililer tarafından görevden uzaklaştırılabilirler."

⁸² Benzer görüş için bkz. Eser Us Doğan - Özge Yücel Dericiler, "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 5, S. 1, s. 1113.

4. Kendisi veya Yakınları Aleyhine Beyanda Bulunmaya Zorlanamama İlkesi

Anayasa'nın 38/5 maddesine göre; "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." Kendisi veya yakınları hakkında aleyhe beyanda bulunmaya zorlanamama ilkesi ceza hukuku açısından geçerli ve uygulama alanı bulan bir ilkedir.⁸³

Madde metninde geçen "hiç kimse" ifadesi ile işaret edilen kişiyi sadece ceza yargılamasına tabi olan şüpheli veya sanık olarak değerlendirmemek gerekir. Nitekim Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen ilkelerin kural olarak disiplin hukuku alanında da geçerli olduğu Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşılmaktadır.⁸⁴ Anayasa'nın lafzında bir değişiklik olmadıkça,⁸⁵ madde metninden ve Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere, "kendisi ve yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamama" ilkesi ceza hukukuna oranla daha esnek uygulanmak üzere disiplin hukuku açısından da geçerli olan bir ilkedir. Ancak buradaki beyanda bulunmaya zorlanamama ilkesi kişinin kendisi ve yakınları hakkında aynı şekilde uygulanamayacaktır.

Bu konu aşağıda "Kendisi Aleyhine Beyanda Bulunmaya Zorlanamama" ve "Yakınları Aleyhine Beyanda Bulunmaya Zorlanamama" başlıkları altında ayrı ayrı incelenecektir.

a. Kendisi Aleyhine Beyanda Bulunmaya Zorlanamama (Susma Hakkı)

Anayasa'nın 38'inci maddesinin 5'inci fıkrası hem ceza yargılamasında hem de idari süreçlerde kişiye, kendisi hakkında beyanda bulunmaya zorlanamama

⁸³ Bkz. Zekiye Özen İnci, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, s. 129 - 137.

⁸⁴ Mutlu Kağıtçıoğlu, "Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?", *TBB Dergisi*, 2018, C. 134, s. 147.

⁸⁵ Anayasa'nın lafzında kendisi hakkında ve yakınları hakkında beyanda bulunmama hakkı ayrı ayrı düzenlenmedikçe ilke disiplin hukukunda esnek olarak uygulanacaktır. Kendisi hakkında beyanda bulunmama hakkı geçerli bir ilke olduğu halde yakınları hakkında beyanda bulunmama disiplin hukukunda tam olarak geçerli bir ilke değildir. Örneğin, İspanya Anayasası'nın, "hakların kanunen korunması" başlıklı 24/2 maddesinin "...herkesin, ...kendisi aleyhine tanıklık etmeme; kendini suçlu ilan etmeme ve masum olduğuna inanma hakkı vardır. Kanun, aile ilişkileri veya meslek sırrı nedenleriyle, iddia edilen suçlarla ilgili ifade verme zorunluluğu olmayan halleri belirler." şeklindeki düzenlemesi, bu ilkeye ilişkin soru işaretlerini ortadan kaldıracak niteliktedir. Adalet Bakanlığı Eylül 2011 Duyuruları, Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, <https://adalet.gov.tr/Arsiv/duyuru-2011/2>, (20.11.2020); Kağıtçıoğlu, "Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?", s. 133.

yönünde anayasal bir koruma⁸⁶ sağlamaktadır. İdare hukukunun özünde kamu yararı ile birey yararının denkleştirilmesi yatmaktadır. Ancak bu tür bir denkleştirme yapılması amacıyla kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran uygulamalar yapılacak ise bunlar Anayasa’da belirtilen kural ve ilkelere uygun olacak şekilde yapılmalıdır. Anayasa’nın 38/5 maddesi de kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamamasını anayasal bir ilke haline getirmiştir. Kişi kendisi hakkında isnat edilen suçlamalar karşısında susma hakkını kullanabilir.⁸⁷

Disiplin yargılaması açısından kişiye verilen en önemli hak savunma hakkıdır.⁸⁸ Savunma hakkı; kişinin kendisini savunabileceği, kendisini savunmaya yönelik deliller ile tanıkları işaret edebileceği ve isnat edilen olayın aydınlatılmasına hizmet eden evrensel bir haktır. Anayasa’nın 129/2 maddesine göre “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”

Savunma hakkı, disiplin hukuku açısından olmazsa olmaz bir haktır. Ancak hakkında disiplin tahkikatı yapılan kişi tarafından kullanılması zorunlu bir hak değildir. Savunması alınmak istenen kişi dilerse savunmasını yapmayarak ya da kendisi hakkında herhangi bir beyanda bulunmayarak da kendisini savunabilir. Hiçbir kurul ya da amir tarafından hakkında disiplin tahkikatı yapılan kişiye savunma yapması konusunda zorlama yapılamaz. Disiplin mevzuatında da savunma hakkından feragat edilebileceğine yönelik düzenlemeler yer almaktadır.⁸⁹ Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere disiplin hukuku kapsamında kendisine bir suç isnat edilen kişi savunma vermeyebilir, susma hakkını kullanabilir ve isnat edilen suç kabul ettiğine yönelik beyanda bulunmaya zorlanamaz.

⁸⁶ Kağıtçıoğlu, “Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?”, s. 132.

⁸⁷ Yener Ünver-Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 49.

⁸⁸ Savunma Hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Burç Volkan Zor, “Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri”, **TBB Dergisi**, 2021, C. 155, s. 355-361.

⁸⁹ 657 sayılı Kanun, madde 130/2: “...verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.”; 6413 sayılı Kanun, madde 40/2: “Verilen süre içinde savunmasını yapmayan personel savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.”; 7068 sayılı Kanun, madde 31/2: “Süresi içinde savunmasını yapmayan personel, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.”; 2547 sayılı Kanun, madde 53/A: “Soruşturmayı yapanın yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen tarihte geçerli bir mazereti olmaksızın savunmasını yapmayan, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.”; 3224 sayılı Kanun, madde 44: “Meslek mensubu hakkında savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Tebligata rağmen onbeş gün içinde savunmasını yapmayanlar savunma hakkından vazgeçmiş sayılırlar.”

b. Yakınları Aleyhine Beyanda Bulunmaya Zorlanamama

Disiplin cezası uygulanmasının nihai amacı idari işlemin amaç unsuru olan kamu yararının sağlanmasıdır. Kamu hizmetinde veya bir organizasyon içinde bulunan kişilerin, görev yaptıkları kurum, kuruluş ya da organizasyona sadakatle hizmet etme, kurumun iç düzenini koruma ve idame ettirmeye yönelik çalışma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu sebeple bir disiplin soruşturması kapsamında beyanına başvuru yapılan kişinin öncelikle tahkikatı yapan kurum, kuruluş veya organizasyona bu yükümlülüklerle bağlı olması gerekmektedir.

Hakkında disiplin tahkikatı yapılan kişinin kurum, kuruluş veya organizasyona yabancı olan yakınlarının soruşturulan kişi hakkında beyanda bulunmaya zorlanamayacağı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bu kişilerin ilgili kurum, kuruluş veya birliğe karşı herhangi bir bağlılık ya da yükümlülükleri bulunmamaktadır. Hal böyleyken bu kişilerin beyanda bulunmaya zorlanması da söz konusu olamaz. Ancak hakkında disiplin soruşturması yapılan kişinin yakınları dilerlerse soruşturulanın lehine veya aleyhine beyanda bulunabilirler.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri bağlamında konuya değinecek olursak, Anayasa'nın 129'uncu maddesi "Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler." lafzı ile kamu görevlilerine birtakım sorumluluklar yüklemiştir. Bunlardan bazıları; "Anayasa ve kanunlara sadakat", "devlete bağlılık" ve "tarafsızlık" ödevleridir.⁹⁰ Bu yükümlülüklerden de anlaşılacağı üzere memur ve diğer kamu görevlilerinin, çalıştığı kuruma ve kamuya karşı bazı görev ve sorumlulukları bulunmaktadır. Kamu yararı amacıyla yürütülen disiplin işlemlerinde, yakınları aleyhinde beyanda bulunmaktan kaçınmanın kamu yararına hizmet edeceğinden söz edilemez. Dolayısıyla memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa'nın 129'uncu maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak çalışan yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanabileceklerdir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri dışında kalan ve aynı kuruluşta çalışan kişiler için anayasal veya kanuni bir düzenleme olmasa dahi bunların tabi olduğu şirket, kurum, organizasyon veya birliğin iç düzeninin sağlanmasında çalışanların da yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda çalışan kişiler de memurlar ve diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanabileceklerdir.

⁹⁰ Gözler - Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 649; Akyılmaz - Sezginer - Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 689.

Yakını hakkında beyanda bulunma yükümlülüğü olan kişinin⁹¹ beyanda bulunmaktan kaçınması durumunda bu eyleminden dolayı hakkında disiplin soruşturması⁹² yapılması Anayasa'nın 38/5 maddesinin ihlali ile sonuçlanmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 278'inci maddesi ile "suçu bildirmeme", 279'uncu maddesi ile de "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçları düzenlenmiştir. 278'inci maddenin ilk hali, mağdurun annesinin de suçu bildirmemesi sebebiyle sanık olduğu somut olayda, maddenin Anayasa'nın 38/5 maddesine aykırılığı iddiasıyla iptali istenmiştir. Kanunun 278'inci maddesi, bu maddede ya da başka bir maddede Anayasa'nın emredici kuralına karşı yakın akrabalık durumunda olan kişilerin bu suçtan ayırık tutulmadığı gerekçesi ile, iptal edilmiştir.⁹³ İlgili madde 2012 yılında yeniden düzenlenerek suçun faili bakımından istisnai hükümlere yer vermiştir. Maddenin 4'üncü fıkrası "Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır." düzenlemesi ile kişinin yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesini benimsemiş; ancak suçun önlenmesine ilişkin yükümlülüğü bulunan kişiler bakımından bu ilke ayırık tutulmuştur. Devamı maddelerinde düzenlenen kamu görevlileri ve sağlık çalışanları açısından suçun bildirilmemesine yönelik hiçbir istisna düzenlenmemiştir. Kanun koyucu tarafından 2012 yılında yaptığı değişiklik ile istisna tutulan kişiler bakımından suçu bildirmeme suçlarına yönelik genel bir düzenleme yapılmadığı ve özgü suçlarda kasıtlı olarak istisnai düzenlemelere yer verilmediği açıktır. Bu kapsamda ceza muhakemesinde dahi kamu görevlileri açısından yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamama ilkesi kanun koyucu tarafından tam olarak kabul edilmediği halde, disiplin cezaları açısından kabul edilmesi beklenemeyecektir.

⁹¹ Beyanına başvuru olan kişinin de disiplin cezası uygulamakla yetkili olan kuruma tabi olarak çalışması ve beyanda bulunmakla yükümlü olması gerekmektedir.

⁹² Somut bir örnek verecek olursak: Bir askeri personel hakkında yürütülen bir disiplin soruşturması kapsamında soruşturulan personelin yine askeri bir personel olan eşinin bilgisine başvurulması durumunda, soruşturulan personelin eşi susma hakkını kullandığından bahisle ifade vermektan kaçınmaz. Aksi halde ifade vermektan kaçınan eş hakkında "kınama disiplin cezası" ile cezalandırılması gereken disiplinsizliklerden olan "Sorumluluktan kaçmak: Kanun ve nizamlar ile kendisine tevdi edilmiş görevlerin gerektirdiği sorumluluğu üstlenmekten imtina ettiğini gösterecek tavır ve davranışlarda bulunmaktır." hükmü uyarınca disiplin soruşturması başlatılabilecektir.

⁹³ AYM, E. 2010/52, K. 2011/113, 30.06.2013, (T.C. Resmî Gazete, 15 Ekim 2011 ve 28085) § 5-7.

5. Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılmaması İlkesi

Bir uyuşmazlığa taraf olan kişilerin iddia ettikleri hususları ispat etmek için sundukları bilgi, belge ve benzeri bulgulara delil denir.⁹⁴ Deliller gerçeğin aydınlatılmasına ve iddia edilen olayların sübuta erip ermediğinin tespit edilmesine aracılık ederler. Muhakemede esas hakkında göz önüne alınacak delillerin hukuka uygun olması gerekmektedir.

Kanunun emrettiği usul ve esaslara aykırı hareket etmek suretiyle veya bu aykırılıklardan yararlanılarak elde edilen deliller “hukuka aykırı delil” olarak kabul edilir.⁹⁵ Deliller elde edilme yöntemlerine göre de hukuka aykırı nitelik kazanabilirler. Delil elde etmek için kullanılan yöntemler de hukuka uygun olmalıdır. Hukuka aykırı deliller “delil yasakları” olarak da adlandırılırlar. Delil yasakları ve bu delillerin yargılamalarda kullanılmaması, hükme esas alınmaması ya da kullanılması durumunda kesin hukuka aykırılık nedeni olarak kabul edilmesinin amacı kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınmasıdır. Ceza hukuku açısından müeyyidelerin sınırladığı haklar göz önünde bulundurulduğunda, delil yasaklarının ceza hukukunda mutlak bir uygulama alanı bulması doğaldır.

Hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağı ilkesi, Anayasa'nın 38/6 maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206/2,⁹⁶ 217/2⁹⁷ ve 289/1⁹⁸ hükümlerine göre de söz konusu deliller ceza muhakemesi kapsamında kullanılmayacak ve hükme esas alınamayacaktır. Kanuna aykırı şekilde elde edilen delillerin öne sürülmesi halinde; delillerin reddedileceği, hükme esas alınmayacağı, hükme esas alınması durumunda ise bunun ilgili hüküm için kesin hukuka aykırılık sebebi oluşturacağı Kanunda düzenlenmiştir.⁹⁹

⁹⁴ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 378.

⁹⁵ Gül Fiş Üstün, “Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, s. 18.

⁹⁶ 5271 sayılı Kanun, madde 206/2: “Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse...”

⁹⁷ 5271 sayılı Kanun, madde 217/2: “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

⁹⁸ 5271 sayılı Kanun, madde 289/1: “Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır: ... i) Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.”

⁹⁹ Bkz. 5271 sayılı Kanun, madde 206/2, 217/2 ve 289/1; Fatma Ebru Gündüz, “Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, C. 1, S. 4, s. 93.

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin bir olayın tespit edilmesinde dikkate alınmaması gerektiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189/2¹⁰⁰ hükmü ile de düzenlenmiştir. Bu hüküm ve yukarıda değinilen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmayacağına ilişkin hükümleri, hukuk ve ceza davalarında mahkemeler tarafından re'sen dikkate alınmaktadır.

İdari uyuşmazlıklarda veya disiplin işlemlerinde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hükme ya da karara esas alınıp alınamayacağı ile ilgili özel bir kanuni düzenleme veya içtihat birliği bulunmamaktadır.

Konu hakkındaki içtihatlarla göz atacak olursak; Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilen bir personel tarafından disiplin soruşturmasında yasak delillerin kullanıldığı ve ceza kararına esas alındığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında geçerli bir delil olarak kabul edilemeyeceği ve kişinin temel hak ve özgürlüğünün sınırlandırılması ile hukuka aykırı delilin kullanılması arasında adil bir dengenin bulunmadığı yönünde karar vermiştir.¹⁰¹

Danıştay ise 2011 yılında verdiği bir kararda ceza soruşturması ile disiplin soruşturmasının birbirinden farklı olduğuna vurgu yaparak ceza yargılamasında kullanılmayan delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabilirliği sonucuna varmıştır.¹⁰²

¹⁰⁰ 6100 sayılı Kanun, madde 189/2: "Hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınmaz."

¹⁰¹ "...soruşturmaya konu ses kayıtlarının hukuka aykırı şekilde dinlenerek kayda alındığı ve manipülasyon yapılarak elde edildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemeyeceği hususunun gözetilmediği, disiplin cezası kapsamında sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı..." İlknur Yüksel, B. No: 2014/7738, 13.07.2016, (T.C. Resmî Gazete, 2 Kasım 2016 ve 29876) § 58.

¹⁰² "...disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrıdır. Bu nedenle, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı gibi, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle, bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir." Danıştay 12. Dairesinin 04.02.2011 tarihli ve E. 2010/64, K. 2011/474 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Başka bir davada ceza yargılaması sonucunda ses kayıtlarının hukuka uygun olarak elde edilmemesinden dolayı, kişi hakkında delil yetersizliği sebebiyle beraat hükmü verilmiştir. Beraat hükmü alan davacı bu hükmü gerekçe göstererek, almış olduğu disiplin cezasının iptal edilmesi istemiyle idare mahkemesine başvurmuştur. İdare mahkemesi ceza mahkemesi kararında davacının “ceza hukuku yönünden cezalandırılabilmesi için kasetin yeterli delil olamayacağına hüküm altına alındığı; dolayısıyla anılan Ceza Mahkemesi kararının davacının disiplin cezası ile cezalandırılması açısından bağlayıcı olmadığı” sonucuna varmıştır. Danıştay temyiz incelemesi aşamasında kararı bozarak, ilk derece mahkemesine geri göndermiştir. İlk derece mahkemesi ise kararında ısrar etmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da idare mahkemesinin ısrar kararını usul ve hukuka uygun bulmuştur.¹⁰³

Danıştay başka bir kararında ise; ceza hukukuna ait olan ilkelerin disiplin hukuku açısından da geçerli olduğundan bahisle, tesadüfen elde edilen delile dayanılarak verilen disiplin cezasını hukuka aykırı delil olarak kabul etmiş ve bu delile dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰⁴

Danıştay’ın benzer bir kararında da ceza hukukuna ait ilkelerin disiplin hukukunda da geçerli olacağından bahisle sadece ses kayıtlarından yola çıkılarak tesis edilen disiplin cezasını hukuka uygun bulan ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.¹⁰⁵

Söz konusu delillerin disiplin hukukunda kullanılıp kullanılmayacağı hem doktrinde tartışmalıdır hem de bu konuda yargı kararları arasında bir birlik mevcut değildir. Yargı kararları incelendiğinde, özellikle son yıllarda verilen

¹⁰³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 21.04.2011 tarihli ve E. 2010/1391, K. 2011/273 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹⁰⁴ “...kanun hükümleri ve yargı kararlarının değerlendirilmesinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ses kayıtlarının, bu soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan üçüncü kişiler hakkında yürütülecek disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılmayacağı ve sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.” Danıştay 16. Dairesinin 11.11.2015 tarihli ve E. 2015/3643, K. 2015/6993 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹⁰⁵ “...telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. maddesinde yer alan suçlar kapsamında bulunmayan bir fiile ilişkin olan ses kayıtlarının, tek başına delil olarak kullanılmayacağı ve hukuka uygun olarak elde edilmiş başka delil ve belgeler olmaksızın sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.” Danıştay 5. Dairesinin 25.10.2017 tarihli ve E. 2016/18730, K. 2017/21649 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

kararlarda yalnızca hukuka aykırı delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği görüşünün ön plana çıktığı görülmektedir.¹⁰⁶

Disiplin cezaları ile ulaşılmak istenen amaç ve disiplin suçu ile ihlal edilen hak arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Disiplin hukukunda disiplin-sizlik teşkil eden eylemin işlendiğine dair sair suretlerle bilgi edinen amir, disiplin soruşturması yetkileri kapsamında delilleri toplayabilir. Bu yetkilerin aşılması, hukuka aykırı yöntem ve araçların kullanılması durumunda yasak deliller söz konusu olmaktadır. Özellikle yasak delillerin kullanımı konusunda disiplin hukukunda uygulama alanı bulan yaptırımlar ile ceza hukuku müeyyideleri göz önünde bulundurulduğunda, bu ilkenin disiplin hukuku açısından daha esnek bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

Disiplin cezası işlemlerinde nihai hedef kamu yararadır. İdare adına iş ve işlem yapan kişiler de kamu yararı amacıyla faaliyetlerini sürdürürler. Yasak deliller kullanılarak tesis edilen disiplin cezaları yoluyla yaptırım uygulanan kişilerin temel haklarından bazılarının çiğnenmesi söz konusu olabilmektedir. Ancak yalnızca bu kişilerin haklarını korumak için bunlara disiplin cezası verilmemesi çok daha fazla kişinin temel hak ve özgürlüklerinden yoksun bırakılması ile sonuçlanabilir. Örnek vermek gerekirse; öğrencisine cinsel saldırıda bulunun öğretmenin yasak delillerin kullanılmaması sebebiyle adli olarak cezalandırılmaması ve aynı sebeple bu kişiye disiplin cezası da verilmemesi durumunda kişi başka öğrencilere de benzer eylemlerde bulunulabilecek¹⁰⁷ ya da kaçakçılık yapan askeri personelin yasak delillerin kullanılmaması sebebiyle disiplin cezası almaması durumunda kaçırılan silah ve mühimmatlarla birçok kişinin yaşam hakkı ihlal edilebilecektir.

Kanaatimizce disiplin hukukunda yasak deliller başlangıç şüphesi olarak ele alınmalı ve ispat gücü tek başına zayıf olduğu için bu delillerden farklı delillere ulaşılmaya çalışılmalıdır. Yasak deliller dışında başka delile ulaşılamasa dahi bu deliller özellikle milli güvenlik, genel ahlak ve genel sağlığı ilgilendiren durumlarda disiplin işlemlerinde kullanılabilir.¹⁰⁸ Verilen disiplin cezasının huku-

¹⁰⁶ Danıştay 5. Dairesinin 25.10.2017 tarihli ve E. 2016/18730, K. 2017/21649 sayılı kararı; Danıştay 16. Dairesinin 11.11.2015 tarihli ve E. 2015/3643, K. 2015/6993 sayılı kararı; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21.04.2011 tarihli ve E. 2010/1391, K. 2011/273 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

¹⁰⁷ Yasin Melikşah, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 63; Mahmut Ceylan, "İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları", *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, C. 8, S. 16, s. 337.

¹⁰⁸ Aynı yönde: Ceylan, "İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları", s. 339.

ka uygun olup olmadığı konusunda etkin bir yargı denetimi sağlanması adına, disiplin cezasının karar gerekçesinde özellikle hukuka aykırı delilin kullanılıp kullanılmadığı, kullanıldıysa hangi gerekçelerle kullanıldığı veya diğer delilleri yorumlamada kanaat oluşturduğu gibi hususlara mutlaka değinilmelidir.

6. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, Anayasa'nın 38/7 maddesinde "Ceza sorumluluğu şahsidir." şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi, yapılan eylemler karşısında sorumluluğun yalnızca eylem sahibine yüklenebileceği, kişi herhangi bir suç işlemek için veya işlenmesine teşebbüs etmedikçe kişiye ceza verilemeyeceği şeklinde tanımlamıştır.¹⁰⁹ İlke ceza hukukunda, Türk Ceza Kanunu'nun 20/1 maddesinde "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

"Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi" disiplin hukuku açısından da geçerli bir ilkedir. Kişi ancak kurallara aykırı olarak yaptığı veya yapmak zorunda olup da yapmadığı bir eylem için cezalandırılabilir. Aksi halde cezalandırılmaz. Anayasa Mahkemesi de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin sadece adli cezalar bakımından değil, idari yaptırımlar bakımından da uygulanması gereken bir ilke olduğunu belirtmektedir.¹¹⁰

Danıştaya göre "ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi" idari cezalar açısından da uygulama alanı bulan bir ilkedir. Özellikle imar cezalarına ilişkin Danıştay kararlarında şahsilik ilkesinin gözetildiği ve bu ilkenin idari cezalarda da uygulama alanı bulduğu görülmektedir.¹¹¹ Bir idari ceza olan disiplin cezalarında da bu ilkenin evleviyetle uygulanması gerekmektedir.

¹⁰⁹ "...ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesi, "cezaların, yalnız suç işleyenlerle, ortakları hakkında uygulanması", başka bir deyişle herkesin ancak kendi eyleminden sorumlu tutulacağı ve suç işlenmedikçe veya işlenmesine kalkışılmadıkça kimseye ceza sorumu yükletilemeyeceği biçiminde tanımlanabilir." AYM, E. 1979/8, K. 1979/35, 28.06.1979, (T.C. Resmî Gazete, 29 Kasım 1979 ve 16824) § 21.

¹¹⁰ "Anayasanın 'Suç ve cezalara ilişkin esaslar' kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, 'Ceza sorumluluğu şahsidir.' hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir." AYM, E. 2011/105, K. 2012/38, 15.03.2012, (T.C. Resmî Gazete, 26 Haziran 2012 ve 28335) § 13; İkinci, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", s. 37.

¹¹¹ "...ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine veya müteahhidine para cezası verileceği kurala bağlanmış olup, hukuk

7. Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanamayacağı İlkesi

Anayasa'nın 38/10 maddesi, idari müeyyidelerin kişi özgürlüğünü kısıtlayamayacağını "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir" hükmü ile düzenlemiştir. Birer idari müeyyide olan disiplin cezaları da şüphesiz ki kişi özgürlüğünü sınırlayıcı nitelikte olamaz. Disiplin hukuku ile ilgili mevzuat hükümleri de söz konusu ilkeye uygun olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu konudaki tartışılacak ya da istisnai düzenleme olarak kabul edilebilecek konular silahlı kuvvetler personeline verilen "oda hapsi" ve "hizmet yerini terk etmeme" cezalarıdır.

"Oda hapsi" cezası¹¹² 6413 sayılı Kanun ile savaş, seferberlik hali veya barış zamanında Türk karasuları dışında bulunulan süre ile sınırlandırılmıştır. Yani yalnızca savaş, seferberlik gibi olağanüstü bir durumun varlığı veya başka türlü ceza verilmesinin disiplinin sağlanmasına katkı sağlayamayacağı hallerde kişi özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Cezanın uygulanma koşullarına bakıldığında oda hapsi cezası ile şüphesiz idare tarafından kişinin hürriyetinin sınırlandırılması durumu söz konusu olmaktadır. Anayasa'nın lafzına uygun olacak şekilde oda hapsi cezasını Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından kanunla getirilen bir istisna olarak kabul edebiliriz.

sistemimizde de cezaların şahsiliği ilkesi geçerli bulunmaktadır. Dava konusu olayda davacılar, binanın ortak kullanım alanında yapılan tadilatlardan tüm kat maliklerinin sorumlu tutulamayacağını, kendilerinin bu durumdan mağdur olduklarını, binanın müteahhidinin ve arsa sahibinin haksız şekilde söz konusu alanı işgal etmeleri nedeniyle kendilerinin kusuru olmadığını belirterek, cezaların şahsiliği ilkesi gereği kusurlu kimse ona para cezasının verilmesi gerektiğini, ruhsata aykırı tadilatların kendileri tarafından belediyeye bildirildiğini ileri sürmektedirler. İdare mahkemesince, yıkıtılmasına karar verilen projeye aykırı olarak yapılan tadilatları yapan kişilerin belirlenmesi suretiyle, ayrıca cezaların şahsiliği ilkesi de göz önüne alınarak para cezasına ilişkin dava konusu işlem hakkında karar verilmesi gerekmektedir." Danıştay 6. Dairesinin 22.12.2003 tarihli ve E. 2002/3435, K. 2003/7049 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹¹² 6413 sayılı Kanun, madde 12/6: "Oda hapsi cezası; bu amaçla tahsis edilecek hapis odasında yerine getirilir. Hapis odalarının kapısında nöbetçi bulundurulur. Oda hapsi cezası alan personel, cezanın yerine getirilmesi süresince emir veremez ve genel hizmet yapamaz. Ceza; a) Seferberlik ve savaş zamanında; 1) Bu Kanunda belirlenmiş tüm disiplinsizlik hâllerinde disiplin amirleri tarafından ekli (1) sayılı çizelgeye göre verilebilir. 2) Bu Kanuna göre hizmet yerini terk etmeme cezası ile cezalandırılmayı gerektiren disiplinsizlik hâllerinde, disiplin kurulları tarafından on günden otuz güne kadar verilebilir. b) Barış zamanında; Türk karasuları dışında bulunan gemilerde görev yapan personele, sadece buralarda bulunduğu süre içinde işledikleri ve hizmet yerini terk etmeme cezası ile cezalandırılmayı gerektiren disiplinsizlikler için gemi komutanı tarafından, 14'üncü maddede belirlenmiş esaslar çerçevesinde verilebilir."

6413 sayılı Kanun kapsamında tesis edilebilen “hizmet yerini terk etmeme”¹¹³ cezası ise; personelin mesaisini yaptığı yerden ayrılmayarak mesaisine devam etmesi şeklinde yerine getirilir. Bu cezaya maruz bırakılacak kişilere cezanın infazı müddetince belirli bir alanda serbestçe hareket etme, yatma yeri tahsis edilmesi, ziyaretçi kabul edilebilmesi ve tatil günlerinde cezanın infazına ara verilmesi gibi bazı haklar verilmiştir. Cezanın infaz koşulları dikkate alındığında kişi hürriyetinin mutlak bir şekilde sınırlandırılmadığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi de “hizmet yerini terk etmeme” cezasının kişi özgürlüğünü kısıtladığı iddiasıyla açılan bir davada; Silahlı Kuvvetlerin kendine münhasır olan iç düzeninin sağlanması bakımından kişi hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte disiplin yaptırımları uygulayabileceğine ve Anayasa’nın da bu duruma izin verdiğine vurgu yapmıştır. Mahkeme “hizmet yerini terk etmeme” cezasının nasıl yerine getirildiğini değerlendirerek; personelin görev yaptığı yer içinde hareket serbestisinin olduğu ve bir yere kapatılarak özgürlüğünün kısıtlanması gibi bir durumun söz konusu olmadığı gerekçesiyle “hizmet yerini terk etmeme” disiplin cezasının özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte bir yaptırım olmadığı yönünde karar vermiştir.¹¹⁴

¹¹³ 6413 sayılı Kanun, madde 12/5: “Hizmet yerini terk etmeme cezası; personelin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayıp resmî daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesidir. Bu ceza disiplin amirleri tarafından ekli (1) sayılı çizelgeye göre; disiplin kurulları tarafından dört ila on güne kadar verilebilir. Ceza verilen personel için uygun bir yatma yeri tahsis edilir. Tatil günlerinde cezanın yerine getirilmesine ara verilir. Cezanın yerine getirilmesi sırasında, hizmete ilişkin hâller hariç, günde toplam bir saati geçmek üzere ziyaretçi kabul edilebilir.”

¹¹⁴ “Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından gerekli olması hâlinde idare tarafından kişi hürriyetini kısıtlayıcı bazı yaptırımların uygulanabilmesine izin verilmiştir. Ancak Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından kabul edilen bu istisna, sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğindeki yaptırımlar bakımından söz konusu olabilir. ... Bu çerçevede emre itaatsizlik hâlinde öngörülen hizmet yerini terk etmeme disiplin cezasının asker kişinin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayarak resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesi suretiyle yerine getirilmesi, tatil günlerinde cezanın yerine getirilmesine ara verilmesi, bu kişilerin görev yaptıkları birim içerisinde hareket serbestilerinin bulunması, bu bağlamda özgürlükleri kısıtlanacak şekilde bir yere kapatılmalarının söz konusu olmaması ve askerlik görevinin öngörülen sistemi içinde kalmaları hususları birlikte gözetildiğinde kuralda öngörülen disiplin cezasının hürriyeti bağlayıcı yaptırım olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” AYM, E. 2018/67, K. 2018/110, 06.12.2018, (T.C. Resmî Gazete, 08 Ocak 2019 ve 30649) §§ 6 ve 15.

B. Suç ve Cezalara İlişkin Anayasa'da Yer Almayan Diğer Bazı İlkelerin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi

1. İtiraz Üzerine Aleyhe Değiştirme Yasağı

"Aleyhe değiştirme yasağı" ceza hukuku açısından uygulama alanı bulan ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu¹¹⁵ ile hüküm altına alınan bir ilkedir. Bu ilke mahkemeler açısından bir yasağ, kişiler açısından bir güvence niteliğindedir.¹¹⁶ Bu ilkeye göre kanun yoluna başvuran veya lehine olarak başvuru yapan kişiye, almış olduğu cezadan daha ağır bir ceza verilemez.¹¹⁷

"Aleyhe değiştirme yasağı" disiplin hukuku ile ilgili mevzuatta da kanuni¹¹⁸ olarak düzenlenen, yargısal içtihatlarla¹¹⁹ benimsenen ve idari yargı mercileri

¹¹⁵ 5271 sayılı Kanun, madde 307/4: "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262'nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz."; 5271 sayılı Kanun, madde 265: "...Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez."

¹¹⁶ Veli Özer Özbek - İlker Tepe, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin - Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla - Genel Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, 2014, C. 16, s. 3760.

¹¹⁷ Seydi Kaymaz, "Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2, s. 1399; Ali Rıza Çınar, "Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2, s. 606.

¹¹⁸ 657 sayılı Kanun, madde 135/4: "İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirilerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler."; 2547 sayılı Kanun, madde 53/F/4: "İtiraz mercileri itirazı kabul ya da reddedebilir. İtirazın kabul edilmesi halinde ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar, ancak ilgili disiplin amiri veya disiplin kurulu tarafından kabul gerekçesine uygun olarak en geç üç ay içerisinde yeni bir işlem tesis edilebilir."

¹¹⁹ "Öncelikle; disiplin cezasını itirazın incelemeye yetkili olan ve sadece itirazın kabulü ya da reddi yönünde bir karar vermek durumunda bulunan üst disiplin amirince, itiraza konu disiplin cezasının kaldırılmasına karar verilmeksizin aynı fiillere ilişkin olarak yeni bir soruşturma sürecinin başlatılması hukuken mümkün değildir, ikinci olarak; kınama cezasına yapılan itiraz üzerine başlatılan süreçte davacının daha ağır bir disiplin cezasıyla cezalandırılması da yukarıda aktarılan hak arama hürriyetiyle bağdaşmayan bir durum olmasının yanı sıra aleyhe karar verme yasağına da aykırı bir durum olacaktır." Danıştay 12. Dairesinin 23.03.2016 tarihli ve E. 2016/704, K. 2016/1587 sayılı kararı; "İdari rejim uygulamasının geçerli olduğu idare hukuku sistemimizde, idari işlemlere karşı idari makamlara yapılan başvurular, idari yargı mercilerine yapılan başvurularla aynı sonucu alabilme kabiliyetini haiz olduklarından ve disiplin cezasının kaldırılması ya da hafifletilmesi yönünde sonuç doğurabildiklerinden dolayı ilgililerin bu başvurularına da aleyhe bir sonuçla karşılaşmama güvencesi tanınmasında, yani itiraz üzerine yetkili merciler tarafından tesis edilecek işlemlerin de aleyhe karar verme yasağına tabi olması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır." Danıştay 12. Dairesinin 23.03.2016 tarihli ve E. 2016/204, K. 2016/1587 sayılı kararı (Akt.: Fatma Ebru Gündüz, "İdari Yargılama Hukukunda Aleyhe Hüküm Verme ve Aleyhe Bozma Yasağı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 24, S. 2, s. 349).

tarafından uygulanan bir ilkedir. Bunun yanında idari itirazlarda da itiraz mercilerinin verdiği kararlar açısından aleyhe değiştirme yasağının kabul edildiği görülmektedir.¹²⁰

Disiplin yaptırımlarına maruz kalan kişi, itiraz etmesi halinde kendisine daha ağır bir ceza verilebileceği kaygısıyla itiraz etmekten vazgeçebilir.¹²¹ Bu durum hem hak arama hürriyeti hem de hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. İdari itiraz üzerine idari merciler tarafından kişinin aleyhine karar verilmesi hak arama hürriyeti ve hukuki güvenlik ilkesinin teminatıdır.

Disiplin mevzuatında da itiraz üzerine disiplin cezasının hafifletilmesi, cezanın kaldırılması veya cezanın aynen onanması yönünde karar verilebileceği belirtilmiştir.¹²² Mevzuatta itiraz üzerine cezanın ağırlaştırılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Kişinin tabi olduğu disiplin mevzuatında itiraz üzerine aleyhe olacak şekilde değişiklik yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme olmasa dahi itirazı inceleyen mercinin daha ağır bir cezaya hükmetmesi hukuka uygun olmayacaktır.

2. Aynı Fiile Birden Fazla Ceza Verilemeyeceği İlkesi (Non Bis In Idem)

Hukukun genel ilkelerinden ve aslen bir ceza hukuku ilkesi olan “non bis in idem” ilkesi iyi niyet ve hakkaniyet ilkelerinin gereği olarak şüphelinin bir suç nedeniyle yalnızca bir kez yargılanmasını ve tek suçun tek cezasının olması gerektiğini ifade eder.¹²³ Aynı kişi aynı eylemden dolayı birden çok kez yargılanamaz ve birden fazla cezaya tabi tutulamaz.

¹²⁰ Gündüz, “İdari Yargılama Hukukunda Aleyhe Hüküm Verme ve Aleyhe Bozma Yasağı”, s. 335.

¹²¹ Selman Sacit Boz, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 25, S. 2, s. 34.

¹²² 657 sayılı Kanun, madde 135/4: “İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.”; Onur Karahanoğulları, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1999, C. 8, s. 75.

¹²³ Benzer tanımlar için bkz. Ahmet Emrah Geçer, “Vergi Ceza Hukukunda Non Bis In Idem İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 65, S. 2, s. 327; Yücel Oğurlu, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis In Idem’ Kuralı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 52, S. 2, s. 103; Çolpan Mücahit Küçük, “657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2019, s. 265; Yasin Aslan, “İdari Yaptırımlar”, *TBB Dergisi*, 2009, C. 85, s. 176; Ekinci, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, s. 46; Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku El Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 181; Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, s. 42; Ali Dursun Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 109.

Bu ilke hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7. Protokol madde 4/1'de şu şekilde yer almaktadır: “Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez.” 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223'üncü maddesinin 7'nci fıkrası da bu ilkeyi “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.” şeklinde hüküm altına almıştır.¹²⁴

14. Uluslararası Viyana Ceza Kongresinde “non bis in idem” ilkesi ile ilgili olarak “Muhakemeye İlişkin Esaslar” kapsamında alınan kararlar ile aynı kişiye aynı eyleminden dolayı hem idari bir ceza hem de adli bir cezanın uygulanmasına yönelik yasal düzenleme yapılmasının gerekliliği vurgulanmıştır.¹²⁵ Bu kapsamda kabahatler kapsamında bu yönde bir düzenleme yapılsa da haklı olarak disiplin cezaları adli süreçlerden bağımsız olacak şekilde düzenlenmiştir.

“Non bis in idem” ilkesi disiplin yaptırımları açısından mutlak olarak geçerli olan bir ilke değildir. Aşağıda bu ilke; kişiye bir eylemden dolayı hem disiplin yaptırımı hem cezai müeyyide uygulanması hem disiplin yaptırımı hem başka bir idari yaptırım uygulanması ve aynı anda iki farklı disiplin yaptırımı uygulanması bağlamında ayrı ayrı incelenecektir.

a. Bir Eylemden Dolayı Hem Disiplin Yaptırımı Hem Cezai Müeyyide Uygulanması

Bir eyleminden dolayı kişi hakkında adli soruşturma yapılması aynı eyleminden dolayı ayrıca disiplin soruşturması yapılmasını ve disiplin cezası verilmesini engellemez. Disiplin soruşturması ile ceza yargılaması kural olarak birbirinden bağımsız olarak yürütülür ve her ikisi hakkında da birbirinden bağımsız olarak karar verilebilir.¹²⁶ Kişiye bir eylemden dolayı hem idari hem adli ceza verilebileceği için bu konuda “non bis in idem” ilkesi uygulama alanı bulmaz. Yani bu ilke disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişkide geçerli olan bir ilke değildir.¹²⁷

¹²⁴ Bkz. Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 43; Mustafa Özen, “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 14, s. 391.

¹²⁵ Oğurlu, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis In Idem’ Kuralı”, s. 110.

¹²⁶ Sezgin Hatipoğlu, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukuku Bakımından Bağlayıcılığı”, *Danıştay Dergisi*, 2016, C. 141, s. 87; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 296.

¹²⁷ Ekinci, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, s. 47.

Kanun koyucu ceza yargılaması karşısında “disiplin soruşturmasının bağımsızlığı” ilkesine¹²⁸ disiplin mevzuatında da yer vererek “non bis in idem” ilkesini disiplin hukukunda uygulama alanı olmayan bir ilke haline getirmiştir.¹²⁹

Anayasa Mahkemesi de aynı eylemden dolayı farklı hukuk disiplinleri kapsamında kişiye iki ayrı ceza verilebileceği yönünde karar vermiştir.¹³⁰ Danıştay kararlarında da istikrarlı bir şekilde disiplin soruşturmasının ceza kovuşturmasından bağımsız olduğu ve disiplin cezası vermeye yetkili organların yargı kararları ile bağılı olmadıkları vurgulanmıştır.¹³¹

Yargı kararları ile disiplin işlemleri kural olarak birbirinden bağımsız olarak yürütülmekle birlikte bu konuda bazı istisnalar mevcuttur. Yargı mercilerinin bir kişinin isnat edilen bir fiili işlemediğini kesin hükümle karar altına aldığı durumlarda artık idari makamlar aynı fiilin işlendiğini iddia edemeyecek, fiil işlenmiş gibi kişiye disiplin cezası veremeyeceklerdir. Aynı şekilde bir kişinin bir fiili işlediğinin kesinleşmiş bir yargı kararıyla hüküm altına alındığı hallerde idari makamlar da ilgili fiilin işlendiğini kabul edecek ve buna istinaden ilgili kişiye ayrıca bir disiplin cezası verebileceklerdir.¹³² Aksi halde fiilin işlenip işlenmediği konusunda yargı mercileri ile idare arasında farklı yönde kararlar verilecek bu da hukuk düzeni açısından istenmeyen bir durum ortaya çıkaracaktır.

¹²⁸ Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, s. 78.

¹²⁹ 2802 sayılı Kanun, madde 72/1: “Hâkim ve savcılar hakkında ceza soruşturması veya kovuşturmasına başlanmış olması, aynı olaydan dolayı disiplin soruşturmasını gerektirmeyeceği gibi, ilgilinin mahkûm olması veya olmaması ayrıca disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez.”; 1136 sayılı Kanun, madde 140/1: “Avukat hakkında başlamış olan ceza kovuşturması, disiplin işlem ve kararlarının uygulanmasına engel olmaz.”; 5174 sayılı Kanun, madde 91/1: “Disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş bir üye hakkında, aynı eylemden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış olması, disiplin soruşturması açılmasını ve disiplin cezası verilmesini engellemez.”

¹³⁰ “Hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan ‘aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)’ ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin aynı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve ‘aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz’ ilkesine aykırılık teşkil etmez.” AYM, E. 2014/124, K. 2015/24, 05.03.2015, (T.C. Resmî Gazete, 12 Haziran 2015 ve 29384) § 9.

¹³¹ Danıştay 1. Dairesinin 13.03.1980 tarihli ve E. 1980/1124, K. 1978/10229 sayılı kararı; Danıştay 1. Dairesinin 30.03.1979 tarihli ve E. 1979/253, K. 1979/187 sayılı kararı (Akt.: Oğurlu, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis In Idem’ Kuralı”, s. 107).

¹³² Oğurlu, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis In Idem’ Kuralı”, s. 114 ve 122.

b. Bir Eylemden Dolayı Hem Disiplin Cezası Hem de Farklı Bir İdari Yaptırım Uygulanması

İdari yaptırım, idarenin kendi faaliyet alanını ilgilendiren hukuk kurallarına veya kendisi tarafından yapılan düzenlemelere ve alınan kararlara aykırı hareket edenleri herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duymadan ilgili kural, düzenleme veya kararlara uymaya zorlaması ya da aykırı davranışlarda bulunan personeline karşı bazı hukuki tepkilerde bulunmasıdır.¹³³ Disiplin cezaları da bir tür idari yaptırımdır. Kişinin tabi olduğu disiplin mevzuatına göre disiplin suçu olarak belirlenen bir eylem aynı zamanda başka bir idari yaptırıma konu olabilir. Böyle bir durumla en çok karşılaşacağımız idari yaptırım türü kabahatlerdir. Toplum düzeni, genel sağlığı, genel ahlakı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile bazı eylemler kabahat olarak belirlenmiş ve bunların işlenmesi halinde idari ceza verilmesi öngörülmüştür. Bu cezaların topluma karşı yapılan eylemleri önleme ve cezalandırma fonksiyonları vardır. Disiplin cezasında korunan hukuki değer kişinin içinde bulunduğu kurumun ve kişilerin haklarının korunması iken kabahatlerde tüm toplumun korunması esas alınmaktadır. Bu sebeple her iki idari yaptırım süreci birbirinden ayrı yürütülür.

Ceza hukukunda bir eyleme yalnızca bir ceza verilebilirken, idare hukukunda farklı kanunlar kapsamında aynı eyleme birden fazla yaptırım uygulanabilmektedir. Örneğin, kapalı alanda sigara içen bir kişiye hem Kabahatler Kanunu'na göre idari para cezası hem de kurum içi düzenin sağlanması amacıyla disiplin cezası verilebilecektir. Disiplin mevzuatında da bu durum hüküm altına alınarak kanuni bir dayanağa oturtulmuştur.¹³⁴ Sonuç olarak aynı eylemden dolayı bir kişiye hem disiplin cezası hem de başka bir kanun kapsamında farklı bir idari ceza uygulanabilir. Bu gibi durumlarda da "non bis in idem" ilkesi uygulama alanı bulmaz.

c. Bir Eylemden Dolayı İki Farklı Disiplin Yaptırımı Uygulanması

"Non bis in idem" ilkesi tek bir fiilden dolayı aynı kanun kapsamında farklı ve birden fazla disiplin cezası verilmesi durumunda varlığını göstermektedir. Bu durumda disiplin hukuku açısından mükerrer ceza verme yasağı ortaya çıkmak-

¹³³ Zor, "Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri", s. 336; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II)*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s. 106.

¹³⁴ 5174 sayılı Kanun, madde 93/son: "Para cezası verilmesi ayrıca disiplin cezası verilmesini engellemez."; 6413 sayılı Kanun, madde 4/4: "Bir fiilin diğer kanunlar kapsamında idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiile bu Kanun kapsamında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez."; 7068 sayılı Kanun, madde 4/4: "Bir fiilin diğer kanunlar kapsamında idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiile bu Kanun kapsamında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez."

tadır. Aynı fiilden dolayı aynı kanun hükümlerine göre birden fazla disiplin yaptırımını uygulanamaz.¹³⁵ Burada aynı kanun kapsamında olması hususuna dikkat etmek gerekir. Örneğin, bir eylemden dolayı disiplin soruşturması yapılarak disiplinsizlik işlemediğine karar verilen bir kişi hakkında aynı eylem dolayısıyla aynı kanun kapsamında disiplin soruşturması yapılamayacaktır. Veyahut disiplin cezası verilen kişiye aynı eylemi sebebiyle başka bir disiplin cezası verilemeyecektir.

Bazı durumlarda bir eylemin birden fazla disiplinsizlik oluşturması hali söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, disiplin mevzuatında¹³⁶ da belirtildiği üzere, fikri içtima kurallarına göre ağır olan disiplin yaptırımını uygulanır.¹³⁷ “Non bis in idem” ilkesi bu durumda da uygulama alanı bulmakta ve bir eylem için ağır olan tek cezanın uygulanması söz konusu olmaktadır.

Kişinin birden fazla statüye sahip olduğu hallerde ise kurum içi düzenin sağlanması amacıyla kişinin sahip olduğu her bir statü için farklı bir disiplin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Bu durumda aynı fiil için birden fazla disiplin cezası verilmesi mümkün olabilmektedir. Somut bir örnek vermek gerekirse, bir kişi hem üniversite öğrencisi hem de polis memuru olabilir. Bu kişinin üniversite sınırları içerisinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması veyahut bulundurması eylemi “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği”nin 8’inci maddesi ile disiplin suçu olarak belirlenmiştir. Aynı zamanda bu eylem “Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü” ile meslekten çıkarma cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak belirlenmiştir. Üniversite sınırları dahilinde her iki mevzuatta da disiplin suçu olarak tanımlanmış olan eylemin icrası neticesinde, kişi her iki statüsüne bağlı olarak ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Eylemin

¹³⁵ Oğuz Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 58.

¹³⁶ 7068 sayılı Kanun, madde 4/3: “Bir fiilin birden fazla disiplinsizlik teşkil etmesi halinde ağır olan disiplin cezası verilir.”; 6413 sayılı Kanun, 4/3: “Bir fiilin birden fazla disiplinsizlik teşkil etmesi hâlinde ağır olan disiplin cezası verilir.”; Futbol Disiplin Talimatı, madde 10/2: “Bununla birlikte, fiillerin bir bütünlük arz etmesi halinde en ağır cezayı gerektiren ihlal için öngörülen cezaya hükmedilir ve öngörülen ceza yarısına kadar artırılabilir.”

¹³⁷ Boz, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, s. 31; Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, s. 72; “Gerek uygulamada, gerekse öğretilerde, işlediği bir eylem ile yasanın çeşitli kurallarını çiğneyen kimseye o kuralardan en ağır cezayı kapsayan cezanın verilmesi kabul edilmektedir. Bu durumda, davacıya birden fazla disiplin kuralını ihlal eden eylemi nedeniyle hem kısa süreli durdurma, hem de uzun süreli durdurma cezası verilmesine ilişkin işlemin kısa süreli durdurma cezasına yönelik kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır.” Danıştay 10. Dairesinin 18.02.1985 tarihli ve E. 1984/399, K. 1985/244 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

üniversite sınırları dışında gerçekleşmesi halinde ise kişi yalnızca Emniyet Disiplin Tüzüğü kapsamında cezalandırılabilir. Bu gibi durumlarda kişi sahip olduğu her bir statü için farklı disiplin mevzuatına tabi olacak, yaptığı bir eyleme karşılık olarak farklı şekillerde sorumlu tutulacak ve farklı cezalar alabilecektir. Sahip olduğu statülerden birinden ceza almış olması onun diğer kanun hükümlerine göre ceza almayacağı sonucunu doğurmaz.¹³⁸ Dolayısıyla bir eylemden dolayı birden fazla ceza verilemeyeceği ilkesi birden fazla statüsü olan, yani birden fazla kurum veya kuruluş ile ilişkisi olan kişiler¹³⁹ hakkında uygulama alanı bulmaz. Aynı statü içinde bu kişilere birden fazla ceza verilemese de kişiye sahip olduğu statüler bağlamında bu statüler sayısınca disiplin cezası verilebilir.

SONUÇ

Disiplin hukuku kapsamında kişilere uygulanan yaptırımlar kural olarak ceza hukukuna tabi olan yaptırımlar kadar ağır sonuçlar doğurmasa bile bazı disiplin cezaları (meslekten ihraç cezaları gibi) adli cezalardan daha ağır maddi ve manevi sonuçlar doğurabilmektedir. Kimi zaman da kişiler sırf disiplin cezası almış olmaları nedeniyle meslek hayatlarında bazı hak veya imkânlardan mahrum kalabilmektedirler.

Ceza hukuku kapsamında Anayasa ve ilgili mevzuatta suç ile cezalara ilişkin esaslar ve ilkeler genel olarak şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmiş ve cezai müeyyide ile karşı karşıya kalacak kişilere belirli oranda güvence sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak kişilerin temel haklarına belirli oranda müdahale etme imkân ve kabiliyeti olan disiplin cezaları hakkında uygulanacak esas ve ilkelere bütünüyle ve yeknesaklıkla yer veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus her kurum, kuruluş veya grup için çıkarılan disiplin mevzuatına bırakılmıştır. Mevcut mevzuat hükümleri incelendiğinde, son yıllarda çıkarılan mevzuat hükümleri daha kapsamlı olmakla birlikte, disiplin hukukuna hâkim olan

¹³⁸ Muratoğlu, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, s. 115; Aslan, “İdari Yaptırımlar”, s. 177. 6413 ve 7068 sayılı Kanunlar, madde 4/2: “Aynı fiil nedeniyle bu Kanunda yazılı disiplin cezalarından birden fazlası verilemez.” Bu hükümlerde de belirtildiği üzere kişi tek eylemi nedeniyle aynı kanun kapsamında tek bir disiplin cezası ile cezalandırılabilir. Ancak kişinin birden fazla statüsü olması durumunda tabi olduğu birden fazla disiplin mevzuatı olacak ve her birine karşı ayrı ayrı sorumlu olacaktır.

¹³⁹ İfadeyi birkaç örnek ile somutlaştıracak olursak; polis memurunun aynı zamanda üniversitede öğrenci olması, avukatın aynı zamanda futbol hakemi olması, devlet memurunun aynı zamanda amatör lisanslı olarak basketbol oynaması, kamu çalışanı olan doktorun aynı zamanda meslek odasına kayıt yaptırarak oda faaliyetlerine katılması vb.

ilkelerin neler olduğu ve nasıl uygulanmaları gerektiği hususlarında yeterli düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu sebeple disiplin cezalarına maruz kalacak kişilerin haklarını idarenin menfaatleri ile eşit olarak gören, tüm grupları disiplin yaptırımları karşısında aynı düzeyde koruyan esas ve ilkelerin belirlendiği ve disiplin hukuku ile ilgili işlemlerin genel çerçevesinin çizildiği bir mevzuata veya Anayasa'da düzenlenen suç ve cezalara ilişkin ilkelerin idari yaptırımlar ve disiplin cezaları göz önünde bulundurularak aynı esaslara göre yeniden düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Birer idari işlem olan disiplin cezaları, idari işlemlerin hukuka uygunluk karesinde yaralanması sayesinde hukuka aykırı olarak tesis edilseler dahi itiraz üzerine yetkili bir merci tarafından veya mahkeme tarafından iptal edilmediği sürece hukuka uygun ve geçerli bir işlem olarak kabul edilmektedir. Veyahut kamu yararının sağlanması maksadıyla mutlak suretle cezalandırılması gereken disiplinsizlikler, disiplin işlemini uygulamaya yetkili kişiler tarafından cezasız bırakılabilmekte ya da yanlış hukuki uygulamalar neticesinde hukuka uygun olarak verilen disiplin cezaları iptal edilebilmektedir. Bu durumlar ya disiplin cezası tesis edilen kişi üzerinde bir haksızlık oluşturmakta ya da hukuken ve haklı olarak cezalandırılması gereken eylem cezasız bırakılmak suretiyle kamu yararının sağlanmasını engellemektedir. Bu sebeple disiplin cezası vermekle yetkili olan ve bu yaptırımlara maruz kalabilecek kişilere aday memurluk veya mesleki eğitim süresinde disiplin hukukuna hâkim olan usule ve esasa yönelik ilkelerin ön plana çıkarıldığı eğitimler verilmesinin ve bu kişilerin muayyen zamanlarda disiplin işlemlerine yönelik meslek içi eğitime tabi tutulmasının gerekli olduğu değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, “Ceza Hukukuyla Bağlantılı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: 2015, ss. 319-328.
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2019.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2002, ss. 239-262.
- ASLAN, Yasin, “İdari Yaptırımlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 85, Yıl: 2009, ss. 173-188.
- ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- BOZ, Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, ss. 15-41.
- CEYLAN, Mahmut, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 16, Yıl: 2018, ss. 325-341.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2017.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2017.
- ÇINAR, Ali Rıza, “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, ss. 603-666.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2016.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, “Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, S. 29, ss. 7-37.
- DEĞİRMENCİ Olgun, TANRIVERDİ Battalgazi, *TSK Disiplin Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- DURMUŞ, Alper, *Memur Disiplin Hukuku*, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2014.
- EKİNCİ, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 2017, ss. 19-51.
- FEYZİOĞLU, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 48, Yıl: 1999, ss. 135-163.
- FİŞ ÜSTÜN, Gül, “Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 24, Yıl: 2018, ss. 17-35.

- GEÇER, Ahmet Emrah, "Vergi Ceza Hukukunda Non Bis In Idem İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 2, Yıl: 2016, ss. 315-348.
- GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, 19. Baskı, Bursa, 2017.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku (Cilt: I)*, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku (Cilt: II)*, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, Turhan Yayınevi, 13. Baskı, Ankara, 2019.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 11. Baskı, Ankara, 2017.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru, "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 4, Yıl: 2019, ss. 89-114.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru, "İdari Yargılama Hukukunda Aleyhe Hüküm Verme ve Aleyhe Bozma Yasağı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 2, Yıl: 2020, ss. 333-360.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, Ankara, 2017.
- HATİPOĞLU, Sezgin, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukuku Bakımından Bağlayıcılığı", *Danıştay Dergisi*, Cilt: 141, Yıl: 2016, ss. 87-96.
- İŞIKLAR, Celal, *Kamu Disiplin Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, 1. Basım, Ankara, 2019.
- İNCİ, Zekiye Özen, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, ss. 119 - 168.
- KAĞITÇIOĞLU, Mutlu, "Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 134, Yıl: 2018, ss. 115-152.
- KALABALIK Halil, *İdare Hukuku Dersleri (Cilt: II)*, Seçkin Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2019.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt: 8, Yıl: 1999, ss. 55-77.
- KAYA, Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2005, ss. 61-87.
- KAYMAZ, Seydi, "Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değişirme Yasağı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, ss. 1397-1452.

- KÖSE, Muharrem, **“Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması”** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2009.
- KÜÇÜK, Çolpan Mücahit, **“657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- MELİKŞAH, Yasin, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2015.
- MURATOĞLU, Tahir, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 19, Yıl: 2014, ss. 77-147.
- OĞURLU, Yücel, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis In Idem’ Kuralı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 2, Yıl: 2003, ss. 101-124.
- OĞURLU, Yücel, **“İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma”**, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt: II)**, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul, 1966.
- ÖZAY, İlhan, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1985.
- ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2014.
- ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2014.
- ÖZBEK Veli Özer, TEPE İlker, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin -Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla- Genel Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, Cilt: 16, Yıl: 2014, ss. 3759-3797.
- ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda, “Vergi Suçlarında Masumiyet Karinesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl: 2014, ss. 195-208.
- ÖZEN, Mustafa, “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Yıl: 2010, ss. 389-417.
- SANCAKDAR Oğuz, ALTINOK ÇALIŞKAN Elif, DURSUN Gizem, SEYHAN Serkan, YAĞCI Pınar, **Disiplin Hukuku**, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2019.
- SANCAKDAR Oğuz, ÖNÜT Lale Burcu, US DOĞAN Eser, KASAPOĞLU TURHAN Mine, SEYHAN Serkan, **İdare Hukuku El Kitabı**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2019.

- TAŞKIN, Ahmet, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>.
- Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kiyas>.
- ULUSOY, Ali Dursun, **İdari Yaptırımlar**, On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2013.
- US DOĞAN Eser, YÜCEL DERİCİLER Özge, “Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, C. 5, S. 1, ss. 1087-1122.
- ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 16. Baskı, Ankara, 2019.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 58, Yıl: 2005, ss. 41-72.
- YILDIRIM Turan, ŞAHİN Melikşah, KAMAN Nur, ÜSTÜN Gül, ÖZDEMİR Eyüp, OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku**, On iki levha Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul, 2018.
- YILMAZ, Halil, “Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 58, Yıl: 2011, ss. 64-67.
- YILDIRIM Tolga, “Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2019, C. 77, S. 1, ss. 47-88.
- ZOR, Burç Volkan, “Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 155, Yıl: 2021, ss. 331-377.

JANDARMA TEŞKİLATI ÖZELİNDE CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLERİ İLE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU KURALLARININ KOLLUK DİSİPLİN HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ^(*)

Yusuf KARADENİZ^(**)

Öz

Disiplin suçları, karşılığında öngörülen yaptırımların ‘cebiri’ içermesi bakımından adli suç ve cezalara yakınlaşmaktadır. Nitekim çalışmamızı üzerine kurduğumuz temel felsefe de işte tam bu noktada adli suç ve cezalara uygulanan ceza hukukunun genel ve usul ilkelerinin disiplin hukukunda geçerli olması gerektiği düşüncesine ilişkindir. Bu düşünceyle çalışmamızda yargısal içtihatlar ile öğretilerdeki farklı görüşler kapsamında öncelikle kolluk, disiplin, disiplinin amacı, işlevi, türleri, adli suç ve idari suç arasındaki benzerlik ve farklılıklar incelenecek, jandarma personelinin geçmişten günümüze tabi olduğu disiplin hükümlerinden genel boyutta bahsedilecek, son olarak da ceza hukuku genel hükümlerinin disiplin hukuk bakımından ne boyutta uygulanabilir olduğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Kolluk, Disiplin, Cebir, Suç, Ceza.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.01.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 17.03.2022.

Atıf Şekli: Yusuf Karadeniz, “Jandarma Teşkilatı Özelinde Ceza Hukuku Genel Hükümleri ile Ceza Muhakemesi Hukuku Kurallarının Kolluk Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 251-298.

^(**) Jandarma Yüzbaşı, Disiplin ve Hukuk İşleri Şube Müdürü, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Ankara, Türkiye.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, Ankara, Türkiye.

E-posta: yusuf.karadeniz@hbv.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-7709-0580>.

APPLICABILITY OF GENERAL PROVISIONS OF CRIMINAL LAW AND RULES OF CRIMINAL PROCEDURE IN THE LAW OF DEFENSE DISCIPLINE SPECIFIC TO THE GANDARMA ORGANIZATION

Abstract

Disciplinary offenses converge to criminal offenses and penalties in terms of including 'force' of the sanctions envisaged. As a matter of fact, the basic philosophy on which we have built our study is about the idea that the general and procedural principles of criminal law applied to criminal offenses and punishments should be valid in disciplinary law. With this in mind, in our study, within the scope of judicial jurisprudence and different views in the doctrine, first of all, the similarities and differences between law enforcement, discipline, the purpose, function, types, judicial crime and administrative crime will be examined, and the disciplinary provisions that the gendarmerie personnel are subject to from past to present will be mentioned in general terms, finally, it will be evaluated to what extent the general provisions of criminal law are applicable in terms of disciplinary law.

Keywords

Law Enforcement, Discipline, Force, Crime, Punishment.

GİRİŞ

Jandarma Genel Komutanlığı; kuruluşu olan 14 Haziran 1845 tarihinden bu yana genel asayiş ve emniyet görevinin yanı sıra Türk Silahlı Kuvvetleri'nin ayrılmaz bir parçası olarak askeri görevlerini yerine getirmekteydi. Silahlı Kuvvetlere olan organik bağından dolayı sahip olduğu 'asker' sıfatı gereği de ordu mensubu personel hakkında uygulanan disiplin mevzuatına tabi kılınmıştı.

15 Temmuz darbe girişimi sonrası ülkemizin içine girdiği olağanüstü sürecin belki de en büyük etkisi, Jandarma Teşkilatı üzerinde gerçekleşmiştir. Nitekim daha sürecin başında çıkartılan 27 Temmuz 2016 tarihli ve 668 Sayılı ikinci OHAL KHK'sı ile Türk Silahlı Kuvvetleri'nin görünen yüzü olarak ülke yüzölçümünün yaklaşık %93'ünde görevli olan bu teşkilat, "asker" sıfatından arındırılarak doğrudan İçişleri Bakanlığı'na bağlı genel kolluk kuvveti haline getirilmiştir. Bu gelişmeye paralel olarak Jandarma personeli de yine aynı KHK ile disiplin işlemleri bakımından Emniyet Teşkilatı personeli hakkında uygulanan mevzuat hükümlerine tabi kılınmıştır.

Bu tarihte Emniyet personeli hakkında Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü¹ hükümlerinin uygulanıyor olması sebebiyle Jandarma personelinin disiplin işlemleri de bu Tüzük kapsamında yerine getirilmeye başlandı. Ancak disiplin cezası vermeye yetkili disiplin kurulları ile disiplin amirlerinin JGK bakımından karşılığının uyum yasaları ile belirlenmemesinden ötürü Tüzük hükümlerinin etkin bir uygulamasının kabil olmadığını söyleyebiliriz.

Bu pürüzlü dönemde yaşanan aksaklıkların giderilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin hukuki boşluk olmaması gerekçesi ile yürürlüğe girişini ertelediği iptal kararının da süresinin dolmaya yaklaşması sebebiyle 23 Ocak 2017 tarihinde tüm genel kolluk görevlilerinin disiplin işlemlerinin düzenlediği 682 Sayılı OHAL KHK'sı yürürlüğe girdi. Anayasa Mahkemesi'nin disiplin işlemlerinin kanun ile düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşüne tezatlık oluşturmasına rağmen 682 Sayılı OHAL KHK'sı, 8 Mart 2018 tarihinde çıkartılan 7068 Sayılı Kanun ile aynen kabul edilerek yasalara kadar bu şekliyle uygulama alanı bulmuştur.

¹ Yasal dayanağını oluşturan 3201 Sayılı Kanun'un 83'üncü maddesinin birinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi'nin 2016 yılında verdiği iptal kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır. Karara ilişkin çalışmamızın devamında ayrıntılı bilgilendirmede bulunulacaktır.

Türk hukuk sistemimizde; tüm idari işlemler için geçerli usul ilkelerinin düzenlendiği genel kanun niteliğinde bir mevzuat bulunmamaktadır. Genel olarak yargısal içtihatlar yolu ile ortaya çıkan bu kurallar, mevcut ihtiyacı karşılamaya yönelik farklı kanunlarda kısmen hüküm altına alınarak pozitif hukukumuzda kazandırılmıştır.

Bir idari işlem çeşidi olarak kabul edilen disiplin suç ve cezaları içerdikleri ‘cebir’ unsuru sebebiyle idare hukukunun ceza hukukuna en çok yaklaştığı alanı oluşturmaktadır. Bu yakınlığın doğurduğu ve çalışmamızın temel felsefesini oluşturan - ceza hukukunda geçerli genel ve usul hükümlerinin disiplin hukuku alanında uygulanabilirliği - düşüncesi bağlamında 7068 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun hükümleri, doktrindeki görüşler ve yargısal içtihatlarla birlikte Jandarma teşkilatı özelinde incelenecektir.

I. GENEL KAVRAMLAR

Çalışmamızın ilk bölümünde; diğer bölümlerde olası anlam karmaşasını önlemek amacıyla “kolluk, disiplin, disiplin suç ve cezası” kavramları üzerinde durulacak, yargısal içtihatlar ve doktrindeki görüşlerden yararlanmak suretiyle tüm çalışmamızı kapsayacak nitelikte belirli tanımlar oluşturulacaktır. Umuyoruz ki geniş veya dar yoruma, organik veya fonksiyonel anlamına göre birçok farklı şekilde ifade edilebilecek bu kavramlar üzerinde en azından çalışmamız kapsamında kastettiğimiz anlam noktasında hemfikir oluruz.

A. Kolluk

İdare; önemli yükümlülüklerinden biri olarak toplumda dirlik ve esenliği tesis ederken ve yine genel sağlığı korurken bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlamakta, dolayısıyla bireylerle karşı karşıya gelmektedir². Kamu düzenini sağlamak amacıyla devletin bu kısıtlamalarda tabiri caizse kılı kırk yarması, temel hak ve özgürlükleri kısıtlarken bile bu tarzı aracılığıyla özgürlüklerin genişlemesine hizmet etmiş sayılması gerekmektedir. Bu hal tarzını, “İnsanı (özgür) yaşat ki Devlet (düzen) yaşasın” özdeyişinin bir yansıması olarak da özetleyebiliriz³.

² Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 11.

³ Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku - Genel Esasları* -, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 269.

Nihayetinde genel bir tanım yapılacak olursa kolluk; devletin yükümlülüğü gereği kamu düzenini ve sürekliliğini sağlamak maksadıyla bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin genişlemesini sağlayacak şekilde bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarının düzenlenmesi, gözetilip izlenmesi, aykırı eylem ve durumların gerektiğinde kuvvet de kullanılarak önlenmesi, engellenmesi ve kaldırılması eylemleri ile bu tür etkinlikleri yürüten kamu görevlileri⁴ olarak ifade edilebilir.

1. Adli Kolluk - İdari Kolluk Ayırımı

Kolluk, yürütülen faaliyette güdülen saik temelinde kamu düzenini bozan fiillere engel olma amaçlı idari kolluk ile suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla başlatılarak suçların faillerinin tespit ve yakalanmaları sonrası yasal mevzuatla önceden belirlenen makamlara teslim etme amaçlı adli kolluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵. Diğer bir ifadeyle; idari kolluk kamu düzeninin bozulmasını önlemeyi, adli kolluk ise kamu düzenini bozan fiilleri bastırmayı, bunları cezalandırmayı amaçlamaktadır. Bu sebeple idari kolluğun *önleyici*, adli kolluğun *bastırıcı* nitelikte olduğunu söyleyebiliriz⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ayırımın kolluk faaliyetleri esasında yapılmış olmasıdır. Çünkü ne kolluk teşkilatı, idari kolluk teşkilatı - adli kolluk teşkilatı diye ayrılmakta ne de kolluk personeli arasında benzer bir farklılık bulunmaktadır.

2. Genel İdari Kolluk - Özel İdari Kolluk Ayırımı

Genel idari kolluk; devlet yapılanması içerisinde merkez örgütünün - İçişleri Bakanı, vali ve kaymakam - emrinde görev yaparak kamu güvenliği ve kamu huzurunu sağlamak ile genel sağlığı korumak amacıyla, belirli bir toprak parçası üzerinde bulunan her birey, her grup ve her çeşit faaliyet hakkında yetkili olan kolluktur⁷. İlgili özel Kanun'larına göre genel idare kolluk personeli; polis, jandarma, Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli ile çarşı ve mahalle bekçilerinden oluşmaktadır. Birazdan inceleyeceğimiz özel idari kolluk kavramıyla karıştırmamak adına genel idari kolluğun içinde görevli çevik kuvvet, vergi, uyuşturucu, eser kaçakçılığı gibi birimlerin; özel idari kolluk değil, genel idari kolluğun içinde belli konularda uzmanlık gerektiren birimler olduklarını ifade edebiliriz.

⁴ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 303.

⁵ İsmet Giritli - Pertev Bilgen - Tayfun Akgüner - Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 1148.

⁶ Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2018, s. 580.

⁷ Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 585.

Özel idari kolluk ise münhasıran korunmaya ihtiyaç duyulan alanlarda genel idari kolluğun her durumda yeterli olamaması ve daha sert müeyyide tatbikine imkân vermesi sebeplerine bağlı olarak özel bir kanunla kurulan ve genel kolluk görevi dışında “muayyen vazifeleri” olan, diğer bir ifadeyle belirli tür faaliyetler konusunda görevli olan kolluk görevlileridir⁸. Örneğin orman kolluğu, gümrük kolluğu, tekel kolluğu, hayvan kolluğu, tarım kolluğu, av kolluğu, turizm kolluğu, maliye kolluğu, çevre kolluğu, karayolları trafik kolluğu, demiryolları kolluğu, deniz yolları kolluğu, hava yolları kolluğu, hudut ve sahil kolluğu bu yapıdadır.

Son olarak belirtmek gerekirse bu iki kolluk teşkilatı, birbirlerinin faaliyet alanlarını engellemekten ziyade tamamlamak üzerine kurulmuşlardır. Ancak özel idari kolluğun ihtisas esasına dayanan niteliği kapsamında önceliğe sahip olduğunun da kabulü gerekmektedir. Genel idari kolluğun müdahalesine; ancak zaman ve yer bakımından şartlar zorunlu kılıyorsa başvurulmalıdır. Zira durumu daha da zorlaştırabilmesi ihtimal dâhilindedir. Örneğin itfaiye ya da hava güvenliği konusunda genel idari kolluğun yetki kullanması, yardımcı olmak bir yana istenmeyen daha ağır sonuçlara sebep olabilir⁹.

B. Disiplin

Hayatının her alanında yer alması ve kullanıldığı yere göre değişik unsurlara sahip olması sebebiyle “disiplin”in genel bir tanımını yapmak her ne kadar güç olsa da en genel anlamda düzgün, düzenli, huzurlu, dikkatli, sürekli ve verimli olarak çalışacak yönetimlerin devamlılığını sağlamak için uyulması gereken kurallar bütünü şeklinde ifade edilebilir¹⁰.

Latince “disciple” kökünden türeyerek Fransızca’da “discipline” şeklini alması sonrası dilimizde de “disiplin” sözcüğü ile karşılığını bulan kavramın çalışma konumuzla ilgili anlamı¹¹, ‘bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı veya yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzence, düzen bağı, zapturapt’¹² olarak ifade edilebilir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan Jandarma personeli ile ilgili pozitif hukumumuzda yer alan “disiplin” tanımlarını inceleyecek olursak, 211 Sayılı Türk

⁸ Gözler - Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 585 - 587.

⁹ Yaşar, *İdare Hukuku - Genel Esasları* -, s. 295.

¹⁰ Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, C. 1, s. 664.

¹¹ Pars Tuğlacı, *İktisadi ve Hukuki Terimler Sözlüğü*, Pars Yayınları, İstanbul, 1966, s. 161.

¹² Türk Dil Kurumu, “disiplin”, <https://sozluk.gov.tr/> (12.05.2021).

Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun "disiplin" başlıklı 13'üncü maddesinde¹³, 'Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir. Askerliğin temeli disiplindir'¹⁴ şeklinde ifade edilmiştir. Tanımlamanın ikiye ayrılması suretiyle bir incelemede bulunursak; ilk unsur olarak "mutlak itaat" ile genel olarak toplumda askerin her şeye itaat etmesi şeklindeki yanlış iddia değil, mevzuat kaynaklı görevler ile sıralı amirlerinden alınan göreve yönelik suç teşkil etmeyen - hukuka aykırı olabilir - emirlerin düşünmeden ifası anlaşılmaktadır. Diğer unsur olan "astın ve üstün hukukuna riayet" ile de hakların karşılıklı olduğu, astın üstüne karşı mevzuattan kaynaklanan sorumlulukları olduğu kadar üstünde astına karşı uymak zorunda olduğu kuralların bulunduğu anlatılmak istenmektedir¹⁵. 7068 Sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesinde ise 'Bu Kanuna göre disiplin cezası ile cezalandırılan fiilleri' şeklinde disiplinin değil, disiplinsizlik halinin tanımı yapılmıştır.

1. Disiplinin Amacı ve İşlevi

Tüm uygulama alanları bakımından ilgili organizasyonda düzeni, ilerlemeyi, motivasyonu ve başarıyı sağlama amacıyla disiplinin asıl işlevi; bireylerin dâhil oldukları çalışma ortamında belirlenen düzene uygun davranılmasını sağlamak, aksi yönde hareket eden bireylerin ise yine benzer davranışlarda bulunmalarına engel olmaktır¹⁶. Bu ifadeden yola çıkarak disiplinin işlevinin, öncelikle organizasyonun iç kontrolünü sağlamayı, sonrasında bireyler arasındaki hareketlerin düzenlenmesini ve nihayetinde de önceden yasaklanan davranışların cezalandırılmasını amaçladığı sonucuna ulaşabiliriz¹⁷.

İdare hukukunun 'kamu yararı' genel amacı kapsamında kamu hizmetinin en etkin ve verimli hale getirilebilmesi için idarenin ajanı konumundaki memurun, görevi gereği yükümlülüklerini yerine getirirken toplumun genel menfaatinin düşünmesi ve kurumuyla uyum içinde çalışması gerekmektedir¹⁸. Bu çerçe-

¹³ RG, T. 09.01.1961, S. 10702.

¹⁴ Her ne kadar 02.01.2017 tarihli 671 Sayılı OHAL KHK'sının 1'inci maddesi (01.02.2018 tarih ve 7073 Sayılı Kanun m. 1 ile aynen kabul edilerek kanun haline getirildi) ile Jandarma personeli, 211 Sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılmış olsa da yürütülen askeri ve kolluk hizmetleri açısından bir değişiklik olmaması sebebiyle geçerliliğinin aynen devam ettiği düşüncesindeyiz.

¹⁵ Olgun Değirmenci, *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 63 - 64.

¹⁶ Ufuk Taşçı, "Polisin Disiplin Politikasının Disiplin Suçları ve Cezaları Yönünden Analizi", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2015, 17/1, s. 219.

¹⁷ A. Alper Durmuş, *Memur Disiplin Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 12.

¹⁸ Nur Kaman Karan, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 194.

vede cezai işlemin uygulanacak olan memurdan öç almak, hesap sormak, had-dini bildirmek, hakaret etmek veya gururunu kırmak amacıyla değil, kuralları ihlal eden davranışlarını düzeltmesi ve gelecekte kendisi ve diğer memurlar tarafından tekrarının önlenmesi amacıyla uygulanması gerekmektedir¹⁹. Yani esas amaç, ceza vermekten ziyade düzeni oluşturmak ve sürekli hale getirmektir. Bu yaklaşım, disiplinin gelişen dünyada cezalandırıcı yöntemlerden çok, bireyin kişiliğini geliştiren bir anlama evrilmesiyle de uyumludur²⁰.

Belirttiğimiz amaçlar kapsamında disiplinin işlevinden bahsedecek olursak, idareyi oluşturan birimlerin sürekli olarak kamusal gaye ve hizmetin gerekliliklerine uygun bir şekilde çalışmasına katkı sağlamak olduğunu söyleyebiliriz.

2. Disiplin Türleri

Disiplin ile ulaşılmak istenen amacın belirlenmesine göre disiplin türleri; genel olarak yasaklama eğiliminde olan, yaptırımların şiddetli ve sert olduğu, korku düzeninin hâkim olduğu bastırıcı nitelikte “otokratik disiplin” ve disiplinsizliklerin nedenlerinin personel tarafından bilinmesi sonucunda emirlere kendiliğinden riayet edilmeye başlanacağını kabul eden, disiplin ceza kararlarının gerekçeli olması ve bu cezaların kurullar tarafından verilmesine ağırlık verilmesine önem veren yapıcı nitelikte “demokratik disiplin” olarak ikiye ayrılabilir²¹.

Bu bilgiler bağlamında çalışmamızın ana konusunu oluşturan 7068 Sayılı Kanun’a ilişkin bir değerlendirmede bulunulacak olursak; Kanun’da düzenlenen disiplin suçlarının yasaklayıcı ve karşılığında öngörülen müeyyidelerin kişilerin temel hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hakkını dahi etkileyecek düzeyde sert olması, 10’uncu maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde cezalandırma derecesinin artırılması, 11’inci maddede bozulan disiplinin yeniden tesisi maksadıyla düzenleme altına alınan geçici tedbirlerin uygulanması halinde verilecek cezanın artırılması hükümlerinden anlaşılacağı üzere ağırlıklı olarak bastırıcı nitelikte otokratik disiplin anlayışına göre düzenlendiği, ancak yapıcı nitelikte demokratik disiplin anlayışına uygun şekilde 7/2’nci fıkrasında düzenlenen memurun geçmiş başarı ve hizmetlerine göre bir alt derece ceza verile-

¹⁹ Burcu Erdinç, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2012, s. 266.

²⁰ Esin Örücü, “Disiplin Cezaları ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1966, C. 32, S. 2 - 4, s. 783.

²¹ Oğuz Sancaktar - Elif Altınok Çalışkan - Gizem Dursun - Serkan Seyhan - Pınar Yağcı, *Disiplin Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 3.

bilmesi uygulaması ile 7/5'inci fıkrasında düzenlenen, Jandarma personeli açısından yeni bir uygulama olan, memurun davranışına bağlı olarak cezaların sicilden silinebilmesi uygulamasını içeren hükümlere de yer verilmesinden dolayı da karma bir model ortaya koyulduğunu söyleyebiliriz. Güdüleme fonksiyonu olan ödül anlayışı²² şeklinde de ifade edebileceğimiz demokratik anlayış kapsamında ortaya koyduğumuz bu hükümler şu an için yetersiz kalsa da yapıcı anlayışın gelişimi açısından önem arz etmektedir.

3. Disiplin Suç ve Cezaları

Genel olarak disiplin suçu, “memurun göreviyle ilgili kusurlu bir fiili” şeklinde ifade edilebilir²³. Ayrıntılı olarak yapılacak tanıma göre disiplin suçu ise kendi iradesiyle dâhil olduğu kamu kurumunun hizmetin gereği ve devamlılığı için ortaya koyduğu özel tabiiyetin sonucu olan yükümlülükler aykırı ve hukuka uygunluk halleri dışındaki davranışlardır²⁴. İdareye bağlı kamu kurumunda görevli memurun yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve yapması yasaklanan davranışlarda bulunması halinde meydana gelen disiplin suçu kavramı, aynı zamanda disiplinsizliğe uygulanacak idari yaptırım işleminin de “sebep unsuru”nu oluşturmaktadır²⁵.

‘Disiplin cezası’ kavramı idareyi oluşturan kamu görevlilerinin düzeni bozan fiillerine karşı uygulanan idari yaptırım türü olarak tanımlanabilir²⁶. 7068 Sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde ise; ‘disiplinsizlik nedeniyle disiplin amirleri veya kurulları tarafından verilen ve bu Kanunda gösterilen yaptırımlar’ olarak ifade edilmiş, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’na istisna teşkil edecek şekilde de meydana gelecek disiplinsizlik hallerine bu Kanun’da düzenlenen disiplin cezalarının uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda jandarma personeli özelinde tüm kolluk görevlilerine uygulanacak disiplin cezaları sayma usulü ile 7068 Sayılı Kanun’un 7’nci maddesinde; “uyarma, kınama, ay-

²² Ömer Asım Livanelioğlu, *Memur Disiplin Hukuku*, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 1 - 3.

²³ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin Yayınevi, C. 2, Bursa 2009, s. 759.

²⁴ Zeyneddin Aslan, *657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001, s. 24. ‘Disiplin cezaları, idari yaptırım işleminin konu unsurunu oluşturmaktadır’.

²⁵ Selma Sacit Boz, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, 25/2, s. 17 - 18.

²⁶ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, C. 1, Ankara, 2013, s. 878 - 879.

lıktan kesme, kısa süreli durdurma, uzun süreli durdurma, meslekten çıkarma ve devlet memurluğundan çıkarma” olarak 7 farklı türde düzenlenmiştir.

Disiplinsizlik teşkil eden fiillerin haksızlık içeriğine oranla hafiften ağıra doğru kademeli olarak sıralanan disiplin suçlarına karşı öngörülen yukarıda ifade ettiğimiz disiplin cezaları, yine haksızlık içeriğine göre manevi, mali ve tasfiye edici nitelikte düzenlenmiş olmasına karşın 7068 Sayılı Kanun’un 12’nci maddesinde düzenlenen “disiplin ceza puanı” sistemi gereği, tüm disiplin ceza türlerinin belli sayıda ve sürede uygulanması halinde ilgili kamu görevlisinin “disiplinsizliği alışkanlık haline getirdiği” kabulü sonucu hakkında bağlı yetki kapsamında “meslekten çıkarma” disiplin cezası verileceğinden ötürü tüm disiplin ceza türlerinin do laylı da olsa tasfiye edici niteliğe sahip olduğu söylenebilir.

4. Disiplin Suçu ve Adli Suç İlişkisi

Korunan hukuki değer açısından adli suç ve cezalarıyla kamu düzeni ve bireylerin güvenliği korunurken disiplin suç ve cezalarıyla idari düzen ve sürekliliği muhafaza edilmek istenmektedir²⁷.

Adli suç ve cezaların yurtiçinde ve belli şartların varlığı halinde yurtdışında herkese uygulanma imkânı bulunmasına rağmen disiplin suç ve cezalarının sadece kendi isteğiyle ilgili idareye tabi olan kamu görevlilerine hizmet gereği işledikleri fiillerden dolayı uygulanabilmesi hali, doktrinde genel olarak bir farklılık şeklinde kabul edilmektedir. Ancak çalışmamızın mantıksal kabulü gereği bu farklılığın sonucu olarak disiplin suç ve cezalarının 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 40/2’nci fıkrasında düzenlenen ‘özgü suç’ müessesesi kapsamında değerlendirilmesi, ayrıca münhasıran kamu görevlisi tarafından işlenebilecek suçlardan olmaları sebebiyle de gerçek özgü suç²⁸ olarak kabulü gerekmektedir.

Cezalandırma konusunda yetkili merciler kapsamında ise ceza hukukuna giren adli suçlarla ilgili yargılama ve hüküm vermeye yetkili kurumlar bağımsız ve tarafsız mahkemelerken disiplin suçları açısından olayın meydana geldiği idarede fiilin muhatabı memurun sıralı disiplin amirleri ve yetkili disiplin kurullarıdır²⁹. Bu durumu paralel olarak belirtilen kurumların vereceği kararların

²⁷ Cemil Cem, “Disiplin ve Disiplin Hukuku”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 26, S. 5, s. 821.

²⁸ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 212 - 213. ‘Suç tipinde fail olarak insan olmanın ötesinde belli bir yükümlülük altında bulunmanın veya özel ve objektif vasıfların arandığı suçlar, özgü (mahsus) suç olarak tanımlanmaktadır’.

²⁹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 628.

niteliğinin ise sırasıyla; adli cezaların kesin hüküm (muhkem kaziye), disiplin cezalarının ise iptali idari yargıya konu olabilecek şekilde idari işlem olacağını söyleyebiliriz³⁰. Belirttiğimiz bu ve diğer farklılıkların sonucu olarak 7068 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesi gereği aynı fiilin hem disiplin hukukunu hem de ceza hukukunu aynı anda ihlal etmesi halinde ayrı ayrı soruşturma ve cezalandırma yapılabileceği kabul edilmektedir. Her ne kadar genel kabul bu yönde olsa da çalışmamızın devamında inceleyeceğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında bu bakış açısının değiştiği görülecektir³¹.

Çalışmamızın devamında ayrıca değineceğimiz "suç ve cezada kanunilik" ilkesi açısından; adli suçların somut olaya uygulanması noktasında "tipikliğin mutlak olarak aranacağı" genelgeçer bir kuralken, 7068 Sayılı Kanun'un 34/1'inci maddesinin açık atfı ile 657 Sayılı DMK'nın 125'inci maddesinin son-dan dördüncü fıkrası gereği "nitelikleri ve ağırlıkları itibari ile benzer eylemde" bulunulması şartı ile idareye kıyas yetkisi verilerek disiplin suçları açısından esnek bir uygulamaya gidilmiştir. Öğretide genel olarak bu görüş savunulsa da Anayasa Mahkemesi özellikle son dönemde bu konu ile ilgili aldığı kararlarında³², disiplin suç ve cezaları açısından da ilkenin, en azından genel çerçevesinin kanun ile düzenlenmesi seviyesinde, geçerli olduğunu kabul etmektedir³³.

II. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE JANDARMA PERSONELİNİN TABİ OLDUĞU DİSİPLİN MEVZUATI

Jandarma Genel Komutanlığı, 668 Sayılı OHAL KHK'sı gereği hukuki anlamda "asker" sıfatını kaybetmiş olsa da icra etmiş olduğu askeri görevlerinin devam etmesi ve askeri örf/adetlere dayanan geleneksel yapısını koruması sebebiyle uygulamada halen daha Türk Silahlı Kuvvetleri'nin görev anlayışı ile hizmet vermektedir.

³⁰ Yasin Söyler, "İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması", *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008, s. 43.

³¹ Yusuf Karadeniz, "Jandarma Genel Komutanlığı Özelinde 7068 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un Usul İlkeleri Çerçevesinde İncelenmesi", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Samsun, 2020, s. 23.

³² Bkz. AYM, E. 2015/85, K. 2016/3, 13/01/2016 (Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü), AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, 14/01/2017 (Yüksek Öğretim Kurumu), AYM, E. 2016/182, K. 2017/111, 14/06/2017 (Türkiye Radyo Televizyon Kurumu).

³³ Mustafa Dönmez, *Devlet Memurları Kanunu*, Ekin Yayınları, Ankara 2012, s. 683.

Bu kapsamda jandarma personelinin tabi olduğu disiplin mevzuatını incelemeye, kurulduğu 14 Haziran 1839³⁴ tarihinden itibaren parçası olduğu ve aynı disiplin hükümlerine tabi tutulduğu TSK'nın geçmiş disiplin mevzuatı ile başlanacaktır.

A. Cumhuriyet Öncesi Dönemde Askeri Yargı

Ordu mensuplarından münhasıran askeri disiplin ve askeri hizmet kapsamındaki yükümlülüklerin ihlali yoluyla³⁵ suç işleyenlerin yargılamasının askeri mahkemelerde görüleceği ayırımının ilk defa getirildiği 1837 tarihli Kanunname - i Ceza - i Askeriyye'ye kadar askerler, görevleri ile ilgili disiplinsizliklerinden dolayı kendi komutanları tarafından Ağa Divanı'nda³⁶; diğer şeri, hukuki ve örfi davaları için ise kendileri için ayrıca belirlenen Anadolu ve Rumeli Kazaskerleri, sefer bölgesinde 'ordu kadıları' ve mahalli bölgelerde de 'naip'ler tarafından şeriye mahkemelerinde yargılanmaktaydılar³⁷.

"Kanunname - i Ceza" olarak da ifade edebileceğimiz bu Kanun ile ceza yargılama usulü ilk defa hüküm altına alınmış, ayrıca uhdesinde suç ve cezada kanunilik, sanıkların mahkeme huzuruna çıkarılması koşuluyla³⁸ duruşmanın aleniliği, müdafiden yararlanma ve sanığa davasını naklettirme hakkı ile yerel mahkemeler tarafından verilen kararlarla ilgili istinaf ve temyiz yolu hakkı sağlayan hükümlere de yer verilmiştir³⁹. Yine mezkûr kanunname yoluyla getirilen suçta kanunilik ve duruşmalı yargılama ilkesi bağlamında siyaseten katli ve müsadere uygulamaları- na son verilmiş, nihayetinde de 'kul sistemi' ortadan kalkmıştır⁴⁰.

³⁴ Jandarma Genel Komutanlığı, <https://www.jandarma.gov.tr/tarihce>, (13.05.2021).

³⁵ Olgun Değirmenci - Alkin Karakurumer, "Askeri Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Gelişimi", *Adalet Dergisi*, 2020, 64, s. 299.

³⁶ Hatta vezirin bile, Serdar - Ekrem veya Serasker sıfatı ile katıldığı seferler dışında yeniçeriler üzerinde müdahale hakkı bulunmamakta, sadece gerekli cezalandırmanın yapılması amacıyla kendi ocağına gönderebilme yetkisi bulunmaktaydı. Bu dönemde uygulanan cezalar ise; dayak, hapis, ulufe kesilmesi, sürgün ve idam cezalarıydı.

³⁷ İbrahim Fevzi Akmaner, "Türkiye'de Askeri Kazanın Tarihçesi", *Askeri Tarih Belgeleri Dergisi*, Ankara, 1967, Y. 3, S. 9, s. 643,

³⁸ Değirmenci - Karakurumer, "Askeri Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Gelişimi", s. 299.

³⁹ Akmaner, "Türkiye'de Askeri Kazanın Tarihçesi", s. 755. '*Kanunname - i Ceza, Yeniçeri ocağının II. Mahmut tarafından kaldırılmasından sonra kurulan yeni ordunun eğitim, teşkilat ve terfi konularını düzenlemek amacıyla Kanunname - i Asker - i Mansure - i Muhammediye'den sonra kabul edilen disipline ilişkin ikinci düzenlemedir*'.

⁴⁰ Değirmenci - Karakurumer, "Askeri Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Gelişimi", s. 299.

Bilahare imparatorluk genelinde geçerli olan şeri hukuk sistemi ile Tazminat sonrası ordu özelinde gerçekleştirilen yenilikler karşısında Kanunname - i Ceza'nın yetersiz kalması⁴¹ sebeplerine bağlı olarak 1857 tarihli Fransız Askeri Ceza Kanunu'nun bazı kısımlarının çıkartılması ve bazı kısımlarının da uyumlaştırılması yoluyla 1869 yılında Askeri Ceza Kanunname - i Hümayun iktibas edilmiştir. 'Sivil kişilerin' de Kanun kapsamında düzenlenen suçlara dâhil edilmesi sebebiyle düzenleme sürecinde sivil ceza kanunları göz önünde bulundurulmuştur⁴². Ancak bu Kanun ile önceden sanığa tanınan ve hukuki güvenlik sağlayan müdafî hakkı, duruşmaların açık yapılması, reddi hâkim, davanın nakli ve temyiz yolu hakları kaldırılmıştır. Kaldırılan temyiz yolunun yerine, hükmü veren mahkemenin inceleyeceği itiraz müessesesi getirilmiştir. Hükümlerle ilgili temyiz incelemesi yetkisi ise tamamıyla idari bir yapıda olan Dar - ı Şura - ı Askerinin Nizam Dairesi, aynı nitelikte olan mehakim şubeleri ve Harbiye Bakanlığı'na bağlı muhakemat dairesine verilmiştir⁴³.

B. Cumhuriyet Döneminde Askeri Yargı

Yeni Cumhuriyetin "muasır medeniyetler seviyesi"ne çıkma hedefi doğrultusunda başlattığı büyük atılımların içinden birisi de Osmanlı Devleti'nden kalma askeri yargı sistemini modern hukuk anlayışına göre şekillendirmek olmuştur. Bu kapsamda esas olarak alınan Alman Askeri Ceza Kanunu'nun yanı sıra Belçika ve özellikle Fransa'da 1928 yılından beri geçerli olan askeri adliye kanunlarının uygulamalarından edinilen tecrübelerin de katkısıyla 15.10.1930 tarihinde 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu ve 1631 Sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu⁴⁴ düzenlenerek yürürlüğe girmiştir⁴⁵. Günümüzde birçok değişikliğe uğramasına rağmen halen daha yürürlükte olan 1632 Sayılı Kanun ile askeri suçlar ve cezaları, askeri kabahatler, disiplin kabahatleri ve disiplin tecavüzü düzenlenmiş, 5237 Sayılı Kanun'un özellikle suç ve cezaya ilişkin genel hükümlerinin aksi belirtilmedikçe geçerli olacağı kanun metninde ayrıca belirtilmiştir⁴⁶.

⁴¹ Değirmenci - Karakurumer, "Askeri Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Gelişimi", s. 301.

⁴² Değirmenci - Karakurumer, "Askeri Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Gelişimi", s. 302.

⁴³ Dinçer Ural, "Türk Askeri Yargısının Tarihsel Gelişimi", *Hacettepe Üniversitesi, Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1994, s. 96 - 97.

⁴⁴ RG, T. 03.09.1960, S. 10602.

⁴⁵ Ural, "Türk Askeri Yargısının Tarihsel Gelişimi", s. 102.

⁴⁶ Ural, "Türk Askeri Yargısının Tarihsel Gelişimi", s. 107.

477 Sayılı Kanun'un pozitif hukukumuzda kattığı disiplin suçu kavramına kadar 1632 Sayılı Kanun'da disiplinsizlikler, disiplinsizlik teşkil eden fiilin ve karşılığı olan cezanın belli olduğu disiplin kabahatleri ile tamamen disiplin amirlerinin değerlendirmesine bağlı olan disiplin tecavüzleri olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir⁴⁷. Disiplin tecavüzleri bakımından disiplin amiri, yetkisi kapsamında takdir ettiği cezayı kendisi tesis ederken disiplin kabahatleri hakkında ise yine kendi takdirinde ya ceza verme yetkisini kullanmakta ya da askeri mahkemeye sevk etmekteydi. Askeri kabahat terimi; aynı Kanun'un 18'inci maddesinin 2 - A ve B bentlerinde düzenlenen fiiller bakımından disiplin amiri tarafından ilgilinin askeri mahkemeye sevk edilmesi halinde kullanılmaktaydı, meğerki disiplin amirinin bizzat cezalandırdığı durumlarda disiplin kabahati terimi kullanılsın⁴⁸. Mahkemeye sevk yetkisinin kullanılması halinde muhakeme sürecinin uzun sürmesi ve askerlik mesleğinde disiplinin önemi gereği en kısa sürede tekrar sağlanması ihtiyacı sonucu olarak 16 adet disiplin suçu⁴⁹, 16.06.1964 tarih ve 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'a alınarak hâlihazırda sadece savaş zamanında uygulanmak üzere askıya alınan Disiplin Mahkemelerine ve Mahkeme'nin yargılama usulüne tabi kılınmıştır⁵⁰.

Süreç içerisinde AİHM, önüne gelen birçok dosya hakkında ülkemiz aleyhinde kararlara hükmetmiştir. 3 Mayıs 2007 tarihli İrfan Bayrak - Türkiye Kararı'nda Mahkeme, Alay Disiplin Kurulu tarafından tesis edilen toplamda 75 günlük özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikteki oda hapsi cezasının kabul edilebilirlik denetiminde cezanın türü bakımından cezalandırıcı, caydırıcı etkisi sebebiyle ceza alanına girdiğini tespit etmiştir. Yargılama sonunda Mahkeme; disiplin mahkeme başkan ve üyelerinin hukukçu ve hâkim sıfatına sahip olmayan hiyerarşik yapı içerisindeki personel arasından birlik komutanı tarafından belirlenmesi, dış baskılardan korunmalarını sağlayacak hiçbir garantiye sahip olmamaları ve mahkemenin yargı yetkisini kullanabilmesi için gönderilmesi gereken iddianamenin de yine birlik

⁴⁷ Değirmenci - Karakurumer, "Askeri Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Gelişimi", s. 325.

⁴⁸ Olgun Değirmenci, "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, 29, s. 16.

⁴⁹ Değirmenci, "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları", s. 17.

⁵⁰ Zeki Elban, "Türk Silahlı Kuvvetlerinde 6413 Sayılı Disiplin Kanununun Esasları ve Uygulaması", *Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mersin, 2018, s. 6.

komutanı tarafından imzalanması sebepleriyle disiplin mahkemelerinin bağımsız olmadığına, bu durumun doğal sonucu olarak da Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵¹. Nitekim 2007 yılında verdiği Veyisoğlu - Türkiye Kararı ile AİHM, disiplin mahkemelerinin kuruluş şekli ve yargılama usulünün⁵² mahkemenin üyelerinin ordu mensubu olması ve bağlı olduğu birliğin komutanı tarafından bir yıllığına görevlendirilmesi gerekçesiyle Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁵³. Yine 2011 yılında verdiği İçen - Türkiye Kararı'nda Mahkeme, TSK'da görevli sivil memurların askeri personel gibi 1632 Sayılı Kanun'a tabi olmaları halinin uygulamayı haklı çıkaracak gerekçelerinin olmaması ile ordu mensubu hâkimlerden oluşan mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına dair duyulan şüphe sebepleriyle Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir⁵⁴. Bilahare AİHM, kişileri özgürlüklerinden mahrum bırakmak amacıyla tesis edilen oda hapsi cezasının yürütmeden bağımsız ve uygun yargı teminatlarını sunan bir mahkeme tarafından alınacak bir karar yoluyla verilmesi gerekirken disiplin amiri tarafında verilmesi halinin Sözleşme'nin 5 - 1, a maddesi ile korunan "özgürlük ve güvenlik hakkı"nı ve disiplin mahkemeleri tarafından verilen oda hapsi cezasının ise yine Sözleşme'nin 6'ncı maddesini ihlal ettiğine⁵⁵ karar vermiştir.

Az önce ifade ettiğimiz AİHS tarafından koruma altına alınmış hakların ihlalleri hakkındaki AİHM kararlarının Anayasa'nın 90/5'inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi⁵⁶, 'disiplin tecavüzü' kavramının açıkça kanunilik ilkesine aykırı-

⁵¹ Olgun Değirmenci, "Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Disiplin Mahkemeleri (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6)", *KHO Bilim Dergisi*, 2020, 20/1, s. 139 - 140.

⁵² Mehmet Alkan, "6413 Sayılı TSK Disiplin Kanunu Esasları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 117, 2015, s. 172, 'Disiplin Mahkemeleri; hâkim sınıftan olmayan bir başkan iki üye olacak şekilde üç subay, sanığın rütbesinin astsubay, erbaş ve er olması halinde iki subay bir astsubaydan teşkil edilmiştir. Disiplin Mahkemesi'nde oy hakkı olmayan ve ceza yargılamasında iddia makamı olan Cumhuriyet Savcısının disiplin yargılamasında karşılığı olan görevi yürüten Disiplin Subayı ve mahkemeyi oluşturan az önce belirttiğimiz üyeler ve yedekleri; kuruluşunun bağlı olduğu birlik komutanı tarafından 1 yıllık görev süresi için belirlenmekteydi. Yine bu komutanın yapılan disiplin muhakemesi sonucu mahkemenin verdiği kararlara itiraz hakkı da bulunmaktaydı'.

⁵³ Veyisoğlu/Türkiye Kararı, B. No: 27341/02, 26/07/2007.

⁵⁴ İçen/Türkiye Kararı, B. No: 45912/06, 31/05/2011.

⁵⁵ Alkan, "6413 Sayılı TSK Disiplin Kanunu Esasları", s. 174.

⁵⁶ AYİM, E: 2009/869, K: 2009/732, 02/07/2009; AYİM, E: 2010/1113, K: 2010/774, 23/06/2010. 'Yukarıda ifade ettiğimiz AİHM Kararlarından 6413 Sayılı TSK Disiplin Kanu-

rılık teşkil etmesi, 'yetkide ve usulde paralellik' ilkesine aykırı olacak şekilde istisnai haller dışında sadece subay rütbesine haiz personelin disiplin amiri niteliğine sahip olması sebepleri ile dağınık halde bulunan disiplin hükümlerinin tek kanunda toplanması amacının sonucu olarak 16.02.2013 tarihinde 6413 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu kabul edildi⁵⁷.

Bu Kanun ile disiplin tecavüzü uygulamasına son verilerek disiplinsizlik oluşturacak tüm fiiller tek tek tanımlanmaya çalışılmış, karşılığı olan disiplin cezaları ise suçun niteliğine göre hafiften ağıra olacak şekilde sıralanmış, disiplin ceza türleri yeniden düzenlenerek oda hapsi cezası sadece savaş hali ile barışta Türk karasuları dışında bulunan gemiler istisna tutularak kaldırılmış, 'ceza puanı sistemi' getirilerek her disiplinsizliğin karşılığında öngörülen ceza puanının belli süreler içinde belirlenen sınırları aşması veya belirli sayıda disiplin cezası alınması halleri "disiplinsizliği alışkanlık haline getirme" olarak kabul edilerek bağlı yetki kapsamında Silahlı Kuvvetlerden ilişkinin kesilmesi cezası verileceği düzenlenmiş, önceden de ifade ettiğimiz şekilde sadece savaş halinde geçerli olmak üzere askıya alınan Disiplin mahkemeleri yerine tamamen idari bir yapıda olan Disiplin kurulları kurulmuş ve TSK'da görevli sivil memurların da haklarındaki 211 Sayılı Kanun'un 115/b maddesinin ikinci cümlesindeki "hilafına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar" ifadesi kaldırılarak, tamamıyla 657 Sayılı Kanun'un disiplin hükümlerine tabi olmaları sağlanmıştır⁵⁸.

nu'nun kabulüne kadar geçen dönemde özellikle disiplin amiri tarafından verilen oda hapsi cezalarına ilişkin yapılan yargılamalarda AYİM, Anayasa'nın 129/4 ve 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21'inci maddesinin son fıkrası gereği disiplin suç ve tecavüzleri karşılığında disiplin amirlerince tesis edilen cezaların yargı denetimi dışında olması ve 'yokluk' hali kapsamında da değerlendirilemeyeceği sebebiyle oyçokluğu ile davanın reddine karar vermiştir. Kararların ayrışik oy gerekçesinde ise AİHM'in 22 Aralık 2005 tarih ve 29986/06 Başvuru Numaralı A.D - Türkiye kararı üzerinden Engel ve diğerleri - Hollanda kararına atıf yaparak özgürlükten mahrum bırakma niteliğindeki oda hapsi cezalarının 'tutukluluk' niteliğinde olduğunu, yargı kararı gerektirdiğini, aksi durumların AİHS'nin 5'inci 1-a maddesinin ihlali anlamına geleceğini, ancak ilgili Sözleşme hükmünün oda hapsi cezasının disiplin amiri tarafından verilebileceğine ilişkin 1632 Sayılı Kanun'un 23/A - 2 ve B - 2 maddeleri ile çeliştiğini, konunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması hasebiyle Anayasa'nın 90/5'inci maddesinin uygulanması gereği Sözleşme'nin 5'inci maddesinin göz önünde bulundurulması gerektiğini haklı olarak belirtmiştir'.

⁵⁷ Alkan, "6413 Sayılı TSK Disiplin Kanunu Esasları", s. 170 - 171.

⁵⁸ Elban, "Türk Silahlı Kuvvetlerinde 6413 Sayılı Disiplin Kanununun Esasları ve Uygulaması", s. 16.

C. Olağanüstü Hal Dönemi ve Sonrası

Olağanüstü halin ilanı⁵⁹ ile birlikte başlayan kararname sürecinin ilklerinden olan 27.07.2016 tarihli ve 668 Sayılı OHAL KHK'sının (08.11.2017 tarihli 6755 Sayılı Kanun ile yasalaşmış) 6'ncı maddesi ile 2803 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde yapılan değişiklikle JGK'nın doğrudan İçişleri Bakanlığı'na bağlanmasının doğal sonucu olarak yine aynı kararname ile aynı kanuna eklenen Geçici 4'üncü madde gereği jandarma personelinin disiplin işlemleri hususunda özel düzenleme yapılanaya kadar Emniyet Teşkilatı disiplin mevzuatına göre hareket edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda erbaş/erler dışında jandarma personeli, 27 Temmuz 2016 tarihinden tüm genel kolluk personeli kapsamina alan 682 Sayılı OHAL KHK'sının yürürlüğe girdiği 23 Ocak 2017 tarihine kadar Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü⁶⁰ ve Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun disiplin işlemleri, kurulları ve cezaları ile ilgili hükümlerine tabi olmuştur. JGK'da yükümlülüklerini yerine getiren erbaş ve erlerle ilgili ise herhangi bir hüküm olmadığından dolayı haklarında 6413 Sayılı Kanun'un uygulanmasına devam edilmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir hükmün⁶¹ kapsamının, belirli bir süreliğine dahi olsa, JGK ve SGK perso-

⁵⁹ "Özellikle eğitim sistemine nüfus ederek devletin tüm kademelerinde bir örümcek ağı misali örgütlenen Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) tarafından 15 - 16 Temmuz tarihinde gerçekleştirilen darbe girişimi sonrası Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından Milli Güvenlik Kurulu'nun 20 Temmuz 2016 tarihinde alınan görüşü doğrultusunda aynı gün "temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketleri" gerekçesi ile Anayasa'nın mülga 120'nci maddesi ve 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 3/1 - b maddesi uyarınca ülke genelinde geçerli olacak şekilde 90 gün süre ile Olağanüstü Hal ilan edilmiştir. Bir gün sonra da TBMM'nin onayına sunularak Meclis tarafından aynen kabul edilmiştir".

⁶⁰ Selim Cebiroğlu, "Pozitif Hukukumuzda 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 82, 83, 84 ve Ek - 9. Maddelerinin Yeri ve Söz Konusu Maddelere İstinaden Çıkarılan 23.03.1979 Tarihli "Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü"nü Durumu", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15, S. 1, 2012, s. 286, "Ülkemizin siyasi ve sosyal yapı olarak çatışma içinde bulunduğu bir dönemin ürünü olan 23.03.1979 tarihli ETDİT, 3201 Sayılı ETK'nin mülga 83/1'inci fıkrası gereği emniyet personelinin disiplin suçu gerektiren eylemlerini belirlemek maksadıyla düzenlendi".

⁶¹ AYM, E: 2015/85, K: 2016/3, 13/01/2016, "Emniyet personelinin disiplin suçlarının ve karşılığı olacak disiplin cezalarının derece ve miktarının tüzük ile belirlenmesini öngören 83'üncü maddenin birinci cümlesi...Anayasa'nın 128/2'nci fıkrası ile sadece kanun ile düzenlenmesini kural koyduğu memurların "diğer özlük işleri" kavramına statü haklarını etkileyen disiplin işlemlerinin de dahil...Anayasa'nın 38/1'inci fıkrası gereği hangi eylemlerin yasak olduğu ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların belirli bir kesinlik içinde kanun seviyesinde bir hukuki düzenleme ile gösterilmesi gerektiğine, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezaların her ikisinin de "cebir" içermesi sebebiyle bu madde kapsamında aralarında bir ayırım yapılmadığına...bu hükmün, Anayasa'nın 128/2 ve 38/1'inci maddelerine aykırı olması gerekçesi ile iptal edilmesine..."

nelinin dâhil edilerek genişletilmesinin; en başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere iptal edilen hükümlerin yürürlükten kaldırılmasının ertelenmesi uygulamasının amacı, Anayasa'nın üstünlüğü ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları ve gerekçelerinin bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı tartışmasız bir gerçektir⁶².

ETDT'nin yasal dayanağını kaldıran Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğe girişini bir yıl ertelediği iptal kararının ve Jandarma personelinin 6755 Sayılı Kanun ile yasalaşan 668 Sayılı OHAL KHK'sı ile zımnen, 681 Sayılı OHAL KHK'sı ile de açıkça 6413 Sayılı Kanun kapsamında çıkarılmasının bir sonucu olarak 29 Ocak 2017 tarihinden önce disiplin işlemleri ile ilgili kanun seviyesinde bir düzenleme ihtiyacı hâsıl olmuştu.

Bu ihtiyaca istinaden tüm genel kolluk personelinin disiplin işlemlerinin düzenleme altına alındığı 682 Sayılı OHAL KHK'sı 23.01.2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Aynı gün Meclis Başkanlığı'na sunulan bu kararname, 27 Ocak 2017 tarihinde havale edildiği İçişleri Komisyonu'nda 20 gün içinde görüşülmesi tamamlanamadığından 17 Şubat 2017 tarihinde Meclis Başkanlığı'nca doğrudan Genel Kurul gündemine alınmış⁶³, 31.01.2018 tarihinde kabul edilen ve 08.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7068 Sayılı Kanun ile aynen kabul edilerek kanun haline gelmiştir.

III. 7068 SAYILI KANUN ÖZELİNDE CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLER İLE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU KURALLARININ KOLLUK DİSİPLİN HUKUKU'NDA UYGULANABİLİRLİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere gerek korudukları hukuki menfaatlerin farklı olması gerek de belirttiğimiz diğer farklılıklara rağmen her iki uygulamanın yaptırımlarının “cezai niteliği” baskındır. Diğer bir deyişle, disiplin suç ve cezaları ile adli suç ve cezaları, “cebiri” nitelikleri açısından ortaktır. Bu ve 5237 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen ceza hukukunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar açısından da geçerli olacağı hükmü kapsamında bir değerlendirme yapacak olursak, ceza

⁶² Ferit Deniz Esendemir, “682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası”, *Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mersin, 2018, s. 72.

⁶³ Cemal Öztürk, “Polis Disiplin İşlemleri: Tüzükten Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye”, *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 6, Muş, 2018, s. 31.

hukuku genel hükümleri ile ceza muhakemesi hukuku kurallarının aksi düzenlenmedikçe disiplin hukukunda da uygulanacağı sonucuna ulaşabiliriz⁶⁴.

Bu görüşümüz bağlamında ceza hukuku genel hükümleri ile ceza muhakemesi hukuku kurallarının 7068 Sayılı Kanun özelinde ve yargısal içtihatlar ışığında disiplin hukuku alanında ne derecede uygulanabileceği üzerine açıklamalarda bulunulacaktır.

A. Disiplin Hukuku Kapsamında Tipikliğin Unsurları

Kişilerin icrai veya ihmali davranışlarını “fiil” olarak ifade edebiliriz. Disiplin hukuku açısından idare ajanının disiplinle ilgili önceden belirlenen kurallarla yapılmasının yasaklandığı eylemlerde bulunması veya arzu edilmeyen bir tavır sergilemesi icrai hareket; yürüttüğü görev veya tabi olduğu kurum açısından yapmakla yükümlü olduğu görevleri veya kuralları yerine getirmemesi hali de ihmali hareket olarak tanımlanabilir⁶⁵.

Ceza hukukunda suç, tipte düzenlenen maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesi ile ortada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması halinde oluşmaktadır. Ayrıca suç tipinin maddi unsurlarının disiplin hukuku içinde geçerli olacağını daha önce belirtmiştik. Bu kapsamda bir disiplin suçunun meydana geldiğinden konuşabilmek için, ilk olarak ortada kanun ile önceden belirlenmiş tipe uygun belirli bir fiilin veya bu fiile teşebbüsün oluşması gerekmektedir. Zira hareketten yoksun niyet ve ifade edilmemiş düşünceler disiplin hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Yani idare; fiilin muhatabı olan memura, dış dünyada etkili, icrai veya ihmali olarak belirli bir zamanda ve yerde meydana gelmiş fiilleri isnat etmek mecburiyetindedir⁶⁶.

Disiplin suçunu oluşturan fiil ile ilgili disiplin soruşturmasının başlatılması sürecinde, memurun geçmiş kişiliği veya mevcut olumsuz niteliklerine ilişkin genel ve soyut iddialar değerlendirme kapsamı dışındadır. İdarenin soruşturmayı başlatabilmesi için memurun uygun olmayan hareketinin, yer ve zaman da belirtilerek, kime veya neye karşı yapıldığının somut olarak ortaya konması gerekmektedir⁶⁷.

⁶⁴ Karadeniz, “Jandarma Genel Komutanlığı Özelinde 7068 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun’un Usul İlkeleri Çerçevesinde İncelenmesi”, s. 62.

⁶⁵ Ahmet Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 121.

⁶⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 760.

⁶⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 760.

Yine disiplin hukuku kapsamında kolektif sorumluluk olmamasının sonucu olarak suç teşkil eden fiil, disiplinsizlik isnadında bulunulan memurun “şahsi” bir fiili olması gerekmektedir. Bu sebeple ilgili memurun “ölümü” halinde işlemiş olduğu fiil ortadan kalkarak gelecekte bu fiile bağlı disiplin soruşturması açılmayacak, varsa açılmış olanlar da sona erdirilecektir. Ancak “istifa, meslekten çıkarma veya devlet memurluğundan çıkarma” hallerinde ise; disiplin suçlarının ortadan kalkması, idari yargı yolu ile tekrar göreve dönme ihtimalinin olması sebepleriyle disiplin soruşturmasına devam edilebilecek, ilgili memura disiplin cezası verilebilecektir⁶⁸.

Manevi unsur olarak ihlal teşkil eden fiilin ilgili memurun kast veya en azından taksir boyutundaki haline ilişkin olması ve failin kastına konu fiilin herhangi bir hukuka uygunluk sebeplerinden faydalanmaması gerekmektedir. Yani memurun disiplin kurallarının ihlali niteliğindeki fiilin haksızlık teşkil ettiğini kabul edebilmemiz için, hukukun izin verdiği fiillerden olmaması gerekmektedir⁶⁹.

Ceza hukuku kapsamında 5237 Sayılı Kanun’un 21’inci maddesinde kast; tipikliği oluşturan maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi; taksir ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle suçun kanuni tanımında düzenlenen neticesinin öngörülmeyle gerçekleşmesi olarak ifade edilmiştir. Bu tanımlara paralel olarak da 7068 Sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinde disiplinsizliğin kast ve taksir ile oluşabileceği düzenlenmiştir.

Bir görüşe göre disiplin suçu teşkil eden fiilin muhatabı ajanın, disiplin suçu teşkil eden hareketi icrasının yeterli olduğu, ayrıca fiilin disiplin suçu oluşturup oluşturmadığının bilinmesine gerek olmadığı belirtilmiştir⁷⁰. “İdarenin Belirlilik İlkesi” gereği bu görüşe katılmadığımızı, aksine disiplin müeyyidesi gerektiren fiilleri içeren düzenlemelerin, uygulamaya geçmeden belli bir süre önce, kapsamında bulunan personel tarafından öğrenilecek şekilde ilan edilmesi gerektiğini belirtmeliyiz. Konu ile ilgili çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yargısal içtihatlar ile destekli ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

7068 Sayılı Kanun çalışmalarında 6413 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun ana mehzaz olarak alınması ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 9/1’inci fıkrası gereği kabahatlerin aksi düzenlemedikçe hem kast hem de tak-

⁶⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 760.

⁶⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 762.

⁷⁰ Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, s. 192.

sirle işlenebilmesi bağlamında 7068 sayılı Kanun kapsamındaki disiplinsizliklerinde hem kast hem de taksirle işlenebileceği, sadece kanuni tanımda ‘kastın’ açıkça belirtildiği durumlarda kasten işlenebileceği görüşü doktrinde kabul görmektir⁷¹. Ancak bu görüşe; çalışmamızı üzerine inşa ettiğimiz ceza hukuku genel hükümleri ile ceza muhakemesi kurallarının disiplin hukukunda uygulanabilirliği düşüncesinin sonucu olarak 5237 Sayılı Kanun’un 21/1’inci fıkrasında suçun taksirli işleniş şeklinin istisnai bir düzenleme olması sebebiyle ancak ilgili kanun hükmünde açıkça düzenlenmesi durumunda disiplinsizliğin gerçekleşeceği⁷², istisnai düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği, kanuni tanımda suçun ‘kasten’ işleneceğinin ayrıca belirtildiği disiplinsizliklerin sadece ‘doğrudan kastla’ işlenebileceği, tüm disiplinsizliklerin kural olarak hem kast hem de taksirle işlenmesi kabulünün cezalandırılabilirliğin alanını ölçsüz olarak genişleteceği gerekçeleri ile katılmıyoruz. Hülasa, açıkça taksir unsurunun düzenlendiği hükümler dışında kalan fiillerin ancak kasten işlenmesi durumlarında disiplin suçunun oluşacağı sonucuna ulaşabiliriz⁷³.

Ceza hukuku açısından kusurluluğu kaldıran veya azaltan hallerin oluşması durumunda kişinin iradi hareketinin etkilenmesi, işlemiş olduğu fiilin karşılığı olan disiplin cezasından sorumlu tutulmamasını gerektirmektedir.⁷⁴ Örneğin yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler (ateşli hastalık, uyku hali), istemeyen sarhoşluk ve uyuşturucu uyarıcı madde etkisi altında bulunan kişinin isnat yeteneği, işlemiş olduğu fiilin anlam ve sonuçlarını kavramasına yeterli olmayacağından, hukuka aykırılık hali halen devam etse de fiilin muhatabı kişi cezalandırılmayacaktır⁷⁵. Gerçi saydığımız durumların birçoğu memurluğa giriş veya devam şartlarını sağlamadığından uygulamada karşımıza çıkmayacak olsa da geçici nedenler, istemeyen sarhoşluk ve uyuşturucu uyarıcı madde etkisi altında bulunma durumlarında kişiye disiplin suçu nedeniyle müeyyide uygulanmaz⁷⁶.

⁷¹ Olgun Değirmenci - Battalgazi Tanrıverdi, *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, ss. 104 - 106.

⁷² Sinem Kaya, “İdari Usul İlkeleri Açısından Disiplin Hukuku”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019, s. 16.

⁷³ Onur Karahanoğulları, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 8, S. 3, s. 56.

⁷⁴ Mehmet Sağlam, *Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003, s. 20.

⁷⁵ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 250.

⁷⁶ Sağlam, *Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*, s. 21.

Yine hukuka uygunluk sebepleri, disiplin suçu teşkil eden fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırarak idare ajanını, fiilin sorumluluğundan kurtarmaktadır. Yalnız “mağdurun rızası” hukuka uygunluk sebebi açısından; idarenin mağdur konumunda olması dolayısıyla geçerli bir rızadan bahsedilemeyeceğinden fiilin hukuka aykırılık hali devam edecek, memur hakkında gereken cezai işlem uygulanacaktır. Diğer hukuka uygunluk nedenlerini ise; meşru savunma, hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi olarak sıralayabiliriz⁷⁷.

Yine benzer şekilde “mücbir sebep”, memurun “mesleki yetersizlik” veya “fiziki elverişsizliği” hallerinde, kişiyi işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu kabul edemeyeceğimizden, her ne kadar disiplin suçu oluşacaksa da bu nedenlerden dolayı görevini yerine getiremeyen memura disiplin müeyyidesi uygulanmayacaktır. Bu tarz personel ile ilgili yetersizlik ve elverişsizlik durumlarına göre malulen emeklilik veya olumsuz sicil yöntemleriyle gerekli işlemler yapılacaktır⁷⁸.

Son olarak belirtmek gerekirse, memurun kusurluluğunun ispat yükümlülüğü idareye aittir. İdare bu yükümlülüğünü disiplin soruşturmasında usul ilkelere riayet ederek yerine getirecektir.

B. Disiplin Hukuku Kapsamında Kanunilik İlkesi

Yürütme gücünün sınırlandırılması ve temel insan haklarının korunması ile birlikte kanunilik ilkesi, modern anayasal anlayışın üç temel sacayağından birini oluşturmaktadır. Özellikle Doğu Avrupa’da otoriter/totaliter rejimlerin anayasal demokrasiye evrilme sürecinde mihenk taşı konumunda olan bu ilke ile ilgili temel paradoks, neye karşı olduğunun açıkça ortaya konulabilmesine rağmen neyi içerdiği konusunun müphem halinden ötürü farklı hukuk sistemlerince ortak bir tanımının yapılamamasıdır⁷⁹.

Hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku özelinde somutlaştırılmasını sağlayarak bireyin devlet karşısında korunmasını amaç edinen⁸⁰ bu ilke; ilk defa Aydınlanma dönemi düşünürlerinden Fransız politik düşünür Charles - Louis de Secondat, baron de La Brede et de Montesquieu tarafından tanımlanmış⁸¹, ilk

⁷⁷ Kaya, “İdari Usul İlkeleri Açısından Disiplin Hukuku”, s. 17.

⁷⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 762.

⁷⁹ Michel Rosenfeld, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Working Paper Series*, No: 36, 2001, pp. 2 - 5.

⁸⁰ Mahmut Koca - İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 53.

⁸¹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 121.

düzenlenmesi de Avrupa’da 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu ile olmuştur. Devam eden süreçte 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ne iktibas edilmiş, başta Fransız Anayasası ve Ceza Kanunları olmak üzere birçok ülke tarafından iç hukuk kuralı haline getirilmiştir. Az önce ifade ettiğimiz üzere ceza hukuku ötesinde hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru olma niteliği sonucu olarak 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nde de bu ilkeye yer verilmiştir⁸².

Türk hukukunda ise mezkûr ilke 1982 Anayasası’nın 38’inci maddesiyle anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır. Bu hükümlerle, hiç kimsenin işlendiği zamanda düzenleme altına alınmamış bir fiilden dolayı sorumlu tutulamayacağı gibi hakkında da yine karşılığında Kanun’da açıkça öngörülmemiş bir cezanın veya ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin tatbikinin mümkün olmayacağı, aynı durumun suç ve ceza zamanlaşımı süreleri ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları bakımından da geçerli olacağı düzenleme altına alınmıştır. Hatta Kanun koyucunun verdiği önemi belirtmesi açısından ilkenin sadece suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ile sınırlı da olsa Anayasa’nın 15/2’nci maddesinde korunan ve savaş, seferberlik, sıkıyönetim gibi olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak olan 5 çekirdek hakkın içerisinde düzenlendiğini ifade edebiliriz⁸³.

Anayasa’ya paralel şekilde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesinde de “suçta kanunilik” ve “cezada kanunilik” olarak ikili ayrımı gidilmiştir. İlkenin 5237 Sayılı Kanun’un 7/1’inci fıkrası ile birlikte değerlendirilmesiyle; yargı organlarının kıyas veya kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yoluyla suç veya ceza ihdas edemeyeceği, kanun koyucunun ve yargı organlarının ceza kanunlarının geçmişe yürümeyeceği ilkesiyle bağlı olduğu (lehe hükümler istisna) ve belirlilik ilkesi gereği haksızlık teşkil eden fiillerin gerçekleşmesi öncesinde ancak Kanun koyucu tarafından düzenlenmesi halinde kişiler üzerinde sorumluluk doğurabileceği sonuçlarına ulaşmaktayız⁸⁴.

Ceza hukuku alanında mutlak bir uygulama alanına sahip olduğu noktasında tereddüt bulunmayan ‘suç ve cezada kanunilik ilkesi’nin disiplin suç ve cezaları ile kabahatler bakımından uygulamasında ise Kanun koyucunun daha esnek bir yol izlediği görülmektedir⁸⁵. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu’nun 4’üncü

⁸² Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 54.

⁸³ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 54.

⁸⁴ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 57.

⁸⁵ İzzet Özgenç - Cumhur Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 14.

maddesinde düzenlendiği ve doktrinde kabul gören genel görüşe göre kabahat oluşturacak fiillerin tespitinde günün ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla genel çerçevesi kanunda belirtilmek şartıyla idare tarafından genel ve düzenleyici işlemler yoluyla suç oluşturulabileceği ifade edilse de karşılığında öngörülecek yaptırımların türü, süresi ve miktarı konusunda ilkenin istisnasız geçerli olduğu savunulmaktadır⁸⁶. Disiplin suç ve cezaları açısından ise gerek 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu gerek de 7068 Sayılı Kanun'da açık bir düzenleme bulunmaması, ilk bakışta mezkûr ilkenin disiplin hukuku alanında uygulanıp uygulanmayacağı noktasında tereddütlere yol açmaktadır⁸⁷.

Ancak Anayasa Mahkemesi bu ilkenin ceza hukukunda uygulandığı katılıkta disiplin hukukunda da geçerli olması gerektiği görüşündedir⁸⁸. Nitekim Mahkeme'nin 2017 yılında 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 56/1'inci fıkrasının ilgili kurumun personelinin disiplin cezalarının yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin kısmının Anayasa'ya aykırılığı iddiasına ilişkin yaptığı inceleme sonucunda verdiği kararında; TRT personelinin yürüttüğü hizmet sebebiyle memur ve diğer kamu görevlisi kapsamında kabul edilmesi gerektiği, Anayasa'nın 128'inci maddesinde bu nitelikteki personelin diğer özlük işlerinden sayılmasında tereddüt bulunmayan disiplin işlemlerinin münhasıran kanunla düzenlenmesinin öngörüldüğü, korudukları hukuk değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların farklı olması noktasında Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen 'suç ve cezada kanunilik' ilkesinin disiplin suç ve cezaları açısından her ne kadar esnek bir uygulanma alanı olacağı kabul edilse de her iki suçun karşılığı olarak öngörülen yaptırımların 'cebiri' içermesi sebebiyle mezkûr anayasa maddesinin her iki suç arasında bir ayırım yapmadığı, iptale konu Kanun hükmünün disiplin suçları, cezaların türleri, ceza vermeye yetkili amir ve kurullar, zamanaşımı süreleri, cezalara itiraz, savunma hakkı gibi hiçbir hususu genel çerçevesiyle dahi içermediği gerekçesiyle Anayasa'nın 38 ve 128/2'nci maddelerine aykırı olduğuna hükmetmiştir⁸⁹.

Anayasa Mahkemesi 2013 yılında verdiği diğer bir kararında ise 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48/1'inci maddesinin 37

⁸⁶ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 57.

⁸⁷ Değirmenci, "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları", s. 21.

⁸⁸ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 56.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/182, K. 2017/111, 14/06/2017, Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/100, K. 2015/6, 14/01/2015 (Yüksek Öğretim Kurumu), Anayasa Mahkemesi, E. 2015/85, K. 2016/3, 13/01/2016 (Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü).

ile 46'ncı maddelerinde yer alan 'eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanır' ifadesinin Anayasa'ya aykırılığına ilişkin başvuru hakkında yaptığı inceleme sonucunda "suç ve cezada kanunilik ilkesi"ne vurgu yaparak suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin sadece şekil bakımından kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmayacağı, içerik bakımından da bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli açıklık ve kesinlikte öngörülebilmesine imkân verecek düzeyde kaleme alınmaları gerektiği, bu kapsamda 'kıyasa' yönlendiren bu düzenlemenin Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline hükmetmiştir⁹⁰. Bu karar doğrultusunda 7068 Sayılı Kanun'un 34/1'inci maddesinin açık atfı ile 657 Sayılı DMK'nın 125'inci maddesinin sondan dördüncü fıkrası gereği 'nitelikleri ve ağırlıkları itibari ile benzer eylemde' bulunulması şartı ile idareye kıyas yetkisi verilerek disiplin suçları açısından getirilen esnek uygulamanın öğretide genel olarak kabul görmesine rağmen dava konusu olması halinde iptal edilme potansiyeli taşıdığını ifade edebiliriz.

Son dönemde idare mahkemeleri de Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihatlarla uygun olarak benzer gerekçelerle suçta⁹¹ ve cezada⁹² kanunilik ilkesini disiplin işlemleri bakımından aramaya başlamıştır.

⁹⁰ AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, 03/10/2013.

⁹¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesinin 14.03.2019 tarihli ve E. 2019/492, K. 2019/966 sayılı kararı, '...davacı olan polis memurunun 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında 'ivedilikle görev yerlerine geçmeleri, imkânı olmayanların ise ikametlerine en yakın emniyet binalarına gitmeleri' (aynı emir jandarma personeli için de verildi) talimatına uymayarak ikametinden ayrılmaması fiili ile ilgili 7068 Sayılı Kanun'un 8/3 - c/2 maddesi gereği hakkında tesis edilen 'Onbir gün aylık kesimi' cezasının iptali talepli başvurusuna ilişkin yaptığı inceleme neticesinde disiplin işlemine esas fiilin işlendiği tarih itibari ile ETDT'nin yürürlükte olduğu, bu mevzuatta yapılan incelemede disiplin cezasını gerektiren fiilin disiplin suçu olarak saptanan eylem, işlem ve davranışlar arasında gösterilmediği, yani 'işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği' gerekçesiyle iptaline...'.
'

⁹² Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 08.03.2019 tarihli ve E. 2018/1346, K. 2019/515 sayılı kararı, '...şehit olan bir personelin ailesine haber verme heyetine katılması önünde amiri tarafından usulüne uygun olarak verilen hizmete müteallik emri geçersiz mazeretlerle yerine getirmeyen davacıya 7068 Sayılı Kanun'un 8/1, ç - 4 ve 7/2'nci maddeleri gereği verilen 'On Ay Kısa Süreli Aylıktan Kesme' cezasının iptali talebine ilişkin yaptığı inceleme neticesinde Kanun'da hem kısa süreli durdurma cezaları hem de aylıktan kesme cezaları incelendiğinde "On Ay Kısa Süreli Aylıktan Kesme" cezası şeklinde bir cezaya yer verilmediğinden yasal dayanaktan yoksun disiplin cezasının tesis edildiği işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline...'.
'

C. Disiplin Hukuku Kapsamında Lehe Olan Hükümün Uygulanması İlkesi

“Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”ni tamamlayıcı nitelikte olan ve 5237 Sayılı Kanun’un 7/2’nci maddesinde düzenleme altına alınan lehe hükümün uygulanması ilkesi ile disiplinsizlik teşkil eden fiilin gerçekleşmesi sonrası disiplin mevzuatında değişiklik yapılması halinde, memurun lehine olan hükümlerin uygulanması amaçlanmaktadır. Çalışmamız kapsamında ifade edeceğimiz birçok usul ilkesi gibi ceza hukuku menşeli olan bu ilke, sonradan getirilen hüküm ile disiplinsizliğin karşılığı olan disiplin cezasının ağırlığının azalması halinde olabileceği gibi aleyhe bir durum oluşturan düzenlemenin dayanak yapılmaması şeklinde de gerçekleşebilir⁹³.

Kanunilik İlkesine aykırı nitelikte olan 7068 Sayılı Kanun’un Geçici 1/1, 2’nci maddesi ile getirilen düzenleme sonucu; bu kanun öncesinde genel kolluk görevlilerinin haklarında verilmiş disiplin cezalarının ve devam etmekte olan disiplin soruşturmalarının, fiillerin işlenmesinden sonra yürürlüğe giren 7068 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında değerlendirileceği kabul edilmiştir. Aşağıda örneklerini vereceğimiz şekilde iptal davalarına da konu olan bu ihlal hali, önceleri güncel yargı kararları ile giderilmeye çalışılmaktaydı⁹⁴. Tabii konu ile ilgili verilen istikrarlı yargısal içtihatlar sonucunda Kanun koyucu, 18.10.2018 tarihli 7148 Sayılı Kanun ile 7068 Sayılı Kanun’un Geçici 1/2’nci maddesinde yaptığı değişiklik ile bu kanunun disiplin soruşturmasının usul, yetkili disiplin amiri/kuruluna ilişkin hükümlerinin derhal uygulama ilkesi gereği uygulanmasına

⁹³ Boz, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, s. 30 - 31.

⁹⁴ Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 20.04.2017 tarihli ve E. 2015/4973, K. 2017/1715 sayılı kararı, ‘...polis memuru olan davacının polis lojmanı çevresinde koruma nöbetçisi olarak görevli olduğu nöbet kulübesinde Nöbetçi Müdür tarafından yapılan denetlemede ışıklar kapalı şekilde sandalye üzerinde uyur vaziyette tespit edildiği olay ile ilgili...Disiplin Kurulu tarafından ETDT’nin 7/D - 1 maddesi gereği hakkında tesis edilen 24 ay uzun süreli durdurma cezası ile ilgili İdare Mahkemesi’nin Danıştay 16. Dairesi’nin verdiği bozma kararına uyarak disiplinsizlik teşkil eden fiilin sübuta erdiği gerekçesiyle verdiği davanın reddi kararının yine Danıştay 12. Dairesi tarafından eksik soruşturma sonucu disiplinsizliğin hiç bir tereddütte yer vermeyecek şekilde ortaya konamamasından dolayı verilen bozma kararına karşı İdare Mahkemesinin kendi verdiği davanın reddi kararında ısrar etmesi ile ilgili temyiz incelemesinde... davaya baktığı dönemde yürürlüğe giren 682 Sayılı OHAL KHK’sının Geçici 1/1’inci maddesi gereği uyuşmazlığın bu KHK hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerektiği, disiplinsizlik oluşturan fiilin 16 ay uzun süreli durdurma cezasını gerektiren 682 Sayılı KHK’sının 8/5 - b, 3’üncü maddesine karşılık geldiği, kural olarak idari işlemlerin yargısal denetiminin, tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yapılması gerekmekte ise de disiplin cezaları yönünden lehe olan normun uygulanması ilkesinin geçerli olduğu, mevcut hukuki durum itibari ile Tüzük’teki 24 ay uzun süreli durdurma cezasına oranla lehe düzenleme getiren 16 ay uzun süreli durdurma cezası ile memurun tecziye edilmesi gerektiğinden İdare Mahkemesi’nin ısrar kararının bozulmasına...’.

devam edilirken disiplin cezaları ile ilgili farklı durumların ortaya çıkması halinde ise lehe olan hükmün uygulanması gerektiği hususunu, ilkenin disiplin hukukundaki önemine binaen, açıkça ve ayrıca düzenleme altına almıştır.

Ceza hukukunun aksine disiplin hukukunda; disiplin cezalarının tesis edildiği anda bütün hukuki sonuçlarının gerçekleşmesi sebebiyle, ilgili kamu görevlisi hakkında kesinleşen disiplin cezası ile ilgili sonradan getirilecek lehe düzenlemenin uygulanma imkânı kalmayacaktır. Bu kapsamda disiplin cezasının kesinleşmesinden kastımız ise; sadece idari usullerin tüketilmesi değil, yargılama sürecinin de tamamlanmasıdır⁹⁵.

D. Disiplin Hukuku Kapsamında Adil Yargılanma Hakkı ve Alt İlkeleri

Günümüzde adil yargılanma ilkesi; İkinci Dünya Savaşı'nın uluslararası düzeyde sebep olduğu büyük yıkımın ve özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda bıraktığı kötü tecrübelerin sonucu olarak önce Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi gibi birçok anlaşmada düzenlendikten sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi ile de uluslararası düzeyde koruma altına alınmıştır. Yaşadığımız dönem dışında ilkenin geçmiş gelişim sürecine bakıldığında insan haklarına dair ilk belge olarak kabul edilen ve Papa III. Innocentius, İngiltere Kralı John ve baronları arasında hukukun Kralın arzu ve isteklerinden daha üstün olduğunun kabul edildiği 1215 tarihli "Magna Carta Libertatum"u da dâhil olmak üzere özellikle Anglo Sakson hukukun hâkim olduğu bölgelerde yine insan hakları noktasında büyük öneme sahip, yargısız infazın yasaklanmasını içeren 1628 tarihli "Petition of Rights" ile insanlık dışı cezaların kaldırılması ve masumiyet karinesini içeren 1689 tarihli "Bill of Rights" belgelerine kadar eski bir tarihe sahip olduğunu görmekteyiz⁹⁶.

Türk hukukunda ise 4709 Sayılı Kanun'un 14'üncü maddesi ile Anayasa'nın 36'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına yapılan ekleme ile hak arama hürriyeti kapsamında düzenlenmiştir. Ayrıca 2004 yılında Anayasa'nın 90'ıncı maddesinde yapılan değişiklik ile düzenlenen temel hak ve özgürlükleri içeren uluslararası antlaşmalar karşısında yasaların ihmal edileceği hükmü gereği AİHS'nin 6'ncı maddesi kapsamında düzenlenen hali ile de adil yargılanma hakkının iç hukukumuz açısından geçerliliğinin kabulü gerekmektedir.

⁹⁵ Söyler, "İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması", s. 53.

⁹⁶ Tuğba Bayraktar - Nuran Koyuncu, "Adil Yargılanma Hakkı", *Second International Congress on Political, Economic and Social Studies*, 2017, s. 166.

1. Tarafsızlık İlkesi

Yargı sùjelerinden hâkimin somut olay üzerinde muhakeme içi faktörlerin tesirinde kalmaksızın taraf tutmadan, kendi kişiliğinden dahi sıyrılarak, davanın taraflarına eşit mesafede durması yoluyla muhakeme sürecinin yürütülmesi olarak karşımıza çıkan tarafsızlık ilkesi AİHM nezdinde; gerek tarafların değişmesi halinde dahi aynı konuda aynı kararın verilmesi olarak sübjektif tarafsızlık gerek de kurumsal boyutta yargı organlarının kişiler üzerinde güven duygusu etkisi yaratan görünüm-leri olarak objektif tarafsızlık olmak üzere iki ayrı şekilde ele alınmaktadır⁹⁷.

Türk hukukunda 5271 Sayılı CMK'nın 22'nci maddesinde düzenlenen 'Hâkimin Reddi' sebepleri ile 23'üncü maddesinde düzenlenen 'Hâkimin Yargılamaya Katılamayacağı Haller' arasında sayılan ve aynı Kanun'un 289'uncu maddesine göre de hukuka kesin aykırılık teşkil eden "olayın tarafı olma" halinde hâkimin tarafsızlığı üstünde oluşan şüphe sebebiyle tarafsızlık ilkesinin ihlal edilmiş olacağı karine olarak kabul edilmiştir.

Disiplin hukukunda disiplin soruşturması yapılması yönünde verilen her kararın aynı zamanda her soruşturma için "soruşturmacı" görevlendirilmesini gerekli kılması ve soruşturmacının da her insanlar gibi duygusal bir yanı olması, tarafsızlık ilkesi açısından disiplin soruşturmacısının "niteliklerinin" önemini ortaya çıkarmaktadır⁹⁸.

7068 Sayılı Kanun kapsamında disiplin amirlerinin takdirine bağlı olarak disiplinsiz davranışın muhatabı personelin sıralı herhangi bir disiplin amiri soruşturmayı bizzat yürütebileceği⁹⁹ gibi 7068 Sayılı Kanun'un 14/1 ve 2'nci fıkrası gereği yazılı emri ile görevlendireceği bir soruşturmacı veya birden fazla üyeden mütevellit heyet yoluyla da yerine getirebilir. Kanun Koyucu; soruşturmacının görevlendirilebileceği memur sınıfları bakımından sınırlamaya gitmiştir. 7068 Sayılı Kanun'un 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre disiplin soruşturmacısı; ancak vali, vali yardımcısı, kaymakam¹⁰⁰ ve ilgisine göre genel kolluk

⁹⁷ Cumhur Şahin - Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuk - I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 239.

⁹⁸ Söyler, "İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması", s. 68.

⁹⁹ Bkz. Danıştay 8. Dairesinin 10.02.1992 tarihli ve E. 1991/1310, K. 1992/215 sayılı kararı, 'Geçmiş tarihli bir kararında Mahkeme; disiplin amirinin disiplinsizlik teşkil eden fiilin muhatabı memur hakkında soruşturma yapması ve daha sonra da disiplin amiri sıfatıyla, kendi yetkisi dâhilindeki disiplin cezasını vermesini hukuka aykırı bulmamış, bu durumun işlemin geçerliliğini etkilemeyeceğine hükmetmiştir'.

¹⁰⁰ RG, T. 23.07.1965, S. 12056, 'Madde 36 - XI - Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfı, Bu sınıf, valiler ve kaymakamlar ile bu sıfatları kazanmış olup İçişleri Bakanlığı merkez ve iller kurulunda çalışanları ve maiyet memurlarını kapsar...'.

hizmetleri sınıfında görevli personel arasından belirlenecektir. Ayrıca disiplin soruşturmacısı olarak görevlendirilen personelin “müfettiş” olması dışında, disiplinsizliğin muhatabı memurun üstü¹⁰¹ durumunda olması gerekmektedir. Disiplin soruşturmasının heyet halinde yapılması durumunda, sadece heyet başkanının “üst olma” şartını yerine getirmesi yeterli olacaktır.

Yukarıda ifade ettiğimiz şekilde ceza muhakeme hukukunda düzenlenen “hâkimin reddi” sebeplerine paralel olarak 7068 Sayılı Kanun’un 14’üncü maddesinin 4’üncü fıkrası ile disiplin soruşturmacısının belirlenmesinde, disiplinsiz davranışta bulunan memur ile aralarında belirli derecede kan veya kayın hısımlığı bulunup bulunmamasının gözetilmesi şartı getirilmiştir. Bu kapsamda hiç kimse; boşanmaları halinde dahi eşleri, ikinci dereceye kadar kan veya kayın hısımları ile ilgili disiplin soruşturmacısı olarak görevlendirilemez. Bu şekilde yakınlıkları gereği daha çok menfaat veya çıkar durumları olabilecek kişilerin birbirleri hakkında soruşturma yapması engellenerek “tarafsızlık ilkesi” korunmak istenmiştir.

Kanunda düzenlenmese de yine az önce ifade ettiğimiz 5271 Sayılı CMK’nın 23’üncü maddesinde düzenlenen ‘Hâkimin Yargılamaya Katılamayacağı Haller’e benzer nitelikte istikrarlı yargısal içtihatlar sonucu oluşan diğer bir sınırlandırma ise; 7068 Sayılı Kanun m. 14’te belirtilen “ilgisine göre” şartı gereği uygulamada genel olarak sadece memur ile aynı yerde çalışan kişilerin arasından disiplin soruşturmacısı görevlendirilebileceğinden, aralarında geçmiş dönemde yaşanmış ilişki ve anlaşmazlıklar, soruşturmanın nesnellliğini etkileyebilecektir¹⁰². Benzer şekilde disiplin amiri adına disiplin soruşturmasını yürüterek meydana gelen disiplinsizlikle ilgili delilleri toplayan, bilgi sahiplerinin ifadesine başvuran, kendi görüşünü belirterek hazırladığı soruşturma raporunu yetkili disiplin kuruluna sunan soruşturmacının, aynı zamanda disiplin kuruluna üye olarak katılıp oy kullanması da tarafsızlık ilkesini ihlal ederek tesis edilen disiplin cezasını hukuka aykırı hale getirmektedir¹⁰³. Son olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması maksadıyla disiplinsizlik ile ilgili yapılan soruşturma esnasında bilgisine başvuru tanıkların da oluşturulan soruşturma heyetinde görev almamaları¹⁰⁴ gerekmektedir. Aksi durumda disiplin soruştur-

¹⁰¹ RG, T. 08.03.2018, S. 30354, ‘Madde 3 - ...j) Üst: Makam, rütbe veya kıdem büyüklüğünü...’.

¹⁰² Esendemir, “682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası”, s. 196.

¹⁰³ Kaya, “İdari Usul İlkeleri Açısından Disiplin Hukuku”, s. 30.

¹⁰⁴ Kastamonu İdare Mahkemesinin 17.10.2018 tarihli ve E. 2018/105, K: 2018/346 sayılı kararı, ‘...davacının kendisinin de içinde bulunduğu 16 kişiyle birlikte içtimaya katılmaması üzerine...hakkında tesis edilen disiplin cezasının iptaline ilişkin inceleme neticesinde...ek soruştur-

masının objektifliğine şüphe karışacak, disiplinsizliğin muhatabı memurun adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Disiplin amirinin de disiplin cezası uygulanacak memur ile belli derecede yakınlığının olması, geçmişten kalma aralarında bir ihtilaf halinin bulunması veya olayın tarafı olması¹⁰⁵ hallerinde; disiplin soruşturmasını bizzat yapması veya bağımsız bir soruşturmacı aracılığı ile yaptırdığı soruşturmada disiplin cezası verme yetkisini kullanması, tarafsızlık ilkesinin ihlalini oluşturacaktır. Kısaca ifade edecek olursak; yukarıda bahsettiğimiz disiplin amirinin tarafsızlığına gölge düşüren durumlarla ilgili, hukuka aykırılığı önlemek adına disiplin cezası verilmek üzere dosya sıralı üst disiplin amirine sevk edilmeli, disiplin cezası olayla hiçbir bağlantısı bulunmayan bu amirler tarafından tesis edilmelidir.

2. 'Non Bis In Idem' İlkesi

"Mükerrer cezalandırma yasağı" olarak da bilinen ilke, ceza hukuku alanında kişilerin işlemiş oldukları adli suç oluşturan bir eylemden dolayı yargılanmaları ve cezai işleme tabi tutulmaları sonrasında aynı kişi ile ilgili aynı eylemden dolayı, hukuk alanında ve toplum nezdinde temizlenmiş olacakları kabulü sonucu olarak 5271 Sayılı Kanun m. 223/7 gereği tekrar yargılama yapılmaması ve 5237 Sayılı Kanun m. 44/1 gereği tekrar ceza verilmemesi anlamına gelmektedir.

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun¹⁰⁶ genel kanun niteliği gereği 15'inci maddesinin aksi özel kanunlarda düzenlenmediği sürece tüm idari yaptırımlar açısından geçerli olduğu gibi hukuki mahiyette bir idari yaptırım olan disiplin cezaları bakımından da geçerliliğinin kabulü gerekmektedir. Bu madde kapsamında bir değerlendirme yapacak olursak ne bis in idem ilkesi; sadece "para cezası"nı öngören idari yaptırımlar açısından geçerli olmakta, ancak kabahat oluşturan fiilin, aynı zamanda farklı bir idari yaptırım gerektirmesi halinde uy-

ma raporunda tanık sıfatıyla ifadesi alınan 7 kişinin içinde bulunan Uzm.J.VIII.Kd.Çvş... 'un aynı zamanda disiplin soruşturması yürütmekle görevli üç kurul üyesinden biri olarak görev yapması ve disiplin soruşturması neticesinde hazırlanan raporda kurul üyesi olarak imzasının bulunması... ilgili disiplin cezasının, tanık olarak ifadesine başvuru olan kişinin aynı zamanda soruşturmacı olarak görev almasının soruşturmanın objektiflik ve tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline...'

¹⁰⁵ Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 25.01.2019 tarihli ve E. 2018/1228, K. 2019/141 sayılı kararı, '...davacının disiplin amiri olan...Bölük Komutanı'nı koridordan geçerken görmesine rağmen başında şapka olmadığı gerekçesiyle selam vermemesi olayında hakkında tesis edilen ...disiplin cezası olayın tarafı disiplin amiri tarafından verilmesinin tarafsızlık ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturması sebebiyle iptaline...'

¹⁰⁶ RG, T. 31.03.2005, S. 25772.

gulama alanı bulamamakta, suç teşkil etmesi halinde ise yine geçerliliğini korumaktadır. Tabi bu kısımda belirtmek gerekir ki, Kabahatler Kanunu kapsam bakımından herkese uygulanabilen, belli bir kuruma dâhil olmayı gerektirmeyen bir düzenlemedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan özel kanun niteliğindeki 7068 Sayılı Kanun açısından 5326 Sayılı Kanun'a kısmen paralel bir düzenlemeye gidilmiştir. 7068 Sayılı Kanun'un 4/2 ve 3'üncü fıkraları gereği tek fiilin bu kanun kapsamında birden fazla disiplin cezası gerektirmesi halinde sadece en ağır olan disiplin cezası işlemi tesis edilecek, ayrı ayrı cezalandırma yapılmayacaktır. Ancak fiilin farklı bir düzenleme kapsamında idari yaptırım gerektirmesi halinde; aynı maddenin 4'üncü fıkrası gereği ayrıca 7068 Sayılı Kanun'a göre de disiplin cezası verilebilecektir¹⁰⁷. Yani "non bis in idem" kuralı, 7068 Sayılı Kanun kapsamında sadece bu kanunda düzenlenen disiplin suç ve cezaları ile ilgili uygulama alanı bulacaktır.

Çalışma konumuz açısından idari hukuku kapsamında memurun statüsü gereği tabi olduğu mevzuatta düzenlenen disiplinsiz davranışların, aynı zamanda ceza hukuku açısından adli suç olarak düzenlenen "tipik haksızlığı" da oluşturması mümkündür. Hatta Yasa koyucu genel olarak gerek kurumun itibarının korunması gerek de kamu hizmetinin devamlılığı için adli suçlara karşılık gelen disiplin suçlarının büyük çoğunluğuna rütbe durdurma cezalarından devlet memurluğundan çıkarmaya kadar sonuçları ağır yaptırımlar bağlamıştır¹⁰⁸.

Türk hukukunda bulunan mevcut düzenlemeleri inceleyecek olursak, 657 Sayılı Kanun'un 131'inci maddesi gerek disiplin soruşturmasının gerek de disiplin cezası uygulamasının ceza kovuşturması ve hükmünden bağımsız olduğunu ortaya koymaktadır. Kanun koyucu bu düzenlemeye paralel olarak 7068 Sayılı

¹⁰⁷ Kısa bir örnek ile durumu açıklayacak olursak jandarma personelinin aldığı alkol etkisinde polis bölgesinde bulunan şahsi konutunda komşuları rahatsız edecek şekilde "nara atması" sonucu 5326 Sayılı Kanun'un 35'inci maddesi gereği sarhoşluk etkisiyle çevreye verdiği rahatsızlıktan dolayı yetkili Emniyet Müdürlüğü'ne bağlı polis memurları tarafından idari para cezası verilecek, aynı zamanda bağlı olduğu Jandarma Birliği tarafından da 7068 Sayılı Kanun'un 8/4 - b, 6'ncı maddesi gereği kurumun itibarını olumsuz yönde etkileyen davranışlarda bulunması sebebiyle "altı ay kısa süreli durdurma cezası" ile ikinci bir idari yaptırıma tabi tutulacaktır. Örnek olayda belirtilen şekilde 7068 Sayılı Kanun dışında farklı bir düzenlemeden dayanağını alan idari yaptırımlar, diğer kurumlar tarafından uygulanabileceği gibi personelin mensubu olduğu kurum tarafından da diğer bir idari yaptırım olarak uygulanabilir.

¹⁰⁸ Esendemir, "682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası", s. 70.

Kanun'un 5'inci maddesi ile de adli soruşturma ve kovuşturmanın disiplin soruşturması açısından bağlayıcı olmayacağını tekrar hüküm altına almıştır. Kanun koyucunun bu şekilde düzenlemeye gitmesinin sebebi ise hiç kuşkusuz, disiplin soruşturması ile adli soruşturmanın birbirinden farklı alanları koruduğu düşüncesidir¹⁰⁹.

Her ne kadar kural bu olsa da "yargının güvenilirliği" ve "kesin hükmün önlleyici etkisi" kapsamında bazı durumlarda ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlar, idare açısından dikkate alınmalıdır¹¹⁰. Danıştay'ın ve İdare Mahkemeleri'nin konu ile ilgili çelişkili kararları bulunsa da içtihatların büyük bir kısmı genel bir görüş oluşturacak şekilde süreklilik göstermiştir. Bu genel görüşe göre; ceza muhakemesi sonucunda kişiye isnat edilen fiilin hiç meydana gelmemiş olması veya ilgili memur tarafından işlenmemiş olması gerekçesi ile verilen beraat kararları, aynı fiille ilgili disiplin soruşturması yürüten idare veya disiplin soruşturması sonucunda verilen ceza ile ilgili iptal yargılaması yapan idare mahkemeleri tarafından bağlayıcı kabul edilmelidir. Aksi yönde kabulün idarenin yargı kararını tanımaması, aynı fiille ilgili farklı devlet makamları tarafından iki zıt görüşün ve sonucun ortaya çıkması anlamlarına geleceği, bu durumların sonucu olarak da kişilerin yargıya ve idareye olan güveninin olumsuz yönde etkileneceği ve kesin hüküm (muhkem kazıye) ilkesi ile de bağdaşmayacağı belirtilmektedir¹¹¹. Gerçekten de hiyerarşik yapıda bulunan idarenin aksine, bağımsız ve tarafsız hâkimler tarafından ceza muhakemesi hukukunun sıkı usul hükümleri kapsamında yapılan soruşturma ve kovuşturma sonucu verilen kesin

¹⁰⁹ Yücel Oğurlu, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis In Idem" Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 52, S. 2, s. 112.

¹¹⁰ Danıştay 5. Dairesinin 16.10.2017 tarihli ve E. 2016/15433, K. 2017/21093 sayılı kararı, "...polis memuru olan davacının 'rüşvet almaya teşebbüs' fiilini işlediği gerekçesiyle...Disiplin Kurulu tarafından hakkında tesis edilen 'meslekten çıkarma' disiplin cezasının iptali istemli başvurunun aynı fiil nedeniyle...Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülen ceza muhakemesi sonucunda hapis cezasına hükmedilmesi sebebiyle suçun sübuta erdiği kabulü gereği reddedilen davanın temyiz incelemesinde, anılan suçun 5237 Sayılı TCK'da açıkça tanımlanmış olması sebebiyle davacının bu suçu işleyip işlemediğinin, ancak ceza mahkemesince verilecek karar sonucunda belirlenebileceği, ilgili ceza mahkemesince verilen kararın halen daha Yargıtay aşamasında olduğu ve kesinleşmediği, bu durumda söz konusu ceza davasının sonuçlanıp sonuçlanmadığı hususunun İdare Mahkemesi'nce araştırılması ve davacı hakkında ceza yargılaması sonuçlandıktan sonra disiplin cezasına konu fiillerin işlenip işlenmediği konusunda yeniden bir değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeksizin davacının üzerine atılı fiillerin sübut bulduğu kabulü gereği verilen İdare Mahkemesi'nin red kararının bozulmasına..."

¹¹¹ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, C. 2, s. 1190.

hüküm niteliğindeki kararların hem disiplin soruşturmasını hem de disiplin cezasının iptali ile ilgili idari yargılamayı etkilemesi, adil bir karara ulaşabilmek açısından en uygun yol olacaktır¹¹².

Disiplin soruşturmasına konu fiilin ceza yargılaması sonucunda ilgili memur tarafından işlendiği ile birlikte kanunda tanımlanan suçun unsurlarının, tipikliğin, oluşmaması gerekçesi ile hakkında delil yetersizliğinden beraat kararı verilmesi halinde; idare, yeniden aynı fiille ilgili disiplin soruşturması kapsamında ayrı bir değerlendirme yapabilecektir¹¹³. Yani kişinin delil yetersizliği gerekçesi ile beraat kararına konu olan davranışlarının disiplin suçunun oluşması açısından yeterli olması halinde, idare tarafından kişi hakkında disiplin cezası tecziye edilebilecektir¹¹⁴. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 20 Ekim 2020 tarihli devrim niteliğinde aldığı iki kararında aynı fiile ilişkin ceza yargılamasında delil yetersizliğinden beraat alan başvurucular hakkında disiplin cezası tesis edilmesi haline ilişkin yaptığı incelemede; idare mahkemelerinin ceza mahkemeleri tarafından yapılan fiilin sübutuna ilişkin tespitlere saygı göstermesi ve bu ifadeleri sorgulayacak bir dil kullanmaması gerektiği, ancak somut olayda suç teşkil eden fiilin sübutuna ilişkin idare mahkemeleri tarafından kullanılan ifadelerin ceza muhakemesi sonucunda ulaşılan sonucun tartışmaya açılması yanında kararı okuyanlar yönünden başvurucunun üzerine atılı suçu işlediği izleniminin oluşmasına sebebiyet verdiği, bu halin beraat kararının anlamsızlaşmasına ve bu yolla başvurucunun masumiyeti hakkında şaibelere sebep olduğu, nihayetinde belirttiğimiz gerekçeler bağlamında başvurucunun Anayasa'nın 36 ve 38'inci maddeleriyle koruma altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹¹⁵. Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği bu içtihat karşısında artık ceza muha-

¹¹² Söyler, "İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması", s. 72.

¹¹³ Danıştay 8. Dairesinin 26.12.1995 tarihli ve E. 1995/3666, K. 1995/4612 sayılı kararı, "...polis memuru olan davacının yurt dışına sahte pasaport ve sahte vize ile çıkış yapmak isteyen kişilerin belgelerine çıkış kaşesi vurması şeklinde meydana gelen disiplinsizlik olayına ilişkin hakkında...Disiplin Kurulu tarafından tesis edilen 'meslekten çıkarma' disiplin cezasının...aynı fiil kapsamında yargılandığı ceza mahkemesinden beraat kararı alması sebebiyle iptal edilmesi istemi hakkında yaptığı incelemede...kişinin soruşturmacıya verdiği ifadesinde disiplinsizliğe konu fiili işlediğini doğruladığı, ancak davacının yargılandığı aynı olay veya eylem nedeniyle ceza davasında delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı aldığı, bu kararın da idare mahkemesi tarafından bağlayıcı olamayacağı gerekçesi ile ilk derece idare mahkemesinin iptal kararının kaldırılmasına..."

¹¹⁴ Oğurlu, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis In Idem" Kuralı", s. 116.

¹¹⁵ Hüseyin Sezgin, B. No: 2016/13566, 20/10/2021, Barış Baş, B.No: 2016/14253, 20/10/2021.

kemesi sonucunda verilen beraat kararlarının niteliğine bakılmaksızın idare mahkemeleri veya idare tarafından esas alınması gerektiği konusunda kanaatimizce şüphe kalmamıştır.

Konu ile ilgili iç hukukumuzda az sayıda düzenleme bulunmaktadır. 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesi gereği Yüksek Öğretim Kurumu personeli bakımından kovuşturma¹¹⁶, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 72'nci maddesi gereği yargı mensupları bakımından da soruşturma aşamasından¹¹⁷ itibaren belli şartlar altında ceza kovuşturması veya soruşturmasının "bekletici mesele" yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde, devam eden ceza muhakeme süreçleri dikkate alınarak tesis edilecek disiplin işlemi, sadece disiplin soruşturmasına dayalı olarak yapılacak işleme göre daha çok vakit alacak olsa da daha kapsamlı ve güvenilir olacaktır¹¹⁸.

Yine 7068 Sayılı Kanun kapsamında bulunan kamu personeli açısından sadece 5237 Sayılı TCK'da bulunan suç ve cezalar açısından EGM personeli için bir düzenleme bulunmaktadır. 3201 Sayılı Kanun'un 81'inci maddesi gereği disiplin soruşturması kapsamında elde edilen delillerin "fiilin sübuta erdiğinin" veya "ilgili memur tarafından fiilin işlendiğinin" sabit olması kapsamında yeterli olmadığı, daha geniş yetkilere sahip yargı organları tarafından yapılacak soruşturma sonucunda verilecek mahkeme kararlarına ihtiyaç duyulduğu hallerde, bu kararların "bekletici mesele" yapılabileceğini ifade edebiliriz. Ayrıca YÖK personeli açısından belirttiğimiz düzenlemenin aksine, burada idarenin veya disiplin cezası ile ilgili iptal davasına bakan idare mahkemesinin bekleyeceği kararın, ilk derece mahkemesi tarafından verilen temyize açık ilk karar mı yoksa kesinleşmiş mahkeme kararı mı olacağı, ilgili hükümde düzenleme altına alınmamıştır. Yukarıda ifade ettiğimiz diğer düzenlemelere ve konu ile ilgili son dönemlerde verilen Danıştay kararlarına baktığımızda, ilk derece mahkemelelerinin vereceği kararların yeterli olmayacağı, "kesin hüküm" niteliğindeki kesinleşmiş mahkeme kararlarına ihtiyaç duyulduğu ifade edilebilir¹¹⁹.

¹¹⁶ RG, T. 06.11.1981, S. 17506.

¹¹⁷ RG, T. 26.02.1983, S. 17971.

¹¹⁸ Esendemir, "682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası", s. 38.

¹¹⁹ Esendemir, "682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası", s. 39.

3. Şüpheden Sanık Yaralanır İlkesi

Masumiyet karinesi ile bağlantılı olarak ele alacağımız şüpheden sanık yararlanır ilkesi, ceza hukukunun ana ilkelerinden olmakla birlikte disiplin hukukunda da kabul görmüştür¹²⁰. Adil yargılanma hakkının temel bir parçasını oluşturan bu ilke, disiplinsizliğe konu fiilin, muhatabı personel tarafından gerçekleştirildiğinin veya sübuta erdiğinin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde maddi ve somut deliller ile ispatlanamaması halinde memurun “masum” kabul edilmesini sağlayan hukuki bir güvencedir¹²¹. Yani meydana gelen disiplinsizlikler ile ilgili disiplin cezası tesisinde sadece soyut beyanlar veya idarenin olumsuz görüşleri yeterli olmayacak, ancak hukuka uygun yollardan elde edilen somut bilgi ve belgeler olması halinde gerekli ceza uygulamasına gidilebilecektir.

13'üncü yüzyılın sonlarında “suçluluğu kanıtlanana kadar masumiyet” prensibi iki ayrı yapıda gelişim göstererek biçimlendi. Bir yandan soruşturma kişilerin suçluluğunun kanıtlanması yükümlülüğünü üstlenen ispat kuralları olarak anlaşılırken diğer tarafta hüküm öncesi kişileri cezalandırmanın yıkımından koruyan kalkan olarak kabul edilmiştir. Tarihin birçok döneminde bu iki görüş gerek Kıta Avrupa Hukuk Sistemi'nde gerek de İçtihat Hukukunda tanımlanmıştır. Mesela Fransa'nın masumiyet karinesini insan hakları seviyesine yükselttiği yakın geçmiş zamanda Anglo - Amerikan Hukuk Sistemi ise halen daha ispat kurallarının yargılama öncesi etkisinin olmadığı düşüncesini görme eğilimindeydi. Tabii takdir edersiniz ki masumiyet karinesinin dava öncesi etkisini inkâr eden bu eğilim; eninde sonunda hakkında suç iddiasında bulunulan kişilerin sayılarının artmasına ve bu uygunsuz iddiaların meşrulaşmasına yol açmıştır¹²².

Anayasal düzeyde koruma sağlayan masumiyet karinesi Anayasa'nın 38/4'üncü maddesinde; ‘suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz’ şeklinde düzenlenmiştir. Hatta önemini belirtmek açısından bu koruma ile yetinmeyen Kanun Koyucu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yükümlülüklerin azaltılmasını yasakladığı 15'inci maddesinde bile olmayan¹²³ şek-

¹²⁰ Zehra Odyakmaz - Ümit Kaymak - İsmail Ercan, *İdare Hukuku*, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2015, s. 232.

¹²¹ Söyler, “İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması”, s. 88.

¹²² François Quintard - Morenas, “The Presumption of Innocence in the French and Anglo - American Legal Traditions”, *The American Journal of Comparative Law*, 2010, Vol: 58, No: 1, pp. 149.

¹²³ Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4*, Merkez Baskı ve Tanıtım Hizmetleri Tic. Ltd. Şti, Ankara, 2018, s. 300.

liyle bu korumayı Anayasa'nın 15/2'nci maddesi ile savaş zamanında dahi müdahale edilemeyecek beş çekirdek haktan biri sayarak sağlamıştır.

Masumiyet karinesi gibi şüpheden sanık yararlanır ilkesi de her ne kadar disiplin hukuku kapsamında yasal bir düzenlemeye konu olmasa da çalışmamız bağlamında kabul ettiğimiz ceza hukukunun genel ilkelerinin aksi belirtilmedikçe disiplin hukukunda geçerli olduğu görüşü gereği bu alanda da uygulanabilecektir. Bu kapsamda disiplinsiz davranışın sahibi memur hakkında disiplin cezası tesis edebilmek için yapılacak tarafsız bir soruşturma ile fiilin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve gerçekleşmesi halinde de ilgili memur tarafından işlendiğinin somut ve hukuka uygun delillerle en küçük bir şüpheye bile ihtimal vermeyecek şekilde ortaya konulması gerekmektedir¹²⁴. Bu ifade ettiğimiz ispat yükümlülüğü de pek tabii idare tarafından yerine getirilecektir.¹²⁵ Kimse suçsuz olduğunu ispat etmek zorunda bırakılamaz. Son olarak idarenin sadece hakkında soruşturma yürütülen disiplinsizliğin muhatabı personelin iddiaları ile bağlı olmadığı, resen kendisinin de maddi gerçeğin ispatına yarayacak tüm delilleri incelemekle yükümlü olduğunu belirtelim¹²⁶.

¹²⁴ Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 08.03.2019 tarihli ve E. 2018/1346, K. 2019/515 sayılı kararı, '...terörle mücadele harekâtında yaralı askerin ailesine haber verecek heyete katılması yönündeki hizmete yönelik emri, geçersiz mazeretler ileri sürerek yerine getirmediği olayla ilgili tesis edilen disiplin cezasının iptali talebi hakkında yaptığı inceleme sonucunda, kanun çerçevesinde yapılacak soruşturmalarda isnat edilen fiilin çok yönlü olarak değerlendirilmesi, öne sürülen iddiaların ve savunmanın denk bir şekilde ele alınması ve araştırılması, olayın şüpheye yer vermeyecek şekilde somut delillerle ortaya konulması, aksi tutumla soruşturmanın tek yönlü olarak yürütülmesinin maddi gerçeğin ortaya çıkmasını önleyeceği gibi eksik soruşturma raporunu esas alarak karar veren disiplin amirinin veya disiplin kurulunun tam bir kanaatle karar vermesine engel olacağını belirterek somut olayda isnat edilen eylemin somutlaştırılması amacıyla, davacının olaya tanık olarak gösterdiği kişilerin ifadelerine başvurularak disiplinsizlik oluşturan fiilin davacı tarafından kasıtlı olarak işlenip işlenmediğinin her türlü şüpheden uzak, somut, kesin, yeterli ve inandırıcı delillerle tam bir insani kanaat oluşturacak şekilde ortaya konulması gerekirken bu hususa riayet edilmeksizin eksik soruşturma sonucu tesis edilen disiplin cezasının iptaline...'

¹²⁵ Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, 2005, Cilt: 38, Sayı: 2, s. 72.

¹²⁶ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesinin 23.09.2019 tarihli ve E. 2018/ 7209, K. 2018/5965 sayılı kararı, '...polis memuru olan davacının...isimli facebook sayfasında üstlerinin icraatlarını eleştirici nitelikte...şeklinde yorumlarına ilişkin...Kurulu tarafından hakkındaki tesis edilen disiplin cezasının iptali talebinin...İdare Mahkemesi'nce reddi kararının kaldırılması hakkında yaptığı incelemede, söz konusu paylaşımın yapıldığı sosyal medya hesabının gerçekten davacıya ait olup olmadığı yönünde hiç bir inceleme ve değerlendirme yapılmadan, sadece adli makamlara başvurmadığı için yorumun kendisi tarafından yapıldığı kabul edilerek tesis edilen disiplin cezasının eksik soruşturmaya dayalı olmasından ötürü kaldırılmasına...'

4. Savunma Hakkı

Hukukun genel ilkeleri kapsamında kabul gören, dinlenilme hakkının devamı olarak nitelendirilen savunma hakkı, insanların ceza tehdidi altında gerekeni söyleyememeleri halinde adaletin tecelli edemeyecek olmasından temel dayanağını almaktadır¹²⁷. Hatta doktrinde bazı yazarlar tarafından, birazdan ifade edeceğimiz pozitif düzenlemeler kapsamında disiplin soruşturması açısından uygulanacak olan bu hakkın, aslında tüm idari işlemler bakımından geçerli olması, mevcut düzenlemelerin örnek kabilinde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²⁸.

Adil yargılanma hakkı kapsamında AİHS'nin 6'ncı maddesi ve Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile herkesin bağımsız ve tarafsız mahkemeler huzurunda iddia veya savunmasını dile getirme hakkı, devletin de kişilere bu hakkı kullanabilecekleri ortamı sağlama yükümlülüğü düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca Kanun koyucu, disiplin yaptırımlarının Hukuk Devleti ilkesi ile olan yakın ilişkisi ve kamu görevlilerinin hukuki güvenliği gereği Anayasa'nın 129'uncu maddesi ile "kamu görevi" yürüten kişilere "savunma hakkı" verilmedikçe haklarında disiplin cezası tesis edilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

Uluslararası ve Anayasal düzenlemelere paralel olarak 657 Sayılı Kanun'un 130'uncu maddesi ve 7068 Sayılı Kanun'un 31'inci maddesi ile de yine memurlara disiplin cezası verilebilmesi için öncelikle "savunma hakkı"nın tanınmasının zorunlu olduğu, asgari verilecek süre, verilen sürede hakkı kullanmadan imtina eden kişiler hakkında neler yapılacağı, hakkın niteliği ve içeriği¹²⁹ ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Son olarak da suçun soruşturma sürecinde hukuki niteliğinin değişmesi halinde 5271 Sayılı Kanun'un 226'ncı maddesindeki uygulamaya benzer şekilde kişinin değişiklikten derhal haberdar edilmesi, istemi halinde de tekrar savunma yapabilmesi için yeterli süre tanınması gerektiğini değerlendirmekteyiz¹³⁰.

¹²⁷ İbrahim Pınar, *4483 Sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 731.

¹²⁸ Tekin Akıllıoğlu, "Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", *Akademik İncelemeler Dergisi*, C. 14, S. 3, 1981, s. 55.

¹²⁹ AYM, E. 1997/41, K. 1998/47, 14/07/1998, Anayasa Mahkemesi geçmiş tarihli bu kararında; 'herkesin kendine yönelik isnadın nedeninden ve niteliğinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına sahip olduğu; olayı, isnadın nedenini ve hukuki niteliğini bilmeyen kişilerin kendisini yeterince savunamayacağına açık olduğu, bu hususun, savunma hakkının temelini oluşturduğu belirtilmek suretiyle' savunma hakkının niteliğini ve önemini vurgulamıştır.

¹³⁰ Karadeniz, "Jandarma Genel Komutanlığı Özelinde 7068 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un Usul İlkeleri Çerçevesinde İncelenmesi", s. 83.

5. Ölçülülük İlkesi

Anayasal düzeyde koruma sağlayacak şekilde Anayasa'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere getirilecek yasaklamaların sınırını oluşturmaktadır. Bu kapsamda idare hukukunda tüm idari işlemler, özellikle de disiplin işlemleri açısından başvurulan bir ilkedir¹³¹.

Kamu hizmetlerinin devamlılığı, kamu hizmetinde görevli memurların belli bir uyum ve düzen içinde çalışmasına bağlıdır. Bu sürekliliği sağlamak amacıyla düzenlenen disiplin hükümlerinin yaptırımsız olması nasıl tahallül edilemeyecekse, belirlenecek bu yaptırımların da hukuki olmaması düşünülemez¹³². Bu bağlamda disiplinsizlik teşkil eden fiil ile yaptırım arasında adil bir dengenin sağlanması da hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olacaktır. Ölçülülük ilkesi olarak tanımlayacağımız bu dengeyi idare, disiplin normlarını somut olaya uygularken tesis edilecek olan disiplin cezasının arzu edilen amaca ulaşmada elverişli, zorunlu ve disiplinsizlik teşkil eden fiilin sebep olduğu zarar ile orantılı olmasını¹³³ göz önünde tutarak sağlayacaktır¹³⁴.

Genel olarak disiplin suçlarının nitelik ve ağırlığına göre kademeli artacak şekilde disiplin cezalarının belirlendiği 7068 Sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi gereği idare, disiplin işlemleri ile ilgili takdir yetkisini, ölçülülük ilkesi kapsamında kullanacaktır. Takdir yetkisinin bu kapsamda sınırlanarak kullanılmasının, disiplin tesisine önemli derecede katkı sağlayacağı da muhakkaktır¹³⁵.

¹³¹ Söyler, "İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması", s. 78.

¹³² Esendemir, "682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası", s. 27.

¹³³ Danıştay 12. Dairesinin 21.03.2012 tarihli ve E. 2009/6013, K. 2012/1684 sayılı kararı, "...polis memuru olarak görevli davacının trafik denetiminde bir şahıstan rüşvet aldığına ilişkin yapılan soruşturma sonucunda delil yetersizliğinden fiilin sübuta ermediği, ancak EGM'nin 15.08.2001 tarihli Genelgesi'ne aykırı olarak aracı durdurdukları şahsın başını ekip otosunun içerisine sokmasına, kendileri ile diyaloga girmesine izin verdikleri, sorguladıkları şahıs ve araçların sorgulama saatlerini kayda almadıkları fiillerine karşılık olarak...Disiplin kurulu tarafından hakkında tesis edilen 16 ay uzun süreli durdurma cezasının iptali talebinin...İdare Mahkemesi'nce fiilin sübuta erdiği gerekçeyle reddinin temyiz incelemesinde...tesis edilen disiplin cezası ile ilgilinin eylemi arasında adil bir dengenin bulunması gerektiği, bu dengenin de kurulurken olayın oluş biçimi, ilgilinin suç kastının bulunup bulunmadığı ve irade dışı etkenlerin eylemin meydana gelmesine etkisi gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiği, somut olayda her ne kadar disiplinsizlik oluşturan eylemin gerçekleştiğinde şüphe bulunmasa da bu fiil ile tesis edilen ceza arasında uygun ve adil bir denge bulunmadığı gerekçesi ile idare mahkemesinin kararının bozulmasına..."

¹³⁴ Ramazan Geylan, *İşletmelerde Cezasız Disiplin*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1990, s. 107.

¹³⁵ Barış Avıalan, *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Çerçevesinde Disiplin Karar Verme Süreci*, Kara Kuvvetleri Komutanlığı Personel Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2014, s. 110.

E. Disiplin Hukuku Kapsamında Hukuka Aykırı Delil Yasağı

Ceza mahkemelerinin temel amacı, sanık hakkında suçluluğu yönünde verilen kararın doğruluğunun uygun deliller ileri sürülerek gerekçelendirilmesidir. Ancak doğaldır ki bu süreçte hukuk dışı menşeli delillerin kullanılması hali sorun teşkil edecektir. Diğer taraftan gerçeklere ışık tutabilecek bir delilin hariçte tutulması halinde de mahkemelerin temel amacının baltalanmış olacağı muhakkaktır¹³⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin kullanılmasını kategorik olarak yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat yoluyla Sözleşme'nin 3'üncü maddesini ihlal edecek şekilde işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ile delillerin elde edilmesi, Sözleşmenin 8'inci maddesini ihlal edecek şekilde özel hayatın gizliliğine müdahale sonucunda elde edilen delilin tek veya ana suçlayıcı delil olması veya güvenilirliği konusunda başvuru tarafından ileri sürülmüş olan makul şüphelerin varlığı ve bu şüpheleri giderici güvencelerin sağlanmaması, gizli ajan uygulamasında görevli personelin suç işlenmesini teşvik etmesi hallerinde Sözleşme'nin 6'ncı maddesi ile korunan adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olacağını belirtmiştir. İç hukukumuzda ise 2001 yılında Anayasa'nın 38'inci maddesine yapılan bir ekleme ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ötesinde kategorik bir sınırlama getirilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi de kararlarında yine AİHM içtihatlarına paralel bir duruş sergilemektedir¹³⁷.

Kişilerin işlediği iddia edilen disiplinsizlik oluşturan eylemlerin somut olarak gerçekleşip gerçekleşmediği, ancak idare veya eylemin muhatabı kişi tarafından ortaya konan delillerle belirlenebilmektedir. Gerek idare tarafından disiplin cezası tesisi gerek de disiplinsizlikle ilgili kişinin kendi masumiyetini ispatlaması açısından delillerin etkisi ne kadar önemli ise bu delillerin ne şekilde elde edildikleri de büyük öneme sahiptir¹³⁸. Bu kapsamda hukuka aykırı delil yasağı ilkesini kısaca tanımlayacak olursak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması maksadıyla yapılacak araştırma faaliyetlerinin hukuka uygun yöntemlerle yerine getirilmesi şeklinde ifade edebiliriz.

¹³⁶ Hock Lai Ho, "The Criminal Trial, the Rule of Law and the Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence", *Crim Law and Philos*, DOI 10.1007/s11572 - 014 - 9304 - 7, 2017, s. 2.

¹³⁷ İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4*, s. 173 - 176.

¹³⁸ Ali Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 55, 2004, s. 36.

Aksi yönde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin yargılamaya veya soruşturmaya dayanak kabul edilmesi halinde ise hakkın kötüye kullanılması yoluyla hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyetleri ihlal edilmiş olacaktır¹³⁹. Polis devletine yakınlaştıran bu anlayış ile kişilerin hukuki güvenlikleri tehlikeye girecek, ayrıca devlete duyulan güven de azalma eğilimi gösterecektir.

Ceza hukuku açısından pozitif hukukumuzda bulunan düzenlemeler gereği ilkenin mutlak uygulama alanına sahip olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹⁴⁰. Ancak “hukuka aykırılık” kavramının, 5271 Sayılı Kanun’un 217/2, 230/1 - b, 289/1 - i maddelerinde aynı şekilde kullanılırken Anayasa’nın 38’inci maddesinin 6’ncı fıkrası ile 5271 Sayılı Kanun’un 206/2 - a maddesinde “kanuna aykırı” şeklinde farklı bir ifade ile kullanılması, kavramın kapsamı ile ilgili açıklama ihtiyacı doğurmaktadır. Öncelikle hukuka aykırılık kavramı ile anlatılmak isteneni ortaya koyacak olursak, kanuna aykırılığı da kapsayacak şekilde tüm pozitif hukuk kurallarını içine alacak bir genişliğe sahip olduğunu söyleyebiliriz. Hatta kanun koyucunun bile aykırı hareket edemeyeceği yazılı olmayan ama genel olarak kabul görmüş evrensel ilkeleri de içermektedir¹⁴¹. Yani maddi gerçeği ortaya çıkarmak için elde edilen yargılamaya esas delilin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, Kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmış olup olmadığına bakılmaksızın her yerde her sistemde tartışmasız olarak kabul edilen kurallara da aykırı olmaması gerekecektir.

Disiplin hukukunda ise durum biraz farklıdır. Bu alanda kanun koyucu tarafından yukarıda ifade ettiğimiz şekilde pozitif hukuk düzenlemeleri bulunmaması sebebiyle ilkenin uygulanma boyutu, ancak yargı kararları ve öğretilerdeki görüşler doğrultusunda incelenecektir. Fakat tahmin edileceği üzere mevzuatımızdaki bu eksiklik, gerek yargı kararlarında gerek de doktrinde, farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu kapsamda “hukuka aykırı delil yasağı” ilkesinin disiplin hukukunda geçerliliğini, kabul edenler ve kabul etmeyenler olarak iki ayrı görüş doğrultusunda inceleyeceğiz.

1. Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılabileceğini Kabul Eden Görüş

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kullanılmaması ilkesinin idare tarafından “kamu düzeni” ve “kamu yararı” kapsamında ele alınarak disiplin

¹³⁹ Erman Sahir, “Hukuka Aykırı Deliller”, *İstanbul Barosu Yayınları*, İstanbul, 1995, s. 222.

¹⁴⁰ Ebru Gündüz, “Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 1, Ankara, 2019, s. 91.

¹⁴¹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 59.

hukuku açısından her olayın kendi özel durumuna göre esnetilebileceği, dolayısıyla hukuka aykırı delillerinde kullanabilmesi gerektiği¹⁴² değerlendirilmektedir. Yani fiilin gerçekleştiği hususunda hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde ispat gücüne sahip delillerin hukuka aykırı yollarla elde edilmesi halinde dahi, disiplinsizliklerin cezasız kalması yoluyla adaletin tecellisine olumsuz etkisi ve kamu düzeninin korunması bakımından da bu delillere dayanılarak işlem yapma zarureti, değerlendirme dışı bırakılmalarını imkânsız hale getirmektedir.

Aynı doğrultuda diğer bir görüşe göre ise, çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere idare hukukunun kendine has özelliği gereği bu ilkenin belirli standartlar dâhilinde esnetilebilmesine imkân verilmesi gerektiği, somut olayın şartları kapsamında hukuka aykırı delillerin elde edilmesi yönteminde ne nitelikte ve ağırlıkta temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği değerlendirilerek disiplin cezasının tesisine karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁴³.

2. Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılmayacağını Kabul Eden Görüş

Hukuk devletinin varlığından bahsedebilmemiz için devleti oluşturan tüm unsurların hukuka bağlı olması gerekmektedir. Bu kapsamda nasıl ki ceza yargı hâkimi hukuka aykırı elde edilen delillere dayanarak ceza veremeyecekse, aynı şekilde idare ve uyuşmazlıklarda idari yargı hâkimi de değerlendirmelerinde “hukuka uygunluk” şartını göz önünde tutarak delilleri takdir edecektir¹⁴⁴.

Disiplin hukukunun sadece kişinin yürütmekte olduğu görev açısından etkili olacağını düşünmek ve kamu yararı amacıyla hukuka aykırı deliller esas alın-

¹⁴² Danıştay 12. Dairesinin 04.02.2011 tarihli ve E. 2010/64, K. 2011/474 sayılı kararı, ‘...polis memurunun uyuşturucu madde ticareti yapan kişilerle dönemsel olarak hem kendi hem de eşinin telefonu üzerinden 67 - 70 kez görüşmelerinin emniyet ekipleri tarafından kendi hakkında olmayan yasal telefon dinlemesi faaliyeti sonucu tespit edildiği...Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla hakkında tesis edilen ‘meslekten çıkarma’ disiplin cezasının iptali talebine ilişkin sadece adli tahkikat kapsamındaki telefon tespit tutanakları ve davacının ceza yargılamasında delil yetersizliğinden aldığı beraat kararını gerekçe göstererek verilen iptal kararının temyiz incelemesi neticesinde, disiplin soruşturması ile ceza soruşturmasının bağımsız ve ayrı olması hususunu ayrıntılı olarak belirterek bunun sonucu olarak da ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durumun olmadığı gibi, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle, bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmediğini ifade ederek İdare Mahkemesi’nin kararının bozulmasına...’.

¹⁴³ Gül Fiş Üstün, “Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1, İstanbul, 2018, s. 33.

¹⁴⁴ Gündüz, “Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması”, s. 105.

rak disiplin cezası tesis etmek, idareye duyulan güvenin sarsılması şeklinde toplumsal düzene karşı oluşacak olumsuz havayı görmemek anlamına gelmektedir. Bu durum kişilerin hukuki güvenliklerini olumsuz yönde etkileyerek, devlet genelinde güvensiz bir ortamın oluşmasına sebep olacaktır¹⁴⁵.

Eğer idare disiplinsizlik iddiasını, sadece hukuka uygun yollardan elde edeceği delillerle ispat edebileceyse; disiplinsizliğin muhatabı kamu görevlisi de masumiyetini, ancak hukuka aykırı yollardan delil etme yöntemlerine başvurmadan ortaya çıkarabilecektir¹⁴⁶. Nasıl ki ıslak bir zemini su dökerek kurutamayacağımız veya ateşin üstüne kor atarak sönmelerini sağlayamayacağımız gibi meydana gelen bir disiplinsizlik hali ile ilgili de hukuka aykırı yöntemler kullanarak elde edilen delillerin dikkate alınacağı bir soruşturma ile adaleti sağlayamayız¹⁴⁷.

Doktrinde bu görüşü destekleyen yazarlar tarafından hukuka aykırı delil yasağı ilkesine anayasal koruma sağlayan Anayasa'nın 38/6 maddesinin; ceza veya disiplin suçu ayırımı yapmadığı, tüm yargı alanları için geçerli bir kural olduğu, kenar veya madde başlıklarının Anayasa metnine dâhil olmadığı, sadece sıralama ve sınıflandırma amacıyla kullanıldığına ilişkin Anayasa'nın 176/2'nci maddesi sebebiyle de 38'inci madde başlığının "suç ve cezalara ilişkin genel esaslar" olmasının ilkenin uygulama alanını sınırlandıracak şekilde, sadece ceza hukuku için geçerli olacağı biçiminde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir¹⁴⁸.

Çalışmamızın ilk bölümünde de ifade ettiğimiz üzere, disiplin cezası verilmesi hali hukuki olarak her ne kadar idari işlem mahiyetinde olsa da disiplin soruşturması ve disiplin cezası tesisi süreçlerinin yargı benzeri faaliyetler olması sebebiyle ceza yargılamasına hakim olan adil yargılanma hakkının da hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirmeye alınması halinde ihlal edilmiş olacağının¹⁴⁹ kabulü gerekmektedir. Ayrıca idari işlem niteliğinden yola

¹⁴⁵ Bahtiyar Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1 - 2, Ankara, 2003, s. 6 - 9.

¹⁴⁶ Gündüz, "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", s. 106.

¹⁴⁷ Karadeniz, "Jandarma Genel Komutanlığı Özelinde 7068 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un Usul İlkeleri Çerçevesinde İncelenmesi", s. 101.

¹⁴⁸ Süha Tanrıseven, "Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İrdelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 65, 2006, s. 371.

¹⁴⁹ Danıştay 5. Dairesinin 25.10.2017 tarihli ve E. 2016/18730, K. 2017/21649 sayılı kararı, '...davacının sorumluluk bölgesinde gerçekleşen iki şahsın kasten öldürülmesi olayı hakkında

çıkarak disiplin işleminin sebep unsurunu oluşturan disiplinsizliğe neden olan eylemin; ancak hukuka uygun delillerle ispatı lazım geldiğinden, hukuka aykırı yollar ile elde edilen deliller dayanak yapılarak eylemin gerçekleştiğinin kanıtlanması, disiplin işlemini sebep unsuru açısından da sakat hale getirecektir¹⁵⁰.

SONUÇ

Jandarma Genel Komutanlığı'nın kuruluşundan bu yana yürüttüğü adli, mülki, askeri ve diğer görevleri dolayısıyla aynı anda farklı birçok amire bağlılığı bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da Jandarma personeli, yürüttüğü kamu hizmetine bağlı olarak meydana gelecek kusur veya ihmallerinden dolayı farklı mevzuat kapsamında sorumlu tutulacaktır.

15 - 16 Temmuz darbe girişimi sonrası ülkemizin içine girdiği olağanüstü hâl sürecinde birçok konuda olduğu gibi Jandarma teşkilatı açısından da getirilen kalıcı değişiklikler sonucu Jandarma Genel Komutanlığı'nın asker niteliği kaldırılarak doğrudan İçişleri Bakanlığı'na bağlı 'genel kolluk' kuvveti haline getirilmesinin doğal sonucu olarak disiplin işlemleri ile ilgili Emniyet Teşkilatı personeli için geçerli mevzuata tabi kılınmıştır. Bilahare tüm genel kolluk kuvvetlerini kapsayacak şekilde ve Anayasa Mahkemesi'nin Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün yasal dayanağını oluşturan kanun hükmü ile ilgili iptal kararının gereğini kısmi olarak yerine getirmek amacıyla disiplin işlemlerini içeren 682 Sayılı OHAL KHK'sı düzenlenmiş, 7068 Sayılı Kanun ile de aynen kabul edilerek yasalaşmıştır. Düzenlenmeyen hususlar ile ilgili olarak da 657 Sayılı DMK'nın disipline ilişkin hükümlerine atıf yapılmıştır.

Çalışmamızda genel olarak ceza hukukunda geçerli olan belli başlı ceza hukuku genel hükümleri ve ceza muhakemesi hukuku kurallarının disiplin hukuku

görevli ve yetkili olmayan gazete muhabirlerine telefon ile bilgi verdiğinin yapılan yasal telefon dinlemesi sonucu tespit edildiği disiplinsizliğiyle ilgili...Yüksek Disiplin Kurulu tarafından hakkında tesis edilen 'meslekten çıkarma' disiplin cezasının iptali talebinin...İdare Mahkemesi tarafından telefon kayırlarına ilişkin dokümanlar esas alınarak fiilin sübuta erdiği gerekçesiyle reddi hakkındaki temyiz incelemesi neticesinde, ceza kovuşturmasında 5271 Sayılı Kanun kapsamında telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin dinlemesi sırasında elde edilen delillerin aynı Kanun'un 135/6'ncı maddesinde 'sayma usulü' ile sayılanların dışında bir suçun soruşturma ve kovuşturmasında kullanılamayacağı ve bu durumun delil değerlendirmesi yasağı kapsamında olduğu, bu bağlamda iletişimin dinlenilmesi sırasında elde edilen ve sayılan suçlar kapsamında bulunmayan fiile ilişkin ses kayıtlarının tek başına delil olarak kullanılamayacağı ve hukuka uygun elde edilmiş başka delil ve belgenin de dosya içeriğinde olmaması sebebiyle...idare mahkemesi kararının kaldırılmasına...'

¹⁵⁰ Gündüz, "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", s. 109.

kapsamında ne derecede uygulanabilir olduğunun gerek pozitif düzenlemeler gerek de yargısal içtihatlar bağlamında incelemesine yer verilmiştir. Genel olarak gördüğümüz tabloyu özetleyecek olursak disiplin suç ve cezalarının adli suç ve cezalara içerik olarak yakınlığı temelinde iç hukuk düzenlemelerinin bazı durumlarda aksi yönde olmasına rağmen özellikle son dönemde verilen yargı kararlarının, “ceza hukuku kurallarının disiplin hukukunda uygulanabilir olduğu” yönündeki görüşümüzü destekler nitelikte olduğu sonucuna ulaşmış bulunmaktayız.

Konuyu genişletmemek adına çalışmamız içerisinde yer vermesek de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de konuya yaklaşımını belirtmek adına 20.05.2014 tarih ve B.N. 37394/11 sayılı Glantz - Finlandiya kararında ortaya koyduğu idari kabahatlere uygulanan yaptırımların meydana gelen zarardan ziyade caydırıcı ve cezalandırıcı amacı olan genel nitelikte kurallara dayanması sebebiyle cezai nitelikte olduğu ve ceza hukukunda geçerli 'ne bis in idem' kuralına tabi olacağı içtihadı bağlamında evleviyetle disiplin suç ve cezaları açısından da ceza hukuku ilkelerinin geçerli olacağını kabul edeceğini değerlendirmekteyiz.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin, "Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", *Akademik İncelemeler Dergisi*, C. 14, S. 3, 1981, ss. 37 - 56.
- AKMANER, İbrahim Fevzi, "Türkiye'de Askeri Kazanın Tarihi", *Askeri Tarih Belgeleri Dergisi*, Y. 3, S. 9, 1957, ss. 541 - 564.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1 - 2, Ankara 2003, ss. 1 - 34.
- AKYILMAZ, Bahtiyar - SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.
- ALKAN, Mehmet, "6413 Sayılı TSK Disiplin Kanunu Esasları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 117, 2015, ss. 167 - 200.
- ASLAN, Zeyneddin, *657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları*, 1. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001.
- ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- AVIALAN, Barış, *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Çerçevesinde Disiplin Karar Verme Süreci*, Kara Kuvvetleri Komutanlığı Personel Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2014.
- BAYRAKTAR, Tuğba - KOYUNCU, Nuran, "Adil Yargılanma Hakkı", *Second International Congress on Political, Economic and Social Studies*, 2017, ss. 161 - 177.
- BOZ, Selma Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, 25/2, ss. 15 - 41.
- CEBİROĞLU, Selim, "Pozitif Hukukumuzda 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 82, 83, 84 ve Ek - 9. Maddelerinin Yeri ve Söz Konusu Maddelere İstinaden Çıkarılan 23.03.1979 Tarihli "Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü"nin Durumu", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15, S. 1, 2012, ss. 281 - 289.
- CEM, Cemil, "Disiplin ve Disiplin Hukuku", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 26, S. 5, ss. 821 - 834.
- ÇINAR, Ali Rıza, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 55, 2004, ss. 31 - 64.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, "Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Disiplin Mahkemeleri (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6)", *KHO Bilim Dergisi*, 20/1, 2020, ss. 123 - 163.
- DEĞİRMENCİ, Olgun - TANRIVERDİ, Battalgazi, *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- DEĞİRMENCİ, Olgun - KARAKURUMER, Alkın, "Askeri Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Fırsat Suçlarının Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Gelişimi", *Adalet Dergisi*, 64, 2020, ss. 297 - 330.

- DEĞİRMENCİ, Olgun, **Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları", **Ceza Hukuku Dergisi**, 29, 2015, ss. 7 - 37.
- DÖNMEZ, Mustafa, **Devlet Memurları Kanunu**, 4. Baskı, Ekin Yayınları, Ankara, 2012.
- DURMUŞ, A. Alper, **Memur Disiplin Hukuku**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- ELBAN, Zeki, "Türk Silahlı Kuvvetlerinde 6413 Sayılı Disiplin Kanununun Esasları ve Uygulaması", **Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mersin, 2018.
- ERDİNÇ, Burcu, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 2012, ss. 241 - 276.
- ERMAN, Sahir, "Hukuka Aykırı Deliller", **İstanbul Barosu Yayınları**, 1995, ss. 222 - 223.
- ESENDEMİR, Ferit Deniz, "682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası", **Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mersin, 2018.
- GEYLAN, Ramazan, **İşletmelerde Cezasız Disiplin**, 1. Basım, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1990.
- GİRİTLİ, İsmet vd., **İdare Hukuku**, 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2015.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, 2. Basım, Ekin Yayınevi, C. 2, Bursa 2009.
- GÖZLER, Kemal - KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 17. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2018.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetim Hukuku**, 27. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref - TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, C. 1, Ankara, 2013.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Basım, İmaj Yayıncılık, Ankara 2013.
- GÜNDÜZ, Ebru, "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y. 4, S. 1, Ankara 2019, ss. 89 - 114.
- HO, Hock Lai, "The Criminal Trial, the Rule of Law and the Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence", **Crim Law and Philos**, DOI 10.1007/s11572 - 014 - 9304 - 7, 2017.
- İNCEOĞLU, Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4**, Merkez Baskı ve Tanıtım Hizmetleri Tic. Ltd. Şti, Ankara, 2018.
- KARADENİZ, Yusuf, "Jandarma Genel Komutanlığı Özelinde 7068 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un Usul İlkeleri Çerçevesinde İncelenmesi", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Samsun, 2020.

- KARAHANOĞULLARI, Onur, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", **Çağdaş Yerel Yönetimler**, C. 8, S. 3, ss. 55 - 77.
- KARAN, Nur Karaman, **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- KAYA, Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", **Amme İdaresi Dergisi**, 2005, Cilt: 38, Sayı: 2, ss. 61 - 87.
- KAYA, Sinem, "İdari Usul İlkeleri Açısından Disiplin Hukuku", **Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019.
- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, **Memur Disiplin Hukuku**, 2. Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.
- ODYAKMAZ, Zehra - KAYMAK, Ümit - ERCAN, İsmail, **İdare Hukuku**, 16. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2015.
- OĞURLU, Yücel, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis In Idem" Kuralı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, C. 52, S. 2, ss. 101 - 124.
- ONAR, Siddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, C. 2, 1966, İstanbul.
- ÖRÜCÜ, Esin, "Disiplin Cezaları ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1966, C. 32, S. 2 - 4, ss. 782 - 823.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZGENÇ, İzzet - ŞAHİN, Cumhur, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- ÖZTÜRK, Cemal, "Polis Disiplin İşlemleri: Tüzükten Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye", **Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 6, Muş 2018, ss. 29 - 36.
- PINAR, İbrahim, **4483 Sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- QUINTARD - MORENAS, François, "The Presumption of Innocence in the French and Anglo - American Legal Traditions", **The American Journal of Comparative Law**, 2010, Vol: 58, No: 1, pp. 107 - 149.
- ROSENFELD, Michel, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", **Working Paper Series**, 2001, No: 36, pp. 1 - 70.

- SAĞLAM, Mehmet, **Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, 2. Baskı, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003.
- SANCAKTAR, Oğuz vd., **Disiplin Hukuku**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- SÖYLER, Yasin, “İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması”, **Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008.
- ŞAHİN, Cumhur - GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuk - I**, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- TANRISEVER, Süha, “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İrdelenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 65, 2006, ss. 368 - 377.
- TAŞÇI, Ufuk, “Polisin Disiplin Politikasının Disiplin Suçları ve Cezaları Yönünden Analizi”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2015, 17/1, ss. 217 - 236.
- TAŞKIN, Ahmet, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- TUĞLACI, Pars, **İktisadi ve Hukuki Terimler Sözlüğü**, Pars Yayınları, 1966, İstanbul.
- URAL, Dinçer, “Türk Askeri Yargısının Tarihsel Gelişimi”, **Hacettepe Üniversitesi, Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1994.
- ÜSTÜN, Gül Fiş, “Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 1, 2018, ss. 17 - 35.
- YAŞAR, Hasan Nuri, **İdare Hukuku - Genel Esasları** -, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2016.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, C. 1, Ankara, 2012.

Elektronik Kaynaklar

Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>.

Jandarma Genel Komutanlığı, <https://www.jandarma.gov.tr/tarihce>.

COMPARING THE ERA OF AMERICAN McCARTHYISM TO THE POST-MODERN TURKISH MILITARY COUP OF FEBRUARY 28th, 1997^(*)

Doç. Dr. Fatih ÖZTÜRK^(**)

Abstract

I will first begin with a brief discussion of the concept and definition of McCarthyism in the United States of America. Secondly, I will discuss the McCarthyism Era and how it affected civil liberties within the US. Lastly, I will present a brief historical background of Turkish Military Coups during the Republican era of Turkey, and discuss the February 28 Military Coup in context of how it affected civil liberties in Turkish society. The objective of this paper is to present an analysis of the McCarthyism Era and the resultant civil liberties of the U.S.A., and to understand the Turkish version of McCarthyism and its effects on Turkish civil liberties after the military coup d'état of February 28th, 1997.

Keywords

McCarthyism, Civil Liberties, Turkish Military Coup, February 28, The Cold War.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.03.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 12.05.2022.

Atıf Sekli: Fatih Öztürk, "Comparing the Era of American McCarthyism to the Post-Modern Turkish Military Coup of February 28th, 1997", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 299-325.

(**) Kocaeli University, Faculty of Law, Associate Professor and Chair of Constitutional Law. LLB (Istanbul University, Turkey), LLM (California Western School of Law, San Diego, USA), LLM (Queen's University, Kingston, Canada), PhD (UCC & Istanbul University, Turkey).

E-posta: fatih.ozturkocaeli.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1363-3301>.

AMERİKAN McCARTİZM DÖNEMİNİ POST-MODERN TÜRK ASKERİ DARBESİ 28 ŞUBAT, 1997 İLE KIYASLAMAK

Öz

Bu makalede ilk olarak; özet bir şekilde ABD'deki McCartizmin tanımı ve kavramı ele alınacaktır. İkinci olarak; McCarty Döneminin Amerika'da temel hürriyetleri nasıl etkilediği incelenecektir. Üçüncü olarak; Türk Ordusu'nun askeri darbelerinin arka planı takdim edildikten sonra 28 Şubat askeri darbesinin Türk toplumunda temel hürriyetleri nasıl etkilediği incelenecektir. Bu makalenin gayesi, McCartizm Dönemi ve onun ABD'deki temel hürriyetleri nasıl etkilediğinin analizini yaparak, Türkiye usulü McCartizma olan 28 Şubat askeri darbesinin temel hürriyetlere olan etkisini gözden geçirmektir. Sonuç olarak, temel hürriyetler açısından McCartizmin ABD ve Türkiye'de nasıl işlediği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

McCartizm, Temel Hürriyetler, Türk Ordusu Darbesi, 28 Şubat, Soğuk Savaş.

INTRODUCTION

The Cold War years were a period of political and military conflict between the United States of America and the former Soviet Union and its allies after World War II. It is commonly believed that this era ended in 1989 after the collapse of the Berlin Wall. During this era, most Americans accepted the idea that the U.S.S.R. was a growing power and a threat to world peace. Then, as American society developed “an obsession with domestic communism”, this became an easy and elegant way for certain political figures to advance reputation and career.¹ The anti-communist movement thus dominated the political scene, as well as every other aspect of American life, and this was especially true concerning the negative impact it had upon affected civil liberties.

Wisconsin Republican Senator Joseph Raymond McCarthy (1908-1957) and his supporters had begun a strong anti-communist crusade campaign that would stretch from 1950 to 1954, with their enemies coining the term “McCarthyism.” The definition itself belied it as a general extreme opposition to communism. After a while, the term McCarthyism gained a more generalized meaning: “the hysterical investigation of government opponents, or the publicizing of accusations against these opponents without sufficient evidence to support charges.”² In other words, Senator Joseph McCarthy pumped fear of communism into American society during the Cold War to promote his political career. To put it simply, McCarthyism hunted the Reds from 1950 to 1954 under the rule of Senator McCarthy. More broadly, it became a common political term, coming to mean hunting for the destruction of government or state opponents without sufficient evidence to carry charges against the defenseless.

McCarthy achieved the goal as defined above via accusation of certain public and private persons as communists, created suspicion, and ordered in-depth investigations of the people of America. He also made use of the press and radio to magnify his accusations, thereby using pervasive media influence on the public. McCarthy came onto the scene in on February 9, 1950, when in a regular speech at a Lincoln Day celebration in Wheeling, West Virginia, he began his anti-communist crusade by declaring that he had in his hand a list of

¹ Richard M. Fried, *The McCarthy Era in Perspective: Nightmare in Red*, Oxford University Press, Oxford, 1990, p. 3.

² Eric Donald Hirsch, Jr., Joseph F. Kett, James Trefil, *The Dictionary of Cultural Literacy*, Houghton Mifflin Company, Boston, 2002, p. 295.

205 U.S. State Department employees that were known communists.³ In reality, the anti-communist crusade was a collaborative project; economic sanctions increased the effectiveness of McCarthyism while patriotism extended and empowered emergent the injustices it created.⁴ It was an anti-communist agenda, later followed by the Federal government, which wheedled the entire nation into the crusade, and it was this false guidance that made it possible to use the power of the state to distribute and legitimize said agenda. However, the U.S. began to later return to a sense of normalcy with the election of Eisenhower and the end of the Korean War. However, the atmosphere of fear that McCarthy had woven into society continued to be felt for almost a decade.⁵ Because of the political environment of the late 1940s and the early 1950s, many years passed until Americans dared to criticize the government. They also refused to join any organizations, especially any associated with leftism. During this period of self-enforced silence, congressional hearings, loyalty programs, and blacklists affected many innocent people's lives.⁶ In sum, McCarthyism was the worst aspect and result of the Cold War, and made up the then greatest abuse of power, especially pertaining to freedom of civil liberty, during that period of history.

I. MCCARTHYISM ERA AND CIVIL LIBERTIES IN AMERICA

Building on our summation of the lack of civil liberty, we will now provide information in regards to how McCarthyism touched and affected American society from different facets by a main focus upon the aspect that is political repression. It is clear that McCarthyism was a production of the Cold War Era, and that the Cold War put pressure on America(ns) at "all levels of politics." However, what many fail to note is that these years in question would have been a dismal prospect even in absence of McCarthyism.⁷ The anti-communist crusade that existed then influenced and affected all of American politics, law, society, and culture. The years of 1949 to 1954 were times of crisis for civil liberties regardless of the political instrument wielded, as political conflicts

³ Fried, 1990, p. 120-3.

⁴ Ellen Schrecker, *Many are the Crimes: McCarthyism in America*, Little, Brown and Company, Boston, 1998, p. XIV.

⁵ Fried, 1990, p. 142.

⁶ Schrecker, 1998, p. XIII.

⁷ Fried, 1990, p. 119.

produced ever-present fear and suspicion. “In the name of protecting the internal security of the United States against the threat of communism, thousands of people lost their jobs, went to prison, or were punished in numerous other ways.”⁸

In other words, these were the misguided years for civil liberties, as they are usually thought of as freedoms or rights that, via their valuable criteria, are necessary for the functioning of a liberal and democratic society. These rights include but are not limited to: freedom of speech, freedom of religion and thought, freedom of association, the right to a fair trial (especially the right to counsel), freedom of movement, and freedom of the person. These rights at their core are concepts that are basic and necessary tools for protection of individuals against the arbitrary acts of their governments, and ultimately form the backbone of human rights via their upholdance through the legality either constitution or statutes that proclaim the general equality of all people.

Although Schrecker states that McCarthyism lasted for nearly ten years, from 1946 to 1956, the actual origin of the anti-communist crusade began in the early 1930s. During this time, American communism was gaining power by organizing labor unions and fighting racism; thus, to destroy communist power within the next decade or so among the people, political repression began to work away at the state-given rights of “local communists” to a draconian degree. According to Professor Schrecker, “McCarthyism is about the use of power to repress a politically unpopular minority; in order to understand it, we must look at the individuals and institutions that had that power. Perhaps by discovering how political repression once took hold within our democratic system we can avoid a replay.”⁹

Belknap emphasizes that the American Communist Party was not the only victim of the Smith Act prosecutions; civil liberties were also damaged in the process of ferreting out defenders of civics. In addition, Professor Belknap complains that few Americans focused on constitutional rights during the early stages of the anti-communist crusade; this situation changed after 1953, however, with the decrease of international conflicts, and many Americans now began to worry about the methods that were used against communism.¹⁰

⁸ Schrecker, 1998, p. X.

⁹ Schrecker, 1998, p. XVI, XVIII.

¹⁰ Michal R. Belknap, *Cold War Political Justice: The Smith Act, The Communist Party, and American Civil Liberties*, Greenwood Press, Westport, 1977, p. 282.

The Alien Registration Act enacted by Congress in 1940 required all alien residents in the United States over 14 years of age to make a comprehensive statement of their personal and occupational status and a record of their political beliefs. Within four months, close to 5 million aliens had been listed in the records.¹¹ In 1940, the Smith Act, anti-sedition law, made it a crime to conspire to teach or advocate the overthrow of the government by force, or to belong to a group advocating such overthrow. As such, the Act was an intrinsic threat to traditions of national civil liberties and political dissent. The federal government also made use of the Smith Act against other targets during the alliance between the U.S. and U.S.S.R., but during the Cold War the Act worked almost entirely in opposition to the communism that existed during the Truman administration.¹²

In the 1940s, Pat Mc Carran, a Democratic Nevada Senator and anti-communist crusader, shaped and ran the Senate Internal Security Subcommittee.¹³ There also existed the committee of the House of Un-American Activities (HUAC). HUAC's duty was to investigate individuals suspected of unpatriotic behavior, and it was known as the best tool to discover and eliminate individuals who were trying to overthrow the government.¹⁴

In early 1945, the FBI began to collect information on the Communist Party; within two years the file had reached over 1800 pages. Under pressure from HUAC, Attorney General, Tom Clark made the first prosecutorial move. In 1946, during his speech at Chicago Bar Association, the Attorney General gave a warning to lawyers defending against destroyers of American liberties. The Republican victory in 1952 put McCarthy in the position of chairman of the Senate Committee on Government Operations. McCarthy abused his position, giving off the impression that he was an undefeatable man, as whoever opposed him would be labeled a traitor, or perhaps even worse.¹⁵

¹¹ **Alien Registration Act**, <https://spartacus-educational.com/USAalien.htm/06/02/2021>.

¹² Belknap, 1977, p. 53. See also Stanley I. Kutler, **The American Inquisition: Justice and in Justice in the Cold War**, 2nd ed, Hill and Wang, New York, 1983.

¹³ Kutler, 1983, p. 199. The Mc Carran Act was a federal law which required that members of the Communist party register with the Attorney General, and made it mandatory for Communist organizations to provide the government with their members' names. The Act was enacted during the Cold War Era in response to a U.S. Supreme Court decision. See **Black's Law Dictionary** (7th ed., The West Group, St. Paul, 1999, p. 994. See also Melvin I. Urofsky & Paul Finkelman, **A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume II, From 1877 to the Present**, 2nd ed, OUP, Oxford, 2002, p. 763.

¹⁴ See Alien Registration Act.

¹⁵ Urofsky & Finkelman, 2002, p. 758, 764.

The Federal government thus began the prosecution of the Communist Party one after another in July 1948, when the Justice Department accused twelve top party leaders under the Smith Act. The charge was conspiring to advocate the overthrow of the government and via the organization and rally of the Communist Party for said purpose. In any case, the possible survival of the First Amendment during the Cold War was believed to be, by the majority, the most important matter at the time in the politics of the US, especially by the civil libertarians of the time.¹⁶

A Federal grand jury returned had thus responded via indictments against twelve men, one of whom was ill and left out of proceedings on account of it. The nine-month trial of eleven (The New York Trial-The Battle of Foley Square) began in January 1949.¹⁷ There was a struggle between five lawyers from the liberal National Lawyers Guild and the then presiding judge Harold Medina, while the FBI responded by putting all five under surveillance. On October 14, 1949, the eleven defendants were all deemed guilty by the jury. Before punishing the defendants, Judge Medina entered contempt judgment against the five lawyers, accusing them of conspiracy to hinder the trial, irritating incidents, damaging his health, and trying to cause a mistrial.¹⁸ During the 1950s, the subsequent verdict and disciplinary proceedings against the five lawyers was the most important event in the legal profession.¹⁹

During 1950s, the American Bar Association (ABA) also regularly passed resolutions against defending communists, and advised local disciplinary actions for lawyers representing communists. The disciplinary actions of the bars themselves were, however, sometimes indirect. Additionally, 1951 also saw the ABA urgency of local groups to dismiss all communist members.²⁰ The right to counsel was in danger, and interestingly, a number of local bar associations actually tried to provide communists with attorneys instead. In addition, the

¹⁶ Samuel Walker, *In Defence of American Liberties: A History of the ACLU*, 2nd ed., OUP, Oxford, 1999. 185.

¹⁷ See Urofsky & Finkelman, 2002, p. 758, 764.

¹⁸ See Urofsky & Finkelman, 2002, p. 759. See also Michal R. Belknap, "The Fight for the Right to Counsel", *Ohio History* 85 (1976), p. 31. Professor Belknap remarks that during McCarthyism era, many civil liberties and constitutional rights were damaged; one of them was the right to counsel. His outstanding article provides many great details on this particular issue.

¹⁹ See Kutler, 1983, p. 180.

²⁰ Kutler, 1983, p. 181.

media acclaimed such cases and featured judge Medina in the headlines, and newspapers around the country admired the punishment of lawyers and the resultant verdict. There were some opponents, but they numbered few, and could also not speak,²¹ as the practice of local and state action against lawyers defending communists had become widespread throughout the nation.

One of the main and most striking characteristics of the McCarthy Era was that lawyers were no more responsive to violations of civil liberties and rights than ordinary Americans were as a result of the constant surveillance and probing; the legal profession was, like other public and private institutions, an attempt to impose political testing on its members. The ACLU in particular held a special place of significance during this era as a divided council, as its conservative members tried to attack communism while its liberals wanted to defy McCarthyism. As was to be expected, the ACLU did not want to be involved with these cases so as not to lose its reputation as a non-defender of communists. Thus, for the period of McCarthyism, the ACLU lost its prestige and ended up becoming a weak civic institution with little support.²² Even when in regards to the Battle of Foley Square, the ACLU submitted an amicus brief stating that the Smith Act was unconstitutional because it violated the First Amendment. But, the ACLU also did not take any part in the proceedings themselves. Also, after the communists among its numbers were convicted, it tried to disassociate itself from communists and their counsels, and even filed briefs to the Supreme Court in support of the appeal. As seen in detail by the plight of ACLU, the “Others” of society who did not conform to the popular belief were believed to not hold the right to have rights, with many Americans believing that “the Cold War enemy had no rights.”²³ Also, counsels in “sedition trial cases” did not gain new clients, beginning to also lose former clients. In simple terms, those lawyers who had defended unpopular cases came under attack and became excluded from groups and other forms of general societal function.²⁴

In American history, as a result of the aforementioned biases, no other group had the kind of difficulty in obtaining a lawyer that the victims of the

²¹ Belknap, “The Fight for the Right to Counsel”, p. 28.

²² Schrecker, 1998, p. 303. See also Belknap, “The Fight for the Right to Counsel”, p. 32.

²³ Belknap, 1977, p. 212, 113. See also Belknap, “The Fight for the Right to Counsel”, p. 33.

²⁴ Belknap, “The Fight for the Right to Counsel”, p. 30.

Smith Act did.²⁵ Sometimes, sedition laws were used against communists instead of the Smith Act when deemed appropriate. For example, Steve Nelson, the leader of Communist Party of Pennsylvania, defended himself in front of a court after more than one-hundred lawyers refused to take his case.²⁶ In other words, it was and still is always difficult to obtain a lawyer to defend an unpopular case. Even after the Vietnam War, southern blacks and civil rights activists frequently tried to obtain lawyers from the north to defend them, if we may cite a slightly later US example of note.²⁷

During the Second American Red Scare,²⁸ the legal profession, especially lawyers, were more worried about traditional civil liberties than about defending communists. Fascinatingly, the Sixth Amendment presents the right to counsel; hiring an attorney is at the economic base of the bar, and as such, attorneys defended this civil liberty more than other civil freedoms and rights. Some lawyers did not want to defend communists so as not to lose their marketability, but they defended them anyways in this defense of what they saw as the new internal revolution that would be brought about by dissatisfied Commies.²⁹

In *United States v. Dennis* (1950), the Court sustained thus ended up sustaining the convictions, and upheld the constitutionality of the Smith Act. The Court stressed “the clear and present danger” test by relying on a “transformed version of Holme’s liberteritarian doctrine of clear and present danger.”³⁰ The Court’s decision was then immediately criticized by legal scholars and civil libertarians, as Dennis and fellow defendants had been convicted because of their ideas, not their actions.³¹ Individuals were punished with long prison terms “for teaching four books written by Stalin, Marx, Engels, and Len-

²⁵ Belknap, 1977, p. 222.

²⁶ Kutler, 1983, p. 181. Steve Nelson was prosecuted under a Pennsylvania state sedition act.

²⁷ Kutler, 1983, p. 182.

²⁸ See Belknap, 1977, p. 223. During the First Red Scare in 1919 and 1920, the fear of foreign radicals reached the extreme level that gave rise to the name itself. After communists had then established the Soviet Union in 1919 to export communist revolution to the whole world, this act caused Americans to now see radicals everywhere. See more Kermit H. Hall, *The Magic Mirror: Law in American History*, OUP, Oxford, 1989, p. 250-1.

²⁹ Belknap, 1977, p. 223.

³⁰ Hall, 1989, p. 314.

³¹ Urofsky & Finkelman, 2002, p. 761-2.

in.”³² Professor Chemirinsky observes that redefining clear and present danger in *Dennis*, the Supreme Court adopted a risk formula as followed: If the harm is great enough, such as the overthrow of the government, it should not need to be clear and present. He also adds that in cases such as *Schenck*, *Debs*, and *Frohwerk*, the court upheld convictions even when there was no proof of imminent, likely harms.³³ This decision took its place in American legal history as a low point for the Supreme Court record during the Cold War Era. Indeed, the majority of the members of the Court believed they would have to rethink this subject, but in word alone rather than via action.³⁴ With this decision now made, the Communist Party was almost destroyed and the First Amendment’s truth of freedom of speech dealt a severe blow. The reason for the damage was because it was understood that it was the right of every individual to express his political beliefs based on who he was.³⁵ In *Dennis*, Justice Frankfurter warned that “the clear and present danger test” might produce harmful results for future cases even if the issue was not related to communism.³⁶ The bottom line of the case is that these individuals were convicted for no more than talking and reading about books; these books are currently part and parcel of college course textbooks. The Court’s decision had thus failed to extend the protection of constitutional rights, and individuals were thus convicted solely due to their political beliefs and/or activities.

In *Bailey v. Richardson* (1951), the Supreme Court, in its four-four decision, approved the lower court’s ruling (Washington D.C., Court of Appeals) and no opinion was issued in this instance. The result of this decision was that the Court refused to put limitations on the government’s power to fire its workers for their politics or beliefs. In other words, the Court had fully legitimized the economic sanctions of McCarthyism, leading to the very high degree of effectiveness it ended up having as follows: A branch of the state such as the FBI or a congressional investigating committee would first identify suspect individuals, then carry through by having their employers punish them, with notable giants Harvard and Hollywood taking place among the ranks of those that fired their Communist employees.³⁷

³² Erwin Chemirinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 2nd ed., Aspen Law & Business, NY, 2002, p. 961.

³³ Chemirinsky, 2002, p. 963.

³⁴ Urofsky & Finkelman, 2002, p. 762.

³⁵ Belknap, 1977, p. 145.

³⁶ Belknap, 1977, p. 145.

³⁷ Schrecker, 1998, p. 281- 282 and XV.

In *Sacher II al. v. United States* (1952), a majority of the Supreme Court upheld the convictions and stressed that the lawyers had violated professional decorum in the face of repeated warnings from the bench.³⁸ In *Parker v. Lester* (1955), the Ninth Circuit Court of Appeal restored Parker's job, lost as a result of being accused of Communist ties that, though they may or may not have proven true, had nothing to do with his competence as a Coastguard worker. In addition, the terms that stated that persons unsafe to employ in such an occupation was struck down as a valid argument via its unconstitutionality in the Court of Law.³⁹

In *Yates v. U.S.* (1957), the Court, in a six to one decision, ruled a narrow interpretation of the Smith Act and overturned the convictions of several members of the Communist Party for conspiracy to violate the Act.⁴⁰ Professor Belknap believes that this decision made conspiracy prosecutions impossible at the time. He also adds that the Smith Act had reached the end of its anti-communist career as a result.⁴¹ In *Noto v. U.S.* (1961), the Court reversed a conviction under the Smith Act for conspiracy for failure to meet these requirements due to inadequate evidence, although *Noto* was actually a "membership clause" case rather than a "conspiracy case" as was properly defined by the Smith Act. Finally in, *Brandenburg v. Ohio* (1969), and in no small part due to the revolution of the 60s, the Court finally struck down all laws criminalizing advocacy of ideas and any level of radicalism in speech or thought, thus guaranteeing the First Amendment's promise of free speech.⁴²

According to Professor Schrecker, until today, none of us had unearthed how deeply the inequities of the McCarthy era affected American society, nor how deeply such roots ran.⁴³ During the McCarthy era, almost every branch of state agency was involved in the anti-communist crusade: Congressional hearings, criminal prosecutions, loyalty screenings, FBI investigations and Supreme

³⁸ Urofsky & Finkelman, 2002, p. 759.

³⁹ Lawrence Parker, a waiter on the SS President Cleveland, was suspected of being a member of the Communist Party without a shred of evidence or even any specific informative suspicion, but was still tried and convicted. Unfortunately, the blacklisting continued in earnest across the nation despite the fact. See Schrecker, 1998, p. 267, 269, and 270.

⁴⁰ Geoffrey R. Stone, *Constitutional Law*, 4th ed., Aspen Business & Law, NY, 2001, p. 1038.

⁴¹ Belknap, 1977, p. 272.

⁴² Urofsky & Finkelman, 2002, p. 764.

⁴³ Schrecker, 1998, p. XVI.

Court decisions not only chastised individual communists, but also brought to the minds of the rest of the nation a voice of approval concerning other sanctions, which were used against communists and their associates. Then, the growing ripples of the era touched the pond that was the entire population, even at seemingly miniscule detail. For example, by the mid-fifties, University of Chicago graduate students were so frightened of having their names on a list that they would not sign a petition calling for a coke machine in the physics laboratory.⁴⁴

However, the scope of such pervasive and illegal activities by, for example, the FBI, was not extensively revealed until the 1970s. The FBI was the bureaucratic heart of the McCarthy era, and FBI Director J. Edgar Hoover exacerbated this excess ever further by exaggerating the threat of communism within society. "Hoover(ism)",⁴⁵ then, was the designing and operation of programs to push for political repression. In Professor Schrecker's words, "Hooverism shaped the loyalty programs, criminal prosecutions and undercover operations that pushed the communist issue to the center of American politics during the early years of the Cold War. His word was law." Hoover was claiming that communists were spreading racism and anti-Semitism, and that the Communist Party had historically exploited minority groups. By the late 1940s, J. Edgar Hoover was an untouchable man; the American public believed that he had files "on everyone."⁴⁶ During the McCarthy era, the secrecy and abuse of state power for illegitimate purposes became the accepted norm, a routine born of habit. To illustrate: Many people's names were recorded on blacklists, followed by said "disloyal citizens" appearing before McCarthy's Committee (!) to answer said charges without any opportunity to know who had or how they had been accused, or even the supposed basis of their charges. McCarthy accused these incriminated as treasonous when they defended their constitutional right via the Fifth Amendment by refusing to incriminate themselves. People were charged due to simple peaceful involvement with the American Communist Party, including a diversity of people from all levels of society. Among these and others included teachers, professors, union leaders, civil

⁴⁴ Schrecker, 1998, p. XIV.

⁴⁵ Professor Schrecker dubs the term Hooverism to prove how exceedingly Hoover affected political change during the McCarthy era. See more Schrecker, 1998, p. 203.

⁴⁶ Schrecker, 1998, p. 203. See Mari J. Matsuda, "Foreword: McCarthyism, the Internment and the Contradictions of Power", *B.C.L. Rev.* 40 (1998), p. 24.

servants, housewives who were then put on trial, lost their job, or otherwise ended up on blacklists. The Nixon administration extended this blanket of blame to later include journalists and politicians by ever-further exaggerating the dangers of communism in the public eye. Of these aforementioned members, many were often fired for simply receiving a subpoena from HUAC or one of other similar committees of the period. Just as such individuals no longer actually playing an active role in the communist party they received the subpoena from, industrial workers were also commonly dismissed and blacklisted for similar reasons, especially those found to be active within local left-wing unions.⁴⁷ It was made very obvious by the system when one was fired because due to political beliefs, and it was became almost impossible to obtain meaningful employment after such a stain on one's records.

There were also many existing loyalty security programs for civil servants at the time, for both those of the states and the federal government. There were also separate loyalty oaths for teachers, lawyers, entertainer, and all manner of public and private employees as well. The Federal government thus screened all these workers, with the aim being to ferret out local communism.⁴⁸ In addition, mail was also searched and phones tapped to the same effect by the FBI.⁴⁹ McCarthyism even ended up affecting academic intellectualism and its publications as forced backing of the status quo caused the blatant removal of the facts from articles, for fear of harsh repercussions by the authorities. At the same time, foreign-born scientists were also deported due to false fears of the poisonous influentialism born of the "exotic other races" belief of the times.⁵⁰

McCarthy's accusations took their rightful place as the headlines of newspapers, but his victims' denials were relegated to the back pages instead, as

⁴⁷ Schrecker, 1998, p. 4. See also Fried, 1990, at chapter 1. The Author reports those people were called "Fifth Amendment Communists." See more Walker, 1999, p. 191.

⁴⁸ Schrecker, 1998, p. 271.

⁴⁹ Schrecker, 1998, p. 371. Subsequent freedom of Information Act revelations proved that the FBI had spied on writers, lawyers, and even Supreme Court judges. See also Walker, 1999, p. 191.

⁵⁰ Schrecker, 1998, p. 406. See also on controversy, Wagner Thielens, "Academic Freedom Symposium, Speech: McCarthyism and Academic Freedom: Why Wasn't Damage Worse? Some Answers from the Academic Mind", *Wm. Mitchell L. Rev.* 22 (1996), p. 421. Professor Thielens claims that McCarthyism's damage to academic works was not to the degree that liberals claim it was.

blacklisting was everywhere from Hollywood to the industries of the radio and television.⁵¹ Most asked agreed that McCarthyism had influenced the content of motion pictures and television, and the ant-communist crusade went so far as to snap up the film industry for the benefit of right-wingers. Similarly, even the sector that was entertainment went along with the existent status quo for fear of retribution.⁵²

On March 9th, 1954, CBS television broadcast Edward R. Murrow's program "See It Now" provided information regarding Senator McCarthy's abuse of his position; it mentioned his wild and unprovable accusations against innocent people, and reported that the media was simply a puppet that repeated what "Mr. Untouchable" said without controlling the facts. The program thus electrified the American people, who, after only a few weeks of the Murrow program, were suppressed by McCarthy opposition when he claimed that the influence of communism affected US troops. These programs of Murrow's struck him down regardless, with the American public having now turned against him.⁵³ The same year's fall election brought to America the Democratic Victory, with McCarthy losing his committee chairmanship. This was followed up by the events of December 2, 1954, when, by a vote of 67 to 22, the Senate censured McCarthy for affronting the dignity of the chamber. With this final action, it seemed as though the paranoia of the Red Scare years had come to close,⁵⁴ as McCarthy had now lost his extremely influential persona, and floundered afterwards when he died a scant three years later. However, as John W. Canghy wisely warns us about being too optimistic, by saying that "the king was dead, but his kingdom well institutionalized on the conscience and unconscious level,⁵⁵ Schrecker continues by asking "Can it happen again?" Schrecker personally believes such events will absolutely never repeat in a similar manner, as she claims that the Cold War is over and that communists now cease in

⁵¹ Schrecker, 1998, p. 397, and 400.

⁵² Schrecker, 1998, p. 397, and 400.

⁵³ Walker, 1999, p. 212. McCarthy had actually begun investigating possible communist influence in the army as of October of 1953. He then attempted to discredit Secretary of the Army Robert Stevens. It was the beginning of the end for McCarthy as president Eisenhower realized that he had to now halt and put an end to McCarthy's exceedingly obstructionist and excessively invasive activities. See McCarthyism, <https://spartacuseducational.com/USAmccarthyism.htm/07/02/2021>.

⁵⁴ Urofsky & Finkelman, 2002, p. 765.

⁵⁵ Belknap, "The Fight for the Right to Counsel", p. 3.

any true political capacity. However, David Cole seems to disagree with her, as he states that 9/11 has meant that indefinite detention, such as at Guatemala Bay, has continued the concept of Communism, although it no longer bears that name.⁵⁶

II. THE POST-MODERN TURKISH MILITARY COUP OF FEBRUARY 28th, 1997, AND ITS SUBSEQUENT AFFECTS UPON CIVIL LIBERTIES

Turkey, as a constitutional parliamentary democracy, makes most of its legal developments in reaction to past events and the immediately current problems they cause. To understand legal developments in Turkey requires that they be evaluated via Turkish politics and historical events. To start at the beginning, Mustafa Kemal Atatürk established the Republic of Turkey after the collapse of the Ottoman State in 1923, via a military struggle for independence from invading foreigners. Indeed, the Turkish Army historically occupied a privileged position in the Ottoman era, and continued to do so within the Republic. During the final days of the Ottoman and the early years of the Republic, it was the Turkish Army that brought about the process of modernization. In fact, six of the ten presidents of Turkey (from the 1920's to 2004) including the founder of the Republic, Mustafa Kemal Atatürk, were themselves generals. However, most observant Turks of today worry about this continuing aspect of militant thought, and believe that the Turkish Army's ideological interpretation of Kemalism (via following strictly the ideas of Mustafa Kemal Atatürk regarding state) is an obstacle that impedes the true modernization and democratization of Turkey as a nation.

In Turkey, the relationship between the regime and military has two different branches via the twofold of co-existent military and non-military rule. The military has traditionally seen itself as the guardian of the legacy of Atatürk, and has directly intervened on three occasions when it felt that the Republic was being threatened. The fourth and final time, if we could term it as such, occurred on February 28, 1997.⁵⁷ It is termed the silent coup or post-modern coup because this particular incident did not make use of arms as the earlier coups had; it instead simply allowed the government to resign peacefully before enacting its

⁵⁶ David Cole, "The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism", *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 38 (2003), p. 1. The Author warns about the Federal government's activities after 9/11, and emphasizes that such events are new versions of McCarthyism.

⁵⁷ The most recent military coup attempt took place on July 15th, 2016 and was committed by Fethullah Gülen followers. The scope of this essay does not take this into discussion.

own military policies. The First Military Coup took place on May 27th, 1960, and introduced the Constitution of 1961. This coup had been a reaction to events of the past, particularly the majoritarian form of democracy enacted by the initial Constitution of 1924. Repeating on March 12th, 1971, the Second Military Coup also seized control of Turkish politics, and this was followed up by a repeat occurrence on September 12th, 1980, when the Army again took control and put the new Constitution of 1982 into effect. The rulers blamed the 1961 Constitution, which, they said, provided ultimate freedom, claiming that this had been the reason for the increase of rightist and leftist terrorism in Turkey. However, the 1982 Constitution has itself been amended twenty one times as of 2021 to now comply with the terms set by the European Union instead.⁵⁸

In December of 1995, the Welfare Party (Refah Partisi, RP) won the election as the reigning party at the time. The response of the voters of Turkey was perhaps the most interesting aspect regarding Turkey's multi-party system's process of democratization. However, due to Military's pressure and the support of president Süleyman Demirel, the Party of the Motherland (Anavatan Partisi, ANAP) and Party of the Straight Path (Doğru Yol Partisi, DYP) ended up forming a coalition government instead. The message was clear: The people wanted RP to be in power, as they agreed with its defense of the morals they upheld. Later, the compulsory coalition of ANAP-DYP gave rise to the RP-DYP coalition within a mere three months, via accusations directed against the former coalition regarding the misuse of its authority.

Indeed, at the time the secular establishment in Turkey had long been worried by the growth of Islamism, particularly as was embodied by Erbakan's Refah (Welfare) Party (RP). After an all-secular minority government had collapsed, Erbakan came to power as Prime Minister on June 29, 1996, as head of the two-party coalition. His party's junior coalition partner was the center-rightist (and secular) Doğru Yol (True Path) Party, led by former Prime Minister Tansu Çiller, who was named both deputy prime minister and foreign minister. The first six months of the new government, despite the many obstructions, passed with successful colors via showing marked signs of economic improvement.⁵⁹

⁵⁸ Esin Örucü, "Turkish Experiences in Human Rights Cases", Esin Örucü (ed.) *in: Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, BIICL, London, 2003, p. 131-2.

⁵⁹ Süleyman Kocabaş, *Refahyol Hükümeti Sonunun Perde Arkası: Türkiye'nin Sendromları 1996-1997 [The Background of the Refahyol Government's Collapse: Syndromes of Turkey, 1996-1997]*, Vatan Yayınları, Kayseri, 1997. See more Mehmet Ali Birand & Reyhan Yıldız, *Son Darbe 28 Şubat [The Latest Military Cou'p: 28th February]*, Doğan Kitap, İstanbul, 2012.

The military, and much of the secular establishment, thus feared that Erbakan and his party cohorts wanted to establish a state based on Islamic law (known as Sharia in Arabic and Western journalistic usage, Şeriat in Turkish). However, neither Erbakan nor his party had ever publicly embraced that objective as such; to do so would have been illegal under Article 24 of the Turkish constitution, which bans exploitation or abuse of religion or religious feelings, or things held sacred by religion in any manner whatsoever, for the purpose of personal or political influence, or for [the purpose of] even partially basing the fundamental, social, economic, political, and legal order of the State on religious tenets. Nevertheless, various statements by Erbakan and other RP members convinced many Turks, including the military, that imposing religious law was indeed their true goal. RP members, for example, had at various times sought to amend Article 24 during earlier periods. While in office, Erbakan had virtually no actual opportunity to legislate an Islamic agenda in the first place. Still, the military and other secularists were still concerned by what they saw as Erbakan's efforts to staff the state bureaucracy with party sympathizers, establish close relations with Iran and Libya, and increase the role of Islam in Turkey's public culture—often in a way that flouted Turkish law, such as when the prime minister hosted a widely publicized Ramadan Fasting Dinner (Iftar) for leaders of Sufi religious orders, or Sects (Tarikats), on January 11th, 1997.⁶⁰

On February 28th of that year, the regularly scheduled meeting of Turkey's National Security Council (NSC) had lasted much longer than usual, and after a full nine and one-half hours, the NSC announced its adoption of eighteen recommendations (in the context of Council Decision no. 406) designed to stem the perceived growth of Islamism in Turkey. Turkish military leaders were almost certainly the driving force behind this move, as pressured by both the military and secularist coalition partner Tansu Çiller, Necmettin Erbakan—Turkey's first pro-Islamist prime minister—had unwillingly signed the recommendations. However, he had also insisted that they would be implemented only if approved by the Turkish parliament, while military leaders insisted that the government was apparently obligated to implement them.⁶¹

Arriving, in a sense, at a time of peak concern surrounding such issues, the NSC meeting the February 28, 1997 thus marked the beginning of an official anti-

⁶⁰ Kocabaş, 1997, p. 132, 133. See more *28 Şubat Süreci 1 [The Era of February 28th 1]*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 1999.

⁶¹ Kocabaş, 1997, p. 189.

Islamist campaign in Turkey, as was primarily initiated and carried out by the military, but also had support from several civilian institutions-these also included an unprecedented coalition of leading Turkish labor unions and business organizations. The intent of this campaign was to force Erbakan out of office and reverse the political and societal gains that had been made by Islamism (and indeed his coalition crumbled under pressure, as Erbakan resigned four months later on June 16th, 1997). On February 28, after the National Security Council assembly, the agenda became one of constant Recommendation Decisions that were worded as more or less required orders instead, with such inner turmoil meaning that the country's domestic and foreign problems were heavily postponed.⁶²

From a historical glance at the day, February 28th meant that the military seemed to have opted for a democratic means to influence the politics of the country rather than using force. Whereas in 1960 and 1980, such coups were undertaken to restore order in chaotic situations, the coup of 1971 used a clearly unconstitutional but ultimately enforced and obeyed military ultimatum instead. This most recent turn of events differed yet again in that the military had influenced government policy through a constitutionally regulated instrument by means of the National Security Council, thereby at least using a flimsy cloak of legal legitimacy to carry out its actions.

The Secular State thus continued the charade by forcing the donation of sacrificial animals' skins to the Turkish Air Charity (THK) for sale as raw goods. It was declared that any organization or individual that refused to obey would be punished accordingly. Therefore, on April 18th, on the first day of Kurban Bayram (The Eid of Sacrifice, wherein an animal is slaughtered in ritual fashion for God, also known as Eid al-Adha), one of the Islamic Holy Days, Brigadier General Osman Özbek swore and insulted Prime Minister Erbakan and a foreign head of State for their lack of moral character. The reigning officers of superior military rank and some media outlets defended the behavior of the General as a righteous dissenter.⁶³

Another noteworthy incident happened on May 11th, 1997, when Istanbul saw thousands of demonstrators converge at Sultanahmet Square in protest of

⁶² Kocabaş, 1997, p. 400. See more Saygı Öztürk, *Belgelerle Düünden Bugüne 28 Şubat [From Yesterday to Today February 28th with Documents]*.

⁶³ Kocabaş, 1997, p. 329. See more Şevket Kazan, *28 Şubat Postmodern Bir Darbenin Anatomisi [February 28th an Anatomy of a Postmodern Military Cou'p]*, MGV Yayınları, İstanbul, 2014.

the closure of the junior high school equivalence of the religious Imam-Hatip schools and Kuran (Quran) courses, which had comprised by far the most significant elements of the National Security Council's decisions. From May 13th-20th, a tragic comedy took place when the hunt for those who wore the traditional Turkish turban (consisting of a round cap with the shawl tied around it) began, aided by the assistance of TV cameras (!) Many of the Kuran Courses were also shut down, and ^similarly the managers of legal pious foundations were arrested. On May 20th, the Welfare Party and the True Path Party (RP-DYP) coalition ended up overcoming the obstacle that was the second interpolation that had been staged by opposing parties to overthrow the government.⁶⁴

On May 21st, after the refusal of the 12th interpellation as mentioned, the High Appeals Court chief prosecutor, in Presence of the Constitutional Court, brought a suit against the Welfare Party (RP) aimed at the majority votes in the election.⁶⁵ The independence of judgment in question was overshadowed by threat of a permanent closure case, and in this case the timing had mattered as much as the evidence on which the indictments in question had been based on. According to Articles 68 and 69 of the current '82 constitution, political parties are the democratic elements of the system, and such cannot be abandoned or altered.⁶⁶ For the closure of such parties requires that actions that disrupt the basic qualities of said regime be committed by the responsible to-be-closed. In the incident given above, the chief prosecutor had gathered some news from written and visual forms of media and presented this as if it were actual definitive evidence, going so far as to have such information spread by the news agencies. In addition, the said news gathered from the media by the chief prosecutor was then either contradicted due to falsified evidence, or otherwise annulled instead via judicial decision.

Moving forward, May 26th was the day that 166 commissioned officers and various other non-commissioned officers were discharged from the army via the ruling of the Supreme Military Council due to accusations of reactionary (religious) activity. On June 2nd, 1997, the General Staff made public that reaction briefings would be arranged with different societies, the purpose of which was for the Army to unequivocally state that the Islamic constitution as now, in the

⁶⁴ Kocabaş, 1997, p. 318.

⁶⁵ Kocabaş, 1997, p. 318.

⁶⁶ See generally, Serap Yazıcı, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri [Constitutional Impacts of Military Coup D'états in Turkey]*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Army's definition, the nemesis of the military, and an apparently dangerous domestic threat. In doing so, the Army ensured that anyone who possessed any sort of obvious Islamic sensibility was marked as a target, with the news reportage of on June 6th that the General Staff had ordered units to place embargoes on several financial institutions that they had named as pro-Islamic.⁶⁷ This was followed by June 10th-11th when the General Staff gave a briefing regarding the reactionary activities in question to the Judges and public prosecutors.⁶⁸

However, in contrast with the Rule of Article 167 of the constitution in terms of said embargoes, the truth that the "Government takes measures to run systematic and critical of money, credit, capital, property and service markets" within the then current events led to the asphyxiation of the potential economic wealth of the country via the combined leeching of resources by those with claws sunk into every type of business and monopolist groups, to say nothing of the general military warship mentality that had been interlaid onto the political and social spheres of the entire society (Just as McCarthyism had also been).

In violation of Article 138 of the Constitution of '82 concerning the arrangement of the unlimited independence of judgment, it was supposed to hold that any organization, office, competent authority or person could not give instruct or give recommendations to judges or law courts regarding decisions to be used during judgment. In doing so during the lengthy example prior, the principle of the Law as reckoned by the government as one of the basic qualities of the republic had thus been violated. Some sovereign powers in the government limited and, moreover, even rejected the rights and freedoms of the people, although the rights and freedoms in question were of course guaranteed under the constitution. The sovereign powers in question could forbid access of the public sphere to the considerable majority by displaying said (religious) majority as an enemy that threatened public safety. The reasons for this were due to the fact that such disuse of the Constitution put forth the qualities of the republic as one of a democratic and secular ("laik") rule of law to the benefit of other groups, whereas, by the introductory rules of the Constitution of '82, it was clearly stated that government/association is illegal within democracies, save for preventing injustices pertaining to either people or to fend off hostile foreign entities.

⁶⁷ Kocabaş, 1997, p. 377, 381. See more Ali Bayramoğlu, *28 Şubat: Bir Müdahalenin Güncesi [February 28th: Diary of a Military Intervention]*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.

⁶⁸ Kocabaş, 1997, p. 380, 381.

After February 28th of 1997, it is of interest to note that the Military established a special intelligence service, just as had US McCarthyism, named the Western Activity Team (Batı Çalışma Grubu). This team then proceeded to place the entire country of Turkey under surveillance; people, especially civil officers who normally possessed status as classified individuals, were heavily scrutinized by this agency. In harsh irony, those who did not drink and prayed five times a day instead lost their government employment as a result of seemingly trivial subscription(s) to religious or critical forms of newspaper/ magazine. Phones were also heavily tapped, and all communication technologies similarly placed under strict surveillance. Also, many individuals were also blacklisted by the military in the name of supposedly protecting the Republic from radical elements. The result was that the entire nation became extremely fearful of being seen with religious or critically-minded persons, even within the daily routine of a coffee shop.⁶⁹

After the RP-led government's fall, the military seemed to take a greater role in day-to-day politics. Behind the scenes, the military had heavily supported the court case that led to the eventual closure of the RP in early 1999, however the Islamic party nonetheless survived as the remaining RP members of parliament joined the newly established Party of Virtues (Fazilet Partisi, FP) immediately afterwards. The new FP managed to gain 15% of the votes in the 1999 elections, a clear decline from the over 21% that had existed back in 1995. The FP itself later ended a short time later in 2001, leading to the split of the party into two rival factions: one a more traditionalist party, with the other comprising a 'modernist' group⁷⁰ that branded itself as a Muslim-democratic party. In addition to this type of political engineering, with one party resembling the Christian Democratic parties of Western Europe, the military had also issued an increased number of statements pertaining to domestic political developments than had been the case before. This action led to concern that

⁶⁹ Kocabaş, 1997, p. 456-468. See generally, Süleyman Kocabaş, *Postmodern Darbe Süreci: 28 Şubat'a Doping, Şubat-Mart 1998 Sendromları [The Period of Post-Modern Military Coup D'état: Supporting February 28, Syndromes of February-March 1998]*, Vatan Yayınları, Kayseri, 1998.

⁷⁰ The AKP (The Justice and Development Party, Adalet ve Kalkınma Partisi) currently rules Turkish politics, and at the time it seemed that the AKP was trying to save Turkey from militarism, just as the government had itself been pushing for Turkey to solve the problem of the division of Cyprus by uniting it and then adding it among the ranks of the EU (as currently, only the Greek half is within the EU).

the military was risking the process of politicization,⁷¹ although this proved false, as the military's public role greatly diminished in the years afterwards.⁷²

Concerning individual action however, many were taken into custody after having been arrested by security personnel for demonstrations of their religious rituals, meetings concerning religion or meetings and rituals, or even for simple exercise of religious belief. Women were warned about facing disciplinary penalties for wearing headscarves, for personal identification religious identifications, or for displays of worship within official or private institutions; subsequent investigations that were carried out led to the authorities prosecuting these women. The Military had likewise organized a public news meeting on a religious media channel, stating that religious media was now the enemy of the state.⁷³

In Turkey, the military has traditionally become involved in politics when political conditions became unstable and resulted in military generals being fearful of losing their authority. Because of this pattern, all military coup d'états in Turkey have been held in the name of Kemalism. However, the true meaning behind the political debate concerning religion was to create a new power balance, not necessarily to decrease the power of military rule held on the behalf of the Turkish elite. Historically, Turkish Military generals always played the board in a similar manner with Mustafa Kemal Atatürk, even though he was the very Founder of the Republic.⁷⁴

⁷¹ See generally, Hikmet Özdemir, *Ordunun Olağandışı Rolü [Exceptional Role of the Army]*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1994.

⁷² In November of 2002, the Justice and Development Party won the election. The party's efforts seemed to bode well at first, as for inflation had dropped down to 9% for the first time in 33 years, especially after the dismal 100+% inflation rates in general during the 1990s and early 2000s. The Turkish military had formerly attempted to diminish government influence a few times in the past, but the state responded by using the diplomatic means that was the European Union to sway the Army instead, thus directly severing any chance of enforced power grabs. Such events would later lead to the fight between the followers of President Erdoğan and Gülen, especially after the separate incidents of bribery tapes being released to the public (dated December 17th and 25th, 2013), with Gülen's followers finally attempting a military coup d'état in July of 2016. As is, they failed, and Turkey is currently run under the umbrella policies of President Erdoğan.

⁷³ See Kocabaş, 1998, p. 229-35.

⁷⁴ See Özdemir, 1994. See also Hikmet Özdemir, *Rejim ve Asker [Regime and the Military]*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1993. In his outstanding books he explains in great detail the reactions of Military Generals to the rise of Mustafa Kemal Atatürk during their own era of former supremacy.

Under military rule, civil liberties and rights were thus significantly destroyed. When a few brave dared to speak up, the whole nation was resolutely muted in response. In backing up the military's actions, the judiciary ended up destroying the lives of its people. Criticizing the military or its activities meant that an individual was a supposed traitor or an enemy of the military. A majority of the media constantly supported this wall of military coup d'états as a defense mechanism, followed by the entire nation then waiting for the first sign of a new election to then be able to somewhat respond to the military.⁷⁵

It seems evident that Turkish democracy becomes sick due to military interventionism.⁷⁶ The root of military involvement in Turkish politics made its actual democracy very frail and inefficient, as the aftermath of each intervention left political parties as banned entities, thus silencing the whole of society. For many years, people did not want to be involved in any activities, including religious, political, or even cultural, for fear of repercussions. In addition, many individuals also lost their jobs. In summary, the role of the military prevented and destroyed the establishment of a strong and stable democratic system in Turkey.⁷⁷ The February 28th post-modern military inventions were very dark days for the Turkish people as the entire nation became the target of trying to placate a military ruler rather than face lack of order. Unfortunately, Turkish democracy to this day still fights to try to create and establish a strong democracy unique to its own cultural expectations. The lives of many individuals, especially university students, were thus needlessly destroyed in the name of supposed security. And although a state could protect its own citizens' security by limiting freedom, it should do so by adhering to principles of due process. In addition, every given power must be regulated by the doctrine of checks and balances.

Another significant problem in Turkey is the belief of a majority of citizens that civil liberties and rights belong only to those in their own belief group. For example, rightists, leftists, and conservatives (or whichever affiliation they may have) believe that others do not have the same rights as members of "their"

⁷⁵ See generally, Hikmet Özdemir, *Tarih ve Politika [History and Politics]*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1995.

⁷⁶ See generally, Hikmet Özdemir, *Türkiye Cumhuriyeti [Republic of Turkey]*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1995. See more F. Stephen Larrabee & Ian O. Lesser, *Turkish Foreign Policy in an Age of Uncertainty*, (Rand Corporation, Santa Monica, 2003).

⁷⁷ See parallel critics on this issue, Özdemir, 1993 and 1994.

group. The people and the groups they comprise only concern themselves with their ideas and philosophies, even if their opponents lose everything in the process. It is therefore imperative that Turkey is ensured more time to establish a strong democracy within its own mix of European and Middle-Eastern influences.

CONCLUDING REMARKS

Around the world, the acts of rulers that abuse their system for their own political and social aims brings violence and fear and the threat of anarchy into society. Such pressures also work to kill off political diversity. Although many types of techniques to repress and punish those who do not think and act as the majority exist, each such violation has undoubtedly generated the following question from the perspective of the victims involved: "Where the law is, and why is it not enough to protect my civil liberties and rights?" As John Lock said, "[W]herever law ends, tyranny begins."⁷⁸, and it is only through the breakage and destabilization of laws that said violators can achieve their goals successfully. Although the time, place and names may change, the methods and madness always remain the same throughout history.

It is understood by all that the Cold War Era was a shameful period in terms of civil liberties in America, while in Turkey, every single military coup d'états led to more or less the exact same result of economic prosperity followed by political ruin. However, based on history and the current system of strong and stable American democracy, it appears that a broader understanding of McCarthyism has currently been defeated. However, the Smith Act did still destroy the Communist Party, thereby increasing the growth of federal investigative and prosecutorial agencies, an act that can no longer ever be undone.⁷⁹ When the McCarthyism era is compared to Stalin's Russia or Hitler's Germany, only two people-Julius and Ethel Rosenberg-were killed, and only a few hundred sent to prison or deported, while a mere ten to twelve thousand lost their jobs. However, the eventual end result is the complete absence of communism within American society; Schrecker believes that eradicating

⁷⁸ See Kutler, 1983, p. 246.

⁷⁹ See Belknap, 1977, p. 281. Professor Belknap observes that these agencies focused on new organizations and individuals as targets, although such targets were actually simple communist party members rather than dangerous radicals. He also believes that the U.S. Department of Justice is ultimately the entity responsible for the collapse of the Communist Party.

communism was unfortunate for Americans because it was a meaningful and feasible alternative to the American Dream.⁸⁰ McCarthyism also ended up terminating labor movements from American life; the era and its following years saw the disappearance of many labor movements due to political repression.⁸¹ Moreover, McCarthyism also enlarged racism in American society, as a consequence of the many policies regarding suspicion of foreign elements, whether cultural or by individual.⁸² In conclusion, McCarthyism was the desperate hunting grounds for communists during the late 1940s and early 1950s. It is still known as the most horrible political repression in American history, with even liberals having supported the anti-communist crusade in the name of security, demonstrating proof of how political repression operates within a supposedly free and liberal democratic state.

To end, we continually see displays of state exaggeration of existent or non-existent threat(s) for securing of power in the name of national security. Such exaggeration of risk usually destroys much of civil liberty, needing many years of retroactive repair later on. It is crucial to remember that people like McCarthy always exist at different times and places; they simply bide their time, waiting for the chance to secure a seat at the table that is global politics.

⁸⁰ Schrecker, 1998, p. XIII, 369.

⁸¹ Schrecker, 1998, p. 381.

⁸² Schrecker, p. 1998, p. 389. Professor Schrecker states that for many black communists, the Communist Party was more of a civil rights group, as Communists had been in support of black equality. The attack on Communism thus increased the incidence of racism in America instead of reducing it as it had been intended to.

BIBLIOGRAPHY

Books & Articles

- BELKNAP, Michal R., "The Fight for the Right to Counsel", *Ohio History* 85 (1976), p. 28-48.
- BELKNAP, Michal R., *Cold War Political Justice: The Smith Act, The Communist Party, and American Civil Liberties*, Greenwood Press, Westport, 1977.
- BLAG'S Law Dictionary, 7th ed., The West Group, St. Paul, 1999.
- CHEMIRINSKY, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 2nd ed., Aspen Law & Business, New York, 2002.
- COLE, David, "The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism", *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 38 (2003).
- FRIED, Richard M., *The McCarthy Era in Perspective: Nightmare in Red*, OUP, Ny, 1990.
- HALL, Kermit H., *The Magic Mirror: Law in American History*, OUP, New York, 1989.
- HIRSCH, Eric Donald, Jr., Joseph F. Kett, James Trefil, *The Dictionary of Cultural Literacy*, Houghton Mifflin Company, Boston, New York, 2002.
- KOCABAŞ, Süleyman, *Refahyol Hükümeti Sonunun Perde Arkası: Türkiye'nin Sendromları 1996-1997 [The Background of the Refahyol Government's Collapse: Syndromes of Turkey, 1996-1997]*, Vatan Yayınları, Kayseri, 1997.
- KOCABAŞ, Süleyman, *Postmodern Darbe Süreci: 28 Şubat'a Doping, Şubat-Mart 1998 Sendromları [The Period of Post-Modern Military Coup D'état: Supporting February 28, Syndromes of February-March 1998]*, Vatan Yayınları, Kayseri, 1998.
- KUTLER, Stanley I., *The American Inquisition: Justice and Injustice in the Cold War*, 2nd ed., Hill and Wang, New York, 1983.
- LARRABEE, F. Stephen & Ian O. Lesser, *Turkish Foreign Policy in an Age of Uncertainty*, Rand Corporation, Santa Monica, 2003.
- MATSUDA, Mari J., "Foreword: McCarthyism, the Internment and the Contradictions of Power", *B.C.L. Rev.* 40 (1998), p. 9-36.
- ÖRÜCÜ, Esin, "Turkish Experiences in Human Rights Cases", in: *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, ed. Esin Özücü, BIICL, London, 2003, p. 131-158.
- ÖZDEMİR, Hikmet, *Rejim ve Asker [Regime and the Military]*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1993.
- ÖZDEMİR, Hikmet, *Ordunun Olağandışı Rolü [Exceptional Role of the Army]*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1994.

- ÖZDEMİR, Hikmet, *Tarih ve Politika [History and Politics]*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- ÖZDEMİR, Hikmet, *Türkiye Cumhuriyeti [Republic of Turkey]*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- SCHRECKER, Ellen, *Many are the Crimes: McCarthyism in America*, Little, Brown and Company, Boston, New York, Toronto, London, 1998.
- STONE, Geoffrey R., *Constitutional Law*, 4th ed., Aspen Business & Law, New York, 2001.
- THİELENS, Wagner, "Academic Freedom Symposium, McCarthyism and Academic Freedom: Why Wasn't Damage Worse? Some Answers from the Academic Mind", *Wm. Mitchell L. Rev.* 22, (1996), p. 421-450.
- UROFSKY, Melvin I. & Paul Finkelman, *A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume II, From 1877 to the Present*, 2nd ed., OUP, New York, 2002.
- WALKER, Samuel, *In Defence of American Liberties: A History of the ACLU*, 2nd ed., OUP, New York, 1999.
- YAZICI, Serap, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri [Constitutional Impacts of Military Coup D'états in Turkey]*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Cases

- Bailey v. Richardson* (1951), 182 F.2d 46 (D.C. Cir. 1950).
- Brandenburg v. Ohio* (1969), 395 U.S. 444 (1969).
- Noto v. U.S.* (1961), 367 U.S. 290 (1961).
- Parker v. Lester* (1955), 227 F.2d 708 (9th Cir. 1955).
- Sacher II al. v. United States* (1952), 343 U.S. 1 (1952).
- United States v. Dennis* (1950), 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950).
- Yates v. U.S.* (1957), 354 U.S. 298 (1957).

Websites

- Alien Registration Act, <https://spartacus-educational.com/USAalien.htm>, accessed 6 February 2021.
- McCarthyism, <https://spartacuseducational.com/USAmccarthyism.htm>, accessed 7 February 2021.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN GERÇEĞE AYKIRI İTİRAZDA BULUNMASI NEDENİYLE İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 89/4 HÜKMÜ UYARINCA AÇILACAK TAZMİNAT DAVASININ BELİRSİZ ALACAK DAVASI ŞEKLİNDE AÇILIP AÇILAMAYACAĞI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Doç. Dr. Efe DİRENİSA^(**)

Öz

Üçüncü kişi kendisine tebliğ edilen haciz ihbarnamesine karşı gerçeğe aykırı şekilde itiraz ederse, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca takip alacaklısının itirazın aksini ispat etmek suretiyle üçüncü kişiden tazminat talep etmesi mümkündür. Uygulamada üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı itirazda bulunması durumunda, takip alacaklısının açtığı tazminat davasında talep edeceği tazminat miktarını belirlemesi büyük zorluğa neden olmaktadır. Takip alacaklısı, üçüncü kişi ile takip borçlusu arasındaki hukukî ilişkiye yabancıdır. Üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borcu, taraflar arasındaki bir sözleşmeden doğmuşsa, takip alacaklısının sözleşmenin ayrıntılarını bilmesi veya sözleşmeye müdahale etmesi mümkün değildir. Alacaklı davacının, davanın açılması anında alacak miktarını belirlemesinin mümkün olmadığı veya söz konusu belirlemeyi yapmasının kendisinden beklenemeyeceği durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca davanın belirsiz alacak davası olarak açılması mümkün kılınmıştır. Bu çalışmada, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen tazminat davasının hangi durumlarda belirsiz alacak davası olarak açılabileceği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Haciz İhbarnamesi, Gerçeğe Aykırı İtiraz, Tazminat Davası, Belirsiz Alacak Davası.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.04.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 27.05.2022.

Atıf Şekli: Efe Direnisa, "Üçüncü Kişinin Gerçeğe Aykırı İtirazda Bulunması Nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 89/4 Hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılıp Açılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 329-360.

^(**) Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: direnisa@tau.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2220-9468>.

AN EVALUATION ON WHETHER THE COMPENSATION ACTION TO BE FILED PURSUANT TO THE 89/4 OF THE EXECUTION AND BANKRUPTCY LAW DUE TO THE FALSE OBJECTION OF THE THIRD PARTY CAN BE FILED AS AN UNQUANTIFIED DEBT CLAIM

Abstract

If the third party falsely objects to the lien notification, it is possible for the creditor to demand compensation from the third party by proving the opposite of the objection under Article 89/4 of the Execution and Bankruptcy Code. In practice, if the third party makes an untrue objection to the lien notification, it causes great difficulty for the creditor to determine the amount of compensation to be demanded in the compensation lawsuit filed. The creditor is unfamiliar with the nature of legal relationship between the third party and the debtor. If the debt of the third party to the debtor is originated from a contract between the parties, it is not possible for the debtor to know the details of the contract or to intervene in the contract. In cases where it is not possible for the creditor claimant to determine the amount of the claim at the time of filing the lawsuit, or cannot be expected to make such determination, it is possible to file the lawsuit as an unquantified debt claim pursuant to Article 107 of the Code of Civil Procedure. In this study, it will be examined in which cases the compensation action stipulated in the fourth paragraph of Article 89 of the Execution and Bankruptcy Law can be filed as an unquantified debt claim.

Keywords

Lien Notification, False Objection, Compensation Action, Unquantified Debt Claim.

GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinde, borçlunun takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki hamiline ait olmayan ve cirosu kabil bir senede bağlı olmayan alacaklarının veya borçluya ait malın haczi özel olarak düzenlenmiştir. Üçüncü kişilerdeki söz konusu alacakların ve malların haczi bakımından mehaz İsviçre hukukundan farklı bir düzenleme benimsenmiştir. Ancak söz konusu düzenleme, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulamada bazı sorunlara neden olmuştur. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi üçüncü kişi alacaklı ile borçlu arasındaki takip ilişkisine taraf olmadığından, gerek üçüncü kişinin gerekse alacaklı ve borçlunun menfaatleri gözetilerek pek çok kez değişikliğe uğramıştır.

Üçüncü kişi, alacaklı ve borçlu arasındaki takip ilişkisine taraf olmadığından, kendisine tebliğ edilen birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine 7 günlük süre içerisinde itiraz ederek borcu ödemekten kurtulur. Ancak üçüncü kişinin, takip borçlusuna borcu olduğu veya takip borçlusuna ait bir mal kendisinde olduğu hâlde takip borçlusuna borcu olmadığı veya borçlunun malının kendisinde bulunmadığına ilişkin gerçeğe aykırı itirazda bulunması mümkündür. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasında bu ihtimal gözetilerek, takip alacaklısına itirazın aksini ispat etmek suretiyle üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini talep etme hakkı tanınmıştır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca açılacak tazminat davalarında, itirazın gerçeğe aykırı olduğunu takip alacaklısı ispat etmek zorundadır. Üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borcu bir sözleşmeden doğmuşsa, takip alacaklısı söz konusu borç ilişkisine taraf olmadığından, uygulamada itirazın gerçeğe aykırı olması nedeniyle uğradığı zararı tazminat davasını açarken hesaplaması çoğunlukla mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesiyle alacaklı davacının, davayı açtığı anda alacak miktarını belirlemesinin mümkün olmadığı veya söz konusu alacak miktarının belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda, davayı belirsiz alacak davası şeklinde açabilmesi mümkün hâle gelmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde öngörülmüş olan koşullar mevcutsa, her dava belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir. Çalışmamızda üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine karşı gerçeğe aykırı şekilde itirazda bulunduğu durumlarda, takip alacaklısının açacağı tazminat davasının belirsiz alacak davası olarak açılmasının mümkün olup olmadığı ve hangi durumlarda söz konusu tazminat davasının belirsiz alacak davası olarak açılabileceği hususları incelenecektir.

I. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 89. MADDESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Mülgâ 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu Düzenlemeleri Doğrultusunda Borçlunun Üçüncü Şahıstaki Alacaklarının Haczi

Mülgâ 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda¹ üçüncü kişilerdeki alacakların haczi, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 99. maddesine paralel olarak, bir fıkradan oluşan tek bir hükümde düzenlenmişti. Mülgâ 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun "Alacaklar hakkında" kenar başlıklı 78. maddesinde, "hamiline ait yahut cirosu kabil sene de müstenit olmayan alacak veya sair bir hak haczedilirse, icra memuru borçlu olan üçüncü şahsa bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödeyebileceğini bildirir" hükmüne yer verilmişti. Bu hüküm, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun üçüncü kişideki alacaklarının haczini düzenleyen 89. maddesine nazaran oldukça yalın bir düzenlemedir. Mülgâ 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 70. maddesinin birinci fıkrasında borçlunun, icra memurunun talebi üzerine borcuna yetecek tüm mallarını, alacaklarını, haklarını ve kazancını yazılı veya sözlü olarak bildirmesinin zorunlu olduğu öngörülmüş, bu hususlarda beyanlarda bulunmayan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan borçlunun cezalandırılacağı düzenlenmişti.

Mülgâ 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda, mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'na paralel olarak, borçlunun borca yetecek tüm malvarlığı hakkında sözlü veya yazılı olarak beyanda bulunması, bu beyan üzerine alacaklının talebi doğrultusunda malvarlığının borca yetecek miktarının icra memuru tarafından haczedilmesi öngörülmekteydi. Borçlunun malvarlığı hakkında beyanda bulunmaması veya eksik ya da yanlış beyanda bulunması durumunda cezalandırılması öngörülerek, borçluya malvarlığı hakkında doğru söyleme yükümlülüğü yüklenmişti. Borçlunun üçüncü kişilerden alacaklı olduğunu beyan etmesi durumunda, alacaklının talebi üzerine bu alacak icra memuru tarafından haczedilmekte, alacağın haczi icra memurunun haciz kararıyla gerçekleşmekteydi. Mülgâ 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca üçüncü kişiye yapılacak bildirimle üçüncü kişinin, sadece söz konusu alacağın takip borçlusu yerine icra dairesine ödenmesi sağlanmaktaydı.

B. Mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu Düzenlemeleri Doğrultusunda Borçlunun Üçüncü Şahıstaki Alacaklarının Haczi

Mülgâ 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na ilişkin yapılan açıklamalar mehaz İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesi uyarınca borçlu veya vekili, borç için yeterli haczin yapılabilmesi için

¹ RG, 04.05.1929, S. 1183.

borçlunun zilyetliğinde bulunan malları ve üçüncü kişilerdeki alacakları hakkında yeterli bilgi vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe mazeretsiz olarak aykırı davranması durumunda icra müdürünün borçluyu zorla getirme yetkisi olduğu gibi, ayrıca borçlunun haczedilebilir malları hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunması veya malvarlığını saklaması, İsviçre Ceza Kanunu'nun 163. maddesinde 5 yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca, hamiline veya emre yazılı bir senede bağlanmamış hak veya alacakların haczedilmesi durumunda, takip borçlusunun borçlusuna, artık ancak icra dairesine yapacağı ödemeyle borcundan kurtulabileceği bildirilir.

İsviçre hukukunda borçlunun üçüncü kişilerdeki hamiline veya emre yazılı bir senede bağlanmamış hak veya alacaklarının, icra müdürünün bu hak ve alacakların haczine karar verdiği anda haczedilmiş olacağı, üçüncü kişiye yapılan bildirim haczedilen hak ve alacağın icra dairesine ödenmesine ilişkin bir muhafaza tedbiri niteliğinde olduğu kabul edilmektedir². Üçünü kişi, takip alacaklısı ile takip borçlusunu arasındaki takip hukukundan kaynaklı ilişkiye taraf olmadığından, İsviçre hukukunda üçüncü kişiye icra dairesi tarafından gerçekleştirilen haciz işlemine karşı herhangi bir itirazda bulunma imkânı tanınmamıştır. Ancak İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesinin 4. fıkrası uyarınca üçüncü kişi de borçlu gibi haczedilen söz konusu alacak bakımından beyanda bulunmak zorundadır. Üçüncü kişi bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, borçlu gibi cezai yaptırımla karşı karşıya kalır. Üçüncü kişinin, icra dairesi tarafından kendisine yapılan haciz bildirimine karşı borçlunun kendisinden alacaklı olmadığı, alacağın haciz işleminden önce ödenmiş olduğu vs. gibi hususlarda beyanda bulunması, sadece haczedilen alacağı çekişmeli hâle getirir³. Üçüncü kişinin

² Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 99, N. 7; Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar - SchKG*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 99, N. 2; Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock, *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 4. Aufl., Zürich 2017, Art. 99, N. 2; Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Kommentar*, 20. Aufl., Zürich 2020, Art. 99, N. 2; Josef Studer/Markus Zöbeli, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht - Ein Leitfaden für die Praxis*, 5. Aufl., Zürich 2020, s. 103; Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Zürich 1984, s. 297.

³ Schlegel/Zopfi, *SK-SchKG*, Art. 99, N. 4; Kren Kostkiewicz, Art. 99, N. 7; Zopfi, *KuKo-SchKG*, Art. 99, N. 8; Lebrecht [BSK-SchKG], Art. 99, N. 12; Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, *Jaeger - Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Bd. I*, 4. Aufl., Zürich 1997, Art. 99, N. 7.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesinin 4. fıkrası uyarınca beyanda bulunması, gerçekleştirilen hacze ilişkin üçüncü kişiye tanınmış bir hak değildir⁴.

Üçüncü kişinin takip borçlusuna bir borcu olmadığını, borcun haczedilmemesinden önce ödenmiş veya borçlu tarafından daha önce bir başkasına temlik edilmiş olduğunu iddia ettiği durumlarda, bu hususun ancak söz konusu alacağın cebri icra yoluyla satışı gerçekleşmişse, alacağı satın almış kişiye veya İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 131. maddesi uyarınca ödeme yerine alacakların alacaklılara devri gerçekleşmişse alacaklılara karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁵. İcra müdürü, kendisine bildirimde bulunan üçüncü kişinin, alacağın varlığına itiraz etme sebeplerini haciz tutanağına açık bir şekilde yazar. Alacak, cebri icra yoluyla satılmışsa ihaleden alacağı alan kişinin veya borsa ya da piyasa değeri olmadığından hacze iştirak eden alacaklıların tamamının muvafakatiyle ödeme yerine alacaklılardan birisine devredilmişse ya da İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 131. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca alacaklılardan birisi üçüncü kişideki alacağın tahsilini üzerine almışsa, söz konusu bu alacaklının, bir tespit davası açarak takip borçlusunun üçüncü kişiden söz konusu alacağının olduğunu ispat etmesi zorunludur⁶.

C. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesi Kapsamında Borçlunun Üçüncü Şahıstaki Alacaklarının Haczi

Alacaklı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinde öngörülmüş olan özel usûle başvurarak borçlunun hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede bağlanmış olan alacağının veya hakkının haczini talep edebileceği gibi genel hükümlere göre de haciz talep edebilir⁷. Ancak çalışmamızın kapsamı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazda bulunması nedeniyle açılacak tazminat davalarıyla sınırlı olduğundan, sadece İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi üzerinde durulacaktır.

⁴ Schlegel/Zopfi, *SK-SchKG*, Art. 99, N. 6; Zopfi, *KuKo-SchKG*, Art. 99, N. 3.

⁵ Zopfi, *KuKo-SchKG*, Art. 99, N. 9; Walder/Kull/Kottmann, *Jaeger SchKG*, Art. 99, N. 7.

⁶ Walder/Kull/Kottmann, *Jaeger SchKG*, Art. 99, N. 7.

⁷ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker/Meral Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 8. Bası, İstanbul 2021, s. 177; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2021, s. 229; Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara 2022, s. 158; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, 6. Bası, Ankara 2013, s. 551; M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2021, s. 211.

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 1932 yılında yürürlüğe girmesiyle, borçlunun üçüncü kişideki alacağına haczi bakımından mehz Kanun ile mülgâ 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 70. maddesinden farklı bir düzenleme yapılmıştır. Tarihsel gelişim süreci içerisinde Kanun'un 89. maddesi pek çok kez değişikliğe uğramıştır⁸. İcra ve İflâs Kanunu 1932 yılında yürürlüğe girdiğinde, Kanun'un 89. maddesinin ikinci fıkrasında, icra dairesi tarafından üçüncü kişide bulunan malın veya borcun haczedilmesi durumunda, yapılan haczin üçüncü kişiye bildirilmesi ve 10 gün içerisinde üçüncü kişinin bu hususta bir itiraz ileri sürmemesi durumunda malın veya borcun kendisinde olduğunun varsayılacağı düzenlenmişti. 3890 sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun'la üçüncü kişiye yapılan hacze itiraz süresi 10 günden 7 güne indirilmiştir. Özellikle bankalara gönderilen haciz ihbarnamelerine karşı bankalar, anılan 7 günlük süre içerisinde gerekli araştırmaları yapıp tamamlayamadıklarından, süresi içerisinde itiraz edemediklerinden bahisle uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesi için 538 sayılı 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun'un 49. maddesiyle, Kanun'un 89. maddesinde değişiklik yapılarak ikinci haciz ihbarnamesi düzenlenmiştir. Ancak getirilen bu ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren de 7 gün içerisinde menfi tespit davası açılmasına ilişkin sürenin bazı kötü niyetli alacaklı ve borçlular tarafından istismar edildiği gözetilerek⁹, 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 22. maddesiyle Kanun'un 89. maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılarak, ikinci haciz ihbarnamesinden sonra üçüncü bir haciz ihbarnamesinin üçüncü kişiye tebliği öngörülmüş ve bu üçüncü haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren üçüncü kişinin 15 gün içerisinde menfi tespit davası açmasına imkân tanınmıştır¹⁰.

Bununla birlikte 1932 yılında 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu yürürlüğe girdiğinden beri Kanun'un 89. maddesinde, üçüncü kişinin kendisine yapılan haciz bildirimine karşı gerçeğe aykırı itirazda bulunması durumunda, alacaklının üçüncü kişinin cezalandırılmasını isteme ve tazminat talep etme hakları olduğu açıkça düzenlenmiştir.

⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Arslan, *Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi*, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 86 vd.; Saim Üstündağ, *İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesi Üzerine*, Makaleler, İçtihat Tahlilleri, Çeviriler, Ankara 2010, s. 283 vd.; Kenan Tunçomağ, *Üçüncü Kişilerdeki Alacakların Haczinin (İİK. 89'un) Doğurduğu Sorunlar*, İBD, C. 68, S. 7-8-9, Y. 1993, s. 450 vd.

⁹ Hakan Pekcanitez, 4949 Sayılı Kanun'la İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, C. 16, S. 49, s. 149.

¹⁰ İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinde yapılan değişikliklerin eleştirisi için bkz. Abdurrahim Karslı, İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004 C. 1, S. 2, s. 411 vd.

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN GERÇEĞE AYKIRI İTİRAZDA BULUNMASI DURUMUNDA ALACAKLININ TAZMİNAT TALEP EDEBİLMESİNİN KOŞULLARI

A. Genel Olarak

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasına göre alacaklı, üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine süresi içerisinde itiraz etmesi durumunda, üçüncü kişinin cevabının aksini icra mahkemesinde ispat ederek, üçüncü kişinin Kanun'un 338. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Ayrıca anılan fıkırada icra mahkemesinin tazminat hakkındaki davayı genel hükümlere göre göreceği öngörülmüştür.

Alacaklının, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itiraz etmesi sebebiyle tazminat talebinde bulunabilmesi için üçüncü kişiye haciz ihbarnamesinin usûlüne uygun bir şekilde tebliğ edilmiş olması, üçüncü kişinin süresi içerisinde bu haciz ihbarnamesine itiraz etmesi ve üçüncü kişinin itirazının gerçeğe aykırı olması gerekmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasında açılacak tazminat davası bakımından görevli mahkemenin icra mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır¹¹. Yetkili icra mahkemesi, takibin yapıldığı yerdeki icra mahkemesidir¹². Tazminat davasının genel hükümlere göre görüleceği hükme bağlandı-

¹¹ Ancak Yargıtay bir kararında, gerçeğe aykırı itiraz nedeniyle alacaklının, üçüncü kişinin cezalandırılmasını değil, sadece tazminata mahkûm edilmesini talep ettiği durumlarda bu davanın asliye hukuk mahkemesinde açılabilceğini kabul etmiştir: “[...] Dosyadaki kanıtlara göre, davalılara İİK'nın 89. maddesinden sözedilerek ihbarname gönderilmiş, davalılarda buna itiraz etmişlerdir. Davacı eldeki bu dava ile bu itirazın kaldırılmasını istemiştir. Her ne kadar İİK. 89/4 maddesinde bu tür itirazın İcra Tetkik merciinde yapılması öngörülmüş ve aynı maddede istemin kabulü durumunda itiraz edenin cezalandırılmasında düzenleme altına alınmış ise de, davacı eldeki davayı İcra Tetkik Mercii'nde değil, Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açmıştır. Tercih hakkını bu şekilde kullanmıştır. Böyle bir yolun izlenmesi ile hem taraflar için güvenli yargılama sağlanır hem de davalılar için cezalandırılmaktan kurtulma olduğundan onların yararınadır. Bu nedenle davaya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bakılması doğrudur [...]” (4. HD, 16448/8996 (Kazancı)). Aynı dârenin aksi yöndeki kararları için bkz. 4. HD, 18.02.2019, 15848/746 (Lexpera); 4. HD, 22.01.2019, 12586/247 (Lexpera); 4. HD, 15.03.2021, 304/1200 (Lexpera).

¹² Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 179; Baki Kuru/Burak Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Ankara 2021, s. 184; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, 3. Bası, İstanbul 1998, s. 730; Murat Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, İstanbul 2005, s. 89; Cenk Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Ankara 2013, s. 187; Ramazan Arslan, Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağıınin Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 65, S. 4, s. 3231; Görün/Börü/Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 162.

ğından, verilecek karar maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder¹³. Tazminat davası haksız fiil temelli bir dava olarak kabul edildiğinden¹⁴, haksız fiil için öngörülmüş olan iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin (TBK m. 72) tazminat davası bakımından da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵. Öte yandan gerçeğe aykırı beyanda bulunan üçüncü kişiyi şikâyet hakkı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 347. maddesine göre fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay geçmekle düşer. Alacaklı, üç aylık hak düşürücü süreden sonra ve fakat tazminat davası bakımından zamanaşımı süresinden önce üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve tazminata hükmedilmesini talep etmişse, ceza davasının düşmesine karar verilmesi ve tazminat bakımından yargılamanın devam ettirilmesi gerekir¹⁶.

B. Usûlüne Uygun Tebliğ Edilmiş Haciz İhbarnamesine Karşı İtiraz

1. Haciz İhbarnamesinin Usûlüne Uygun Tebliğ Edilmiş Olması

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi uyarınca üçüncü kişi, birinci veya ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren borca 7 gün içerisinde itiraz edebilir. Birinci haciz ihbarnamesine süresi içerisinde itiraz edilmişse, ikinci haciz ihbarnamesi tebliğ edilmez¹⁷. Ancak üçüncü kişinin, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemesi veya süresi içerisinde itiraz etmemesi mümkündür. Bu gibi durumlarda Kanun'un 89. maddesinin üçüncü fıkrasında, birinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren itirazda bulunmayan üçüncü kişiye, ikinci haciz ihbarnamesinin gönderilmesi öngörülmüş olup, üçüncü kişiye bu haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde itiraz etme imkânı tanınmıştır.

Ancak her iki haciz ihbarnamesi bakımından üçüncü kişiye tanınan itiraz hakkına ilişkin 7 günlük süre, haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren başlar.

¹³ Atal/Ermenek/Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 237; Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2021, s. 272; Görgün/Börü/Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 162.

¹⁴ Aksi yönde bkz. İbrahim Ermenek, *İcra ve İflâs Kanunu Madde 89/4'e Göre Açılan Tazminat Davalarının Hukukî Analizi*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C. I, Ankara 2014, s. 896 vd.

¹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 180; Kuru/Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 185; Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 732.

¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 181; Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 732-733; Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, s. 101.

¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 179; Kuru/Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 181; Görgün/Börü/Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 161; Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2021, s. 139.

Haciz ihbarnamelerinin, Tebligat Kanunu hükümlerine uygun şekilde yapılması gerekmektedir. Haciz ihbarnamesi, üçüncü kişiye usûlüne uygun tebliğ edilmemişse, Kanun'un 89. maddesinde öngörülmüş olan 7 günlük itiraz süresi işlemeye başlamaz. Usûlsüz tebligatta üçüncü kişi, ittıla tarihinden itibaren 7 gün içerisinde itiraz hakkına sahiptir¹⁸. Kanun'un 89. maddelerinde öngörülmüş olan haciz ihbarnameleri, belirli bir sıraya göre ve bir sonraki ihbarname, bir önceki ihbarnameye itiraz edilmemişse gönderilir. Birinci haciz ihbarnamesi usulüne uygun şekilde tebliğ edilmemişse, ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğ edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle birinci haciz ihbarnamesi usûlüne uygun şekilde tebliğ edilmeden, ikinci haciz ihbarnamesi düzenlenerek tebliğ edilmişse, ikinci haciz ihbarnamesi yok hükmündedir¹⁹. Söz konusu yok hükmündeki ikinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmesi hüküm ve sonuç doğurmaz.

Birinci haciz ihbarnamesinin usûlüne uygun şekilde tebliğ edilmediği durumlarda, öncelikle ittıla tarihinin tespit edilerek üçüncü kişinin ittıla tarihinden itibaren 7 gün içerisinde itirazda bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Eğer üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde itirazda bulunmuşsa, ikinci haciz ihbarnamesinin düzenlenerek tebliğ edilmesi mümkün olmadığı gibi alacaklı bu itirazın aksini ispatlayarak, tazminat talebinde bulunabilir. Zira söz konusu durumda süresi içerisinde yapılmış ve dolayısıyla geçerli bir itiraz söz konusudur.

Birinci haciz ihbarnamesinin usûlüne uygun şekilde tebliğ edilmediği ve itirazın da tespit edilen ittıla tarihinden itibaren 7 günlük süre geçtikten sonra yapıldığı durumlarda, icra dairesi alacaklının talebi üzerine ikinci haciz ihbarnamesini düzenleyerek üçüncü kişiye tebliğ etmek zorundadır. Üçüncü kişi,

¹⁸ “[...] Diğer taraftan, şikayetçiye gönderilen ikinci haciz ihbarnamesi usulüne uygun tebliğ edilmemiş ise, ikinci haciz ihbarnamesine ittıla tarihine göre süresinde itiraz edilmesi halinde artık şikayetçiye üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği gibi, itiraz edilmemiş olsa dahi ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden sonra itiraz süresi beklenmeden gönderilen üçüncü haciz ihbarnamesi de yok hükmündedir [...]” (12. HD, 13.01.2020, 13605/28 (Lexpera)).

¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 178. “[...] İİK'nın 89. maddesi gereğince şikayetçi adına çıkarılan birinci haciz ihbarnamesinin 11.02.2009 tarihli tebliğ işlemi, icra mahkemesi kararında da kabul edildiği üzere Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine aykırı olarak yapılmış olup, usulüne uygun bulunmamaktadır. Birinci haciz ihbarına ittıla tarihine göre süresinde itiraz edilmesi halinde artık şikayetçiye ikinci haciz ihbarnamesi çıkarılamaz. Bu nedenle birbirine bağlı iki ayrı işlemden oluşan uygulamada ikinci haciz ihbarnamesi yok hükmündedir. Mahkemece ilk haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinin düzeltilmesi ve ikinci haciz ihbarnamesinin iptaline karar verilmesi gerekirken haciz ihbarnamelerinin tümünden iptali isabetsizdir [...]” (12. HD, 29.06.2010, 4853/17047 (Lexpera)).

ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde haciz ihbarnamesine itiraz edebilir. Üçüncü kişi 7 gün içerisinde ikinci haciz ihbarnamesine itiraz etmezse, üçüncü haciz ihbarnamesi düzenlenerek üçüncü kişiye tebliğ edilir.

2. Haciz İhbarnamesine İtiraz Edilmiş Olması

a. "İtiraz" Kavramı

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin ikinci fıkrasında üçüncü kişinin kendisine tebliğ edilen haciz ihbarnamesine karşı ileri sürebileceği itirazlara yer verilmiştir. Üçüncü kişi; borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı veya haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borç ödenmiş veya mal istihlak edilmiş veya kusuru olmaksızın telef olmuş veya malın borçluya ait olmadığı veya malın kendisine rehnedilmiş olduğu veya alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi itirazlarını ileri sürebilir. Kanun'un 89. maddesinin ikinci fıkrasında "gibi" ifadesine yer verildiği için üçüncü kişinin ileri sürebileceği itirazların Kanun'da tahdidi olarak sayılmadığı sonucuna varmak gerekir²⁰. Doktrinde üçüncü kişinin ileri sürebileceği itiraz nedenleri tahdidi olmadığından, Kanun'un 89. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan itiraz nedenlerinin yanı sıra üçüncü kişinin takip borçlusuna karşı ileri sürebileceği bütün itiraz ve def'ileri, takip alacaklısına karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir²¹.

Üçüncü kişi haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden sonra, alacakla ilgili olmayan beyanlarda bulunursa, bunların haciz ihbarnamesine "itiraz" olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Örneğin, üçüncü kişi, takip borçlusunun

²⁰ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 727; Baki Kuru, *Bankadaki Mevduatların ve Diğer Alacakların Haczi*, 2. Bası, Ankara 2002, s. 80; Arslan, *Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 3226; İlhan E. Postacıoğlu, *Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi ile İlgili Bazı Problemler*, *Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi* 1979, C. 10, S. 2, s. 354; Leyla Akyol Aslan, *İcra ve İflâs Kanunu Madde 89 Hükümüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2011, C. 6, S. 1-2, s. 102; Görğün/Börü/Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 160; Karlı, *İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler*, s. 415; *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, s. 79; Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 87; Gökçe Er, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009, s. 39.

²¹ Kuru, *Bankadaki Mevduatların ve Diğer Alacakların Haczi*, s. 80; Akyol Aslan, *İcra ve İflâs Kanunu Madde 89 Hükümüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, s. 101; Karlı, *İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler*, s. 415.

takip alacaklısına aslında borçlu olmadığı veya takip borçlusunun borca yetecek miktarda malvarlığı haczedildiğinden kendisindeki alacağının haczine gerek olmadığı gibi beyanlarda bulunmuşsa, üçüncü kişinin “itirazda” bulunduğu bahsedilemez²².

Doktrinde, üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine cevaben takip alacaklısına karşı üstün bir hak ileri sürmesi, özellikle de rehin hakkı olduğunu iddia etmesi durumunda Kanun'un 89. maddesinin mi, yoksa 99. maddesinin mi uygulanacağı konusunda bir görüş birliği yoktur. Ancak bu görüşlere ayrı ayrı yer verilmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır²³. Bu hususta sadece İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin ikinci fıkrasında üçüncü kişinin rehin iddiasında bulunması da açık bir şekilde sayılmış olduğundan, alacaklının rehin hakkını ileri sürmesi durumunda, bunun da Kanun'un 89. maddesi kapsamında bir itiraz olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla alacaklının, üstün hakkın mevcut olmadığını ispat ederek, üstün hakkı ileri süren üçüncü kişiden tazminat talep edebileceğine dikkat çekmekle yetiniyoruz.

b. Haciz İhbarnamesine İtiraz

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinde üçüncü kişiye, birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine karşı ihbarnamenin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde itiraz etme hakkı tanınmıştır. Ancak birinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmediği durumlarda, ikinci haciz ihbarnamesi düzenlenerek borçluya tebliğ edilmesi öngörülmüştür.

Üçüncü kişi usûlüne uygun şekilde tebliğ edilmiş birinci haciz ihbarnamesine karşı süresi içerisinde geçerli bir şekilde itiraz etmişse, ikinci haciz ihbarnamesinin tebliği mümkün olmadığı gibi, bu itiraz gerçeğe aykırıysa, alacaklı da Kanun'un 89. maddesinin dördüncü fıkrasına göre tazminat davası açabilir. Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesine karşı sessiz kalmışsa veya haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren 7 günlük süreyi aştıktan sonra itirazını ileri sürerse, ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğ edilmesi ve ikinci haciz ihbarnamesine karşı 7 günlük itiraz süresinin beklenmesi gerekir.

²² Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 727; Kuru, *Bankadaki Mevduatların ve Diğer Alacakların Haczi*, s. 84; Akyol Aslan, *İcra ve İflâs Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, s. 102; *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, 80-81; Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 96.

²³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol Aslan, *İcra ve İflâs Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, s. 103 vd.

İkinci haciz ihbarnamesine karşı tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde itiraz edilirse, alacaklı bu itirazın gerçeğe aykırı olduğu iddiasıyla Kanun'un 89. maddesinin dördüncü fıkrasına göre tazminat davası açabilir. Ancak ikinci haciz ihbarnamesine karşı da itiraz edilmezse veya süresinden sonra itiraz edilirse, talep üzerine üçüncü haciz ihbarnamesinin düzenlenerek üçüncü kişiye tebliğ edilmesi gerekir. Üçüncü haciz ihbarnamesine karşı üçüncü kişinin itiraz hakkı yoktur. Üçüncü kişi 15 gün içerisinde menfi tespit davası açabilir. Aksi halde haczedilen alacak miktarı için takibe, üçüncü kişiye karşı devam edilebilir. Üçüncü kişinin açacağı menfi tespit davasında, takip borçlusuna borçlu olmadığını üçüncü kişi ispat etmek zorunda olduğundan, bu davanın reddi üçüncü kişinin takip borçlusuna borçlu olduğunun mahkeme kararıyla ortaya konulması anlamına gelir. Ayrıca üçüncü şahsın menfi tespit davasını kaybetmesi durumunda, dava konusu şeyin yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkûm edileceği düzenlenmiştir (İİK m. 89/3). Dolayısıyla üçüncü haciz ihbarnamesine itiraz imkânı olmadığından, alacaklının Kanun'un 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tazminat davası açabilmesi için borçlunun birinci ya da ikinci haciz ihbarnamesine süresi içerisinde geçerli şekilde itiraz etmiş olması gerekli ve yeterlidir.

3. İtirazın Gerçeğe Aykırı Olduğu İddiası

Üçüncü kişi süresi içerisinde haciz ihbarnamesine itiraz etmişse, Kanun'un 89. maddesinin dördüncü fıkrasında alacaklıya bu itirazın gerçeğe aykırı olduğu ispat etmek şartıyla tazminat talep edebilme hakkı tanınmıştır. Takip alacaklısı, üçüncü kişi ile takip borçlusu arasındaki hukukî ilişkiye taraf değildir. Bu nedenle takip borçlusunun üçüncü kişiden alacaklı olup olmadığını veya alacaklı ise de alacağının miktarını kesin olarak bilmesi çoğu zaman mümkün değildir. Bununla birlikte özellikle ikili ilişkilerde tarafların arasında uzun süredir devam eden bir ticarî ilişki veya tanışıklık olduğu durumlarda, takip alacaklısının takip borçlusunun alacaklı olduğu kişiler hakkında bilgisinin olması mümkün ve muhtemeldir. Takip alacaklısı, bu bilgisi veya en azından tahmini doğrultusunda üçüncü kişideki alacağın veya malın haczini talep eder²⁴.

²⁴ Yargıtay üçüncü haciz ihbarnamesine karşı üçüncü kişinin açtığı bir menfi tespit davası kapsamında yaptığı değerlendirmelerde, takip alacaklısının soyut bir alacak iddiasında bulunmasının yeterli olmadığına, ayrıca takip borçlusu ile üçüncü kişi arasında borç doğuran bir ilişkinin varlığının takip alacaklısı tarafından ileri sürülmüş olması gerektiğine hükmetmiştir: "[...] Somut olayın özelliğine göre ispat yükü yer değiştirebilir. Bu bağlamda, davacı takip borçlusuna borcu bulunmadığını belirtmiş, davalı tarafından verilen cevapta, davacı ile borçlu arasında borcu doğuran bir hukuki ilişkiden söz edilmemiş, sadece davacının borçlu olmadığını ispat etmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Şu durumda takip borçlusunun davacıdan alacaklı ol-

Bununla birlikte takip borçlusunun da alacaklı olduğu üçüncü kişilerle arasındaki şahsî ilişkiyi kullanarak, haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı beyanda bulunulmasını talep etmesi mümkündür. Üçüncü kişi, takip borçlusuyla arasındaki şahsî ilişkisinin zedelenmemesi veya ticarî ilişkinin devam etmesi gibi çeşitli gerekçelerle aslında takip borçlusuna borcu olduğu hâlde haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı beyanda bulunarak itiraz edebilir.

Alacaklı, tazminat davası kapsamında üçüncü kişinin itirazında ileri sürdüğü itiraza ilişkin vakianın gerçek hukukî durumla örtüşmediğini ispat etmekle yükümlüdür²⁵. Başka bir ifadeyle takip alacaklısı, üçüncü kişinin itiraz gerekçesinin fiilî hukukî durumu yansıtmadığını ve bu nedenle gerçeğe aykırı olduğunu ortaya koymalıdır. Üçüncü kişi takip borçlusuna borcu olmadığı itirazında bulunmuşsa, alacaklı üçüncü kişinin takip borçlusuna borçlu olduğunu ispat etmelidir. Üçüncü kişi takip borçlusuna borcu olduğunu ancak takip borçlusunun bu alacağı haczedilmeden takas hakkını kullandığını ileri sürmüştü, üçüncü kişinin takas hakkı olmadığını veya takas hakkının hacizden sonra kullanıldığını ispat etmekle yükümlüdür²⁶. Ezcümle Kanun'un 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca açılacak tazminat davasında davacı takip alacaklısı lehine tazminata hükmedilebilmesi için, alacaklının itiraz eden üçüncü kişinin itiraz gerekçesinin fiilî hukukî durumu yansıtmadığını ispat etmesi zorunludur.

duğunu belirten borç doğuran bir ilişkinin davalı (alacaklı) tarafından ileri sürülmesi gerekir. Böyle bir ilişkiye dayanmadan soyut olarak borçlunun davacıdan alacaklı olduğu ileri sürülemez ve bu ilişkinin neye dayalı olduğu açıklanmadan davacıdan borçlu olmadığını ispat etmesi beklenemez. Somut olayda takip alacaklısı olan davalı, soyut alacak iddiasının dayanağını somut olarak göstermemiştir. Dosyada alacağın varlığına ilişkin bilgi ve belge bulunmamaktadır. Davacı üçüncü kişi iddiasını ispat ederken ileri sürdüğü vakıaların aydınlatılması için davalı alacaklının doğruluk ödevine (HMK m. 29) uygun hareket ederek takip borçlusunun üçüncü kişiden neden alacaklı olduğunu açıklaması gerekir. Mahkemece bu yönler gözetilmeden ispat yükünün olumsuz kanıtlama olanağı bulunmayan davacıda olduğunun kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir [...]” (19. HD, 23.01.2013, 15204/1182 (Lexpera)).

²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 179; Kuru/Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 184; Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 734; Arslan, *Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 3228; Akyol Aslan, *İcra ve İflas Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, s. 112; Görgün/Börü/Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 161; *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, s. 108; Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, s. 198; Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. I*, 4. Bası, İstanbul 1954, s. 211; Burhan Gürdoğan, *İcra Hukuku Dersleri*, Ankara 1970, s. 84; Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 196.

²⁶ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 723.

III. GERÇEĞE AYKIRI BEYANDA BULUNAN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI AÇILACAK TAZMİNAT DAVASINDA TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ SORUNU

A. “Tazminat” Kavramı

İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasında üçüncü kişinin kendisine gönderilmiş olan haciz ihbarnamelerine gerçeğe aykırı şekilde itiraz etmiş olması durumunda alacaklının talebi üzerine “tazminata” mahkûm edileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla öncelikle “tazminat” kavramı üzerinde durulması gerekir.

Üçüncü kişi aslında takip borçlusuna borcu olduğu hâlde kendisine tebliğ edilen haciz ihbarnamelerine gerçeğe aykırı şekilde itiraz ederse, takip alacaklısının borçlunun üçüncü kişideki alacağına başka bir şekilde müdahale etmesi mümkün değildir²⁷. Bu nedenle takip alacaklısı, üçüncü kişinin bu davranışı nedeniyle haczedilmesine kanunen cevaz verilmiş bir alacağa ulaşarak (kısmen de olsa) kendi alacağını tahsil etme imkânından mahrum bırakılmaktadır. Başka bir anlatımla üçüncü kişi, kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edildikten sonra fiilî hukukî duruma uygun şekilde takip borçlusuna karşı borçlu olduğunu beyan ederse, bu borcu artık takip borçlusuna değil, icra dairesine ödemekle yükümlü olur. Dolayısıyla söz konusu borç icra dairesine ödeneceğinden, takip alacaklısı kendi alacağını (kısmen de olsa) yapılan bu ödemedен tahsil eder.

Üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazı, takip alacaklısının talebi doğrultusunda haczedilmiş olan²⁸ takip borçlusuna ait bir alacağın veya malın icra dairesine ödenmesine veya verilmesine engel olur. Takip alacaklısı, üçüncü kişinin hukuka aykırı şekilde haciz ihbarnamesine itiraz edildiği için takip borçlusuna ait alacağın icra dairesine ödenmemesi veya malın teslim edilmemesi nedeniyle zarara uğramaktadır. İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen tazminat kavramı, bu zararın giderilmesini ifade eder.

²⁷ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 237; Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 729; Arslan vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 272; *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, s. 94.

²⁸ İsviçre hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da takip alacaklısının üçüncü kişideki alacağın haczedilmesi talebinin üzerine alacağın icra dairesi tarafından haciz işlemini yapmasıyla haczedildiği, üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinin hukukî niteliği itibarıyla bir muhafaza tedbiri olduğu kabul edilmektedir (Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 691; Arslan vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 269; Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, s. 19; Akyol Aslan, *İcra ve İflas Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, s. 94; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 195, 197; Ömer Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, Konya 2015, s. 157; Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 52).

Söz konusu zarar, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazı nedeniyle icra dairesine ödenmeyen borç miktarı veya teslim edilmeyen malın değerinin yanı sıra, haciz ihbarnamesine itiraz edilerek alacaklının takip borçlusuna ait bu malvarlığının unsurlarına erişiminin zamansal olarak ötelenmesine neden olunmasından doğan zararları da kapsar. Örneğin, üçüncü kişi takip borçlusuna ait bir eşyayı gerçeğe aykırı itirazda bulunarak icra dairesine teslim etmez ve gerçeğe aykırı beyan nedeniyle açılan tazminat davası sırasında malın değerinde aşırı bir düşüş yaşanırsa, ortaya çıkan değer kaybı da zarar kapsamına dahildir. Zira üçüncü kişi, gerçeğe aykırı beyanda bulunmasaydı, malın icra dairesine teslimi ve sonrasında cebri icra yoluyla satışı gerçekleştirilerek elde edilecek ihale bedelinden alacaklı tatmin edilmiş olacaktı. Üçüncü kişi, gerçeğe aykırı itirazda bulunarak alacaklının elinden bu imkânı aldığından, bundan doğan değer kaybından da sorumlu olur.

Üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazı nedeniyle ortaya çıkan değer kaybından doğan sorumluluğu takip borçlusunun alacakları için de geçerlidir. Üçüncü kişi, gerçeğe aykırı beyanda bulunarak aslında takip borçlusuna borcu olduğu hâlde haciz ihbarnamesine itiraz etmişse, özellikle ülkemizde son dönemlerde yaşandığı gibi döviz kurlarındaki hareketlilik ve faiz oranlarının enflasyonun altında kalması nedeniyle paranın alım gücünde meydana gelen düşüş de bir zarar olarak görülmeli ve meydana gelen değer kaybı da tazminatın kapsamına dahil kabul edilmelidir. Zira üçüncü kişi, gerçeğe aykırı beyanda bulunmadan takip borçlusuna olan borcunu icra dairesine öderse, takip alacaklısı vakit kaybetmeksizin bu alacağa kavuşarak, söz konusu nakit üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma imkânına sahip olacaktır. Üçüncü kişi, gerçeğe aykırı itirazda bulunarak söz konusu borcun icra dairesine ödenmesine engel olmaktadır. Bu nedenle ülkemizde yargılamaların uzun sürdüğü gözetildiğinde, tazminat davası süreci içerisinde söz konusu alacak miktarına konu paranın alım gücü kaybindan doğan zarardan da üçüncü kişi sorumludur.

Tazminat miktarı bakımından takip konusu alacağın bir üst sınır olup olmadığı irdelenmesi gerekir. Üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunması nedeniyle takip alacaklısının uğradığı zarar, takip alacaklısının takip borçlusundan olan alacağından miktar itibarıyla daha azsa, zararın tamamının tazmin edilmesi bakımından böyle bir sorun ortaya çıkmaz. Öte yandan takip alacaklısı, tazminat davası kapsamında üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazda bulunduğunu ve ayrıca üçüncü kişi tarafından gerçeğe aykırı itirazda bulunulması nedeniyle teslim edilmeyen malın veya icra dairesine ödenmeyen alacağın üzerinde bir

zarara uğradığını ispat etmişse, takip alacaklısının takip borçlusundan olan alacağı aşan miktarda da tazminata hükmedilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir²⁹. Bu kabule göre takip borçlusunun takip alacaklısına olan borcunun üçüncü kişiye yüklenerek, takip borçlusunun borçtan kurtulmasına yol açacağı düşünülebilir. Fakat üçüncü kişi, haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı itirazda bulunarak dürüst davranma³⁰ ve Kanun'un 338. maddesi uyarınca kendisine yüklenmiş bulunan gerçeği söyleme yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle tazminat davası açılmasına kendisi sebebiyet vermektedir. Ayrıca üçüncü kişi, takibin tarafı değildir. Dolayısıyla takip borçlusunun kendisindeki malını veya takip borçlusuna olan borcunu, borçluya veya icra dairesine teslim etmesi veya ödemesi arasında üçüncü kişi bakımından bir fark yoktur. Üçüncü kişi, her halükârda kendisindeki malı teslim etmek veya borcunu ödemek zorundadır. Bu nedenle haciz ihbarnamesine karşı gerçeğe aykırı şekilde itirazda bulunmasında haklı bir menfaati söz konusu değildir. Dürüst davranma ve gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı hareket eden üçüncü kişinin, bu ihlalinden doğan zararın tamamını gidermesi gerekir.

B. Tazminat Miktarının Takip Alacaklısı Tarafından Belirlenmesi Sorunu

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasında takip alacaklısına, üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine karşı gerçeğe aykırı itirazda bulunduğu ispat etmek koşuluyla tazminat talep etme hakkı verilmiştir. Tazminat davasında davacı, takip alacaklıdır³¹. Malvarlığına ilişkin davalarda dava konu-

²⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 180; Postacıoğlu, *Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi ile İlgili Bazı Problemleri*, s. 363. Kuru, alacaklının alacağına geç kavuşmasından dolayı uğradığı faiz kaybının da tazminat kapsamında alacaklıya ödenmesi gerektiğini belirtmiştir (Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 737). Aksi yönde bkz. Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 193.

³⁰ Bu hususta bkz. Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara 2009, s. 87 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 28; Ramazan Arslan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s. 134 vd.; Erdal Tercan, *Medenî Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, C. 5, S. 1-2, s. 187; Nesibe Kurt Konca, *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğru Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara 2016, s. 159-160.

³¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 180; Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, s. 729; Kuru/Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 184; Arslan vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 272; Arslan, *Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 3232; Akyol Aslan, *İcra ve İflas Kanunu Madde 89 Hükümüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, s. 110-111; Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, s. 97; Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 185.

sunun değerinin dava dilekçesinde gösterilmesi zorunludur³². Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin üçüncü fıkrasında da değer tayininin mümkün olduğu hâllerde, dava dilekçelerinde değer gösterilmesinin zorunlu olduğu, değer gösterilmemiş olduğu hâllerde ise davacıya değer tespit ettirileceği, tespitten kaçınma hâlinde ise davacının dilekçesinin işleme konmayacağı hükme bağlanmıştır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasına göre açılacak tazminat davalarında öncelikli olarak gözetilmesi gereken husus, davacı takip alacaklısının takip borçlusu ile üçüncü kişi arasında borcun doğmasına sebep olan hukukî ilişkinin tarafı olmadığı ve bu hukukî ilişkiye tamamen yabancı olduğudur. Üçüncü kişi ile takip borçlusu arasındaki borç ilişkisi, sözleşmeden doğabileceği gibi sözleşme dışı bir hukukî ilişkiden de doğmuş olabilir. Sözleşmeden doğan alacaklar bakımından sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereği, sözleşme sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur. Ayrıca sözleşmenin tarafları, anlaşmak suretiyle sözleşmeyi diledikleri gibi tadil edebilirler. Bu nedenle takip alacaklısının, özellikle tarafı olmadığı sözleşmesel ilişkiler bakımından takip borçlusu ile üçüncü kişi arasındaki borcun miktarını dava tarihi itibarıyla kesin olarak bilmesi veya tespit edebilmesi oldukça güçtür.

Takip borçlusu ve üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişki; kira sözleşmesi ve finansal kiralama sözleşmesi gibi sürekli borç doğuran bir sözleşmeye, sözleşmeye taraf olmayan takip alacaklısının, sözleşmenin koşullarını veya daha da önemlisi kira borcunun miktarını bilmesi mümkün değildir. İş yeri kiralamalarında, kiranın elde edilen cironun belirli bir oranı olacağı şeklindeki anlaşmalar uygulamada yaygındır. Kira bedeli, kiracının her ay elde ettiği ciroya göre değişiklik göstermektedir. Kira bedelinin aylık sabit bir miktar olarak belirlendiği durumlarda da, uygulamada kira bedelinde her yıl artırım yapıldığı göz ardı edilmemelidir. Konut ve çatılı işyeri kiralarında yapılacak artışlar bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinin birinci fıkrasında, yenilenen kira bedeline ilişkin yapıla-

³² Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde malvarlığına ilişkin davalarda dava bedelinin gösterilmesi, dava dilekçesinin zorunlu bir unsur olarak düzenlemiştir. Anılan hükmün ikinci fıkrasında dava dilekçesindeki bazı eksikliklerin giderilmesi için hâkimin bir haftalık kesin süre vereceği öngörülmüş ise de dava değerinin gösterilmemesi, bu eksiklikler arasında sayılmamıştır. Bununla birlikte dava değerinin gösterilmesi zorunluluğunun Harçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerden kaynaklandığı, dava değerinin belirtilmediği durumlarda da bu eksikliğin giderilmesi için süre verileceği gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kabul edilmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1157 vd.

cak artış oranının tüketici fiyat endeksindeki 12 aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerli olacağı, kiracı lehine nispi emredici şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu veri, her ay Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından açıklanmaktadır. Dolayısıyla kural olarak kira sözleşmesinin taraflarının bile yapılacak artış oranını TÜİK tarafından ilgili veri açıklanmadan bilmeleri mümkün değildir. Menkul kirası ve finansal kiralama bakımından ise azamî kira artış oranı kanunî olarak belirlenmemiştir. Bu nedenle taraflar, kira bedelinde diledikleri gibi artış yapmakta serbesttir. Ayrıca bu hususun tersi de söz konusu olabilir. Kira borcu, kira veya finansal kiralama sözleşmesinden doğan sözleşmesel bir borç olduğundan, taraflar yaşanan bazı ekonomik, politik veya toplumsal olayları gözeterek kira bedelinde indirim yapılması konusunda da anlaşabilirler. Dolayısıyla takip alacaklısı, bir şekilde kira veya finansal kiralama sözleşmesine ulaşsa bile sözleşmedeki şartların ve özellikle kira bedelinin haczedilmeden önce tarafların iradeleriyle geçerli şekilde değiştirilmiş olması mümkündür. Ayrıca kira sözleşmesi, süreli ise, sürenin sonunda taraflar sözleşmeyi feshetmedikleri için süresiz hâle gelmiş olabilir. Bu gibi durumlarda kira sözleşmesi feshedilene kadar geçerli olacağından, kira borcu doğmaya devam eder. Takip alacaklısı, üçüncü kişi kiracı ile takip borçlusu kiraya veren arasındaki sözleşmeye müdahale edemez. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tazminat davasını açan takip alacaklısının bu esnada, üçüncü kişi kiracı ile takip borçlusu kiraya veren arasındaki kira sözleşmesinin ne zaman sona ereceğini bilmesi mümkün değildir. Ancak üçüncü kişi kiracı, takip borçlusuna kira borcu olduğu hâlde gerçeğe aykırı şekilde haciz ihbarnamesine karşı itirazda bulunursa, takip alacaklısı kira sözleşmesi devam ettiği sürece icra dosyasına ödenmesi gereken kira alacağından mahrum kalır. Kira sözleşmesinin, tazminat davası açıldığı anda sona ereceği tarih belli olmadığından, takip alacaklısının her ay doğacak kira bedelinden mahrum kalacağı süreyi ve dolayısıyla tazminat miktarını belirlemesi, davanın ikame edildiği tarihte mümkün değildir. Ayrıca kira gibi irat şeklinde yapılan ödemelerde, aylık kira bedellerinin icra dairesine ödenmemesi nedeniyle uzayan süreçte meydana gelen ve faizle karşılanması mümkün olmayan ekonomik nedenlerden doğan değer kaybının da bu aşamada belirlenmesi mümkün değildir.

C. Gerçeğe Aykırı İtiraz Nedeniyle Açılacak Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılıp Açılmayacağı

1. Belirsiz Alacak Davasının Amacı ve Şartları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci fıkrası uyarınca davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak

belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının hukukî ilişkiiyi ve aşarî bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabileceği hükme bağlanmıştır.

Belirsiz alacak davası davanın açıldığı sırada talep sonucunu belirleyemeyen davacının, dava değerini olduğundan yüksek veya düşük göstermesinin yargılama giderleri ya da zamanaşımı bakımından doğuracağı olumsuzluklardan korunabilmesi için öngörülmüştür³³. Dava değerinin olduğundan yüksek gösterilmesi durumunda davacı, reddedilen miktar üzerinden yargılama giderlerine ve kanunî vekâlet ücretine hükmedilir. Dava değerinin olduğundan daha düşük gösterilmesi durumundaysa, gösterilen değeri aşan kısım bakımından zamanaşımı süresinin geçmesi tehlikesi doğar.

Belirsiz alacak davasının anılan bu hüküm uyarınca üç şartı vardır³⁴. Öncelikle alacağın miktarının veya değerinin davanın açıldığı tarihte belirlenmesinin, davacıdan beklenilememesi veya imkânsız olması gerekir. Alacak miktarının dava açıldığı tarihte hesaplanmasının alacaklıdan beklenemeyeceğinden veya imkânsız olduğundan bahsedilebilmesi için, alacak miktarının objektif olarak hiç kimse için hesaplanması mümkün olmaması ("objektif imkânsızlık") veya alacaklının davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını belirlemeyi mümkün kılan bilgi ve belgelere sahip olmaması ("sübjektif imkânsızlık") gerektiği kabul edilmektedir³⁵. Belirsiz alacak davası açılabilmesinin ikinci şartı, alacaklının alacağın

³³ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, İstanbul 2021, s. 223; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, s. 1020; Hakan Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara 2011, s. 26-27; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2021, s. 335; Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul 2013, s. 13-16; Baki Kuru/Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Ankara 2021, s. 154-155; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I*, 2. Bası, Ankara 2021, s. 439; Ramazan Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2021, s. 296; İbrahim Ercan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası*, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı X, İzmir 2012, s. 115-116; Nicholas Gut, *Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Basel 2014, s. 53-54; Peter Loosli, *Die unbezifferte Forderungsklage*, Zürich 1977, s. 17; Sabine Baumann Wey, *Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO*, Zürich 2013, s. 139.

³⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Simil, s. 207 vd.; Ercan, s. 147 vd.

³⁵ Pekcanitez/Atalay/Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, s. 224-225; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, s. 1028; Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, s. 43-45; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 337; Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, s. 218, 220; Şanal Görgün vd., *Medeni Usul Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2021, s. 281; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku C. I*, 4. Bası, Ankara 2021, s. 640; Ercan, s. 149. Kuru, "alacağın miktarının belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya imkânsız olduğu" ifadesiyle likit olmayan alacakların kastedildiğini belirtmiştir (Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I*, s. 437; Kuru/Aydın, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 155).

miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceğini veya imkânsız olduğunu ortaya koymasındır. Bu kapsamda davacının dava açmasını gerektiren hukukî ilişkiyi ve dayandığı tüm vakıaları eksiksiz olarak dava dilekçesinde belirterek, alacak miktarının tam olarak belirlenememesinin nedenleri de açıklanmalıdır³⁶. Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı veya değeri belirlenemiyor olsa da, davacı dava dilekçesinde asgarî bir miktar göstermekle yükümlüdür. Gösterilmesi gereken asgarî miktar, davacının davayı açarken tespit edebildiği veya alacaklıdan tespit etmesinin beklenebileceği alacak miktarıdır³⁷.

2. Gerçeğe Aykırı İtiraz Nedeniyle Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Açısından Değerlendirilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde öngörülmüş olan koşullar mevcut olduğu sürece açılacak davanın, belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceğinde tereddüt etmemek gerekir. Öte yandan İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca açılacak tazminat davasının belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağını, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi zorunludur. Bu bağlamda özellikle belirsiz alacak davasının ilk koşulu olan alacağın miktarının veya değerinin davanın açıldığı tarihte belirlenmesinin, davacıdan beklenilememesi veya imkânsız olması koşulu üzerinde durmak gerekir. Gerek doktrinde³⁸ gerekse yargı kararlarında³⁹,

³⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, s. 226; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, s. 1049; Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, s. 49; Atalay/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, s. 338; Simil, s. 239; Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s. 297; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku C. I*, s. 644; Ercan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası*, s. 151.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, s. 225; Pekcanitez, Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, s. 1043; Pekcanitez, Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, s. 48; Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, s. 249; Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s. 297; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku C. I*, s. 644; Ercan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası*, s. 151.

³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, s. 224-225; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, s. 1028-1029; Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, s. 44-45; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku C. I*, s. 641; Ercan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası*, s. 150.

³⁹ “[...] Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibarıyla uyumsuzluğa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenmemesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi duruma ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır. Hakime alacak miktarının tayin ve tes-

alacağın miktarının veya değerinin belirlenmesinin davacı için imkânsız olması veya davacıdan bu belirlemenin yapılmasının beklenemeyeceği durumlarda, başka bir anlatımla sübjektif imkânsızlık söz konusu ise, davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceği kabul edilmektedir. Alacaklının, davanın miktarını veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması, bu bilgi ve belgelerin açılacak davada karşı tarafça sunulmasıyla alacağın değerinin veya miktarının hesaplanmasının mümkün hâle gelecek olması, belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli ve yeterlidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca açılacak tazminat davalarında sübjektif imkânsızlık, davacı takip alacaklısına göre belirlenmelidir. Yukarıda da belirtildiği üzere takip alacaklısının, bir vakıa olarak takip borçlusu ile üçüncü kişi arasındaki bir hukukî ilişkiden kaynaklı borç ilişkisi olduğunu bilmesi mümkündür. Öte yandan takip alacaklısı, taraflar arasındaki borç ilişkisinin tarafı olmadığından, kendisinden tazminat miktarını hesaplaması için gerekli bilgi ve belgelere ulaşması beklenemez.

Belirsiz alacak davası, davacının davayı açarken karşılaştığı ispat zorluğunu aşması için bir araç olarak kullanılamaz. Takip alacaklısının tazminat miktarının belirlenmesi için gerekli bilgi ve belgelere ulaşamaması ile tazminat miktarını hesap edebilecek durumda olmakla birlikte ileri sürdüğü vakıaların ispatı için karşı tarafın elindeki belgelere ihtiyacı olması birbiriyle karıştırılmaması gereken hususlardır. Davacı takip alacaklısının alacak miktarını bilmekle birlikte, sadece ileri sürdüğü vakıaları ispat edebilmesi için karşı tarafın elindeki belgelere ihtiyaç duyması durumunda söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak açılması mümkün değildir⁴⁰. Zira bu ihtimalde davacı, tazminat miktarını davayı ikame ettiği tarihte hesaplayabilecek bilgiye sahiptir.

İcra mahkemeleri, sınırlı inceleme yetkisine sahip dar yetkili mahkemelerdir. Bununla birlikte İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarın-

pitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde (Örn: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 50, 51, 56), hakimın kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibarıyla alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkansız olduğu kabul edilmelidir [...]” (22. HD, 17.05.2018, 30910/12200 (Lexpera)). “[...] Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir [...]” (22. HD, 18.11.2014, 21949/32355 (Lexpera)).

⁴⁰ Benzer, *Belirsiz Alacak Davası*, s. 223; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku C. I*, 642-643.

ca açılacak tazminat davasının genel hükümlere göre görüleceği açıkça hükme bağlanmıştır. Davanın konusu, üçüncü kişinin takip borçlusuna borcu olmasına rağmen, gerçeğe aykırı olarak kendisine tebliğ edilen haciz ihbarnamesine cevabında bunu inkâr etmesidir. Üçüncü kişinin bu davranışı bir haksız fiil teşkil ettiğinden, alacaklı hukukî işlemin ispatına ilişkin sınırlamalarla bağlı değildir⁴¹. Takip alacaklısı, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğuyla ilişkin iddiasıyla ilgili tanık dinletebilir veya bu hususta üçüncü kişinin defterlerine dayanabilir. Bu nedenle takip alacaklısının, üçüncü kişinin itirazının gerçeğe aykırı olduğunu ispat edebilme imkânı geniştir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere takip alacaklısı, üçüncü kişi ile takip borçlusu arasındaki ilişkiye taraf değildir. Dolayısıyla takip alacaklısı, taraflar arasında üçüncü kişinin takip borçlusuna borcunu doğuran bir hukukî ilişki olduğunu bilse ve ispatlasa bile, davanın açıldığı anda üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borcunun miktarını bilmesi mümkün değildir. Ayrıca kira veya finansal kiralama gibi sürekli edimli sözleşmelerde üçüncü kişi, takip borçlusuna borçlu olmadığı yönünde itirazda bulunarak haciz ihbarnamesini tebliğ aldığı anda doğmuş olan ve kira sözleşmesi boyunca doğacak olan kira bedellerini icra dairesine ödemek zorunda kalmaktan kurtulur. Davacı takip alacaklısının zararı, kira borcunun icra dairesine ödenmediği her ay üçüncü kişi kiracının gerçeğe aykırı beyanda bulunması nedeniyle artmaktadır. Süresiz kira sözleşmesinde kiracı üçüncü kişi, kanunî ihbar sürelerine göre sözleşmeyi dilediği gibi sona erdirebilir. On yılı aşan kira sözleşmelerinde kanunen kiraya verenin de sebep göstermeksizin fesih hakkı vardır. Dolayısıyla tarafların tamamen iradelerine bağlı olarak devam eden sözleşmelere davacı takip alacaklısının müdahale imkânı yoktur. Takip alacaklısı, taraflar arasındaki kira miktarını biliyor olsa dahi, davayı açarken sözleşmenin sona erdirileceği zamanı bilmesi veya tahmin etmesi ve buna göre tazminatı hesaplaması mümkün değildir.

3. Gerçeğe Aykırı İtiraz Nedeniyle Tazminat Davasının Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılması Durumunda Mahkemenin Yapması Gereken İnceleme

Koşulları mevcut olmadığı hâlde açılmış olan belirsiz alacak davası, hukukî yarar yokluğu nedeniyle reddedilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin

⁴¹ Kuru, El Kitabı, s. 735-736; Kuru, *Bankadaki Mevduatların ve Diğer Alacakların Haczi*, s. 96-97; Kuru/Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 184; Arslan, *Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 3232; Akyol Aslan, *İcra ve İflâs Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, s. 113; Görgün/Börü/Kodaköğlü, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 162; Postacıoğlu İ. E./Altay S., *İcra Hukuku Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 552; Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, s. 104-105; Akil, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, s. 192.

dördüncü fıkrası uyarınca açılan bir davanın, belirsiz alacak davası olarak açılması durumunda mahkemenin öncelikli olarak belirsiz alacak davasının koşullarının somut olayda mevcut olup olmadığını incelemesi gerekir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca, davanın açılmasında hukukî yararın bulunması bir dava şartıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinin birinci fıkrası uyarınca mahkeme, dilekçelerin değişimi aşaması tamamlandıktan sonra ön inceleme aşamasında öncelikle dava şartlarını inceler⁴².

Gerçeğe aykırı itiraz nedeniyle tazminat davasının belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Belirsiz alacak davasının koşullarından birisi, davacının dava değerini veya miktarını davanın açıldığı anda hesaplayamamasının nedenini ortaya koymuş olmasıdır. Davacı takip alacaklısı, takip borçlusu ile üçüncü kişi arasında borç doğuran ilişkiyi somut bir şekilde ortaya koymuş, ancak tazminat miktarını davanın açıldığı anda gerekli bilgi ve belgelerin elinde olmadığından ötürü hesaplamasının mümkün olmadığını makûl gerekçelerle ortaya koymuşsa, söz konusu tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceğini kabul etmek gerekir. Öte yandan dava dilekçesinden alacaklının, üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borç miktarını bildiği; ancak bu borç miktarını ispat edecek belgeler elinde bulunmadığı için belirsiz alacak davası açtığı anlaşılıyorsa, belirsiz alacak davası şeklinde açılan tazminat davasının reddi gerekir.

Söz konusu tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılıp açılmayacağı belirlenirken somut olayın özelliklerine bakılması gerektiğinden, belirsiz alacak davası şeklinde açılabilecek veya açılmayacak gerçeğe aykırı itirazdan doğan tazminat davalarına örnekler vermenin, yapılan değerlendirmeleri somutlaştırmaya yardımcı olacağı kanaatindeyiz. Örneğin, bir anonim şirketin azınlık pay sahibinin, şirketin tek yönetim kurulu üyesi olan çoğunluk pay sahibinden alacaklı olduğu ve bu alacağa ilişkin yapılan takibin kesinleşmiş olduğu bir durumda, şirketin elde ettiği kârı temettü olarak dağıtması yönünde alınan genel kurul kararından sonra azınlık pay sahibi, çoğunluk pay sahibi borçluya düşen kâr payının haczi için haciz ihbarnamesi göndermiş olabilir. Anonim şirket, üçüncü kişi olarak takip borçlusu çoğunluk pay sahibine borcu olmadığı yönünde haciz ihbarnamesine itiraz ederse, takip alacaklısı azınlık pay sahibi,

⁴² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Direnisa E., *Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, İstanbul 2021, s. 159 vd.

anonim şirket ve takip borçlusuna arasındaki borcu doğuran hukukî ilişkiyi bilmesinin yanı sıra takip borçlusuna ödenmesi gereken kâr payı miktarını da hesaplayabilecek durumdadır. Dolayısıyla anonim şirketin gerçeğe aykırı itirazda bulunması nedeniyle açılacak tazminat davasının, belirsiz alacak davası olarak açılması mümkün değildir.

Öte yandan yukarıda da anılmış olan kira sözleşmesi örneğinde olduğu gibi takip alacaklısının, takip borçlusuna kiraya veren ile üçüncü kişi kiracı arasındaki sözleşmenin devam edeceği süreyi, kira bedeli gibi üzerinde tasarrufta bulunulması sözleşme tarafların iradesinde olan hususlara göre tazminat miktarının değişiklik gösterdiği durumlarda davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilirliğinin kabulü zorunludur.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 18.06.2018 tarihli bir kararında dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası şeklinde açıldığının belirtildiğini, üçüncü kişi ASKİ Genel Müdürlüğü'ne gönderilen birinci haciz ihbarnamesinde ise alacak miktarına açıkça yer verildiği gözetildiğinde, söz konusu davanın belirsiz alacak davası şeklinde açılmasının mümkün olmadığını gözetmeden işin esasına girerek karar veren ilk derece mahkemesi kararının bozulması gerektiğini içtihat etmiştir⁴³. Söz konusu karardaki “birinci haciz ihbarnamesinde alacak miktarına açıkça yer verilmiştir” ifadesiyle, tam olarak neyin ifade edilmek istendiği açık değildir. Eğer söz konusu ifadeyle takip konusu borç miktarı ifade ediliyorsa,

⁴³ “[...] Yukarıda yer verilen genel ilke ve açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; alacaklı S [...] Geoteknik [...] Ltd. Şti. tarafından R. İnş. Taah. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında yürütülmekte olan ilamlı icra takibinde, alacaklının istemi üzerine 3. kişi-ASKİ (Mali İşler Müdürlüğüne) - alınan ihtiyati haciz kararı doğrultusunda- birinci haciz ihbarnamesi gönderilerek, borçlunun 79.411,22-TL. alacağı üzerine ihtiyati haciz konulduğunun bildirildiği, iş bu ihbarnamenin adı geçen kuruma 19/12/2012 tarihinde tebliği üzerine ‘borçlunun kurum nezdinde tahakkuk etmiş alacağının bulunmadığı [...]’ belirtilerek yasal sürede itiraz edildiği, alacaklı tarafından gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğu iddiasıyla 3. Kişi-ASKİ Genel Müdürlüğü aleyhine 89/4. maddesine dayalı tazminat davası açıldığı, dava dilekçesinde de açıkça, davanın belirsiz alacak davası türünde açıldığının belirtildiği görülmüştür. Oysa ki; 18/12/2012 tarihli birinci haciz ihbarnamesinde alacak miktarına açıkça yer verilmiştir. Bununla birlikte, Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, tazminat miktarı 1. haciz ihbarnamesi ile istenen miktarı da aşamayacaktır. Ayrıca, yukarıda da belirtildiği gibi, salt bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Buna göre; İİK’nın 89/4. maddesine dayalı tazminat alacakları gerçekte belirli bir alacak olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri tereddütsüzdür. O halde mahkemece, İİK’nın 89/4. maddesine dayalı tazminat alacağının belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği nazara alınarak, davanın hukuki yarar yokluğundan (dava şartı yokluğundan usulden) reddi gerekirken, yazılı şekilde esasa girilerek yerinde olmayan gerekçe ile karar verilmesi isabetsizdir [...]” (12 HD, 18.06.2018, 1974/6207 (E-Uyar)).

verilen karar oldukça isabetsizdir. Zira takip konusu alacağın miktarı ile üçüncü kişideki alacağın miktarı örtüşmek zorunda olmadığı gibi, takip konusu alacağın miktarının birinci haciz ihbarnamesinde gösterilmesi, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin ekinde Örnek No.: 20 olarak belirtilen birinci haciz ihbarnamesinin matbu örneğinde yer alması zorunlu bir husustur.

Eğer söz konusu ifadeyle, haczedilen alacağın miktarı kastedilmişse, verilen karar kanaatimizce yine isabetsizdir. Örnek No.: 20 uyarınca düzenlenen birinci haciz ihbarnamesinde, "4- Haczin neye ilişkin olduğu ve haczin hangi miktar için yapıldığına" da yer verilmesi öngörülmüştür. Ancak birinci haciz ihbarnamesi Örnek No.: 20 uyarınca icra dairesi tarafından hazırlanıp, üçüncü kişiye tebliğ edilir. Dolayısıyla alacağın miktarının tazminat davası açıldığı anda hesaplanabilir olup olmadığı bakımından davacının iddiaları doğrultusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. İcra dairesi tarafından hazırlanmış olan bir belgenin, alacak miktarının belirli olduğuna gerekçe olarak gösterilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte söz konusu karardan tam olarak anlaşılammakla birlikte davacı takip alacaklısı, takip borçlusunun üçüncü kişi ASKİ Genel Müdürlüğü'nden olan alacağının haczedilmesi ve ASKİ Genel Müdürlüğü'ne birinci haciz ihbarnamesi gönderilmesine ilişkin talebinde, takip borçlusu üçüncü kişi ASKİ Genel Müdürlüğü'nden alacağını tam olarak belirtmişse, tazminat miktarı davacı için dava anında hesaplanabilir olduğunun kabulü zorunlu hâle gelir. Bu hâlde, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazı nedeniyle açılacak tazminat davası, belirsiz alacak davası olarak açılmaz.

SONUÇ

Hukukumuzda takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki hamiline ait olmayan ve cirosu kabil bir senede bağlı olmayan alacaklarının veya borçluya ait malın haczi için İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinde özel bir düzenleme yapılmıştır. Tarihsel gelişim süreci içerisinde, takip alacaklısının, takip borçlusunun ve üçüncü kişinin haklı menfaatleri ve uygulamadaki sorunlar gözetilerek, söz konusu hükümde pek çok kez değişiklik yapılmıştır. Bununla birlikte takip alacaklısına, gerçeğe aykırı itirazda bulunan üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini talep etme hakkı, söz konusu hükmün ilk yürürlüğe girdiği tarihten itibaren tanınmış bir haktır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrasında, üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine karşı gerçeğe aykırı itirazda bulunması durumunda takip alacaklısının, icra mahkemesinde

dava açarak itirazın gerçeğe aykırı olduğunu ispatlamak suretiyle üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini talep edebileceği öngörülmüştür. Zira üçüncü kişi takibe taraf olmadığından, haciz ihbarnamesine itiraz etmesi durumunda borcu ödemekten kurtulur ve takip alacaklısının, üçüncü kişide bulunan ve takip borçlusuna ait olan alacağa veya mala ulaşma imkânı kalmaz. Üçüncü kişi, kendisine tebliğ edilen haciz ihbarnamesine karşı doğru söyleme ve dürüst davranma yükümlülüklerini ihlâl ederek, takip alacaklısının alacağına kavuşmasına engel olursa, söz konusu davranışı bir haksız fiil teşkil ettiğinden, takip alacaklısına üçüncü kişinin itirazının aksini ispat etmek suretiyle tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.

Gerçeğe aykırı itiraz nedeniyle açılacak tazminat davalarında takip alacaklısı bakımından en büyük sorun, çoğunlukla tazminat miktarının belirlenmesi noktasında kendisini göstermektedir. Zira takip alacaklısı, takip borçlusuna ile üçüncü kişi arasındaki borç doğuran hukukî ilişkiye yabancıdır. Takip alacaklısı söz konusu borç doğuran hukukî ilişkiye taraf olmadığından, takip borçlusuna ile üçüncü kişi arasındaki borç miktarının takip alacaklısı tarafından tespit edilmesi ve tazminat miktarının buna göre belirlenmesi her zaman kolay bir husus değildir.

Bununla birlikte 6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde, alacaklının dava açtığı anda alacak miktarını tespit etmesinin imkânsız olduğu veya alacak miktarının tespitinin davacı alacaklıdan beklenilemeyeceği durumlarda, davacı alacaklıya davasını belirsiz alacak davası olarak açma imkânı getirilmiştir. Alacaklı, alacağın varlığına ilişkin vakıaları somut bir şekilde ortaya koyabiliyorsa ve fakat alacak miktarını hesaplaması için gerekli bilgi ve belgelere sahip dahilse ya da bu bilgi ve belgeler karşı tarafın elinde olduğundan alacak miktarının hesaplanması tahkikat aşamasında mümkün olacaksa, söz konusu alacak davası belirsiz alacak davası olarak açılabilir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca gerçeğe aykırı itiraz nedeniyle tazminat davalarının belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı, her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Yargıtay'ın İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca açılacak tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağına ilişkin içtihadı bu nedenle isabetli değildir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde öngörülmüş olan koşullar somut olayda mevcutsa, her alacak davası gibi Kanun'un 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca açılacak tazminat davaları da belirsiz alacak davası olarak açılabilir. Üçüncü kişinin takip borç-

lusuna olan borcu, kira sözleşmesi veya finansal kiralama sözleşmesi gibi sürekli borç doğuran bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itiraz nedeniyle tazminat davasını belirsiz alacak davası olarak açabilmesi mümkündür. Takip alacaklısı söz konusu kira veya finansal kiralama sözleşmesine taraf olmadığından, kira bedelini bilmesi kendisinden beklenemez. Dolayısıyla üçüncü kişi kiracı, kira alacağının haczi için kendisine tebliğ edilen haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı şekilde itiraz ederse, takip alacaklısı tazminat davasını belirsiz alacak davası şeklinde açabilir. Ayrıca kira ve finansal kiralama gibi sürekli borç doğuran sözleşmelerde kira borcu her ay doğduğundan, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazda bulunarak takip alacaklısının kira alacağına erişmesini engellemesi, doğan her bir kira alacağı bakımından artan bir zarara sebep olur. Kira ve finansal kiralama sözleşmelerinde, sözleşme süreli bile olsa taraflar anlaşarak sözleşmenin süresini uzatabilecekleri gibi sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmeleri mümkündür. Takip alacaklısı, sözleşmeye taraf olmadığından sözleşmenin uzatılmasında veya sona erdirilmesinde herhangi bir irade gösteremez. Takip alacaklısının tazminat davasını açtığı anda sözleşmenin hangi süreyle devam edeceğini bilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kira veya finansal kiralama sözleşmesi devam ettiği sürece, gerçeğe aykırı itiraz nedeniyle icra dairesine ödenmeyen her bir kira borcu için takip alacaklısının sürekli artan bir zararı söz konusudur.

Belirsiz alacak davasının amacı, davayı açarken alacak miktarını belirlemesi mümkün olmayan veya kendisinden beklenemeyen alacaklının, alacak miktarını çok yüksek veya çok düşük göstermesi durumunda yargılama giderleri ve zamanaşımı bakımından oluşması muhtemel olumsuzluklardan korunmasıdır. Gerçeğe aykırı itiraz nedeniyle tazminat davasının temelinde, itirazda bulunan üçüncü kişinin haksız fiil niteliğindeki davranışı yatar. Davacı takip alacaklısının, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı itirazda bulunmak suretiyle işlediği haksız fiilden doğan zarar miktarının belirlemesi, tazminat davasını açtığı anda mümkün değilse veya alacaklıdan beklenilemeyecek nitelikteyse (HMK m. 107/1), tazminat davasının (İİK m. 89/4) belirsiz alacak davası şeklinde açılabilmesinin kabulü zorunludur.

KISALTMALAR

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Art. : Artikel

Aufl. : Auflage

BATİDER: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi

Bd. : Band

bkz. : bakınız

BSK : Basler Kommentar

C. : Cilt

E-Uyar : www.e-uyar.com

EÜHFD : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD : Hukuk Dairesi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İİK : İcra ve İflâs Kanunu

Kazancı : www.kazanci.com.tr

Lexpera : www.lexpera.com.tr

m. : madde

N. : Nummer

RG : Resmî Gazete

S. : Sayı

s. : Sayfa

SchKG : Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

Y. : Yıl

YÜHDF : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

vd. : ve devamı

KAYNAKÇA

- AKİL Cenk, *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Ankara 2013.
- AKYOL ASLAN L., *İcra ve İflas Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz*, EÜHFD, C. 6, S. 1-2, Y. 2011, s. 93-119.
- ARSLAN R., *Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağıın Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları*, AÜHFD, C. 65, S. 4, Y. 2016, ss. 3217-3247.
- ARSLAN R., *Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi*, Dr. A. Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 81-114.
- ARSLAN R., *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989.
- ARSLAN R./YILMAZ E./TAŞPINAR Ayvaz S./HANAĞASI E., *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2021.
- ARSLAN R./YILMAZ E./TAŞPINAR Ayvaz S./HANAĞASI E., *Medenî Usul Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2021.
- ATALI M./ERMENEK İ./ERDOĞAN E., *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2021.
- ATALI M./ERMENEK İ./ERDOĞAN E., *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2021.
- BAUMANN WEY S., *Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO*, Zürich 2013.
- BELGESAY M. R., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. I*, 4. Bası, İstanbul 1954.
- DİRENİSA E., *Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, İstanbul 2021.
- ER G., *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009.
- ERMENEK İ., *İcra ve İflâs Kanunu Madde 89/4'e Göre Açılan Tazminat Davalarının Hukukî Analizi*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C. I, Ankara 2014, ss. 887-918.
- FRTZSCHE H./WALDER-BOHNER H. U., *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Zürich 1984.
- GÖRGÜN Ş./BÖRÜ L./KODAKOĞLU M., *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara 2022.
- GÖRGÜN Ş./BÖRÜ L./TORAMAN B./KODAKOĞLU M., *Medeni Usul Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2021.
- GUT N., *Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Basel 2014.
- GÜRDOĞAN B., *İcra Hukuku Dersleri*, Ankara 1970.
- HUNKELER D., *Kurzkommentar - SchKG*, 2. Aufl., Basel 2014 (KuKo SchKG).
- KARSLI A., *İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler*, YÜHFD, C. 1, S. 2, Y. 2004, ss. 411-417.

- KODAKOĞLU M., *İcra ve İflâs Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2021.
- KREN KOSTKIEWICZ J., *SchKG Kommentar*, 20. Aufl., Zürich 2020 (OFK-SchKG).
- KREN KOSTKIEWICZ J./VOCK D., *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 4. Aufl., Zürich 2017 (SK-SchKG).
- KURT KONCA N., *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara 2016.
- KURU B., *Bankadaki Mevduatların ve Diğer Alacakların Haczi*, 2. Bası, Ankara 2002.
- KURU B., *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, 3. Bası, İstanbul 1998.
- KURU B., *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, 2. Bası, Ankara 2021.
- KURU B./AYDIN B., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Ankara 2021.
- KURU B./AYDIN B., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Ankara 2021.
- LOOSLI P., *Die unbezifferte Forderungsklage*, Zürich 1977.
- MUŞUL T., *İcra ve İflâs Hukuku C. I*, 6. Bası, Ankara 2013.
- ÖZEKES M., *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara 2009.
- PEKCANİTEZ H., *4949 Sayılı Kanun'la İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, TBBD, C. 16, S. 49, Y. 2003, ss. 137-158.
- PEKCANİTEZ H., *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara 2011.
- PEKCANİTEZ H., *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, 15. Bası, İstanbul 2017.
- PEKCANİTEZ H./ATALAY O./ÖZEKES M., *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, İstanbul 2021.
- PEKCANİTEZ H./ATALAY O./ÖZEKES M./SUNGURTEKİN ÖZKAN M., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 8. Bası, İstanbul 2021.
- POSTACIOĞLU İ. E., *Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi ile İlgili Bazı Problemler*, BATİDER, C. 10, S. 2, Y. 1979, ss. 353-368.
- POSTACIOĞLU İ. E./ALTAY S., *İcra Hukuku Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2010.
- STAEHELIN A./BAUER T./STAEHELIN D., *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2. Aufl., Basel 2010 (BSK-SchKG).
- STUDER J./ZÖBELI M., *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht - EinLeitfaden für die Praxis*, 5. Aufl., Zürich 2020.
- TANRIVER S., *Medenî Usûl Hukuku C. I*, 4. Bası, Ankara 2021.
- TERCAN E., *Medenî Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, SÜHFD, C. 5, S. 1-2, Y. 1996, ss. 181-212.

- TUNÇOMAĞ K., *Üçüncü Kişilerdeki Alacakların Haczinin (İİK. 89'un) Doğurduğu Sorunlar*, İBD, C. 68, S. 7-8-9, Y. 1993, ss. 450-460.
- ULUKAPI Ö., *İcra ve İflâs Hukuku*, Konya 2015.
- ÜSTÜNDAĞ S., *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004.
- ÜSTÜNDAĞ S., *İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesi Üzerine*, Makaleler, İçtihat Tahlilleri, Çeviriler, Ankara 2010, ss. 283-294.
- WALDER H. U./KULL T. M./KOTTMANN M., *Jaeger - Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Bd. I*, 4. Aufl., Zürich 1997.
- YAVAŞ M., *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)*, İstanbul 2005.
- YILDIRIM M. K./DEREN-YILDIRIM N., *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2021.

KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KİRA BEDELİNDE ARTIŞA İLİŞKİN 7161 SAYILI KANUN’LA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL^(**)

Öz

Konut ve çatılı işyeri kiralarda kira bedelinde artış meselesinin güncelliğini korumasını sağlayan husus 7161 sayılı Kanun’la getirilen değişikliklerdir. Bu sayede, artış oranı bakımından üretici fiyat endeksi yerine tüketici fiyat endeksi esas alınmıştır. Ayrıca, aynı kanuna göre, tüketici fiyat endeksine yönelik değişiklik 01.01.2019 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlük kazanmıştır. Üstelik, diğer bir hükümde söz konusu değişikliğin her türlü konut ve çatılı iş yeri kirası bakımından geçerli olacağı da düzenlenmektedir. O halde, güncel gelişmeler çerçevesinde kira bedelindeki artış bakımından kimler arasında hangi oranın esas alınacağını belirlemek hem doktrin hem de uygulama bakımından yararlı olur.

Anahtar Kelimeler

Kira Sözleşmesi, Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Kira Bedeli, Artış Oranı, Tüketici Fiyat Endeksi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.02.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 02.04.2022.

Atıf Şekli: Mehmet Akçaal, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun’la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 361-384.

Bu çalışmanın temelini 7. Asos Uluslararası Hukuk Kongresi’nde sunulan “Kira Bedelinde Artışa İlişkin Güncel Değişikliklerin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi” başlıklı tebliğ oluşturmaktadır.

^(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye.

E-posta: mehmetakcaal@hotmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3228-8486>.

ANALYSE OF AMENDMENTS IN THE LAW NO. 7161 REGARDING THE INCREASE IN LEASE PRICE OF RESIDENCE AND ROOFED WORK PLACE RENTS

Abstract

The amendment that keeps the increase in lease price of residence and roofed work place rents up-to-date is the amendments brought with the Law No. 7161. Thus, consumer price index is taken as basis instead of producer price index in terms of increase rate. In addition, according to the same Law, the amendment regarding the consumer price index became effective effective from 01.01.2019. Moreover, in another provision, it is regulated that this amendment will be valid for all types of residence and roofed work place. Therefore, it would be beneficial to determine which rate will be taken as basis.

Keywords

Lease Contract, Residence and Roofed Work Place, Lease Price, Rate of Increase, Consumer Price Index.

GİRİŞ

Şüphesiz ki, konut ve çatılı işyeri kiralarda kira bedelinde artışın nasıl belirlenmesi gerektiği meselesi hem teorik hem de pratik açıdan oldukça güncel ve ilgi çekicidir. Konuya ilişkin en güncel gelişme ise 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da¹ yer alan değişikliklerdir. İncelemenin temelini bu değişiklikler oluşturmaktadır. Ancak, hemen belirtmelidir ki, burada farazî bir olay üzerinden hareketle söz konusu değişikliklerin açıklanması yöntem olarak benimsenmiştir. Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin konunun geniş hacmi göz önünde bulundurularak, farazî olay dışındaki hususlara ilişkin değerlendirmeler kapsam dışında bırakılmıştır.

Farazî olaya göre, kiraya veren ile kiracı X AŞ arasında 01.01.2017 tarihli ve 2 yıl süreli çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesi yapılmıştır. Buna göre, kira sözleşmesinin başlangıcında 2 yıllık kira bedeli peşin ödenmiştir. Böylece, 2 yıllık sözleşme süresi boyunca kira bedelinde herhangi bir artış yapılmamıştır. Bununla beraber, aynı sözleşmenin "Kira Bedelinin Artış Şekli ve Oranı" başlıklı hükmü muhtemel bir uzama halinde yenilenen kira döneminde uygulanacak kira bedeline ilişkindir. Buna göre, "Kira süresi sonunda taraflar kira sözleşmesinin devamı konusunda anlaşma sağladıkları takdirde, kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden anlaşmanın sağlandığı tarihe kadar geçen 2 (iki) yıllık sürede TÜİK tarafından açıklanan EFE/ÜFE oranlarının ortalamasının 2 (iki) yıllık toplamı oranında kira arttırılacaktır".

İşte, bu noktada 01.01.2019 tarihinden itibaren yapılacak kira bedelindeki artışın sözleşmede yer alan yukarıdaki hükme göre mi, yoksa 7161 sayılı Kanun'la değişik TBK m. 344 hükmüne göre mi yapılması gerektiği hususunun ortaya konulması gerekir. Başka bir deyişle, TBK m. 344 hükmünün farazî olaydaki kira sözleşmesinin yenilenmesinde uygulanıp uygulanmayacağı, yani kira artışında sözleşme hükmünün mü, yoksa TÜFE oranının mı esas alınacağı belirlenmelidir. Bununla bağlantılı olarak, 2019 yılındaki yenilenen kira dönemine yönelik olarak kira tespit davasının açılıp açılmayacağı da açıklanmalıdır.

I. KIRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Kira bedelinde artış meselesine geçmeden önce kira bedelinin belirlenmesindeki esaslar ortaya konulmalıdır. Kira sözleşmesi ilk kez yapılırken taraflar

¹ Kanun Numarası: 7161, Kabul Tarihi: 17.1.2019, RG 18.01.2019/30659.

arasında sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Buna göre, taraflar kira bedelini kural olarak serbestçe belirleyebilirler². Nitekim, "Sözleşme Özgürlüğü" başlıklı TBK m. 26'ya göre, tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kural itibarıyla özgürce belirlemeleri mümkündür.

Sözleşme özgürlüğü, tarafların özel hukuk ilişkilerini diledikleri şekilde düzenleme özgürlüğüdür (TBK m. 26)³. Türk Borçlar Kanunu, sözleşme özgürlüğü-

² Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 280; Gizem Öztürk Kılıç, "Kira Tespit Davası ve Esasları", *Türkiye Baroları Birliği Dergisi*, 2017, S. 129, s. 231; Alper Uyumaz - Mehmet Akçal, "Türk Borçlar Kanununun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile Ürün Kirasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 1, S. 2, s. 145 vd. Alman ve İsviçre Hukuku'nda ise durum farklıdır. Bu kapsamda, ilk olarak Alman Ekonomik Suçlar Kanunu m. 5 hükmü zikredilebilir. Söz konusu hüküm sayesinde kiraya verenin başlangıçtaki kira bedelini konut kiracısı aleyhine tamamen keyfi olarak belirlemesinin önüne idarî para cezası öngörülerek geçilmek istenmiştir. Medenî hukuk bakımından esas önem arz eden ise, Alman Medenî Kanunu'nda (BGB § 556d vd.) yer alan hükümlerdir. Bu itibarla, konut pazarının dar olduğu bir bölgede konuta ilişkin bir kira sözleşmesi yapıldığı takdirde, başlangıçtaki kira bedelinin emsal kira bedelini yüzde ondan fazla aşmaması gerekir. Bir bölgede veya bölgenin bir bölümünde beraber yaşayan halk için geçim şartları önemli ölçüde zorlaşmış ise, o bölgede konut pazarı darlığı mevcuttur (BGB § 556d/I-II). Başlangıçtaki kira bedelinin BGB § 556d/I hükmünde öngörülenden daha fazla belirlenmesi halinde, kiracı, fazladan ödediği kira bedellerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir (BGB § 556g/I). İsviçre Hukuku'nda ise Borçlar Kanunu'nda (OR Art. 269 vd.) konuya ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu itibarla, konut ve işyeri kira sözleşmelerinde başlangıçtaki kira bedeli, hakkın kötüye kullanılması teşkil eden bir miktar olarak belirlenemez. Meselâ, kira bedeli ile kiralananın aşırı bir gelir elde etmek amaçlanırsa kötüye kullanım söz konusu olur (OR Art. 269). Böyle bir durumda ise kiracı buna karşı indirim isteme hakkına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nurten İnce Akman - Özkan Özyakışır, "Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 11, S. 2, s. s. 730 vd.

³ Sözleşme özgürlüğü hakkında geniş bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 17-18; Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 3; Heinrich Honsell - Peter Nedim Vogt - Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-519 OR*, 6. Auf., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015, s. 34 vd; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, C. I*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 174 vd.; Hıfız Veldet Velidedeoğlu - Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel - Özel*, Yarıgıtay Yayınları, Ankara, 1987, s. 49; Aytekin Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 1986, s. 246 vd; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, 3. Baskı, AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984, s. 122 vd.; Selâhattin S. Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 362 vd; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, 6. Baskı, Sermet Yayınları, İstanbul, 1976, s. 240 vd; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 501 vd; Turhan Esener, *Borçlar Hukuku Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, C. 1*, AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 192 vd; M. Kemal

nü irade muhtariyeti (özerkliği) ilkesinin uzantısı ve doğal bir sonucu olarak kabul etmiştir. Bu sayede, taraflara kendi aralarında geçerli bir hukuk düzeni (lex contractus) yaratma yetkisi tanınmaktadır. Taraflar sözleşme sayesinde kendi aralarında uymak zorunda oldukları hukukî bir alan, normatif bir düzen kurarlar. Bu düzen, tarafların kurdukları -deyim yerinde ise- mikro bir hukuk düzeni niteliğinde olup, sadece onları bağlar. Yani söz konusu hukuk düzeninin bağlayıcılığı nispidir⁴. Bu durum, taraf iradelerinin ve AY m. 48/1'de düzenlenen sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir. Gerçekten de, taraflar bir hukukî ilişkide iradelerini kullanabildikleri ölçüde irade özerkliğine sahip olurlar.

Her özgürlük gibi, sözleşme özgürlüğünün de bir sınırı mevcuttur. Zira tarafların sözleşme ile kurdukları mikro hukuk düzeni, devletin genel hukuk düzenine aykırı olamaz. Gerçekten de, tarafların iktisadî (hareket) hürriyetini sınırlandıran sözleşmeler bakımından TMK. m. 23-24 (ZGB Art. 27-28) ve TBK m. 26-

Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 23 vd; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 133 vd; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 10. Baskı, Sayram Yayınevi, Konya, 2017, s. 10 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 109 vd; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 357; Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 65 vd; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 100 vd; Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 14.7.2011 tarihli ve 8196/9280 sayılı kararı (KBİBB); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.5.2003 tarihli ve 13-332/340 sayılı kararı (KBİBB); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 28.6.2010 tarihli ve 1687/9581 sayılı kararı (KBİBB); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2.7.2004 tarihli ve 17247/10624 sayılı kararı (KBİBB). Kira sözleşmesi hakkında ayrıca bkz. Halûk Burcuoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 4 vd.; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, N. 225 vd.

⁴ Söz konusu hususu ifade etmek üzere CC Art. 1134/1'de, "Hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılırlar (Agreements lawfully entered into have the force of law for those who have made them)" hükmü öngörülmektedir. Mecelle 103'te de sözleşme, "tarafların icap ve kabulünün ortak konusu olan bir hususu üstlenip, taahhüt etmeleridir (Akid, tarafeynin bir hususu ilzam ve teahhüd etmeleridir ki, icap ve kabulün irtibatından ibarettir)" şeklinde tanımlanmıştır. Fransız Medenî Kanunu'ndaki gibi bir hüküm, İtalyan Medenî Kanunu'nda da mevcuttur (CCI Art. 1372). "Sözleşmenin Etkinliği (Wirksamkeit des Vertrages)" başlıklı bahse konu hükme göre, "Sözleşme taraflar arasında kanun gücündedir (Der Vertrag hat zwischen den Parteien Gesetzkraft)". Keza 2004 tarihli Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts, Rome 2004)'in "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Bölümündeki m. 1.3'e göre, "Geçerli olarak yapılan sözleşme onu yapan tarafları bağlar (A contract validly entered into is binding upon the parties)"; Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 21.3.2005 tarihli ve 710/2446 sayılı kararı, "...20.5.2000 tarihli yazılı sözleşme tarafların serbest iradeleriyle düzenlenmiş olup içeriğindeki hükümler tarafları bağlar..." (KBİBB).

27 (OR. Art. 19-20) hükümleri önem arz eder. Çünkü, bu tür sözleşmeler özel hüküm bulunmadıkça, söz konusu hükümler çerçevesinde değerlendirilirler⁵.

Bu itibarla, kira sözleşmesi akdedilirken, başlangıçtaki kira bedeli bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Taraflar, kira bedelini diledikleri şekilde belirleyebilirler⁶. Nitekim, farazî olayda da iki yıllık kira bedeli başlangıçta peşin ödenmiştir.

II. YENİ KİRA SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNİN BELİRLENMESİ

Kira bedelinde artış meselesine geçmeden önce yeni kira sözleşmesinin süresinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda, konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından TBK m. 339 ve devamındaki özel hükümler dikkate alınmalıdır. Gerçekten de, konut ve çatılı işyeri kiralari hakkında öncelikle söz konusu hükümler uygulanır. Bu kapsamda da, yeni kira sözleşmesinin süresi belirlenirken TBK m. 347 hükmü göz önünde bulundurulur. Buna göre, “konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır” (TBK m. 347/I, c 1). Böylece, sözleşme kendiliğinden sona ermez⁷.

Görüldüğü üzere, belirli süreli bir konut veya çatılı işyeri kira sözleşmesi kiracının bildirim yoksa aynı şartlarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Sürenin dolmasıyla birlikte sona eren sözleşme ile aynı içerikli, fakat bir yıl süreli yeni bir kira sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir⁸.

⁵ BGE 95 II 536; 53 II 329; Theo Guhl et al., *Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auf, Schulthess, Zürich, 2000, s. 511. Ayrıca bkz. Christian Brückner, *Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes)*, Schulthess, Basel, 2000, N 818; Eugen Bucher, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Personenrecht, Bd. I/2, Einleitung und Personenrecht, Die natürlichen Personen, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB*, 3. Auf., Stämpfli, Bern, 1993, s. 161; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.5.2013 tarihli ve 2012/11-1601 2013/752 sayılı kararı, “...Bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. BK'nın 19, 20, 161 maddeleri bu özgürlüğün sınırını çizmiştir...” (KBİBB).

⁶ Cevdet Yavuz - Faruk Acar - Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 381-382; İnce Akman - Özyakışır, “Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, s. 754; İllkay Kaya, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 9, S. 123-124, s. 176; Özkan Özyakışır, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 193.

⁷ Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku, C. II*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 122; Murat İnceoğlu - Ece Baş, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi”, *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 523.

⁸ Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 101; Mustafa Alper Gümüüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 4. Bas-

Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdirmeyebilir. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir (TBK m. 347/1, c 2-3).

Farazî olayda da taraflar arasındaki iki yıllık ilk sözleşme sona ermiştir. Bu noktada, söz konusu olayda taraflar arasında yeni bir kira sözleşmesinin yapılmadığına yönelik herhangi bir iddianın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu halde, TBK m. 347/1, c 1 gereğince, taraflar arasında kurulan yeni kira sözleşmesi bir yıllık belirli süreli bir kira sözleşmesidir. Bu kira sözleşmesi 01.01.2019 ile 31.12.2019 tarihleri arasında hüküm ve sonuç doğurmuştur.

III. BİR YILLIK KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNDEKİ SINIR

Yeni kira sözleşmesinin süresi tespit edildikten sonra kira bedelindeki artış hakkında açıklamalarda bulunulabilir. Bu itibarla, taraflar, kural olarak sözleşme ile yeni kira dönemlerine ilişkin kira bedelini de kararlaştırabilirler. Nitekim, farazî olayda da başlangıçtaki kira sözleşmesinin “Kira Bedelinin Artış Şekli ve Oranı” başlıklı hükmü buna ilişkindir. Böylece, taraflarca kira bedelinin artışı konusunda iki yıllık EFE/ÜFE oranlarının ortalaması esas alınmaktadır. Ne var ki, başlangıçtaki kira bedelinden farklı olarak yeni kira dönemlerine ilişkin kira bedeli anlaşmaları hakkında kanun koyucu tarafından sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar TBK m. 344 hükmünde yer almaktadır. Bu itibarla, yeni kira dönemlerine ilişkin kira bedelleri hakkındaki anlaşmalar ancak TBK m. 344’te belirtilen sınırlar içinde geçerli olur⁹.

kı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 195-196. Burada yeni bir sözleşme yapılmasının değil, sadece sözleşme süresinin uzamasının söz konusu olduğu hakkında ise bkz. Neşe Özkanoglu, *6098 Sayılı TBK Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 95.

⁹ Cevdet Yavuz - Faruk Acar - Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 339; Aydın Zevkliler - Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 242. Ayrıca bkz. Halûk Burcuoğlu, *Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları 2000 ve 2001 Yıllarında Kira Paralarının Belirlenmesine İlişkin 4531 sayılı Yasa Gereğesi-Komisyon Görüşmeleri Değerlendirilmesi ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 4 vd. Ayrıca bkz. Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 2.

TBK m. 344 hükmünde yer alan fıkralardan 1. fıkra farazî olaya ilişkindir. Çünkü, TBK m. 344/1 hükmünde yenilenen kira dönemlerine uygulanacak kira bedeline ilişkin taraflarca bir anlaşma yapılmışsa bunun sınırlarının ne olacağı ortaya konulmaktadır. Farazî olayda da iki yıllık ilk kira sözleşmesinde taraflar arasında yenilenen kira dönemindeki kira bedeline ilişkin bir anlaşma vardır.

TBK m. 344/1 hükmünün ilk hali şu şekildedir: “Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır”.

Ancak, kanun koyucu tarafından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu henüz yürürlüğe girmeden önce bu hükmün bazı kiracılar (tacir veya tüzel kişi kiracılar) bakımından zaman itibarıyla uygulanmasında bir değişiklik öngörülmüştür. Bu düzenleme, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰ Geçici m. 2 hükmüdür. Buna göre, “Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 322, 324, 330, 339, 341, 342, 343, 345, 346 ve 353’üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur”. Burada TBK m. 344 hükmünün yer almadığı özellikle belirtilmelidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten hemen sonra ise beş yıllık erteleme süresi sekiz yıla uzatılmıştır. Buna ilişkin düzenleme, 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹¹ m. 53 hükmüdür. Buna göre, 6217 sayılı Kanun’daki Geçici m. 2 hükmü şu şekilde değiştirilmiştir: “6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 2’nci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: “Geçici Madde 2 - Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354’üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira söz-

¹⁰ Kanun Numarası: 6217, Kabul Tarihi: 31.3.2011, RG 14.04.2011/27905.

¹¹ Kanun Numarası: 6353, Kabul Tarihi: 4.7.2012, RG 12.07.2012/28351.

leşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır". Bu değişiklikte birlikte, yürürlüğü ertelenen hükümlerin arasına TBK m. 344 de dâhil edilmiştir. Böylece, TBK m. 344 hükmünün bu kapsamda sayılan kişiler bakımından uygulanması sekiz yıl ertelenmişti. Söz konusu erteleme süresi 01.07.2020 tarihi itibarıyla sona erecekti. Hemen belirtilmelidir ki, TBK m. 344 zaten 01.07.12 itibarıyla zaten yürürlük kazanmıştır; sadece yukarıda sayılan işyeri kiralari için bir erteleme öngörülmüştü¹².

Bu noktada eklenmelidir ki, Eren'e¹³ göre, her ne kadar geçici m. 2 hükmünde eski Borçlar Kanunu'na atıf yapılsa da, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, buradaki boşluk yine TBK m. 343 ve 344 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle doldurulması tavsiye olunur. Bu görüş itibarıyla, yürürlük döneminden önceki dönem bakımından bir boşluk olduğu kabul edilse bile uygulanacak hüküm yine TBK m. 344 hükmüdür.

Ayrıca, TBK m. 344 hükmü 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 56 sayesinde değiştirilmiştir. Bu itibarla, TBK m. 344/1 hükmü hâlihazırda şu şekildedir: "Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır".

Faraî olayda da yenilenen kira dönemi 01.01.19 ila 31.12.19 tarihlerini kapsamaktadır. Bu konuda 7161 sayılı Kanun m. 69, b hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü, bu hükümde TÜFE'yi esas alan m. 56 hükmünün hangi andan itibaren yürürlük kazanacağı düzenlenmektedir. Bu hükme göre, "... 56'ncı ... maddeleri 1/1/2019 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer" şeklindedir. Böylece, kanun koyucu tarafından TÜFE'yi esas

¹² 6. HD. T. 26.2.2015, E. 554 K. 1950 "Kira sözleşmesinde kiralanın restoran olarak kullanılacağı belirtilmiş olmasına rağmen dosya kapsamından kiracının TTK kapsamında tacir olup olmadığı anlaşılammaktadır. Bu durumda, mahkemece kiracının tacir olup olmadığı araştırılacak, tacir olması durumunda hakkında TBK'nın 344. maddesinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süre ile uygulanmayacağı ve sözleşmedeki artış (%45) hükmünün geçerli olacağı gözetilmelidir, tacir olmadığının anlaşılması halinde ise; yeni yasal düzenleme karşısında uygulanacak artış miktarının (ÜFE)'yi geçmemek üzere uygulanacağı gözetilerek sonuca gidilmesi gerekir..." (Nihat Yavuz, *Kira Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 574.

¹³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 408.

alan değişikliğin geçmişe etkili olarak, yani 01.01.19 tarihinden itibaren geçerli olacağı düzenlenmektedir. Aynı şekilde, Aydoğdu / Kahveci'ye¹⁴ göre, "...1.1.2019 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere (m. 69, b), Türk Borçlar Kanunu'nun Tüketici Fiyat Endeksindeki (TÜFE) 12 aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınacağına ilişkin hüküm, kira sözleşmeleriyle kira sözleşmelerinin yenilenmesinde uygulanacaktır...". Hal böyle olunca, 01.01.19 tarihinde hüküm ve sonuç doğurmaya başlayan yenilenen kira sözleşmesi hakkında da bu oran geçerli olacaktır.

Burada belki bir karşıt görüş olarak şu düşünülebilir: "Her ne kadar TBK m. 344 hükmü bu şekilde değiştirilmişse de, bunun 6217 sayılı Kanun Geçici m. 2'de sayılan kiracılar için uygulanması sekiz yıl ertelenmiştir. Bunlar, kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarıdır. Dolayısıyla, değişiklikle birlikte TÜFE getirilmişse de, farazî olay için erteleme vardır, dolayısıyla bu hüküm uygulanamaz. Bunun yerine, 6217 sayılı Kanun geçici m. 2'de belirtildiği üzere, sözleşme özgürlüğü gereğince kira sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalıdır". Ancak, bu görüş isabetli olmaz! Çünkü, aşağıda açıklanan m. 59 hükmü sayesinde, ertelenen TBK m. 344 hükmü 01.01.19 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmıştır. Yani, yenilenen sözleşme yürürlük kazanmadan önce bu hükmün ertelenmesi sona ermiştir. Hal böyle olunca, değişikliğe uğramış durumdaki TBK m. 344 hükmü aynen bir yıllık kira sözleşmesinde bedel belirlenmesi hakkında da geçerlidir.

Gerçekten de, 7161 sayılı Kanun m. 59 hükmü doğrudan doğruya konuya ilişkin bir değişiklik içermektedir. Bu itibarla, TBK m. 344 hükmünün yürürlük kazanmasını sekiz yıl erteleyen 6217 sayılı Kanun geçici m. 2 hükmünde değişiklik yapılmakta ve şu hüküm eklenmektedir: "*Bu fıkra ile ihdas eden Kanunla değiştirilen 6098 sayılı Kanunun 344'üncü maddesindeki tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınacağına ilişkin hüküm, birinci fıkra kapsamında olan kira sözleşmeleri ile akdedilmiş diğer kira sözleşmelerinin yenilenmesinde uygulanır*". Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, TÜFE'yi esas alan TBK m. 344 hükmü bu kapsamdaki bütün kira sözleşmelerinde geçerlidir. Çünkü, burada geçen "*birinci fıkra kapsamında olan kira sözleşmeleri*" ile kast edilen kiracısı tacir veya tüzel kişi olan işyeri kiralarıdır.

¹⁴ Murat Aydoğdu - Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 332.

Üstelik, 7161 sayılı Kanun m. 69, b gereğince, geçici m. 2'ye eklenen bu hükmü (m 59) 01.01.2019 tarihinden itibaren derhal yürürlük kazanmış bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, Türk Borçlar Kanunu'ndaki 9 madde için sekiz yıllık erteleme öngören geçici m. 2 hükmü bu kapsamda yer alan TBK m. 344 bakımından tekrar değiştirilmiş ve böylece TBK m. 344 hükmünün bütün işyeri kiralari bakımından uygulanmasına bir yıl önce, yani 01.01.2019 tarihinden itibaren hukukî dayanak açıkça kazandırılmıştır. O halde, konu hakkında kanun koyucunun tercihi gayet açıktır. Buna göre, TÜFE oranı 01.01.2019 tarihi itibarıyla TBK m. 344 kapsamındaki bütün konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri için geçerlilik kazanmıştır.

Nitekim, Yargıtay'ın yerleşik hale gelen, güncel uygulaması da bu görüşe uygundur. Gerçekten de, Yargıtay'a¹⁵ göre, "... Ayrıca, 18.01.2019 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 7161 Sayılı Kanunun 59. maddesiyle 6217 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesine; "Bu fıkrayı ihdas eden Kanunla değiştirilen 6098 Sayılı Kanun'un 344. maddesindeki tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınacağına ilişkin hüküm, birinci fıkra kapsamında olan kira sözleşmeleri ile akdedilmiş diğer kira sözleşmelerinin yenilenmesinde uygulanır." hükmü eklenerek, tüm çatılı gayrimenkul kiralalarında 01.01.2019 tarihinden itibaren yapılacak kira artışlarının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı esas alınarak belirleneceği hüküm altına alınmıştır...".

Hal böyle olunca, taraflarca, uzayan kira dönemleri için uygulanacak bir artış oranı kararlaştırılmışsa, kural olarak bu oran kira bedelinin belirlenmesine esas alınır. Ancak, kararlaştırılan oran, bir önceki kira yılına ilişkin on iki aylık ortalamaya dayalı tüketici fiyat endeksindeki (TÜFE'deki) değişim oranını hiçbir şekilde geçemez. Sonuç olarak, farazî olayda olduğu üzere, taraflarca üretici veya toptan eşya fiyat endeksindeki (ÜFE/EFE) artış oranını kira sözleşmesi ile kira bedelinin belirlenmesine esas alınsa bile, bu oran tüketici fiyat endeksindeki artış oranını aşarsa yine kanun gereği fiyat endeksindeki artış oranı kira bedelinin belirlenmesine esas oluşturur¹⁶.

¹⁵ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 27.6.2019 tarihli ve 2017/8651 2019/5865 sayılı kararı (KBİBB); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 27.6.2019 tarihli ve 2017/8186 2019/5879 sayılı kararı (KBİBB); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 8.5.2019 tarihli ve 2017/7907 2019/4301 sayılı kararı (KBİBB).

¹⁶ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, s. 205-206; Mustafa Alper Gümüş, **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 62-63; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 247; Erzan Erzurumluoğlu, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 112-113.

Bir önceki kira yılına ilişkin on iki aylık ortalamaya dayalı TÜFE değişim oranı, yenilenen kira dönemi için kira bedeline ilişkin anlaşmaların azamî sınırını oluşturmaktadır. Söz konusu TÜFE oranını aşan bir artış oranı ise geçersizdir. Böyle bir durumda TBK m. 27/II, c 1 gereğince, geçersizliğin türü kısmî kesin hükümsüzlüktür (butlandır). Dolayısıyla, taraflarca kararlaştırılan oran, söz konusu TÜFE değişim oranını aşarsa, bu anlaşmanın yerine TÜFE oranı geçerli olur¹⁷. Kiraya veren, sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışa ilişkin anlaşmanın kısmî kesin hükümsüz olduğunu bilseydi kira sözleşmesini hiç yapmayacağını iddia edemez. Dolayısıyla, TBK m. 27/II, c 2 burada uygulama alanı bulamaz¹⁸.

Bunun için, yenileme tarihinden (01.01.19) geriye doğru geçerli olan TÜFE'deki on iki ayın ortalamasına göre değişim oranı bulunmalıdır¹⁹. Dolayısıyla, farazî olay bakımından aynı zamanda bir önceki kira yılı durumundaki 2018'deki ortalama TÜFE oranına bakılmalıdır. Bu ise, 2018 yılı için ortalama %20,30'dur²⁰. Oysa, sözleşme hükmü göz önünde bulundurulacak olsaydı, 2017 ve 2018 yıllarında geçerli olan ortalama ÜFE oranında artış yapılması gerekirdi. Bu ise, yıllık 2017 için %11,92 ve 2018 için 33,63'tür. Bunların ortalaması ise %22,78 olurdu. Görüldüğü üzere, sözleşmede kararlaştırılan artış oranı, kanundaki azamî orana nazaran %2,48 daha fazladır. İşte, bu fazla oran bakımından kısmî kesin hükümsüzlük müeyyidesi uygulanmalıdır. Böylece, 2019 yılındaki uzayan dönem için %20,30'luk artış oranının kabul edildiği sonucuna varılmalıdır.

IV. KANUN KOYUCUNUN İRADESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Kanun koyucunun iradesi de burada göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü, 7161 sayılı Kanun'un madde gerekçesine bakıldığında TÜFE'nin derhal uygulanmasının öngörüldüğü anlaşılır. Buna göre, "Madde ile, 6217 sayılı Yargı Hiz-

¹⁷ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, s. 206. Aynı yönde bkz. K. Berk Kapancı, "Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK m. 344 f. 1 C. Son'un Yorumlanması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 2, Özel Sayı, s. 16.

¹⁸ Burak Özen, "Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan)*, 2016, C. 22, S. 3, s. 2045.

¹⁹ Aydoğdu - Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 333.

²⁰ Bkz. <https://www.tcmbgov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Enflasyon+Verileri/Tuketici+Fiyatlari> (24.04.2021).

metlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 2'nci maddesine bir fıkra eklenmek suretiyle kira bedelinin belirlenmesinde tüketici fiyat endeksinin artış oranı olarak belirlenmesinin üretici fiyat endeksinden daha hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracağı düşünülerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 344'üncü maddesinde yapılan değişikliğin derhal uygulanması öngörülmektedir".

Bu konuda, 7161 sayılı Kanun'un gerekçesindeki muhalefet şerhine ilişkin s. 60 daha da yol göstericidir. Buna göre, söz konusu Kanun'un amaçlarından biri, *"kira sözleşmelerinin yenilenmesi sürecinde kira bedelinin belirlenmesinde üretici fiyat endeksi yerine tüketici fiyat endeksinin esas alınması, bu değişikliğin kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında da derhal uygulanmasının sağlanması"*dir. Nitekim, bu maksatla da söz konusu değişikliğin 01.01.19 tarihinden itibaren yürürlük kazanacağı öngörülmektedir. Hal böyle olunca, TÜFE'yi söz konusu kiracılar için de derhal uygulamayı hedefleyen kanun koyucunun iradesinin aksine bir yorum yapılamaz. Yoksa, yapılacak yorum kanun koyucunun iradesiyle de bağdaşmaz.

Eklenmelidir ki, olan hukuk bakımından buraya kadar yapılan yorum kanaatimizce isabetlidir. Diğer taraftan, Türk Borçlar Kanunu gibi temel bir kanunda yer alan bazı hükümlerin ve bu kapsamda kira bedeline ilişkin düzenlemenin bazı kiracılara ilişkin zaman bakımından uygulamasının hem de torba kanun diye ifade edilen²¹ kanunlarla değiştirilmiş olması eleştiriye açıktır. İlk kanunda beş yıllık erteleme kapsamında yer almayan TBK m. 344 hükmü, değişiklikle sekiz yıllık ertelemeye dâhil edilmiştir. Böylece, 01.07.2020'de yürürlüğe girmesi gerekirken, bu sefer de başka bir torba kanunla 01.01.2019 tarihinden itibaren bütün konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından yürürlük kazanmıştır. Bu kapsamda, kira bedelinin belirlenmesi gibi oldukça önemli bir uygulama alanını haiz teknik bir hususta bu şekilde âdeta önce ileriye doğru bir tarihin, sonra geriye doğru bir tarihin yürürlük tarihi olarak seçilmiş olması eleştiriye açıktır. Bu çözüm tarzının hukukî güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle de bağdaşmadığı açıktır. Son değişikliğin gerekçesinde yer alan hakkaniyete uygunluğun gerekçe olarak ileri sürülmüş olması da bu eleştiriye telafi edemez. Çünkü, kişilerin başka kimselerle ve kamu otoriteleriyle ilişkilerinde kendilerini güvende

²¹ Erdoğan Teziç, "Torba Kanun", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 14, S. 1, s. 3.

hissetmelerini sağlamak hukukun temel amaçlarından biridir. Bu sayede, herkes uymak zorunda olduğu kuralları önceden bilir ve davranışlarını buna uygun düzenler. Sonuç olarak, herkes kendisini hukuken güvende hissetmiş olur. Keza, adalet ve toplumsal düzen de ancak böyle bir hukuk düzeninde tesis edilebilir²².

V. KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

7161 sayılı Kanun m. 59 ve m. 69 gereğince, TBK m. 344 hükmü uyarınca bir önceki kira yılında geçerli olan tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalama artışın farazî olayda uygulanacağı açıktır. Bunun dışında, TBK m. 344 hükmünde öngörülen TÜFE oranının farazî olayda esas alınması, kanunların zaman bakımından uygulanması bakımından da incelenmelidir.

Kural olarak, borçlar hukuku ilişkileri meydana geldikleri zaman yürürlükte bulunan kanun hükümlerine tâbi olur. Buna kanunun geçmişe yürümemesi (makale şamil olmaması ilkesi denir²³. Bu ilke Türk Borçlar Kanunu için 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun²⁴ m. 1'de açıkça düzenlenmektedir. Buna göre, "Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir". Meselâ, TBK m. 344 hükmü yürürlük kazanmadan önce gerçekleşmiş bir işyeri kirası hakkında 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükümler dikkate alınır. Oysa, TBK m. 344 hükmü yürürlük kazandıktan sonra artık bunun göz önünde bulundurulması gerekir.

²² Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1997, s. 10-11; Mustafa DURAL - Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 1-2; Hasan Erman, *Medenî Hukuk Dersleri*, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2012; Şener, Akyol, *Medenî Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 1; O. Gökhan Antalya - Murat Topuz, *Medeni Hukuk, C. I*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, N. 28; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medenî Hukuk Temel Bilgiler*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 13-14.

²³ M. Kemal Oğuzman - Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 77.

²⁴ Kanun Numarası: 6101, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG. 4.2.2011/27836.

Nitekim, geçmişe etkili olmama ilkesinin istisnaları 6101 sayılı Kanun m. 2 hükmünde sayılmaktadır. Buna göre, “*Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır*”. Görüldüğü üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kamu düzenine ilişkin kuralları, hangi tarihte gerçekleşmiş olursa olsunlar bütün hukukî işlemlere uygulanırlar²⁵. Dolayısıyla, eski kanun zamanında kurulmuş olup da devam eden hukukî işlemlere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kamu düzenini ilgilendiren emredici hükümleri aynen uygulanır.

İşte, TBK m. 344 hükmü de kamu düzenine ilişkindir. Bu hem doktrin²⁶ hem de Yargıtay’ın yerleşik içtihatları tarafından kabul edilmektedir. Gerçekten de, Yargıtay’a²⁷ göre, “...6098 sayılı Türk Borçlar Kanun’unun 344. maddesinde “*Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalarının, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemesi koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır.*” hükmü, *Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2. maddesinde geçmişe etkili olma başlığı altında “Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları gerçekleştirdikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.*” hükmü, aynı Kanunun 7. maddesinde ise görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlığı altında “*Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, görülmekte olan davalara da uygulanır.*” hükmü yer almaktadır. *Türk Borçlar Kanununun kira artışına ilişkin 344. maddesindeki düzenleme kiracıları koruyucu nitelikte olup, kamu düzenine ilişkindir...*”. Görüldüğü üzere, TBK m. 344 hükmü, kamu düzenine ilişkindir. Bu husus yerleşik bir içtihatır. Nitekim, başka bir karara²⁸ göre, “... *Türk Borçlar Kanununun kira artışına dair 344. maddesindeki düzenleme kiracıları koruyucu nitelikte olup, kamu düzenine ilişkindir...*”. Aynı yönde daha birçok karar emsal

²⁵ Oğuzman - Barlas, *Medenî Hukuk*, s. 80.

²⁶ Fahrettin Aral - Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 299, dpn. 42; Emre Gökyayla, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, S. 8, s. 1232-1233; Ahmet Türkmen, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, S. 1, s. 365.

²⁷ Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 5.12.2013 tarihli ve 13435/16370 sayılı kararı (KBİBB).

²⁸ Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 16.10.2014 tarihli ve 945/11170 sayılı kararı (KBİBB).

gösterilebilir. Dolayısıyla, TBK m. 344 hükmü farazî olayda tartışmasız surette göz önünde bulundurulmalıdır.

Üstelik, TBK m. 344 hükmünün kamu düzenine ilişkin olduğu doktrin tarafından da kabul edilmektedir. Nitekim, Gümüş'e²⁹ göre, "... TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedelinin tespitine ilişkin 344-346. madde hükümleri, Yürürlük ve Uygulama Kanunu m. 2 uyarınca kamu düzenine ilişkin hükümler olarak eBK'nın yürürlüğü döneminde akdedilmiş kira sözleşmelerine de uygulanacaktır...". Aynı şekilde, Gökyayla'ya³⁰ göre, "... Dolayısıyla, TBK m. 344 hükmü geçmişe etkili olarak uygulanabilir...". TBK m. 344 hükmünün 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde kurulan sözleşmeler için dahi uygulanacağı kabul edilirken, aynı hükmün kendi yürürlüğü zamanında geçerli olan bir sözleşmeye uygulanmayacağını savunmak zaten isabetsiz olur.

Burada önemle vurgulanmak istenen husus, kamu düzenine ilişkin olduğu doktrinde ve uygulamada kabul edilen bir hükmün (TBK m. 344) aslında geçmişe etkili uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirilmesi gerekirken yürürlüğünün ileri bir tarihe ertelenmiş olmasındaki çelişkidir. Bu yaklaşımın kanun yapma tekniğine uygun düşmediği ortadadır.

VI. KİRA TESPİT DAVASININ AÇILIP AÇILAMAYACAĞINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

İncelenmesi gereken diğer bir mesele ise, farazî olayda 01.01.19-31.12.19 tarihleri arasında geçerli olan kira sözleşmesine yönelik bir kira tespit davasının açılıp açılmayacağıdır. Bunun için öncelikle genel esaslar ortaya konulmalıdır.

Taraflar yenilenen döneme ait kira bedeli üzerinde uyuşamazlarsa veya taraflardan birisi sözleşmede belirlenen kira bedelini tespit şartlarına uymazsa, malik sıfatına sahip olsun veya olmasın kiraya veren yenilenen her kira dönemi için kira bedelini tespit ettirebilir. Gerçekten de, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na³¹ göre, "...6570 s. Yasanın 2 ve 3. maddelerini iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış olan taşınmaz mala ilişkin kira sözleşmelerinde karşılaştırılan kira paraları hakkında kiralayan tara-

²⁹ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, s. 186.

³⁰ Emre Gökyayla, "Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344 Maddesinin Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 9, S. 103-104, s. 27.

³¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 21.11.1966 tarihli ve 19/10 sayılı kararı (KBİBB).

fından kiracı aleyhine kira süresinin sona ermesinden sonraki dönem için kira parasının tespiti davası açılabilir...". Görüldüğü üzere, kira tespit davası kiraya veren tarafından açılabilir. Üstelik, doktrinde kira tespit davasının kiracı tarafından da açılabileceği kabul edilmektedir³².

Ancak, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin bu dava bakımından "Dava Açma Süresi ve Kararın Etkisi" başlıklı TBK m. 345 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Hemen belirtilmelidir ki, TBK m. 345 hükmü ne herhangi bir değişikliğe uğramıştır ne de uygulaması ertelenmiştir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, kira tespit davası her zaman açılabilir.

Kural bu olmakla birlikte bunun sınırları, yani belirlenen kiranın uygulanacağı kira dönemi gibi hususlar hakkında farklı düzenlemeler mevcuttur. Kira sözleşmesinde yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin hüküm yoksa, TBK m. 345/II hükmü dikkate alınır. Oysa, farazî olay bakımından üzerinde düşünülmeye gereken hüküm TBK m. 345/III hükmüdür. Çünkü, bu hüküm, kira sözleşmesinde yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa uygulanır³³. Buna göre, "sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli de, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur". Görüldüğü üzere, tarafların iradeleri ilk kira sözleşmesini yaparken yenilenen her kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin açıkça veya örtülü şekilde uyuşmuşsa, bunun tespitine yönelik dava açılabilir. Ama, farazî olayda belirlenen kira bedelinin ilk yenileme döneminin başlangıcından itibaren geçerli olması bir şartın varlığına bağlanmıştır. Bu, kira tespit davasının yeni kira döneminin sonuna kadar açılmış olmasıdır. Bu takdirde, hâkimin vereceği karar geçmişe etkili olarak uygulanır³⁴.

Görüldüğü üzere, TBK m. 345/III hükmü, bir artış kararlaştırılmış, fakat bunun oranı belirsiz ise uygulama alanı bulabilir. Meselâ, ilk kira sözleşmesi kapsamında yenilenen döneme yönelik sadece artış yapılacağı öngörülmüşse bu mümkündür. Bu halde artışın ne olacağı ancak tespitle kesinlik kazanır. Oysa, taraflarca hem artış kararlaştırılmış hem de bunun oranı belirlenmiş ise artık hiçbir şekilde kira tespit davası açılmaz.

³² Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, s. 214-215.

³³ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, s. 215.

³⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 287.

Farazî olayda kira tespit davasına konu olup olamayacağına ilişkin incelenen yenileme dönemi 01.01.19 - 31.12.19 tarihleri arasında geçerli olan kira sözleşmesine ilişkindir. İki yıllık ilk kira sözleşmesinden sonra kiranın ilk uzama yılıdır. Böylece, toplamda üç yıllık kira ilişkisi tamamlanmış olacaktır. Uzayan bu dönem için bedelde artış taraflarca kararlaştırılmış; ancak bu artış kısmen, yani azamî TÜFE oranı üzerinden geçerli sayılmıştır. Böylece, 01.01.19 - 31.12.19 dönemi için hem artış yapılacağı kararlaştırılmış hem de bunun oranı belirlenmiş bulunmaktadır. Hal böyle olunca, söz konusu dönem için kira tespit davası açmaya gerek yoktur.

Nitekim, Özen'e göre, taraflar yenilenen kira döneminde bedeldeki artış kararlaştırmışlarsa, böyle bir durumda kira tespit davası açmaya imkân yoktur. Çünkü, kira tespit davası sonucunda verilen hüküm "yenilik doğurucu" bir nitelik taşımakta ve yeni kira bedelinin ne olacağı hükmün kesinleşmesiyle ortaya çıkmaktadır. Oysa, taraflar arasında kira bedelinde artış oranı kararlaştırılmışsa, artık yenilik doğuran bu dava açılmaz. Böyle bir durumda, kira bedelinin ifası için dava açılabilir. İfa davasında hâkim sözleşme gereğince kararlaştırılan artışı tespit eder ve kiracıyı bu çerçevede edaya mahkûm eder. Ancak, bunun için, kiracının belli bir artış oranı kararlaştırılmış olmasına rağmen, ya hiç ifade bulunmamış olması ya da eksik ifade bulunması, meselâ önceki dönemin kira bedelini ifaya devam etmesi gerekir³⁵.

Oysa, farazî olayda kiracı aleyhine tespit davası açılmayacağı gibi, böyle bir ifa davası da açılmaz. Çünkü, kiracının iki yıllık kira bedelinin yeni dönemde de uygulanacağına veya kirayı ödememeye yönelik bir iddiası yoktur. Aksine, kiracı TÜFE'deki artışa göre ödemede bulunmaya hazırdır. Başka bir deyişle, kiracının ifa teklifi sözleşmedeki artış oranına uygundur. Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere, sözleşmedeki artış hükmü kısmî kesin hükümsüzlük müeyyidesine tâbi tutulmakla birlikte, TÜFE azamî oranı üzerinden taraflar için bağlayıcı ve geçerlidir. TÜFE'nin artış oranı olarak kararlaştırılmış bulunmasının dayanağı da bizzat sözleşmedir. Sonuç olarak, farazî olay bakımından kiracı aleyhine kira tespit davası veya kira bedelinin ifası için dava açılmaz.

SONUÇ

Yapılan açıklamalar ve gerçekleştirilen değerlendirmeler çerçevesinde, başlangıçtaki kira sözleşmesinde kira bedeli taraflarca hukuk düzeninin sınırları içinde özgürce belirlenebilir.

³⁵ Özen, 2016, s. 2040 vd.

Taraflar arasında kurulan yeni kira sözleşmesi ise, bir yıllık belirli süreli bir kira sözleşmesi olur. Farazî olay bakımında söz konusu yeni kira sözleşmesi ise 01.01.2019 ila 31.12.2019 tarihleri arasında hüküm ve sonuç doğurur.

Taraflarca, kural olarak ilk sözleşme ile yeni kira dönemlerine ilişkin kira bedeli de kararlaştırılabilir. Farazî olayda da kira bedelinin artışı bakımından iki yıllık EFE/ÜFE oranlarının ortalaması esas alınmıştır. Ancak, başlangıçtaki kira bedelinden farklı olarak yeni kira dönemlerine ilişkin kira bedeli anlaşmaları hakkında kanun koyucu tarafından sınırlamalar getirilmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda farazî olayda TBK m. 344/I hükmü uygulanır.

TBK m. 344 hükmünün uygulanması ise, bazı tacirler bakımından başlangıçta 6217 sayılı Kanun geçici m. 2 ile sekiz yıl (1.7.2020'ye kadar) ertelenmiştir. Ne var ki, 7161 sayılı Kanun m. 56 ile birlikte TBK m. 344 hükmün değiştirilmiştir. Böylece, kira bedeline ilişkin anlaşmaların, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerliliği kabul edilmiştir.

Yine 7161 sayılı Kanun m. 59 gereğince, TBK m. 344 hükmünün yürürlük kazanmasını sekiz yıl erteleyen 6217 sayılı Kanun geçici m. 2 hükmünde değişiklik yapılmıştır. Böylece, TÜFE'yi esas alan TBK m. 344 hükmünün bu kapsamdaki bütün kira sözleşmelerinde geçerli olduğu düzenlenmiştir. Üstelik, 7161 sayılı Kanun m. 69, b b'deki açık ve net hüküm gereğince, geçici m. 2'ye eklenen ve TÜFE'yi esas alan bu hükmün (m. 59'un) 01.01.2019 tarihinden itibaren bütün konut ve çatılı işyeri kiralalarında derhal yürürlük kazanmış bulunduğu da öngörülmektedir. Dolayısıyla, on iki aylık ortalama TÜFE oranı 01.01.2019 tarihi itibarıyla TBK m. 344 kapsamındaki bütün kira sözleşmeleri bakımından göz önünde bulundurulmalıdır.

Kanun koyucunun açık iradesine uygun olarak, Yargıtay'ın güncel ve yerleşik hale gelen içtihatları da bu yorumu benimsemektedir. Buna göre, tüm çatılı taşınmaz, daha doğrusu konut ve çatılı işyeri kiralalarında 01.01.2019 tarihinden itibaren yapılacak kira artışlarında TÜFE'deki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı esas alınarak belirlenmelidir.

Şu durumda, taraflarca belirlenen EFE/ÜFE oranının TÜFE'deki artış oranını aşması halinde kısmî kesin hükümsüzlük müeyyidesi uygulanmalıdır. Böylece, sözleşmedeki artış oranına ilişkin hüküm TÜFE'deki artış oranı olarak geçerli kabul edilmelidir. Yenileme tarihinden (01.01.19) geriye doğru geçerli olan TÜFE'deki on iki ayın ortalamasına göre değişim oranı bulunarak yeni kira bedeli belirlenmelidir.

7161 sayılı Kanunun gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucunun iradesi de TBK m. 344 hükmündeki TÜFE esasının 01.01.2019 tarihi itibarıyla derhal bütün çatılı işyeri kiralarında uygulanmasına yöneliktir. Ancak, belirtilmelidir ki, kira bedeline ilişkin söz konusu hükmün bazı işyeri kiracıları bakımından zaman itibarıyla uygulanmasına ilişkin torba kanunla getirilen değişikliklerin hukukî güvenliği zedelediği açıktır.

Üstelik, TBK m. 344 hükmünün emredici ve kamu düzenine ilişkin olduğu hem doktrin hem de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Dolayısıyla, TBK m. 344 hükmünün 01.01.2019 tarihinden itibaren uygulanması 6101 sayılı Yürürlük Kanunu m. 2 ile de tutarlıdır. Oysa, kamu düzenine ilişkin TBK m. 344 hükmünün zaman bakımından uygulanmasının sekiz yıllık ertelenmiş olması kanun yapma tekniği bakımından isabetli değildir.

Yenilenen kira dönemi (01.01.19-31.12.19) için hem kira artışı kararlaştırıldığı hem de bunun oranı sözleşme ve kanun hükmü gereğince belli olduğu için kira tespit davasına gerek yoktur. Gerçekten de, taraflar arasında kira artışına ilişkin anlaşma kısmen geçersiz sayılmakla birlikte azamî had üzerinden geçerli bir anlaşmadır. Başka bir deyişle, taraflar arasında hem artış yapılacağı kararlaştırılmış hem de bu oran bellidir. Bu takdirde ise, artık kira tespit davası açmaya imkân yoktur.

Nihayet, kiracının hiç ödememe veya ilk kira şartları çerçevesinde ödeme gibi bir isteminin yokluğu halinde; başka bir deyişle kiracı da TÜFE üzerinden ödemeye uygun ifade bulunduğu takdirde, onun aleyhine herhangi bir ifa davası dahi açılmaz.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 10. Baskı, Sayram Yayınevi, Konya, 2017.
- AKMAN, Nurten İnce - ÖZYAKIŞIR, Özkan, "Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 11, S. 2, ss. 725-770.
- AKYOL, Şener, *Medenî Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- ALTUNKAYA, Mehmet, *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ANTALYA, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- ANTALYA, O. Gökhan - TOPUZ, Murat, *Medeni Hukuk, C. 1*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- ARAL, Fahrettin - AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ATAAY, Aytekin, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 1986.
- AYDOĞDU, Murat - KAHVECİ, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BAŞPINAR, Veysel, *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998.
- BRUCKNER, Christian, *Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personensandes)*, Schulthess, Basel, 2000.
- BUCHER, Eugen, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Personenrecht, Bd. 1/2, Einleitung und Personenrecht, Die natürlichen Personen, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB*, 3. Auf., Stämpfli, Bern, 1993.
- BURCUOĞLU, Halûk, *Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- BURCUOĞLU, Halûk, *Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları 2000 ve 2001 Yıllarında Kira Paralarının Belirlenmesine İlişkin 4531 sayılı Yasa Gerekeçesi-Komisyon Görüşmeleri Değerlendirilmesi ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- DOĞAN, Murat, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- DURAL, Mustafa - SARI, Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

- EDİS, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1997.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ERMAN, Hasan, *Medenî Hukuk Dersleri*, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2012.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- ESENER, Turhan, *Borçlar Hukuku Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, C. 1*, AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, C. I*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.
- GÖKYAYLA, Emre, "Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344 Maddesinin Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 9, S. 103-104, ss. 18-51.
- GÖKYAYLA, Emre, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)", *Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, S. 8, ss. 1203-1251.
- GUHL, Theo et al., *Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auf, Schulthess, Zürich, 2000.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- HONSELL, Heinrich - VOGT, Peter Nedim - WİEGAND, Wolfgang, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-519 OR*, 6. Auf., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015.
- İNAN, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, 3. Baskı, AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984.
- İNCEOĞLU, Murat, *Kira Hukuku, C. II*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- İNCEOĞLU, Murat- BAŞ, Ece, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi", *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, ss. 523- 548.
- KAPANCI, K. Berk, "Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK m. 344 f. 1 C. Son'un Yorumlanması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 2, Özel Sayı, ss. 809-834.

- KAYA, İlkay, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 9, S. 123-124, ss. 171-196.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Medenî Hukuk Temel Bilgiler*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal - Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal - Barlas, Nami, *Medenî Hukuk*, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- ÖZEN, Burak, "Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan)*, 2016, C. 22, S. 3, ss. 2033-2062.
- ÖZKANOĞLU, Neşe, *6098 Sayılı TBK Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK KILIÇ, Gizem, "Kira Tespit Davası ve Esasları", *Türkiye Baroları Birliği Dergisi*, 2017, S. 129, ss. 229-260.
- ÖZYAKIŞIR, Özkan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- REİSOĞLU, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- SEROZAN, Rona, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- TANDOĞAN, Halûk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TEKİNAY, Selâhattin S. vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TEZİÇ, Erdoğan, "Torba Kanun", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 14, S. 1, ss. 3-9.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, 6. Baskı, Sermet Yayınları, İstanbul, 1976.

- TÜRKMEN, Ahmet, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, S. 1, ss. 341-368.
- UYUMAZ, Alper - AKÇAAL, Mehmet, "Türk Borçlar Kanununun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile Ürün Kirasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 1, S. 2, ss. 137-169.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet - ÖZDEMİR, Refet, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel - Özel*, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1987.
- YAVUZ, Cevdet - ACAR, Faruk - ÖZEN, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- YAVUZ, Cevdet - ACAR, Faruk - ÖZEN, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- YAVUZ, Nihat, *Kira Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- YILDIRIM, Abdülkerim, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ZEVKLİLER, Aydın - GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

“HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN” İLE İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİĞİN ÖN İNCELEMAYA ETKİSİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Volkan ÖZÇELİK^(**)

Öz

7251 sayılı Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda önemli değişiklikler yapmıştır. Bu değişikliklerden bir tanesi, ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin gelmesi durumunda gelen tarafın karşı tarafın muvafakati olmaksızın iddia ve savunmalarını genişletip değiştirebileceği kuralının kaldırılmasıdır. Yapılan değişiklik ile silahların eşitliği ilkesinin temini, ön inceleme aşamasının uyumsuzluğunun tespit edildiği aşama olma özelliğini güçlendirme ve tarafların üst üste ve karşılıklı olarak beyan dilekçesi vermesi engellenerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun sistematigiine uygun bir uygulama gelişmesini sağlama amaçlanmıştır. Çalışmamızda yapılan değişikliğin bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı sorgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Teksif İlkesi, İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı, Ön İnceleme Aşaması.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.02.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 13.05.2022.

Atıf Şekli: Volkan Özçelik, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’ ile İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı Hakkındaki Değişikliğin Ön İncelemeye Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 385-403.

^(**) Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Samsun, Türkiye.

E-posta: drvolkanozcelik@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-9999-900X>.

THE EFFECT ON PRELIMINARY PHASE OF THE AMENDMENT ON THE “LAW ON THE LAW ON CIVIL PROCEDURES AND THE LAW ON CHANGE TO SOME LAWS” AND THE PROHIBITION ON THE EXTENSION AND CHANGE OF THE CLAIM AND DEFENSE

Abstract

Law numbered 7251 amended in the Code of Civil Procedure. One of these changes is the abrogation of the rule that allows parties to expand and change their claims and defenses at the preliminary hearing. With this amendment made, the principle of equality of arms was aimed to be provided. With the amendment made, it was aimed to strengthen the feature of the preliminary examination phase that the dispute is determined. With the amendment made, it is aimed to make an application in accordance with the systematic of the Code of Civil Procedure. The aim of this study to examine whether this change amendment can achieve these goals.

Keywords

Principle of Concentration, Prohibition of Alteration or Extension of the Claim or Defense, Preliminary Examination.

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹ ön inceleme aşamasını ihdas etmiştir. Kanunun ön inceleme aşaması hakkındaki düzenlemeleri incelendiğinde, bu aşamanın iki kısımdan oluştuğu söylenebilir. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme aşaması başlar (HMK m. 137/1). Mahkeme öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir (HMK m. 138). İkinci kısımda ise taraflar ön inceleme duruşmasına davet edilerek ön inceleme duruşması icra edilir (HMK m. 139, 140). Ön inceleme duruşmasında hakim, tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik ederek, uyuşmazlığın alternatif çözüm yollarından birisi ile çözülmesini teşvik edebilir².

Teksif ilkesi vakıaların iddia edilmesinin ve delillerin gösterilmesinin hangi yargılama kesitine kadar olması gerektiğini düzenler³. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda genellikle kabul edilen bu ilke⁴, medeni usul hukukumuzda da taraflarca getirilme ilkesiyle beraber düzenlenmiştir (HMK m. 25, 141, m. 145). Bir yargılamada taraflarca getirilme ilkesi ile teksif ilkesi birlikte uygulandığında, tarafların vakıa ve delilleri mahkeme huzuruna getirmek hususunda daha özenli davranmaları gerekmektedir. Zira taraflar, taraflarca getirilme ilkesi uyarınca taleplerini haklı çıkarmak için gerekli vakıa ve delilleri toplamakla yetinmeyip, aynı zamanda teksif ilkesinin gereği olarak bunları kanunda belirlenen zaman dilimine kadar yargılamaya dâhil etmekle yükümlüdür. Aksi halde taraflar, dava konusu taleplerini kaybetme riski ile karşı karşıya kalabilir⁵.

¹ RG. 04.02.2011, S. 27836.

² İbrahim Ermenek, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 1, s. 139 vd.

³ Walter J. Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1990, s. 314; Sabine Asprion Stöcklin, *Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht, de lege lata und de lege ferenda*, Basel 2008, s. 40.

⁴ Stöcklin, s. 42; Volkan Özçelik, *Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 112; Alper Tunga Küçük, *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2021, s. 38. Buna karşılık re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda teksif ilkesinin bir parçası olan iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı uygulanmaz. Bkz. Seda Özmumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, Isparta 2014 (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), s. 147; Fatih Tahiroğlu, *Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2021, s. 33-34.

⁵ Stöcklin, s. 41.

Teksif ilkesinin bir yönünü oluşturan iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, tarafların belli aşamadan sonra iddia ve savunmalarını ve bunlara dayanak olan vakıaları genişletemeyeceğini ve değiştiremeyeceğini ifade eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre, taraflar dilekçeler aşamasında serbestçe iddia ve savunmalarını değiştirebilir ve genişletebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik üzerine, yazılı yargılama usulünde bu yasak davacı için cevaba cevap dilekçesinin verilmesiyle, davalı için ise ikinci cevap dilekçesinin verilmesiyle başlar⁶. Basit yargılama usulüne tabi olan bir davada taraflar dava ve cevap dilekçesi verebileceği, buna karşın cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremeyeceği nazara alındığında (HMK m. 317/1 ve 3)⁷; basit yargılama usulünde iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ise cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319)⁸.

7251 sayılı Kanun⁹ ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda değişiklikler yapılmıştır¹⁰. 7251 sayılı Kanun m. 15 ile iddia ve savunmanın genişletilmesi ve

⁶ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul 2016 s. 266, 274; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 897; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 678, 683; Abdülaziz Tangal, *Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 120.

⁷ Hukukumuzda tarafların basit yargılama usulünde ikinci dilekçe verememelerinin hak arama/savunma yapma özgürlüğüne (adil yargılanma hakkına) aykırı olduğu ve bu düzenlemenin mahkemenin gerçeğe uygun karar vermesini engelleyecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir (Yılmaz, Şerh, s. 1397). Buna karşılık Anayasa Mahkemesi iptali istenen bu düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir (AYM, E. 2011/125, K. 2012/46, 22.03.2012).

⁸ Ejder Yılmaz, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Islah Konusunda (HMK m. 176-182) Getirdiği Yenilikler”, *Bankacılar Dergisi*, Ocak 2013, Özel Sayı, s. 76.

⁹ RG. 28.07.2020, S. 31199.

¹⁰ 7251 sayılı Kanun’un genel gerekçesine bakıldığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun uygulandığı sırada öğreti ve yargı kararlarında eleştirilen yönler olduğu, bu eleştirilerin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki bazı düzenlemelerin yargılamayı uzattığı, gereksiz emek ve mesai sarfına sebep olduğu, uygulamada belirsizlik ve tereddüt oluşturduğu, şeklinde olduğu vurgulanmış; 7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yargılamaya hakim olan ilkeler kapsamında gözden geçirildiği, yargılamanın daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, uygulayıcıların ve bilim insanlarının dile getirdiği sorunların çözüme kavuşturulmasının amaçlandığı dile getirilmiştir. Bkz. 7251 sayılı Kanun’un genel gerekçesi. 7251 sayılı Kanundaki bu eleştirilere karşın, sorunların asıl kaynağı tespit edilip giderilmediği sürece kanun değişikliği yapmakla sorunların üstesinden gelinemeyeceği, aksine bu durumun Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun temel anlayışını ve sistematikliğini bozduğu, kanunları erozyona uğrattığı, uygulamanın istikrar kazanmasının önüne geçtiği ve asıl sorunların göz ardı edilmesi ne-

değiştirilmesi yasağının hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı hususunda (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 141/1'de) değişiklik yapmıştır. Değişiklikten önce ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf serbestçe iddia veya savunmasını genişletebiliyor yahut değiştirebiliyordu. Buna mukabil yeni haliyle düzenleme ilgili maddeyi, “taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez” şeklinde değiştirmiştir.

Değişikliğin gerekçesi; “Maddenin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra, islah ve karşı tarafın açık muvafakati hariç olmak üzere, iddia veya savunma genişletilemeyecek veya değiştirilemeyecektir. Mevcut hükme göre ön inceleme duruşmasına katılmayan tarafın yokluğunda, onun muvafakati olmaksızın iddia veya savunma genişletilebilmekte veya değiştirilebilmekteydi. Sırf ön inceleme duruşmasına katılım sağlanmadığı için aleyhte iddia veya savunmanın rahatlıkla genişletilebilmesi veya değiştirilebilmesi, silahların eşitliği ilkesinin ihlalini gündeme getirmektedir. Bu ihlal, davayı takip etmediğinde davayı inkâr ettiği kabul edilen ve duruşmaya katılma zorunluluğu bulunmayan davalı taraf bakımından çok daha güçlü bir şekilde ortaya çıkabilmektedir. Düzenleme, silahların eşitliği ilkesine hizmet etmesi bakımından adil yargılanmanın sağlanmasına da yardımcı olacak niteliktedir. Öte yandan düzenleme, uyuşmazlığın ön inceleme aşamasında netleşmesine yardımcı olacak ve bu aşamanın, yargılamanın yol haritasını belirleme özelliğini güçlendirecektir. Ayrıca, ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmeyen tarafın muvafakati aranmaksızın, iddia veya savunmanın genişletilmesine veya değiştirilmesine imkân tanınması, gelmeyen tarafın genişletilmiş veya değiştirilmiş iddia ve savunma karşısında beyanda bulunup açıklama yapmak için dilekçe vermesine, diğer tarafın da bu dilekçeye karşı beyanda bulunmasına neden olmakta ve dilekçeler teatisi aşaması sona erdiği halde üst üste verilen bu dilekçeler Kanununun sistematiğine aykırı bir uygulamanın gelişmesine sebep olmaktadır. Bu dilekçelerin kabul edilip edilmemesi, kabul edileceklerse hangi ölçüye göre kabul edilecekleri uygulamada tartışmalara yol açma ve yargılamayı çetrefil hale getirerek uzatma potansiyelini bünyesinde barındırmaktadır.

deniyle istenenin tersi sonuç doğurduğu yönündeki eleştiriler için bkz. Hakan Pekcanitez, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Erozyonu Süreci”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 133, s. 211 vd.; Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, S. 150, s. 254.

Bu açıdan bakıldığında, ön inceleme duruşmasına gelen tarafın ön inceleme tutanağının düzenlenmesine katılarak tahkikata ilişkin yol haritasına şekil verebilme imkânını elde etmesinin bir “ödül” olarak yeterli sayılması gerektiği kabul edilmektedir.”

Çalışmamızda, 7251 sayılı Kanun ile yapılan bu değişikliğin, kanunun amaçlarını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı sorgulanacak ve yapılan değişikliğin ön inceleme aşamasına etkisi ele alınacaktır.

I. İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI HAKKINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN AMAÇLARI

A. Silahların Eşitliği İlkesini Tesis Etme

Yapılan değişiklikle silahların eşitliği ilkesi temin edilmeye çalışılmıştır. Nitekim düzenleme gerekçesinde “Sırf ön inceleme duruşmasına katılım sağlanmadığı için aleyhte iddia veya savunmanın rahatlıkla genişletilebilmesi veya değiştirilebilmesi, silahların eşitliği ilkesinin ihlalini gündeme getirmektedir” denilmek suretiyle, yapılan değişikliğin gerekçesi vurgulanmıştır¹¹. Doktrinde de sadece duruşmaya katıldığı için bir tarafın diğer tarafa nazaran daha avantajlı bir noktaya gelmesinin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebileceği ve ön inceleme duruşmasına katılımı teşvik etme düşüncesinin de bu çözümü haklı göstermeyeceği değerlendirilmesi yapılmıştır¹². Kanaatimizce bu değerlendirmede ve yapılan değişiklikte isabet bulunmamaktadır. Yapılan düzenleme hem ön inceleme duruşmasının etkinliğini hem de ön inceleme duruşmasına gelen taraf ile mazereti olmaksızın ön inceleme duruşmasına gelmeyen tarafı aynı hukuki duruma tabi tuttuğu için silahların eşitliği ilkesini zedelemektedir.

Yargılamanın silahların eşitliği ilkesine uygun bir şekilde yürütülmesi adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Zira silahların eşitliği ilkesi adil yargılanma hakkının unsurlarından birisidir¹³. Dolayısıyla bu alanda yapılan değişiklik Ana-

¹¹ Bkz. 7251 sayılı Kanun m. 15’in gerekçesi.

¹² Selçuk Öztekin-Sema Taşpınar Ayvaz-Serdar Kale, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, S. 149, s. 116.

¹³ Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 341-342; Bilgehan Yeşilova, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 86, s. 55; Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 92 vd. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

yasa m. 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 ile yakından ilgili olmaktadır¹⁴.

Yargılama makamları önünde eşitlik ilkesi, bireylerin ayrımcı gerekçelerle ilgili yargılama makamına başvuru hakkının kısıtlanmamasını, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitlik sağlanmasını ifade eder¹⁵. Silahların eşitliği ilkesi ise, davanın tarafı olan herkesin davasını takip ederken karşı tarafın sahip olduğu şartlara nispetle daha dezavantajlı duruma sokulmadan iddia ve savunmalarını mahkemeye sunabilmesini ifade eder¹⁶.

Taraflar ön inceleme duruşmasına meşruhatlı davetiye ile davet edilmektedir. Bu davetiyede mazeretsiz olarak tarafların duruşmaya gelmemesi halinde, gelen tarafın iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirebileceği veya genişletebileceği ihtarına da yer verilmekteydi (7251 sayılı Kanun'dan önceki durumda). Dolayısıyla taraflar bu meşruhatlı davetiye ile ön inceleme duruşması ve bu duruşmaya katılmamanın yaptırımını hususunda öncesinde bilgilendiril-

kapsamında silahların eşitliği ilkesi, hakkaniyete uygun yargılama kavramı ile garanti edilmektedir. Hakkaniyete uygun yargılama yapılması ise unsurları arasındadır. Bkz. Olgun Akbulut, "Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2002, S. 1, Y. 1, s. 187.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 bireyin gerek medeni ve gerek cezai muhakemedeki haklarını belirlemektedir. Maddenin ilk paragrafı hem ceza hem de medeni (hukuk) yargılama için genel esasları düzenlemiştir. Bir davanın hukuk yargısı içinde mi yoksa ceza yargısı içinde mi ele alınacağı hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iç hukuktaki nitelendirme ile bağlı kalmamaktadır. Mahkemeye göre, AİHS m. 6'nın uygulanabilmesi için esaslı nokta yargılama sonucunun özel hukukta düzenlenen bir hak ve yükümlülük için belirleyici olup olmadığıdır. Bkz. Cüneyt Altıparmak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 63, s. 246.

¹⁵ Yeşilova, s. 55; Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 57, s. 285; Hanağası, s. 281 vd. Nitekim önemi sebebiyle bazı durumlarda davetiyenin özel bir şekilde düzenlenmesi, davete icap etmediğinde muhataba bunun sonuçlarının hatırlatılması öngörüldüğünde, davetiyenin meşruhatlı olması zorunludur. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde taraf hakkında kanunda düzenlenen aleyhe sonuç uygulanmaz, mahkeme yapılan işlemi tekrarlamalıdır. Bkz. Muhammet Özokes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 106.

¹⁶ Aktepe Artık, s. 342. Anayasa Mahkemesi de bu esası kabul etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Silahların eşitliği ilkesi; davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması, taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması ve yargılamaya etkin katılımının sağlanması anlamına gelir". Bkz. Rıdvan Batur, B. No: 2018/17680, 03/12/2020, § 34; Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/05/2013, § 32.

mektedir (HMK m. 27/2-a)¹⁷. Kendisine meşruhatlı davetiye tebliğ edilmesine ve herhangi bir mazereti olmamasına rağmen duruşmaya katılmayan tarafın aleyhine olarak iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilebilmesi, silahların eşitliği ilkesine aykırı bir durum değildir. Aksine, yapılan değişiklik ile duruşmaya gelen taraf, gelmeyen taraf ile aynı işleme tabi tutulduğundan bu durum silahların eşitliği ilkesini zedelemektedir.

Davanın gereksiz biçimde ve kötüniyetli olarak uzamasının önüne geçmek için kabul edilen teksif ilkesi¹⁸, taraflarca getirilme ilkesini sınırlandırmaktadır¹⁹. İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı teksif ilkesinin kapsamında yer alır. Adil yargılanma hakkı ve onun bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı ise insan onuruna ve özgürlüğüne duyulan saygıya dayanmaktadır²⁰. Adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı gereğince taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı verilirken, yargılamanın taraf ihmali, kötüniyeti, bilgisizliği yahut kastı sebebiyle uzamasına engel olacak tedbirler alınmalıdır. Kanaatimizce yürürlükten kaldırılan düzenleme bu tedbirlerden birisiydi. Nitekim yargılama kuralları genel olarak emredici mahiyettedir. Emredici olmasının nedeni, yargılama faaliyetinin yürütülmesine ilişkin kurallara bağlı kalınarak yargılamanın uzun sürmesinin önüne geçilmesi ve etkin hukuki korumanın sağlanmasıdır. Yargılama kurallarına aykırı davranış, usul kuralları tarafından birtakım sonuçlara bağlanmaktadır²¹.

B. Uyuşmazlığın Tespitinin Ön İnceleme Aşamasına İnhisarı

Düzenleme gerekçesinde yapılan değişikliğin, ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın netleşmesine yardımcı olacağı belirtilmiştir. Ayrıca yapılan deği-

¹⁷ Davetiyeye ilişkin bu düzenlemenin hukuki dinlenilme hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu hususunda bkz. Ermenek, s. 155.

¹⁸ Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 76.

¹⁹ Jürgen Baumann, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozessrechts*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart&Berlin&Köln&Mainz 1970, s. 45-46; Ekkehard Becker-Eberhard (Çeviren: M. Kamil Yıldırım), “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları”, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Alkim Yayınevi, İstanbul 2002, s. 36.

²⁰ Walter H. Rechberger (Çeviren: M. Kamil Yıldırım), “Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorular”, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Alkim Yayınevi, İstanbul 2002, s. 67.

²¹ Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 169.

şiklikle ön inceleme aşamasının yargılamanın yol haritasını belirleme özelliğini güçlendireceği ifade edilmiştir²².

Kanaatimizce gerekçede yapılan bu değerlendirmede isabet bulunmamaktadır. Aksine, değişiklikle uyuşmazlığın tespiti fiilen dilekçeler aşamasına kaymıştır. Zira düzenleme ile taraflardan birisi duruşmaya gelmediğinde gelen tarafın iddia ve savunmalarını serbestçe genişletmesi ve değiştirmesi elinden alındığından, taraflar arasındaki uyuşmazlık esas itibarıyla dilekçelerin verilmesiyle belli olmaktadır. Ön inceleme aşamasında ise dilekçeler üzerinden karar verilebilecek, bu haliyle uyuşmazlık tutanağa kaydedilebilecektir. Bu nedenle daha isabetli olan değerlendirme, uyuşmazlığın tespiti bakımından dilekçelerin önemi daha da artmıştır. Ayrıca dava malzemesi olan vakıaların dilekçeler aşamasına yığılmasının önünün açılmış; dilekçeler aşamasından sonra ise ancak iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi kuralının istisnaları kapsamında vakia ileri sürülebilir hale gelmiştir.

Davalının cevap dilekçesi vermemesi durumunda davacının cevaba cevap dilekçesi veremeyeceği²³, davalının da ikinci cevap dilekçesi veremeyeceği gözetildiğinde, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı davacı için dava dilekçesinin verilmesiyle başlar²⁴. Cevap dilekçesi vermediği için dava dilekçesindeki tüm vakıaları inkar etmiş sayılan davalı (HMK m. 128), ancak bu kapsamda vakia ileri sürebilir²⁵. Bu ihtimal ile 7251 sayılı Kanun'daki değişiklik

²² Bkz. 7251 sayılı Kanun m. 15 Gerekçesi.

²³ Doktrinde aksi görüşe göre, davalının cevap dilekçesi vermemesi durumunda davacıya cevaba cevap ve akabinde davalıya ikinci cevap dilekçesi hakkının verilmesi gerekmektedir. Bkz. Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, "Davalının Cevap Dilekçesi Vermemesi Halinde M. 128'in Uygulanması ve Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Arayışları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2018, C. 24, S. 1, s. 263 vd.

²⁴ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1268; Tanrıver, Usul, s. 660; İlhan E., Postacıoğlu- Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 475-476; Ali Cem Budak- Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 204. Benzer durum, davacının cevaba cevap dilekçesi vermemesi halinde de vardır. Şöyle ki, davacı cevaba cevap dilekçesi vermezse davalının ikinci cevap dilekçesi verme imkanı olmaz (HMK m. 136/1). Bu durumda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ilk dilekçeler aşamasının tamamlanmasıyla başlamış olur. Bkz. H. Yavuz Alangoya, "Yazılı Yargılama Usulü Hakkında Bazı Düşünceler", *Makaleler*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 486; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 865; Postacıoğlu-Altay, s. 475-476; Budak-Karaaslan, s. 204.

²⁵ Doktrinde Tanrıver, bu halde savunmayı genişletme ve değiştirme yasağının işlerlik kazanaacağı anın ne olacağı ile eğer cevaba cevap dilekçesi verilemeyecekse, iddianın genişletilmesi yasağının başlayıp başlamadığı gibi hususlara açıklık kazandırılmasının ortaya çıkabilecek te-

birlikte değerlendirildiğinde, davacının dava dilekçesini yazarken daha titiz bir şekilde hareket etmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Değişikliğin gerekçesinde, (duruşmaya gelen tarafın iddia ve savunmaları serbestçe genişletmesi yahut değiştirmesi üzerine) genişletilen veya değiştirilen iddia veya savunmaya karşı diğer tarafın savunma hakkı kapsamında dilekçeler sunmasının yargılamayı çetrefilli hale getireceği, dilekçeler aşamasının sona ermesinden sonra hala tarafların dilekçe verme gayreti içinde bulunabilecekleri, bunun da yargılamayı uzatabileceği, ayrıca bu aşamada tarafların hangi kriterlere göre dilekçe verebileceğinin belirli olmaması sebepleriyle düzenleme yapıldığı belirtilmiştir²⁶.

Kanaatimizce gerekçedeki bu değerlendirme, amaca tam olarak hizmet etmemektedir. Zira yürürlükten kaldırılan düzenlemeye göre taraflar dilekçelerini, geçerliliği ve kapsamı kanun, öğreti ve yargı kararları tarafından kabul edilmiş iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kriterlerine göre verebilmekteydi. Şöyle ki, ön inceleme duruşmasına gelen taraf, gelmeyen tarafın aleyhine olarak herhangi bir sınırlama ile bağlı kalmaksızın iddia ve savunmalarını değiştirebilir yahut genişletebilirdi. Eklenen ya da değiştirilen iddialara karşı savunma hakkı en başta hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak karşı tarafa sunulmalıdır. Tarafın bu vakıalara karşı savunma yapması, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına aykırı olarak kabul edilmemektedir. Zira bu tür vakıalar, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi doktrininde *sonradan ortaya çıkan vakıa* niteliğinde bulunduğu²⁷, taraflarca iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağından etkilenmeksizin bu tür vakıalar ileri sürülebilir. Eş söyleyişle sonradan ortaya çıkan vakıalar, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının kapsamı dışındadır²⁸.

reddütlerin giderilmesinde önem taşıdığını ifade etmiştir. Bkz. Süha Tanrıver, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 99, s. 26.

²⁶ Bkz. 7251 sayılı Kanun m. 15 Gerekçesi.

²⁷ Davacı iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başlamasından sonra, usulüne uygun biçimde yeni vakıalar ileri sürmüş ise davalı, iddianın bu haline karşı savunma sebeplerini ileri sürebilir. Bu savunma sebepleri, davalı için “sonradan ortaya çıkan” vakıa niteliğindedir. Bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2. Cilt, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 1841.

²⁸ Kuru, Usul-II, s. 1733; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2014, s. 441, 452; Yılmaz, s. 894; Ramazan Arslan- Ejder Yılmaz-Sema Taşpınar

Tüm bu nedenler, yapılan değişiklikle amaca erişilemeyeceğini göstermektedir. Nitekim yapılan değişiklik ile düzenlemenin son haline göre, taraflardan biri iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından faydalanarak dilekçe verme hakkına, karşı taraf ise bu dilekçeye karşı beyanda bulunma hakkına sahiptir. İslahın tahkikat bitene kadar yapılabileceği düşünüldüğünde (HMK m. 171/1), uyuşmazlığın tespiti tahkikat aşamasının sonuna kadar (kanun koyucunun değerlendirilmesine göre) bir problem olarak hakimın karşısına çıkabilecek, taraflar karşılıklı dilekçe verme imkanına yine sahip olacaktır.

C. Kanun Sistematığına Uygun Uygulamanın Ortaya Çıkması

Değişiklik ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematığına aykırı olarak gelişen uygulamanın engellenmesi amaçlanmıştır. Nitekim düzenleme gerekçesinde bu amaç, *“ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmeyen tarafın muvafakati aranmaksızın, iddia veya savunmanın genişletilmesine veya değiştirilmesine imkân tanınması, gelmeyen tarafın genişletilmiş veya değiştirilmiş iddia ve savunma karşısında beyanda bulunup açıklama yapmak için dilekçe vermesine, diğer tarafın da bu dilekçeye karşı beyanda bulunmasına neden olmakta ve dilekçeler teatisi aşaması sona erdiği halde üst üste verilen bu dilekçeler Kanunun sistematığına aykırı bir uygulamanın gelişmesine sebep olmaktadır”* biçiminde ifade edilmiştir.

Kanun koyucunun değerlendirmesine göre, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnasından faydalanılarak tarafın iddialarını veya savunmalarını genişletmesi, karşı tarafın da bu beyanlara karşı beyan sunması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematığına aykırı uygulamanın gelişmesine neden olmaktadır. Kanaatimizce gerekçedeki bu sonuç isabetli değildir. İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnasından faydalanarak iddia ve savunmaları genişleten yahut değiştiren tarafın

Ayvaz- Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 345, 352; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1255, 1263; Tanrıver, Usul, s. 680, 685; Cemil Kaya- Recep Akcan, “Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 131, 133. Doktrinde Akil, karşı görüşü savunmaktadır. Yazara göre, hukukumuzda benimsenen teksif ilkesinin sonucu olarak, sonradan ileri sürülen açıklamalar ancak ana vakıyı daha fazla detaylandırmaya ve aydınlatmaya yönelik olabilir; yoksa yepyeni bir vakıyı ileri sürülemez. Bkz. Cenk Akil, “Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülme Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 12, S. 1, s. 18-19.

beyanına karşı, karşı tarafın beyanda bulunabilmesi hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir. Hukuki dinlenilme hakkının gereğinin taraflara tanınması Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun sistematığına aykırı olamaz (HMK m. 27). Ayrıca yapılan değişikliğe rağmen taraflar ön inceleme aşamasında ya da tahkikat aşamasında karşı tarafın açık muvafakati veya ıslah ile iddia ve savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilir. Bu durumda ise karşı tarafa beyanda bulunma hakkının tanınması hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olup, tarafın karşı beyanda bulunması iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağını ihlal etmez²⁹. Sonradan ortaya çıkan vakia olarak nitelendirilen bu durum, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun sistematığına aykırı bir durum olmadığı için kanun koyucu yapılan değişiklikle böyle bir aykırılığın önüne geçmemiş, ancak tarafların iddia ve savunmalarının mümkün olduğu kadar dilekçeler aşamasıyla sınırlandırılmasına neden olmuştur. Bununla birlikte ön inceleme ve tahkikat aşamasında ise iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnaları halen uygulanabilir.

Kanaatimizce yapılan değişiklik, kanun sistematığına uygun bir uygulamanın ortaya çıkmasından ziyade, kanun sistematığını bozabilecek türdendir. Çünkü ön inceleme duruşmasına gelmeyen taraf için herhangi bir yaptırım kalmamıştır³⁰. Nitekim ön inceleme duruşmasına gelen taraf, gelmeyen tarafın muvafakati aranmaksızın iddia ve savunmalarını genişletme ve değiştirme olanağından yoksun bırakılmıştır (HMK m. 141/1). Taraflar ön inceleme duruşmasına gelmediklerinde ise, tarafların sulh ve arabuluculuk hakkındaki kararlarını öğrenmek mümkün olmayacağından, tahkikat aşamasına geçmek mümkün olmaz. Zira ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez (HMK m. 138). Kanaatimizce kanun sistematığını korumak için mevcut düzenlemeye ilave olarak, ön inceleme duruşmasına mazereti olmaksızın gelmeyen tarafa yönelik bir yaptırım uygulanacağı yahut duruşmaya gelmeme halinde sulh ve arabuluculuk teklifine olumsuz cevap verdiğinin kabul edilmiş sayılacağı şeklinde bir düzenlemeye yer verilmeliydi.

²⁹ Özkes, s. 106 vd.

³⁰ Ön inceleme aşamasında duruşmaya gelen tarafın yeni vakia ileri sürebilmesi, buna karşın, duruşmaya gelmeyen tarafın buna itiraz edememesinin ön inceleme duruşmasının önemini arttırdığı hususunda bkz. Özçelik, s. 186-187.

II. ÖN İNCELEME AŞAMASININ AMACI

Ön inceleme aşaması ile dava şartları ile ilk itirazların incelenmesi (HMK m. 138) ve uyuşmazlığın tespiti ile tarafların sulhe, arabuluculuğa teşvik edilerek anlaşma sağlanıp sağlanmayacağı (HMK m. 140) hususlarının yargılamanın daha başında gerçekleşmesi temin edilerek, esasında uygulamada yeknesaklık sağlanmaya ve yargılamada sistem kurmaya çalışılmakta; bu sayede de yargının insan odaklı sorunlarının engellenmeye çalışılmaktadır³¹. Bu nedenle ön inceleme aşamasının gereklerine eksiksiz ve titiz bir şekilde riayet edilmelidir. Bu işlemler mahkemece tamamlanmadan tahkikat aşamasına geçilmesi bozma sebebidir³².

³¹ Ön inceleme aşamasının amacı hakkında detaylı bilgi için bkz. Efe Direnisa, **Medenî Yargılamada Ön İnceleme**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2021, s. 40 vd.; Orhan Eroğlu, **Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 32-33.

³² Hukuk Genel Kurulu'nun 01/07/2015 tarihli ve E. 2014/2-20, K. 2015/1753 sayılı kararı (www.kazanci.com); "...Direnme yoluyla H.G.K. önüne gelen uyuşmazlık; ön inceleme duruşması yapılmadan tensip tutanağı ile davalının delillerini sunması için süre verilip verilemeyeceği, cevap dilekçesinde delil bildirmeyen davalıya ön inceleme duruşmasında delillerini bildirmesi için süre verilmesinin gerekip gerekmediği, mahkemece usulüne uygun olarak ön inceleme duruşmasının yapıp yapılmadığı, tahkikat aşamasında davalıya delillerini bildirme hakkının tanınıp tanınamayacağı; bunların sonucu olarak davalının hukuki dinlenme hakkının ihlal edilip edilmediği noktasında toplanmaktadır. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hukukumuzda ilk derece yargılamanın beş temel aşamadan oluşması öngörülmüştür. Bunlar sırası ile; dilekçelerin karşılıklı verilmesi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hükümdür. Bu aşamalar içinde yeni olan ise ön inceleme aşamasıdır. Yargılamanın gereksiz yere uzamasının engellenmesi; mahkemenin ve tarafların yargılamada gereken hazırlığı davanın başında yapmasının sağlanması bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile dilekçelerin verilmesinden sonra ve tahkikat aşamasından önce gelmek üzere "ön inceleme" adıyla yeni bir yargılama aşaması kabul edilmiştir (H. Pekcanitez/O. Atalay/M. Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 11 Bası, 2011, s. 375-376). 6100 Sayılı HMK'nin 137. maddesinde, ön incelemenin kapsamı, HMK 138. maddesinde ön inceleme aşamasında dosya üzerinden dava şartları ve ilk itirazlar hakkında verilecek kararlar, HMK 139. maddesinde ön inceleme duruşmasına davet, HMK 140. maddesinde ise yapılması zorunlu olan ön inceleme duruşması düzenlenmiştir. 6100 Sayılı HMK'nin ön incelemenin kapsamı başlıklı 137. Maddesinde, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılacağı, 138. madde dikkate alınarak öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar vereceği, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebileceği, ön inceleme duruşmasında tarafların iddia ve savunmaları kapsamında uyuşmazlık konularını tam olarak belirleyebileceği, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapacağı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edeceği ve bu hususların tutanağa geçirileceği belirtilmiştir. Ön inceleme duruşmasında dava şartları ve ilk itirazlar ile sınırlı olmak üzere tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi işlemler yapılabilir, ancak tahkikata yönelik işlemler yapılamaz. HMK'nin 137. maddesinin 2. fıkrasında ise ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli ka-

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının ön inceleme duruşmasına gelmeyen taraf aleyhine uygulanmaması ve gelen tarafın karşı tarafın muvafakati olmaksızın iddia ve savunmayı genişletebilmesi ve değiştirebilmesine olanak veren düzenlemenin (HMK m. 141/1), 7251 sayılı Kanun m. 15 ile kaldırılması, ön inceleme kurumundan beklenen faydanın sağlanması bakımından isabetli değildir. Ön inceleme aşamasında taraflar sulhe ve arabuluculuğa teşvik edilir. Sulh ve arabuluculuk vasıtasıyla, davanın başında yargılama sona erebilir. Ön inceleme aşamasında duruşmaya tarafların gelmemesi ve bu rağmen gelen tarafın iddia ve savunmaları serbestçe değiştirebilmesi yaptırımının kaldırılması, tarafların duruşmaya gelmemesine bağlı olarak sulh ve arabuluculuğa gereği gibi teşvik edilememesi sonucunu doğurabilir³³.

rarlar alınmadan tahkikata geçilemeyeceği ve tahkikat için duruşma günü verilemeyeceği düzenlenmiştir. Gereksiz duruşmalara dair uygulamadaki eski alışkanlıkların devam etmesinin kesin olarak önüne geçilmesi amacıyla Kanun koyucu, ön inceleme aşaması tamamlanmadan ve bu aşamada alınması gereken kararlar alınmadan tahkikat aşamasına geçilmesini ve tahkikat için duruşma günü belirlenmesini kesin bir ifade ile (emredici nitelikteki bir düzenlemeyle) yasaklamıştır (H. Pekcanitez/O. Atalay/M. Özkes, a.g.e., s. 375-376). Tüm bu hususlar dikkate alındığında, dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra öncelikle dosya üzerinden dava şartları ve ilk itirazların incelenmesi; bu konularda olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi, dosya üzerinden karar verilemeyen dava şartları ile ilk itirazlar hakkında karar verilmek ve diğer ön inceleme işlemlerini yapmak üzere tarafların ön inceleme duruşmasına davet edilmesi, 6100 Sayılı HMK 137 ve 140 maddelerine göre ön inceleme duruşmasında gerekli usul işlemleri yapıldıktan sonra, tahkikat duruşmasına geçilmesi gerekir. Somut olayda; dava 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği 1.10.2011 tarihinden sonra 18.1.2012 tarihinde açılmıştır. Mahkemece 2.3.2012 tarihli ön inceleme tutanağı ile ön incelemenin duruşmalı yapılmasına ve ön inceleme duruşmasının 9.4.2012 gününe bırakılmasına karar verilmiştir. Mahkemece ön inceleme günü olarak belirlenen 9.4.2012 tarihli oturumda taraf vekillerinin tarafların aralarında sulh olma imkanının bulunmadığını tespit ettikleri, anlaşmazlık konularının dava ve cevap dilekçelerindeki hususlar olduğuna dair beyanları ve imzaları alınmış ve duruşma, ön inceleme aşamasının tamamlanıp tamamlanmadığı ve tahkikata geçilip geçilmediği belirtilmeksizin ayrıca tahkikat ve sözlü yargılama için davet zorunluluğu yok sayılarak 9.5.2012 gününe bırakılmıştır. Mahkemece, ön inceleme aşamasında yapılması gereken usul işlemlerinin (HMK m. 137-142) yapılması, ön inceleme duruşmasında tarafların anlaşmış oldukları ve anlaşamadıkları hususların tek tek tespit edilmesi, ön inceleme sonuç tutanağı düzenlenip bu tutanağın taraflara imzalatılması ve HMK'nın 147. ve 186/1 maddelerine göre tarafların tahkikat ve sözlü yargılamaya davet edilmesi, ön inceleme aşamasında yapılması gereken tüm işlemler yapıldıktan sonra tahkikata geçilmesi gerekirken ön inceleme duruşması usulüne uygun yapılmadan tahkikat aşamasına geçilerek davanın esası hakkında karar verilmesi doğru bulunmamıştır. O halde yukarıda açıklandığı üzere direnme kararının ön inceleme duruşmasının usulüne uygun olarak yapılmaması sebebiyle kararın, değişik gerekçe ile bozulması gerekmiştir.”

³³ Düzenlemeye göre hakime düşen görev, tarafların sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Bu görevin ifa edildiğinden bahsedilebilmesi için, usulen yerine getirilmesi yeterli değildir. Hakim tarafsızlığına gölge düşürmeyecek şekilde, inanarak ve isteyey-

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, selefi 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na nazaran sulhe ilişkin daha kapsamlı düzenlemelere yer vermiştir. Zira 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 213/1'de işaret edilen "sonuç vereceği umulan hallerde hakimin tarafları sulhe teşvik edebileceğine" ilişkin düzenlemeden başka bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşılık Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun birçok düzenlemesinde sulhe ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ön inceleme duruşmasında hakimin tarafları sulhe teşviki (HMK m. 137, 140/2), ön inceleme duruşma davetiyesine tarafların sulh için gerekli hazırlıkları yapmasının ihtarını (HMK m. 139) ve sulh müzakereleri sırasında yapılan ikrarın tarafları bağlamayacağı (HMK m. 188/3) hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlemeler yer almıştır³⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ön inceleme duruşmasına gelmeyen tarafın, aleyhine iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yaptırımının kaldırılması (7251 sayılı Kanun m. 15), sulhe ilişkin bu düzenlemelerin etkinliğini zedelemektedir. Öyle ki, ön inceleme duruşmasında sulhe teşvik hakimin takdinde olmayıp, bu husus hakim için zorunlu bir görevdir³⁵. Tarafların sulhe teşviki ise, bu hususta hazırlık yapmış tarafların ön inceleme duruşmasına gelmesiyle mümkün olabilir.

Ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlerden bir tanesi de uyuşmazlığın tespiti (HMK m. 137/1). Taraflar arasındaki uyuşmazlık şüphesiz ki, taraf dilekçelerinden yola çıkılarak da tespit edilebilir. Ancak duruşmada sırasındaki canlılık ve iletişim imkanı yazılı aşamada bulunmaz. Hakim, ön inceleme duruşmasında taraflara doğrudan soru yönelterek uyuşmazlığın tespitini net bir şekilde sağlayabilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargılamaya hakim olan ilkeler kısmında düzenlenen davayı aydınlatma ödevi sayesinde hakim, ön inceleme duruşmasında taraflara soru sorarak ve taraflardan açıklama yapmasını isteyerek uyuşmazlığı tespit edebilir (HMK m. 31)³⁶. 7251 sayılı Kanun ile ön inceleme duruşmasına gelmeyen taraf aleyhine iddia ve savun-

rek, yapıcı bir şekilde aktif bir çaba göstermesi gereklidir. Başka bir deyişle "hakim sadece sulh olun demekle yetinmeyip, taraflara Almanların yaptığı gibi çiçek sunarak bu konuyu anlatması gerekir". Bkz. Baki Kuru, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme", *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi*, Ankara 2006, s. 149 (Tartışmalar Bölümü).

³⁴ Ermenek, s. 162-163.

³⁵ Ermenek, s. 163.

³⁶ Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 157-158.

manın genişletilmesi ve değiştirilmesi olanağının kaldırılması, ön inceleme duruşmasına gelmemenin yaptırımsız kalması neden olabileceğinden; mahkemenin ön inceleme duruşmasında taraflara soru sormak ve açıklama yaptırmak suretiyle uyuşmazlığı tespit etmesi tam anlamıyla gerçekleşmeyebilecektir.

SONUÇ

7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yargılamaya hakim olan ilkeler kapsamında gözden geçirilmesi, yargılamanın daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, uygulayıcıların ve bilim insanlarının dile getirdiği sorunların çözüme kavuşturulması amaçlanmış, bu kapsamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda değişiklikler yapılmıştır. İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı bakımından dan önemli bir değişiklik yapılmıştır. Buna göre yapılan değişiklik üzerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 141/1 düzenlemesi “taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez” şeklinde olmuştur.

Yapılan değişiklik sonucunda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının ön inceleme duruşmasına gelmeyen taraf aleyhine uygulanamayacak olması, ön inceleme kurumundan beklenen faydaların temini bakımından isabetli değildir. Ön inceleme aşamasında taraflar sulhe ve arabuluculuğa teşvik edilmektedir. Taraflar için ön inceleme duruşmasına gelmemenin yaptırımı ortadan kalktığına, yargılamanın kısa sürede sona ermesini temin eden sulh ve arabuluculuk kurumları bu işlevini kaybedebilir. Ayrıca yapılan değişiklik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ön incelemeye ait diğer düzenlemeleri arasındaki uyumu da bozmuştur. Uyumun temini için bu değişikliğe ilave olarak, duruşmaya gelmeyen tarafın sulh olmayacağı ve arabuluculuğa başvurmayı kabul etmediği yönünde irade ortaya koyduğu sonucunun yasal olarak kabul edilmesi de düzenlenmelidir.

Ön inceleme aşamasında taraflar arasındaki uyuşmazlığın tespiti için ön inceleme duruşması önemlidir. Hakim, ön inceleme duruşmasında taraflara doğrudan soru yönelterek uyuşmazlığın tespitini net bir şekilde sağlayabilir. 7251 sayılı Kanun ile ön inceleme duruşmasına gelmeyen taraf aleyhine iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi olanağının kaldırılması, ön inceleme duruşmasına gelmemenin yaptırımsız kalması neden olabileceğinden; mahkemenin ön inceleme duruşmasında taraflara soru sormak ve açıklama yaptırmak suretiyle uyuşmazlığı tespit etmesi tam anlamıyla gerçekleşmeyebilecektir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Olgun, “Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2002, S. 1, Y. 1, ss. 175-207.
- AKİL, Cenk, Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülme Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 12, S. 1, ss. 1-23.
- AKTEPE ARTIK, Sezin, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- ALANGOYA, H. Yavuz, “Yazılı Yargılama Usulü Hakkında Bazı Düşünceler”, *Makaleler*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, ss. 479-496.
- ALTIPARMAK, Cüneyt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 63, ss. 244-270.
- ARSLAN, Ramazan- YILMAZ, Ejder- TAŞPINAR AYVAZ, Sema- HANAĞASI, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart&Berlin&Köln&Mainz 1970.
- BECKER-EBERHARD, Ekkehard (Çeviren: M. Kamil Yıldırım), “Dava Malzemesinin Taraf larca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları”, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Alkim Yayınevi, İstanbul 2002, ss. 17-42.
- BUDAK, Ali Cem-KARAASLAN, Varol, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- DİRENİSA, Efe, *Medeni Yargılamada Ön İnceleme*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2021.
- DİNÇ, Güney, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 57, ss. 283-306.
- ERMENEK, İbrahim, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 1, ss. 139-177.
- EROĞLU, Orhan, *Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- HABSCHÉID, Walter J., *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1990.
- HANAĞASI, Emel, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- KARAASLAN, Varol, *Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

- KAYA, Cemil- AKCAN, Recep, “Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVII, 2009, S. 1-2, s. 123-142.
- KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul 2016 (Usul).
- KURU, Baki, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme”, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi*, Ankara 2006, ss. 58-86 (Tasarısı).
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2. Cilt, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul 2001 (Usul-II).
- KÜÇÜK, Alper Tunga, *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2021.
- MERİÇ, Nedim, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ÖZÇELİK, Volkan, *Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÖZKAYA-FERENDEÇİ, Hamide Özden, “Davalının Cevap Dilekçesi Vermemesi Halinde M. 128’in Uygulanması ve Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Arayışları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2018, C. 24, S. 1, ss. 258-269.
- ÖZMUMCU, Seda, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Isparta 2014, C. 4, S. 2, (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- XII, HMK Çerçevesinde Yargılama-ya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), ss. 145-171.
- ÖZTEK, Selçuk- TAŞPINAR AYVAZ, Sema- KALE, Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, S. 149, ss. 77-152.
- PEKCANITEZ, Hakan, *Medenî Usûl Hukuku*, C. 2, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usul).
- PEKCANITEZ, Hakan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Erozyonu Süreci”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 133, ss. 211-260 (Erozyonu Süreci).
- PEKCANITEZ, Hakan- ATALAY, Oğuz- ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, S. 150, ss. 247-299.

- POSTACIOĞLU, İlhan E.- ALTAY Sümer, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- RECHBERGER, Walter H., (Çeviren: M. Kamil Yıldırım), “Avusturya Medeni Yargılama-sında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorular”, *İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Alkim Yayınevi, İstanbul 2002, ss. 67-81.
- STÖCKLİN, Sabine Aspiro, *Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht, de lege lata und de lege ferenda*, Basel 2008.
- TAHİROĞLU, Fatih, *Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi*, Oniki Levha Yayinevi, İstanbul 2021.
- TANGAL, Abdülaziz, Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme, *İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- TANRIVER, Süha, *Medeni Usul Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılama-sı)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Usul).
- TANRIVER, Süha, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 99, ss. 15-34 (Revizyonu).
- UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2014.
- YEŞİLOVA, Bilgehan, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 86, ss. 47-101.
- YILMAZ, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013 (Şerh).
- YILMAZ, Ejder, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Islah Konusunda (HMK m. 176-182) Getirdiği Yenilikler”, *Bankacılar Dergisi*, Ocak 2013, Özel Sayı, ss. 72-81 (Yenilikler).

KARŞILIKSIZ ÇEKLERDEKİ HUKUKÎ VE CEZAI SORUMLULUĞUN TÜRK VE RUS TİCARİ MEVZUATI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY^(**)
Mehmet SÜRÜCÜ^(***)

Öz

Ticari hayatta nakit yerine çekle yapılan ödemeler dünyanın birçok ülkesinde vazgeçilmez ödeme yöntemi olarak kullanılmaktadır. Çekler ile yapılan ödemelerde en sık karşılaşılan sorun, banka nezdindeki çek hesaplarında karşılığının bulunmaması durumudur. Bu durum karşısında kanun koyucular hukuki ve cezai tedbirlere yönelik çeşitli düzenlemeler yapmaktadırlar. Ancak piyasaların sağlıklı işleyebilmesi için değişen ekonomik koşullar nedenleriyle çeklerle ilgili yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Ülkemizde yıllardır karşılıksız çek konusunda çeşitli düzenlemeler yapılmış olsa da henüz ideal bir çözüme ulaşıldığı söylenemez. Bu bağlamda yakın ve sıkı ilişkilerimiz olan Rusya'nın, benzer sorunlar karşısında ne tür çözüm yöntemlerini uyguladıkları incelemeye değer niteliktedir. Bu çalışmada karşılıksız çeklere yönelik ülkemiz ile Rus ticari hükümleri yer yer mukayeseli bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Karşılıksız Çek, Rus Hukuku, Hukuki Tedbir, Rusya Federasyonu, Mevzuat.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.09.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 04.01.2022.

Atıf Şekli: Nazım Aksoy - Mehmet Sürücü, "Karşılıksız Çeklerdeki Hukukî ve Cezai Sorumluluğun Türk ve Rus Ticari Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 405-444.

(**) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Burdur, Türkiye.

E-posta: naksoy@mehmetakif.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-1835-7476>.

(***) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Burdur, Türkiye.

E-posta: dentist1680@hotmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9347-5835>.

THE EVALUATION OF THE LEGAL AND CRIMINAL LIABILITY ON THE DISHONoured CHEQUES IN TERMS OF TURKISH AND RUSSIAN COMMERCIAL LEGISLATION

Abstract

Payments made by cheque instead of cash in commercial life are used as an indispensable payment method in many countries of the world. The most common problem in payments made by cheques is the absence of any equivalent in the chequing accounts at the bank. Under the circumstances legislators make various arrangements for legal and penal measures. However, in order for the markets to function properly, new regulations regarding cheques are needed due to changing economic conditions. Although various regulations have been made regarding dishonoured cheques in our country for years, it cannot be said that an ideal solution has been reached yet. In this context has been the subject of research what kind of solution the Russia, with which we have close relations, has produced against a similar problem. In the study, the commercial provisions of our country and Russian regarding dishonoured cheques were examined in a comparative way.

Keywords

Dishonoured Cheque, Russian Law, Legal Measure, Russian Federation, Legislation.

GİRİŞ

Çekin ticari hayatımızda kolaylık ve hız getirdiği bilinmektedir. Bununla birlikte, çek keşidecisinin çekin bağlı olduğu hesabında çek alacaklısının alacağına karşılanmasını sağlayacak paranın kısmen veya tamamen bulunmaması durumunda bu kıymetli evraka duyulan güven olumsuz etkilenmektedir. Ticari hayatta yapılan bir takım yasal düzenlemeler ile karşılıksız çek problemleri azaltılmaya ve ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Türk hukukunda 1982 Anayasası'nın 167 ve 173 'üncü madde hükümleri gereği, Türk kanun koyucusu yıllardır çeşitli düzenlemeler yaparak piyasaların sağlıklı işleyebilmesi için tasarruflarda bulunmuş olsa da, günün değişen ekonomik koşulları nedenleriyle çeklerle ilgili yeni düzenlemelere ihtiyaç halinin hala gündemdeki önemini koruduğu düşüncesindeyiz.

Benzer durum Rus hukukunda da söz konusudur. Zira ticari ilişkilerde nakitle ödemelerde bulunmadan ziyade, diğer genel çek kullanım sebeplerinin yanı sıra, ayrıca büyükşehirlerdeki kriminal durumların istatistikleri¹ de göz önünde bulundurulduğunda, bu riskin bertaraf edilmesi amacıyla tacirlerin nakit para yerine çek karnelerini taşımalarının daha sağlıklı olabileceği bilinci hâkimdir. Rusya Federasyonu Anayasası'nın 75.1 'inci ve 83 'üncü maddeleri uyarınca Türk hukukuna benzer bir şekilde ülkenin sürdürülebilir ekonomisinin büyümesi ve refahının artırılması, devletin ve toplumun karşılıklı güveni için gerekli koşulların oluşturulması, hak ve yükümlülüklerin dengesi, sosyal ortaklık, ekonomik, siyasi ve sosyal dayanışma sağlanarak, vatandaşların onurunun korunması ve çalışan kişiye saygıyı teminat altına alınması devletin asli görevleri arasında sıralanmıştır.

Bu çalışmamızda ticari hayatta önemli yeri olan çeklere dair yapılan her iki ülkedeki mevcut yasal düzenlemelerin gelişim süreci ele alınmıştır. Akabinde konuyla ilgili karşılaşılan sorunların azaltılması ve önlenmesine ilişkin Türk ve Rus hukukundaki mevcut durum ile son zamanlarda yapılan yasal değişikliklerin neler olduğu her iki ülkenin kanun koyucularının yaptığı düzenlemelere değinilmiştir. Bunun yanı sıra, çeklerin karşılıksız çıkması durumunda karşılıksız işleminin ne şekilde yapıldığı, bu işleme dair olarak kanun koyucunun getirdiği yaptırımların nelerden oluştuğu, bu yaptırımların karşılıksız çeklere ne denli engel olduğu incelenmiştir. Ülkemizde Cumhuriyet döneminin başlangıcından

¹ Veriler konusunda detaylı incelemeler için bkz. http://crimestat.ru/regions_chart_total, (17.07.2021).

itibaren çeklerin karşılıksız çıkmasına karşı hangi kanuni yaptırımların ve mevzuat hükümlerinin getirildiği incelenerek günümüze kadar gelişen süreç araştırılmış ve tasarrufların ne kadar etkili olduğu tespit edilmeye çalışılarak uygulamaya katkıda bulunmak amacıyla somut önerilerin neler olabileceği yönünde bilgilere yer verilmiştir.

I. ÇEK VE İLGİLİ DÜZENLEMELER

A. Çek Tanımı

Ticari hayattaki ödemelerin hızlı ve pratik döngüsüne katkıda bulunan çek, el değiştirilmesindeki kolaylık ve ayrıca alacak hakkına banka nezdinde bir güvence sağlaması özelliklerinden dolayı uygulamada sıkça kullanılan önemli bir kıymetli evraktır. Kıymetli evrak kavramı 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) "*Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez.*" (TTK m. 645) tanımlanmıştır. Türk hukukunda TTK'nın Dördüncü Kısım'ında kıymetli evrakın kambiyo senetlerine ilişkin bölümü yer almaktadır. Çekler de bu düzenleme kapsamında Kanun'un Dördüncü Kısım'ın Üçüncü Bölümü'nde düzenlenmiştir. Dolayısıyla çek denildiğinde bir kıymetli evrak olmasından dolayı, "*Kıymetli evrakın borçlusu, ancak senedin teslimi karşılığında ödeme ile yükümlüdür.*" (TTK m. 646/1) hükmüyle de anlaşılacağı üzere, senetle hakkın iç içe geçtiği bir evraktır. Çekler, para yerine kullanılmak için düzenlendiğinden diğer kambiyo senetlerinde olduğu gibi, tedavül yeteneğini haiz olmaktadırlar².

Bunun yanı sıra, Türk hukukunda yine çeklerle ilgili 14.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu (ÇekK) da yer almaktadır. Çekler söz konusu her iki kanunda olmasına karşın, TTK ve ÇekK'da çek tanımı yer almamıştır. Öğretide ise çek, temelinde düzenleyen, muhatap ve lehtar olmak üzere üçlü bir ilişki içerisinde bulunan, muhatapın ancak banka olabileceği, yazılı ve soyut bir kambiyo senedi olarak tanımlanmıştır³. Diğer bir tanımda ise, "*Çek, düzenleyen tarafından çekle işleyen hesabın bulunduğu bankaya (muhataba) hitaben yazılan,*

² Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Reha Poroy- Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 21. Bası, İstanbul 2013, s. 22; Hüseyin Ülgen- Mehmet Helvacı- Abuzer Kendigelen- Arslan Kaya, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 2015, s. 17; Sami Karahan- Zekeriyya Arı-Hayri Bozgeyik- Tahir Saraç- Mücahit Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Konya 2014, s. 17-18.

³ Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 219-222; Ali Bozer- Celal Göle: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 208-210; Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak*, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 992.

üzerinde yazılı belli tutardaki paranın, lehine çek düzenlenmiş şahsa (lehtara) ya da çeki ondan usulüne uygun devralan şahsa (hamile) kayıtsız ve şartsız ödenmesi konusunda bir havaleyi ihtiva eden, kıymetli evrak niteliğine sahip senettir” şeklinde tanımlanmıştır⁴.

Rusya Federasyonu’nda (RF) da sıkça kullanılan çek, Türk hukukundan farklı olarak kanunen de tanımlanmıştır. Şöyle ki, 26.01.1996 N 14-FZ tarihli Rusya Federasyonu Medeni Kanunu’nun⁵ ikinci bölümünün 877’nci maddesinde çek tanımı şu şekilde verilmiştir: “Çek, üzerinde belirtilen tutarın çek sahibine ödenmesi için keşidecinin bankaya koşulsuz talimatını içeren bir kıymetli evraktır” (m. 877/1)⁶.

B. TÜRK VE RUS HUKUKUNDAKİ YERİ

1. Türk Hukukunda Çek

Çek, esas olarak TTK’nın üçüncü kitabının 780-823’üncü maddelerinde, özel olarak da ÇekK’da düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra söz konusu düzenlemelerden esinlenerek çeşitli mevzuat hükümlerine rastlamak mümkündür⁷. Çeklerin bir ödeme aracı olduğu bilinmekle birlikte⁸, bu husus ne 6762 sayılı eski

⁴ Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi, C. IV, Eskin Matbaası, İstanbul 1990, s. 529.

⁵ En son yapılan 29.06.2021 tarihli değişikliklerin yürürlüğe girdiği şekliyle.

⁶ Orijinal dildeki kanuni metni: “Чеком признается ценная бумага, содержащая ничем не обусловленное распоряжение чекодателя банку произвести платеж указанной в нем суммы чекодержателю.”; Öğretide de benzer tanım verilmiştir. Bkz. Natalya Yerpilova, “Международное Чековое Право и Российское Законодательство: Основные Категории и Механизмы Регулирования Чековых Отношений” (Uluslararası Çek Hukuku ve Rus Mevzuatı: Çek İlişkilerinin Düzenlenmesinin Ana Kategorileri ve Mekanizmaları), *Международное право и международные организации/ International Law and International Organizations*, 2014, S. 1, s. 18.

⁷ Örneğin “Çek Defterlerinin Baskı Şekline ve Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ” (SAYI: 010/2) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=13734&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>, (16.07.2021).

⁸ Yargı kararlarında da çekin bir ödeme aracı olduğunu belirtilmiştir. Bu yönde bkz. “Çek bir ödeme aracı olup, TTK 707. maddesi birinci fıkrasında çekin görüldüğünde ödeneceği, ikinci fıkrasında ise keşide günü olarak gösterilen günden önce ibraz olunan bir çekin ibraz günü ödeneceğini öngörmüştür.” Yargıtay 9. HD, E. 2004/13272, K. 2004/14579, T. 21.06.2004; “Bu durumda, mahkemece belirtilen hususlar çerçevesinde çek asıllarının bankaya bırakılarak kısmi ödemenin talep edilmesi halinde bankanın ödeme yükümlülüğünün bulunduğu, bu şartların oluşmaması durumunda ise ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı gözetilmeden eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 2012/19-353, K. 2012/703, T. 10.10.2012 kararı, Bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2012-19-353.htm>, (14.07.2021).

Ticaret Kanunu (ETK) ne de TTK'da açık bir şekilde belirtilmiştir. Eski TTK'da (eTTK m. 707/1) ve TTK'da (m. 795/1) sadece çeklerin görüldüğünde ödeneceği öngörülmüştür. Bu bağlamda gerek eski gerek yeni ticaret kanunu hükümlerinden yola çıkarak çeklerin bir ödeme aracı olarak nitelendirildiği görüşündeyiz. Keza çekin muhatap bankaya ibrazı ile ödenebilen bir kambiyo senedi olduğu ve teminat cirosu ile ciro edilmesinin mümkün olmaması özelliklerinden dolayı çeklerin bir ödeme aracı olduğu doktrinde de ileri sürülmüştür⁹.

Çekler, TTK hükümlerinde tanımlanan diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak nama, emre ve hamiline düzenlenebilmektedir. Zira kambiyo senetlerinden sadece çek hamiline yazılı düzenlenebilirken, poliçe ve bonoda lehtar gösterme zorunluluğu (TTK m. 776/1-e ve m. 671/1-f) olduğundan dolayı çekler hamiline yazılı olarak düzenlenememektedirler¹⁰. Bununla birlikte, poliçe ve bono ekonomik açıdan kredi aracı özelliğini göstermektedir ve bu nedenle bir vade söz konusu olmaktadır. Ancak çekler, bir ödeme aracı olması ile birlikte, bono ve poliçeden farklı olarak çeklerde bir vade söz konusu değildir. Çekin vadesinin olmaması kanunun emredici bir hükümdür. Zira TTK'nın 795'inci madde hükmü gereğince çekte vade olmaz ve çek bankaya ibraz edildiğinde karşılığı banka tarafından ödenir (TTK m. 795/1). Ticaret hayatın uygulamasında ileri tarihli çekler düzenlenerek yapay bir vadeye sıkça rastlanılmaktadır. Bu çekler aşağıda da görüleceği üzere geçerli çeklerdir. Bunun yanı sıra, her ne kadar çek bonodan ve poliçeden farklı bir fonksiyona sahip olsa da, hukuki nitelik açısından çek, poliçe gibi havale olarak kabul edilirken¹¹, bono, hukuken ödeme vaadi olarak nitelendirilmektedir¹².

Çek, ekonomik açıdan bir ödeme aracı iken, hukuki açıdan bankaya yazılmış havale niteliğinde bir kıymetli evraktır¹³. Ülkemizde çekler, asıl amacı olan ödeme aracı olmaktan ziyade, bir kredi vasıtası olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte günlük hayatta çeklerin artık elektronik çek şeklinde finansal sistem-

⁹ Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 39.

¹⁰ Fatih Bilgili- Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 16. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2019, s. 331.

¹¹ Çek ve poliçenin kendi içlerinde farkları olmakla birlikte hukuki nitelikleri itibarıyla nitelikli bir havale oldukları yönünde bilgi için bkz. İ. Yılmaz Aslan, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 295; Bilgili- Demirkapı, s. 387.

¹² Bononun bir borç vaadi olmasıyla birlikte hukuki nitelik olarak bir borç ikrarı olduğu yönünde bkz. Aslan, s. 291.

¹³ Bkz. Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2019, s. 18, 41 vd.

de alternatif bir ödeme aracı niteliğinde varlık göstermeye başladığı görülmektedir¹⁴.

Bununla birlikte, ticari hayatın uygulamasında çeklerin büyük çoğunlukla kredi aracı olarak görülmesi ve bu yönde kullanımı, çeklerle ilgili düzenleme ihtiyacının güncel kalmasına ve kanun koyucunun bu alanda sürekli olarak yeni hükümler geliştirmesine sebebiyet vermektedir. ÇekK ile uygulamadaki ihtiyaçlar dikkate alınarak TTK hükümlerinden farklı olarak çeklerin ileri tarihli düzenlenebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla çek anlaşmasının taraflarının kendi aralarında vade konusunda TTK'daki hükümden farklı hükümler ileri sürebilecekleri kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmıştır (m 3/8). TTK'nın 795'inci madde hükmünde ise bu tarz çeklerde düzenlenme gününden önce ödenmek için ibrazında, çekin ibraz gününde ödeneceği (m. 795/2) ve aradaki belirlenen yapay vadenin geçersiz olarak nitelendirileceği açık bir şekilde hükme bağlanmıştır (m. 795/1). Dolayısıyla görüldüğü üzere ÇekK ile TTK arasında benzer konuda tamamen birbirine zıt hükümlere yer verilmiştir.

Çekle ilgili hükümlere bakıldığında şekli şartların sıkı tutulduğu ve bunların (TTK m. 780) eksikliği durumunda bir senedin çek olarak nitelendirilmeyeceği açıkça hükme bağlandığı görülmektedir (TTK m. 781/1). Bu şartların neler olduğuna göz atılacak olursak: Senet metninde "çek" kelimesi, belirli bir bedelin kayıtsız ve şartsız ödenmesi için havale, "muhatapın" ticaret unvanı, düzenlenme tarihi ve düzenleyenin imzası, ödeme yeri, karekod, bankaca tahsis edilen seri numarası mutlak olarak yer almalıdır (TTK m. 780). Yine TTK'da çekle ilgili belirtilen unsurlardan her hangi birini içermeyen bir senet, 2'nci, 3'üncü ve 4'üncü fıkralarda yazılı hâller dışında çek sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır (TTK m. 781/1). Bu sayılan fıkralarda çeklerin yorum yoluyla ayakta tutulacağı belirtilmiştir (TTK m. 781/ 2, 3 ve 4)¹⁵.

Bununla birlikte, Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatapın, ancak bir bankanın olabileceği TTK m. 782'nci maddesinde hüküm altına alınmıştır (TTK m.

¹⁴ Elektronik çek onuşunda bkz. Serdar Demirci, "Türk Hukukunda Elektronik Çeke Doğru, Dünü ve Bugünüyle 'Çek'", *Ankara Barosu Dergisi*, 2020, S. 78 (3), s. 5.

¹⁵ TTK'da söz konusu maddeye getirilen 15.07.2016 tarihli ve 6728 sayılı "Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"nun ile yabancı bankalar tarafından bastırılan çeklerde, banka tarafından verilen seri numarası ve/veya karekodun bulunmaması durumunda senedin çek olarak geçerliliğini etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m. 71/2). Bkz. 09.08.2016 tarihli 29796 sayılı Resmi Gazete. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160809-22.htm>, (16.07.2021).

782/1). Bankaların dışında her hangi bir muhatabın yazılması durumunda ise çekin yalnız havale hükmünde olacağı yine aynı maddenin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Bankalar 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK) gereği yalnızca anonim ortaklık şeklinde faaliyet gösterebileceği hüküm altına alınmıştır (BankK m. 7/1-a). Bu bağlamda her anonim şirketin kurulma aşamasında merkezlerinin bulunduğu yerdeki ticaret ve sanayi odaları (TTK m. 24) nezdindeki ticaret sicil müdürlüklerince tutulan ticaret siciline tescil edilmiş (TTK m. 354) olacağından hareketle denilebilir ki, çeklerde, sadece muhatabın gösterilmiş olması çekin ödeme yerinin tespiti mümkün olacaktır. Bunun da sonucunda ödeme yerinin senet metninde yer almasının fiilen zorunlu bir unsur olarak algılanmaması gerektiği öğretide de ileri sürülmüştür¹⁶.

TTK'da sayılan söz konusu zorunlu unsurların yanı sıra tarafların iradesine bırakılmış bazı ihtiyari kayıtların konulması da kanun koyucu tarafından mümkün kılınmıştır. Buna göre, "Emre yazılı" kaydıyla veya "Emre yazılı değildir" yani menfi emre kaydıyla veya benzer bir kayıtlarla belirli kişilere veya hamile ödenmesi için çek düzenlenebilir (TTK m. 785/1). Bunun yanı sıra, çeklerin muhatabın ikametgâhında veya başka bir yerde üçüncü bir kişinin, bu kişinin bir banka olması kaydıyla, nezdinde ödenmek üzere düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır (TTK m. 787). Bunun gibi, bir çekin ödeme yerinde farklı bir para birimi ile ödenmesi şart koşulabilir. Bu durumda bedel, çekin ibraz günündeki değerine karşılık gelen o ülke parası ile ödenebilir ve yabancı ülke parasının değeri, ödeme yerindeki ticari teamüllere göre belirlenir (TTK m. 802/2). Bununla birlikte düzenleyen, ödenecek tutarın çekte yazılı belirli bir kura göre hesap olunmasını veya ödemenin belirli bir para ile yapılmasını (aynen ödeme-yi) şart koşması mümkündür (TTK m. 802/3)¹⁷.

TTK'daki bu hükümlere ilaveten bazı kayıtların yazılmış olmasının çeki geçersiz kılmamasıyla birlikte, sadece söz konusu kayıtların yazılmamış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki, çek hakkında kabul işlemi yapılamaz, yapılmış ise çekin geçerliliğine her hangi bir hanel getirmemekle birlikte, kabul kaydının yazılmamış sayılacağı madde hükmünde belirtilmiştir (TTK m. 784). Bunun gibi çekte öngörülen faiz şartının da yazılmamış sayılacağı kanunen hüküm altına alınmıştır (TTK m. 786).

¹⁶ Ülgen- Helvacı- Kendigelen- Kaya, s. 239.

¹⁷ Komuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Öztan, s. 1073; Ayrıca bkz. Setenay Yağmur, "Çeke Konulabilecek Kanunda Öngörülme-yen İhtiyari Bazı Kayıtlar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3, s. 2869 vd.

Bunun yanı sıra, TTK’da yer alan çekin zorunlu unsurlara yanında Çekk’da sıralanan unsurların da zorunlu unsur olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ilişkin çeşitli görüşler¹⁸ olmakla birlikte çekin unsurları sıralanırken Çekk’daki unsurların da zorunlu olduğuna Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararı ile kanaat getirilmiştir. Şöyle ki:

“Çekin zorunlu unsurları TTK nın 692-693. maddelerinde gösterilmiştir. 3167 sayılı Çek Kanununun 3. maddesi de dikkate alındığında a) Banka tarafından mevzuattaki tanıma uygun şekilde bastırılmış çek yaprağı olması, b) Bu çek yaprağının çek kelimesini, c) Hesabın bulunduğu muhatap banka şubesinin adı ve keşidecinin hesap numarasını, d) Kayıtsız şartsız bir bedelin ödenmesi için havalesi, e) Keşide günü ve yerini ihtiva etmesi zorunludur.”¹⁹

Son olarak 6728 sayılı Kanun ile, çekin unsurlarının neler olacağını belirten TTK m. 780/f. 1 hükmünde ayrıca (g) ve (l) bendi olarak *“banka tarafından verilen seri numarası”* ve *“karekod”* da ilave edilmiş ve TTK’nın Geçici 11. Madde ile 31.12.2016 tarihinden önceki çeklerde bu hususların aranmayacağı ifade edilmiştir (m. 70, 72).

2. Rus Hukukunda Çek

Rus hukukunda ilk çekler aşağıda Resim 1’de görüldüğü üzere XX’nci yüzyılın başlangıcından itibaren bankacılığın dış ticari işlemleri için kullanılmaya başlanmıştır.



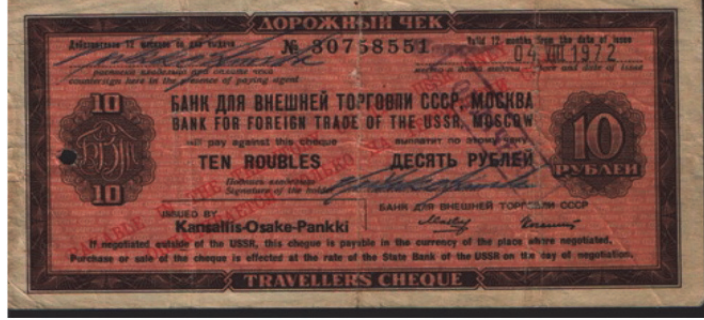
Resim 1. Dış ticari işlemler için Rus Bankası çeki²⁰

¹⁸ Bkz. Celal Göle, Çek Hukuku, Ankara 1989, s. 6; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 1998, s. 121; Mehmet Köle- Fatma Görgülü, “Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 21, S. 35, s. 85 vd.

¹⁹ 14.12.1994 tarih ve 92/5 Esas sayılı kararı. Karar metni için bkz. YKD. Mayıs 1993, s. 663.

²⁰ Mikhail Yanukyan, “Чеки в российской финансовой практике” (Rusya Finans Uygulamalarında Çekler), Деньги и Кредит (Para ve Kredi), *Rusya Merkez Bankası Bilimsel Dergisi*, 2007, S. 11, s. 67.

Bununla birlikte, Sovyet dönemindeki sıkı para politikası, döviz ve döviz ihracatı üzerindeki kısıtlamalar, seyahat çeklerin de gelişmesine katkıda bulunmuştu. Resim 2’de Sovyet Rusya’sı döneminde kullanılan seyahat çekleri²¹ yer almaktadır. İlk çekler 1860 yılında kurulan ve şuan da Sberbank (Tasarruf Bankası) olarak adlandırılan Rusya Devlet Bankası tarafından kullanılmaktaydı²². 1917’den 1929’a kadar olan Sovyet mevzuatı, çek cirosunu düzenlememekteydi. Çek yasasının temelleri özellikle 04.07.1924 tarihinde kurulan Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)²³ Devlet Bankası’nın katı kuralları çerçevesinde oluşmaktaydı. Sovyet iktidarının ilk yıllarında çek ciroları, bankalarda tutulan cari hesaplarla ilgili kurallar, emek tasarruf bankaları ve Halkın Finans Komitesi’nin nakit ofislerinin damga vergisi düzenlemeleri temelinde gerçekleştirilmekteydi. O dönemdeki cari hesap kuralları sadece nama ve hamiline yazılı çekler üzerinde görülmekteydi²⁴.



Resim 2. SSCB dönemin seyahat çeki²⁵

- ²¹ Seyahat çeki ile, çeki düzenleyen şirketin çek sahibine belirtilen para biriminde ve tutarda ödeme yükümlülüğü kastedilmektedir. Seyahat çeklerinin ortaya çıkmasının ve düzenlenmesinin nedeni, uluslararası alanda da dâhil olmak üzere nakit taşıma tehlikesiydi. Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Olga Belomitseva, “К вопросу о Статусе Денежного Чека” (Para Çekinin Durumu ile İlgili Soruya), Финансы и Кредит (*Finans ve Kredi Dergisi*), 2014, S. 38 (614), s. 44.
- ²² Lyudmila Antipova- Elena Zotova, “История Возникновения Чека” (Çekin Oluşum Süreci), *Stadium Dergisi*, 2004, S. 4-3 (33), s. 1.
- ²³ 25 Aralık 1991 tarihinde Sovyetler Birliği o zamanki Devlet Başkanı Mihail Gorbaçov’un istifa etmesi ile 26 Aralık 1991 tarihinde Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nin dağılmıştır. Gorbaçov’un “perestroyka” ve “glasnost” dönüştürme programları bir reform programları olsa da gayretlerini boşa çıkması üzerine devletçe merkezi planlamadan vazgeçilip serbest piyasa ekonomisine ilk adımların atılmıştı. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Remzi Bulut, “SSCB’nin Dağılması ve Rusya Federasyonu’nda Serbest Piyasaya Geçiş”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 1, S. 2, s. 12 vd.
- ²⁴ Geniş bilgi için bkz. Antipova- Zotova, s. 2 vd.
- ²⁵ Yanukyan, s. 68.

Bununla birlikte yıllar geçtikçe daha sonraki dönemde çeklerin dolaşım şartlarına göre ibraz sürelerinde de farklılıklar söz konusuydu. Örneğin Yekaterinodar şehrinde üç veya altı aylık çekler düzenlenmekteydi. Bunun gibi diğer şehirlerde de farklı süreli çekler düzenlenebilmekteydi. Sürelerin bitimi ile bankalar söz konusu çekleri iptal etmekteydi. İptal işaretleri genellikle banka imzalarının bulunduğu yerlerde veya belirtilen geçerlilik süreleri yuvarlak veya oval dikdörtgen çek zımbalama şeklinde çek üzerine yapılmaktaydı (Resim 3).



Resim 3. Devlet bankasının garantili çeki (Yekaterinodar şehri)

Günümüzde çeklerde Türk hukukunda olduğu gibi Rus hukukunda da sıkı şekil şartları söz konusu olmaktadır. Şöyle ki, Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'nun (RFMK) 142'nci maddesine göre kıymetli evrak, kanunlarda belirtilen şartlara uygun olan ve mülkiyet hakkı ile diğer hak ve yükümlülüklerin devrinin yalnızca belgelerin ibrazı ile mümkün olan senetler olarak nitelendirilmektedir (belgeli kıymetli evrak). RFMK'nın 149'uncu maddesine göre ise, kanunun gereklerine uygun bir şekilde kıymetli evrakı ihraç eden birinin ihraç kararında veya diğer eylemlerinde yer alan yükümlülükler ile uygulanması ve devri mümkün olan diğer haklar da kıymetli evrak olarak kabul edilmektedir (belgesiz/varakasız kıymetli evrak)²⁶. Kıymetli evrakla hisse senedi, devlet tahvilleri, ipotek, yatırım birim fonunun payı, konşimento, bono, çek ve diğer kanunda

²⁶ Türk hukukunda da geçerli olan evraksız (varakasız) kıymetli evrakla bir hakkın senede bağlanması kuralının istisnası olarak, sermaye piyasası hukukunda kaydi sistemin kabul edilmesi ile mümkün olup, Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kıymetli evrak niteliğindeki sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmadan ihracı ve tedavülü (dolaşımı) mümkün olup, tek tek düzenlenmek yerine, birden çok sayıda çıkarılan sermaye piyasası oluşabilecek masrafların vs. durumdan kaçınıldığı amaçlanmıştır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Asuman Turanboy, *Varakasız Kıymetli Evrak*, Ankara 1998, s. 40; DURGUT, Ramazan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, İstanbul 2017, s. 8.

adı geçen kâğıtlar ile yerleşik olarak tanınan belgeler kastedilmektedir. Dolayısıyla çekler de bu sınıflandırmada RFMK'nın m. 877'ye uygun olarak kıymetli evrak olarak sıralanmıştır²⁷.

Bunun yanı sıra, Rus hukukunda çekler RFMK'nın 2'nci bölümünün 877-885'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yanı sıra RFMK'nın 877/5'inci fıkrasının atfı ile 19 Haziran 2012 tarihli 383-P sayılı Para Transferi Kuralları Hakkında Rusya Merkez Bankası Yönetmeliği'nde (ParaTYön.) de çeklerle ödeme usulüne ilişkin düzenleme yer almaktadır²⁸. Söz konusu düzenlemenin 8'inci madde hükmü gereği çeklerin, federal yasa tarafından belirlenen şartları içermesi ile birlikte, ayrıca kredi kurumları tarafından belirlenen şartların da içermesi gerektiği ve çekin şeklinin kredi kurumu tarafından belirlenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, çek muhatabı olan bankaların yanı sıra diğer kredi kurumlarının da çekte aranan zorunlu şartlara ilaveten şekli şartları belirtmelerine kanunen cevaz verilmiştir (RFMK m. 877/5, ParaTYön. M 8/2)²⁹.

RFMK'nın 878'inci maddesine göre çeklerin aşağıdaki unsurları içermesi gerekir:

1. Belgenin metninde “çek” ibaresi;
2. Bir miktar paranın ödenmesine yönelik ödeme emri;
3. Ödeyenin adı ve ödemenin yapılacağı hesap numarası;
4. Ödemenin yapılacağı para birimi³⁰;

²⁷ Bu yönde bkz. Elena Abramova, “Понятии Формы Ценной Бумаги” (Kıymetli Evrakın Şekil Kavramı), Хозяйство и право (*Ekonomi ve Hukuk Dergisi*), 2013, S. 1, s. 84 vd.; Maksim Yasus, “Новый Подход к Определению Понятия Ценной Бумаги в Российском Гражданском Праве” (Rus Medeni Hukukunda Kıymetli Evrak Kavramını Tanımlamaya Yönelik Yeni Bir Yaklaşım), Хозяйство и Право (*Ekonomi ve Hukuk Dergisi*), 2012, S. 9, s. 78 vd.

²⁸ Положение Банка России от 19.06.2012 N 383-П “О правилах осуществления перевода денежных средств” (06.01.2019 değişiklikler ile birlikte) http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131829/e7eadffcd95274b9c0e71919a977867420bf1632/#dst100305, (18.07.2021).

²⁹ Bu yönde bkz. Yerpilova, s. 22.

³⁰ 10 Aralık 2003 tarihli ve 173-FZ sayılı “Döviz Düzenlemesi ve Kontrolü Hakkında” Federal Kanun'un (Федеральный закон “О валютном регулировании и валютном контроле” от 10.12.2003 N 173-ФЗ) 9'uncu maddenin 1'inci fıkrası göre yerleşikler (ülke vatandaşları kastedilerek) arasında yapılan işlemlerde döviz ile ödemeler yasaklanmıştır. Aynı Kanun'un 5'inci maddesinde 1'inci fıkrada dövizle, yabancı paranın yanı sıra yabancı kıymetli evrak da kaste-

5. Çekin düzenlendiği tarih ve yer;
6. Çeki düzenleyenin imzası.

Belgede öngörülen unsurlardan herhangi birinin eksikliği durumunda, senet çek olma vasfını kaybeder. Bu sayılan zorunlu unsurlarla birlikte çekin düzenleme yerinin yazılmadığı durumlarda, çeki düzenleyenin ikametgâhının çekin düzenlenme yeri sayılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı durumda TTK'da m. 781/3'te ise düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca çek metninde geçen faiz şartının tıpkı TTK m. 786'da olduğu gibi yazılmamış sayılacağı belirtilerek bazı unsurların ihtiyari unsur olduğu da görülmektedir (RFMK m. 878/1). Bunun yanı sıra bankaların bir çekin şekli ile düzenleme usulünde kanun ve buna uygun olarak oluşturulan bankacılık kuralları ile belirleneceği aynı madde ifade edilmektedir (RFMK m. 1/2).

II. ÇEK'LE YAPILAN ÖDEMELERDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

A. Çekle Yapılan Ödemelerde Hile

Ticari ilişkilerde çekle yapılan ödemeler kambiyo senetleri arasında en yaygın kullanım alanı bulmaktadır. Bununla birlikte çek hileleri de ara sıra uygulamalarda karşılaşılan sorunlar arasında yer almaktadır. Bu hileler arasında en sık başvurulanlar ise sahte çek düzenleme, çekin bir çalışan tarafından ele geçirilmesi ve sahte imza atılması ile gerçekleşmektedir³¹.

1. Çekin Bir Çalışan Tarafından Ele Geçirilmesi

Sahte çek düzenlemede genellikle çek düzenleme yetkisi olan işletme çalışanlarının ellerindeki fırsatları kendilerince haklı nedenler ile gerçekleştirmeleri ile mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte, eğer hile yapmayı düşünen herhangi bir çalışanın çeklere erişim yetkisi yoksa, bu durumda çek yapraklarının ya bizzat ya da çeklere erişim yetkisi olan biri ile planlı bir şekilde çeklerin ça-

dılmaktadır. Bu şekildeki kıymetli evrakla ise yine aynı Kanunu'nun 3-4'üncü maddelerinin 1'inci fıkrası ile ise, nominal değeri döviz cinsinden belirlenerek Rusya Federasyonu dışında kayıtlı ve ihraç edilen hisse senetleri ile döviz alma hakkını belgeleyen Rusya Federasyonu dışından ihraç edilen diğer kıymetli evrak kastedilmektedir. Bu yönüyle çeklerin de birer kıymetli evrak olduğu dikkate alındığında yerleşik kişiler arasında düzenlenen çeklerin Rusya sınırları içerisinde mutlaka yerleşik para birimi cinsinde, yabancı unsurlu çeklerde ise dövizle ödemenin mümkün olduğu denilebilir. Aynı yönde bkz. Yerpilova, s. 27.

³¹ Nejat Bozkurt, *İşletmelerin Kara Deliği Hile*, Alfa Yayınları, İstanbul 2011, s. 270.

linması yoluna gidilmektedir³². Tabii ki bu durumda işin gerek hukuki gerekse de cezai boyutu söz konusu olmaktadır. Zira bu durumda çekin kendine has suçlamalarından ziyade çalışanın, işverenin güvenini ve verilen görevi kötüye kullanması, hırsızlık vs. suçları ile karşı karşıya bırakmaktadır. “Güveni kötüye kullanma” ile “Hırsızlık” suçları aslında benzer suçların ortak yönlerini oluşturmakla birlikte farklı suçlardır. Her iki suçun ortak yönleri malvarlığına karşı işlenen suçları oluşturmasıdır³³. Farklı yönü ise güveni kötüye kullanma suçunda eşyanın, örneğimizde çekin, zilyetliğinin fail olarak nitelendirilecek işletme çalışanına bilerek, yani rıza ile devredilmesidir. Diğer türlü bu suç artık güveni kötüye kullanma suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturacaktır³⁴.

Çalışmamız açısından önemli olan husus çeklerde oluşan sorunların nelerden oluşabileceği söz konusu olduğundan ceza hukuku açısından sınırlı olarak bilgilere başvurulmuştur³⁵.

³² Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hami Aydın- Tolga Ala, İşletmelerde Yapılan Çek Hileleri: Ortaya Çıkarılması ve Önlenmesi, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, C. 11, S. 1, s. 90.

³³ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, B. 7, Ankara 2013, s. 161.

³⁴ Zira Yargıtay bir kararında: “Saniğin mağdura ait iş yerinde muhasebe sorumlusu olarak çalışırken kendisine görevi sebebiyle tevdi ve teslim edilen kasanın kilidini açarak mağdura ait silahı alarak uhdesinde tuttuktan sonra söz konusu silahı ruhsatsız olarak taşımaya başladığı, yapılan üst aramasında saniğin ruhsatsız silahla yakalandığı... somut olay incelendiğinde, sanıkla işyeri sahibi olan mağdur arasında bir hizmet ilişkisinin bulunduğu ve suçta konu eşyanın da saniğe görevi sebebiyle tevdi ve teslim edilen eşya niteliğinde bulunduğu dikkate alınarak saniğin eyleminin, daha özel bir düzenleme olan 5237 sayılı TCK’nın 155/2. maddesinde belirtilen hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçu kapsamında kaldığı gözetilmenden suç vasfında yanılığa düşmek suretiyle hırsızlık suçundan hüküm kurularak eksik ceza tayini...” ifadeleriyle zilyetliğin rızaya dayalı devri hâllerinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağına hükmedilmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 25.06.2018 tarihli ve E. 2015/6725, K. 2018/4641 sayılı kararı <http://www.kazanci.com.tr> (19.07.2021); Yargıtay başka bir kararında güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için alınan malların teslim ve tevdi edilmiş olmasını aramakta, aksi halde bu suçun hırsızlık suçunu oluşturacağını hükme bağlamıştır. Şöyle ki: “Dairemizin 18.09.1996 gün ve 1399/1474 sayılı kararı ile benzer kararlarında belirtildiği üzere, katılana ait evin saniğe kiralanması sırasında özel olarak teslim ve tevdiye konu edilmeyen mutfak dolaplarının, rıza dışında ve faydalanmak amacıyla alınıp götürülmesi halinde eylemin hırsızlık suçunu oluşturacağı da gözetilerek...” Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 31.12.2007 tarihli ve E. 2005/11731, K. 2007/9547 sayılı kararı www.kazanci.com.tr, (19.07.2021).

³⁵ Güvenin kötüye kullanılması suçunun niteliği vs. bilgiler için bkz. Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998, s. 409 (1998); Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 409.

2. Sahte İmza Atılması ve Sahte Ciro

Çekle ilgili uygulamadaki diğer bir sorunun boş olarak ele geçirilen çeklerin çeki keşide eden kişi adına sahte olarak imzalanma sorundur. Sahte imza elle, mekanik araçlarla veya yetkili imzanın fotokopisini kullanmak suretiyle atılmaktadır. Bunun yanı sıra uygulamada her ne kadar kriminolojik incelemelerde tespiti kolay olsa da, yetkilinin imzasının taklit edilmesi suretiyle de sahte imza atıldığı görülmektedir. Ortaya çıkarılmasında en zor olan yöntem ise yetkilinin imzasının fotokopi yoluyla çekin üzerine aktararak yapılan sahteciliktir³⁶.

Sahte ciro işlemi ile ise, işletmenin ticari ilişkide olduğu üçüncü kişilere verilecek çeklerin çalınma suretiyle hile oluşmaktadır. Yani burada çekin düzenlenmesi ve imzalanması aşamasıyla ilgili bir durum söz konusu olmayıp, çekin taşıdığı bilgiler sahteciliğe konu oluşturmaktadır. Dolayısıyla sahtecilik eylemi çekin ciro edilmesi aşamasında meydana gelmektedir. Bu yöntemle çek, gerçek alıcısı yerine dolandırıcıya ödenmiş olmaktadır³⁷.

3. Çek Alacaklısının Değiştirilmesi

Diğer bir hile türü de, hazır imzalanmış çekin işletme çalışanı tarafından çalınarak çekin alacaklısı olarak yazılan isminin değiştirilerek ya çalınanın kendi ya da suç ortağının isminin değiştirilmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Bunun için ise, genellikle ya çeki düzenleyen kişi tarafından çeki silinebilir mürekkeple doldurularak daha sonra çekte yazılan ismi uygun bir isimle değiştirilmesi, ya da çalışan yetkili biri tarafından işletmenin muhasebe kayıtlarından çek hazırlanmadan önce alacaklıların isimlerinin değiştirmesi şeklinde iki yöntemle yapılmaktadır. Bu hileleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte başlıca hileleri bu şekilde açıklamak mümkündür³⁸.

B. Karşılıksız Çek ve Gelişim Süreci

Uygulamada çeklerle ilgili karşılaşılabilecek diğer bir sorun da çek karşılığının banka hesabında olmamasıdır. Ticari hayatta normal şartlarda bir çek hesabına sahip olan kişinin çekte belirtilen tutarın ilgili banka şubesindeki hesapta

³⁶ Aydın- Ala, s. 91.

³⁷ Bozkurt, s. 274. Rus hukukunda benzer olaylar konusunda geniş bilgi için bkz. Andrey Yujin, "Мошенничество и его виды в российском уголовном праве"(Rus Ceza Hukukunda Dolandırıcılık ve Türleri), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Moskova Devlet Üniversitesi Federal Bütçe Yüksek Öğretim Kurumu*, Moskova 2016, s. 60, 81 vd.

³⁸ Bkz. Bozkurt, s. 276.

tamamını karşılayacak şekilde bulunması gerekmektedir³⁹. Bununla birlikte, bir çekin karşılığının olmadığı söylenmesi için, diğer bir ifadeyle, karşılıksız çekten bahsedilebilmesi için, her şeyden önce geçerli bir çekin mevcudiyeti gerekir. Dolayısıyla ilk olarak bir çekin TTK'nın 780'inci maddesinde sayılan zorunlu unsurları ile gerekirse ÇekK'nın 2'nci maddesinin 7-8'inci bentlerindeki unsurları ihtiva edip etmemesine bakılmalı⁴⁰. Şayet çek, tüm zorunlu unsurları bünyesinde barındırmakta ise, ibraz süresi içinde bankaya sunulduğunda karşılığının talep edilebilmesi gerekir. Çek ibraz süresi içinde talep edildiğinde çekte belirtilen rakamın eksiksiz ödenebilmesinin mümkün olmaması ve çekin tamamının karşılanmadığının çek hesabının bulunduğu banka tarafından somutlaştırılması gerekmektedir⁴¹. Bunlara ek olarak, ÇekK'nın 5'inci maddesindeki "hamilin şikâyeti üzerine" hükmü gereği bu konuda bir talep de aranmaktadır⁴². Özetlemek gerekirse, bir çekin karşılıksızdır işlemine tabi olarak yaptırımın uygulanabilmesi için öncelikle bir çekin olması, bu çekin hukuken geçerli olması, ibraz süresi içinde çekin ibrazında çek hesabında karşılığının olmaması, çekle ilgili karşılıksızdır işleminin yapılması ve hamilin talebinin olması gerekir. Ancak bu şartlar varsa konuyla ilgili idari para cezaları bakımından Cumhuriyet Savcılığı (6273 sayılı Kanun m. 5/1), karşılıksız çek suçu bakımından ise İcra Mahkemesine talep açılması gerekir (ÇekK m. 5/1)⁴³.

³⁹ Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2012, s. 169.

⁴⁰ ÇekK'nın 2'nci maddesinin 9'uncu bendinde "(9) Türk Ticaret Kanunundaki unsurları taşıması kaydıyla, düzenlenen çekin bu maddede yer alan koşullara aykırı olması çekin geçerliliğini etkilemez." hükmü ile esas olan zorunlu unsurların TTK'daki unsurlar olduğu açıkça ifade edildiği düşüncesindeyiz.

⁴¹ Öztan, s. 295-296.

⁴² Değişiklik her ne kadar 15.07.2016-6728/63 md getirilmiş olsa da eski 3167 sayılı mülga ÇekK'nın 16b madde hükmünde "Karşılıksız çek keşide etme" suçu, şikâyete bağlı bir suç olarak kanunda yer almaktaydı. Madde metni: "16'nci maddede öngörülen suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, hamilin, çeki elinde bulundurmaları koşulu ile ödemede bulunan cirantanın veya kanunî veya akdî teminatı nedeniyle tam ödemede bulunan bankanın şikâyetine bağlıdır. Bu suçlara çekin ibraz edildiği veya şikâyetçinin yerleşim yerinin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesinde bakılır." (16B). Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Hakan Albayrak/Ahmet Bozdağ, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Cezası Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, 2018, S. 33, s. 261.

⁴³ Bkz. İsmail Kayar, *Ticaret Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 701-702; Konuyla ilgili iki farklı Yargıtay kararı vardır. Şöyle ki; Yargıtay 16. Hukuk Dairesi 23.02.2006 gün ve 2005110009 E. 200611229 K. no.lu kararlar İİK'ya göre hapis cezasının uygulanmasının gerektiği durumlarda şikâyetin direkt Cumhuriyet Savcılığına yapılması gerektiği karar vermiştir. Daha sonra ise yine aynı daire bu sefer 14.6.2006 tarihli ve 2006/1905 E., 200614592 K. no.lu kararı ile İİK'nın 346.

19.03.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un (mülga ÇekK.) yürürlüğü öncesinde karşılıksız çek düzenlemesine dair mevzuatta bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak TBMM verdiği yorum kararlarıyla ceza sorumluluğu açısından konunun dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi yorumunu yapmıştır. Bu döneme ait olarak karşılıksız çeklere dair Yargıtay kararları⁴⁴ çelişkili olarak eleştirilmiştir⁴⁵.

ve 349. Madde hükümlerini dikkate alarak bu hükümlerin yürürlükte olması nedeniyle şikâyetin doğrudan icra mahkemesine yapılması gerektiğini belirtmiştir. Konu Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre, 13.02.2007 tarih ve 2007/17RD-16 E., 2007/28 K. sayılı kararı ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararına göre İİK'da hapis veya adli para cezası öngören suçlar yönünden kanun koyucu ayrı bir düzenleme öngörmediğinden diğer icra suçları gibi bu suçların da şikâyeti doğrudan icra mahkemesine yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Albayrak/ Bozdağ, s. 267, dn. 71; Demir, Şamil, "5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, S. 1, s. 235.

⁴⁴ Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 20.01.1976 tarih ve E. 1976/274, K. 1976/ 320 sayılı kararında: «Düzenlendiği tarihte, çekin muhatap bankada karşılığı bulunmadığını bildiği anlaşılan mağdurun çeki bu şekilde kabul etmiş bulunması karşısında hataya düşürüldüğü bahse konu olamaz. Yasaya ve uygulamalara göre dolandırıcılık suçunun tekevvünü için lehtarın çekin karşılığının bulunmadığını bilmemesi ve bu suretle aldatılması gereklidir» (*Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 2, Mayıs 1976, S. 5, s. 776); Ayrıca, Yargıtay bir kararında: "Karşılığı olmadığı halde çek keşide edenlere ceza tertibine dair Ticaret Kanunu'nun 610. maddesine bir fıkra ilave edilmesi teklif olunmuş ise de; TCK'nın 503. maddesinde dolandırıcılık hakkında şeriat ve anasırı cürmiye, karşılıksız çek keşide edenlerin hareketine tamamen tetabuk etmekte bulunduğundan bu suretle karşılığı olmadan çek keşide edenlerin cezai bir tehdidi kanuniden vareste kalabilmelerine imkan olmadığı ve böylece muhatabın yed'inde çek muhteviyatını ödeyecek karşılık parası veya sair nakdi olmayanları sania, hile, suiniyet, lakaydı ve ihmâl ile çek keşide ettikleri takdirde hamili izrar suretiyle bir dolandırıcılık cürmünü mürtekip olacakları aşikar ve bilhassa Ceza Kanunu'nun umumi hükmünün tatbiki halinde bazen hesabının kati neticesini bilmeyecek zuhulen çek keşide edenlerin hareketini de yine de ahkamı cezaiyede aranılan kasd-ı cürminin fıkdanı hasebiyle cürüm telakki olunmamasını da tahtı teminde bulundurulduğundan Ticaret Kanunu'nun 610. maddesine bir fıkra ilavesine mahal olmadığı" ifade edilmiştir. Feyzan Hayal Şehirli, "Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1997, S. 52 (01), s. 663 dn. 1.

⁴⁵ Esasen 3167 sayılı mülga ÇekK'nın 16'nın maddesindeki düzenleme, pratikteki dolandırıcılık suçunun unsurlarından kaynaklı sorunun aşılması ayrıca keşideciye objektif bir sorumluluk yüklemek için getirilmiştir. "...karşılıksız çek çekmek, dolandırıcılık sayılınca karşılıksız çek çeken kimsenin bu hareketinin suç sayılabilmesi için dolandırıcılık suçunun yasal öğelerinin (unsurlarının) olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir... Ancak, dolandırıcılık suçunun unsurlarının karşılıksız çıkan her çek yönünden tespiti mümkün olmadığından, bu şekilde çek keşide edenlerin bir kısmının cezasız kalması gibi durumlar ortaya çıkmakta ve bu durum çeki edenleri güveni sarsmakta olduğundan karşılıksız çek çekmek eylemi dolandırıcılık suçunun unsurları araştırılmaya gerek duyulmadan 3167 sayılı Çek Yasasının 16. maddesi ile bağımsız suç sayılarak cezalandırılmıştır. Böylece, karşılıksız çek çekme (düzenleme, keşide etme) eylemi hangi nedene dayanırsa dayansın suç sayılacaktır.", Talih Uyar, "Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etme) Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, 1987, S. 5-6, s. 671-672.

Eleştirilere konu olan husus çek vasfı olmayan bir evrakta dolandırıcılık suçunun işlenip işlenemeyeceği konusunda fikir birliğinin olmayışıdır. Bizce ilgili dönem kararlarında ceza hukuku açısından yapılması gerekli kovuşturmada suçun unsurlarının yalnızca ceza hukuku mevzuatı hükümlerince ele alınarak neticelendirilmesi gerekmektedir. Bir evrakın, kanunen olması gerekli zorunlu nitelikleri taşıması hususunun hukuk davaları içerisinde kalması ve bundan bağımsız olarak ceza hukuku açısından yapılacak kovuşturmada salt dolandırıcılık suçunun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti üzerinde durulması gerektiği kanısındayız. Dolayısıyla çek vasfında olmayan bir evrakın karşılıksız çek hükümleri kapsamında değerlendirilmesi suçun genişletildiği anlamına gelecektir ki, bu durumun da Anayasal hüküm olan (m. 38) kanunsuz suç ve ceza olmaz hükmü ile bağdaşmayacağı çok açıktır. Öğretide, her ne kadar “*karşılıksızdır*” işlemine sebebiyet verme eylemi çekler bakımından suç olmaktan çıkarıldıysa da, karşılıksız çıkan çekle ilgili olarak somut olaya bakıldığında dolandırıcılık ve belgede sahtecilik gibi diğer bazı suçların unsurlarına karşılaşıldığından, cezai boyutunun uygulanmasından çıkılmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁶.

Mülga ÇekK'nın 16'ncı maddesine göre, “*ibraz müddeti içinde ya da üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin kısmen de olsa ödenmemesi*” durumunda çeki düzenleyen 1-5 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Mezkûr madde sadece karşılıksız çek düzenlenmesini yaptırır tabi tutan özel bir madde niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla TTK'da sayılan çek unsurlarını taşımayan belge üzerinde bu özel suç hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Nitekim Yargıtay 1986 tarihli bir kararında, çek asıllarının TTK'nın 692'nci ve 693'üncü maddeleri uyarınca incelenip çek vasfı taşıması durumunda dolandırıcılık suçu hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁷.

3863 Sayılı Kanun⁴⁸ ile mülga ÇekK'nın 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrası ile ise mahkûmiyet kararının akabinde ve bu kararın kesinleşmesinden önce ya da hüküm kesinleştikten sonra, vazgeçme ya da çek tutarı ile tazminat ve gecikme

⁴⁶ Bkz. Poroy- Tekinalp, s. 362.

⁴⁷ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 29.04.1986 tarihli ve E. 1986/1400, K. 1986/5309 sayılı kararı www.kazanci.com.tr, (19.07.2021).

⁴⁸ 3167 sayılı mülga ÇekK'nın 16'ncı maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun 1 sayfadın ve 3 maddeden ibaretti. Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc076/kanuntbmmc076/kanuntbmmc07603863.pdf, (04.08.2021).

faizinin ödenmesi durumunda kamu davası ve cezanın ortadan kalkacağı kabul edilmişti⁴⁹. Bu hükümle de kanun koyucu tarafından mülga ÇekK'da çekin karşılıksız çıkmasına dair tanımlanan özel suç bir nebze yumuşatılmaya çalışılmıştı.

2001 yılında Anayasa'ya "*Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden alıkonamaz*" hükmü eklenmiştir (Anayasa m. 38/8). Bu hükmün eklenmesinin akabinde çeklerle ilgili olarak 26.02.2003 tarihli ve 4814 sayılı "*Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*" yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu, Anayasa'ya 2001 yılında eklenen madde hükümleri doğrultusunda hapis cezasının son çare olarak öngörülmesini, karşılıksız çek düzenleyene öncelikle ekonomik cezanın verilmesini uygun görmüştür.

Bununla birlikte, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu 1/433 sayılı Raporu'nun Genel Gereğesinde mülga ÇekK'la ilgili olarak açılan ceza davası sayısına vurguda bulunulmuştur. Şöyle ki; 1986 yılından 10.644'larda olan rakamın 2001 yılında 307.381'e yükseldiği, mülga ÇekK'dan dolayı açılan davaların, toplam ceza davaları içindeki oranının 1999 yılında %18,4 iken 2001 yılında bu oranın %13,5 olarak yansıtıldığı belirtilmiştir. Bu sonucun oluşmasındaki ana nedenin mülga ÇekK'la, keşide edilen çeklerin karşılığının bulunmaması hâlinin, objektif sorumluluk olarak düzenlenmiş olması ve bu suçun hürriyeti bağlayıcı cezaya bağlanmış olması ileri sürülmüştür. Bunun gibi, Genel Gereğçe'de ceza hükümlerinin uygulanmasında, ülkedeki diğer ceza kurallarının tümünün dikkate alınması gerektiği, modern ceza hukukunda, ekonomik ilişkilerin geliştiği ve bu gelişme sonucunda bu ilişkilerden kaynaklanan ve cezaî müeyyideyi gerektiren eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalara en son çare olarak başvurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda da karşılıksız çek keşide etmek suçunu ilk seferinde bu suçu işleyenlere hürriyeti bağlayıcı ceza yerine, çekte olan güvenin zaafa uğratılmamasını da dikkate alarak, sadece çek bedeli tutarında para cezasının verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bununla birlikte, bu suçun mükerrer işleyenler hakkında, cezada etkinliğin artırılması bakımından, hapis cezasının uygulanması da verilmesi istenmiştir. Genel Gereğçe'de son olarak, uygulamada aslına uygun olarak çeklerin ödeme

⁴⁹ Murat Başman, 3167 Sayılı Çek Yasasında 3863 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik ve Bir Yargıtay Kararı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993, S. 3-4, s. 35.

aracı olarak değil de bir nevi kredi aracı niteliğinde kullanıldığı belirtilmiştir. Bu zorunluluk karşısında, bankaların, çek defteri verirken gerekli araştırma ve değerlendirilmeyi yapması zorunluluğunun yanında, maddî anlamda sorumluluklarının artırılması suretiyle çek hesabının açılması ve çek defterinin verilmesinde daha özenli davranmaları gerektiği de belirtilmiştir. Sonuç olarak ise söz konusu Tasarı'nın, yukarıda belirtilen söz konusu gerekçelerle ve mülga ÇekK'nın uygulanmasında karşılaşılan aksaklıkların giderilmesi amacıyla hazırlanmış olduğu ileri sürülmüştür⁵⁰. Tasarı'da belirtilen o dönemlere ait artışın hukuksal olmayan nedenlerden kaynaklandığına dair görüşler de bulunmaktadır. Karşılıksız çeklere dair artan ceza davalarının nedeni 1990'lı yıllar ve 2000'li yılların başında ülkede yaşanan ekonomik sıkıntılar ve çekin ödeme vasıtası olmaktan ziyade kredi vasıtası olarak kullanılmasından geldiği öğretide de ileri sürülmüştür⁵¹.

Karşılıksız çekle mücadelenin ağır hapis cezaları ile önlenemeyeceğinin anlaşılması, kara para aklama ile terörün finansmanında çeklerin rol oynamasına engel olunması gereği ve bu sebebin çek hesabı açma ve hamiline çeklerde yeni yaklaşımları zaruri kılması, suçu önleyici tedbirlere yönelme ihtiyacı gibi benzer gerekçelerle yeni bir kanun hazırlama ihtiyacı hâsıl olmuştur⁵². 4814 sayılı Kanun ile mülga ÇekK'da yapılan köklü değişikliklere rağmen eleştirilerde bir azalma meydana gelmemiştir. Ayrıca 26.09.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) yürürlük kazanması ile eleştiriler daha da artmıştır. Nihayet ÇekK yürürlüğe girmiştir. ÇekK ile karşılıksız çek düzenlenmesi durumunda, aşağıda daha ayrıntılı görüleceği üzere, 1500 güne kadar adli para cezası, çek düzenleme ve hesabı açma yasağı ve adli para cezasının ödenmemesi durumunda hapis cezası verilebilecektir.

31.01.2012 tarihli 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile gerçekleştirilen değişiklik öncesinde çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi suç olarak kabul edilmekteydi. 6273 sayılı Kanun'la gelen yeni düzenlemeye göre, söz konusu fiil suç olmaktan çıkarılarak kabahate dönüştürülmüştür. Söz konusu Kanun'un 3'üncü maddesinde hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: "(10) Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına karşı

⁵⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss58m.htm>, (23/04/2021).

⁵¹ Erdoğan Moroğlu, **3167 Sayılı Çek Kanunu'nda 4814 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, 1. Baskı, Seçkin Kitapevi, Ankara 2004, s. 538.

⁵² Şafak Narbay, "5941 Sayılı Çek Kanunu'nun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, 2010, S. 43, s. 43, 66.

yapılacak başvuru ve itirazlar hakkında, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kaba-hatler Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri uygulanır. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına karşı yapılan başvurunun kabulü hâlinde, bu kararlar ilgili olarak da sekizinci fıkradaki bildirim ve yayımlanma usulü izlenir.” (m. 3/3)⁵³. Dolayısıyla, ÇekK’nda 6273 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi “hukukî ve cezaî sorumluluk” ibaresi “hukukî sorumluluk ile idarî yaptırım sorumluluğu” şeklinde değiştirilerek söz konusu fiil suç olmaktan çıkarılıp idari yaptırıma tabi tutulmuştur (m. 3/1). Ancak bu yaptırım türünün yetersiz kaldığı ve çek hamillerini yeterince korumadığı görülmüştür⁵⁴. Bu durumun sonucunda Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi istatistiklerine göre 2012 ile 2016 yılları arasında karşılıksız işlemi yapılan çeklerde sayının arttığı görülmüştür. Bunun üzerine 09.08.2016 tarih 29796 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6728 sayılı Kanun 63’üncü maddesi hükümlerince çeklere dair olarak cezai sorumluluk yeniden getirilmiştir. 15.07.2016 tarihli ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TTK’da ve ÇekK’da önem arz eden değişiklikler yapılmış ve çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi 63’üncü madde hükmüne göre yeniden suç olarak kabul edilmiştir. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi istatistiklerinde 2016 yılından 2018 yılına kadar ki dönemde ise karşılıksız işlemi yapılan çek sayılarında düşme dikkat çekicidir⁵⁵.

Söz konusu madde hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir.

⁵³ İzzet Özgenç, **Çek Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 67.

⁵⁴ Köle- Görgülü, s. 81.

⁵⁵ Yıllara göre raporlar için bkz. <https://www.riskmerkezi.org/>, (20.07.2021).

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi, bu tüzel kişi adına çek keşide edenler ve karşılıksız çekin bir sermaye şirketi adına düzenlenmesi durumunda ayrıca yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkilileri hakkında uygulanır. Koruma tedbiri olarak verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarına karşı yapılan itirazlar bakımından 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 353'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanır. Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanununun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353'üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır. Bu davalar çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür.” (m 63/2).

Bununla birlikte, 6728 sayılı Kanunda öngörülen suç tanımında yaptırım olarak tekrar ÇEKK'nın eski halindeki gibi, adli para cezası tekrardan öngörül-müş ve hamilin şikayeti ile, her bir çekle ilgili 1500 güne kadar adli para cezası getirilmiştir ve bu paranın ödenmemesi durumunda ÇEKK md. 5/f. 11 hükmün-de yapılan değişiklik ile hapis cezası yaptırımının uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 63)⁵⁶. Aynı hususu bu durumda güvenlik tedbiri olarak “çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı” hususunda yaptırımın hükmü devam etmekteydi. Bu konu Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve kim-senin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağını düzenleyen 38'inci madde hüküm-leri ile bağdaşmayacağı gerekçeleri ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Mahkeme tarafından, 6728 Kanun ile öngörülen adli para cezasının ödenme-mesi durumunda hapis cezası ile karşılaştırılması hususunun Anayasa'ya ve ulus-lararası anlaşmalara aykırılık içermeyeceği belirtilerek 2016/191 E. ve 2017/131 K. karar verilmiştir⁵⁷.

Bu gelişmelerle birlikte, 2019 yılının sonundan itibaren tüm dünyada görü-len salgın hastalık nedeniyle birçok alanda çeşitli kanuni düzenlemelere ihtiyaç

⁵⁶ Özgenç, s. 104.

⁵⁷ Burada vurgulanması gereken husus Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 no.lu Protokol'ün 1'inci maddesi ile Anayasa'nın 38'inci maddesinde belirtilen sözleşmeden doğan bir yükümlü-lüğün “yerine getirilmemesi” değil “yerine getirilememesidir”. Dolayısıyla söz konusu suç ob-jektif (kusursuz) sorumluluğu gerektirmemektedir. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Türkan Sancar, “Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında ‘Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Söylemi’”, **Çek-ler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempo-zyumu**, Ankara 12.01.2002, s. 3-24, s. 4.

duyulması sonucunda konuyla alakalı olarak 25.03.2020 tarihte yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 49'uncu maddesi ile ÇekK'ya geçici 5'inci madde hükmü eklenmiştir⁵⁸. Bu düzenleme ile de karşılıksız çek düzenleme suçu sonrası verilen cezaların infazı belirtilen tarihe kadar durdurulmuş ve taksitlendirme kolaylığı getirilmiştir. Aynı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi ile de çeklerin karşılığının ödenmesini ilgilendiren bir gelişme olmuş ve kanunda belirtilen tarihe kadar ibraz süresi durdurulmuştur. Söz konusu Kanun'un 52'nci maddesinin "f" bendine göre ilgili hükmün Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiş ve kanun 26 Mart 2020 Perşembe günü 31080 mükerrer sayı ile yayımlanmıştır⁵⁹.

Bunun yanı sıra, ÇekK'da yapılan değişiklikler ile 31.12.2020 tarihine kadar çekin üzerinde belirtilen tarih öncesi, herhangi bir ödeme yapılamayacağı yönünde düzenlemeye gidilmişti. Bu tarihten sonra ÇekK'nın 3/8'inci maddesi ile üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının eTTK 707'nci maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılamayacaktı. Bu bağlamda ileri düzenleme tarihli çeklerde takibin yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulmasının şart olduğuna dair hüküm yürürlüğe girmişti. Çekler bu düzenleme ile birlikte üzerinde yazılı tarihten önce ibraz edildiğinde hesap uygunsuzlukta belirtilen tutar ödenebilecek, hesapta çekin karşılığı yoksa kanuni takibat yapılamayacak ve ibraz süresi beklenilecekti⁶⁰.

30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7318 sayılı Vergi Usul Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15'inci maddesiyle 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a Geçici 3'üncü madde;

"(1) Covid-19 salgın hastalığıyla mücadele kapsamında ülke genelinde uygulanan kısıtlamalar dikkate alınarak hak kayıplarının önlenmesi amacıyla;

⁵⁸ Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarih=2020-03-26&mukerrer=1>, (10.07.2021).

⁵⁹ Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200326M1-1.htm>, (10.07.2021).

⁶⁰ Bu süre 04.11.2021 tarih ve 7341 sayılı Kanun'un m. 16 hükmü ile "14/12/2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanununun geçici 3'üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "31/12/2021" ibaresi "31/12/2023" şeklinde değiştirilmiştir" <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211106-6.htm>, (03.01.2022).

a) İbraz süresinin son günü 30/4/2021 ila 31/5/2021 (bu tarihler dahil) tarihleri arasına isabet eden çekler, bu tarihler arasında ibraz edilemez; 1/6/2021 tarihinden sonra, kalan ibraz süresi içinde ibraz edilebilir.

b) 30/4/2021 ila 31/5/2021 (bu tarihler dahil) tarihleri arasında vadesi gelen kambiyo senedine dayalı alacaklar hakkında; bu tarihler arasında icra ve iflas takibi başlatılamaz, ihtiyati haciz kararı verilemez ve başlamış olan takipler durur.

c) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamına giren kamu idarelerinin kamu hukukundan veya özel hukuktan doğan alacakları hakkında, 30/4/2021 ila 31/5/2021 (bu tarihler dahil) tarihleri arasında icra ve iflas takibi başlatılamaz." hükümleri eklenmiştir.

Bu düzenlemenin akabinde 7318 sayılı Kanun 15'inci maddesiyle 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a eklenen Geçici 3'üncü maddesinde açıkça belirtilen tarihler arasında çeklerin ibraz edilemeyeceği yönünde kesin ibare varken Ticaret Bakanlığı, 30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı Resmi Gazete'de 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Geçici 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinin uygulanmasına ilişkin tebliğ yayınlamıştır. Bu tebliğe göre ibraz süresinin son günü, 30.04.2021 ile 31.05.2021 tarihleri arasına isabet eden çeklerin, belirtilen tarihler arasında bankaya ibraz edilmesi halinde, çek hesabı sahibinin hesabında çekin karşılığının bulunması kaydıyla çek bedelinin ödenmesinin gerekmekte olduğu belirtilmiştir⁶¹.

Son olarak 28.07.2021 tarihli 31551 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7333 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 17'nci maddesi ile 14.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı ÇekK geçici 5'inci maddesinin birinci fıkrası "(1) 5'inci maddede tanımlanan ve 30/4/2021 tarihine kadar işlenen suçtan dolayı mahkûm olanların cezalarının infazı durdurulur. Hükümlü 30/6/2022 tarihine kadar çek bedelinin bu fıkrada değişiklik yapan Kanunun yayımı tarihi itibarıyla ödenmeyen kısmının onda birini alacaklıya ödemek zorundadır. Kalan kısmını 30/6/2022 tarihin-

⁶¹ Tebliğ için bkz. 30 Nisan 2021 tarih ve 31470 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210430M1-1.htm>, (04.08.2021).

den itibaren ikişer ay arayla on beş eşit taksitle ödemesi durumunda mahkemece, ceza mahkûmiyetinin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir. 30/6/2022 tarihine kadar çek bedelinin ödenmeyen kısmının onda birinin ödenmemesi halinde alacaklının şikâyeti üzerine mahkemece hükmün infazının devamına karar verilir. Hükümlü taksitlerden birini süresi içinde ilk defa ödemediği takdirde ödemediği bu taksit, sürenin sonuna bir taksit olarak eklenir. Kalan taksitlerden birini daha ödemediği takdirde alacaklının şikâyeti üzerine mahkemece hükmün infazının devamına karar verilir. Bu fıkra hükümleri, 30/4/2021 tarihine kadar işlenmiş ve yargılaması devam eden suçlar bakımından, çek bedelinin ödenmeyen kısmının onda birinin 30/6/2022 tarihine kadar ve bu fıkroda belirtilen taksitlerin süreleri içinde alacaklıya ödenmesi koşuluyla, infaz aşamasında uygulanabilir.” şeklinde değiştirilmiştir.⁶²

III. RUS VE TÜRK HUKUKUNDA KARŞILIKSIZ ÇEKLE İLGİLİ HUKUKİ VE CEZAI HÜKÜMLER

A. Türk Hukukunda

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde Türk hukukunda çeklerle ilgili düzenlemelere bakıldığında genellikle karşılıksız çek konusunda ne gibi önlemlerin alınması gerektiği hususu netlik kazanmadığı gibi, bu suçun oluşmasının engellenmesine yönelik her hangi bir güçlü yasal düzenlemeye rastlanmamıştır⁶³.

Günümüzde TTK'nın 796'ncı ile ÇekK'nın 3/1 madde hükmü gereği çekler, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde çek, hesabın bulunduğu muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde ödenir. Banka dışında TTK'nın 798'inci madde hükmü gereği çekin bir takas odasına ibrazı da geçerli ibraz olarak değerlendirilir. Muhatap banka, ibraz edilen her çek yaprağı için karşılığı olmadığı durumlarda çek bedeli bin Türk Lirası veya üzerinde ise bin Türk Lirası; çek bedeli bin Türk Lirasının altında ise çek bedelini öder (ÇekK m. 3/3-a). Muhatap banka, ibraz edilen her çek yaprağı için karşılığının kısmen bulunması hâlinde ise çek bedeli bin Türk Lirası veya altında ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmî

⁶² Tebliğ için bkz. 28.07.2021 tarihli 31551 sayılı Resmi Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210728-1.htm>, (16.08.2021).

⁶³ Türk hukukunda karşılıksız çekle ilgili düzenlemeler konusunda geniş bilgi için bkz. Zeki Yıldırım- Ekrem Çetintürk, “İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksız İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, *TBB Dergisi*, 2012, S. 103, s. 29 vd.

karşılığı bin Türk Lirasına tamamlayacak bir miktarı; çek bedeli bin Türk Lirasının üzerinde ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmî karşılığa ilave olarak bin Türk Lirasını, ödemekle yükümlüdür (ÇekK m. 3/3-b)⁶⁴. Bununla birlikte, çek hamilin talebiyle, karşılıksızdır işlemi çekin arka yüzüne bankaya ibraz edildiği tarih, ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı, hesap durumu vs. banka yetkilisi tarafından imzalanır ve banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir (ÇekK m. 3/4).

TTK'da çekin ödenmemesi durumunda hamilin başvurma haklarını kullanabilmesi için nasıl bir yol izlemesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre:

“(1) Zamanında ibraz edilmiş olan çekin ödenmemiş olduğu ve ödeme hâli;

a) Resmî bir belge, “protesto” ile,

b) Muhatap tarafından, ibraz günü de gösterilmek suretiyle, çekin üzerine yazılmış olan tarihli bir beyanla,

c) Bir takas odasının, çek zamanında teslim edildiği hâlde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanıyla,

sabit bulunduğu takdirde hamil; cirantalar, düzenleyen ve diğer çek borçlularına karşı başvurma haklarını kullanabilir”. (TTK m. 808).

Protesto ibraz süresinin geçmesinden önce yapılması gerektiği (TTK m. 809/1), ancak ibrazın, sürenin son gününde yapıldığı durumlarda, protestonun veya benzer bir belirlemenin, sürenin son gününü izleyen iş gününde de yapılabileceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 809/2).

Karşılıksız çekte hamilin başvuru hakkının kapsamında aşağıdaki hakları sözkonusu olacaktır:

- Çekin ödenmemiş bedeli,

⁶⁴ “Bu fıkradaki miktar, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan fiyat endekslerindeki yıllık değişimler göz önünde tutularak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından her yıl Ocak ayında belirlenir ve Resmî Gazete’de yayımlanır”(ÇekK m. 3/3 son cümle). Buna göre 5941 sayılı Kanun uyarınca muhatap bankanın ibraz eden düzenleyici dışında hamile süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için ödeme yapmakla yükümlü olduğu tutarlar 25 Ocak 2021 tarihli ve 31375 sayılı Resmî Gazete’ye göre 29 Ocak 2021 tarihi itibarıyla 2.670 TL’dir. Bkz. [https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/f04e05db-705c-49ce-a48b-862def9aac7e/5941_liste_2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-f04e05db-705c-49ce-a48b-862def9aac7e-nsUr3id, \(16.08.2021\).](https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/f04e05db-705c-49ce-a48b-862def9aac7e/5941_liste_2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-f04e05db-705c-49ce-a48b-862def9aac7e-nsUr3id, (16.08.2021).)

- İbraz gününden itibaren işlemiş faizi,
- Protestonun veya buna eş değer belirlemenin, ihbarnamelerin vs. giderleri
- Çek bedelinin binde üçünü aşmamak kaydıyla komisyon ücreti (TTK m. 810).

Kanun koyucunun mülga ÇekK dönemindeki çeklerin karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesini suç olarak kabul ederek, karşılığında adli para cezasına hükmedilmesi bu para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezasının öngörülmesi eleştirilere sebep olmuştur. Bu eleştiriler doğrultusunda ÇekK’da değişiklik yapılmasına dair 6273 sayılı Kanun ile karşılıksız çek fiili kanun koyucu tarafından suç olmaktan çıkarılmıştır⁶⁵. Bunun üzerine söz konusu Kanunun 3’üncü maddesi ile karşılıksız çeklerde, idari yaptırım olarak nitelendirilebilecek çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı yaptırımı getirilmiştir⁶⁶. Bu bağlamda 6273 sayılı Kanunla gelen değişiklikten önce çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması durumunda cezai sorumlulukta geçerli olan şahsilik ilkesi bertaraf edilerek tüzel kişiler hakkında da doğrudan idari yaptırımın uygulanabilirliği söz konusu olmuştur⁶⁷. Daha sonraki 15.07.2016 tarihli ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TTK’da ve ÇekK’da önem arz eden değişiklikler yapılarak çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi 63’üncü madde hükmüne göre yeniden suç olarak kabul edilmiş ve karşılıksız işlemi yapılan çek sayılarında düşme yaşanmıştır⁶⁸.

Yürürlükteki ÇekK’ya göre “*Ceza sorumluluğu, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı*” başlıklı 5’inci maddesi hükmü gereği, çekin karşılıksız çıkması adli para cezasını gerektiren bir suç olarak nitelendirilmektedir. Zira söz konusu maddeye göre: “*Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur...*”⁶⁹.

Bununla birlikte, söz konusu 6728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler ÇekK kapsamında ilk defa bir güvenlik tedbiri olarak nitelendirilebilecek “*çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı*” vs. tedbirlerin tek başına yeterli olmayacağı söylenebi-

⁶⁵ Bkz. Poroy-Tekinalp, s. 362.

⁶⁶ Kayar, s. 701-702.

⁶⁷ Durgut, s. 232.

⁶⁸ Yıllara göre raporlar için bkz. <https://www.riskmerkezi.org/>, (20.07.2021).

⁶⁹ Değişik: 15.07.2016-6728/63 md.

lir (m. 63/1)⁷⁰. Bunun yerine örneğin karekod uygulamasının geliştirilerek hem fiziki ortamda çek düzenlemelerinin dijital ortama taşınması için teknolojik gelişmelerden faydalanılması, hem doğanın az yıpratılması hem de kaydî sisteme geçilme konusunda daha etken yolların denenmesinin fayda sağlayabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca tıpkı bazı Avrupa ülkelerinde görüldüğü gibi karşılıksız çek keşidesini önlemek ve çek mağduriyetlerini azaltmak için “çeklerin garanti edilmesi” sistemi oluşturulabilir⁷¹. Bu şekilde bankalar keşideciye çek defterini verdiğinde kendi üzerine çekilmiş çeklerin bedellerini, keşidecinin çek hesabında karşılık olmasa dahi, ödemeyi taahhüt etmiş olacaktır. Bunun yanı sıra tıpkı ihracat kredi sigortası gibi “karşılıksız çek sigorta fonu” oluşturulabileceği düşüncesindeyiz⁷².

B. Rus Hukukunda

Sovyet Rusya’sı döneminde kullanılan çekler günümüz Rusya’sında tıpkı Türk hukukunda çeklerin diğer kambiyo senetleri gibi ödeme aracından ziyade kredi aracı olarak kullanıldığı görülmektedir⁷³. Bununla birlikte Rus hukukunda çek ve bonoların ayırımı tek cümle ile şu şekilde dile getirilmiştir. Buna göre: “Çek veren- parası olandır; Senet veren- paraya ihtiyaç duyardır”. Dolayısıyla öğretide çekin bir kredi aracı değil, bir ödeme aracı olması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁴.

Rusya Yüksek Şurası SSCB’nin dağılmasının akabinde Çekler Yönetmeliği’ni 03.01.1992 tarihinde kabul etmiştir. Söz konusu Yönetmelik, ülkedeki çek dolaşımı prosedürünü açıklayan Rusya Federasyonu Medeni Kanunu’nun (RFMK) 2’nin bölümünün kabulü ile 01.26.1996 tarihinden itibaren yürürlükten kaldı-

⁷⁰ Yine 6728 sayılı Kanun’un “Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına ilişkin bilgiler, güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra, Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla MERSİS ile Risk Merkezine elektronik ortamda bildirilir. Hakkında çek hesabı açma yasağı kararı verilen kişiler, Risk Merkezi tarafından bankalara bildirilir. Bu bildirimler ile bankalara yapılacak duyurulara ilişkin esas ve usuller, Adalet Bakanlığının uygun görüşü alınarak Risk Merkezi tarafından belirlenir.” hükmü karşılıksızdır fiilinin oluşmasından sonraki yönelik tedbirlerdir (m. 63/8).

⁷¹ Sulhi Dönmezer, “Karşılıksız Çek”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (Ord. Prof. Dr. Charles Crozat’a Armağan), 1977, C. 43, S. 1-4, s. 306 (1977).

⁷² Konu çalışma sınırlarını aşacağından dolayı sadece başlık olarak verilmek istenmiştir. Bu sigorta çeşidi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nazım Aksoy, “İhracat Kredi Sigortası Kavramı, Hukukî Niteliği ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 4, S. 1, s. 69 vd.

⁷³ Geniş bilgi için bkz. Yanukyan, s. 70.

⁷⁴ “Тот, кто выдает чек, - имеет деньги... кто выдает вексель - сам нуждается в деньгах” bkz. Lyudmila Yefimova, *Банковские сделки: право и практика* (Bankacılık İşlemleri: Hukuk ve Uygulama), Moskova 2001, s. 441.

rılmıştır. Günümüzde Rusya’da en büyük üç ticari bankasını birleştiren bir “Çek Sendikası” oluşturulmuştur. Müşteri (keşideci), bu sendikanın üyesi olan bir banka ile anlaşma yaparak, açılan hesaba belirli tutar kadar para yatırmakta ve bankadan bir çek defteri almaktadır. Çekler banka çek hesaplarındaki depozito limitleri dâhilinde yazılmaktadır⁷⁵.

Rus hukukunda çek, ibraz sırasında ödenir. Kanun maddesine aykırı geçen herhangi bir husus yazılmamış sayılır. Ödeme için ibraz edilen çek üzerinde yazılan düzenleme gününden önce ibraz edildiği takdirde, ödeme ibraz gününde yapılır⁷⁶. Rus hukukunda çekin ödenmemesi durumu ise RFMK’nın “Çek Ödemesini Reddetme Belgesi” başlıklı 883’üncü maddesinde yer almaktadır. Buna göre, çekin ödenmemesi durumunda, aşağıdaki yollardan biriyle bu durumun tespit edilmesi gerekir.

“1. Çekin ödenmesinin reddedilmesi, aşağıdaki yollardan biriyle onaylanmalıdır:

1) Noter tarafından protesto yapmak veya kanunda öngörülen şekilde eşdeğer bir işlem düzenlemek;

2) Ödemeyi reddeden çek üzerinde, ödeme için çekin teslim tarihini gösteren, ödeyenin bir işareti;

3) Çekin zamanında düzenlendiği ve ödenmediğine dair tahsilat bankasının bir işareti.

2. Protesto veya eşdeğer eylem, çekin ibraz süresi dolmadan yapılmalıdır.

Çekin ibrazı, ibraz süresinin son gününde gerçekleşmişse, protesto veya eşdeğer bir eylem bir sonraki iş günü yapılabilecektir.”

Çek hamili, protesto veya buna eşdeğer bir işlemin gerçekleştiği günü takip eden iki iş günü içinde ödeme yapılmadığını cirantasına ve keşidecisine bildirmekle yükümlüdür. Her ciranta, tebligatı aldığı günü takip eden iki iş günü içinde ödeme yapılmadığını kendi cirantasının dikkatine sunmak zorundadır. Aynı zamanda bu kişiye aval veren kişiye de tebligat gönderilir. Belirtilen süre içinde tebligatı göndermeyen kişi haklarını kaybetmemekle birlikte, çekin ödenmediğini bildirmeme nedeniyle oluşabilecek zararları tazmin edecektir. Tazmin edilecek zarar miktarı çek tutarını aşamaz (RFMK m. 884).

⁷⁵ Bkz. Antipova- Zotova, s. 3.

⁷⁶ Yerpilova, s. 31.

Muhatap tarafından ödenmeyen çek, diğer bir ifade ile karşılıksız çek, ile ilgili Rus hukukunda düzenleme RFMK'nın “Çekin Ödenmemesinin Sonuçları” başlıklı 885'inci maddesinde yer almaktadır. Madde hükmüne göre muhatabın, çeki ödemeyi reddetmesi durumunda, çek hamilinin, cirantalara ve düzenleyene ayrı ayrı veya birlikte müteselsil sorumluluk çerçevesinde çek tutarının ödenmesini için, ödememeye ilişkin yapılan masraflarını ve faizleri talep etme hakkı olduğu düzenlenmiştir⁷⁷. Çek hamilinin bu maddenin 1'inci fıkrasında belirtilen kişilere karşı talebini çekin ödeme için ibraz süresinin sona erdiği tarihten itibaren altı ay içinde sürmesi gerekir. Çek borcunu ödeyenin birbirlerine karşı taleplerine ilişkin rücu talepleri ise, ilgili yükümlünün talebi yerine getirdiği veya aleyhine dava açıldığı günden itibaren altı aylık sürenin geçmesiyle sona erer.

Rus hukukunda tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi çeklerin düzenlenmesi veya devri her zaman belirli bir amaç için (mal, iş, hizmet vb. için ödeme) gerçekleştirilmesine karşın, bunlar her zaman keşideci açısından tek taraflı soyut bir işlemi temsil eder⁷⁸. Dolayısıyla, taraflar arasında temel sözleşmenin çek sahibi tarafından yerine getirilmemesi, temel sözleşmenin feshi veya diğer benzer durumlar, süresi dolmadan bir çekin iptali için bir gerekçe oluşturamaz (RFMK m. 877/3). Öte yandan, çekin banka tarafından ödenmemesi, zararın oluşması, çekin imhası vb. hallerde, çek hamilini, keşideci aleyhine ana sözleşmeden doğan dava açma hakkından yoksun bırakmaz. Keşideci ile çek hamili arasındaki ilişkide, çekin düzenlenerek hamile verilmesi taraflar arasındaki ana borcun ödendiği anlamını taşımamaktadır (RFMK m. 877). Bu bağlamda Rus hukukunda çek bedelinin çek hamilinin hesabına geçinceye kadar, ödemededen sadece keşideci sorumludur. Muhatap olarak bankanın çekte yazılan tutarı ödememesi durumunda ise, çek hamiline, ana sözleşmeden kaynaklı esas ilişkide bir talepte bulunma hakkı veya çeki protesto ederek müracaat borçlularına başvurma hakkı olmak üzere iki seçimlik hak tanınmaktadır (RFMK m. 883/1-2.). Bu durumda çek tutarına ek olarak, çek sahibi, müracaat borçlularından, çekin tahsilinin maliyetlerinin yanı sıra faizi de talep etme hakkına sahiptir⁷⁹.

⁷⁷ Rotko, Svetlana, “Юридическая природа вексельной ответственности” (Senet sorumluluğunun hukuki niteliği), Юристы-Правоведь (*Hukukçu Dergisi*), Rusya Devlet Hukuk Üniversitesi, 2008, S. 1 (26), s. 26 vd.

⁷⁸ Sergey Ovseyk, “Чеки и Чековое Обращение: Сравнительно-Правовой Анализ” (Çekler ve Çek Dolaşımı: Karşılaştırmalı Hukuki Analiz), Банковское Право (*Banka Hukuku Dergisi*), 2003, S. 2, s. 55 vd.

⁷⁹ Ovseyk, s. 56.

Rus öğretisinde çeklere yönelik kötü niyetli davranışlarda Türk hukukundan farklı olarak karşılıksız çek suçu söz konusu olmamaktadır. Zira Rus hukukunda karşılıksız çek diye bir suç yoktur. Bu durumda sadece hukuki sorumluluk çekin cirantaları, keşidecisi ve avalistlere karşı müteselsil sorumluluk kapsamında yüklenmektedir. Çek ve diğer bankacılık işlemlerinin bu tarz kötü niyetli davranışların RF Ceza Kanunu'nun (RFCK) 159, 165 ve 176'ncı gibi maddelerde düzenlenen suçlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği öğretide önerilmektedir⁸⁰. Bu bağlamda çekin karşılığının olmaması ve benzer durumlar için suç unsurlarını taşıdığı durumlarda söz konusu maddelerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu sayılan maddeler sırası ile "Dolandırıcılık" başlıklı m. 159, "Aldatma veya güveni kötüye kullanma yoluyla mala zarar vermek" başlıklı m. 165, "Kanunsuz kredi temini" başlıklı madde 176'dır⁸¹.

Bu tedbirlerin dışında öğretide bankacılık alanıyla ilgili özellikle şu yönde önlemlerin de alınması önerilmektedir:

1. Suçlulukla mücadele ve önlenmesi konusunda milli politikaların temelleri hakkında federal kanunu yapımı ve geliştirilmesi;
2. Bankacılık faaliyetleri kanunun güncellenerek kredi kuruluşlarının güvenlik hizmetleri faaliyetlerinin hukuki temelini geliştirilmesi;
3. Bankacılık faaliyetleri ile ilgili dolandırıcılık eylemlerinin bölgesel, ülkesel ve uluslararası alandaki mücadelede özel tedbir programlarının eklenmesi;
4. Bankacılık faaliyetlerindeki dolandırıcılık suçları mağdurlarının zararlarının tazmini konusunda sigorta fonunun oluşturulması;
5. Milletlerarası bankacılık dolandırıcıları ile mücadelede ülkeler arası işbirliğinin geliştirilmesi⁸².

⁸⁰ Bu yönde bkz. Vladimír Elzser, "Борьба С Мошенничеством В Банковской Сфере (Уголовно-Правовой и Криминологический Аспекты)", (Bankacılık Alanında Dolandırıcılıkla Mücadele (Ceza ve Kriminolojik Boyutlar), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **R.F. İçişleri Bakanlığı Sankt-Petersburg Üniversitesi**, 2005, s. 21.

⁸¹ RFCK maddelerinin orijinal metinleri için bkz. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/, (05.08.2021).

⁸² Elzser, s. 22.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ticaret hayatımızdaki faaliyetlerin hızlı ve kolay gerçekleşmesi açısından önemli bir yer tutan çekler özel hukuk alanında incelenen kıymetli bir evraktır. Çeklerle ilgili hususlar, her ne kadar özel hukuk hükümleriyle düzenlenmiş olsa da, devletin ekonomik istikrar ve güvenin sağlanmasındaki anayasal sorumluluğu gereği konunun kamu hukukundan ayrı tutulması mümkün bulunmamaktadır. Çeklere dair olan düzenlemeler açısından özel hukuk ve kamu hukuk hükümleri adeta iç içe geçmiş durumdadır. Bu bakımdan üç kişi arasında hukuksal ilişki neticesinde düzenlenen çekler düzenleyene, düzenlenen miktarın tahsilinin gerçekleştirilmesi için çekin bağlı bulunduğu hesapta çekin karşılığının ödenebilmesinin sağlanması edimini yüklerken, çek hamilinin de alacağı tahsilinin hiçbir mağduriyete sebep verilmeksizin gerçekleştirilmesi süreçlerinin kamu hukukundan bağımsız olması mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Ancak ülkemizde çeklerin, kanun koyucunun başlangıçta TTK ile amaçladığı ölçüde bir ödeme aracı olmaktan çok bir kredi aracı olarak kullanılması, ciddi hukuki problemlere yol açmaktadır. Bunun yanında, bu problemlerin sürekli olarak gündemde kalması, günümüzde konuyla ilgili devam eden kanuni eksikliklerin giderilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.

Çalışmada ticari hayatta en çok karşılaşılan sorunlardan biri olan karşılıksız çeklere yönelik Türk ve Rus mevzuatlarında yasal düzenlemelere değinilmiştir. Çalışma ile her iki ülkenin kanun koyucularının karşılıksız çek problemlerini azaltılmaya ve ortadan kaldırılmaya yönelik çalışmalarda buldukları görüşmüştür. Ayrıca her iki ülkenin anayasalarında benzer hükümlerin yer aldığı ve böylelikle piyasaların sağlıklı işleyebilmesi, ülkenin sürdürülebilir ekonomisinin büyümesi ve refahının artırılması, devletin ve toplumun karşılıklı güveni için gerekli koşulların oluşturulması, ekonomik, siyasi ve sosyal dayanışma sağlanarak, vatandaşların onurunun korunması gibi ilgili tedbirlerin alınması devletin asli görevleri arasında sıralandığı görülmüştür. Bu görevlerin yerine getirilebilmesi için de, gerekli tedbirlerin alınması bağlamında değişen ekonomik koşullar nedeniyle çeklerle ilgili yeni düzenlemelere ilişkin ihtiyacın gündemdeki önemini koruduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Rus hukukunda; bir çekin ibraz sırasında ödenmesi, kanun maddesine aykırı geçen herhangi bir hususun çekte yazılmamış sayılması, ödeme için ibraz edilen çek üzerinde yazılan düzenleme gününden önce ibraz edildiği takdirde, ödemenin ibraz gününde yapılması yönündeki hususlar Türk mevzuatı ile benzer bir şekilde düzenlenmiştir.

Türk ve Rus mevzuatındaki benzer hükümlerin yanı sıra, Türk hukukundan farklı olarak, Rus hukukundaki ticari ilişkilerde nakitle ödemelerden ziyade,

genel çek kullanım sebeplerinin yanında, büyükşehirlerdeki kriminal durumların istatistiklerinden kaynaklı nedenlerle riskli durumların bertaraf edilmesi amacıyla tacirlerin nakit para yerine çek karnelerini taşıdıkları görülmektedir. Bilindiği gibi, çekler ticari faaliyetler sırasında para taşıma zorluğunu ortadan kaldırmakta ve banka hesabının kullanımını kolaylaştırmaktadırlar. Çeklerin kullanımıyla, ödeme işlemlerinin kolaylaştırılması ve ticari ilişkilere kolaylık ve hız kazandırmasının hedeflendiği görüşündeyiz. Ancak gerek ülkemizde gerek Rusya'da çeklerin ileri tarihli düzenlenmesi bu hedefin dışında borcun kredilendirilmesi fonksiyonuna evrilmiştir. Çeklerin ileri tarihli düzenlenmesi karşılıksız çekler açısından yasama erkini oldukça meşgul etmiş ve halen etmektedir. Bu bağlamda süreç içerisinde hukuki ve cezai sorumluluk anlamında birçok yasal düzenlemelere tabi tutulduğu görülmektedir.

Karşılıksız çeklerin sürekli gündemi meşgul etmesinin en büyük nedeninin temel prensiplere aykırı yapılan yasal düzenlemeler olduğu kanaatindeyiz. Çek TTK'da bir ödeme aracı olarak nitelendirilmekle birlikte, fiili olarak bu amacın dışında ileri tarihli düzenlenerek kullanımı ve bu kullanımın kanun koyucu tarafından ayrı bir ÇekK ile yasal dayanağa kavuşturulması görülmüştür. Kanunun uygulamasından ziyade, fiili durumun kanuna uyarlanmasından dolayıdır ki, temel prensiplerden ayrılma ve çeşitli hukuki sorunlar yaratılması söz konusu olmakta ve bu durum nihayetinde suçların ortaya çıkmasına ve yargı yükünün artmasına sebebiyet vermektedir.

Hukuken üzerinde durulması ve çözümlenmesi gereken en büyük husus, TTK'nın 795'inci madde hükmünün ÇekK ile birlikte geçerliliğinin kalmamış olmasıdır. Kanun koyucu TTK'nın aksine ÇekK ile taraflar arasında vade anlaşmasını kabul etmiş olmaktadır. ÇekK'da günün şartlarına dair olarak yapılan geçici madde hükmü ile durum daha karmaşık hale gelmiştir. Ticaret hayatımızda 1985 yılına kadar karşılıksız çeklere ilişkin özel bir yasal düzenleme yok iken, karşılıksız çek düzenlenmesine karşı yaptırım ceza hukukundaki dolandırıcılık hükümleri açısından değerlendirilerek çözüm yoluna gidilmiştir. Bu dönemde yargı kararlarına bakıldığında, genel olarak konunun ceza hukuku açısından çözümlenmesinin ülkemizin ticari hayatı açısından çok olumlu olmadığı fikrindeyiz. Özellikle yargı kararlarındaki, TTK hükümlerinde çeke dair unsurların olmadığı bir evrakta, dolandırıcılık suçunun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda karar ayrılıkları göze çarpmaktadır.

Bizce Türk kanun koyucu, 2012 yılında bu yönlü eğilim göstererek karşılıksız çekin suç olmaktan çıkarılmasına dair yasal düzenleme yapma iradesini or-

taya koymuştur. Ancak 2016 yılında tekrar karşılıksız çekin suç olmasına dair yasal düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulması üzerine, yapılan düzenlemeleri konu alan 15.07.2016 tarihli ve 6728 sayılı kanunun isminin Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la konu tekrar ele alınmıştır. Bizce bu durum, 2012 yılında yapılan yasal tasarrufların beklenen ve istenen amaca ulaşamadığını ve kanunda ifade edildiği gibi yatırım ortamının iyileştirilmesine ihtiyaç duyulduğunu, bu iyileştirmenin çeke olanın güvenin sağlanması ve karşılıksız çekin önlenmesini de kapsadığını göstermiştir. Oysa benzer konuda Rusya'nın çek düzenlemelerine bakıldığında, Rus kanun koyucunun konu ile ilgili istikrarlı bir şekilde bir yaklaşım benimseyerek karşılıksız çıkan çeklerden dolayı her olayın mutlaka suça sebebiyet vermediği yönünde düzenlemesi mevcuttur. Rus hukukunda karşılıksız çek diye bir suç yoktur ve bir çekin karşılıksız çıkması durumunda suçtan bahsedilebilmesi için, mutlaka çek düzenleyenin iyi niyetten uzak ve RFCK'nın "Dolandırıcılık", "Aldatma veya güveni kötüye kullanma yoluyla mala zarar vermek" veya "Kanunsuz kredi temini" başlıklı maddeleri kapsamında nitelendirilmesi gerekmektedir.

Türk hukuk uygulamasında 2016 yılında artan karşılıksız çek işlemleri karşısında, 6278 sayılı kanun ile yeniden adli para cezası uygulanmasına geçilmiştir. 1929 yılından günümüze kadar geçen süreç içerisinde, karşılıksız çek düzenlenmesi durumuna karşı olarak sürekli bir yasal düzenleme içerisinde bulunulmuştur. Karşılıksız çek düzenlenmesinde bu durumun önlenmesi kadar sonuçları itibarıyla hamilinin alacağı korunarak ve ticari hayatta güven ve istikrarın sağlanması önemlidir. Karşılıksız çek düzenlemesine dair elbette ki özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların verilmesine katılmıyoruz, ancak cezanın caydırıcılığının kaldırıldığı dönemde ciddi bir etki yarattığı ve bu durumun istismar edildiği de göz ardı edilmemelidir. Karşılıksız çek düzenleme fiilinin gerçekleşmesi sonrası neler yapılması gerektiği ile ilgili değil, karşılıksız çek düzenlenmesine olanak sağlanmaması yönünde yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, günümüzde karşılıksız çeklere karşı adli para cezası ve hesap açma yasağı getirilmesi yönünde çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır. Ancak halen karşılıksız çeklerin önlenmesine dair uygulanacak cezai ve idari tedbirlerin neler olması gerektiği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.

Suçlar ve cezalar toplumun bulunduğu şartlar sonucunda ortaya çıkmaktadır. Özellikle de tacirler herkes gibi ticari itibarını korumak ve geliştirmek amacıyla çeklerini ibraz süreleri içerisinde ödeme arzusundadırlar. Dolayısıyla dürüst ve iyiniyetli tacirlerin öngörülemez ekonomik sorunlardan kaynaklı du-

rumlarda, çeklerini ödemeyerek hapis cezasıyla karşı karşıya bırakılması, geniş çerçeveden bakıldığında, ülkenin ekonomik döngüsünü ve ticari ilişkilerine olumsuz etkenlerin oluşturulmasına yol açabilecektir. Zira hapis dönemi boyunca tacirlerin işlerinin başında olamamaları ve gün geçtikçe işletmelerinde ekonomik ve psikolojik unsurlar kazançtan ziyade iflasa sürüklenme potansiyelini beraberinde getirecektir. Özellikle, ekonomik krizler ve benzer durumlarda, tacirlerin karşılıksız çek sonucunda hapis cezası ile cezalandırılması modern hukuk sistemlerine uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Bu bağlamda, tıpkı Rus hukukunda olduğu gibi karşılıksız çek işleme suçu ortadan tamamen kaldırılmadır. Ayrıca çeklerin vadeli kredi benzeri araç olması yerine ÇekK ve TTK ortak ve yeknesak hükümler içermeli, ibraz süresi sınırlandırılmalıdır. Bunun yanı sıra, çeklerin ciro zincirinin takibinin kolaylaştırılması ve kaydi sisteme geçilmesi konusunda karekod uygulaması ve dolayısıyla elektronik çeker geçilmesi gerekir.

Bunun dışında alınabilecek ek tedbirler ile yukarıda Rus hukukundaki öneriler doğrultusunda bankacılık faaliyetleri kanunun güncellenerek kredi kuruluşlarının güvenlik hizmetleri faaliyetlerinin hukuki temelini geliştirilmesi, bankacılık faaliyetleri ile ilgili dolandırıcılık eylemlerinin bölgesel, ülkesel ve uluslararası alandaki mücadelede özel tedbir programlarının eklenmesi, bankacılık faaliyetlerindeki dolandırıcılık suçları mağdurlarının zararlarının tazmini konusunda başta devlet destekli sigorta fonunun oluşturulması, milletlerarası bankacılık dolandırıcıları ile mücadelede ülkelerarası işbirliğinin geliştirilmesi gibi önlemler alınabilir. Bunun gibi bankalara çek karnesi verdikleri müşterilerinin iyi araştırmalardan geçirilmesi ve çek tutarlarındaki hesapların ödenmediği durumlarda kendi bünyelerinden ödeyerek, akabinde çek hamillerinin haklarını devralarak çeki düzenleyenle kendi arasında alacak hakkının takibi konusunda kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu şekildeki uygulamada hem çek hamili bankadaki çekin ödeneceğine dair garantiye kavuşarak çeker güven artacak, hem de çeki düzenleyen tacir ile banka arasında, diğer bir ifade ile *“güçlüler arasında”* alacak takibi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla karşılıksız çek keşidesini önlemek ve mağduriyetleri azaltmak için *“banka garantili çek sistemi”* nin veya *“karşılıksız çek sigorta fonu”* nun oluşturulması gerekebilir. Bu düzenlemeler ile karşılıksız çek fiili suç teşkil etmeyeceğinden ne tacir işlerinden kopmuş olacak, ne tacirin adli sicilleri bozulmuş olacak, ne de hapishaneler iyiniyetli fakat zora girmiş dürüst tacirlerle doldurulmuş olacaktır.

Sonuç olarak ticari hayatta ciddi kolaylık ve hız sağlayan önemli bir likidite özelliği taşıyan ve kıymetli evrak olan çeklerle ilgili olarak ÇekK'ya getirilen düzenlemelerden günümüz koşullarına uygun olarak; çeklerin para basılması gibi

ciddi şekil şartlarına tabi tutulmasını, çek hesabı açmanın belirli şartlara tabi tutulmasını, çekle ödeme işlemlerinde ödemenin yapılamaması durumunda muhatabın sorumluluğunu arttırıcı düzenlemeler getirilmesini, çekin elektronik korumasını ve hamiline düzenlenen çeklere getirilen sınırlamaları olumlu bulmaktayız. Ancak, kanun koyucunun, TTK'nın 795'inci maddesi ile ÇekK arasında çeklerin kullanım amacı farklılığının ve bu farklılık sebebiyle ortaya çıkan karmaşanın ortadan kaldırılması için daha analitik yaklaşımlar içerisine girilmesi gerekmektedir. Çeklerin ticari hayatta tercih sebebinin diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak alacak hakkının ihlal edilmesi durumunda cezai yaptırıma tabi tutulması hususunun tamamen kaldırılması ve borçlunun borcunu kolaylıkla ve herhangi bir prosedüre tabi olmadan kredilendirebilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrıca, kanun koyucunun bu durumu dikkate alarak, temel prensiplerden taviz vermeden, ticari hayata teşvik olma amacıyla kredi araçlarına ulaşım prosedürlerinin kolaylaştırılması, çeklerin ana fonksiyonuna uygun kullanılması bakımından, düzenlenen çeklerdeki tutarların teminatları istenerek, bankaların, çek hamillerinin alacaklarının garanti altına alınması ve buna benzer belirli sınırlamaların getirilmesi, çek hesabı açan bankaların sorumluluklarının arttırılması ve devletin denetim faaliyetlerinin daha etkin hale getirilmesi konusunda alternatif yolların araştırılmasına yönelik akademik çalışmaların yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ABRAMOVA, Elena, “Понятии Формы Ценной Бумаги” (Kıymetler Evrakın Şekil Kavramı), *Хозяйство и право (Ekonomi ve Hukuk Dergisi)*, 2013, S. 1, s. 84-96.
- AKSOY, Nazım, “İhracat Kredi Sigortası Kavramı, Hukukî Niteliği ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 4, S. 1, s. 66-91.
- ALBAYRAK, Hakan- BOZDAĞ, Ahmet, “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, 2018, S. 33, s. 243-282.
- ANTİPOVA, Lyudmila- ZOTOVA, Elena. “История Возникновения Чека” (Çekin Oluşum Süreci), *Studium Dergisi*, 2004, S. 4-3 (33), s. 1-3.
- ASLAN, İ. Yılmaz, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- AYDIN, Hami- ALA, Tolga, “İşletmelerde Yapılan Çek Hileleri: Ortaya Çıkarılması ve Önlenmesi”, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, C. 11, S. 1, s. 85-96.
- BAŞMAN, Murat, 3167 Sayılı Çek Yasasında 3863 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik ve Bir Yargıtay Kararı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993, S. 3-4, s. 357-361.
- BELOMITSEVA, Olga, “К вопросу о Статусе Денежного Чека” (Para Çekinin Durumu ile İlgili Soruya), *Финансы и Кредит (Finans ve Kredi) Dergisi*, 2014, S. 38 (614), s. 41-47.
- BOZER, Ali- GÖLE, Celal. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2017.
- BOZKURT, Nejat, *İşletmelerin Kara Deliği Hile*, Alfa Yayınları, İstanbul 2011.
- BİLGİLİ, Fatih- DEMİRKAPI, Ertan, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 16. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2019.
- BULUT, Remzi. “SSCB’nin Dağılması ve Rusya Federasyonu’nda Serbest Piyasaya Geçiş”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 1, S. 2, s. 7-19.
- CAN, Mertol, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2012.
- DURGUT, Ramazan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, İstanbul 2017.
- DEMİR, Şamil, “5941 sayılı Çek Kanunu’nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar” *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, S. 1, s. 201-220.
- DOMANIÇ, Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi, C. IV, Eskin Matbaası, İstanbul 1990.
- DEMİRCİ, Serdar, “Türk Hukukunda Elektronik Çeke Doğru, Dünü ve Bugünüyle ‘Çek’”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020, S. 78 (3), s. 1-47.

- DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 1998.
- DÖNMEZER, Sulhi, “Karşılıksız Çek”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (Ord. Prof. Dr. Charles Crozat’a Armağan), 1977, C. 43, S. 1-4, s. 302- 324.
- ERİŞ, Gönen, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak*, 2. Baskı, İstanbul 2016.
- ELZERSER, Vladimir, “Борьба С Мошенничеством В Банковской Сфере (Уголовно-Правовой и Криминалогический Аспекты)”, (Bankacılık Alanında Dolandırıcılıkla Mücadele (Cezai ve Kriminolojik Boyutlar), *R.F. İçişleri Bakanlığı Sankt-Petersburg Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Sankt-Petersburg 2005.
- GÖLE, Celal, *Çek Hukuku*, Ankara 1989.
- İMREGÜN, Oğuz, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 1998.
- KARAHAN, Sami- ARI Zekeriyya- BOZGEYİK Hayri- SARAÇ Tahir- ÜNAL Mücahit, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Konya 2014.
- KAYAR, İsmail, *Ticaret Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2013.
- KENDİGELEN, Abuzer, *Çek Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2019.
- KÖLE, Mehmet- GÖRGÜLÜ, Fatma, “Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 21, S. 35, s. 79 - 157.
- MOROĞLU, Erdoğan. *3167 Sayılı Çek Kanunu’nda 4814 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, 1. Baskı, Seçkin Kitapevi, Ankara 2004.
- NARBAY, Şafak, “5941 Sayılı Çek Kanunu’nun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi” *Terazi Hukuk Dergisi*, 2010, S. 43, s. 65-99.
- OVSEYK, Sergey, “Чеки и Чековое Обращение: Сравнительно-Правовой Анализ” (Çekler ve Çek Dolaşımı: Karşılaştırmalı Hukuki Analiz), *Банковское Право (Banka Hukuku) Dergisi*, 2003, S. 2, s. 50-62.
- ÖNDER, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Çek Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- ÖZTAN, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- POROY, Reha- TEKİNALP, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 21. Baskı, İstanbul 2013.
- REİSOĞLU, Seza, *Çek Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- ROTKO, Svetlana, “Юридическая природа вексельной ответственности” (Senet Sorumluluğunun Hukuki Niteliği), *Юристы-Правоведь (Hukukçu Dergisi)*, Rusya Devlet Hukuk Üniversitesi, 2008, S. 1 (26), s. 26-30.

- SANCAR, Türkan, “Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında ‘Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Söylemi’”, Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12.01.2002, s. 3-24.
- ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal, “Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1997, S. 52 (01), s. 661-691.
- TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, B. 7, Ankara 2013.
- TURANBOY, Asuman, *Varakasız Kıymetli Evrak*, Ankara 1998.
- UYAR, Talih, “Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1987, S. 5-6, s. 671-683.
- ÜLGEN, Hüseyin- HELVACI Mehmet- KENDİGELEN Abuzer- KAYA Arslan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 2015.
- YAĞMUR, Setenay, “Çeke Konulabilecek Kanunda Öngörülme Yen İhtiyari Bazı Kayıtlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3, s. 2867-2892.
- YASUS, Maksim, “Новый Подход к Определению Понятия Ценной Бумаги в Российском Гражданском Праве” (Rus Medeni Hukukunda Kıymetli Evrak Kavramını Tanımlamaya Yönelik Yeni Bir Yaklaşım), *Хозяйство и Право (Ekonomi ve Hukuk Dergisi)*, 2012, S. 9, s. 77-85.
- YANUKYAN, Mikhail, “Чеки в российской финансовой практике” (Rusya Finans Uygulamalarında Çekler), Деньги и Кредит (Para ve Kredi), *Rusya Merkez Bankası Bilimsel Dergisi*, 2007, S. 11, s. 66-70.
- YEFİMOVA Lyudmila, *Банковские сделки: право и практика (Bankacılık İşlemleri: Hukuk ve Uygulama)*, Moskova 2001.
- YERPILOVA, Natalya, “Международное Чековое Право и Российское Законодательство: Основные Категории и Механизмы Регулирования Чековых Отношений” (Uluslararası Çek Hukuku ve Rus Mevzuatı: Çek İlişkilerinin Düzenlenmesinin Ana Kategorileri ve Mekanizmaları), *Международное право и международные организации/ International Law and International Organizations*, 2014, S. 1, s. 16-42.
- YILDIRIM, Zeki- ÇETİNTÜRK, Ekrem, “İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksız İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, *TBB Dergisi*, 2012, S. 103, s. 27-84.
- YUJİN, Andrey, “Мошенничество и его виды в российском уголовном праве” (Rus Ceza Hukukunda Dolandırıcılık ve Türleri), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Moskova Devlet Üniversitesi Federal Bütçe Yüksek Öğretim Kurumu*, Moskova 2016.

Diğer Kaynaklar

“Çek Defterlerinin Baskı Şekline ve Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ” (SAYI: 010/2) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=13734&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>, (16.07.2021).

<https://www.riskmerkezi.org/>, (23/04/2021).

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss58m.htm>, (23/04/2021).

http://crimestat.ru/regions_chart_total, (17.07.2021).

http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/, (05.08.2021).

<http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2012-19-353.htm>, (14.07.2021).

http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131829/e7eadffcd95274b9c0e71919a977867420bf1632/#dst100305, (18.07.2021).

Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 25.06.2018 tarihli ve E. 2015/6725, K. 2018/4641 sayılı kararı <http://www.kazanci.com.tr>, (19.07.2021).

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 31.12.2007 tarihli ve E. 2005/11731, K. 2007/9547 sayılı kararı www.kazanci.com.tr, (19.07.2021).

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 29.04.1986 tarihli ve E. 1986/1400, K. 1986/5309 sayılı kararı www.kazanci.com.tr, (19.07.2021).

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171205-12.htm>, (13.07.2021).

Yıllara göre raporlar için bkz. <https://www.riskmerkezi.org/>, (20.07.2021).

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc076/kanuntbmmc076/kanuntbmmc07603863.pdf, (04.08.2021).

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200326M1-1.htm>, (10.07.2021).

30 Nisan 2021 tarih ve 31470 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210430M1-1.htm>, (04.08.2021).

09/08/2016 tarihli 29796 sayılı Resmi Gazete. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160809-22.htm>, (16.07.2021).

TEKNOLOJİ ÇAĞINDA AB VE TÜRK REKABET HUKUKU SİSTEMLERİNDE İLGİLİ PAZARIN BELİRLENMESİ^(*)

Dr. Yakup Önder MERCANGÖZ^(**)

Öz

Son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmelere bağlı olarak artık piyasalar eskisinden daha farklı çalışmaktadır. Bu nedenle rekabet analizlerinin kilit noktası olan ilgili pazarın belirlenmesinin önemi de artmakta ve günümüz dijital çağına ayak uyduracak güncellemelere ihtiyaç duymaktadır. Günümüzde geleneksel pazarlarda olduğu gibi sadece ilgili ürün ve hizmet değil aynı zamanda ilgili teknoloji, yenilik ve Ar-Ge pazarlarının da çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Nitekim AB Komisyonu dijitalleşmenin getirdiği yeniliklere ayak uydurmak için ilgili pazarın tanımlanmasına ilişkin rehberinde 2020 yılında başlattığı çalışmanın değerlendirme raporunu açıklamıştır. Türkiye de dijitalleşme ve rekabet politikaları raporunun hazırlığını başlatmıştır. Bu çalışmada AB ve Türk Rekabet Hukuku sistemlerine göre ilgili pazar tanımı açıklanmış ve son güncel gelişmeler verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İlgili Pazar, İlgili Ürün ve Teknoloji Pazarı, İlgili Coğrafi Pazar, Yenilik Pazarı, Dijitalleşme, AB Rekabet Hukuku, Türk Rekabet Hukuku, İçtihat.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.09.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 04.01.2022.

Atıf Şekli: Yakup Önder Mercangöz, "Teknoloji Çağında AB ve Türk Rekabet Hukuku Sistemlerinde İlgili Pazarın Belirlenmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2022, s. 445-488.

^(**) Mercangöz Hukuk Bürosu, İstanbul, Türkiye.

E-posta: onder@mercangoz.av.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8301-6635>.

DETERMINATION OF RELEVANT MARKET IN EU AND TURKISH COMPETITION LAW IN TECHNOLOGY AGE

Abstract

Due to the development of technologies in recent years, the markets now work differently than before. Thus, the importance of determining the relevant market, which is the key point of competitive analysis, is increasing and it needs updates to keep up with today's digital age. When compared to traditional markets, not only relevant products and services, but also related technology, innovation and R&D markets should be determined. As a matter of fact, in 2020, the EU Commission announced the results of the evaluation report work which is started in 1997 Commission Notice of definition of the relevant market to keep up with the results brought by digitalization. Turkey also started the preparation of the report on digitalization and competition policies. In this study, the definition of the relevant market according to the EU and Turkish Competition Law systems is explained and the latest current developments are given.

Keywords

Relevant Market, Relevant Product and Technology Market, Relevant Geographical Market, Innovation Market, Digitalization, EU Competition Law, Turkish Competition Law, Jurisprudence.

GİRİŞ

İlgili pazar tanımı ve çerçevesi rekabet analizlerinde kararları direkt etkileyecek bir unsurdur. Özellikle hızlı teknolojik gelişmelerin yaşandığı günümüzde konu daha önemli ve karmaşık hale gelmiştir. Aynı şekilde fikri mülkiyet hakları ile rekabet hukuku arasındaki ilişki bugünkü dijitalleşen dünyada önemini artırarak korumaktadır. Yapılan araştırmalar, Rekabet Hukuku alanındaki Avrupa Komisyonu kararlarına yapılan itirazların yüzde 20'den fazlasının pazar tanımından kaynaklandığını ortaya koymuştur. Taraflar, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin davaların yarısından fazlasında ve birleşme davalarının %42,5'inde pazar tanımı sorunlarını gündeme getirirken, rekabeti önleyici anlaşma vakalarında bu oran %15,8 olarak hesaplanmıştır.¹

Genel olarak Rekabet Hukuku sistemleri; (i) rekabeti bozucu etkiye sahip anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği karar ve eylemlerinin (dikey ya da yatay düzeyde) yasaklanması², (ii) hakim durumdaki teşebbüslerin pazar güçlerini kötüye kullanmalarının önüne geçilmesi³ ve (iii) yoğunlaşmaların (birleşme ve devralmaların) denetlenmesi⁴ esaslarına dayanmaktadır. Tüm bu analizlerin başlangıç noktasını anlaşmanın etkilendiği ilgili pazarın tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi oluşturmaktadır. Rekabet analizlerinin sağlıklı yapılabilmesi açısından bu aşama merkezi bir öneme sahiptir. Özellikle, son yıllarda yaşanan dijital dönüşümle birlikte, piyasalar sürekli yeniliklere ev sahipliği yapmaktadır. İlgili pazarın tanımının doğru yapılması ve sınırlarının doğru belirlenmesi rekabet analizlerinin doğru ve hakkaniyetli yapılabilmesi için hayati önem taşımaktadır. Çünkü belirlenen ilgili pazara göre; anlaşmaların rekabet yasalarının öngördüğü grup muafiyetlerinden yararlanıp yararlanamayacağı, teşebbüslerin hakim durumda olup olmadıkları, tarafların de-minimis kuralından⁵ yararlanıp

¹ Viktoria HSE Robertson, *Competition Law's Innovation Factor, the relevant market in dynamic contexts in the EU and the USA*, Hart Publishing, UK, 2020, s. 36.

² Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) 4. madde, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkına Anlaşma (ABİHA) 101. madde.

³ RKHK 6. madde, ABİHA 102. madde.

⁴ RKHK 7. madde ve 01/01/2011 tarih, 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" ("2010/4 sayılı Birleşme Tebliği"); AB, 20/01/2004 tarih, 139/2004 sayılı "Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin Konsey Tüzüğü"

⁵ Rekabet üzerinde etkisi olamayacak kadar küçük teşebbüslerin, aralarındaki anlaşmaların, rekabet yasalarından istisnasını ifade etmektedir. AB'de "De Minimis" kuralı ile ilgili en güncel düzenleme, 2014 yılında yürürlüğe giren, yeni 2014 De Minimis Bildirimi'dir. (Avrupa Ko-

yararlanamayacağı, bir birleşme veya devralmanın yasak kapsamına girip girmeyeceği belirlenmektedir.⁶ Ayrıca, ilgili pazarın doğru belirlenmesiyle piyasayı oluşturan şirketler ve pazarın coğrafi sınırları da doğru tespit edilebilecektir.⁷

Konu bu kadar önemliken hızlı teknolojik gelişmelerin olduğu bir ortamda pazarlar daha dinamik hale gelmiş ilgili pazarın belirlenmesi de bir o kadar karmaşıklaşmıştır. Örneğin, AB Komisyonu Microsoft & Skype (2011)⁸ kararında yeniliklerin son derece hızlı olduğu bir ortamda belirlenen pazar paylarının sınırlı bir değere sahip olduğunu vurgulamıştır. Çünkü yeniliklerin çok hızlı olduğu dinamik piyasalarda pazar payları ve sınırları çok hızlı bir şekilde değişebilecektir.

Bu çalışmanın devam eden bölümlerinde AB ve Türk Rekabet Hukuku sistemlerinde ilgili pazar tanımı, ilgili ürün, ilgili teknoloji, ilgili coğrafi pazar ve yenilik pazarının belirlenmesi ve son güncel gelişmeler ele alınmıştır.

I. PAZAR TANIMI VE İLGİLİ PAZAR

İlgili pazar (*relevant market*) rekabet hukukunun en önemli araçlarından biridir. Belirlenen ilgili pazar rekabet otoritelerinin kararlarını direkt etkilemektedir. Pazar tanımının (market definition) yapılması, farklı ürün ve teknoloji pazarları arasında sınırların belirlenmesine ilişkindir. Rekabet Hukukunda, kullanılan pazar kavramı, iktisat teorisinde kullanılan geleneksel pazar kavramından farklıdır. Ekonomik açıdan pazar arz ve talebin karşılaştığı yerdir. Rekabet analizinin başlangıç noktasını oluşturan inceleme kapsamındaki pazar, "**İlgili Pazar**" olarak ifade edilmektedir.⁹ İlgili pazar sık karşılaşılsa da Antitröst Pazar olarak da ifade edilmektedir.¹⁰ Rekabet Hukukundaki ilgili pazar kavramı anlaşma konusu

misyonu, "Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union", OJ [2014] C 291.).

AB Rekabet Hukukunda varlığını gösteren "De Minimis" kuralı, 7246 sayılı RKKH'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Türk Rekabet Hukuku Sistemine de girmiştir.

⁶ Mária T. Patakyová, "Competition Law in Digital Era - How to Define the Relevant Market?", EMAN 2020 *Conference Proceedings the 4th Conference on Economics and Management*, s. 171-172.

⁷ Mehmet Fazıl Özkul, "İlgili Pazarın belirlenmesinde kullanılan kantitatif yöntemler ve güncel uygulamalar", *Finans, Politik & Ekonomik Yorumlar*, 54/624, 2017, s. 10.

⁸ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Skype, Case M.6281, 07/10/2011, § 78.

⁹ Murat Çetinkaya "İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler", *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, Ankara, 2003, yayın no. 86.

¹⁰ Lorenzo Coppi-Mike Walker, "Substantial Convergence or Parallel Paths? Similarities and Differences in the Economic Analysis of Horizontal Mergers in US and EU Competition Law", *The Antitrust Bulletin*, 2004, Spring-Summer.

ilgili ürün ve ilgili teknolojinin tüketici ve tedarikçilerinin etkileşim içinde bulunduğu pazardır.¹¹ Anlaşma taraflarının içinde rekabet ettiği somut pazarı ifade etmektedir. Böylece ilgili pazarda teşebbüslerin ticari kararlarını kısıtlama kapasitesine sahip mevcut ve potansiyel rakipler belirlenmektedir.¹²

Rekabet Hukukundaki pazar kavramı ekonomide bilimindeki pazar kavramından farklıdır. Ancak rekabet hukukundaki ilgili pazar kavramını anlamamızda ekonomi bilimindeki pazar kavramı yol göstericidir. Çünkü rekabet analizlerinde de ekonomi temelli bir yaklaşım sergilenir. Çalışmada ele alınan AB ve Türk yargı mercilerinde anlaşmalar ekonomik etkilere dayalı bir yaklaşım altında analiz edilmektedir. Temel amaç tüketicilere fayda sağlamak ve tüketicilerin refahını arttırmaktır. Bu nedenle ilgili pazarın belirlenmesinde de temel ilkeler ekonomik temellidir. Pazarın tanımlanmasında üç temel unsurun dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.¹³ Bunlar; **talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet** olarak karşımıza çıkmaktadır. İkame edilebilirlik hem talep hem de arz yönlü ele alınmaktadır. Pazar tanımı özellikle talep ikamesi faktörleriyle yakından ilgilidir. Müşterilerin bir fiyat artışına veya ürün kalitesinde bir azalmaya bağlı olarak bir üründen diğerine geçmesi durumunda bu ürün ilgili pazar içinde sayılır. Ürünün göreceli fiyatlarında meydana gelen küçük, kalıcı değişiklikler karşısında¹⁴ gelişen talep ikamesi ilgili pazar kapsamında değerlendirilir. Arz ikamesinin talep ikamesine eşdeğer etkisi olduğu durumlarda arz ikamesi de ilgili pazar hesabına dahil edilir.¹⁵ İlgili ürünü veya bu ürüne yakın ikame bir başka ürünü üreten ya da üretim olanaklarını kolaylıkla bu ürünleri üretmek için kullanabilen teşebbüsler arz ikamesi statüsünde ilgili pazar kapsamına alınabilir. İlgili pazar tanımı içerisine giren üçüncü unsur olan potansiyel rekabet, kısa vadede fiili üretim haline gelebilecek coğrafi pazarları ve/veya ürün pazarlarını ifade etmektedir. Bununla birlikte, bu unsur ilgili pazarda rekabetin derecesini değerlendirme sürecinin ilk adımında dikkate alınmamaktadır.¹⁶ İlgili

¹¹ Marke Furse, *Competition Law of the EC and UK*, 5th ed., Oxford Uni. Press, 2006, s. 15.

¹² Anne Federle-Pauline Van Sande, "Consultation regarding the EU Market Definition Notice", Temmuz 2020, <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2020/global/consultation-regarding-the-eu-market-definition-notice> (15.05.2021).

¹³ 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, bölüm 1.3.; "Pazar Tanımlanmasının Temel İlkeleri"; 1997 AB İlgili Pazar Rehberi, § 13.

¹⁴ Talep esnekliği için kullanılan bu test SSNIP (a small but significant and non-transitory increase in price) testidir.

¹⁵ 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu; madde 1.3. "Pazar Tanımlanmasının Temel İlkeleri".

¹⁶ 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, paragraf 6; 1997 AB İlgili Pazar Rehberi, paragraf 24.

pazardaki potansiyel rekabete ilişkin değerlendirmeler rekabet analizlerinin ikinci aşamasında gerçekleştirilmektedir. Bu unsurun dikkate alınmasındaki temel zorluk, varsayımlar üzerinden pazar paylarının tahsis edilmesini gerektirmesidir.

A. İlgili Pazarın Belirlenmesine İlişkin Mevzuat ve Güncelleme Çalışmaları

Rekabet Hukuku sistemlerinde ilgili pazarın belirlenmesi ayrı bir kılavuz¹⁷ ya da bir rehber¹⁸ ile detaylı olarak açıklanmıştır. Rekabet analizlerinde pazar tanımının ve sınırlarının belirlenmesinin genel esasları bu ikincil kaynaklarda yer almaktadır. AB açısından rekabet analizinde ele alınan ilgili pazar tanımı ve ilgili pazarın nasıl belirlendiğine ilişkin değerlendirmelere baktığımızda, 1997 yılında, “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Rehber (1997 AB İlgili Pazar Rehberi)” yayınladığını görmekteyiz. Ancak günümüzde küresel düzeyde birçok rekabet otoritesi mevcut rekabet düzenlemelerinin teknolojik ve dijital çağda rekabet ihlallerini tespit etmekte yetersiz kaldığı, bu yönde araştırmalar ve güncellemeler yapılması gerektiği görüşündedir.¹⁹ Bu nedenle zaman içinde AB Komisyonu çağa ayak uydurmak için ilgili rehberde 2020 yılında kamuoyu araştırması başlatmış, istişare sonuçlarını açıklamış ve değerlendirme raporunu yayınlamıştır.²⁰

Türkiye’de ise Rekabet Kurumu (RK) tarafından, pazar tanımı yaparken izlenilmesi gereken yöntemleri ve bir karara varırken göz önünde bulundurulması gereken kriterleri belirtmek amacıyla, “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz (2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu)” yayınlamıştır. Ayrıca RK tarafından ilgili

¹⁷ Rekabet Kurumu (RK), İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz (2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu), 10.01.2008 tarihli, 08-04/56-M sayılı karar.

¹⁸ Avrupa Komisyonu, “Rekabet Kanunları Çerçevesinde İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Rehber”, (Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law), OJ. C 372, 1997 (1997 AB İlgili Pazar Rehberi).

¹⁹ Örneğin Birleşik Krallık tarafından konuyla ilgili tavsiye metni yayınlanmıştır. Bknz.: <https://www.gov.uk/cma-cases/digital-markets-taskforce>, (23.11.2021). ABD dijital pazarlarda dijital pazarlarda rekabetin araştırılmasına (“Investigation of Competition in Digital Markets”) ilişkin rapor yayınlanmıştır. Bknz.: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519 (23.11.2021), Japonya rekabet otoriteleri 2020 yılında dijital çağda rekabetçi sorunların çözümü adına rapor yayınlamıştır. Bknz.: https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/index_e.html, (23.11.2021).

²⁰ Avrupa Komisyonu, “Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law”, https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-06/kd0221712enn_market_definition_notice_2021_1.pdf (10.06.2021).

pazarın belirlenmesinde kullanılan testlerin yer aldığı “**Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere Yönelik El Kitabı**”²¹ yayınlanmıştır. Küresel düzeyde yaşanan dijital gelişmelere ayak uydurmak için rekabet otoriteleri çalışma yapan ülkeler arasında Türkiye de yerini almıştır. RK Yenilikçi dijital ürünlerin ve teknolojilerin gelişiminin rekabet hukuku uygulamalarında güçlük- lere sebep olduğu bilinciyle tüm hususların değerlendirilmesi amacıyla 30/01/2020’de “**Dijitalleşme ve Rekabet Politikaları**” raporunun hazırlığını başlatmıştır.²² Bunun akabinde RK Stratejik Dairesi Başkanlığı’nın görev tanımlarını bu yönde genişletmiştir. Görev tanımına ilişkin genişleme temel olarak, dijital ekonominin getirdiklerini değerlendirerek karar alıcılara politika geliştirmede katkıda bulunmaya yöneliktir. Bu konuda yapılan açıklamalarda dijital piyasalarda rekabet ihlalleri incelemelerinde geleneksel yöntemlerin yetersiz kaldığı vurgulanmaktadır.²³ Bu açıklamalardan RK’nın rekabet ihlallerine ilişkin bu alandaki incelemelere altyapı oluşturup, teknoloji ile uyumlu hale getirmeye çalıştığı anlaşılmaktadır.

İlgili pazar tanımlama ve belirlenme esaslarına ilişkin bu ana rehber ve kılavuzlar dışında, ilgili pazarın belirlenmesinin detayları anlaşmalar özelinde (teknoloji transferi anlaşmaları, Ar-Ge anlaşmaları, yatay işbirliği anlaşmaları) ilgili tüzük ve rehberlerde yer almaktadır.²⁴

²¹ RK, **Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere Yönelik El Kitabı**, Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, 2019.

²² RK, Dijitalleşme ve Rekabet Politikası Rapor Hazırlığı, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/rekabet-kurumu-dijitallesme-ve-rekabet-p-874d77d25943ea118119005056b1ce21>, (20.01.2021).

²³ RK, Stratejik Daire Başkanlığı Görev Tanımlarının Genişletilmesine İlişkin Karar, 20-23/307 sayılı, 07.05.2020 tarihli.

²⁴ RK, 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 23/01/2008 tarih, 26765 sayılı Resmî Gazete (RG). **(2008/2 sayılı TR TT Grup Muafiyeti Tebliği)**.

RK, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 5. maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, 13 Mayıs 2009 tarihli, 09-22/486 sayılı RG. **(2008 TR TT Uygulama Kılavuzu)**.

Avrupa Komisyonu, Regulation No 316/2014 of 21 March 2014 on the Application of Article 101/3 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Technology Transfer Agreements **(316/2014 sayılı AB TT Grup muafiyeti tüzüğü)**.

Avrupa Komisyonu, Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements OJ C89, 28.03.2014., **(2014 AB TT Uygulama Rehberi)**.

RK, 2016/5 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 16/03/2016 tarih, 29655 sayılı RG’de yayınlanmıştır. **(2016/5 sayılı TR Ar-Ge Grup Muafiyeti Tebliği)**.

AB ve Türk Rekabet Hukuku sistemlerinde, rekabet analizlerinin başlangıç noktası olan ilgili pazarlar genel olarak; ilgili ürün pazarları, ilgili coğrafi pazarlar, ilgili teknoloji pazarları, yenilik ya da Ar-Ge pazarları şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İlgili pazarın belirlenmesinden sonra, ilgili eylemin tarafı olan teşebbüslerin, pazar payları dikkate alınarak pazardaki güçleri belirlenmektedir. Daha sonra, rekabet üzerindeki olumlu-olumsuz etkileri değerlendirilir.

II. İLGİLİ ÜRÜN PAZARI

Rekabet incelemelerinin başlangıcını genellikle ilgili ürün pazarının tespit edilmesi oluşturmaktadır.

A. Geleneksel Yöntemlerle İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesi

1. İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesinde AB Uygulamaları

1997 AB İlgili Pazar Rehberi belirli bir eylemle ilgili analiz yaparken, ilgili ürün ve ilgili coğrafi pazarların belirlenmesinde dikkat edilecek unsurları ve konuyla ilgili tanımları vermektedir. İlgili Rehberde göre, ilgili ürün pazarı (relevant product market); “ürünlerin özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları nedeniyle tüketiciler tarafından değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen tüm ürün ve/veya hizmetleri” içermektedir.²⁵ İlgili ürün pazarının tanımlanmasında belirli “bir ürün” veya “bir ürün grubu/ürün pazarı” vardır. Belirli bir “ürün” ile “ürün pazarı” aynı kavramlar değildir. Ürün pazarı, belirli bir üründen hareketle tanımlanmakla birlikte, pazar tek başına bu üründen daha geniş bir ürün karmasını içerebilir.²⁶ Sonuç olarak, ilgili ürün pazarı, anlaşma konusu ürünler ve bu ürünlerle değiştirilebilir/ikame edilebilir ürünlerden oluşan bir pazardır”.

Avrupa Komisyonu, Regulation No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101/3 of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements, 2010 (**1217/2010 sayılı AB Ar-Ge Grup Muafiyeti Tüzüğü**).

Avrupa Komisyonu, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, 30/04/2013 tarih, 13-24/326-RM(6) sayılı RG’de yayınlanmıştır. (**2013 TR Yatay İşbirliği Kılavuzu**).

Avrupa Komisyonu, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (**2011 AB Yatay İşbirliği Rehberi**).

²⁵ 1997 AB İlgili Pazar Rehberi, paragraf 7.

²⁶ Çetinkaya, ibid, 2003, s. 13.

Michelin (1983)²⁷ ve **Tetra Pak (1996)**²⁸ vakalarında ilgili ürün pazarı belirlenirken; ilgili ürünlerin nesnel özelliklerinin yanı sıra ilgili pazardaki rekabet koşulları ve arz-talep yapıları gibi pazar özellikleri de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Yani hem talep hem de arz ikamesi unsurlarının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. **Cartes Bancaires (2014)** vakasında ABİHA'nın 101/1. maddesi gereğince, potansiyel olarak rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi olan anlaşmaların incelenmesinde bir bütün olarak ilgili pazarda rekabetin işleyip işlemediği incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu tip anlaşmalarda iki taraflı bir sistemin iki yönü arasında etkileşim bulunmaktadır. Mahkeme bu nedenle ilgili pazarın belirlenmesini çok taraflı piyasaların ilgili tüm taraflarını kapsayacak şekilde genişletmiştir.²⁹ Görüldüğü gibi AB kararlarında ilgili pazarın belirlenmesinde geleneksel olarak, fiyata dayalı bir yaklaşımla arz ve talep ikamelerini dikkate almakta, tarafların içinde bulunduğu tüm piyasaları incelemektedir. İkame edilebilir ürün ve ürün grubuyla ilgilenmektedir.

2. İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesinde Türkiye'deki Uygulamalar

Türk Rekabet Hukuku sistemine bakıldığında RKHK'da ilgili ürün pazarı direkt olarak tanımlanmamıştır.³⁰ RKHK madde 3'te rekabet kavramı "*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*" şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ürünlere ilişkin eylemleri, Rekabet Hukuku açısından değerlendirirken, öncelikle, bu eylemlerin ilgili olduğu, mal veya hizmet pazarlarının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu eylem, sadece tek bir mal veya hizmet pazarını etkilemeyebilir. Örneğin, teknolojik ürünlerin üretim sürecinde haiz oldukları stratejik önem dolayısıyla, farklı mal ve hizmet pazarları, bu ürünlere ilişkin eylemlerden etkilenebilir. Bu pazarlar, hammadde pazarlarından, yarı mamul pazarlarına ve nihai mal pazarlarına kadar geniş bir pazar grubunu içerebilir.

Rekabet Kurulu tarafından, pazar tanımı yaparken izlenilmesi gereken yöntemleri ve bir karara varırken göz önünde bulundurulması gereken kriterleri veren **2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu** ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar belir-

²⁷ Avrupa Komisyonu, Michelin & Commission, Case 322/81, EU:C:1983:313, § 37.

²⁸ Avrupa Komisyonu, Tetra Pak & Commission, Case C-333/94 P, EU:C:1996:436, § 13.

²⁹ Avrupa Komisyonu, Cartes Bancaires (CB) & Commission, Case C-67/13 P, EU:C:2014:2204, § 77-78-79.

³⁰ İ. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku, Teori, Uygulama, Mevzuat*, 5. bs., Ekin Kitabevi, Bursa, Ekin Yayınları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş, 2017, s. 163.

lenirken dikkate alınacak temel unsurları düzenlemektedir. Kılavuza göre, ilk aşamada ilgili ürün pazarı konusunda bir ön görüş oluşturulması için inceleme-ye esas faaliyetin taraflarının sunduğu bilgiler ile ellerindeki mevcut bilgiler derlenerek değerlendirilir. Farklı ürünlerin birbirinin ikamesi olup olmadığı açısından da bu bilgiler önemli olup, tüm bilgiler değerlendirilerek ürünlerin ikame olup olmadığına karar verilir.³¹ İlgili Kılavuzda, pazar tanımlanması yapılırken talep ikamesi³² ve arz ikamesi³³, hesaba katılması gereken en temel iki ilkedir. Talep ikamesinin belirlenmesi; *“tüketici gözünde ilgili ürünün yerine geçer kabul edilen başka ürünlerin belirlenmesini”*³⁴ ve arz ikamesinin belirlenmesi; *“tedarikçilerin göreceli fiyatlarda meydana gelecek küçük ve kalıcı artışlar karşısında üretimleri başka ürünlere kaydırabilmelerinin belirlenmesini”*³⁵ içermektedir. Görüldüğü gibi AB Rekabet Hukuku sistemine benzer şekilde ilgili pazar tanımı yapılmaktadır.

Rekabet Kurulunun, **BKM & DFS (2016)**³⁶ vakasında Bankalararası Kart Merkezi (BKM) tarafından, *“TROY” (Türkiye’nin Ödeme Yöntemi)* markasıyla ulusal kartlı ödeme sistemi oluşturulmak istenmektedir. Söz konusu sistemi hayata geçirmek için BKM gerekli know-how’ı sağlaması adına Discover Financial Services (DFS) ile lisans anlaşması imzalanmıştır. Lisans anlaşması konusu ürün TROY markalı bir ödeme yöntemidir. Kararda, ilgili ürün pazarı belirlenirken ödeme araçlarından *“nakit, çek, uzaktan ödeme (para transferi), banknot ve madeni paralar da”* bir ödeme aracı olmasına karşın ilgili ürün pazarına dâhil edilmemiştir. Buna karşılık BKM’nin kuracağı TROY sisteminin Türkiye’de kullanılan Visa, Mastercard, American Express gibi kartlı sistemleriyle rekabet edecek bir sistem/ağ pazarı olduğu gerekçesiyle ilgili ürün pazarını *“kartlı ödeme sistemleri pazarı”* olarak belirlemiştir. Çünkü Aslan’ın (2017) da belirttiği gibi *“bir ürünün diğer bir ürünle aynı ilgili pazarda sayılabilmesi için, bu iki ürünün tüketiciler açısından nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları benzer olmalıdır”*.³⁷

³¹ 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, § 17.

³² 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, başlık 1.3.1.

³³ 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, başlık 1.3.2.

³⁴ 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, § 8.

³⁵ 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, § 13.

³⁶ Rekabet Kurulu Kararı (RKK), Bankalararası Kart Merkezi A.Ş. & Discover Financial Services, 18/02/2016 tarihli, 16-05/106-47 sayılı.

³⁷ Aslan, ibid, 2017, s. 163.

Anadolu Efes & Brauerei Beck kararında (2003)³⁸, bildirim konusu anlaşma, bira pazarının uluslararası premium bira sınıfında yer alan Beck's markalı biranın üretimine ilişkin bir lisans anlaşmasıdır. Anlaşma konusu ürün premium bira segmentinde yer alan Beck's markalı biranın üretim ve dağıtımına ilişkindir. Ancak anlaşmanın etkileri, bira pazarının segmentlere ayrılması ve üst gelir grubu biraları içeren segmentin ayrı bir pazar olarak değerlendirilmesinden çok, genel bira pazarının yapısının ve bu pazardaki Efes şirketinin konumunun göz önünde bulundurulması ile ortaya konabileceği için ilgili ürün pazarı bira pazarı olarak geniş bir şekilde belirlenmiştir. AB içtihatına paralel olarak Türkiye'de rekabet incelemelerinde geleneksel fiyata ve arz-talep ikamesine dayalı yöntemlerle ilgili piyasayı belirlemektedir.

Hoffmann & La Roche (2008)³⁹ vakasına bildirim konusu anlaşmayla Roche'ye ait bazı ilaçların know-how'ın kullanma hakkı Roche (lisans veren) tarafından, EP Sarl'a (Lisans Alan) devredecektir. RK tarafından başvuru konusu işlemin etkilediği ilgili ürün pazarlarının belirlenebilmesi için öncelikle sözü edilen ilaçların hangi ürünlerle ikame edilebilir olduğunun tespit edilmesi gerektiğinin belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. RK burada, Avrupa Komisyonu'nun ilaç sektöründeki bazı yoğunlaşma işlemlerinde belirli ilaç gruplarını baz alarak ilgili ürün pazarları belirlemesinden yola çıkarak, ilgili ürün pazarını anlaşma grubu ilacın girdiği grup olarak belirlemiş ve daha dar bir pazar tanımına gerek görmemiştir.

Fiyata dayalı geleneksel yaklaşımda ilgili ürünün belirlenmesinde kullanılan bir yöntem SSNIP (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price) testidir. Bu testte hipotetik bir tekelci firmanın, fiyatlarında "küçük ama önemli ve kalıcı" bir artış gerçekleştirdiğinde tüketicilerin ne tip davranış sergilediğine bağlı olarak ilgili ürün pazarı belirlenir. Tüketiciler bu fiyat artışı karşısında belirli alternatif ürünlere yönelebilir. Bu yönelme sonrası eğer hipotetik firmanın fiyat artışı kârlı hale gelmiyorsa, alternatif ürünlerin tekelinin ürünlerine rekabetçi bir baskı oluşturduğu söylenebilecek; dolayısıyla bu ürünler tekelinin ürünleri ile aynı pazarda sayılabilecektir.⁴⁰

³⁸ RKK, Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi AŞ & Brauerei Beck, 12/6/2003 tarihli, 03-42/463-202 sayılı.

³⁹ RKK, Eastpharma S.A.R.L., F. Hoffmann & La Roche Ltd., 12/6/2008 tarihli, 08-39/519-192 sayılı karar.

⁴⁰ RK, SSNIP Testi, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=51ce2135-d5d4-4067-a59b-6e3927e23023>, (13.02.2021).

Ancak bu şekilde yalnızca fiyata dayalı ve geleneksel yöntemlerle ilgili pazar tanımının yapılması her zaman doğru bir yaklaşım olmayabilir. Bazı pazarlarda inovasyon ve değişen pazar payları tüm pazar yapısını hızlı bir şekilde değiştirebilir. İlgili pazarın belirlenmesinde kullanılan geleneksel yöntemler inovasyonun yoğun olduğu piyasalarda işe yaramayabilir. Örneğin, **Lombard Club (2006)** vakasında, ikame edilebilirlik olmamasına rağmen, Komisyon bir dizi bankacılık hizmetinden oluşan piyasayı, bir grup olarak ilgili pazar içinde almıştır.⁴¹ Lombard Club'daki bankalar, Genel Mahkeme'nin piyasa tanımının doğru olmadığını savunurken, Adalet Divanı da bu tanımlamayı kabul etmiştir.⁴² Bu vakada kısmen benzer işlemlere sahip çeşitli yenilikçi ürünler ilgili pazar olarak nitelendirilmiştir. Yine **Google Shopping (2017)** kararında Komisyon SSNIP testinin kullanılmasının uygun bir yöntem olmadığını, çünkü Google arama motoru hizmetlerinin kullanıcılar için ücretsiz olarak sunulduğunu belirtmiştir.⁴³ **Topps (2017)**⁴⁴ vakasında Genel Mahkeme, Komisyonun SSNIP testi dışında ilgili pazarı tanımlamak için pazar araştırmaları veya tüketicilerin ve rakiplerin davranışlarının niteliksel bir değerlendirmesi gibi birçok farklı aracı olduğunu belirtmiştir.

İlgili ürün pazarlarını tanımlamada kullanılan bu geleneksel yolların özellikle hızlı inovasyon bağlamında uygun olmadığı içtihat hukukunda da şekillenmiştir.

B. Yenilik Çağında İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesi

Hızlı teknolojik gelişmeler ve inovasyon ilgili pazarın belirlenmesini çok daha zor hale getirmiştir. Teknolojik gelişmelerin hızlı yaşandığı pazarlarda, ilgili pazarın geleneksel yöntemlerle belirlenmediği vakalar görülmektedir.

1. Yenilik Çağında İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesinde AB Uygulamaları

Microsoft'un, Skype'ı satın almak istediği vakada (**2011**), Komisyon ilgili pazar değerlemesi yaparken bireysel tüketici iletişim hizmetleri ve kurumsal iletişim hizmetleri olmak üzere iki ilgili pazar belirlemiştir.⁴⁵ Ancak daha sonra

⁴¹ Avrupa Komisyonu, Lombard Club, Joined Cases T-259/02 to T-264/02 and T-271/02, EU:T:2006:396, § 174.

⁴² Avrupa Komisyonu, Lombard Club, Joined Cases C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P and C-137/07 P; EU:C:2009:576, § 59.

⁴³ Avrupa Komisyonu, Google Search (Shopping), Case AT.39740, 7/06/2017, § 245.

⁴⁴ Avrupa Komisyonu, Topps Europe & Commission, Case T-699/14, EU:T:2017:2, § 82.

⁴⁵ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Skype, Case M.6281, 07/10/2011, § 17.

belirlenen bu geniş pazarlar, örneğin işlevsellik, platform veya müşteri boyutu gibi kriterler dikkate alınarak daha dar pazarlara bölünmemiştir.⁴⁶ Pazar değerlendirilmesi yapılırken, ilgili gerçek pazar belirlenmeden, mümkün olan en dar ürün pazarı ilgili pazar olarak kabul edilmiştir.⁴⁷ Bu şekilde belirlenen mümkün olan en dar pazarda bile, Microsoft'un, Skype'ı satın alma işleminin rekabete aykırı etkilere yol açmayacağı sonucuna varılmıştır.⁴⁸ Komisyonun ilgili pazar belirleme yöntemi pazarın özelliğinden kaynaklanmaktadır. Komisyon; pazarın yenilik boyutunu dikkate alarak ilgili pazarın yeni doğmakta olan ve dinamik bir sektör olduğunu ve pazar paylarının kısa bir süre içinde hızla değişebileceğini belirtmiş, dolayısıyla pazar paylarının bu dinamik pazarlardaki rekabet durumunun sadece bir ön göstergesi olduğunu vurgulamıştır.⁴⁹ O nedenle ayrıntılı bir pazar belirleme yerine, yeniliğin hızlı olduğu dinamik bir pazarda belirlenen mümkün olan en dar pazarda rekabet üzerindeki değerlendirmesini yapılmıştır.

Örneğin 2014 yılındaki **Facebook & WhatsApp (2014)**⁵⁰ devralma işleminde Komisyon Facebook'un WhatsApp'ı devralınmasına izin vermiştir. Komisyon raporunda, kullanıcıların gizlilik politikalarında değişimlere karşı WhatsApp'ı bırakarak tepki göstereceğini belirtmiştir. Devralma işlemine izin verilmesine bu durum gerekçe olarak gösterilmiştir. Facebook ile WhatsApp'a tek bir hesap üzerinden erişilmesine imkan tanıyacak şekilde gizlilik politikaları değiştirilmiş ancak kullanıcılar böyle bir tepki göstermemiştir. Facebook WhatsApp'tan elde ettiği verilerle reklam hizmeti vererek yararlanmaktadır. Sonuç olarak Facebook ve WhatsApp farklı ilgili ürün pazarlarında faaliyet göstermelerine karşın birbirlerini destekleyen bir sistem yaratarak aslında aynı piyasa gibi şekillenmişlerdir. İlgili devralma Facebook'un reklamlar açısından pazar gücünü ciddi bir şekilde arttırmıştır. Bu nedenle isabetli bir değerlendirme olmadığı söylenebilir.

Ayrıca Komisyon tarafından dijital arama motoru ve reklam pazarları geleneksel pazarlardan farklı olarak kendi pazar dinamikleri doğrultusunda değerlendirilmiştir. "Yahoo", "bing" veya "google" gibi internet arama motorları, hem arama kullanıcılarına (ücretsiz olarak), hem de reklamcılara (ücret karşılı-

⁴⁶ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Skype, Case M.6281, 07/10/2011, § 10.

⁴⁷ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Skype, Case M.6281, 07/10/2011, § 43, 63.

⁴⁸ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Skype, Case M.6281, 07/10/2011, § 43, 63.

⁴⁹ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Skype, Case M.6281, 07/10/2011, § 78, 99.

⁵⁰ Avrupa Komisyonu, Facebook & WhatsApp, Case M.7217, 03/10/2014, OJ L - 2985.

ğında) hizmet veren iki taraflı platformlardan oluşmaktadır.⁵¹ Komisyon, çevrimiçi reklamcılık ve internet arama motorlarıyla ilgili **Microsoft & Yahoo (2010)** kararında da pazarın iki taraflı yapısını vurgulamıştır.⁵² İlgili kararda, çevrimiçi reklamcılık tek başına ilgili pazar olarak kabul edilmiştir. Çevrimiçi reklamcılık geleneksel çevrimdışı reklamcılıktan farklı ele alınmıştır. Çünkü, çevrimiçi reklamcılığın kendine has özellikleri vardır. Çevrimiçi reklamcılığın hedef kitlesini tam olarak hedefleme ve daha sonra buradaki etkinliği ölçme yeteneği vardır, ayrıca gerçek bir reklam erişimine dayalı fiyatlandırma sistemi oluşmaktadır. Bu nedenle rekabet analizleri açısından sektör ayrı bir ilgili pazar olarak belirlenmiştir.⁵³

Komisyon'un **Google Shopping (2017)** kararında, Google'ın arama motoru ile karşılaştırmalı ürün arama hizmeti farklı iki pazar gibi görünse de iki komşu pazar gibi ele alınmıştır.⁵⁴ Komisyon Google'ın genel arama motoru piyasasındaki gücünü kullanarak, Google Shopping'ın rakiplerinin ürünlerini alt sıralara indirdiğini ve bu şekilde hakim durumunu kötüye kullandığı belirtmiştir. İlgili kararda Google'a para cezası verilmiştir.⁵⁵

2. Yenilik Çağında İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesinde Türkiye'deki Uygulamalar

Türkiye'deki rekabet incelemelerinde RK'nın teknolojik gelişmelere bağlı olarak dijital piyasalarda kararlarına bakıldığında geleneksel pazarlardan farklılaştığı görülmektedir. RK'nın **Booking.com kararında (2017)**⁵⁶ en iyi fiyat garantisi ve en çok kayırlan müşteri koşulunun⁵⁷ RKK 4. maddesi açısından bir ihlal içerip içermediği araştırılmıştır. İlgili pazar belirlenirken "Konaklama Rezervas-

⁵¹ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Yahoo Search, Case M.5727, 18/02/2010, § 47.

⁵² Avrupa Komisyonu, Microsoft & Yahoo Search, Case M.5727, 18/02/2010, § 100.

⁵³ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Yahoo Search, Case M.5727, 18/02/2010, § 87.

⁵⁴ Avrupa Komisyonu, Google Search (Shopping), Case AT.39740, 7/06/2017, § 154.

⁵⁵ Avrupa Komisyonu, Google Search (Shopping), Case AT.39740, 7/06/2017, § 341-342-343.

⁵⁶ RKK, Booking.com B.V., 05.01.2017 tarih, 17-01/12-4 sayılı.

⁵⁷ En çok kayırlan müşteri, sağlayıcı tarafından, diğer alıcılara önerilen daha uygun fiyat ve sözleşme koşullarının, kayırlan alıcıya da önerilmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir. RK Booking.com B.V. Kararı, 05.01.2017 tarih, 17-01/12-4 sayılı, paragraf 230. Geleneksel dikey anlaşmalarda bulunan ürünlerin alım-satımı ve yeniden satışına ilişkin hükümler son dönemde çevrimiçi platformlarda perakendeciler ile bu platformda satılan ürünlerin sağlayıcıları arasındaki anlaşmalarda görülebilmektedir. RKK, Booking.com B.V., 05.01.2017 tarih, 17-01/12-4 sayılı, § 231.

yonu Hizmetleri” pazarı üst pazar olarak belirlenmiş, ancak alt segmentasyonlarda dijital ve geleneksel fiziksel pazarların ayrı ilgili pazarlar olarak incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. “Geleneksel Kanallardan Sunulan Konaklama Rezervasyonu Hizmetleri” ve “Çevrimiçi Konaklama Rezervasyonu Platform Hizmetleri” olmak üzere iki alt pazar belirlenmiştir. Geleneksel pazarlar ile çevrimiçi platformların yapılanmaları, işleyişleri, nitelikleri, hedef tüketici grubu ve sunulan hizmet grubu farklıdır. Bu nedenle alternatif olamayacakları değerlendirilmiştir. RK Booking vakasında ilgili pazarı sadece “Çevrimiçi Konaklama Rezervasyonu Platform Hizmetleri Pazarı” olarak tanımlanmıştır.⁵⁸ Aynı şekilde RK’nın **Sahibinden.com (2018)**⁵⁹ soruşturmasında çok taraflı bir dijital platform açısından aşırı fiyat uygulamaları incelenmiştir. İnceleme konusu teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazar, çok taraflı platform hizmetleri pazarı niteliğinde kabul edilmiş ve Booking.com kararına benzer bir yaklaşımla söz konusu pazarın geleneksel tek taraflı pazardan birçok yönden ayrıştığını vurgulamıştır.⁶⁰ Bu nedenle off-line pazarlar ikame olarak görülmemiş on-line platformlar ilgili ürün pazar kapsamına alınmıştır. Emlak satış/kiralama hizmetlerine yönelik on-line platform hizmeti ile vasıta satış hizmetlerine yönelik on-line platform hizmeti pazarları, ilgili ürün pazarları olarak tanımlanmıştır.⁶¹

3. Yenilik Çağında İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesine İlişkin Güncelleme Çalışmaları

Görüldüğü gibi teknolojik pazarlara yönelik doğru ilgili ürün pazar tanımı hayati öneme sahiptir. Artık artan e-ticaret, çok taraflı pazarlar, büyük verinin kullanımı, algoritma anlaşmaları, çapraz platform anlaşmaları, çift taraflı pazarlar ile geleneksel yöntemlerle belirlenen ilgili pazar tanımları yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle bu pazarların unsurlarını dikkate alacak detaylı piyasa analizleri ile ilgili pazar tanımı yapılmalıdır. AB içtihatları doğru Rekabet Hukuku analizi için, bir anlaşmanın ekonomik ve yasal bağlamına bakmak gerektiğini ve pazar tanımlarının dikkatli bir şekilde yapılması gerektiğini uzun zamandır vurgulamaktadır.⁶² Hızlı teknolojik gelişmenin getirdiği pazar yapılarının da kendine

⁵⁸ RKK, Booking.com B.V., 05.01.2017 tarih, 17-01/12-4 sayılı, § 54.

⁵⁹ RKK, Sahibinden.com, 01.10.2018 tarih, 18-36/584-285 sayılı karar,

⁶⁰ RKK, Sahibinden.com, 01.10.2018 tarih, 18-36/584-285 sayılı karar, § 32.

⁶¹ RKK, Sahibinden.com, 01.10.2018 tarih, 18-36/584-285 sayılı karar, § 47.

⁶² Avrupa Komisyonu, Tetra Pak & Commission, Case C-333/94 P, EU:C:1996:436; AB Komisyonu, Michelin & Commission, Case 322/81, EU:C:1983:313; Avrupa Komisyonu, Brasserie de Haecht & Wilkin, Case 23/67, EU:C:1967:54, 415.

has dinamikleri dikkate alınarak pazar tanımlanması yapılmalıdır. İlişkili piyasaların kaldıraç etkileri, inovasyonun gelecekteki rekabet süreçleri üzerindeki etkileri, büyük veri kullanımı ve algoritma kullanımı gibi unsurlar dikkate alınarak pazar tanımlanması yapılmalıdır.

Nitekim Avrupa Komisyonu küreselleşme ve dijitalleşmenin getirdiği yeniliklere ayak uydurmak için 1997 AB İlgili Pazarın Rehberinde revize gerçekleştirmek amacıyla 2020 yılında kamuoyu araştırması başlatmış ve istişare sonuçları ile değerlendirme raporunu yayınlamıştır. Komisyon, 1997 yılından beri rekabet analizlerinde kullandığı ilgili pazarın tanımlanmasına ilişkin rehberinde değişiklikler yapmayı planlamaktadır. Komisyonun değişiklik yapmasındaki amacın küreselleşen ticaret ve ekonomideki dijitalleşme çağına ayak uydurmak olduğunu belirtmiştir. Genel olarak gerekli olduğu düşünülen ana güncelleme farklılaşan pazarlarda ilgili pazarın belirlenmesine yönelik yeni bir yöntemdir. Bu nedenle kamuoyu araştırması yaptığını duyurmuş ve katılımcıların 9/10/2020 tarihine kadar önerilerini bildirmesini istemiştir.⁶³ Komisyon özellikle pazar tanımının dört özel yönü olan (i) dijitalleşme, (ii) yenilik, (iii) coğrafi pazar tanımı ve (iv) nicel teknikler ile ilgili olarak dış değerlendirme destek çalışması talep etmiştir.⁶⁴ Birçok paydaşın ve rekabet otoritelerinin katılımı sonucu şekillenen istişarenin sonuçları Komisyon tarafından yayınlanmıştır. Yayınlanan istişarede ana düşünce mevcut rehberdeki temel konuların ve kavramların geçerli kalması gerektiği, fakat bununla beraber güncellemelere ihtiyaç duyulduğu yönündedir. Güncellenmenin ana nedeninin ise, dijitalleşme ve dijital dönüşümün ilgili pazar tanımını nasıl etkilediği hususunun açıklığa kavuşturulması olduğu anlaşılmaktadır. Dijitalleşme, AB'nin mevcut rehberinde yer almayan; çok taraflı pazarlar, ekosistemler ve sıfır fiyatlı hizmetler gibi birçok kavramı beraberinde getirmektedir.⁶⁵ 12/07/2021'de mevcut rehberin hala amaca uygun ve güncel olup olmadığını değerlendiren çalışmanın özetleri yayınlanmıştır. Genel olarak değerlendirmeye bakıldığında ilgili rehberin hala birçok konuda yeterli olduğu ve ilgili

⁶³ Avrupa Komisyonu, "Competition: Commission consults stakeholders on the Market Definition Notice" 26 June 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1187, (12.04.2021).

⁶⁴ Avrupa Komisyonu, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3585, (12.06.2021).

⁶⁵ Avrupa Komisyonu, https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations_en, (18.12.2020). "Recommendation on relevant markets", C(2020) 8750 final https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law_en, (18.12.2020).

pazarın tanımlanmasında ilk adımın atılması açısından yararlanılmaya devam edileceği vurgulanmaktadır. Ancak güncel olmayan alanların da olduğu belirtilmiştir. Değerlendirmeye göre, rehberin tam olarak güncel olmayabileceği alanlar şu şekilde sıralanmıştır: (i) SSNIP testinin ilgili pazarların tanımlanmasında kullanımı ve amacı, (ii) özellikle sıfır fiyatla pazarlanan ürün veya hizmetlere ve dijital “ekosistemlere” ilişkin dijital pazarlar, (iii) küreselleşme ve ithalat rekabeti koşullarında coğrafi pazarların değerlendirilmesi, (iv) nicel teknikler, (v) pazar paylarının hesaplanması ve (vi) fiyat dışı rekabet (yenilik dahil). Komisyon değerlendirmeleri dikkate alarak güncellemeler yapacağını bildirmiştir.⁶⁶

AB ve Dünya genelinde rekabet incelemelerinde yenilik çağına ayak uydurmak için yapılan çalışmalarda Türkiye de yerini almıştır. Rekabet Kurumu 30/01/2020’de “Dijitalleşme ve Rekabet Politikaları” raporunu hazırlığını başlatmıştır. Yeni dijital çağın dinamiklerini dikkate almak için geleceğin rekabet politikasını şekillendirecek bir rapor hazırlaması beklenmektedir.⁶⁷ Bunun akabinde RK çağa ayak uydurmak adına Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı’nın göre tanımına eklemeler yapmıştır. Eklemeler temel olarak rekabet incelemelerindeki dijital ekonomi üzerinedir.⁶⁸

Ayrıca RK e-pazaryeri platformları sektör incelemesi ön raporunu yayımlamıştır. Raporda bahsedilen pazardaki tüketicilerin ve satıcıların özellikleri ile muhtemel rekabet sorunları ele alınmıştır. Belirli rekabet endişelerine ilişkin önerilere yer verilmiştir. Rapora göre ilgili pazarlar çok taraflı pazar özelliğindedir. Ağ etkileri, algoritma ve veri temelli işleyiş gibi yapıları nedeniyle geleneksel pazarlardan ayrılmaktadır.⁶⁹

⁶⁶ Avrupa Komisyonu, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3585, (12.06.2021).

⁶⁷ RK, “Dijitalleşme ve Rekabet Politikası Rapor Hazırlığı” <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/rekabet-kurumu-dijitallesme-ve-rekabet-p-874d77d25943ea118119005056b1ce21>, (20.01.2021).

⁶⁸ RK, Statejik Daire Başkanlığı Görev Tanımlarının Genişletilmesine ilişkin karar, 20-23/307 sayılı, 07.05.2020 tarihli.

⁶⁹ RK, E-pazaryeri platformları sektör incelemesi ön raporu, 20-28/353-M sayılı, 16.07.2020 tarihli, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/e-pazaryeri-platformlari-sektor-inceleme-a197b17532afeb11812e00505694b4c6>, (29.11.2021).

III. İLGİLİ TEKNOLOJİ PAZARI

Taraflar arası anlaşma veya işlem bir teknolojiye dayalı olduğunda rekabetçi etkileri değerlendirmek için ilgili ürün pazarı yanında ilgili teknoloji pazarının da belirlenmesi gerekmektedir. Bazen ilgili ürün teknolojiye dayalıdır, ancak bu durumda da teknoloji etkisinin rekabet analizlerine dahil edilmesi gerekmektedir.

A. AB Rekabet Hukukunda İlgili Teknoloji Pazarının Belirlenmesi

1. İlgili Mevzuat

AB Rekabet Hukukunda rekabet analizlerinde etkilenen pazarlar içinde ürün pazarının yanında birçok durumda teknoloji ve yenilik (Ar-Ge) pazarları da sayılmıştır. Örneğin, teknoloji transferi (TT) anlaşmaları grup muafiyeti tüzük ve rehberlerinde sadece ilgili ürün pazarı değil, aynı zamanda ilgili teknoloji pazarlarının da belirlenmesi ve analizlerin bu pazarlarda da yapılması gerekmektedir. İlgili coğrafi pazarın tespit edilmesi ise belirlenen bu pazarların coğrafi sınırlarını çizmektedir. 316/2014 sayılı AB TT grup muafiyeti tüzüğünde ‘ilgili pazar’, ilgili coğrafi pazar içindeki ilgili ürün veya ilgili teknoloji pazarının birleşiminden oluşmaktadır.⁷⁰ Bu nedenle pazar payları, pazar gücü gibi analizler ve hesaplamalar sadece ilgili ürün değil ilgili teknoloji pazarında da yapılması gerekmektedir. Tüzükte, teknoloji pazarı; “*lisans alanlar tarafından alınan teknoloji ile, teknolojilerin nitelikleri, lisans bedelleri ve öngörülen kullanım alanlarına göre birbirleri ile değiştirilebilir ya da ikame edilebilir diğer teknolojilerin oluşturduğu pazar*” olarak tanımlanmaktadır.⁷¹ Yine 1217/2010 sayılı AB Ar-Ge grup muafiyeti tüzüğünde ilgili teknoloji pazarı “*Anlaşma konusu teknolojilerin yerini alabilecek ya da bu teknolojileri geliştirebilecek veya ikame edebilecek teknolojilerin ve süreçlerin oluşturduğu ilgili pazar*” olarak tanımlanmıştır.⁷² 2011 AB Yatay İş Birliği Rehberi’ne göre ise teknoloji pazarları, “*lisanslı fikri mülkiyetten ve tüketicilerin lisanslı fikri mülkiyetin yakın ikamesi olarak değerlendirebilecekleri teknolojilerden*” oluşur. 2011 AB Yatay İş Birliği Rehberinde Ar-Ge anlaşmalarının rekabet üzerine etkileri incelenirken, ilgili pazarın belirlenmesinde taraflar üzerindeki ana rekabet kısıtlamaları olabilecek ürünlerin, teknolojilerin ve ayrıca Ar-Ge çalışmalarının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁷³ Rehberine göre,

⁷⁰ 316/2014 sayılı AB TT Grup Muafiyeti Tüzüğü, madde 1/1(m).

⁷¹ 316/2014 sayılı AB TT Grup Muafiyeti Tüzüğü, madde 1/1(k).

⁷² 1217/2010 sayılı AB Ar-Ge Grup Muafiyeti Tüzüğü, madde 1/v.

⁷³ 2011 AB Yatay İşbirliği Rehberi, paragraf 116.

fikri mülkiyet haklarının ilgili olduğu ürünlerden ayrı olarak pazarlandığı durumlarda teknoloji pazarlarının tanımlanması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁴ Yatay İşbirliği Rehberi, teknoloji pazarının tanımı, teknolojinin ilgili olduğu ürünlerden ayrı olarak pazarlanması şartına bağlamıştır. Teknoloji pazarının tanımı için işlevsel bir ikame esastır. Burada teknoloji pazarının yeni bir pazar olarak tanımlanması için teknolojinin ayrı olarak pazarlanabilen başka bir ürün olması gerekliliği üzerinde durulmuştur. Tüketiciler, lisanslı fikri mülkiyetin yakın ikamesi olan ürünleri fikri mülkiyetin ikamesi olarak görmektedir. TT grup muafiyeti tüzük ve rehberinde ise böyle bir şart bulunmamaktadır. Ayrı pazarlanabilirlik şartı kaanatomizce her durum için uygun olmayabilir. Çünkü bazı durumlarda ilgili ürün teknolojiye dayalı olup ayrı olarak pazarlanmasa da teknoloji etkisinin rekabet analizlerine dahil edilmesi gerekmektedir.

İlgili Rehberlerde ilgili teknoloji pazarının ilgili ürün pazarının belirlenmesinde uygulanan yöntem ile tanımlandığı belirtilmektedir.⁷⁵ Teknoloji pazarı tanımına göre, ilgili teknoloji pazarının belirlenmesi için ilk adım, anlaşma çerçevesinde belirli bir ürünün üretiminde kullanılacak lisanslı teknolojinin belirlenmesidir. Daha sonra, bu lisanslı teknolojinin ikameleri belirlenmesi gerekmektedir. İkame konusunda, fiyat elastikiyeti belirleyici olmaktadır. Lisans alanın fiyat değişimleri karşısında (örneğin lisans ücretlerinin arttırılması) lisanslı teknolojiyi başka bir teknolojiyle değiştirmesi söz konusu olabilir. İlgili ürün pazarında olduğu gibi burada da ilgili teknoloji pazarı belirlenirken üç temel unsur olan talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet unsurları söz konusudur. Talep ikamesi değerlendirmesinde lisanslı teknolojinin özellikleri, lisans ücreti ve kullanım amacı göz önünde bulundurulduğunda, ilgili firmanın sahip olduğu teknoloji ile değiştirilebilir olarak kabul edilen teknolojilerin belirlenmesine odaklanır. Bu şekilde, ilgili teknoloji pazarı belirlenir.⁷⁶ **Shell & Montecatini (1994)**⁷⁷ vakasında Komisyon, teknoloji pazarlarının bu şekilde ve aşamalarda belirleneceğinden bahsetmiştir.

Lisanslanan teknolojinin ücretlerinde küçük ama kalıcı bir artışa (SSNIP) yanıt olarak lisans sahiplerinin geçiş yapabilecekleri teknolojilerin belirlenmesi

⁷⁴ 2011 AB Yatay İşbirliği Rehberi, paragraf 112.

⁷⁵ 2014 AB TT Uygulama Rehberi, paragraf 19; 2011 AB Yatay İşbirliği Rehberi, paragraf 117.

⁷⁶ Frank L. Fine, *The EC Competition Law on Technology Licensing*, Sweet and Maxwell, London, 2006, 62.

⁷⁷ Avrupa Komisyonu, Shell & Montecatini, Case No IV/M.269, 94/811/EC, OJ L 332, 08/06/1994.

gerekir. Bu şekilde varsayımsal tekel testi uygulanmaktadır. Bu, mevcut ikame edilebilir teknolojilere (talebin çapraz fiyat esnekliği) ve ayrıca ilgili teknolojiye olan talebin derecesine (talebin kendi fiyat esnekliği) bağlıdır. Bunlar belirlenirken eldeki tüm veriler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, pazar katılımcılarının rekabetçi etkisini doğru bir şekilde yansıttığına güvenilen pazar payı verileri mevcutsa bunlar kullanılır. Ancak piyasa yeteri kadar şeffaf değil ve yeterli bilgi yoksa bu tespitler o kadar kolay değildir. Örneğin, birçok teknoloji genellikle parasal olarak kolay bir şekilde ölçülemeyebilir. Böyle durumlar için 2014 AB TT Uygulama rehberi, ilgili teknoloji pazarını tanımlamak için alternatif bir yaklaşım sunmaktadır. Bu yaklaşım, lisanslı teknolojiyi içeren ürünler için pazara bakar ve bunu ilgili teknoloji pazarını tanımlamada bir başlangıç noktası olarak kullanır. Lisanslı teknolojiyi içeren ürünler ve bu ürünlerin ikameleri ilgili pazar olarak belirlenir. Bu durumda son müşterinin lisanslı teknoloji içeren ürünün fiyatındaki küçük ama kalıcı bir artışa yanıt olarak başka hangi ürünlere geçebileceği değerlendirilir. Bu diğer ürünlere dahil edilen teknolojiler, lisanslı teknolojinin yerine geçen teknolojiler olarak ve lisanslı teknolojiyle birlikte ilgili teknoloji pazarını oluşturan teknolojiler olarak kabul edilecektir. 2014 AB TT Uygulama Rehberinde, teknolojiyi bir girdi olarak tanımlar; teknoloji lisanslaması, yukarı yönde (girdi) ve alt yönde (ürün/çıktı) pazarlardaki rekabeti etkileyebilir. Sonuç olarak, bu farklı pazarların her ikisi üzerindeki rekabet etkilerini analiz etmek gerekli hale gelebilir.⁷⁸ İlgili teknoloji pazarı tanımlanırken kurum içi teknolojilerin dahil edilmesi de söz konusu olabilir. Açıklanan şekilde belirlenen teknoloji pazarları taraflar arasındaki potansiyel rekabeti dikkate almamış, yalnızca teknoloji pazarındaki gerçek rakipleri dikkate almıştır.⁷⁹ Ancak burada da küçük ve yeni bir firma için müşterilerin tercihleri hakkında bilgi edinmek kolay olmayabilir. Ayrıca özellikle hızlı teknolojik gelişmelerin olduğu, inovasyona dayalı ya da ücretsiz hizmet pazarlarında bu tip yöntemler burada da uygun olmayabilir.⁸⁰

İlgili teknoloji pazarının belirlenmesinde bir sonraki aşamada arz ikamesi değerlendirilir. Arz ikamesi, genellikle teşebbüslerin bir ürünün çok çeşitli kalitelerini veya derecelerini pazarladığı durumlarda geçerlidir. Ancak koruma al-

⁷⁸ 2014 sayılı AB TT Uygulama Rehberi, paragraf 20; Roberstson, 2020, s. 181.

⁷⁹ 2014 sayılı AB TT Uygulama Rehberi, paragraf 36.

⁸⁰ Ela Skorupska, "Definition of the Relevant Market according to the Technology Transfer Block Exemption Regulation 772/2004 A Hypothetical Case Study", *Faculty of Law University of Lund*, Master Thesis, 2005, s. 41-43.

tında olan bir fikri mülkiyet hakkına dayalı teknolojiler için arz çeşitliliği durumunun gerçekleşmesi genellikle zordur. Ayrıca, ilgili teknoloji fikri mülkiyet hakları kapsamında koruma altındaysa teknolojiye serbestçe erişilemeyecektir. İlgili teknoloji pazarı belirlenirken talep ve arz ikamesinden sonra dikkate alınması gereken üçüncü unsur potansiyel rekabettir. İkame teknolojilere sahip olan tarafların olduğu teknoloji pazarında, lisans alanın kendi teknolojisinin lisansını vermediği, ancak teknoloji fiyatlarında küçük ama sürekli bir artışa karşın lisans verme ihtimali olan taraflar potansiyel rakip olarak değerlendirilir. Ancak pazar payı eşliğinin veya rakipler arasındaki anlaşmalara ilişkin kara liste sınırlamalarının uygulanmasında teknoloji pazarındaki potansiyel rekabet dikkate alınmaz. AB TT Grup Muafiyeti Tüzükleri'nin güvenli limanı dışında, teknoloji pazarındaki potansiyel rekabet dikkate alınır ancak rakipler arasındaki anlaşmalara ilişkin kara liste sınırlamalarının uygulanmasına sebep olmaz.⁸¹ Bu durumda potansiyel rekabetin değerlendirmenin dışında tutulması lisans anlaşmasının taraflarının pazar gücüne sahip olarak kabul edilme olasılığını arttıracaktır. 2011 AB Yatay İş Birliği rehberi ise teknoloji pazarlarında potansiyel rekabeti dikkate almanın önemini vurgulamıştır. Teknoloji pazarlarında potansiyel rekabetin özel bir önemi vardır. Halihazırda teknolojilerini lisanslamayan şirketler, ilgili teknoloji pazarına girme potansiyeli varsa, Ar-Ge anlaşmasının taraflarının teknolojilerinin fiyatını kârlı bir şekilde artırma yeteneklerini sınırlandırabilir. Yatay İş Birliği rehberi böyle bir durumda pazar paylarının hesaplanmasında, lisanslı teknolojiyi içeren ürünlerin dâhil olduğu alt ürün pazarlarındaki satışların esas alınmasını belirtmiştir.⁸² Yatay İş Birliği anlaşmasının bu bakış açısı muhtemelen Ar-Ge anlaşmalarına ilişkin olmasından kaynaklanmaktadır.

2. İlgili İçtihat

AB rekabet incelemelerinde teknoloji pazarlarına ilişkin analizler **Nungesser (1982)**⁸³ kararına kadar uzanır. Nungesser lisanslama davası, bitki yetiştiricilerinin haklarının lisanslanmasıyla ilgili teknoloji pazarını içeren bir vakadır. İlgili vakada, Fransız INRA, geliştirdiği mısır tohumlarıyla ilgili ıslahçı hakkı üzerinde Nungesser KG'ye münhasır lisans vermiştir. Bu lisans sözleşmesiyle Nungesser

⁸¹ 2014 sayılı AB TT Uygulama Rehberi, paragraf 36 ve 83.

⁸² 2011 AB Yatay İşbirliği Anlaşmaları Rehberi, paragraf 118.

⁸³ Avrupa Komisyonu, Nungesser, Case IV/28.824, 78/823/EE, 1978, OJ L286/23, § 1.
Avrupa Komisyonu, Nungesser & Commission, Case 258/78, 08/06/1982.

şirketi hibrid mısır tohumlarını Almanya’da üretme ve pazarlama hakkı elde etmiştir. Vakada özellikle ılıman iklim koşullarında kullanılmak üzere geliştirilmiş üç farklı hybrid mısır tohum çeşidine ilişkin bitki yetiştiricilerinin haklarına odaklanılmış ve bu lisans anlaşması ABİHA’nın 101. maddesi açısından incelenmiştir. Burada ürün ve teknoloji kavramı iç içe geçmiştir. Mısır tohumu bir ürün gibi görülmekle birlikte, içinde özel bir teknolojiyi barındırmaktadır. Bu hakların her birinin kendi içinde ilgili pazarı olarak kabul edilip edilmeyeceği, bu belirli iklim koşulları için uygun ikamelerin bulunup bulunmadığı sorusu gündeme gelmiştir. Fikri mülkiyet hakkı açısından talep tarafında ikame edilebilirlik ve ürün farklılaştırması dikkate alınarak ilgili pazar belirlenmiştir. Komisyon kararında, ikame edilememesinden dolayı dar bir ilgili pazar belirleme yoluna gitmiş ve üç kategorideki mısır tohumlarının ayrı ‘ilgili ürünler’ olduğuna karar vermiş ve her bir fikri mülkiyet hakkının belirlenen kendi ürün pazarını oluşturduğunu belirtmiştir.⁸⁴ Teknoloji pazarlarının incelendiği bir başka geçmiş tarihli vaka Komisyon’un, **Shell & Montedison (1994)** arasındaki birleşme kararıdır. İlgili kararda, ilgili pazarlardan birinin polipropilenle ilgili teknoloji pazarı olduğu sonucuna varılmıştır.⁸⁵ Polipropilen teknolojisinin lisanslanmasından oluşan pazarı ayrı bir girdi pazarı olarak Polipropilen üretimi ve satışına ilişkin pazarı ise bir çıktı pazarı olarak tanımlanmıştır.⁸⁶ Her iki yönde de rekabet etkilerinin incelenmesi gerekmektedir. Çünkü örneğin girdi niteliğindeki teknoloji pazarındaki bir pazar gücü, ilgili ürünün üretiminde de Pazar gücüne sebep olabilecektir. İnovasyonun yoğun olduğu vakada Komisyon analizini mevcut veya gelecekteki ürün ve teknoloji pazarlarına dayandırmıştır. Analizlerini gelecek pazarlar açısından da yapmıştır.⁸⁷

Komisyonun teknoloji pazarlarını analize aldığı bir başka vaka **PO Video Games&Omega&Nintendo (2002)** vakasıdır.⁸⁸ Komisyon, statik oyun konsolları ve elde tutulan oyunları farklı pazarlara ait olduğunu belirtmiştir. Gerekçe ola-

⁸⁴ Skorupska, ibid, 2005, s.36-37.

⁸⁵ Avrupa Komisyonu, Shell & Montecatini, Case No IV/M.269, 94/811/EC, OJ L 332, 08/06/1994, § 28-32.

⁸⁶ Avrupa Komisyonu, Shell & Montecatini, Case No IV/M.269, 94/811/EC, OJ L 332, 08/06/1994, § 44.

⁸⁷ Avrupa Komisyonu, Shell & Montecatini, Case No IV/M.269, 94/811/EC, OJ L 332, 08/06/1994, § 44, 99, 102.

⁸⁸ Avrupa Komisyon, PO Video Games&Nintendo&Omega, Case Comp/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution, and COMP/36.321 Omega Nintendo, 2003/675/EC, 30/10/2002, OJ L 255.

rak iki ürünün kullanıcı ihtiyacı açısından farklılık göstermesi, ürünlerin taşınabilirliklerinin farklı olduğu, statik oyun konsollarının teknik olarak daha üstün ve fiyat olarak elde taşınana göre beş kat daha yüksek olmasını göstermiştir.⁸⁹ Ayrıca, teknoloji ve yenilik statik oyun konsollarının satışında etkili bir unsur olarak gösterilmiş ancak teknolojik yeniliğin şu aşamada beklemede olduğu vurgulanmıştır. Statik konsol tedarikçileri arasındaki rekabet, her üç ila dört yılda bir, daha ileri teknolojiye sahip yeni nesil statik konsolların piyasaya sürülmesiyle karakterize edilir. Yeni nesil statik konsolların piyasaya sürülmesiyle, daha az gelişmiş statik konsolların satışları düşmektedir. Ancak böyle bir durum, elde taşınan oyun konsolları açısından yoktur. Tüm bu nedenlerle, tüketiciler ve tedarikçiler ürünleri ikame edilebilir olarak görmedikleri için Komisyon söz konusu ürünleri aynı ilgili teknoloji pazarına ait kabul etmemiştir.⁹⁰

Son yıllarda hızlı yaşanan teknolojik gelişmelere bağlı olarak internet ve buna bağlı birçok uygulama hayatımıza girmiştir. Bu sektörlerin aynı ürün/teknoloji pazarının bir parçası oluşturup oluşturmadığı sorusu ortaya çıkmıştır. Örneğin, son yıllarda iletişim hizmetlerinde meydana gelen gelişmelerle, başlangıçta sadece kişisel bilgisayarlar için sunuluyorken, bu tür hizmetler artık akıllı telefonlar veya tabletler için tüketici iletişim uygulamaları olarak kullanılabilir hale gelmiştir. Bu bağlamda, tüketicilerin iletişim uygulamalarının geleneksel elektronik iletişim hizmetleri aynı ilgili pazarda mıdır? Daha önce ele alınan Komisyonun **Facebook & WhatsApp (2014)**⁹¹ devralma vakasında değerlendirmeler bu iki hizmetin her birinin ayrı pazarların parçaları olduğuna karar verilmiştir. Ancak bu kararın isabetli olmadığı zaman içinde yaşanan gelişmelerle anlaşılabilmiştir.⁹² Dikkate alınması gereken noktalar, bu iletişim uygulamaları genellikle kullanıcılar tarafından herhangi bir ödemeye ihtiyaç duymadan sağlanmasına karşın, geleneksel elektronik iletişim hizmetleri telekom operatörleri tarafından bir ödeme gerektirmektedir. Bu durum müşterilerin uygulamaları ücretsiz olarak kullanmayı tercih etmeye başlamasından dolayı telekom operatörlerinin iletişim uygulamalarını hizmetlerini kısıtlayacak ve bu nedenle telekom operatörlerinin kârlılığı azalabilecektir.⁹³

⁸⁹ Avrupa Komisyonu, PO Video Games&Nintendo&Omega, § 27-29.

⁹⁰ Avrupa Komisyonu, PO Video Games&Nintendo&Omega, § 31.

⁹¹ Avrupa Komisyonu, Facebook & WhatsApp, Case M.7217, 03/10/2014, OJ L 2985.

⁹² Avrupa Komisyonu, Facebook & WhatsApp, Case M.7217, 03/10/2014, OJ L 2985, § 28-29.

⁹³ Avrupa Komisyonu, Facebook & WhatsApp, Case M.7217, 03/10/2014, OJ L 2985, § 28-32.

Standardda esas patentler de teknoloji pazarlarının spesifik örneğidir. Avrupa Komisyonu, **Google & Motorola Mobility (2012)**⁹⁴ kararında, “standardda esas patentler”e⁹⁵ (SEP) ilişkin olarak her bir standart patentin ayrı bir teknoloji pazarı oluşturduğunu, bunların sınırlarının belirlenmesi ve ona göre analiz yapılması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü, SEP’ler özelliği gereği bir uygulama için standart hale getirildiklerinden, alternatif ve ikameleri yoktur. Bu nedenle, ayrı bir teknoloji pazarı olarak ele alınmalıdır.⁹⁶ Her bir SEP için belirlenen teknoloji pazarının coğrafi sınırları ise, en az Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve ötesinde dünya geneli şeklinde belirlenmiştir.⁹⁷ İlgili vakada, Motorola Mobility firması Google tarafından devralınacaktır. Google, internet arama motoru ve online reklam hizmet sağlayıcısıdır. Motorola Mobility ise, mobil cihazlar (akıllı mobil cihazlar dahil), TV alıcıları, uçtan uca video çözümleri ve kablolu erişim çözümleri tedarikçisidir. Google ile Motorola arasında, 15/08/2011 tarihinde, Birleşme Anlaşma ve Planı imzalanmıştır. Birleşme işleminin bir parçası olarak Google, Motorola Mobility’nin patent portföyünü de bünyesine alacaktır. İlgili vakada, Motorola Mobility “standardda esas patentler”e sahiptir.⁹⁸ Komisyon, Google tarafından Motorola’nın devir alınması işlemini ortak pazarda önemli rekabet sorunları oluşturmadığını bildirerek onaylamıştır.⁹⁹ Şöyle ki, ilgili teknoloji pazarlarında, Motorola’dan daha büyük rakipler olduğu değerlendirilerek, ilgili devir işleminin rekabet kısıtlamasına yol açmayacağı belirtilmiştir.¹⁰⁰

⁹⁴ Avrupa Komisyonu, Motorola Mobility & Google Incorporation, Case Comp/M.6381, 13/02/2012.

⁹⁵ SEP: Standard Essential Patent. Standardda Esas Patent şeklinde Türkçeye çevrilmektedir. Genellikle fikri mülkiyet koruması altında lisanslı teknolojilere yönelik oluşturulan standart patentleri ifade etmektedir. (Tuba Yeşil, “FRAND Taahhüdü Çerçevesinde Lisanslanan Standardda Esas Patentlere İlişkin Mahkeme Emri Uygulamalarının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri*, 158, Ankara, 2017, s. 1).

⁹⁶ Avrupa Komisyonu, Motorola Mobility & Google Incorporation, Case Comp/M.6381, 13/02/2012, § 54.

⁹⁷ Avrupa Komisyonu, Motorola Mobility & Google Incorporation, Case Comp/M.6381, 13/02/2012, § 61.

⁹⁸ Avrupa Komisyonu, Motorola Mobility & Google Incorporation, Case Comp/M.6381, 13/02/2012, §§ 3, 4, 5 ve 6.

⁹⁹ Avrupa Komisyonu, Motorola Mobility & Google Incorporation, Case Comp/M.6381, 13/02/2012, § 181.

¹⁰⁰ Avrupa Komisyonu, Motorola Mobility & Google Incorporation, Case Comp/M.6381, 13/02/2012, §§ 95, 96, 97, 98.

B. Türk Rekabet Hukukunda İlgili Teknoloji Pazarının Belirlenmesi

1. İlgili Mevzuat

Türk Rekabet mevzuatında birçok yerde teknoloji pazarı kavramı geçmektedir. 2013 TR Yatay İş Birliği Kılavuzu'nda teknoloji pazarları, "lisansa konu olan fikri mülkiyet haklarından ve bunların yakın ikamesi olarak kullanılabilen diğer teknolojilerden oluşur"¹⁰¹ demekte; 2016 TR Ar-Ge Grup Muafiyeti Tebliğinde ilgili teknoloji pazarı "Sözleşme konusu teknolojilerin yerini alabilecek ya da bu teknolojileri geliştirebilecek veya ikame edebilecek teknolojilerin ve süreçlerin oluşturduğu ilgili pazar"¹⁰² olarak tanımlanmakta, 2008/2 sayılı TR TT Grup Muafiyeti Tebliğinde ilgili teknoloji pazarı, "lisans alan kişiler tarafından özellikleri, lisans bedelleri ve kullanım amaçları bakımından lisans verilen teknolojiyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir kabul edilen teknolojileri kapsamaktadır"¹⁰³ şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıca 2008 TR TT Uygulama Rehberinde "Teknoloji pazarları, lisansı verilen teknolojiden ve bunun ikamelerinden, yani; nitelikleri, lisans bedelleri ve kullanım amaçları bakımından lisans alanların lisansı alınan teknoloji ile değiştirilebilir veya ikame edilebilir kabul ettiği diğer teknolojilerden oluştuğu"¹⁰⁴ belirtilmektedir. 2013 TR Yatay İş Birliği Kılavuzu'nda fikri mülkiyet haklarının, ilgili oldukları ürün ve hizmetlerden ayrı olarak pazarlanması durumunda, ilgili teknoloji pazarlarının da tanımlanması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁵ Tanımlardan anlaşıldığı üzere ilgili teknoloji pazarında da ilgili ürün pazarı kavramında benimsenen iktisadi temelli yaklaşım benimsenmiştir. Yatay İş Birliği Rehberi ise ayrı olarak pazarlanabilir şartı getirmektedir. 2011 AB Yatay İş Birliği Rehberiyle aynı yaklaşım benimsenmektedir. Aynı şekilde ilgili teknoloji pazarının belirlenmesinde AB Rekabet Hukukunda olduğu gibi Türkiye'de de ilgili ürün pazarının belirlenmesinde uygulanan yöntemin kullanıldığı görülmektedir.¹⁰⁶ İlgili teknoloji pazarının tanımlanmasında talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet olarak yine üç temel kriter karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁷ Anlaşma konusu teknoloji ve üç kriter baz alınarak bu teknolojinin ikamelerinin belirlenmesi

¹⁰¹ 2013 TR Yatay İşbirliği Kılavuzu, paragraf 96.

¹⁰² 2016/5 sayılı, TR Ar-Gr Grup Muafiyeti Tebliği, madde 4/1(ı).

¹⁰³ 2008/2 sayılı, TR TT Grup Muafiyeti Tebliği, madde 4/e(1).

¹⁰⁴ 2008 TR TT Uygulama Rehberi, paragraf 19.

¹⁰⁵ RKK, Vestel, 26.12.2019 tarihli, 19-46/790-344 sayılı, § 21.

¹⁰⁶ 2014 TR TT Uygulama Kılavuzu, paragraf 19, 2013 TR Yatay İşbirliği Anlaşmaları Kılavuzu, paragraf 97.

¹⁰⁷ 2008 TR İlgili Pazarın Kılavuzu, bölüm 1.3., "pazar tanımlanmasının temel ilkeleri"; 1997 AB İlgili Pazar Rehberi, paragraf 13, "Competitive constraints"; ABD 2010 Yatay Birleşme Rehberi, Bölüm 4 "Market Definition".

şeklinde ilgili pazar tanımı gerçekleştirilir. Ancak dijital çağda iktisadi geleneksel yaklaşım rekabet analizlerinde yetersiz kalabilmektedir.

2. İlgili İçtihat

Rekabet Kurulu, **BKM & DFS Kararında (2016)**¹⁰⁸; taraflar arasındaki lisans anlaşmasının grup muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağını değerlendirilmesinde, rakip teşebbüslerin pazar payı hesap edilmiştir. Burada, Rekabet Kurulu tarafından, 2008/2 sayılı TR Tebliğ'deki hükme göre; *“anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin rakip olduğu hallerde tarafların toplam pazar payının etkilenen ilgili teknoloji ve ürün pazarında %30’u geçmemesi koşulu”* aranacağı ve bildirim konusu anlaşmada tarafların toplam pazar payının %30’un altında kaldığı ifade edilerek, söz konusu lisans anlaşmasının 2008/2 sayılı TR Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanacağı belirtilmiştir. **Vestel & Philips Kararı (2019)** teknolojinin ürünle ya da üretim usulüyle bütünleşen bir girdi olmasından hareketle, teknoloji lisansı verilmesi, hem teknoloji pazarında hem de lisansı verilen teknolojinin girdi olarak kullanıldığı ürün pazarlarında rekabeti etkileyebilecektir. Bu nedenle, lisans anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkilerini değerlendirmek için, teknoloji pazarları ile birlikte söz konusu teknolojinin girdi olduğu ilgili ürün pazarlarının tanımlanması gerektiği belirtilmiş ve değerlendirmeler buna göre yapılmıştır.¹⁰⁹

AB ve Türk müktesebatına ve doktrine ilişkin incelemelerimizde görüldüğü gibi teknoloji pazarları kavramı, teknolojiyi bir girdi olarak görmektedir. Bu teknolojinin kullanılması ile üretilen ürün ise bir çıktıya dönüşmektedir. Teknolojiyi içeren girdi pazarı (upstream market) ve teknoloji ile üretilen ürün yani çıktı pazarı (downstream market) ayrı iki pazar olarak görülmektedir. Rekabet incelemeleri de her iki yönde yapılmaktadır.¹¹⁰ Rekabet analizleri açısından teknoloji pazarları benzer sonuçlara ulaşan farklı teknolojileri içermektedir.¹¹¹ Yatay iş birliği rehber ve kılavuzlarından da anlaşıldığı gibi bir teknoloji pazarından bahsetmek için, bu hakkın mutlaka lisanslanması gerekli değildir, fark edilebilir bir talep ile potansiyel bir pazarın olması da yeterli olabilir. Teknolojinin

¹⁰⁸ RKK, Bankalararası Kart Merkezi A.Ş. & Discover Financial Services, 18.02.2016 tarihli, 16-05/106-47 sayılı.

¹⁰⁹ RKK, Vestel & Philips, 19-46/790-344 sayılı, 26.12.2019 tarihli, § 23.

¹¹⁰ Örneğin Shell & Montedison (1994) vakasında teknoloji bir girdi olarak ele alınmıştır.

¹¹¹ J. A. Newberg, “Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets”, 14 *Harvard Journal of Law & Technology*, 2000, s. 121.

pazarlanabilir olması şartı aranmaktadır, ancak TT grup muafiyeti mevzuatı pazarlanabilir şartı aramamaktadır. Bunun yanında TT grup muafiyeti mevzuatı geliştirilmekte olan teknolojilerden kaynaklanan potansiyel rekabete yeterli derecede incelemeye almamakla birlikte, Ar-Ge anlaşmalarına ilişkin değerlendirilmede teknoloji pazarlarındaki potansiyel rekabetin önemi vurgulanmıştır. Avrupa Komisyonu ve Rekabet Kurulu zaman zaman bir teknolojiyi bir ürün olarak değerlendirmiştir. Teknoloji ve ürün kavramları bazı durumlarda iç içe geçmiş durumdadır. Bunun sebebi ilgili ürünün kendisinin bir teknoloji içermesinden kaynaklanmaktadır.¹¹² Bu nedenle bazı vakalarda bir teknoloji ilgili ürün piyasası altında anılabilmektedir. Analiz için yeterli verinin olmadığı, ikame edilebilirlik anlamı sonuçlar vermediği durumlarda, teknolojinin dahil edildiği ürünler aracılığıyla ilgili pazar belirlenebilir. Ancak hızlı teknolojik gelişmelere bağlı olarak mevzuatta kabul edilmiş geleneksel yöntemlerin uygulamada yetersiz kaldığı görülmektedir. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak farklı ilgili pazarda görülmesine rağmen, bir sistem oluşturarak kaldırma etkisi yaratması, ücretsiz hizmetler gibi unsurların dikkate alınarak ilgili teknoloji pazar değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun için de içtihatla şekillenmeye başlayan yaklaşımların yöntem ve usullerle mevzuata yansımaları sürdürülmektedir.

IV. İLGİLİ COĞRAFI PAZAR

Rekabet incelemelerinde, ilgili ürün ve ilgili teknoloji pazarları belirlendikten sonra bir sonraki adımda yapılması gereken bu pazarların sınırını belirlemek için, ilgili coğrafi pazarın (relevant geographic market) sınırlarının tespit edilmesidir.

A. AB ve Türk Rekabet Hukukunda İlgili Coğrafi Pazar Tanımı

Rekabet incelemelerinde, ilgili coğrafi pazar konusunda, AB müktesebatına bakıldığında, 1997 AB İlgili Pazar Rehberinde ilgili coğrafi pazarın; *“ilgili teşebbüslerin, ürün veya hizmetlerin arz ve talebi konusunda yer aldığı, rekabet koşullarının yeterince homojen olduğu ve rekabet koşullarının komşu bölgelerden önemli ölçüde farklı olduğu için bu bölgelerden açıkça ayırt edilebilen alanları”* kapsadığı anlaşılmaktadır.¹¹³ Belirlenen ilgili coğrafi pazarın, rekabet koşulları kendi içinde homojen iken, komşu bölgelerin rekabet koşullarından gözle görü-

¹¹² Nungesser (1982) vakasındaki hybrid mısır tohumu bir ürün gibi görülmeyle birlikte, içinde özel bir teknolojiyi barındırmaktadır.

¹¹³ 1997 AB İlgili Pazar Rehberi, paragraf 8.

lür farklılıklar arz etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, belirtilen kriterler çerçevesinde kendi içinde benzerlik/homojenlik gösteren pazar, coğrafi pazarı ifade etmektedir. Nitekim, **United Brands & Komisyon (1978)**¹¹⁴ vakasında, Komisyon, ilgili pazarı belirlerken homojenliği dikkate alıp, homojen olmayan AB üye ülkelerini ilgili pazar kapsamı dışına çıkarmıştır. 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu'nda ilgili coğrafi pazar aynı şekilde tanımlanmıştır.¹¹⁵

Rekabet Kurulunun **Pınar Süt & Sodima (2004)**¹¹⁶ kararında da ilgili coğrafi pazar için teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri alanın, rekabet koşullarının yeterli karar homojen ve özellikle rekabet koşullarının komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olması; ilgili coğrafi pazarın tespitinde büyük bir önem taşıdığı ve belirleyici olduğu belirtilmiştir.

B. AB ve Türk Rekabet İncelemelerinde İlgili Coğrafi Pazarın Sınırlarının Çizilmesi

İlgili pazar kılavuz ve rehberlerinde ilgili coğrafi pazarlar belirlenirken, dikkate alınacak unsurlar düzenlenmektedir. Coğrafi pazarın belirlenmesinde, tarafların ve rakiplerin pazar paylarından ve fiyat farklılıklarından yararlanılmaktadır. Farklı bölgelerdeki firmaların tüketiciler için bir arz kaynağı olup olmadığı incelenir. Bu incelemelerde, talebin yapısı da dikkate alınmaktadır. Tüketicilerin, firmalar arasında tercihlerindeki kaymalar belirleyici konulardır. İlgili otoriteler siparişlerin başka bölgelere kayıp kaymadığı, talebin özellikleri, müşterilerin ve rakiplerin görüşleri, ticaret akımları ve siparişlerin başka bölgelere kaymasının önünde engel olup olmadığı gibi konuları dikkate alarak, ilgili coğrafi pazarı tanımlamaktadır. Tüm bu bilgiler ışığında bölgesel düzeyden, uluslararası düzeye kadar farklı büyüklükte bir ilgili coğrafi pazar sınırı belirlenebilir.¹¹⁷

Aslında ABİHA 102. maddesi kapsamında, AB'de ilgili sınır genel olarak, *“ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde”* olarak belirtilmiştir. Bu nedenle, Komisyon veya ABAD incelediği vaka özelinde, ilgili coğrafi pazarı; AB ortak pazarının tamamı, sadece bir AB üyesi ya da AB üye ülkelerinden birinin

¹¹⁴ Avrupa Komisyonu, United Brands & Comission, Case 27/76, 14/02/1978, ECR 207, CMLR 429, §§ 38, 39.; Richard Whish-David Bailey, **Competition Law**, 7. bs., Oxford University Press, 2012, s. 39.

¹¹⁵ 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, paragraf 3.

¹¹⁶ RKK, Pınar Süt Mamülleri & Sodima, 8.7.2004 tarih, 04-46/597-145 sayılı, § 100.

¹¹⁷ 1997 AB İlgili Pazar Rehberi, paragraf 44-52; 2008 TR İlgili Pazar Kılavuzu, paragraf 19, 31-40.

bir bölümü/bölgesi şeklinde belirleyebilmektedir.¹¹⁸ **Tetra Pak & Komisyon (1991)**¹¹⁹ vakasında, Tetra Pak şirketi, likit ve yarı likit gıdaların karton kutulara doldurulması konusunda faaliyet göstermekteydi ve pazarda hakim konumdaydı. Tetra Pak şirketi, patentli karton doldurma makineleri lisanslamasında, lisans alanlara kendi karton paketleme alt malzemelerinin de alınması şartı getirmiştir. Tetra Pak Şirketi, AB üye devletleri arasında farklı fiyatlar uyguluyordu. AB üye ülkelerine uygulanan fiyat farklılıkları, makineler için yaklaşık %300 ve kartonlar için %50'ye kadar çıkmaktaydı. Komisyon, üye devletler arasındaki fiyat farklılıklarının rekabet ihlali olarak değerlendirdiği kararında, ilgili coğrafi pazarı, tüm AB şeklinde belirlemiştir.¹²⁰ Ancak, küreselleşme çerçevesinde ve vaka özelinde, Komisyon ya da ABAD'ın rekabet incelemelerinde belirlenen ilgili coğrafi pazarın, AB ortak pazarının ötesine geçtiği de görülmektedir. Örneğin, **MCI WorldCom, Sprint & Komisyon (2000)** vakasında, MCI WorldCom ve Sprint şirketlerinin birleşmeleri söz konusudur. Her iki şirket, iletişim alanında faaliyet göstermektedir. Tesis tabanlı yerel, uzun mesafeli ve uluslararası telefon, arama kartı ve internet hizmetleri dahil olmak üzere işletmelere ve tüketicilere çok çeşitli telekomünikasyon hizmetleri sunmaktadırlar. Komisyon, bu vakada tek bir küresel piyasa olarak, "tüm dünyayı" ilgili coğrafi pazar olarak belirlemiştir. Çünkü, bağlantı sağlama ve internet hizmetlerinin küresel bir pazar olduğunu değerlendirmiştir.¹²¹ Yine **Olivetti & Digital (1994)**¹²² kararında "tüm dünya" coğrafi pazar olarak belirlenmiştir. Ekonomik açıdan bakıldığında, dünya çapındaki önemli ticaret hacimleri, nakliye maliyetlerinin küçük olması ve herhangi bir önemli ticaret engelini bulunmaması göz önüne alınarak, ilgili coğrafi pazar tüm dünya olarak kabul edilmiştir.¹²³

¹¹⁸ Geleneksel olarak bakıldığında AB müktesebatında coğrafi pazarların sınırı ortak pazarın tamamı olarak değerlendirilmektedir. Bknz.: Tetra Pak&Komisyon (1991) vakası. Ancak ortak pazarın tamamının ilgili coğrafi pazar olarak değerlendirilemeyeceği durumlar mevcuttur. Burada kıstas homojenliktir. İnceleme konusu vaka özelinde ortak pazar içinde olsa dahi özellikleri bakımından farklı pazarlar varsa bunlar ilgili coğrafi pazar sınırlarının dışında bırakılmaktadır. Bknz.: United Brands & Komisyon (1978) vakası. Ancak yenilik çağında ilgili coğrafi pazarın artık ortak pazar sınırlarının da dışına çıktığı görülmektedir. Bknz.: MCU Worldcom, Sprint & Komisyon (2000) vakası.

¹¹⁹ Avrupa Komisyonu, Tetra Pak & Komisyon, 24/07/1991, OJ L72/1, 4 CMLR 551.

¹²⁰ Whish-Bailey, ibid, 2012, s. 765.

¹²¹ Avrupa Komisyonu, MCI WorldCom, Sprint & Komisyon, 28/06/2000, Case M 1741, § 2 ve 97.

¹²² Avrupa Komisyonu, Olivetti & Digital, Case IV/34.410, 94/771/EC, 11/11/1994, OJ L309/24.

¹²³ Avrupa Komisyonu, Olivetti & Digital, Case IV/34.410, 94/771/EC, 11/11/1994, OJ L309/24, § 11.

Ayrıca, Komisyonun bazı kararlarında, ilgili coğrafi pazarın sınırlarını, AB'nin tamamından daha dar kapsamda belirlediği de görülmektedir. İlgili coğrafi pazar içinde, rekabet durumunun homojen olması gerekmektedir. **United Brands & Komisyon (1978)**¹²⁴ vakasında, United Brands ABD menşeli, muz üreticisi ve dağıtıcı bir firmadır. İlgili firma, AB ülkelerine muz dağıtmaktadır. Vaka da, rekabet incelemesi aşamasında, Komisyon ilgili coğrafi pazarı belirlerken, United Brand bu ülkelerde de aktif ve yoğun olarak olmasına rağmen, AB üye ülkelerinden İngiltere, Fransa ve İtalya'yı coğrafi pazarın dışına bırakmıştır. Çünkü, söz konusu bu AB ülkelerinde, özel muz ithalatı anlaşmaları ve özel bir takım ticari düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca, farklı tip ve menşeli muzlar da satılmaktadır. İlgili coğrafi bölgeden koşulları farklı olduğu için, bu ülkeler dışarıda bırakılmıştır. Belirlenen ilgili coğrafi bölgenin, kendi içerisinde homojen olmasına dikkat edilmiştir.

Rekabet Kurulu da bölgesel düzeyden, uluslararası düzeye kadar farklı büyüklükte bir ilgili coğrafi pazar sınırı belirleyebilmektedir. AB'de ABİHA 102. maddesi kapsamında genel sınır belirlenirken Türkiye'de de RKHK'nın 2. maddesinde, "*Türkiye Cumhuriyeti Sınırları içinde*" ibaresiyle sınır belirlenmiştir. Bu ifade, rekabet analizlerinde ilgili coğrafi pazarın üst sınırının, Türkiye Cumhuriyeti olduğunu göstermektedir.¹²⁵ Rekabet Kurulu kararlarının birçoğunda, ilgili coğrafi pazar, ülkenin tamamı (Türkiye Cumhuriyeti Sınırları)¹²⁶ olarak alınmaktadır. Örneğin, Rekabet Kurulu tarafından **Anadolu Efes & Brauerei Beck (2003)**¹²⁷ arasındaki, Beck's markalı biranın üretim ve dağıtımına ilişkin bildirim konusu anlaşmada, anlaşma konusu biranın Türkiye'nin her bölgesine ulaştırıldığı belirtilerek, ilgili coğrafi pazar, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir. Ancak, bu üst sınır belirlenmiş olmakla birlikte, Rekabet Kurulu Kararlarında, coğrafi pazarın uluslararası düzeyde de belirlendiğini görmekteyiz. Örneğin, **Blomberg Werke ve Brandt Group** şirketlerinin, **Arçelik** tarafından

¹²⁴ Avrupa Komisyonu, United Brands & Komisyon, Case 27/76, 14/02/1978, ECR 207, CMLR 429, §§ 38, 39.; Whish-Bailey, ibid, 2012, s. 39.

¹²⁵ Aslan, ibid, 2017, s. 153.

¹²⁶ RKK, Amgen Incorporation- F. Hoffmann & La Roche Ltd., 20/1/2009 tarihli, 09-03/56-23 sayılı, Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş. & Miler Brewing Company, 14/11/2002 tarihli, 02-70/843-347 sayılı, Bankalararası Kart Merkezi A.Ş. & Discover Financial Services, 18/02/2016 tarihli, 16-05/106-47 sayılı. Bu kararlarda ilgili coğrafi Pazar "Türkiye sınırları" olarak belirlenmiştir.

¹²⁷ RKK, Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi AŞ & Brauerei Beck, 12/6/2003 tarihli, 03-42/463-202 sayılı.

devralınması işlemine ilişkin, RKK'da **(2002)**;¹²⁸ devralma işleminde taraflardan biri olan Arçelik, Türkiye'de faal iken, Brandt Hausgerate ve Blomberg Werke firmaları Almanya'da faaldir. Bu nedenle Rekabet Kurulu tarafından, Türkiye ile AB arasında ciddi miktarda ticaret akışının varlığından dolayı, coğrafi pazarın Türkiye Cumhuriyeti sınırlarının ötesinde, AB sınırları olarak tanımlanması olasılığının dikkate alınması gerektiği değerlendirilmiştir. Neticede, her bir ürün pazarı için, ticaret akışını da dikkate alarak, ayrı ayrı coğrafi pazar analizi yapılmış ve çamaşır makinesi pazarı, Türkiye sınırları da dahil olmak üzere AB sınırları olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, bazı durumlarda, örneğin, bölge koşullarının farklılaştığı zamanlarda, bir il ya da bir bölge, hatta bir köy olarak da, ilgili coğrafi pazar belirlenebilmektedir. Örneğin, Kurul'un **LPG Üreticileri (2005)** kararında¹²⁹, LPG piyasasında faal olan teşebbüslerin, Türkiye genelinde %80 olan pazar paylarından dolayı, ilgili coğrafi pazar Türkiye geneli gibi görünmekle birlikte, Adıyaman ilinin tek başına %20 oranına sahip olması nedeniyle Adıyaman İli ilgili coğrafi pazar olarak belirlenmiştir. Rekabet Kurulunun, **Ankara Kahveciler Odası (2005)**¹³⁰ kararında, Mamak ilçesi Tuzluçayır mahallesi bir pazar olarak belirlenmiştir. Rekabet Kurulu, **Carrefour (2000)** kararında¹³¹ ise, İstanbul'u, Anadolu ve Avrupa yakası olarak iki pazara ayırmıştır.

C. Yenilik Çağında İlgili Coğrafi Pazar

AB 1997 AB ilgili Pazar Rehberi güncelleştirme çalışmalarına yönelik raporda küreselleşme ve ithalat rekabeti koşullarında coğrafi pazarların değerlendirilmesi ve fiyat dışı rekabet (yenilik dahil) konularında mevcut rehberin güncelleştirilmesi gerektiğini belirtilmiştir.¹³² Genel olarak bakıldığında AB ve Türk rekabet incelemelerinde coğrafi pazar, rekabet koşullarının yeterince homojen olduğu bir alan olarak anlaşılmaktadır. Ancak, ilgili ürün ve teknoloji pazar tanımlamasından sonra pazar tanımlamasının ikinci boyutu olan ilgili coğrafi pazar tanımı da teknolojik yenilik ve dijital çağda çağın özelliklerine ayak uydurularak tanımlanmalıdır. Artık ulusal olarak kabul edilen coğrafi pa-

¹²⁸ RKK, Blomberg Werke ve Brandt Group Hausgerate şirketleri & Arçelik, 28.5.2002 tarihli, 02-32/367-153 sayılı.

¹²⁹ RKK, Aygaz, 25/10/2005 tarihli, 05-73/986-273 sayılı.

¹³⁰ RKK, Ankara Kahveciler Odası, 05/05/2005 tarihli, 05-30/372-91 sayılı.

¹³¹ RKK, Carrefour, 23/03/2000 tarihli, 00-11/119-58 sayılı.

¹³² Avrupa Komisyonu, "Competition: Commission publishes findings of evaluation of Market Definition Notice", https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3585, (07.02.2021).

zarlar birçok durumda dünya çapında daha geniş pazarlar haline gelmiştir. Mekânsal ekonomiden veriler elde edilebilen geleneksel pazarlarda coğrafi pazarlar çok daha parçalı değerlendirilebilir.¹³³ Ancak teknoloji pazarları için pazarların bu kadar parçalı olmasını beklemek zordur.¹³⁴ Örneğin, know-how, bilgi ve yenilik gibi fikri mülkiyet hakları fiziksel olmamaları sayesinde kolayca yayılabileceğinden, sınırları kolayca ve yeni coğrafi alanlara nüfuz edebilir. Bu nedenle fikri mülkiyet hakları için daha geniş pazar tanımları yapılabilir.¹³⁵ Lisans anlaşmalarında ilgili coğrafi pazar belirlemede RK'nın da genel eğiliminin Türkiye Cumhuriyeti Sınırları olduğu görülmektedir.¹³⁶

Ayrıca internet coğrafi pazar açısından özel bir öneme sahiptir.¹³⁷ İnternetin kendi içinde belli başlı bir pazar olabileceğini savunan yaklaşımlar mevcuttur.¹³⁸ Yine birçok bilgi ve iletişim teknolojileri şirketleri direkt küresel olarak doğmaktadırlar.¹³⁹ Sonuç olarak, coğrafi pazarlar teknolojik yenilikler ve dijitalleşme için oldukça geniş ve hatta küresel olma eğilimindedir.

V. YENİLİK PAZARLARI¹⁴⁰

A. Kavramsal Çerçeve

Teknolojik yeniliklerin çok sık ve hızlı olduğu, sürekli yeni ürünler ya da iyileştirilmiş ürünler sunulduğu, bu nedenle son derece dinamik yapısı olan pazarlar yenilik (inovasyon) pazarlarıdır.¹⁴¹ Yenilik pazarlarında, geleneksel pazarlara göre, yeni

¹³³ Avrupa Komisyonu, United Brands & Komisyon, Case 27/76, 14/02/1978, ECR 207, CMLR 429, § 38, 39.; RKK, Aygaz Kararı, 25.10.2005 tarihli, 05-73/986-273 sayılı.

¹³⁴ Avrupa Komisyonu, MCI WorldCom, Sprint & Komisyon, Case M 1741, 28/06/2000; Avrupa Komisyonu, Olivetti & Digital, Case IV/34.410, 94/771/EC, 11/11/1994, OJ L309/24.

¹³⁵ Avrupa Komisyonu, Tetra Pak & Komisyon [1992] OJ L72/1, 4 CMLR 551.

¹³⁶ RKK, Şişecam & Sierracin, 28 Eylül 1999 tarih ve 99-44/466-295, Pınar Süt & Sodima, 8.7.2004 Tarih ve 04-46/597-145, Pınar Süt & Sodima, 25.9.2008 tarihli ve 08-56/891-352, Eastpharma & Hoffmann ve La Roche Ltd., 12.6.2008 Tarihli ve 08-39/519-192, BKM & DFS, 18.02.2016 tarihli ve 16-05/106-47 sayılı kararlar.

¹³⁷ Avrupa Komisyonu, MCI WorldCom, Sprint & Komisyon, Case M 1741, 28/06/2000.

¹³⁸ Charles Carson Eblen, "Defining the Geographic Market in Modern Commerce: The Effect of Globalization and E-Commerce on Tampa Electric and Its Progeny", *56 Baylor Law Review*, 49, 2004, s. 79.

¹³⁹ Avrupa Komisyonu, Olivetti & Digital, Case IV/34.410, 94/771/EC, 11/11/1994, OJ L309/24.

¹⁴⁰ Yenilik pazarı için inovasyon pazarı ve AR-GE pazarı kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir.

¹⁴¹ Hilal Yılmaz, "Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet", Ankara 2003, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, s. 10.

ürünlerin geliştirilmesi son derece hızlıdır. Bu nedenle, yenilik pazarlarında teknoloji rekabeti ve yenilik rekabeti yaşanmaktadır. Teşebbüsler ortaya koydukları yenilikler ve iyileştirmeler karşısında çoğunlukla fikri mülkiyet haklarına sahip olabilirler. Yenilik pazarlarında teşebbüslerin elde ettikleri fikri mülkiyet haklarının sağladığı koruma aşırı şekilde uygulanırsa, bu muhtemel yenilik ve iyileştirmelerin ortaya çıkmasını önleyebilir. Bu şekildeki uygulama ve eylemler, yenilik pazarında rekabeti olumsuz etkileyebilir. Bu nedenle, taraflar arasındaki anlaşmaların rekabet üzerindeki etkisi incelenirken, sadece ilgili ürün ve teknoloji piyasasında değil, aynı zamanda yenilik pazarlarında da bu etki incelenmesi gerekli olabilir. Yenilik mevcut ürün/teknoloji üzerinde iyileştirmeler yaparak mevcut ürün/teknoloji pazarını etkileyebileceği gibi (örneğin, *belirli ürünlerin yeni modelleri Iphone 7'nin yerini Iphone 8'in alması*), yepyeni bir ürün/teknoloji geliştirerek tamamen yeni bir ürün/teknoloji pazarı (örneğin, *daha önce tedavisi mümkün olmayan bir hastalık için yeni bir aşı*) da oluşturabilir.¹⁴² Bu iki uç arasındaki durumlarda mevcuttur, yani yenilik çabalarının zamanla mevcut ürünlerin (örneğin, *kaset çalarların yerini alan CD'ler*) yerini alan ürün/teknoloji yaratabileceği durumlarla ilgilidir.¹⁴³ Yenilik çok geniş bir alana yaygındır. Çok taraflı platformlar, ücretsiz hizmetler, yeni iş modelleri ve uygulama tabanlı ekonomisiyle dijital pazarlar, Ar-Ge odaklı ilaç sektörü, standarda esas patentler (SEP) geliştiren yüksek teknoloji endüstrileri, yazılım ve donanım yenilikleri gibi birçok alanda yenilik söz konusudur.¹⁴⁴ Ar-Ge yatırımları yeni teknolojilerin yaratılmasında önemli bir rol oynamaktadır.

Avrupa Komisyonu, yeniliği tüketicinin sağladığı faydayı arttıran ve rekabetin kaynağı olarak görmektedir.¹⁴⁵ Dolayısıyla yeniliği her zaman desteklemektedir, ancak; eğer teşebbüsler arası anlaşmalar "**inovasyonda rekabeti** (Ar-Ge çalışmaları)"¹⁴⁶ olumsuz etkileyebileceyse bu etkilerin de analiz edilmesi gerekli-

¹⁴² Avrupa Komisyonu, 2011 ABİHA'nın 101. maddesinin yatay İşbirliği anlaşmalarına uygulanabilirliğine ilişkin Rehber, OJ C11/1, paragraf 112.

¹⁴³ Kirst Middleton, *Blackstone's UK & EU Competition Documents*, 8.bs., Oxford Press, 2009, s. 407.

¹⁴⁴ Robertson, *ibid*, 2020, s. 69.

¹⁴⁵ 2014 AB TT Uygulama Rehberi, paragraf 7.

¹⁴⁶ 2014 AB TT Uygulama Rehberinde "inovasyonda rekabet" kavramı kullanılırken, bir önceki 2004 AB TT Uygulama Rehberinde "inovasyon pazarı" kavramı kullanılmıştır. Avrupa Komisyonu, TT rehberlerinde inovasyonu ilk başta ayrı bir pazar olarak görürken, daha sonra yayınladığı son uygulama rehberinde, inovasyon pazarını ayrı bir pazar olarak görmektense mevcut ürün ve teknoloji pazarlarında yenilik değerlendirmelerini uygun görmüştür. Ancak bazı özel durumlar için yenilik pazarının ayrıca analiz edilmesi gerektiğini de vurgulamıştır. İnovasyonda rekabet kavramı 2001 ve 2011 AB yatay işbirliği anlaşmaları rehberinde de varlığını sürdüren bir kavramdır.

liğini vurgulamıştır.¹⁴⁷ İnovasyonda rekabet kavramı hem AB 2014 TT Rehberinde hem de AB 2011 Yatay İş Birliği Rehberinde geçmektedir. Bununla birlikte, bu etkilerin genellikle sadece anlaşma konusu mevcut ürün ve teknoloji pazarları üzerinde incelenmesinin yeterli olacağını vurgulamıştır. Aynı bir “inovasyon pazarı” belirlemesini gerekli görmemiştir. Bu tür pazarlardaki rekabet, geliştirilmiş ürünlerin veya zamanla mevcut ürünlerin yerini alacak yeni ürünlerin piyasaya sürülmesini geciktiren anlaşmalardan etkilenebilir. Bu gibi durumlarda yenilik, anlaşmanın ürün pazarları ve teknoloji pazarları üzerindeki etkisini değerlendirirken dikkate alınması gereken potansiyel bir rekabet kaynağıdır. Ancak, bazı özel durumlarda, inovasyonda rekabet üzerindeki etkilerin değerlendirilmesinde mevcut ürün veya teknoloji piyasalarındaki mevcut veya potansiyel rekabetin analizi yeterli olmayabilir ve bu etkilerin ayrıca analiz edilmesi yararlı ve gerekli olabilir. Bunun, özellikle anlaşmanın yeni ürünler ortaya çıkarmayı amaçlayan yenilik faaliyetini etkilediği ve Ar-Ge merkezlerinin erken bir aşamada tespit edilebildiği durumlarda gerekli olabileceği belirtilmiştir. Bu gibi durumlarda, anlaşmadan sonra inovasyonda etkin rekabetin sürdürülmesi için yeterli sayıda rekabet eden Ar-Ge merkezinin kalıp kalmadığının analiz edilmesi şeklinde inceleme gerçekleştirilebileceği vurgulanmıştır.¹⁴⁸ Bu durum özellikle ilaç ve biyoteknoloji pazarlarında karşılaşılabilecek bir durum olabilir. Bir anlaşmanın, yeni veya iyileştirilmiş ürün veya süreçlerin geliştirilmesi konusunda rekabeti olumsuz etkileme ihtimali varsa, bu anlaşmanın rekabetçi etkileri analiz edilirken Ar-Ge ve yenilik unsurlarının da etkilerinin analizi edilmesi gerekmektedir. Yenilik pazarı da, bir mal veya hizmet pazarıdır. Ancak, bu pazar henüz doğmamıştır. Söz konusu mal veya hizmet, yeni ürünlerin geliştirilmesine yönelik Ar-Ge faaliyetleri sonucu yaratılacaktır. Dolayısıyla, Ar-Ge pazarlarında rekabet, Ar-Ge faaliyetleriyle yeni ürünler ya da süreçler ortaya koyan firmalar arasında olacaktır. Teşebbüsler ürettikleri özel ürünleri geliştirmek amacıyla yürüttükleri Ar-Ge faaliyetleri konusunda pazarda lider konumda işler bu firmaların eylemleri ve oluşturabilecekleri tekel yapı, Ar-Ge pazarlarında yeniliği azaltabilir.

¹⁴⁷ 2014 AB TT Uygulama Rehberi, paragraf 26; 2011 AB Yatay İşbirliği Rehberi, paragraf 99.

¹⁴⁸ 2014 AB TT Uygulama Rehberi, paragraf 26; 2011 AB Yatay İşbirliği Rehberi, paragraf 99.

B. AB Rekabet İncelemelerinde Yenilik Pazarlarına Yaklaşım

Crown Cork-Seal & Carnaud Metalbox (1995)¹⁴⁹ vakasında, paketleme sanayinde faaliyet gösteren iki şirketin birleşmesine ilişkindir. Yeni oluşum, piyasada büyük oranda hakim olacaktır. Birleşen firma, tek başına %60-70 arası pazar payına sahip hale gelirken, en yakın rakipleri, %18 pazar payına sahip olacaktır. Bu vakada, kararın odak noktasını know-how, Ar-Ge ve teknoloji oluşturmuştur. Birleşme sonucu oluşan yeni firmanın, ezici pazar payının yanı sıra, iki pazar liderinin know-how, Ar-Ge ve teknoloji açısından yoğunlaşmasına neden olacağı vurgulanmıştır. Bu durumun, giriş engellerine sebep olarak, rekabeti olumsuz etkileyeceği değerlendirilmiştir. Özellikle, belirli kalitede ürünlerin üretilme sürecine ilişkin know-how'ın pazarda rekabet edebilmede önemli bir rol oynadığı belirtilmiştir. Bu know-how, hem belirli kimyasal bileşimlerle yapılan yeni ürünler, hem de mevcut ürünler üzerindeki iyileştirmeler için çok önemlidir. Bu nedenle, rekabet konusunda kilit bir unsurdur. Ayrıca, iki firmanın teknolojik gelişmeler konusunda da öncü oldukları değerlendirilmiştir. Bu iki firma, pazardaki yenilikçi güçler olarak görülmüştür. Ayrıca, bu iki firmadan başka diğer firmaların yeni teknoloji geliştirecek kadar finansal güçlerinin olmadığı, pazara girişin pahalı ve zor olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak, Komisyon, birleşmenin ilgili pazarda hakim durum yaratacağını belirtmiştir. Ancak, Komisyon sayılan endişeleri bertaraf edecek koşullar altında birleşmeyi onaylamıştır. Örneğin, Crown Cork firması, endişe veren işlemleri elden çıkaracaktır. Ayrıca, her türlü lisanslamayı, teknolojik ve teknik yardım vb., sağlamayı kabul etmiştir.¹⁵⁰ Avrupa Komisyonu, başka birleşmelerde de firmaların gelecekteki Ar-Ge ve yenilik potansiyellerini ve güdülerini dikkate almıştır. Örneğin, General Electric & Honeywell (2001)¹⁵¹ vakasında, uçak motorlarına ilişkin Ar-Ge faaliyetlerine etkiler açısından inceleme yapılmıştır.¹⁵²

Komisyon, **Tetra Laval & Sidel (2004)** vakasında teknolojik yeniliği ve bunun pazar üzerindeki etkilerini incelemelerinde dikkate almıştır. Tetra Pak, sıvı gıdaların işlenmesi, paketlenmesi ve dağıtımı için ekipman, sarf malzeme ve

¹⁴⁹ Avrupa Komisyonu, Crown Cork and Seal & CarnaudMetalbox, Case No. IV/M.603, 14/11/1995, OJ L 75/38.

¹⁵⁰ Marcus Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar, 2006, s. 97-98.; Avrupa Komisyonu, Crown Cork and Seal & CarnaudMetalbox, Case No. IV/M.603, 14/11/1995, OJ L 75/38, § 55, 61.

¹⁵¹ Avrupa Komisyonu, General Electric & Honeywell, Case M2220, 03/07/2001.

¹⁵² Glader, 2006, s. 98.

yardımcı hizmetlerin tasarımı ve üretiminde faaliyet gösteren bir şirkettir. Şirket dünya çapında karton ambalajlar konusunda pazar lideri konumundadır. Sidel ise, özellikle “PET (polyethylene terephthalate plastic bottles)” şişeler için şişirme makineleri, bariyer teknolojisi ve dolum makineleri olmak üzere paketleme ekipman ve sistemlerinin tasarımı ve üretimi ile uğraşan bir şirkettir. Sidel de, üfleme kalıplama makinelerinin (“SBM stretch blow moulding machine”) üretimi ve tedariki konusunda dünya çapında liderdir.¹⁵³ İlgili vakada Tetra, Fransız şirketi Sidel’i devraldığını ilan etmiş ve Komisyona bildirmiştir. Komisyon, bildirim Birleşme Tüzüğü¹⁵⁴ kapsamına girdiği ve ortak pazar ve AEA (Avrupa Ekonomik Alanı) ile uyumluluğu konusunda ciddi şüpheler uyandırdığı sonucuna varmış, 5/07/2001’de Birleşme Tüzüğü’nün 6(1)(c) maddesi uyarınca inceleme başlatmaya karar vermiştir.¹⁵⁵ Komisyon, AEA’da sıvı gıda paketleme ekipmanı için farklı pazarlarda inovasyonu olumsuz etkileyecek şekilde rekabeti önemli ölçüde engelleyeceği için Sidel’in satın alınması işlemi yasaklamıştır.¹⁵⁶ Komisyon, çapraz fiyat esnekliğinin yeterli olmaması nedeniyle karton ve PET paketleme sistemlerinin aynı ilgili pazarın bir parçasını oluşturmadığı sonucuna varmakla birlikte, “zayıf ekonomik ikameler” olarak adlandırdığı iki ambalaj sisteminin farklı ama yakın komşu pazarlar olduğunu fakat, PET paketleme sisteminde kullanılan bariyer teknolojilerinin daha da gelişmesiyle bu pazarların ileride aynı pazara ait olacak şekilde birleşebileceğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Plazmada Tetra ve Sidel, Kronos/Coca Cola’nın Bestpet’inden rekabetle karşı karşıya kaldıkları iki ana oyuncu olmasına ve genel bariyer teknolojisi pazarında başka potansiyel yeni girişler olmasına rağmen; Tetra & Sidel birleşmesinin, 2000 yılında genel bariyer teknolojisi pazarında %10-20 pazar payına sahip olacağı belirtilmiştir.¹⁵⁷ İlk derece mahkemesi birleşmeye ilişkin yasaklama kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesi, %10-20’lik bir pazar payının, söz konusu pazarda hakim bir konum oluşturmayacağını belirtmiştir. Özellikle, ilgili teşebbüslerin pazar payının %25’i geçmediği¹⁵⁸

¹⁵³ Avrupa Komisyonu, Tetra Laval & Sidel, Case M.2416, 13/01/2003, OJ L43/13, § 6, 7.

¹⁵⁴ Avrupa Komisyonu, 1989 AB Birleşme Tüzüğü, “Regulation No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings”.

¹⁵⁵ Avrupa Komisyonu, Tetra Laval & Sidel, Case M.2416, 13/01/2003, OJ L43/13, §§ 1, 2.

¹⁵⁶ Avrupa Komisyonu, “Commission adopts decision for the divestiture of Tetra Laval’s shareholding in Sidel”, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_02_174, (22.01.2021).

¹⁵⁷ Avrupa Komisyonu, Tetra Laval & Sidel, Case M.2416, 13/01/2003, OJ L43/13, § 68.5.

¹⁵⁸ 1989 AB Birleşme Tüzüğü, önsözünde yer alan gerekçeler.

durumlarda ilgili teşebbüslerin sınırlı pazar payı nedeniyle etkin rekabeti engellemeye yükümlü olmayan yoğunlaşmaların ortak pazarla uyumlu olduğu varsayılabilirliğini belirtilmiştir. (pazar payı bakımından %25'in altında bir pazar payının, hakim durum yaratılması için yeterli olmadığını da ifade etmiştir.)¹⁵⁹ Komisyon birleşmenin barrier teknolojisi pazarında hakim durum yaratmasa da tarafların konumunu güçlendireceğini belirtmekle birlikte, birleşmenin tarafları yüksek performanslı bir teknoloji bulmak için tek başına, birlikte veya bir lisans altında çalışan en az 20 fiili veya potansiyel rakip olduğunu iddia etmiştir. Bu rakipler arasında birleşen kuruluşun kaynaklarıyla karşılaştırılabilir kaynaklara sahip teşebbüsler bulunmaktadır. Genel Mahkeme, bu bilgilerin doğruluğunun teyit edildiği kanaatine vararak, Komisyon'un birleşmenin anti rekabetçi etkileri ispat konusunda delillerin yetersiz olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁰

Pazar tanımı içinde olmasa da inovasyonun rekabete etkisinin değerlendirildiği vakalar mevcuttur. Komisyonun çevrimiçi reklamcılık ve internet arama motorlarıyla ilgili **Microsoft & Yahoo (2010)** kararında pazarı iki taraflı yapıda kabul etmiştir. İnternet arama hizmeti ücretsiz olarak sağlanmakta fakat arama reklamcılığında elde edilen reklam gelirleriyle finanse edilmekte ve bu sayede çok yönlü bir platform oluşturmaktadır.¹⁶¹ Yapının bir tarafında arama motor kullanıcıları, diğer tarafında reklam alanlar yer almaktadır. Bu tip çok yönlü pazarlarda ilgili pazarı belirlemek daha zor hale gelmektedir. Komisyon bu vaka çevrimiçi reklamcılık hizmetleri pazarını ilgili pazar olarak belirlemiştir. Komisyon, çevrimiçi reklamcılığın ilgili bir pazar oluşturduğunu tespit etmiştir, ancak bu pazarın segmentlerinin - örneğin çevrimiçi-çevrimdışı arama reklamcılığı hizmetleri gibi - kendi ürün pazarlarını oluşturup oluşturmadığı konusunda açık bırakmış ve ayrıca internet arama hizmetlerini de olası bir ilgili pazar olarak değerlendirmemiştir. Buna gerekçe olarak satın alma işleminin, bu tür daha dar bir pazar tanımı altında dahi AB ortak pazarında ciddi bir rekabet kısıtlaması yaratmayacağı gösterilmiştir.¹⁶² Komisyon rekabet değerlendirmesinde arama motoru pazarlarının hem kullanıcı tarafında hem de reklam veren tarafında yenilik yapabilme yeteneğinin "rekabetin bir başka önemli boyutu" olduğunu belirterek yeniliği ayrıca dikkate almıştır.¹⁶³ Komisyon, incelenen sektördeki

¹⁵⁹ Avrupa Komisyonu, Tetra Laval & Sidel, Case M.2416, 13/01/2003, OJ L43/13, § 102, 106.

¹⁶⁰ Avrupa Komisyonu, Tetra Laval & Komisyon, Genel Mahkeme, Case T-5/02, 25/10/2002, § 233.

¹⁶¹ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Yahoo Search, Case M.5727, 18/02/2010, §§ 33, 47, 100.

¹⁶² Avrupa Komisyonu, Microsoft & Yahoo Search, Case M.5727, 18/02/2010, § 87.

¹⁶³ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Yahoo Search, Case M.5727, 18/02/2010, § 109.

inovasyonda rekabetin önemini açıkça belirtmiş, ancak bunu pazar tanımının dışında yapmıştır. İşlem sonrası oluşan teşebbüsün inovasyon yoluyla daha büyük veriye ulaşarak kullanıcı tercihlerine daha uygun arama sonucu ve hedeflenen reklam sunabileceği, böylece kullanıcılara daha iyi hizmet sunabileceği değerlendirilmiştir. Microsoft'un Yahoo arama motorunu satın alması işlemine onay verildiği kararda, satın alma işlemini kabul etmesine dayanak olarak internet arama motorları ve reklamcılık alanlarında rekabeti olumlu etkileyip Google gibi pazarda hakim konumda¹⁶⁴ olan teşebbüsler karşısında daha güçlü rakipler yaratılabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁵

İlgili ürün pazarı bölümünde bahsettiğimiz üzere **Microsoft & Skype (2011)** birleşme vakasında da, Komisyon ilgili gerçek pazara karar vermeden, mümkün olan en dar ürün pazarına göre değerlendirme yapmıştır. İlgili pazarı sesli ve videolu arama hizmetlerini içeren tüketici iletişim hizmetleri pazarı şeklinde belirlemiştir. Daha sonra incelemelerini bu pazarın özellikleri üzerinden sürdürmüştür.¹⁶⁶ Bu örnekte de Komisyon inovasyon rekabetini yine pazar tanımı dışında ele almıştır. Benzer şekilde **General Electric & Alstom (2015)** vakasında Komisyon gene birleşmenin inovasyon rekabeti üzerindeki etkilerine göre inceleme gerçekleştirmiştir.¹⁶⁷

Sonuç olarak, AB rekabet incelemelerinde hızlı teknolojik gelişmelerin olduğu pazarlarda yenilik ve Ar-Ge faaliyetlerinin rekabet üzerine etkilerinin dikkate alındığı görülmektedir. Ancak genellikle ayrı bir yenilik veya Ar-Ge pazarı belirlemek yerine, bu etkilerin mevcut ürün ve teknoloji pazarları üzerinde incelenmesi yaklaşımı benimsenmiştir. Ayrıca yine bu tip dinamik pazarlarda ilgili pazar tanımı geleneksel yöntemlerle belirlenmemiş, yerine yeniliğe dayalı pazarlarda kendi iç dinamikleri dikkate alınarak, analize direk rekabetçi etki incelemesiyle başlanmıştır. İnovasyon rekabeti genellikle pazar tanımı dışında bırakılmış, ancak rekabet hukuku temelinde yapılacak müdahalelerin, yenilik olgusu dikkate alınarak yapıldığı görülmektedir.

¹⁶⁴ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Yahoo Search, Case M.5727, 18/02/2010, § 112.

¹⁶⁵ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Yahoo Search, Case M.5727, 18/02/2010, § 130.

¹⁶⁶ Avrupa Komisyonu, Microsoft & Skype, Case M.6281, 7/10/2011, §§ 43, 63.

¹⁶⁷ Avrupa Komisyonu, General Electric & Alstom, Case M.7278, 08/09/2015, § 1392, 1418.

C. Türkiye Rekabet İncelemelerinde Yenilik Pazarlarına Yaklaşım

Türkiye rekabet incelemelerinde RK'nın teknolojik gelişmelere bağlı olarak dijital piyasalarda kararlarına bakıldığında geleneksel pazarlardan farklılaştığı görülmektedir. RK'nın **Booking.com kararında (2017)** ilgili pazarda artan rekabet ve iyileşmelerin tüketici refahında bir artışa sebep olduğu, Booking.com gibi çevrimiçi platformların getirdiği yeniliklerin, bu iyileşmelere katkıda bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak anılan iyileşmelerin çevrimiçi platformların yapısı gereği zaten sağlanabileceği; bunu gerçekleştirmek için soruşturma konusu geniş en çok kayırılan müşteri koşulu hükümlerine ihtiyaç olmadığı değerlendirilmiştir.¹⁶⁸ Bu nedenle ilgili uygulamaların RKHK 4. maddesini ihlal ettiği karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun **Sahibinden.com (2018)** soruşturmasında da pazar, çok taraflı platform hizmetleri pazarı niteliğinde kabul edilmiş ve pazarın geleneksel tek taraflı pazardan birçok yönden ayrıştığını vurgulamıştır.¹⁶⁹ Emlak satış/kiralama hizmetlerine yönelik on-line platform hizmeti ile vasıta satış hizmetlerine yönelik on-line platform hizmeti pazarları, ilgili ürün pazarları olarak tanımlanmıştır. Off-line pazarlar analiz dışı bırakılmıştır.¹⁷⁰ İncelenen teşebbüs savunmasında Sahibinden.com'un faaliyet gösterdiği sektörün dinamik ve yenilikçi bir yapıya sahip olduğu, teknolojinin yoğun olarak kullanıldığı pazarların en belirgin özelliğinin değişimin çok hızlı olması ve dinamik bir rekabet sürecinin var olması olduğu, yeni ekonomi ile gelen farklılıkların doğal bir sonucu olarak geleneksel pazarlarda esas olan fiyat rekabetinin, yenilikçi pazarlarda yerini teknolojik değişim ve yeniliğe bıraktığı ifade etmiştir. Bu nedenle pazar paylarının sadece bir ön gösterge olduğu, dinamik pazarlarda bunun hemen değişebileceğini vurgulamıştır. İlgili pazarlardaki mevcut ve potansiyel rekabet nedeniyle pazar payının değişime açık, kırılabilir ve geçici olduğu ileri sürülmüştür.¹⁷¹ Ancak RK değerlendirmesinde ilgili pazarın dinamik ve yenilikçi bir yapıya sahip olması teşebbüsün pazar payının yüksekliği düşünüldüğünde kırılabilir, geçici, değişime açık olduğu iddiasını mesnetsiz bulmuştur. Çünkü pazar paylarında en yakın rakibinden bile çarpıcı bir şekilde daha yüksek olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla dijital platformlarda yenilikçi ve dinamik yapının

¹⁶⁸ RKK, Booking.com, 05.01.2017 tarihli, 17-01/12-4 sayılı, § 373.

¹⁶⁹ RKK, Sahibinden.com, 01.10.2018 tarihli, 18-36/584-285 sayılı, § 32.

¹⁷⁰ RKK, Sahibinden.com, 01.10.2018 tarihli, 18-36/584-285 sayılı, § 47.

¹⁷¹ RKK, Sahibinden.com, 01.10.2018 tarihli, 18-36/584-285 sayılı, § 183.

pazar paylarını değişken kıldığı gerçeği ayrıntılı bir analiz yapılarak değerlendirilmelidir. Dijital platform pazarlarındaki oyuncuların geçici bir pazar gücüne sahip olduğu varsayımı zayıf kalmaktadır. İnceleme konusu teşebbüsün dijital platformun aşırı fiyat uygulamaları ilgili pazarda rekabetçi baskı yaratacak yeni platformlar ortaya çıkartacak düzeyde görülmemiştir.¹⁷² Sonuç olarak Sahibinden.com'un ilgili pazarda çarpıcı bir şekilde hakim durumda bulunduğu, ilgili pazarlarda aşırı fiyatlandırma yoluyla RKHK'nın 6. maddesi çerçevesinde hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir.¹⁷³

Türkiye'deki rekabet incelemelerinde, AB rekabet incelemelerinde olduğu gibi ayrı bir yenilik pazarı tanımının yapılmadığı, belirlenen ürün ve teknoloji piyasalarında ilgili yenilik değerlendirmelerinin yapıldığı görülmektedir. Ayrıca aynı hizmet türü olsa da dijital hizmet ile geleneksel hizmet pazarları farklı pazarlar olarak değerlendirilmiştir. Baskın bir şekilde hakim konumda olan şirketler açısından pazarın yeniliğe bağlı dinamik yapısından dolayı pazar paylarının hızla değişebileceği savunmasını incelenen vakalarda geçerli bulmamıştır.

SONUÇ

İlgili pazarın tanımı ve sınırlarının çizilmesi rekabet analizlerinin temel taşıdır. Bu çalışmada temel olarak ilgili ürün, ilgili teknoloji, ilgili coğrafi ve yenilik pazarlarının belirlenmesinden mevzuat ve içtihat bağlamında bahsedilmiştir. Pazar tanımı rehber ve kılavuzlarında ilgili pazarın temel iki boyutu olan ürün ve coğrafi pazarlardan bahsedilir. Ancak anlaşma özelindeki mevzuatlarda ilgili teknoloji ve inovasyon pazarından da bahseder. İlgili ürün pazarı, nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları benzer olan birbiriyle ikame edilebilen ürünlerden oluşmaktadır. Hangi ürünlerin aynı ilgili ürün pazarına ait olduğunu belirlemek için talep yönlü ve arz yönlü ikame edilebilirlik incelenir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde kullanılan önemli araçlardan biri SSNIP testidir. Ancak tek başına bu nicel yöntem teknolojik gelişmelerin yaşandığı dijital çağda yetersiz kalmaktadır. İçtihat hukukunda bu yetersizlikler dile getirilmiştir. Hızlı teknolojik gelişmelerin yaşandığı yenilikçi pazarlarda rekabet analizlerinin doğru bir şekilde yapılması için bu dinamik pazarların kendine has özelliklerini dikkate alan yeni bir bakış açısı getirilmelidir. Nitekim bu konuda AB ve Türkiye çalışmalarını sürdürmektedir.

¹⁷² RKK, Sahibinden.com, 01.10.2018 tarihli, 18-36/584-285 sayılı, § 184.

¹⁷³ RKK, Sahibinden.com, 01.10.2018 tarihli, 18-36/584-285 sayılı, § 398.

Coğrafi Pazar boyutuna gelindiğinde, ilgili coğrafi pazar tanımı için homojenlik aranır. Uygulamada ilgili coğrafi pazarın ulusal, bölgesel veya küresel bir boyuta sahip olabildiği görülebilmektedir. Özellikle teknolojik yenilikler ve dijitalleşme çağında coğrafi pazarlar artık küresel olma eğilimindedir. İnternet kendi içinde bir pazar haline gelmişken, birçok teknoloji şirketleri küresel olarak doğmaktadır.

Pazarın bu iki boyutu haricinde teknoloji ve yenilik boyutunun da dikkate alınması gerektiği durumlar mevcuttur. Teşebbüsler arası anlaşma bir teknolojiye dayalı olduğunda rekabet analizleri için ilgili ürün pazarı yanında teknoloji pazarının da belirlenmesi gerekmektedir. AB ve Türk müktesebatına ve doktrine ilişkin incelemelerimizde görüldüğü gibi teknoloji pazarları kavramı, teknoloji bir girdi olarak görmekte ve alt pazarda bir ürüne dönüştürmektedir. Anlaşma özelinde mevzuatlarda teknoloji pazarının tanımında bir takım nüans farklılıkları bulunmaktadır. Örneğin Yatay işbirliği rehber ve kılavuzlarında bir hakkın illa lisanslanması gerekli değildir, fark edilebilir bir talep ile potansiyel bir pazarın olması yeterli olabilir. Ancak TT grup muafiyeti mevzuatı lisanslanma gerektirir. Ayrıca yatay işbirliği rehber ve kılavuzlarından teknolojinin pazarlanabilir olması şartı aranmaktadır, ancak TT grup muafiyeti mevzuatı pazarlanabilir şartı aranmamaktadır. Bunun yanında TT grup muafiyeti mevzuatı geliştirilmekte olan teknolojilerden kaynaklanan potansiyel rekabete yeteri derecede incelemeye almamakla birlikte, Ar-Ge anlaşmalarına ilişkin değerlemede teknoloji pazarlarındaki potansiyel rekabetin önemi vurgulanmıştır. Avrupa Komisyonu ve Rekabet Kurulu zaman zaman bir teknolojiyi bir ürün olarak değerlendirmiştir. Teknoloji ve ürün kavramları bazı durumlarda iç içe geçmiş durumdadır. Bunun sebebi ilgili ürünün kendisinin bir teknoloji içermesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bazı vakalarda bir teknoloji ilgili ürün piyasası altında anılabilmektedir.

Mevzuatta “inovasyon pazarı” yerine “inovasyonda rekabet” kavramı yerini almıştır. Bu durum ayrı bir inovasyon pazarı belirleme çabaları yerine direkt inovasyonun rekabet üzerindeki etkilerini analiz etme yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Eğer teşebbüsler arası anlaşmalar “**inovasyonda rekabeti** (Ar-Ge çalışmaları)” olumsuz etkileyebilecekse bu etkilerinde analiz edilmesi gerekmektedir. İçtihatlarda hızlı teknolojik gelişmelerin olduğu pazarlarda yenilik ve Ar-Ge faaliyetlerinin rekabet üzerine etkilerinin dikkate alındığı görülmektedir. Ancak genellikle ayrı bir yenilik veya Ar-Ge pazarı belirlemek yerine, bu etkilerin mevcut ürün ve teknoloji pazarları üzerinde incelenmesi yaklaşımı benimsenmiştir. Ayrıca yine bu tip dinamik pazarlarda ilgili pazar tanımı geleneksel yöntemlerle belirlenmemiş, yerine yeniliğe dayalı pazarlarda kendi iç dinamik-

leri dikkate alınarak, analize direk rekabetçi etki incelemesiyle başlanmıştır. İnovasyon rekabeti genellikle pazar tanımı dışında bırakılmış, ancak rekabet hukuku temelinde yapılacak müdahalelerin, yenilik olgusu dikkate alınarak yapıldığı görülmektedir. Ayrıca aynı hizmet türü olsa da dijital hizmet ile geleneksel hizmet pazarları farklı pazarlar olarak değerlendirilmiştir.

İlgili pazarın sınırlarının tanımlanması gerektiğinde her durum ayrı ayrı ele alınmalıdır, çünkü genel olarak içtihadı bakıldığından her durumda uygulanabilecek genel bir yaklaşım yoktur. Örneğin teknolojik gelişmelerin olduğu dinamik pazarlarda pazar paylarının sadece bir ön gösterge olduğu ve hızla değişebileceği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla pazar paylarına itibar edilmeyen vakalar mevcuttur. Avrupa Komisyonu, ilgili pazar tanımına ilişkin eksikliklerin farkındadır ve kamuoyu araştırması başlatmış ve istişare sonuçları ile değerlendirme raporunu yayınlamıştır. Güncellenmesi gereken alanlar temel olarak; nicel bir test olan SSNIP testinin ilgili pazarların tanımlanmasında kullanımı, özellikle sıfır fiyatla pazarlanan ürün veya hizmetlere ve dijital pazara ilişkin tanımlar; küreselleşme ve ithalat rekabeti koşullarında coğrafi pazarların değerlendirilmesi, nicel tekniklerin değerlendirilmesi; pazar paylarının hesaplanması ve fiyat dışı rekabet (yenilik dahil) konular olarak belirtilmiştir. İchtihatta şekillenmeye başlayan yaklaşımların yöntem ve usullerle mevzuata yansımaları gerekmektedir. İlgili pazar tanımından kullanılan nicel yöntemler yanında, vaka özelinde nitel yöntemlere de ağırlık verilmelidir.

KAYNAKÇA

- ASLAN, İ.Y., *Rekabet Hukuku, Teori, Uygulama, Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa, Ekin Yayınları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. bs., 2017.
- COPPI, L. - WALKER, M., "Substantial Convergence or Parallel Paths? Similarities and Differences in the Economic Analysis of Horizontal Mergers in US and EU Competition Law", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, 2004.
- ÇETİNKAYA, M., "İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler", Ankara, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, yayın no. 86, 2003.
- EBLEN, C.C., "Defining the Geographic Market in Modern Commerce: The Effect of Globalization and E-Commerce on Tampa Electric and Its Progeny", 56 *Baylor Law Review*, 49, 2004.
- FEDERLE, A. - SANDE, P. V., "Consultation regarding the EU Market Definition Notice", Temmuz 2020, <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2020/global/consultation-regarding-the-eu-market-definition-notice> (15.05.2021).
- FINE, F.L., *The EC Competition Law on Technology Licensing*, Sweet and Maxwell Publishing, London, 2006.
- FURSE, M., *Competition Law of the EC and UK*, 5th ed., Oxford University Press, 2006.
- GLADER, M., *Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publication, 2006.
- MIDDLETON, K., *Blackstone's UK & EU Competition Documents*, 8. bs., Oxford Press, 2009.
- NEWBERG, J. A., "Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets", 14 *Harvard Journal of Law & Technology*, 2000.
- ÖZKUL, M.F., "İlgili Pazarın belirlenmesinde kullanılan kantitatif yöntemler ve güncel uygulamalar", *Finans, Politik & Ekonomik Yorumlar*, 54/624, 2017.
- PATAKYOVA, M.T., "Competition Law in Digital Era - How to Define the Relevant Market?", EMAN 2020 Conference Proceedings the 4th *Conference on Economics and Management*, ss. 171-177.
- ROBERTSON, V. HSE., *Competition Law's Innovation Factor, the relevant market in dynamic contexts in the EU and the USA*, Hart Publishing, UK, 2020.
- SKORUPSKA, E., "Definition of the Relevant Market according to the Technology Transfer Block Exemption Regulation 772/2004 A Hypothetical Case Study", *Faculty of Law University of Lund*, Master Thesis, 2005.
- WHISH, R. - BAILEY, D., *Competition Law*, 7. bs., Oxford University Press, 2012.

- YEŞİL, T., "FRAND Taahhüdü Çerçevesinde Lisanslanan Standarda Esas Patentlere İlişkin Mahkeme Emri Uygulamalarının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi*, 158, Ankara. 2017.
- YILMAZ, H., "Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet", Ankara, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, 2003.