

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



**CUMHURİYETİMİZE
80. YIL ARMAĞANI**

Cilt : 11

Sayı : 3-4

Yıl : 2003



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör

Dr. Ali Şafak BALI

Yayın Komisyonu

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Doç. Dr. Şahin AKINCI

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Halil CİN (Çağ Üniversitesi)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Üniversitesi)

Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Üniversitesi)

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alaaddin Keykubat Kampüsü

42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05

<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	3
------------------	---

MAKALELER / ÖZEL HUKUK

DÜNDEN BUGÜNE İCRA VE İFLÂS KANUNUMUZ.....	9
EJDER YILMAZ	

SOSYAL GÜVENLİK VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI.....	47
F. KERİM ANADOLU	

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI SORUNU.....	59
İLYAS ÇELİKTAŞ	

MAKALELER -KAMU HUKUKU

ALMAN SUÇLULARIN İADESİ HUKUKUNUN ESASLARI.....	75
FARUK TURHAN	

SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU VE IRAK SAVAŞI:	115
İHLALLERE VE OLASI YARGILAMALARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER	115
İBRAHİM KAYA / YÜCEL ACER	

ULUSLARARASI HUKUKTA BM BARIŞKORUMA KUVVETLERİNİN DEĞİŞEN ROLÜ.....	137
M.AKİF KÜTÜKÇÜ	
KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI.....	153
YASİN SEZER	
KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI VE LİYAKAT İLKESİ AÇISINDAN İSTİSNAİ MEMURLUKLAR	173
YASİN SEZER	
İDARİ YARGILAMA USULÜNDE TANIK DELİLİNİN YERİ.....	195
RAMAZAN ÇAĞLAYAN	
THE BOSNIAN TRAGEDY AND THE UNITED STATES UNTIL DAYTON PEACE MEETINGS.....	207
M. VEDAT GÜRBÜZ	
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE MİLLİ EGEMENLİĞİN DEVİRİ	229
GÜRSEL ÖZKAN	
BİREYİN ULUSLARARASI CEZAI SORUMLULULUĞU VE MİLOSEVİÇ DAVASI.....	265
EZELİ AZARKAN	
AVRUPA PARLAMENTOSU: KARAR ALMA SÜRECİ VE YETKİLERİ.....	289
HASAN KARAKILIÇ	
MAKALELER / EKONOMİ-MALİYE	
VERĐİ HUKUKUNDA MÜKELLEF ALEYHİNE UYGULANAN GECİKME FAİZİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	309
İBRAHİM NİHAT BAYAR	

İNCELEMELER / KİTAP

- AESTHETICS OF LIVING : THE DIALECTIC OR ON HEGEL'S
INTRODUCTORY LECTURES ON AESTHETICS 321
AYŞEN FURTUN**

İNCELEMELER / KARAR İNCELEMESİ

- WIRKUNG DES VÖLKERRECHTS IN DER EG-
RECHTSORDNUNG – PARALLELEN ZUM VERHÄLTNIS
VON VÖLKERRECHT UND INNERSTAATLICHEM RECHT 333
MEHMET MERDAN HEKİMOĞLU**

- BONODA KEŞİDECİNİN TEMERRÜDÜ-KARAR TAHLİLİ-..... 345
SERVER SÜLEYMANOV**

TEZ ÖZETLERİ / KAMU HUKUKU

- AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI* 357
F. KERİM ANADOLU**

makaleler

özel hukuk

DÜNDEN BUGÜNE İCRA VE İFLÂS KANUNUMUZ*

Prof. Dr. Ejder YILMAZ**

GİRİŞ

Cumhuriyetimizin en temel devrimlerinden biri, hiç kuşkusuz hukuk devrimidir. Uygulamaya konulan bu devrimin ilk temel kanunları, 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu'dur. Kabul edilen bu iki temel kanunla, Türk özel hukukunun temelleri atılmıştır.

Bilindiği gibi, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu gibi düzenlemeler, maddi kanunlardır ve bunlar, esas itibarıyla hakkın özünü ilgilendiren hükümler içerirler. Başka bir açıdan bu kanunlar, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunlardır. Özel hukuk ilişkilerinin çiğnenmesi halinde, hukuk kurallarını ihlâl eden kişiler (borçlular) hakkında hakkı ihlâl eden kişilerin (alacaklıların) ne gibi haklara sahip buldukları ve bu haklarını hangi yöntemler (usuller) uygulanarak elde edecekleri hususu, (istisnai bazı düzenlemeler göz ardı edilecek olursa) genel olarak maddi hukuk kanunlarının konusuna girmez. Bu hususları düzenleyen ayrı (başka) şekli (biçimsel) kanunlara ihtiyaç vardır. Şekli kanunların örnekleri, yargılama (usul) ve takip (icra) yasalarıdır.

1929 tarihli ve 1424 sayılı (ilk) İcra ve İflâs Kanunumuz:

Türk hukuk devriminin ilk kanunlarından olan Medeni Kanun ve Borçlar Kanununu tamamlayacak başka yasal düzenlemelere ihtiyaç vardı. Bu çerçevede, 1927 yılında (bugün halen yürürlükte bulunan) 1086 sayılı Hukuk Usulü

* 17.10.2003 tarihinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Konya Barosu ile birlikte düzenlediği "Cumhuriyetimizin 80. Yılında Hukuk Alanındaki Gelişmeler" konulu sempozyumda sunulan tebliğ metni.

** Ankara Üniversitesi Medeni Usul ve İcra İflas Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Muhakemeleri Kanunu¹ ve 1929 yılında 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kabul edildi².

1929 tarihli 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuz da, Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu gibi, İsviçre'den alınmıştır. 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanununun kabulü öncesinde, İcra Kanunu Tasarısı için ayrı, İflâs Kanunu tasarısı için ayrı komisyonlar oluşturulmuştu. İcra Kanunu Tasarısı hazırlamak için kurulan Komisyonun esas itibariyle Alman Medeni Usul Kanunundan (ki, Alman sisteminde icra hükümleri ayrı bir İcra Kanunu içinde değil, Usul Kanununun içinde yer almaktadır) yararlanarak hazırladığı Tasarı, Adalet Bakanlığınca tasvip görmedi. 1926 tarihli Ticaret Kanununu hazırlayan Komisyon'un esas itibariyle İtalyan Ticaret Kanunu'nun İflâs hükümleri üzerinden çalıştığı Tasarı da ya sonuçlandırılmadı veya uygun görülmedi³.

Zaman darlığının da etkisiyle, yeni tasarılar hazırlamak yerine, yabancı hukukun alınması (iktibas) yolu daha pratik bir yol olarak görüldü ve bunun için de özel hukukumuzun temellerini oluşturan Medeni Kanun ve Borçlar Kanun'un alındığı İsviçre İcra ve İflâs Kanunundan (SchKG, Gesetz für Schuldbetreibung und Konkurs) yararlanmanın daha doğru olacağı görüşü hakim geldiği içindir ki, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu Türkçeye çevrildi ve bunun üzerinde yapılan pek az değişiklikle İcra ve İflâs Kanunu tasarısı hazırlandı. Tasarı, 18 Nisan 1929'da kabul edilerek 1424 sayılı Kanun olarak ortaya çıktı.

1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, uygulamada büyük başarısızlığa uğradı⁴. Umar, bunun nedenlerini özetle şöyle sıralamaktadır: Kanun çok aceleyle gelmişti ve ülkemizin gerçeklerine uygun değildi. Çünkü, ülkemiz insanını borçlarını ödememe yolundaki eğilimini yansıtmıyordu ve kötü niyetli borçlularla mücadelede başarısızdı. Bu arada, İsviçre Kanununda olduğu gibi, haczin borçluya daha önceden bildirilmesi kuralı benimsenmişti ve ancak daha önceden haber verildiği içindir ki, icra müdür hacze gittiğinde borçlunun haczi caiz hiçbir malını bulamıyordu!!

Hakkın alınmasında yeteri kadar sadelikten yoksundu ve çabukluk sağlanamıyordu; Bazı konular yeterince düzenlenmiş değildi. Bunların yanı sıra, tüm

¹ Bkz. Ejder Yılmaz, Dünden Bugüne Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunumuz, A.Ü. Hukuk Fakültesinde düzenlenen 30 Ekim 2003 tarihli sempozyuma sunulan tebliğ.

² Bu arada, 15.03.1928 tarihli ve 1215 sayılı toplam yedi maddeden oluşan ve yalnızca ilamsız icra hakkındaki hükümler içeren "İcra Kanunu'na Bazı Mevat İlavesi Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu kanun 1424 S.K ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³ Bilge Umar, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1963, s.136-137; Sabri Şakir Ansay, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960 s.5 vd.

⁴ Umar s.139.

Dünyayı sarsan 1929 ekonomik buhranı da kanunun başarısını etkileyen diğer bir önemli unsur olmuştur.⁵

1932 tarihli ve 2004 sayılı (halen yürürlükteki) İcra ve İflâs Kanunumuz:

Bu nedenle, yeni bir İcra ve İflâs Kanunu, değişikliğine ihtiyaç duyuldu. Hazırlanan Tasarı, 9 Haziran 1932 tarihinde kabul edildi ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuz 4 Eylül 1932 tarihinde yürürlüğe girdi.

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, çeşitli tarihlerde yapılan değişikliklerle halen yürürlükte dir.

İcra ve İflâs Kanunumuzda, tarih sırasıyla 2228, 3890, 51, 538, 1045, 2494, 3222, 3494, 4301, 4358, 4578 ve 4949 sayılı Kanunlarla (13 kez) değişiklik yapılmıştır⁶. Bu değişikliklerin bir kısmı çok büyük çaplıdır. Aşağıda yalnızca büyük çaplı olan değişiklikler hakkında açıklamalar yer almaktadır.

3.7.1940 gün ve 3890 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanununun 73 maddesi değiştirildi. Bu değişikliklerin bir kısmı 2004 sayılı Kanunun resmî metninde görülen bazı açık ifade ve yazım yanlışlıklarının düzeltilmesine ilişkindir. Bunun yanı sıra, özetle, kanunun değişik (23 adet) maddelerindeki sürelerin yeknesaklaştırılması, istihkak davası, itirazın kaldırılması, haczedilmezlik, ihtiyati haciz, temyiz ve icra cezaları ile ilgili münferit bazı değişiklikler yapılmıştır⁷.

Bilindiği gibi 1956 yılında yeni bir Ticaret Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun'a paralel olarak 6763 sayılı Kanunla, İcra ve İflâs Kanunumuzun 23 maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bunlar özetle gemi haczi, limited şirkete karşı iflâs yapılabilmesi, kanun metnindeki kıymetli evrak ile ilgili ifadelerin Türk Ticaret Kanunu'na uyarlanması gibi bazı küçük değişikliklerdir.

1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunumuzun 126 maddesi değiştirilmiş ve mükerrer sayılı 30 madde eklenmiştir. Bu değişiklikler, pek çok

⁵ Umar s.139-141.

⁶ Bu değişikliklerin listesi ve değiştirilen madde numaraları hakkında toplu bilgi için bkz. Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, İcra İflâs Kanunu İle Nizamnamesi ve Yönetmeliği, Ankara 2003, s.23-32. Bunlarla ilgili olarak bkz. Umar s.148 vd.: Saim Üstündağ, İcra İflâs Kanununun Dünü Bugünü, İstanbul 1990; Gökçe Nazar Uzar, İcra İflâs Kanununun Tarihsel Gelişimi, Ankara 2001 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi); Ejder Yılmaz, Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ve İcra ve İflâs Kanununda Ortaya Çıkan Gelişmeler (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3, s.871-886).

⁷ Bunlar hakkında bkz. Umar s.150-153.

bilim adamının ve uzmanın da emek verdiği hazırlanması yıllarca süren çalışmanın sonucunda gerçekleşmiştir⁸.

538 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi şöyledir:

“Medeni Kanun ile Borçlar Kanunumuzun İsviçre’den iktibas edilmesini müteakip, hakların müeyyidesini tanzim eden hükümlerin toplandığı İcra ve İflâs Kanununun da Federal Kanundan alınması tabii ve bir dereceye kadar, kaçınılması mümkün olmayan bir hareketti. Fakat Medeni Kanundan farklı olarak içtimaî muhitin reaksiyonu ve yeni hükümlerin memleket ihtiyaçlarına tevafuk edememesi vakıası karşısında 1929 Kanunu, 193 yılında esaslı tadillere uğradığı halde yine de şikayetlerin arkası alınamamış, bu sebeple 1940 yılında yetmiş yakın maddenin tadili cihetine gidilmişti. - Buna rağmen İcra ve İflâs Kanununun, memleket bünyesine ve ihtiyaçlarına daha uygun bir hale getirilmesi ve uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi yolunda basında, ilim ve adalet çevreleri ile yasama sahasında zaman zaman mütalaalar, arzu ve temenniler izhar edilmiş, halk efkârı ile ticari muhitlerde de kanunun ıslahı konusunda yaygın bir kanaat belirmiştir. - bütün bunlar göz önüne alınarak İcra ve İflâs Kanunu üzerinde çalışmalara başlanmış ve yeni hükümlerin sevinde, açıklanan mütalaa, arzu ve temennilerden büyük mikyasta istifade edilmiştir. -Cebri icrayı tanzim eden her kanun, alacaklının hakkını istihsal etmesi için koyduğu hükümler yanında borçlunun ve üçüncü şahısların meşru menfaatlerinin korunmasını sağlayacak hükümlere de yer vermek mecburiyetindedir. -Ancak yürürlükte olan kanunumuzun bu konudaki bazı hükümleri, mahiyetleri icabı çeşitli şumullü suiistimallere yol açmıştır. -Bu itibarla borçluya meşru müdafaa haklarını tanımakla beraber buna dair hükümlerin alacaklının hakkına kavuşmasını geciktirmeye yarayacak vasıtalar haline getirilmesinin önlenmesi lüzumu da aşikârdır. İşte kanunumuz yenibaştan bu zihniyet içinde gözden geçirilmiş ve alacaklı ile borçlunun ve üçüncü şahısların meşru menfaatleri arasında makul bir ahengin tesisine çalışılmıştır. - Bu maksatla külli bir tadile gidilirken kanunumuzun yapısı ana hatları itibariyle muhafaza edilmiştir. Alışılmış madde numaralarında kanunumuzun yapısı ana hakları itibariyle muhafaza edilmiştir. Alışılmış madde numaralarında, bir değişiklik getirmemek için yeni hükümlerin sevinde ihtiyaç duyulduğu vakit maddelere yeni bir rakam verilecek yerde aynı rakamın sonuna a,b,c... harflerinin konulması ciheti ihtiyar olunmuştur”⁹.

⁸ Bkz. Baki Kuru, İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği hakkında Düşünceler, Ankara 1962; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara 1965.

⁹ ”2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/280) Millet Meclisi S.Sayısı 461, s.2.

Yapılan değişikliklerin amacı şöyle özetlenebilir: Borçlarını ödemek istemeyen veya ödemeyi geciktirmek isteyen kötü niyetli borçluların yararlanabilecekleri boşlukları önlemek; alacaklarının çabuk emniyetli bir şekilde alacaklarına kavuşmalarını mümkün kılmak; alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin birbirlerine zıt olan meşru menfaatlerini makul bir denge içinde uzlaştırmak¹⁰.

538 sayılı Kanun'la, İcra ve İflâs Kanununun hemen hemen bütün müesseselerine ilişkin değişiklikler yapılmış ve daha önce yeterince düzenleme bulunmayan konularda ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Özetle, bazı biçimsel düzeltmeler yanında, borcu inkar halindeki tazminatlar yükseltilmiş, icra suçları yeniden kaleme alınmış, imza inkarının açıkça belirtilmesi, itiraz sebeplerinin genişletilmesine ilişkin yasak gibi konularda değişiklikler yapılmıştır.

Bu düzenlemelerin sonucunda, çatısında çok önemli farklılık olmasa dahi, İcra ve İflâs Kanunumuz ülkemizin şartlarına uygun hale getirilmeye çalışılmıştır.

Aradan geçen yirmi yıl sonra gelişen şartlarında zorlamasıyla 1985 tarih ve 3222 sayılı Kanun'la 45 madde değiştirilmiş, bir yeni madde eklenmiş; 1988 tarih ve 3494 sayılı Kanun'la 56 maddede değişiklik yapılmış ve 4 yeni madde ilave edilmiştir. Bunların Gerekçeleri şöyledir:

“Kanundaki değişiklik nedenlerinde en önemlisi, alacaklı ve borçlunun karşıt menfaatlerinde uzlaşma sağlamaktaki güçlüklerdir. Diğer bir neden de, Kaynak İsviçre Federal Kanunu ilkelerinin, memleketimizin şartlarına giderek uydurulması ihtiyacının duyulmasıdır. Yapılan değişikliklerde Mevaz Kanunundan uzaklaşılırken ülke gerçeklerine daha çok yaklaşma sağlanmıştır. – Buna rağmen, Kanunu, bugün için aksayan yönleri yinede mevcuttur. Ayrıca, dünyanın ve bu arada ülkemizin ekonomisinde önemli değişimler olmuş ve özellikle hızlı bir enflasyon sürecine girilmiştir. Bu süreçte alacaklıların hakları önemli ölçüde kayba uğramış ve sonuçta borç ve alacak ilişkilerindeki sağlıklı yapı bozulmaya yüz tutmuştur. - İcra dairelerinde uygulanan ve Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunundan kaynaklanan %5 ve %10' luk faiz oranlarının yetersiz olduğu görüşünden hareket eden, faiz oranlarını günün şartlarına uygun hale getiren 3095 sayılı Kanun... yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. - İcra ve İflâs Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair bu Kanun Tasarısı, Kanunun aksayan diğer yönlerinin düzeltilmesi ile günün şartlarına uygunluğunu sağlama amacına yöneliktir.”¹¹².

¹⁰ “2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun Tasarısının Millet Meclisinde Kabul Olunan Metni ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu Raporu (M.Meclisi 1/280; C.Senatosu 1/415 Cumhuriyet Senatosu S.Sayısı 481, s.2.

¹¹ “İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı... Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/690,2/99,2/226) T.B.M.M S.Sayısı: 338

Yapılan değişiklikler, özetle, icra ve iflâs dairesi görevlilerinin sorumluluğu, inkar tazminatları, ihale, kredi (banka) alacakları gibi hükümlerdeki değişikliklerin yanı sıra özellikle iflâs tasfiyelerindeki boşlukları, gecikmeleri ve borçlunun kötü niyetli davranışlarını önlemeye yöneliktir. Bu arada, Bankalar Kanunundaki “bankaların kredi işlemlerinden doğan alacaklarının hızlandırılmasına ilişkin” bazı hükümler, Bankalar Kanunu kapsamından çıkartılarak İcra ve İflâs Kanunu’na alınmıştır.

2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler:

2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun, İcra ve İflâs Kanunumuzun 81 maddesinde değişiklik yapılmış, Kanunun değişik maddelerine 17 fıkra eklenmiş ve 27 maddede a,b,c gibi harfler ilave ederek yeni hükümler getirilmiş olan büyük bir değişiklik kanunudur.

4949 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi çok önemli açıklamalar içermektedir:

“Ekonominin etkin ve verimli olarak işleyebilmesi için, her şeyden önce, işletmelerin verimli bir şekilde çalışmaları, borçlarını ödeyebilecek ve alacaklarını tahsil edebilecek durumda olmaları lazımdır. Ülkemizde özel hukuk ilişkilerinden doğan alacakların tahsili, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin uygulanmasıyla sağlanır. Ekonomik düzende, rekabet edemeyen işletmeler ve girişimciler daima mevcut olacaktır. Alacaklı ile borçlu arasındaki hassas dengeyi gözetken, öngörülebilir ve şeffaf bir icra ve iflâs hukuku, bu işletmeler ve girişimciler için etkili bir çıkış yolu sağlayarak veya onların yeniden yapılandırılmalarına olanak vererek ve böylece ticari yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan sakıncaları en aza indirgeyerek, ticari ilişkilerin ve finansal sistemin istikrar kazanmasında yaşamsal bir rol oynar. – Sosyal ve ekonomik koşullardaki değişiklikler nedeniyle, aslında ekonomik hayatlarını devam ettirmesi mümkün olan bazı ticari işletmeler, borçlarını ödeyemedikleri veya malvarlıkları borçlarını karşılayamadığı için, ekonomik varlıklarını yitirmek tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu tehlike borçluları olduğu kadar, alacağını tahsil edememek durumuyla karşı karşıya kalan alacaklıların ve işini kaybetmek riskine maruz kalan işçileri de tehdit etmekte; bu tehdit sonuçta bölgesel veya milli ekonomiyi de etkilemektedir. Bu gibi durumlarda, ekonomik varlığını devam ettirebilme ihtimali olan işletmelerin malvarlığını koruyucu önlemler almak veya yeniden yapılandırılmalarını sağlamak, alacaklıların ve borçluların karşılıklı hak ve yü-

s.1-2; “2004 Sayılı ve İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/488,2527) T.B.M.M S.Sayı:113, s.1.

¹² Bu konuda bkz. Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunumuz yine değişti (Ankara Barosu Dergisi, 1989/1, s. 105-1035).

kümlülüklerini düzenlemek herkesin yararına. İşte, bu amaca ulaşmak, İcra ve İflâs Kanununun bu amaca ulaşılmasını zorlaştıran bazı yönlerini düzeltmek ve boşluklarını doldurmak, kötü niyetli kişilerin İcra ve İflâs Kanunundaki bu boşluklardan yararlanma girişimlerini önlemek, uygulamadaki duraksamaları gidermek için bu Tasarı hazırlanmıştır. – Tasarı hazırlanırken, ödeme gücü içinde bulunan şirketler alanında Avrupa Birliği üyesi devletlerin birçoğunda (örneğin Fransa, İtalya) ilgili kanunların hiç de tatminkâr sonuçla vermediği ve bu nedenle tadil edilmeleri için çalışmalar yapıldığı, bu çalışmaların devletler arasında gerçek bir koordinasyon söz konusu olmaksızın ülke bazında yürütüldüğü, İflâs Hakkındaki Topluluk konvansiyonu Tasarının ise tam bir başarısızlıkla sonuçlandığı müşahede edilmiştir. Böyle oluca, eldeki tasarıya, yaknesaklaştırılmış (birleştirilmiş) kurallara aykırı olduğu yönünde bir eleştirinin yöneltilmesi mümkün olmamak gerekir. Çünkü bu tür kurallara aykırı olduğu yönünde bir eleştirinin yöneltilmesi mümkün olmamak gerekir. Çünkü bu tür kurallar şimdilik mevcut olmadığı gibi, Avrupa Birliği üyesi devletlerin hepsinin benimseyerek kabul edeceği bir düzenlemenin hazırlanmasının epey zaman alacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenledir ki, Tasarının şirket kurtarmaya ilişkin hükümleri düzenlenirken, gerek Anglo-Sakson mevzuatından ve gerekse Kıta Avrupa'sındaki yasal düzenlemelerden yararlanılarak ve özellikle bu yasal düzenlemelerin temelinde bulunan ilke ve alt ilkeleri dikkate alarak hazırlanmış bulunan ve hukukumuzun yerleşmiş kavramlarıyla ahenk içinde olan İsviçre İcra ve İflâs Kanununun 1 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe giren metninden esinlenmek yoluna gidilmiştir. İsviçre düzenlemesinin bir diğer özelliği de, çok kere bütün menfaat ve ihtimalleri kapsamak endişesiyle kazüistik bir yöntem uygulanarak konuyu detaya boğmak yerine, esnek, hakim takdirine, adalet anlayışına ve sağduyusuna büyük önem ve yer veren, daha ziyade ilkeler düzeyinde kalan bir kanun yapma tekniğinin ürünü olmasıdır. – Tasarıyla; Yeniden yapılandırılmaya ilişkin hükümler getirilmek suretiyle borçlu işletmelerin mevcut malvarlığının öncelikle korunması, bilahare değerinin artırılması, - Tasfiye ve yeniden yapılandırma arasındaki hassas dengeye ulaşılması, - Bir ayırım yapmaksızın, benzer durumda bulunan bütün alacaklıları kapsayan adil bir çözüm gerçekleştirilmesi, - Borçlunun malvarlığının münferit alacaklılar tarafından zamanından önce tasfiyesinin önlenmesi ve dolayısıyla alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması, - İflâs ve konkordato prosedürlerinin zamanında, etkili ve tarafsız bir şekilde sonuçlandırılması, - Takip sürecinin alacaklı ve borçlunun hak ve menfaatlerini zedelemeyen, bunlar arasındaki hassas dengeyi bozmadan hızlandırılması, - Kanundan yer alan hakların suiistimaline, özellikle kötü niyetli itirazların ve davaların önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması, - Günümüz gereklerine uymayan, cüz'î ve küllî icra sürecini yavaşlatan yöntemlerin değiştirilmesi, öngörülmektedir. Böylece Tasarıyla, mali sıkıntı içinde bulunup da, yeniden yapılandırılması halinde yaşaması mümkün olan işletmelere, faaliyetlerini verimli bir şekilde sürdürebilecekleri bir ortamın sağlanması; bu şekilde ticari faaliyetlerin

sürdürülmesi ve genişlemesi yoluyla, tedarikçi ve alıcı durumda olan diğer işletme ve kişilere istihdam ortamı yaratılması; böylece, sonuçta, kapasite kullanımının artırılması olanağı sağlanmak istenmiştir”¹³.

Yukarıya aynen alınan Genel Gereke’de söz edilmemesine rağmen, bu değişikliğin temelinde, ülkemizde uygulanmakta olan IMF programı ve IMF istekleri bulunmaktadır. Öte yandan, 4949 sayılı Kanun’da Amerikan iflâs hukukunun etkilerini görmek mümkündür. Amerikan iflâs sisteminin, işletmelerin (şirketlerin) kurtarılması ilkesi üzerine oturtulduğunu söylemek mümkündür ¹⁴.

Bu çalışmanın kapsamı ve amacı, 4949 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerin tümünü ayrıntılarıyla incelemek olmayıp, İcra ve İflâs Kanunumuzun kabulünden buyana geçirdiği evrimi göstermek olduğundan, aşağıda yalnızca önemli bazı değişikliklerin vurgulanmasıyla yetinilecektir.

İİK m.4: İcra reisliği kurumundan vazgeçilerek, icra dairelerinin, bağlı oldukları icra tetkik mercii hakimlerinin gözetim ve denetimi altında tutulmaları sağlanmış ve icra tetkik mercii hakimlerinin icra dairelerinde çalışan personel üzerindeki etkinlikleri artırılarak icra işlemlerine karşı yapılan itiraz ve şikayetlerin azaltılması amaçlanmıştır.

Bunun gerekçesi şudur: “Bilindiği üzere, birden fazla icra hakimi olan yerlerde birde ‘icra reisi’ bulunmaktadır. İcra reisinin yardımcısı durumunda bulunan icra hakimleri, icra iflâs dairelerinde çalışan personelin işlemlerini, gerektiği şekilde denetleyememektedir. Çünkü bu personel üzerinde gözetim ve denetim yetkisi doğrudan doğruya icra reisine ait bulunmaktadır. Öte yandan, ‘icra hakimi yardımcısı’ unvanı, aslında son derece seri karar alabilme yeteneğine ve geniş bir hukuk kültürüne sahip olması gereken ve Anayasanın 152 nci maddesi anlamında bir mahkeme olan tetkik merciiin başında bulunan tetkik mercii hakiminin statüsü ile de bağdaşmamaktadır. Uygulamada zorluklar yaratan bu durumda son verilecek Adalet Bakanlığınca, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde, tetkik merciiinin birden fazla dairesinin kurulması; icra reisliği kurumunun kaldırılması ve her tetkik mercii hakiminin, kendisine Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığınca dönüşümlü olarak bağlanan icra iflâs dairelerinin işlemlerine yönelik şikayet ve itirazlar ile idari işlemlerine bakması, gözetim ve denetimlerini yapması öngörülmüştür. Dağılımın dönüşümlü olarak yapılmasıyla, tetkik mercii hakiminin hep aynı icra dairesinin işlemlerine bakıp denetlenmesinden doğabilecek sakıncalar giderilmek istenmiştir.”

¹³ “İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/550), T.B.M.M S.Sayı 225, s.1-2).

¹⁴ Bkz. Bu konuda: Türk, İngiliz, ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sempozyumu ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, İstanbul 1993’deki tebliğler.

İİK m.14: Yargıtay kararları, icra iflâs hukukumuzun en önemli kaynaklarından dır. Ancak, bu kararların çok azı yayınlanmaktadır. 14 üncü maddeye eklenen bir fıkra ile Yargıtay, icra iflâs işlerine ait kararların tamamını düzenli olarak yayımlanacağı ve buna ilişkin esasların Yargıtay tarafından yönetmelikle düzenleneceği hükmü getirilmiştir. Bu hükmün gerçekten uygulanabilip uygulanamayacağını zaman gösterecektir. Bunun gerçekleştirilmesi halinde Yargıtay'ın icra iflâs ile kararlarını yakından takip edebilme, içtihat değişikliklerini yakından izleyebilme imkan dahiline sokulacağı gibi, tüm kararların kamuoyuna duyurulacak olmasının bu konudaki Yargıtay kararlarının daha gerekçeli olarak verilmesini sağlayacağı, belki "formül onama" alışkanlığını sona erdirebileceği ve adalet duygularını daha çok tatmin edebileceği kanısındayım.

İİK m.18: Değişiklikten önce, şikayet halinde tetkik mercii, işlemi yapan icra müdürünü dinlemekte ve bundan dolayı da öğretilerde bu husus haklı eleştirilere neden olmakta idi. 18 inci maddenin üçüncü fıkrasında konulan bir hükümle, tetkik mercii aksine hüküm bulunmayan hallerde şikayet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını taktir edeceği belirtilmiştir. Bu değişiklik, şikayet konusu işlemin gerekçesini öğrenen tetkik mercii hakiminin daha isabetli karar vermesi ve icra müdürünün yaptığı işlemlerinde daha titiz davranması amaçlanmıştır.

Hükümde ayrıca daha önce 15 gün olan duruşma erteleme süresi 30 güne çıkarılmıştır. Bu değişiklik, icra takiplerinin hızlandırılması gerekçesi ile çelişkilidir. Kaldı ki, uygulamada iş çokluğu sebebi ile 30 güne de uygulanacağından şüphem vardır.

İİK m.23: Ticari işletme rehni, menkul rehni kapsamına alınmıştır.

İİK m 25b: Yeni eklenen bu hükme göre: "Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde eğitimcinin hazır bulunması sureti ile yerine getirilir".

Bu hükümle çocuğun, ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesinde öngörülen yüksek yararının gözetilmesi ve ana- babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına kadar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana – babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına Sözleşmenin 9 ncu maddesi uyarınca taraf devletlerin saygı gösterecekleri esasına uyum sağlaması amacıyla, çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında icra müdürünün yanında bir uzmanın hazır bulundurulması zorunluluğu getirilerek çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.

İİK m.30 : Maddenin “Bir işin yapılmasına dair olan ilamlar” şeklindeki eski kenar başlığı, “Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilamlar şeklinde değiştirilmiş ve son fıkra olarak şu hüküm eklenmiştir. “Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilam hükmü yerine getirildikten sonra borçlu, ilam hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa, mahkemeden ayrıca hüküm almaya gerek kalmadan, önceki ilam hükmü tekrar zorla yerine getirilir”.

Böylece, tahliye edilen taşınmaza borçlunun tekrar haklı sebep olmaksızın girmesi hâlinde, borçlunun ayrıca hükme gerek kalmadan zorla taşınmazdan çıkarılacağına dair bir hüküm İcra ve İflâs Kanununda mevcut olmadığından, bu konudaki yasal boşluk doldurulmuştur.

İİK m.58 : Kanunun 58 inci maddesinin ikinci fıkrasının (3) numaralı bendi şu şekilde değiştirilmiştir.

“3. Alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak ve teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi;

Bu değişiklikte, öncelikle, alacak veya teminat aynı takip talebinde birlikte istenemeyeceğinde, “ve” terimi “veya” olarak değiştirilmiştir. İkinci olarak, yabancı para alacaklarının takip talebinde nasıl istenebileceği yönündeki tereddüt, uygulamadaki kararlar da esas alınarak giderilmiştir. Yapılan yeni düzenlemede, alacaklının yabancı para alacağının Türk parası karşılığını takip talebinde göstermesin yanında, bu alacağının hangi tarihteki kur üzerinden tahsilini istiyorsa bunu da açıkça göstermesi ve yine yabancı para ile ilgili faiz alacağına ilişkin talebini belirtmesi esası getirilmiştir.

Bilindiği gibi, icra takiplerini yabancı kur üzerinden yapabilmek imkanı vardır. Uzun süre buna olanak olup olmadığı tartışılmış ve buna olanak olmadığı görüşünde olanlar, diğerleri yanında özellikle İİK m.58/3’te açıkça “Türk parası” denildiği içindir ki, yabancı para üzerinden takip yapılamayacağını savunmuşlardı¹⁵. Yeni değişiklikte, yabancı para alacağı üzerinde takip yapılacağı hakkında artık herhangi bir tereddüt kalmamak gerekir.

İİK m.62 : İtiraz müessesesi, icra takibi sürecindeki en önemli birkaç noktadan biridir ve ödeme emrinin kesinleşip kesinleşmemesi borçlunun itiraz edip etmemesine bağlıdır. Öte yandan, (genel haciz yolu ile takipte) borçlunun itirazı ile takip durur ve duran takibe devam edebilmek için alacaklının bu itirazı hükümden düşürecek bazı taleplerde bulunma hakkı vardır. Bütün bu hususlar açısından yapılan itirazın karşı tarafa bildirilmesi (yeni tebliğ) gerekmektedir.

¹⁵ Bkz. Hakan Pekcanitez, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, Ankara 1998, s.147 vd.

Bilindiği gibi tebligat, basit ve olağan bir işlem olması gerekirken, uygulamada en çok yakınılan konuların başında gelmektedir. Bunun başlıca nedenlerinden biri, tebligat (posta) giderinin (bugün için her bir tebligat gideri üçmilyonbeşyüzbin liradır) kim tarafından yatırılacağı konusundaki tereddütlerden, bir diğeri tebligat giderinin fiilin yatırılıp yatırılmadığı konusundaki uyuşmazlıklardan kaynaklanmaktadır. Bunun sonucunda tebligat yapılmadığından daha sonraki aşamaya geçilememekte ve takip sürüncemede kalmaktadır.

Üzülerek ifade etmeliyim ki, yasa koyucumuz icra takipleri (ve hukuk davaları) bakımından nedense bu sorunu kesin olarak bir türlü çözememiştir. Bunun çözümü, takip yapan alacaklıdan (veya dava açan davalıdan) takip (veya dava) açtığında takip (veya dava boyunca) yapabilecek olan tüm tebligat giderinin avans olarak alınmasından geçmektedir. Mevcut halde böyle bir tebligat avansı alınmadığı ve her işlem için ayrı ayrı tebligat gideri alınması yoluna gidildiği içindir ki, bundan büyük aksamalar ortaya çıkmaktadır. Yasa koyucu bu hususu idari yargı bakımından çözmüş olup davacıdan peşin olarak avans alınmaktadır. Aynı uygulamanın icra takiplerine ve hukuk davalarına da yaygınlaştırılması gerekir.

İtiraz halinde bunun alacaklıya gönderilmesi için gerekli tebligat giderinin alacaklı veya borçludan hangisinin yatıracağı konusu, ortaya çıkan çeşitli uyuşmazlıklara çözüm bulabilmek için daha önce de yasa koyucunun önüne gelmiş ve 3222 sayılı kanunla 59 uncu maddede yapılan değişiklikle, tebliğ giderinin alacaklının avans olarak peşinen ödeyeceği hükme bağlanmıştı. Fakat, 62 inci maddenin 2 inci fıkrasında ise, “takibe itiraz edildiği, borçlunun yatırdığı veya 59 uncu maddeye göre alacaklının yatırdığı avanstaki (karşılanır)” denilmekte idi. Her iki hüküm arasındaki bu çelişki, sorunlara yol açmakta idi. İşte bu sebeple, 4949 sayılı Kanunla 62 inci maddenin 2 inci fıkrasında yapılan değişiklikle, bu hükümdeki aynı masrafı borçlunun da yatırmasına dair hüküm maddeden çıkarılmıştır.

Bunun yanı sıra, maddenin birinci fıkrasında, takibi yapan icra dairesinden başka icra dairesine yapılan itirazlarda masrafların icra müdürü tarafından alınması, alınmaması halinde bundan icra müdürünün şahsen sorumlu tutulacağı belirtilmek suretiyle sadece masraf alınmaması nedeniyle takibin sürüncemede kalmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Keza, 62 inci maddeye eklenen 3 üncü fıkra ile “Borçlu veya vekili, dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte bildirmek zorundadır. Adresini değiştiren borçlu yurt içinde yeni adres belirtmediği takdirde, takip ve tebliğ memurunca yurt içinde yeni adresi tespit edilemediği takdirde, takip talebinde gösterilen adrese çıkarılacak tebligat borçlunun kendisine yapılmış sayılır” denilerek, takip işlemlerinde, borçlu veya vekiline, borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla bildirme zorunluluğu getirilerek

takiplerin sürüncemede kalmaması ve icra tebliğlerinin seri bir şekilde yapılabilmesi (çünkü, yurt dışı tebligat büyük zaman almakta ve hatta tebligatı imkansız hale getirmekte ve takiplerin sonuçlanmamasına neden olabilmektedir) böylece alacaklının etkin, verimli ve hızlı bir şekilde alacağına kavuşması amaçlanmıştır.

İİK m. 67-68a : 67 inci madde ile başlayan hükümlerin en üst başlığı “6-İtirazın iptali” şeklinde olup bunun altında, m.67’de teknik anlamda “itirazın iptali”, m.68’de “itirazın kesin kaldırılması” ve m.68a’da “itirazın muvakkaten kaldırılması” müesseseleri yer almaktadır. Bu husus bazen yanlış anlamlara ve yorumlara da yol açabilmektedir. İşte bu sebeple, 67 inci maddeyle başlayan hükümlerin en üst başlığı. “6-İtirazın hükümden düşürülmesi” şeklinde değiştirilmiş ve daha sonraki (67,68,68a) maddelerin kenar başlıkları ve madde metinleri buna göre yeniden kaleme alınmıştır.

68 inci madde, “İtirazın kaldırılması talebinin kabulü halinde borçlu, bu talebin reddi halinde ise alacaklı diğer tarafın talebi üzerine yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir” hükmü, “İtirazın kaldırılması talebinin esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde borçlu, talebin aynı nedenlerle reddi halinde ise alacaklı, diğer tarafın talebi üzerine yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir” şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, “esasa ilişkin olmayan nedenlerin” varlığı halinde tazminat istenemeyecektir.

İİK m.68b : Madde ile ilgili diğer bazı değişiklikler yanında maddeye eklenen fıkraya göre: “Krediyi kullanan tarafın kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarname içeriğine itiraz etmiş olması, kredi hesabının kesilmesi veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarnameden önce tebliğ edilen ve itiraz edilmeyerek kesinleşmiş bulunan faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin hesap özetlerinin muhtevasına itiraz edilmemiş olmasının sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Bu durumda, önceki dönemlere ilişkin kesinleşmiş hesap özetleri hakkında ikinci fıkra hükümleri uygulanır”.

Bu değişikliklerle, faiz tahakkuk dönemlerinde gönderilen hesap özetlerinin muhtevasına itiraz etmemiş olan borçlunun kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarnameye itiraz etmek suretiyle ödemeyi ve takibi geciktirmesine engel olunmak istenmiş ve kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarnamelerin de bu kanunun 68 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan belgeler arasına girmesi sağlanmıştır. Diğer yandan, böylece önceden tebliğ edilen ve itiraz edilmeyerek kesinleşmiş bulunan faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin hesap özetlerinin muhtevasına itiraz edilmemiş olması halinde, krediyi kullanan tarafın kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarname içeriğine itiraz etmiş olmasının önceki dönemde doğan sonuçları ortadan kaldırmayacağı ve önceki dönemlere ilişkin kesinleşmiş hesap özetleri hakkında ikinci fıkra hükümlerinin uygulanacağı konusundaki

tereddütler giderilerek, alacaklının hakkının zayi olması ve işlemlerin sürünce-medede kalması engellenmek istenmiştir.

İİK m.79 : Maddenin ikinci fıkrasına “Resmî sicile kayıtlı malların, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir” hükmü eklenmiştir. Bu suretle, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin “başka yerlerde bulunan taşınmaz malların sicil kaydına doğrudan doğruya takibin yapıldığı icra dairesince haciz şerhi konulabileceği” yolundaki kararına uygun olarak, resmi sicile kayıtlı malların haczinin takibin yapıldığı icra dairesince kadına işlenmek suretiyle doğrudan da yapılabilmesi olanağı getirilmiştir.

İİK m.89 : Bu hüküm, uygulamada “89 ihbarnamesi” olarak da adlandırılan, üçüncü kişi elindeki alacaklar ve mallar hakkındadır. 4949 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önce, üçüncü şahsa birinci ve ikinci haciz ihbarnameleri gönderilirdi. Borçlu birinci haciz ihbarnamesine 7 gün içinde takip alacaklısı aleyhine menfî tespit davası açması gerekirdi. Eğer dava açmazsa zimmetinde varsayılan borcu öder veya yedinde varsayılan malı teslim ederdi.

Uygulamada özellikle bankalar bu hükümden şikayetçi idiler; çünkü, iş yoğunluğu gibi nedenlerle bazen yedişer günlük süreler içinde itiraz edilememekte, menfî tespit davası açılmamakta ve bunun sonucunda bankaların sorumluluğu doğmakta idi. Bu hüküm, banka görevlilerinin de iştiraki ile suiistimallere yol açabilmekte ve hatta bankaların dolandırılmalarına bile yol açabilmekte idi.

İşte bu nedenle, 89 uncu maddede değişiklik yoluna gidilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, özetle, haciz ihbarnamelerinin sayısı üçe çıkarılmıştır. Buna göre, birinci haciz ihbarnamesine yedi gün içinde itiraz etmeyen üçüncü şahsa ikinci haciz ihbarnamesi gönderilir. Üçüncü şahsın ikinci haciz ihbarnamesine yedi gün içinde itiraz edebilir. Buna itiraz etmeyen ve icra dairesine borcu ödemeyen (veya malı vermeyen) üçüncü şahsa üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilir ve bu ihbarname ile (eskiden olduğu gibi 7 gün değil) 15 gün içinde icra dairesine borcu ödemesi (veya malı vermesi) veya aynı sürede menfî tespit davası açması, aksi taktirde borcu ödemeye (veya malı vermeye) zorlanacağı bildirilir. Bu menfî tespit davası maktu harca tâbidir. Üçüncü şahsın açacağı menfî tespit davasının maktu harca tabi tutulmasıyla da iyi niyetli üçüncü şahısların dava açabilmeleri için kolaylık sağlanmıştır.

Daha önceki hükümde, davayı kazanan üçüncü şahsın genel hükümlere göre borçluya karşı başvuru ve tazminat hakkı varken, yeni değişiklikle, üçüncü şahsın borçlu ile kötü niyetli alacaklıya karşı dava açma hakkı getirilmiştir.

İİK m.94 : Maddede, anonim şirketlerde hisseleri temsil eden pay senetlerinin veya pay ilmühaberlerinin çıkarılmamış olması hâlinde çıplak payın haczinin ne şekilde yapılacağı konusunda uygulamada çıkan tereddütleri gidermek amacıyla gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Maddeyle ayrıca haczin Ticaret Sici-

line tescil edilmek üzere bildirilmesi esası getirilmiş ve haczedilen hisselerin haczin tescilinden sonra başkasına devri halinde bu devrin alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıl olduğu kabul edilmiştir. Buna göre:

“Anonim şirketlerde paylar için pay senedi veya pay ilmühaberi çıkarılmışsa, borçlunun şirketteki payı icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedilir. Bu haczin şirket pay defterine işlenmesi zorunludur; ancak haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır. Haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere Ticaret Siciline bildirilir. Bu durumda haczedilen payların devri, alacaklının haklarını ihlâl ettiği oranda batıldır. Haczedilen payların satışı, taşınır malların satışı usulüne tâbidir. Diğer taşınırlarda icra dairesi başkasına devre mâni tedbirleri alır (m.94,I / cümle 3-5).

İİK m.114: Menkul ihalelerinde, yurt çapında ilan yapılmasına karar verildiği takdirde ilanın satış talebi tarihinde yurt düzeyinde tirajı en yüksek beş gazeteden biriyle yapılacağı düzenlemesi getirilmiştir.

İİK m.115: Menkul ihalelerinde, ilk ihalede artırma bedelinin malın tahmin edilen kıymetinin %75'ini bulması şartı aranmakta iken; bu oran %60'a indirilmiştir. Değişikliğin gerekçesinde, bundan amacın malın ilk artırmada satılabilmesi ve böylece ilan ve daha sonraki artırmalar için yapılacak masraflar ve geçecek süreden tasarruf edilmesi, malın bir an önce satılması nedeniyle takibin sürüncemede kalmaması ve alacaklı ile borçlunun yararının gözetilmesi olduğu belirtilmektedir. Amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini zaman gösterecektir.

İİK m. 126: Gayrimenkul ihalelerinde de, ilk ihalede artırma bedelinin malın tahmin edilen kıymetinin %75'ini bulması şartı aranmakta iken; bu oran %60'a indirilmiştir.

İİK m.128a: “Kıymet takdirine ilişkin şikayet” kenar başlığını taşıyan bu hüküm yenidir:

Kıymet takdirinin tebliğ edildiği ilgililer, raporun tebliğinden itibaren yedi gün içinde raporu düzenleyen icra dairesinin bulunduğu yerdeki tetkik merciinde şikayette bulunabilirler. Şikayet tarihinden itibaren yedi gün içinde gerekli masraf ve ücretin mahkeme veznesine yatırılması hâlinde yeniden bilir kişi incelemesi yaptırılabilir; aksi hâlde başka bir işleme gerek olmaksızın şikayet kesin olarak reddedilir. Kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez. Ancak, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hallerde yeniden kıymet takdiri istenebilir.

Kıymet takdirine ilişkin şikayet yetkisiz tetkik merciine yapılırsa, tetkik mercii evrak üzerinde inceleme yaparak başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içinde yetkisizlik kararı verir.

Bu madde gereğince icra tetkik merciinin verdiği kararlar kesindir”.

Uygulamada takipleri uzatan nedenlerden biri de kıymet takdirine itiraz idi ve bu itiraz hakkında açık düzenlemeler bulunmadığından tereddütlere farklı yorumlara yol açmakta idi. Yapılan değişikliklerle, kıymet takdirine yapılacak şikayetler konusunda yeni hükümler getirilmek suretiyle bu şikayetin incelenmesi aşamasında hak ve zaman kaybının önlenmesi ve farklı uygulamaların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Ayrıca, uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi bakımından kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren yeniden kıymet takdiri istenemeyeceğine ilişkin iki (şimdi: bir) yıllık sürenin başlangıç tarihine açıklık getirilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrası ile, kıymet takdirine ilişkin şikayetin yetkisiz tetkik merciine yapılması hâlinde, tetkik merciinin evrak üzerinde inceleme yaparak ve on gün içinde kendiliğinden yetkisizlik kararı verebilmesi imkânı kabul edilerek kötü niyetle yetkisiz mercie başvurarak kıymet takdirine ilişkin kararın kesinleşmesini engelleyen davranışların önlenmesi amaçlanmıştır.

İİK m.130 : Gayri menkul ihale bedelinin ödenmesi süresi, 20 gün iken yapılan değişikliklerle, takibin hızlandırılması ve alacaklının alacağına daha çabuk ulaşması için bu süre on güne indirilmiştir.

İİK m.134 : İhalenin feshi ile ilgili olan bu hükümde yapılan değişikliklerin en önemlilerinden biri ile, ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi hâlinde, tetkik merciinin davacıyı kötü niyetli bulması hâlinde, feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm etmesi; ancak işin esasına girilmemesi nedeni ile davanın reddi hâlinde para cezasına hükümlenemeyeceği ön görülmüştür. Böylece, “ihalenin feshi talebinin reddi hâlinde para cezasına hükmedilmesi” esasının yasal düzenlemeye kavuştuğu 1988 yılını izleyen yıllarda Yargıtay’ın “ihalenin feshi talebinin husumet, sıfat yokluğu, süre aşımı gibi nedenlerle reddine karar verilmesi hâlinde, davacı aleyhine para cezasına hükmedilmemesi gerekeceği” şeklindeki uygulaması kanun metnine yansıtılmıştır. Eski hükümde, ihalenin feshinin talep edilmesi hâlinde alıcının bedeli nakden ödeyecek yerde bu bedeli karşılayacak banka kefaleti göstermesi ve hatta nakden ödeme yapmışsa banka kefaleti karşılığında bunun geri verilmesini isteme hakkı vardı. Bu hüküm oldukça sık bir biçimde kötüye kullanılan bir hüküm durumunda idi. Yapılan değişikliklerle, ihalenin feshinin talep edilmiş olması hâlinde bile satış bedelinin nakden yatırılması zorunluluğu getirilmek suretiyle bu taleplerin kötü niyetle yapılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Satış bedeli, ihalenin feshi davası süresince icra dairesi tarafından nemalandırılacağından, eski uygulamadaki olumsuz sonuçlarda giderilmeye çalışılmıştır. İhalenin feshi talebinin kabulü hâlinde nemalandırılmış bu satış bedeli, ihale alıcısına; reddi hâlinde ise alacaklıya ödenecektir.

Kötü niyetli ve muvazaalı olarak ihalenin feshi istenildikten sonra banka teminat mektubu karşılığında ihale bedelini ödemek zorunluluğunun işlemez hâle gelemsi ve ihalenin feshi talebinden vazgeçmek sureti ile ihale tarihindeki bedeli

ödeyerek haksız kazanç sağlanması nedeni ile İcra ve İflâs Kanununun 134 üncü maddesinin son fıkrası hükmünün yürürlükten kaldırılmıştır.

İİK m.142a: “Teminat Karşılığı Ödeme” Kenar başlığını taşıyan bu hüküm yenidir.

Buna göre :

“Sıra cetveline karşı 142 inci madde uyarınca şikayet veya itiraz yapılmışsa, tebligatı alan ve sıra cetvelinde hak sahibi görünen her alacaklı, bir bankanın kesin teminat mektubunu dosyaya ibraz ederek payına düşen meblâğı tahsil edebilir. 36 ncı maddenin ikinci fıkrası burada da uygulanır.

Teminat mektubunda, alacaklının dosyadan tahsil ettiği meblâğ ile bu meblâğın kısmen veya tamamen icra dosyasına iadesinin gerekmesi hâlinde iade tarihine kadar geçecek süreye ait olan faizin, icra dairesinin ilk yazılı talebi üzerine dosyaya ödenmesi taahhüt edilmelidir. Bu esaslar dahilinde teminat mektubu ile garanti edilecek miktar icra dairesince belirlenir”.

Yapılan bu değişiklikle; sıra cetveline karşı şikayet yada itiraz yoluna gidildiğinde sıra cetvelinde hak sahibi olarak görünen kişilerin, sıra cetveli kesinleşmeden, işleyecek faizlerini de kapsayacak şekilde bir bankanın kesin teminat mektubunu dosyaya ibraz etmek kaydıyla, paylarına düşen miktarı icra dosyasından tahsil etmeleri imkânı getirilmiş ve 36 ncı maddenin burada da uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece, hak sahiplerinin sıra cetveline itiraz veya şikayet prosedürü devam ederken, teminat mektubu karşılığında alacaklarına kavuşması sağlanmıştır.

Ayrıca teminat mektubunda, sıra cetveli kesinleşmeden tahsil edilen paranın iadesinin gerekmesi hâlinde iade tarihine kadar geçecek süreye ait olan faizin icra dairesinin ilk yazılı talebi üzerine dosyaya ödenmesinin taahhüt edilmesi gerektiği hususu da maddede hükme bağlanmıştır.

İİK m.143 : Borç ödemedi aciz belgesi ile ilgili mevcut hüküm yeterli değildi. Bu nedenle, bu hükümde önemli değişiklikler yapılmıştır.

Hükmün gerekçesine göre: “Maddeyle, merkezi bir sicil mevcut olmadığı için uygulamada işlerliğini hemen hemen tamamen kaybetmiş olun aciz vesikası bazı yönleriyle yeniden düzenlenmiştir. Bu belgenin özellikle bir kimsenin krediye layık olup olmadığını belirlemek bakımından büyük önemi vardır. Onun için maddeyle, il merkezinde (merkez ilçede) Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilecek bir icra dairesinde özel sicil ihdas edilmesi öngörülmüştür. Bu sicilin ne şekilde tutulacağı, hangi hususların sicile kaydedileceği, terkinin ne şekilde yapılacağı gibi konular Adalet Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenecektir. Aciz vesikası kurumunun işlevini kaybetmesinin en önemli nedenlerinde biri de, aciz vesikasına bağlanmış olan alacağa faiz işletilmemesi kuralıdır. Ancak bu kuralın kaldırılması yerine, aynı sonuca, aciz vesikasını sicilden terkin

ettirmek isteyen borçlunun, borcun tamamını, işlenmiş faiziyle birlikte ödemesi mecburiyeti getirilmek suretiyle varılmak istenmiştir. Aciz vesikasına bağlanmış alacağın zaman aşımına tabi olmaması kuralı ise, 19 uncu asırdan kalma bir kural olduğu, hukukumuzda zamanaşımı sürelerinin belirli olması hususu ile bağdaşmadığı ve bu içerikte bir kural diğer Avrupa ülkelerinde olmadığı için kaldırılmıştır; ancak aciz vesikasına bağlanan alacağın mevcudiyeti, her zaman olmasa bile, kural olarak, sübut bulduğunda zamanaşımı süresi nispeten uzun tutulmuştur. Türk icra hukukunun özellikleri nedeniyle, aciz vesikasının sicile işlenmesinden sonra, icra takibinin batıl olduğunun veya iptal edildiğinin yada borçlunun borçlu olmadığına bir mahkeme hükmüyle sabit olduğunun anlaşılması hâlinde, ilgili kaydın sicilden terkin edilmesine imkan verilmiştir. Keza alacaklı ile borçlu, örneğin daha düşük bir miktar üzerinde anlaşmaları takdirde, alacaklı icra takibini geri almak suretiyle sicildeki kaydın terkinini sağlayabilecektir”.

Aciz belgesinin zamanaşımı süresi yirmi yıldır ve süre düzenlenmesinden sonra başlar.

İİK m.148a : Uygulamada ipoteğin paraya çevrilmesi uzun zaman almakta ve alacaklılar alacaklarına geç kavuşmaktadırlar. Bunun nedenlerinde biri, ilgililerin adreslerini göstermemeleri ve adres değişikliğini bildirmemeleridir.

Takiplerin sürüncemede kalmasının ve adalete duyulan inancın zedelenmesinin önüne geçilmesi için, 4949 sayılı Kanun’la eklenen bu yeni hükümde, ipotek sözleşmesinin taraflarına veya ipotekli taşınmazı daha sonra satın alanlara yada bunların haleflerine, tapu sicili müdürlüğüne yurt içinde bir tebligat adresi bildirmek zorunluluğu getirilmekte, aksi takdirde ilgililerin tescil talebinin, tapu sicili müdürlüğüne reddolunacağı belirtilmektedir. Ayrıca, tapuya bildirilmiş bulunan adresin değiştirilmesinin tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesi halinde sonuç doğuracağı ve yeni adresin bildirilmemesi hâlinde tebligatların eski adrese ulaştığı tarih tebellüğ tarihi sayılacağı hükme bağlanmıştır.

İİK m.150i : Bu maddede yapılan esas değişiklik kötü niyetli borçluların cari hesabın kesilmesine, hesap özetine ve tazmin talebine ilişkin tebligatları almak suretiyle takibin başlatılmasını geciktirmeleri önlemeye yöneliktir.

İİK m.168 : Bu maddede yapılan değişiklikle, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde borçlunun ödeme emrine itirazının reddi hâlinde mal beyanında bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Böylece, mal beyanında bulunma zorunluluğu, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde itirazın takibi kural olarak durdurulmaması esasına uygun olarak düzenlenmiştir.

İİK m.169a : Kambiyo senetlerine mahsus takipte tetkik merciinin itirazın incelenmesi için yapacağı duruşma tayini olan 15 günlük süre 30 güne çıkartılmış ve yetki itirazının taraflar gelmese bile sonuçlandırılması benimsenmiştir.

Tetkik merciinin sunulan belgelerden borçlunun “borçlu olmadığı” kanısına varması haline ek olarak, “takip konusu senede göre icra takibinin yapıldığı yerin yetkili olmadığını” saptaması hâlinde, icra takibinin geçici olarak durdurulmasına karar verebilmesi mümkün hâle getirilmiştir. Borçlunu itirazının ancak “esas ilişkin nedenlerle kabulü hâlinde” alacaklının ve “takip muvakkaten durdurulmuş ise” itirazın reddi hâlinde borçlunun, “diğer tarafın isteği üzerine yüzde kırktan aşağı olamamak üzere” tazminata mahkum edileceği hükmüne yer verilmiştir.

İİK m.179 : Bu maddede yapılan değişiklikle, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflâsının ertelenebilmesi konusunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Getirilen düzenleme ile, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olması hâli idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket yada kooperatif tasfiye hâlinde memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe gerek kalmadan bunların iflâsına karar verileceği hükme bağlanarak, özellikle alacağının vadesi daha sonra gelecek olan veya diğerlerinden sonra icra takibinde bulunan alacaklılar ile bu durumu bilmeden borçluya bu dönemde borç verecek olanların haklarını tamamen veya kısmen almama tehlikesi ortadan kaldırılmıştır. Ancak, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler yada alacaklılardan bir, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin (düzeltilmesinin) mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflâsın ertelenmesini isteyebilirler. Mahkeme projeyi ve sunulan bilgi ve belgeleri ciddi ve inandırıcı bulursa ve gerektiğinde idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları da dinleyerek iflâsın ertelenmesine karar verebilecektir. Bu kararın etkileri e erteleme süresince alınması gereken tedbirler etraflı bir şekilde düzenlenmiştir.

Maddeyle, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borçlarının aktiflerinden fazla olması hâli idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket yada kooperatif memurları veya bir alacaklı tarafında beyan ve mahkemece tespit edilirse, bunların önceden takibe gerek kalmadan iflâsına karar verileceği hükme bağlanarak; bir nevi maddi anlamda borca batıklık durumu içinde olan borçlunun, bu durumdayken normal faaliyetine devam ederse, özellikle alacaklıların vadesi daha sonra gelecek olan veya diğerlerinde daha sonra icra takibinde bulunan alacaklılar ile borca batıklık durumunu bilmeden ona bu dönemde yeniden borç verecek olanların haklarını tamamen yada kısmen almama tehlikesini ortadan kaldırmak amaçlandırılmıştır. Ancak, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket yada alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin mâli durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflâsın ertelenmesini isteyebilirler. Böylece, mali durumunun düzeltilmesi mümkün olan şirket veya kooperatifin faaliyetlerine devam etmesi sağlanmaktadır. İflâsın ertelenmesi istemi geri alınamaz. Mahkemeye projeyi ve sunulan bilgi ve belgeleri ciddi ve inandırıcı bulursa ve gerektiğinde idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları da dinleyerek iflâsın ertelen-

mesine karar verebilir. Mahkemenin bu yolun kötü-niyetle kullanılmasını önlemek için incelemesini süratli bir şekilde yapması zorunluluğu getirilmiştir. İflâsın ertelenmesi, konkordatodan esas itibarıyla iki bakımdan farklıdır. Bir kere, iflâsın ertelenmesi hakime ve ilgililere daha geniş bir hareket alanı sağlayabilir. Nitekim maddede, mali durumunu düzeltmek için borçlunun başvurabileceği çareler konusunda herhangi bir yönlendirme, sınırlama beyan edilmemiştir. İkinci olarak, iflâsın ertelenmesi kurumu, mali durumun düzeltilmesine ilişkin tedbirlerin uygulamaya konulması bakımından borçluya herhangi bir yardım veya destek sağlamamaktadır.

İİK m.179a : 179 uncu maddeye paralel olan bu yeni düzenlemede, “erteleme tedbirleri” belirtilmektedir. Buna göre mahkeme iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte şirketin veya kooperatifin malvarlığını korumaya yönelik tedbirleri alacaktır. Evvelce iflâsın ertelenmesi halinde şirket yada kooperatifin mallarının korunması için tedbir alınmamakta ve böylece şirket veya kooperatif uzun bir süre için eski halinde bırakılmaktaydı. Bu durum hakimlerin iflâsın ertelenmesi konusunda mütereddit kalmalarına neden olmaktadır. Getirilen düzenlemeyle bu sakınca giderilmektedir. Ancak maddede bu tedbirler tek tek sayılmamıştır. Bunun yerine tedbirlerin öngörülen iyileştirme projesiyle uyum halinde olması, projeyi işlemez hâle getirmemesi aranacaktır. İflâsın ertelenmesi durumunda mahkeme bir kayyım atamak zorundadır; böylece şirket veya kooperatifin uzun bir süre için eski yönetim organının elinde kalması önlenmiş olmaktadır. Mahkeme duruma göre yönetim organının bütün yetkilerini kayyıma verilebileceği gibi, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliğini kayyımın onayına bağlı kalabilecektir. Ancak kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak iflâsın ertelenmesi kararında gösterilmelidir. İflâsın ertelenmesi halinde, başta alacaklılar olmak üzere üçüncü kişilerin hakları etkileneceğinden, yine aynı şekilde alacaklıların ve üçüncü kişilerin ilişkiye girdikleri veya girecekleri şirketlerin veya kooperatiflerin mâli durumunu bilmeleri şirketin veya kooperatifin çıkarından önce geleceğinden ve kayyımın görev ve yetkilerine aleniyet kazandırmak bakımından, erteleme kararının 166 ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki usulle ilan edilmesi ve gerekli bildirimlerin yapılması esası kabul edilmiştir.

İİK m.179b : 179 uncu maddeye paralel olan bu yeni düzenlemede de “erteleme kararının etkileri” belirtilmektedir. Buna göre; iflâsın ertelenmesinden beklenen faydanın gerçekleşmesi şirket veya kooperatif aleyhine başlamış icra ve iflâs takiplerinin durmasına bağlıdır. İflâsın ertelenmesi kurumu, konkordatoda olduğu gibi bütün alacaklıların çıkarlarını dengeli bir şekilde korumayı amaçlamaktadır. Takiplerin duracağı kabul edilmezse, mali durumun düzelmesi neredeyse imkânsızlaşır. Bu bağlamda Devlet alacakları bakımından da, 6183 sayılı Kanun uyarınca başlatılmış bulunan takiplerin durması kuralı kabul edilmiş, bu açıdan Devlet ile diğer alacaklılar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Erteleme sırasında taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar için bir

istisna getirilerek bunların takip konusu yapılabilmesine izin verilmiştir. Ancak bu takip konusu yapılabilmesine izin verilmiştir. Ancak bu takipler nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamayacak ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemeyecektir; aksi taktirde şirket veya kooperatifin faaliyetine devam ederek iflâstan kurtulması mümkün olmaz. Kıdem tazminatları hariç 206 ıncı maddenin birinci sırasında yazılı alacaklar takip yasağı konusunda diğer bir istisna olarak kabul edilmiştir. Erteleme süresi bir yıl olarak kabul edilmiş; mali durumun düzeltilmesi ihtimalinin mevcut olması hâlinde, kayyımın raporları da dikkate alınarak b sürenin bir yıl daha uzatılabilmesine imkan tanınmıştır. Böylece, erteleme toplam iki yıl için yapılabilmesi kabul edilmiştir. Erteleme süresince kayyım, mahkemenin belirleyeceği sürelerde faaliyetleri ve işletmenin durumu hakkında mahkemeye düzenli olarak rapor vermek zorundadır. Şirketin veya kooperatifin mali durumunun düzelmesi ihtimali ile alacaklıların hakları arasındaki dengenin sağlanabilmesi için, mahkemeye , kayyım raporlarından mali durumun erteleme süresi dolmadan düzelmesinin mümkün olmadığı kanaatine vardığı taktirde, erteleme kararını kaldırarak şirketin veya kooperatifin iflâsına karar verme yetkisi tanınmıştır.

İİK m.185 inci maddenin birinci fıkrasına, "...rehin sahibi alacaklı, istediği takdirde iflâstan sonra da masaya karşı rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir" hükmünü ilave edilmiştir. Bunun nedeni şudur: Aslında Kanunun 193 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkrasından çıkan sonuç sarih olmakla birlikte, uygulamada, 185 inci maddede rehinli malların iflâs masasına gireceği ve iflâs idaresi tarafından satılıp rehinli alacaklıya haklarının verileceği öngörüldüğünden, iflâsın açılmasından önce rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmamışsa iflâs açıldıktan sonra artık rehinli malın icra dairesi tarafından paraya çevrilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bu yorum tarzı rehinli alacaklının hakkına kavuşmasını geciktirmektedir. Onun için, Kanunun 193 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki kuralı pekiştirmek için bu ilave yapılmıştır.

İİK m.206: Bu madde iflâsta sıraya ilişkindir ve daha önceki halinde ilk beşi imtiyazlı, altıncısı imtiyazsız olmak üzere toplam altı sıra mevcut iken; yeni düzenlemede sıraların sayısı dörde indirilmiş olup ilk üç sıra imtiyazlı, dördüncü sıra imtiyazsız alacaklılarla ilgilidir.

Bu arada, uygulama alanı bulunmayan alacak kategorilerinin Kanundan ayıklanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda, vergi alacaklılarına tanınan imtiyaz da, bu imtiyaz nedeniyle diğer (imtiyazlı olmayan) alacaklılar bir çok halde alacaklarını kısmen dahi olsa tahsil edemediklerinden kaldırılmıştır.

Bu vesileyle belirtelim ki, 4949 sayılı Kanun ile Devlet'in diğer alacaklılarla karşısındaki imtiyazlı durumu hemen hemen tamamen ortadan kaldırılmıştır.

İİK m.223: Bilindiği üzere, iflâsın özel organı iflâs dairesidir ve iflâs tavsiyesini yapan esas organda budur. Ancak uygulamada iflâs dairesi toplantıları çeşitli

nedenlerle yapılmamakta, karar alma ve uygulama sürecinde gecikmeler olmaktadır. Bu da iflâs tasfiyelerini uzatıcı önemli nedenlerden biridir. 223 üncü madde yapılan değişiklikle, iflâs dairesi toplantılarında iflâs müdürüne de inisiyatif tanınmış ve iflâs dairesinin toplanamadığı hallerde iflâs müdürün karar alması esası getirilmiştir. Ayrıca, bu hükümle, iflâs daire memurlarının iflâsın tasfiyesini fiilen aralarından birine terk ederek tasfiyeyi denetimsiz bırakmalarına engel olunmak istenmiştir.

İİK m.265: İhtiyati haciz kararına itiraz ile ilgili bu madde genişletilmiş ve İsviçre’de olduğu gibi üçüncü kişilere de ihtiyati hacze itiraz olanağı getirilmiştir.

Maddeyle, Kanunun 258 inci maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, birinci fıkrada yer alan ve ihtiyatî haczin temyiz edilemeyeceğine ilişki olan hüküm, madde metninden çıkarılmıştır. Maddeye eklenen fıkra ile, menfaati ihlâl edilen üçüncü kişilere ihtiyatî hacze “itiraz” olanağı getirilmiştir. Nitekim İsviçre İcra ve İflâs Kanununda yapılan değişiklikle, üçüncü kişilere de bu olanak tanınmıştır. Zira ihtiyatî haciz geçici bir hukukî koruma olup, bu karar bazen karşı taraf dinlenmeden ve ispat aranmadan verilebilmektedir. Bunun sonucu olarak, borç ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişileri de doğrudan doğruya etkileyecek tarz ve içerikte ihtiyatî haciz kararı verilebilmekte, üçüncü kişilerin bu durum karşısında kendilerini açık bir hükümle koruma olanağı bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin ileri sürebileceği itiraz sebebinin ihtiyatî haciz nedenlerine veya teminatına ilişkin olabileceği belirtilmek suretiyle itiraz konusundaki tereddütlerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Görev konusu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre belirleneceğinden madde ayrıca belirtilmemiştir. İhtiyatî haciz talebine teşkil den alacak para alacağı olduğundan, alacağın miktarına göre sulh veya asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır. Madde, borçlunun veya üçüncü kişinin yaptığı itiraz üzerine yargılama yapıp karar veren mahkemenin bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiş ve konunun ivediliği nedeniyle başvurunun Yargıtayca öncelikle ve kesin olarak sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca uygulamada ortaya çıkabilecek duraksamaları gidermek amacıyla, ihtiyatî haciz kararına itiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde bu başvurunun ihtiyatî haciz kararının uygulanmasını durdurmayacağı hükme bağlanmıştır.

İİK m.268: Maddenin birinci fıkrasına, “Rehinden önce ihtiyati haciz veya icrai haciz bulunması halinde amme alacağı dahil hiçbir haciz rehinden önceki hacze iştirak edemez” hükmü getirilmiştir. Bununla, rehnin tesisinden sonra haciz konulması hâlinde, konulan haczin rehni aşarak rehnin önündeki hacze veya ihtiyatî hacze iştirak edemeyeceği esası getirilerek, tapu siciline güven ve aleniyet ilkesine uyum sağlanması amaçlanmıştır.

İİK m.269: Kiralanan taşınmazlarda borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi ve borcunu da ödememesi durumunda, alacaklının tetkik merciine başvurarak tahliye istemesine sürenin ne olacağı konusunda uygulamada tereddütler ve öğretilerde görüş ayrılıkları vardı.Yapılan değişiklikle tahliye isteminde bulunma imkânı altı aylık süreye bağlanarak uygulamadaki tereddütler giderilmiştir.

İİK m.280: Bu maddenin kenar başlığı “Diğer butlan halleri iken”, 4949 sayılı Kanun’la”zarar verme kastında dolayı iptal” olarak değiştirilmiş ve madde metninde “alacaklılara zarar verme kasti” ibaresi vurgulanmıştır.

Değişikliğin gerekçesi şöyledir:

Uygulamada, özellikle ekonomik kriz zamanlarında, borçlarını ödemek için mallarını paraya çevirmek isteyen borçluların çok sayıda olması sebebi ile, malların normal değerinden daha aşağı fiyatlarda satıldığı herkesçe bilinen bir gerçektir.Bu gibi durumlarda, “iyi niyetli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudun eksiltilmesi“ şeklinde ifade edilen ölçütün objektiflikten uzak olması birçok alıcının mağdur olmasına yol açmaktadır.Kaynak İsviçre Kanununda da ifadesini bulan “alacaklılara zarar verme kasti” ise, maddenin gerçek amacını daha iyi ifade ettiğinden, 280 inci maddenin birinci fıkrası bu amaca uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.

4949 sayılı Kanun’un önemli değişikliklerinin en başında konkordato müessesesi gelmektedir.Yapılan değişiklikle, Kanunumuzun onikinci babında yer alan konkordato, 3 ayrı başlığa bölünmüştür.:I-Adi konkordato (m.285-308);II-İflâstan sonra konkordato (m.309);III- Malvarlığının terki suretiyle konkordato (m.309a – 309).Buna göre:

İİK m.285: Yapılan değişiklikle konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen herhangi bir borçlunun, tetkik merciine konkordato projesi ile birlikte gerekçeli bir dilekçe vermesi ve bu dilekçeye gelir tablosunu da eklemesi esası getirilmiştir.

Önceki düzenlemede “gerekçeli dilekçe” verilmesi şartı mevcut değildir;bu şartın getirilmesi borçluyu, daha bu aşamada, öngördüğü konkordato türünü ve bunu gerçekleştirmek için haiz bulunduğu veya haiz bulunacağı imkanları açılmaya mecbur kılmaktır. Bu dilekçede borçlu, işletmenin faaliyetini komiserin denetimi altında kendisinin mi üstleneceği, yoksa komiserin mi onun yerine geçerek işletmenin faaliyetlerini sürdüreceği; talep bulunan konkordato mühletinin ne kadar olduğu, uzatma imkanını kullanma hakkını saklı tutup tutmadığı gibi konularda açıklama yapacaktır. Hatta borçlu, uygun gördüğü komiser adlarını dahi bu dilekçede belirtebilir, ama tabiatıyla tetkik mercii bu isimlerle bağlı değildir. Dilekçeye eklenecek belgeler hakimin sadece borçlunun işletmesinin aktif ve pasif kalemlerin durumu hakkında bir değerlendirme yapmasına değil, borçlunun işletmesinin ekonomik durumu, yani borçları ve gelirleri hakkında bilgi edinmesine de yöneliktir.

Maddeye eklenen fıkra ile, alacaklılara da, borçlu hakkında, gerekçeli bir dilekçeyle, konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteme ve böylece alacaklılar arasında eşitliği sağlama imkanı verilmiş ve konkordato talebi üzerine tetkik merciine borçlunun mal varlığının muhafazası için tedbir alma yetkisi tanınmıştır. Tabiiyatıyla alacaklı, borçlunun ticari defterlerini, bilançosunu ve gelir tablosunu tetkik merciine talebiyle birlikte sunmak zorunda değildir; ama tetkik mercii hakimini resen araştırma ilkesi uyarınca borçludan bütün bu defter ve belgeleri isteyebilir. Yeni düzenleme alacaklıya bir konkordato projesi tevdi etme zorunluluğu da getirmemektedir; ama, bu onun böyle bir proje önermeyeceği anlamına da gelmemektedir.

Öte yandan, 285 inci maddenin son fıkrasındaki, “mevcut malları ve alacakları borçlarının en az yüzde ellisini ödemeye yetişmeyen borçlu konkordato isteyemez.” Şeklinde hükmü (yani, en az % 50 teklif etme şartı) yürürlükten kaldırılarak, borçluların konkordato hükümlerinden daha kolay yararlanmaları amaçlanmıştır. Böylece iflâs dışı konkordato da %50'nin altındaki bir oranla dahi konkordato teklif edebile olanak dahiline sokulmuştur.

İİK m.286: Bu madde konkordato şartlarını düzenleyen hükümdür. Yapılan değişiklikle, tetkik merciinin konkordato talebini nazara almasına ilişkin şartlar yeniden düzenlenmiştir. Getirilen düzenlemeye tetkik merciine ayrıca talepte bulunan alacaklıyı da dinleme mecburiyeti yüklenmiş ve talebin yerinde olup olmadığı konusunda tetkik merciinin borçlunun malvarlığı, gelirleri, taahhütlerini yerine getirmesine engel olan nedenler ve konkordatonun başarı ihtimali gibi unsurları göz önüne alarak, verilecek kararı objektif ölçütlere dayandırması esası kabul edilmiştir. Bu bağlamda dürüstlük şartı ve borçlunun mevcudunun borçlarının yüzde ellisini ödemeye yetişmesi şartı kaldırılmıştır. Teklifin borçlunun servetiyle orantılı olması şartının, projenin alacaklıları zarara sokmak kastından arı olması şartı içinde mütalaa edilebileceği düşünülmüştür. Borçlunun konkordato talebinden önce işlerindeki doğruluğu şartı ise alacaklıların menfaatleri karşısında önemini yitirmiştir. Bu açıdan bakıldığında, hakim, işçilerin işletmanın muhafaza edilmesindeki menfaatini dahi dikkate alabilecektir.

İİK m.287: Hükümde yapılan değişiklikle iki aylık konkordato mühleti üç aya çıkartılmış ve eskiden tek komiser seçilirken, şimdi birden fazla komiser seçilmesi imkanı tanınmış, komiserin görev sorumluluklarına ayrıntılar getirilmiştir.

Yapılan değişiklikteki üç aylık konkordato süresi uygulamadan edinilen izlenim nedeni ile ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Bu sürenin Tasarıda olduğu gibi en az altı ay ve uzatma ile birlikte on iki ay olması kanınca amaca daha uygun olurdu.

İİK m.289: Yapılan değişiklikle konkordato hükümlerinden beklenen amaçların gerçekleştirilmesi ve alacaklıların daha hızlı tahsilini sağlamak üzere yeni

hükümlere yer verilmiştir. Özellikle, mühlet içinde 6183 sayılı Kanun kapsamına giren takiplerin yapılamayacağı belirtilmiştir. Zira borçluya bu imkan sağlanmadığı takdirde konkordatonun başarıya ulaşması hemen hemen imkansızlaşabilecektir. Öte yandan, borçlunun işletmesinin faaliyetini sürdürebilmesi için, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanması da durdurulmuştur. Ayrıca ,madde, rehinli taşınır ve taşınmazların paraya çevrilmesi bakımından kısıtlayıcı bazı hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, mühlet sırasında taşınır veya taşınmaz rehni ile temin edilmiş alacaklar rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilecek veya başlamış olan takiplere devam edilebilecek; ancak bu takipler çerçevesinde muhafaza tedbirlerle alınamayacak ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemeyecektir. Böylece borçlunun konkordato süreci içinde işletmenin devamı için büyük önem haiz olabilecek rehinli mallarından yoksun kalmasını önüne geçmiş; ancak diğer taraftan da rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibin mühlet zarfında satış aşamasına kadar getirilmesine imkan verilerek konkordato mühletinden bir sonuç alınmaması halinde rehinli alacaklının daha fazla vakit kaybetmesi önlenmek istenmiştir.

Öte yandan madde de, 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı alacaklar için kıdem tazminatları hariç haciz yoluyla takip yapılabileceği, konkordata aksine hüküm içermediği takdirde mühletin rehni ile temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemlerini durduracağı ve takasın bu Kanunun 200 ve 201 inci maddelerine tâbi olacağı hüküm altına alınmıştır. Zaten mâli yönden ödeme güçlüğü içinde bulunan borçlu bakımından çok kere büyük meblağ teşkil eden kıdem tazminatlarının, imtiyazlı alacak niteliğini muhafaza etmekle birlikte, konkordata mühleti zarfında haciz yoluyla takibe konu edilmesinin nedeni; borçlunun yeniden yapılanma süreci içine girerek gerektiğinde küçülebilmesine imkan verilmek istenmesidir. Böylece bu alacakların bir süre sonra tam olarak tahsil edilebilmesi imkan dahiline girebilecektir.

İİK m.291 : Yapılan değişiklikle komiserin rehinli malların kıymetinin takdirine ilişkin kararını alacaklıların incelemesine hazır tutacağı, kıymet takdiri kararının alacaklılar toplantısından önce yazılı olarak rehinli alacaklılara borçluya bildirileceği, ilgililerin on gün içinde ve masrafları önceden vermek kaydıyla tetkik merciinden rehinli malların kıymetini yeniden takdir etmesini isteyebileceği ve eğer yeni kıymet takdiri bir alacaklı tarafında istenmiş ve takdir edilen kıymet kayda değer bir şekilde değişmişse alacaklının borçludan masraflarının ödenmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Böylece alacaklıların mühlet aşamasına daha etkin ve aktif şekilde katılmaları amaçlanmıştır.

İİK m.297: Eski hükümde, konkordatonun kabulü için hem kaydedilmiş alacakların hem de alacaklılar toplamının üçte ikisinin kabulü şartı olmakta idi. Değişiklikle bu çoğunluk şartı değiştirilmiş olup, yeni düzenlemeye göre, konkordatonun kabulü için kaydedilmiş alacaklıların yarısını ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk gerekmektedir. Bunun gerekçesi konkordatonun kabulünü kolaylaştırmaktır. Bu oran kaynak İsviçre İcra ve İflâs Kanunda imtiyazlı

olmayan alacakların en az üçte ikisini temsil eden alacaklıların dörtte biri olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda, “yüzde elli bir – yüzde elli bir” seçeneği de çok tartışılmış; fakat sonuç da konkordatonun kabulünde daha fazla söz sahibi olmaları gerektiği düşüncesiyle bu seçenek kabul görmemiştir.

İİK m.298 : Yapılan değişiklikle, konkordatonun tasdiki için; teklif edilen meblağın borçlunun kaynakları ile orantılı olması; malvarlığının terki suretiyle konkordatoda para çevirme hâlinde elde edilen hasılatın veya üçüncü kişi tarafında teklif olunan meblağın, iflâs yoluyla tasfiye hâlinde elde edilebilecek bedelden fazla olacağına öngörülmesi; konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacaklıların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayıyla akdedilmiş borçların iflâsını sağlamak için, bu alacaklılardan biri özel olarak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçemedikçe, yeterli teminatın gösterilmesi şartının aranacağı belirtilmiştir. Ayrıca hakimin tasdik süreci sırasında ra’sen veya talep üzerine gerekli gördüğü düzeltmeleri yapabileceği; örneğin yeterince açık olmayan bir konkordato projesini serahate kavuşturabileceği, kanuna veya yargısal içtihatlarla aykırı bir şartı aykırı bir şartı tadil edebileceği kabul edilmiştir.

İİK m298a : “Rehinli taşınır ve taşınmazın paraya çevrilmesinin ertelenmesi” hükmünü taşıyan bu madde yenidir.

Maddeyle, konkordatoyu tasdik eden hakimin borçlu işletmenin yeniden yapılandırılmasının kolaylaştırılması amacıyla, belli bazı şartların yerine gelmesi hâlinde rehinli taşınır veya taşınmazın paraya çevrilmesinin ertelenmesini tasdikten sonra en fazla bir yıl süreyle ertelenmesi imkanı getirilmiştir. Uzatılması mümkün olmayan bu âzami bir yıllık erteleme çok kere konkordatonun başarıya ulaşması için gereklidir. Erteleme imkanı tanınmadığı takdirde borçlu, konkordatonun ona sağladığı kârın önemli bir kısmını, mühletin sona ermesiyle birlikte rehin paraya çevrilmesi yoluyla takibe kaldığı yerden devam etme imkanını kaybeden alacaklıların tatmin edilmesine de kullanmaya mecbur kalacaktır. Ancak, bir diğer açıdan bakıldığında, bu tedbir, rehinli bir mal zaman içinde değerini kaybettiği için, rehinli alacaklı bakımından sakıncalı olabilir. Bu nedenle rehinli alacaklılara sürece iştirak etme ve görüşlerini ileri sürebilme imkanı verilmiştir; ayrıca rehinli alacaklılar erteleme süresince işleyip mevcut rehine karşılanamayan faiz alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebileceklerdir; öte yandan, rehini alacaklılar hakimden, her zaman, ertelemeyi gerektiren nedenlerin olmadığını veya artık ortadan kalktığını, örneğin borçlunun faaliyetinin rehinli taşınmazın kullanımının bu faaliyetin davamı için vazgeçilmez olmaktan çıkacak ölçüde azaldığını veya değiştiğini, gerçeğe yakın bir şekilde ederek ertelemenin iptalini isteyebilirler. Bu şekilde, borçlu ile rehinli alacaklıların menfaatleri arasında bir denge kurulması amaçlanmıştır.

İİK m.302 : Maddeyle, alacağı borçlunun itirazı ile karşılaşan alacaklının yedi gün içinde dava açmasının hukuki sonucu hakkında, öğretideki tartışmalar ve eleştiriler dikkate alınarak, 302 inci madde yeniden düzenlenmiştir. Böylece, yedi günlük süre içinde dava açmanın yaptırımının, alacaklının itiraza uğramış olan alacağının maddi hukuk bakımında sona ermesi olmadığı; bu durumda sadece onun teminattan yararlanma ve konkordatoyu feshettirme hakkının düştüğü açıklığa kavuşturulmuştur. Alacaklının yedi günlük süre içerisinde dava açmaması nedeniyle alacak hakkının maddi hukuk bakımından sona ermesi şeklindeki yaptırım son derece ağırdır. Zaten öğretideki tartışmaların kökeninde de büyük ölçüde de bu yaptırımın sertliği bulunmaktadır. Yeni düzenlemeyle, alacaklının içtinabı ile yaptırım arasında bir denge sağlanmış olmaktadır. Buna mukabil, konkordatonun tasdikinin süratle sonuçlanmasını teminen yedi günlük dava açma süresi, alacağı itiraza olan alacaklılar tasdik duruşmasında hazır bulunsunlar veya bulunmasınlar, tefhimden başlatılmıştır. Şu halde, yeni düzenleme, alacağı itiraza uğramış olan alacaklılar konkordatonun tasdikine ilişkin safahatı yakından takip etmek zorunda kalacaklardır. Yedi günlük süre içinde dava açılmamasının birinci sonucu alacaklının teminattan yararlanamamasıdır; buradaki teminat İcra ve İflâs Kanununun 298 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (3) nolu bendindeki teminat ile 305 inci maddesi uyarınca bankaya yatırılmış paradır. İkinci sonuç ise alacağı itiraza uğramış alacaklının konkordatoyu 307 ve 308 inci maddeler uyarınca feshettirememesidir. Alacağı itiraza uğramış olan alacaklı yedi günlük süre içinde açması gereken davayı tasdik kararını vermiş olan asliye ticaret mahkemesinde açacaktır. Çünkü bu dava, konkordato ile çok yakın ilişki içinde olan bir davadır. Böylece uygulama ve öğretideki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Davanın süratle görülüp çözümlenmesi için, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununun 507 inci (1) numaralı bendinin aynı Kanununun 176 ncı maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendine yaptığı yollamanın bu açıdan yetersiz addedilmesi ihtimaline binaen, basit yargılama usulüne göre görüleceği açıkça ifade edilmiştir.

İİK m.303 : Konkordatonun hükümleriyle ilgili madde yeniden kaleme alınmıştır.

Yapılan değişiklikle, tasdik edilen konkordatonun alacakları mühlet kararından önce veya komiserin onayı olmaksızın konkordatonun tasdikine kadar bütün alacakların mecburi olduğu; rehinli alacaklıların rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ile bu kanununun 206 ncı maddesinin birinci fıkrasında sayılan Devlet alacaklarının bu kuraldan müstesna olduğu; mühlet içinde komiserin onayıyla akdedilmiş borçların mevcudun terki suretiyle konkordatoda yahut sonraki bir iflâsta masa borcu sayılacağı; konkordatonun tasdiki kararında alacaklıların hangi ölçüde alacaklarından vazgeçtiği, borçlunun borçlarını nasıl ödeyeceği ve gerekirse sağlanacak teminatların belirtilmesi gerektiği ve kararda komiser veya bir üçüncü kişinin tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görev-

lendirilebileceği düzenlenmiştir. Böylece, konkordato şartlarına hangi alacakların tabi olduğu konusundaki tartışmalara yeni düzenlemenin gerekleri de göz önüne alınarak son verilmesi istenmiştir. Mühlet içinde komiserin onayıyla akdedilmiş borçların mal varlığının terki suretiyle konkordato yahut sonraki bir iflâsta masa borcu sayılacağı yolundaki kural ise üçüncü kişileri borçlu ile mali ve ticari ilişkiye girmek konusunda teşvik etme amacıyla sevk edilmiştir. Ayrıca, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini denetlemekle görevlendirilen kişiye iki ayda bir tasdik kararı veren mahkemeye rapor tevdi etmek yükümlülüğü getirilm iş ve söz konusu bu raporu alacaklıların incelemesi olanağı sağlanmıştır.

4949 sayılı Kanunun getirdiği en büyük yenilik, “mal varlığının terki suretiyle konkordato” müessesesidir. Bu müessese, 309a – 309l maddeleri ile (toplam 25 madde şeklinde) düzenlenmiştir. Kanunun Genel Gereğesine göre: “Mal varlığının terki suretiyle konkordato, hukukumuz da ayrı bir konkordato çeşidi olarak düzenlenmiş değildir. Keza İsviçre’ dede,1949 yılına kadar, mal varlığının terki suretiyle konkordato kanunla düzenlenmiş değildi. Ancak, İsviçre’de doktrin ve içtihatlar, konkordato ve iflâs hakkındaki kanun hükümlerinin kıyasen uygulayarak, mal varlığının terki suretiyle konkordatonun caiz olduğu sonucuna varmıştı. Nihayet, 28/9/1949 günlü bir Kanunla İsviçre İcra İflâs Kanununa bu konuda açık hükümler konulmuş; bu hükümler bilahare uygulamada ortaya çıkan sorunlar dikkate alınarak 1/1/1997 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla kısmen tadil edilerek geliştirilmiştir. Mal varlığının terki suretiyle konkordatoda, borçlu, ödemeyi teklif etmez;bilâkis mal varlığının alacaklılarına terk ederek veya bir üçüncü şahsa devrederek borçlarından kurtulmasını teklif eder. Konkordato teklifi alacaklılarca kabul edilip konkordato mahkeme tarafından tasdik edilince, borçlunun mal varlığı üzerindeki tasarruf hakkı sona erer. Bundan sonra, borçlunun mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunmak yetkisi alacaklılara geçer. Alacaklılar, bu tasarruf yetkisini seçecekleri konkordato tasfiye memurları vasıtası ile kullanırlar. Konkordato tasfiye memurları, borçlunun mallarının iflâs tasfiyesine benzer bir şekilde tasfiye ederler ve elde edilen parayı alacaklılara dağıtırlar. Bu kurumun Türk hukukuna da alınmasıyla uygulamada olumlu sonuçlar elde edileceği düşünülecektir”.

“Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun bir diğer şekli de; borçlunun malvarlığının tamamını veya bir kısmını, alacaklılara genellikle belli bir vadeye yayılan taksitler halinde ödeme yapılması mukabilinde bir üçüncü kişiye devretmesidir. Fakat, malvarlığının alacaklılara terki ile üçüncü kişiye devri arasında, durumun özelliklerine göre yürürlüğü sokulabilecek çeşitli seçenekler mevcuttur; örneğin borçlunun malvarlığının kurulacak bir şirket devredilerek alacaklılara bu şirketin hisselerinin verilmesi gibi. İflâsın ağır işleyen prosedüründen alacaklıları kurtardığı için mal varlığının terki suretiyle konkordato alacaklılarının lehinedir. Bu tasfiye yönetimi borçluyu iflâs etmekten ve dolayısıyla müflis

olmaktan kurtardığı için borçlunun da lehinedir. Ancak, gerek tetkik merciinin gerekse ticaret mahkemesinin borçlunun gerçekten himayeye layık olup olmadığını esaslı bir şekilde inceleyerek bu tasfiye yönetiminin her borçlu için iflâsı önleyici araç hâline getirilmesine dikkat etmeleri gerekmektedir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçlu, özellikle, tasfiyesi uzun zaman isteyen ve paraya çevrilmesi zor olan mallara sahip ise tercih edilecek bir tasfiye şeklidir. Malvarlığının şekli suretiyle konkordato tasfiye tamamen alacaklılara ve onların seçeceği ehil konkordato tasfiye memurlarına bırakılmış olacağından, alacaklılar borçlunun mevcudunu en uygun şartla paraya çevirip alacaklarını mümkün olduğu kadar yüksek bir oranda tahsil edebilmek için gayret göstereceklerdir. Oysa, bilindiği üzere, iflâsın tasfiyesinde iflâs alacaklıları tasfiyeye yabancılaşmakta, onun için müflisin malları çok kere düşük fiyatla satılmakta ve bundan hem alacaklılar hem de müflis zarar görmektedir. İşte bu nedenlerle ve İsviçre’de genellikle olumlu sonuçlar verdiği düşünülen uygulaması da göz önüne alınarak, mevcudun terki suretiyle konkordatonun İcra ve İflâs Kanununa alınması kabul edilmiştir. Buna ilişkin hükümler esas itibarıyla tasfiye ile ilgili hükümler olup iflâstaki hükümler ile paralellik arz etmektedir. Konkordato talebinden konkordatonun tasdikine kadarki safhada kural olarak ve mal varlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin hükümlerle ve bu kurumun temelindeki düşünce ile çelişmediği ölçüde adi konkordato hakkındaki hükümler uygulanacaktır. Fakat, belirtmek gerekir ki, malvarlığının terki suretiyle konkordato, ismine rağmen adi konkordatodan ziyade iflâsa yaklaşmaktadır. Çünkü kurumun temelindeki düşünce, borçlunun mali durumunu düzeltmek değil onun mevcudunu en avantajlı şekilde paraya çevirerek alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını sağlamaktır. Böylece olmakla birlikte, malvarlığının terki suretiyle konkordato ile adi konkordatonun bir araya gelmesi de mümkündür. Özellikle borçlunun belli bir asgari ödeme yapmayı teklif edip aynı zaman da malvarlığının bir kısmını alacaklılara terk etmesinde durum böyledir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato bazı bakımlardan iflâsa benzemekle birlikte, iki temel noktada ondan ayrılmaktadır. Bir kere, malvarlığının terki suretiyle konkordato prosedürü, içerdiği özel ve akdi unsur nedeniyle iflâs prosedürüne göre daha esneklerdir. Sonra, mevcudunu alacaklılara terk eden borçlu, mevcudu iflâs prosedürü çerçevesinde tasfiye edilen borçlunun aksine, kural olarak borçlarından kurtulmaktadır”.

Hukukumuzda yeni giren “mevcudun terki suretiyle konkordato” müessesesi başlı başına ayrı ayrı incelemelerin konusudur ve burada bu müessesenin ayrıntılarına girmek, elinizdeki yazının amacını ve kapsamını aşar. Bununla birlikte konu, aşağıda kavramsal çerçevede, önemli bazı hususların altı çizilerek ve özellikle yasa-koruyucunun gerekçelerinden de büyük ölçüde yararlanılarak verilecektir.¹⁶

¹⁶ Mevcudun terki suretiyle konkordato hakkında Bkz: Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, cilt-4, İstanbul 1997, s.3875-3890

Bu vesileyle belirtelim ki, 4949 sayılı Kanun'un 104 üncü maddesi, 309a-309l maddelerinin (yani, mevcudun terki suretiyle konkordatonun) uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikte gösterileceğini belirtmektedir.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoyla alacaklılara, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmek veya bu malların tamamını yada bir kısmını 3. kişiye devretmek yetkisi verilir. Alacaklılar bu haklarını konkordato tasfiye memurları ve alacaklılar kurulu aracılığıyla kullanırlar. Konkordato tasfiye memurları ve alacaklılar kurulu konkordato talebi hakkında karar veren alacaklılar tarafından seçilir. Konkordato tasfiye memuru, tetkik merciinin seçimine ilişkin kararı onaylamasından sonra göreve başlar. Konkordato komiseri de tasfiye memuru olabilir (m.309a).

Konkordato talebinin tâbi olduğu şartlar kural olarak adi konkordatoda (m.285) olduğu gibidir. Borçlunun konkordato teklifinde malvarlığının terki suretiyle, konkordato teklif ettiğini açıkça bildirmesi gerekir. Borçlu konkordato teklifinde kural olarak, haczi caiz olmayan malları da dahil olmak üzere bütün malvarlığını terk etmeyi teklif etmelidir. Maamafih, borçlunun konkordato teklifinde bir kısım haczi caiz olmayan mallarını teklif dışı tutabilmesi de mümkündür; bu taktirde, borçlunun haczi caiz olmayan mallarından hangisini konkordato teklifine dahil etmediğini açıkça belirtmesi lazımdır.

“Malvarlığının terki suretiyle konkordato aşağıdaki hususları içerir :

1- Alacaklıların malların tasfiyesi yada 3. kişiye devri suretiyle karşılanamayan alacaklarından feragat edip etmedikleri, feragat etmiyorlarsa borçlunun sorumluluğunun ne olduğu. 2- Konkordato tasfiye memurları ile alacaklılar kurulu üyelerinin belirtilmesi ve bunların yetkileri. 3- Kanun tarafından belirlenmemişse, malların tasfiye usulü ve eğer mallar üçüncü kişiye devredilecekse, bu devrin şekli ve teminatlandırılması. 4- Alacaklılara yönelik ilanların Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi yanında tasdik tarihinde yurt düzeyinde yayınlanan tirajı en yüksek beş gazeteden biriyle yapılacağı. Konkordato kapsamı dışında kalan mallar varsa bunlar açıkça belirtilir (m.309b).

Madde 309/b hükmünde, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda aşgari hangi hususlar hakkında düzenleme yapılması gerektiği bentler halinde belirtilmiştir. Bu çerçeve içinde kalmak kaydıyla borçlu ile alacaklılar diledikleri şekilde anlaşabilirler. Bu hususları içermeyen bir konkordato tasdik edilmez; ancak, mahkeme yetersiz bir düzenlemeyi resen tamamlayabilir. Alacaklıların borçlunun malvarlığının tasfiyesi veya üçüncü kişiye devri sonucunda ödenemeyen alacak kesimini ileride istemekten feragat etmemiş olmaları hâlinde, konkordatoda bu alacak kesimi hakkında saklı tutulan hakların kapsam ve niteliğinin açık bir şekilde gösterilmiş olması gerekir.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun tasdikine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren, borçlu malları üzerinde tasarruf edemez ve bu mallar hakkında tasarruf yetkisine sahip kişilerin imza yetkisi sona erer. Bundan sonra, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi alacaklılara geçer ve alacaklılarda bu yetkiyi konkordato tasfiye memurları vasıtasıyla kullanırlar. Malvarlığının terki suretiyle konkordato sürecine giren bir borçlunun, mevcut malvarlığı ve bunun akıbeti yönünden durumu müflisin durumuna çok benzediğinden, onunla işlem yapacak üçüncü kişileri korumak için borçlunun ticaret unvanına “konkordato tasfiyesi halinde” ibaresinin konulması şart kılınmıştır. Konkordato masası, konkordato kapsamına girmeyen borçlardan dolayı bu unvan altında takip edilir. Konkordato tasfiye memurları konkordato masasının muhafazası ve para çevrilmesi veya lüzumu hâlinde malların devri için gerekli bütün işlemleri yerine getirir. Konkordato tasfiye memurları mahkemelerde konkordato masasını temsil eder. 228 inci madde kıyas yoluyla uygulanır (m.309c). Konkordatonun tasdiki ile, borçlunun malvarlığının mülkiyeti alacaklılara geçmemektedir; konkordatonun tasdiki, bu konkordatonun türüne göre, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin alacaklılara geçmesinin veya her malın niteliğine uygun işlemin yapılmasından sonra, borçlunun malların tamamını veya bir kısmının mülkiyetinin üçüncü kişiye (devralana) intikal etmesine yol açmaktadır.

Mevcutun terki suretiyle konkordatoyu yürütecek olan organlar, yukarıda da belirtildi üzere, haklarını konkordato tasfiye memurları ve alacaklılar kuruludur. Konkordato tasfiye memurlarının durumu, büyük ölçüde iflâs idaresinin durumuna benzemektedir.

Konkordato tasfiye memurları masanın yasal temsilcisi olup, masaya dahil mal ve hakların muhafazası ve konkordato şartları dairesinde paraya çevrilerek elde edilen paraların alacaklılara dağıtılması için gerekli bütün işlemleri yaparlar. Alacaklıların, masaya giren mallar üzerinde haiz oldukları tasarruf yetkisi onlar adına konkordato tasfiye memurları vasıtası ile kullanılır.

Konkordato tasfiye memurları, alacaklılar kurulunun nezaret ve denetimine tâbidir. Konkordato tasfiye memurlarının mal varlığının para çevrilmesine ilişkin kararlarına karşı öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde alacaklılar kurulu nezdinde itiraz edilebilir ve bu kurulun kararlarına karşı da şikayet yoluna başvurulabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 8,9,10,11,21 ve 359 uncu maddeler konkordato tasfiye memurlarının işlemlerinde de kıyas yoluyla uygulanır.

Konkordato tasfiye memurları, tasfiyeden elde edilen hasılatın paylaşımına katılacak olan alacaklıları ve sıralarını belirlemek üzere sıra cetveli hazırlar ve bu sıra cetvelini alacaklıların incelemesine hazır tutar. Bu sıracı cetveli hakkında 230 ilâ 236 inci maddeler kıyas yoluyla uygulanır (m.309d).

Paraya çevirmenin usulü ve zamanı konkordato tasfiye memurlarının teklifi üzerine alacaklılar kurulunca kararlaştırılır. Konkordato masasını oluşturan mal varlığı ayrı ayrı veya bir bütün hâlinde paraya çevrilir. Paraya çevrilme, eğer bir

alacak söz konusu ise bu alacağın tahsili veya talep hakkının satılması, diğer mallar için pazarlık veya açık artırma yoluyla gerçekleştirilir (m.390e). Burada, paraya çevirme iflâstaki gibi sıkı kurallara tâbi tutulmamıştır. Alacaklılar bakımından, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun iflâsın tasfiyesine nazaran üstünlüğü özellikle bu bakımdandır.

Malların üçüncü kişiye devredildiği hâller dışında, rehinli taşınmazların konkordato tasfiye memurları tarafından pazarlık suretiyle satışı ancak, rehinli taşınmazın satış bedelinden alacağını tahsil edemeyen rehinli alacaklıların muvafakatiyle mümkündür. Aksi takdirde, söz konusu taşınmazlar ancak açık artırma yoluyla paraya çevrilebilir. Taşınmaz üzerindeki irtifaklar, taşınmaz yükleri, ipotekler ve şerh edilmiş kişisel hakların varlığı ve sırası, sıra cetveline göre belirlenir (m.309f).

Bu bağlamda, rehinli taşınmazın pazarlık suretiyle satışının ancak satış bedelinden alacaklarını tahsil edemeyecek olan rehinli alacaklıların muvafakatiyle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş veböylece, sıra itibarıyla sonra gelen rehinli alacaklıların zararına olabilecek satışlara engel olunması amaçlanmıştır.

Alacağı taşınır rehniyle temin edilmiş olan alacaklılar, rehinli taşınıruları konkordato tasfiye memurlarına tevdi etmek zorunda değildirler. Konkordato başka bir süre öngörülmedikçe, rehinli alacaklılar rehinli taşınırı uygun gördükleri zamanda, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla veya rehin sözleşmesinde yetki verilmişse pazarlık yoluyla yada borsada satmak suretiyle paraya çevirebilirler. Ancak, rehlin paraya çevrilmesi konkordato masasının yararına ise, konkordato tasfiye memurları rehinli alacaklıya rehinli malı altı ay içinde para çevirmesi için yetki verebilir. Konkordato tasfiye memurları rehinli alacaklıya, aynı zamanda 336/a maddesinde öngörülen cezayı da hatırlatarak bu süre içinde paraya çevirme işlemini gerçekleştirmediği takdirde rehinli malı kendilerine teslim etmesini haklı bir sebep olmaksızın teslim etmezse rüçhan hakkından mahrum kalacağını ihtar eder (m.309g). Bu hükümde rehinli taşınmazların hangi hâllerde pazarlık suretiyle, hangi hâllerde açık artırma yoluyla paraya çevrilebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, rehinli taşınmazın pazarlık suretiyle satışının ancak satış bedelin alacaklarını tahsil edemeyecek olan rehinli alacaklıların muvafakatiyle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş ve böylece, sıra itibarıyla sonra gelen rehinli alacaklıların zararına olabilecek satışlara engel olunması amaçlanmıştır. Alacaklılar kurulu, konkordato tasfiye memurlarının teklifi üzerine ihtilafı veya tahsili güç bir alacaktan, özellikle bir iptal davasından, borçlunun organlarına veya çalışanlarına karşı sorumluluk davasından vazgeçerse, alacaklıları yazıyla veya ilan yoluyla haberdar eder ve 245 inci maddeye uygun olarak bu iddiaların takibi hakkını devretmeyi teklif eder (m.309ğ).

Konkordato tasfiye memurları, geçicide olsa her dağıtımdan önce bir pay cetveli düzenler ve payının miktarını her alacaklıya bildirir; konkordato tasfiye

memurları pay cetvelinin on gün süre ile iflâs dairesinde alacaklıların incelemesine hazır tutar. Pay cetveline karşı şikayet yoluna başvurulabilir. Konkordato tasfiye memurları, pay cetveli ile birlikte masrafları da içeren son hesabı iflâs dairesine tevdi ederler (m.309h).

Tasfiye sona erince konkordato tasfiye memurları bir nihaî rapor düzenler. Bu nihaî rapor alacaklılar kurulunun onayına sunulur. Kurul onayladığı nihaî raporu tasdik makamı olan ticaret mahkemesine gönderir ve tasdik makamı da alacaklıların incelemesine hazır tutar. Tasfiyenin bir yıldan uzun sürmesi hâlinde konkordato tasfiye memurları, her yıl en geç aralık ayı sonuna kadar, tasfiye edilen mal varlığının ve henüz paraya çevrilmemiş malların durumunu belirten bir cetvel ve faaliyetleri hakkında bir rapor düzenleyip alacaklılar kuruluna tevdi eder. Bu cetvel ve rapor, takip eden yılın Şubat ayı sonuna kadar alacaklıların incelemesine hazır bulundurulmak üzere alacaklılar kurulu aracılığıyla tasdik makamına sunulur (m.309j).

Borçlu tarafında konkordatonun tasdikinden önce hukukî işlemler 277 ilâ 284 üncü maddelere göre iptale tâbidir. Konkordato mühletinin verilmesi veya mühletten önce bu Kanuna göre vukuu bulan iflâsın ertelenmesi tarihleri, iptal davası açma sürelerinin hesaplanmasında haczin veya iflâsın açılmasının yerini tutar. Konkordato masasına yöneltilen taleplerin tasarrufun iptali yoluyla kısmen veya tamamen reddini sağlamak mümkün ise konkordato tasfiye memurları, defî yoluyla iptal talebinde bulunmaya yetkili ve yükümlüdürler (m.309k).

Mevcudun terki suretiyle konkordatoya ilişkin özel düzenlemeler bunlar olup, bu konuda hüküm bulunmayan durumlara niteliğe aykırı düşmedikçe 285 ilâ 308 inci maddeler mal varlığının terki suretiyle konkordatoda da uygulanır (m.309l).

İİK m.331 : Yapılan değişiklikle, “Alacaklısını zarara sokmak kasdiyle mevcudunu eksiltme” suçunun düzenlendiği 331 inci maddedeki, cezaların caydırıcılığını sağlamak amacıyla, cezalar artırılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasıyla, birinci fıkrada yazılı suçların iflâs takibinden önce işlenmesi suç hâline getirilmiş, böylece küllî icra takibinde borçlu tarafından alacaklıların alacaklarına kavuşmasını engelleyici, alacakların tahsilini geciktirici fiiller madde kapsamına “Konkordato mühleti talebinden sonra” ki fiillerde dahil edilmek suretiyle, konkordato alacaklıların haklarının cezaî hükümlerle teminat altına alınması amaçlanmıştır.

İİK m.333a : “Ticari işletmede yöneticinin sorumluluğu” kenar başlığını taşıyan bu hüküm yenidir. Buna göre:

“Ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara soktukları takdirde, bu işlem ve eylemlerin başka bir suç oluşturmaması hâlinde altı aydan iki yıla kadar hapis ve dört milyar liradan dört yüz milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkradaki suç taksirle işlendiği takdirde, faile zararın ağırlığına göre, iki milyar liradan iki yüz milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bu maddede yazılı suçların takibi alacaklının şikayetine bağlıdır”.

Bu hükmün getiriliş gerekçesi şöyledir:

“Bu bir ticari işletmede hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip bulunan kişilerin alacakları kasten zarara sokmaları suç haline getirilmektedir. Alacaklıları zarara sokmaktan maksat, ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödememektir. Fiilin cezalandırılabilmesi için failin kastını buna yönelik olması şarttır. Hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip bulunmayanların bu suç işlemeleri olanaksızdır. Bir ticari işletmede kimlerin hukuken yönetim yetkisine sahip olacağı Ticaret Hukuku mevzuatında gösterilmiştir. Ancak zaman zaman bazı kişilerin bu yetkiyi fiilen kullanabildikleri durumlar vardır. Bazen de bu, hukuken yönetim yetkisine sahip bulunanların rızasıyla olabilmesine karşın, bazı durumlarda zor kullanılarak da olabilmektedir. İşte bu kişilerin ticari işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerle alacaklıları kasten zarara sokmaları suç haline getirilerek alacakların haklarına önemli bir koruma getirilmiştir. Ticari Ceza Hukukunun en temel prensiplerinden biri, ekonomik yaptırımların uygulanmasıdır. Hürriyeti bağlayıcı ceza istisnâ bir yaptırım olarak uygulanabilir. Burada da prensibe riayet edilmiş hürriyeti bağlayıcı ceza sınırlı tutulmuştur. Suçun taksirle, yani tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata, evamir ve talimata aykırılık yapılarak işlenmesi mümkündür. Bu durumda faile sadece para cezası öngörülmüştür. Burada düzenlenen suçların takibi suçtan zarar görenin şikayetine bağlanmış, böylece mağdurun mağduriyetinin ortadan kaldırılmasına olanak tanınmıştır. Bilindiği gibi, şikayetten vazgeçme veya şikayetin geri alınması, ahlâka aykırı olmamak kaydıyla şarta bağlanabilir. Vazgeçme veya geri alınmanın, mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanması ahlâka aykırı olmaz”.

İİK m.334 : 334 üncü maddenin başlığına “konkordato koşullarına uymayan borçlunun (cezası)” ibaresi eklenmiş ve metine de, “konkordato projesine uymamak suretiyle kasten zarara sebebiyet veren borçlu” ibaresi eklenmiştir.

Bu değişikliğin gerekçesi şöyledir: Maddeye “konkordato projesine uymamak suretiyle” ibaresi eklenmekle, bu projeye uyulması hâlinde yarar sağlayacağı umana alacaklılar, kötü niyetli borçlulara korunmuştur. Bu suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur ve ancak alacaklının tetkik merciine vaki olacak müracaatı üzerine, yani şikayet vaki olduğunda takip edilir.

İİK m.334a : “ Konkordato komiserinin sorumluluğu” nu düzenleyen 334a maddesi hükmü yenidir. Bu hükme göre, “Konkordato komiserleri, işledikleri eylemler bakımından Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesi anlamında memur sayılırlar”.

Bu hüküm, iflâs idaresi memurları hakkındaki 227,V hükmüne paraleldir ve yerindedir.

İİK m. 336a : “Kendisine teslim edilen malları vermeyenler hakkındaki cezalar”ı düzenleyen bu hüküm yenidir. Bu hükme göre:

“Bu Kanun uyarınca, muhafaza edilmek üzere kendisine rehin, haciz veya diğer herhangi bir sebeple teslim olunan malları icra dairesinin talebine rağmen yedi gün içinde icra dairesine teslim etmeyen kimse, alacaklının şikayeti üzerine tetkik merciince iki aydan altı aya kadar hafif hapisle cezalandırılır”.

Uygulamada, yedieminliği suiistimal suçundan verilen cezaların tecil edildiği ve/veya paraya çevrildiği görülmektedir. Bu durum cezanın caydırıcılığını ortadan kaldırmakta ve yedieminliği suiistimal fiillerinin artmasına yol açmaktadır. Yapılan değişiklikle, Türk Ceza Kanununun 276 ncı maddesine paralel olarak İcra ve İflâs Kanununa ilâve edilen bu maddeyle, anılan fiillerden dolayı verilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın, Kanunun Tasarıyla değiştirilen 352/b maddesi gereğince tecil edilememesine, para cezasına ve tedbirlere çevrilmemesine ilişkin hükmün uygulanması amaçlanmıştır.

İİK m.337 : Mal beyanı ile ilgili olan bu hüküm, uygulamada en sık uygulanan ceza hükümlerinden bir konumdadır. Bu maddede yapılan değişiklikle, borcu karşılayacak yeterli miktarda malın haczedilmesi hâlinde borçluya mal beyanında bulunmaktan dolayı ceza verilmemesi ilkesi benimsenmiştir.

İİK m.338 : Madde metnindeki hapis cezasının limitini gösteren “bir seneye kadar” ibaresi, “altı aya kadar” şeklinde değiştirilmiştir.

Değişiklikle, icra suçlarında ceza kararnameşi olanağı getirildiğinden, icra ceza mahkemelerinin bu olanaktan yararlanması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla maddede geçen cezanın alt sınırında değişiklik yapılmayarak üst sınırdaki yer alan ceza miktarı azaltılmıştır.

İİK m.341 : Yapılan değişiklikle çocuk teslimine ilişkin ara kararına uyulmaması da cezaî müeyyideye bağlanmıştır.

İİK m.344 : Yapılan değişiklikle nafakaya ilişkin ara kararına uyulmaması da cezaî müeyyideye bağlanmıştır.

İİK m.352 : Bu maddeye ikinci fıkra olarak, “Takibi şikayete bağlı suçlarda dava ve cezanın 354 üncü maddede yazılı sebeplerle düşeceği kararda belirtilir” hükmü eklenmiştir.

Şikayetten vazgeçme veya şikayetin geri alınması ahlâka aykırı olmamak kaydıyla şarta bağlanabilir. Vazgeçme veya geri alınmanın, mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanması, 21. Yüzyılda ceza hukukunun en önemli konularından biri olan “mağdurun korunması”na hizmet eder. Yapılan değişiklikteki amaç, söz konusu olanağın ilgiliye hatırlatılmasıdır.

İİK m.352a : Eski 352 hükmü, 352b olarak değiştirilmiş ve Kanun'a yeni bir 352a maddesi eklenmiştir. Bu maddenin kenarbaşlığı "ceza kararnamesi"dir. Anılan hükme göre:

"Bu Kanunda yazılı olup cezanın üst sınırı altı aya kadar hafif hapis veya yalnızca hafif veya ağır para cezası veya bunlardan biri veya ikisi olan suçlardan faileri hakkında duruşma yapılmaksızın ceza kararnamesiyle karar verilebilir.

Şikayet dilekçesini veya dava beyanını alan tetkik mercii, işin ceza kararnamesiyle sonuçlandırılabilceği kanısına varırsa 349 uncu madde hükmü uygulanmaz. Bu takdirde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 386 ncı maddesinin ikinci fıkrası, 387, 388. 389 uncu maddeleri 390 ıncı maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 391 inci maddesi hükümleri uygulanır. Tetkik mercii, şikayet konusu ile ilgili dosyayı, sanığın nüfus kayıt örneğini ve sabıka kaydını getirir.

Hakim, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 388 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususlara ek olarak borcun ödenmesi hâlinde 354 üncü maddeye göre bütün sonuçlarıyla birlikte cezanın düşeceği hususunu ceza kararnamesi yazar.

Hafif hapis cezası içeren ceza kararnamesine itiraz hâlinde bu Kanun hükümlerine göre yargılama yapılır.

Ceza kararnamesiyle sadece para cezasına hükmolunduğu hâllerde itiraz, tetkik merciiin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından incelenir. İtiraz dilekçesinin verilmesi, aleyhine itiraz olunan ceza kararnamesinin yerine getirilmesini durdurur. Hakim evrak üzerinde yapacağı inceleme sonucunda itirazı yerinde görürse itiraz konusu hakkında karar verir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir".

Yapılan değişikle, cezanın üst sınırı altı aya kadar hafif hapis veya yalnızca hafif veya ağır para cezası veya bunlardan biri veya ikisi olan suçların faileri hakkında duruşma yapılmaksızın ceza kararnamesiyle karar verilebilmesi olanağı getirilmiştir. Böylelikle icra suçlarında ceza kararnamesi esası getirilmek suretiyle yargılamanın hızlandırılması amaçlanmıştır. Ancak, icra suçlarının özelliği ve tetkik mercilerinin statüsü göz önüne alınarak, hafif hapis cezasının alt sınırı ve sadece para cezasına mahkumiyet içeren ceza kararnamesine itiraz makamı bakımından genel düzenlemeden ayrılmıştır.

İİK m. 363 : İcra işlerinde temyiz sınırı yüzmilyon liradan, ikimilyar liraya çıkartılmıştır.

Bu parasal sınır da diğer parasal sınırlardaki gibi, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca

Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların onmilyon lirayı aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Ancak, 363 üncü maddenin yukarıdaki fıkra uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere uygulanan parasal sınırın artışına ilişkin hükmü, artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce icra tetkik merciiince nihaî olarak karara bağlanmış olan davalar ile Yargıtayın bozma kararı üzerine yeniden bakılan davalarda uygulanmaz (Ek madde 1).

Geçici m.2 : Kanuna eklenen bu madde ile 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununda yer alan “icra reisi”, “icra hakim yardımcısı” ve “icra hakimliği” ibareleri “icra tetkik mercii hakimi”; “ikametgâh”, “menkul”, “gayrimenkul” ve “teferuat” ibareleri sırasıyla “yerleşim yeri”, “taşınır”, “taşınmaz” ve “eklenti” olarak değiştirilmiştir.

Bu değişiklik hem İcra ve İflâs kanunundaki tetkik mercii reisliği ile ilgili değişikliğe hem de (yeni) Türk Medeni Kanunu değişikliklerine paraleldir.

Geçici m. 5 : Bu madde ile yapılan değişikliklerin hangi tarihten itibaren yürürlüğe gireceği ayrıntılı bir şekilde (40 bent halinde) gösterilmiştir.

İcra ve İflâs Kanunumuzla İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları:

Mahkemeler, önlerine gelen bazı olaylarda, uygulamak durumunda oldukları İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddialarını ciddi bularak, konuyu Anayasa Mahkemesine iletilmiştir. İcra ve İflâs Kanunumuzun kısa tarihçesini ele aldığım bu incelemede, konuyla ilgili bazı Anayasa Mahkemesi kararlarını başlıklar halinde vermek isterim. Anayasa mahkemesine göre:

“İflâsa tâbi bir borçlu, aciz halinde bulunduğunu bildirerek yetkili mahkemeden iflâsını isteyebilir” şeklindeki 178,I hükmü Anayasaya aykırı değildir. (20.9.1984 tarihli ve “3222 sayılı Kanun”la eklenen 352a maddesi hükmü Anayasaya aykırı değildir. (11.3.1986 tarihli ve 32/9 sayılı; 12.4.1991 tarihli ve 12/9 sayılı; 26.5.1992 tarihli ve 31/37 sayılı,4.7.1994 tarihli ve 51/46 sayılı; 4.2.1992 tarihli ve 65/31 sayılı; 21.11.2002 tarihli ve 415/166 sayılı kararlar).

Devlet mallarının haczedilemeyeceği ilişkin m.82/1 hükmü Anayasaya aykırı değildir.(21.10.1992 tarihli ve 13/50 sayılı; 20.9.2000 tarihli ve 46/25 sayılı kararlar).

Kendi temyizi sonucunda haksız çıkan borçlunun bazı hallerde cezasının yarısının düşmesine ilişkin olan m.354,II hükmü Anayasaya aykırı değildir (5.10.1995 tarihli ve 15/55 sayılı karar).

Madde 89,V/2 nci cümledeki “...borçluya karşı..” sözcüğü Anayasaya aykırı değildir (13.7.1999 tarihli ve 7/31 sayılı karar).

İcrada hapis cezaları ile ilgili 331,I,IV, VI; 337,I; 338,I; 340 ncı maddeleri Anayasaya aykırı değildir. (21.1.12002 tarihli ve 4125/166 sayılı karar) ¹⁷.

GENEL DEĞERLENDİRME

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuz, kabul edildiği 1932 yılından bu yana pek çok değişiklikler geçirmiştir. Bu değişikliklerde, kanunun gelişen ekonomik ve ticari şartlara uydurulması, ortaya çıkan boşlukların doldurulması, buna bağlı olarak kötü niyetli davranışların önlenmesi ve özellikle alacaklıların alacaklarına bir an kavuşması ve ancak borçlunun ve üçüncü kişilerin haklarının da gözardı edilmemesi ilkeleri dikkate alınmıştır. Yapılan değişikliklerle, Kanunumuz zaman içerisindeki kaynak (mehaz) İsviçre Kanunundan farklılaşmış ve (deyiş abartılı değilse) “millileşmiştir”.

Yapılan değişikliklerin amaçlarına tam olarak ulaşip ulaşmadığını ölçmek fevkalâde zordur. Çünkü, bunlarla ilgili istatistiksel rakamlar tutulmamaktadır. Aslına bu yönde yapılabilecek olan çalışmaların, bundan sonraki kanun değişiklikleri için önemli veriler olacağından kuşku duyulmamak gerekir.

Aslında, yapılan bütün kanun değişikliklerine rağmen icra takiplerinin (değişik bir ifadeyle:adaletin) gecikmesinin tamamen önüne geçilebileceğini söylemek zordur. Çünkü, kanunun metni (lafzı) kadar, belki ondan daha da önemli olarak onun uygulanması da önemlidir. Unutulmamalıdır ki, “en iyi kanun, kötü uygulayıcıların elinde en kötü kanun; en kötü kanun, iyi uygulayıcının elinde iyi kanun haline gelirler”. Bu sebeple, başta hakim ve avukatlar da dahil olmak üzere, resmî ve özel İcra İflâs organlarında görev yapanların en iyi şekilde yetiştirilmeleri ön şarttır. Ancak bu da yetmez, zaman içerisindeki hukukî gelişmelerin de mesleki içi eğitimlerle tamamlanması, “Devletin temeli olan adalet’in gerçekleşmesi için zarurettir.

¹⁷ Bkz.bu konuda: AİHS ve Anayasa m.38 f.8. Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Semyozyumu (Ankara 2001) s.71-73,81’deki görüşelim. Ejder Yılmaz,”Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi’ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflâs Suçları (Prof.Dr.Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.493-502).

SOSYAL GÜVENLİK VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI

F. Kerim ANADOLU*

I. GİRİŞ

Devletimizin ve Cumhuriyetimizin nitelikleri Anayasa (AY). m.2’de vurgulanmıştır. Bunlar; çağdaş uygarlık, demokratik cumhuriyet, Atatürk ilkelerine bağlı, laik, karma ekonomiyi benimseyen ve eşitlik ve sosyal hukuk devleti ilkeleri olarak sıralanabilir¹.

Bizim konumuzla yakın ilişkisi olan “Sosyal Hukuk Devleti²; sosyal adalet, ekonomik kalkınma ve kamu hukuku içerisinde inceleme konusu yapılan “Sosyal Güvenlik” kavramlarını kapsamaktadır³.

Sosyal adalet; herkese hakkını vermektir⁴.

Kalkınma; refah seviyesinin yükseltilmesi çalışmalarıdır⁵.

Sosyal güvenlik ise, “kişinin yarımından diğer bir anlatımla geleceğinden emin olmasını sağlayan önlemlerin alınmasıdır”. Buna göre, sosyal güvenlik, gelirleri ne olursa olsun, kişilere belirli sosyal riskler (tehlike) karşısında ekonomik güvence sağlama görevine sahip kurum ve kurumlar topluluğudur. Birey-

* Dr., Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Öğretim Elemanı

¹ ARSLAN/ATAR/AYAN/KARAHAN/SÜMER/ULUKAPI, Hukuk Bilmine Giriş, Konya 1994, s. 107-113; TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik Dersleri, 9. Baskı, İstanbul 1999, s. 1 - 53

² EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1984, s. 62; ARSLAN Süleyman, İdare Hukuku (Ders Notları), Konya 1995, s. 11-21; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 1983, s. 1 vd.; TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, Ankara 1993, s. 336-341; ARSLAN, vd., a.g.e. 132-133; SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, s. 7-11; CİVAN, Turnagil (Çev.) Uluslararası Çalışma İlkeleri, Uluslararası Çalışma Örgütü, Ankara 1983, s. 31-33; HART, H. L. A. The Concept of Law, Oxford 1972, s. 38.

³ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve Sosyal Güvenlik, Eskişehir 1994, s.401, 591.

⁴ ARSLAN, Süleyman, s. 11-21.

⁵ TALAS, Cahit, sosyal Ekonomi, s. 336-341.

ler, özel ve meslek yaşamı süresince çeşitli mesleki (iş kazası ve meslek hastalığı), fizyolojik (hastalık, analık, sakatlık, ölüm) ve sosyo-ekonomik (işsizlik, evlenme, çocuk sahibi olma ve konut ihtiyacı) risklerle karşı karşıya kalabilir. Sosyal güvenlik yukarıda vurgulanan riskler nedeniyle kısmen ya da tamamen çalışamaz duruma düşen ve bu nedenle gelir kaybına muhtaç duruma düşenlere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam sürmelerini sağlayacak ölçüde gelir sağlamayı amaçlar hastalık ya da sakatlık sebebiyle çalışma gücünü kaybeden kişilere gerekli sağlık yardımlarında bulunur⁶.

Sosyal güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesinde başvurulacak iki temel araç vardır. Bunlar ise; sosyal sigortalar ile sosyal yardım ve hizmetleridir⁷

II. SOSYAL GÜVENLİĞİN VASITALARI

Sosyal güvenliğin vasıtaları; sosyal sigortalar, devletçe bakılma ve sosyal yardımlardır⁸.

A. Sosyal Sigortalar

Sosyal sigortalar prim esasına dayanır. T.C. Emekli Sandığı, SSK. ve BAĞ-KUR'a ait tabi olanların, sosyal güvenlik kurumlarında uygulama olanağı bulunmaktadır⁹

Sosyal Sigortalar, en gelişmiş ve yaygın olan sosyal güvenlik tekniğidir. Bir ülke çalışanların karşılaşılabilecekleri riskleri karşılamak amacıyla zorunlu olarak işçi ve işverenlerin katılmasıyla devlet tarafından kurulmuş ve örgütlenmiş bir kurumdur. Sosyal Sigortaların temel finansman aracı, prim olması nedeniyle bu sisteme "Primli Rejim" de denilmektedir¹⁰.

Türkiye'de primli sosyal güvenlik rejimini yürüten üç ana sosyal güvenlik kurumu mevcuttur. Bunlardan ilki, işçilerin sosyal güvenliğini sağlamakla görevli olan Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK), ikinci kamu çalışanı memurların sosyal güvenliğini sağlamakla görevli olan T.C. Emekli Sandığı, sonuncusu ise bağımsız çalışanların sosyal güvenliğini sağlayan Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur)dur. Bunlara ayrıca

⁶ EROĞLU, Hamza, s. 62 vd.

⁷ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve Sosyal Güvenlik, s.401-591.

⁸ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, s.401-591.

⁹ GÜZEL, Ali/OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1982, s. 82.; ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, s. 131-133, TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, 5. Baskı, İstanbul 1992, s. 14, 37, 50, 59-82; BAŞARAN, Ayhan, Sigortalılar İçin Yaşlılık, Malullük, Ölüm Aylığı Klavuzu, İstanbul 1986, s. 1-199.

¹⁰ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü, GEREK, Nuvit, Sosyal Güvenlik, s.401-591.

bazı banka, sigorta şirketi, ticaret ve sanayi odaları çalışanlarına sosyal güvenlik sağlayan sandıkları da eklemek mümkündür¹¹.

Türk hukukunda bir kişinin ancak bir sosyal güvenlik kurumunun kapsamında yer alabileceği kuralı benimsenmiştir. Buna “Sosyal Güvenlikte Teklik Esası” denilmektedir¹².

Sosyal Güvenlik Hukuku bir Kamu Hukuku dalıdır. Çünkü, Sosyal Güvenlik Hukuku ile oluşan sigortacılık ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisidir. Sigortacılık ilişkisi yasa gereği oluşur. Sigortalı olma yükümü, sigortalının iradesi dışında emredici nitelikteki hukuk kurallarıyla ortaya çıkar¹³. Sigortalılık ilişkisinde yasadan kaynaklanan işverenin yükümlülükleri de vardır. İşverenin bu yükümlülüklerden kaçınabilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak; sigortalı, işveren ve sigorta kurumu arasında Kamu Hukuku niteliğinde üçlü bir sigorta ilişkisi bulunmaktadır¹⁴.

Yapılan sosyal sigorta ilişkisi sonucunda; işkazası ve meslek hastalıkları sigortası, analık sigortası, hastalık sigortası, malullük sakatlık sigortası, yaşlılık sigortası, ölüm sigortası, aile sigortası ve işsizlik sigortası ödemeleri yapılmaktadır¹⁵.

B. Sosyal Yardım ve Hizmetleri

Sosyal Yardımlar; toplumun kendi elinde olmayan nedenlerle yoksul ve muhtaç duruma düşen bireylerin ve dar gelirliilerine insanlık onuruna yaraşır bir yaşam düzeyleri sağlamak amacıyla yapılan parasal yardımları vurgular¹⁶.

Sosyal hizmetler ise; bir ülkede kendi elinde olmayan nedenlerle, yoksul muhtaç, bedenen veya ruhça sakat duruma düşen bireylere insana yaraşır bir yaşam sürdürecekleri sosyal ortamı yaratma amacı taşırlar¹⁷.

Sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanabilmek için prim ödeme katkısı aranmaz. Bu nedenle bu rejime “Primsiz ve Sosyal Güvenlik Rejimi” de denir¹⁸.

¹¹ AKINCI/AKYILMAZ/BALI/BİLİR/DOĞAN/ERCAN/KAYA/SUNAY/USAN/YALMAN/AKSAN, Hukuka Giriş, Konya 2001, s. 239-241.

¹² GÜVEN vd., s. 401-591.

¹³ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat, İdare Hukuku Dersleri, Konya 2001, s. 36-71.

¹⁴ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, Sosyal Güvenlik, s. 401-591.

¹⁵ AKINCI, vd., s.239-242.

¹⁶ SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal İlişkiler, s. 8.

¹⁷ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

¹⁸ AKINCI vd., s. 239-242.

1. Sosyal Yardımlar

Bunlar prim esasına dayanan T.C. Emekli Sandığı, SSK, Bağ-Kur... dışında karşılıksız ve ancak bütçe transfer harcamaları yoluyla finanse edilen ödemelerdir.

Her toplumda kendi gücü ile ve kendi imkanlarıyla, kendisinin ve ailesinin geçimini sağlamayan veya yeterli ölçüde sağlayamayan insanlar bulunur. Bu kimseler, sosyal güvenlik kurumundan veya kendilerine bakmakla yükümlü nafaka yükümlü kimselerden herhangi bir destek görmüyor iseler, onlara devlet yardım etmek durumundadır. Bu nedenle sosyal yardım yokluğa ve tehlikeye maruz kişilerin devletçe sağlık ve ekonomik bakımdan korunması olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Bu görev, devlet için bir bakıma çatisızların gözetimi ve polisiye bir görevdir. Gözetime konu, yeni fakir kişiler²⁰ şöyle tanımlanmaktadır: Mahalli adetlere göre, kendisinin veya bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerinin geçimini kendi gücü ve imkanlarıyla hiç veya yeterli ölçüde sağlayamayan, diğer yandan MK.na göre, nafakasını sağlamakla yükümlü kimselerce de geçimi sağlanamayan kişi yardıma muhtaçtır²¹.

Yardımlar bir nedene bağlı olmaksızın, hatta kişilerin şahsi kusuru durumunda da sağlanır. Amaç, muhtaç kişilere, insanın onuruna yaraşan bir yaşam düzeyi sağlamaktır. Yardım konusu edimin verilip verilmeyeceği ve içeriğini bu konuda yetkili bir makam belirler. Bunun için gereksinim sahibinin tüm ekonomik durumu, iş görebilme yeteneği sağlığı, yaşı, ailevi durumu değerlendirilir²².

Özellikle sosyal güvenliğin bozukluklarının varlığında önem taşıyıp sosyal güvenlikte son ağ, son istasyon olarak nitelenen sosyal yardımlar gereksinim sahibi kişi bakımından genellikle bir hak olarak nitelenmektedir²³. Buna göre bu ödemeler yardım ve hizmetler, takdire bağlı değilse, hak sayılır²⁴.

Ülkemizde aktarılan anlamda sosyal yardımlara konu olan yasalara örnek olarak 2022 sayılı 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına bağlanan aylıklar hakkında Yasa²⁵, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve

¹⁹ TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s. 336-337; SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal Sigortalar, s. 8.

²⁰ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

²¹ DİLİK, Sait, Yöntem, s. 75; SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

²² SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9; TUNOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik, İstanbul 1987, s. 8.

²³ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9, dn. 9.

²⁴ Aksine görüş ise; Hak sayılmadığı yolundaki görüş için ise bkz. TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s.337; SÖZER, Ali Nazmi, s. 9, dn. 5.

²⁵ TUNOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik, 1987, s. 71; TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, s. 51, SÖZER, Ali Nazmi, s. 9.

DayanıŖmaya TeŖvik Yasası²⁶ 3257 sayılı Sinema, Video ve M¼zik Eserleri Yasası²⁷ Ŗehit aile ve yetimlerine yapılan para yardımları, muhtaç asker ailelerine yapılan yardımlar, vatan hizmetinde bulunmuş İstiklal madalyası verilmiş bulunanlara bağlanan Ŗeref aylıkları... sosyal yardım niteliğindeki yardımların bazılarıdır²⁸

2. Sosyal Hizmetler

Sosyal hizmetlere, muhtaç çocuk ve yaŖlılara sağlanan sosyal hizmetler (huzur evleri, çocuk yuvarları, sağlık hizmetleri örneğin yeŖil kart uygulaması ve konut edinme hizmetleri ve benzeri hizmetler örnek gösterilebilir.

T¼rkiye’de sosyal hizmetleri y¼r¼tme g¼revi, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna verilmiŖtir²⁹.

Bizim de tam üye olarak katılmak istediğimiz AB normlarına ve bir Avrupa Birliği ¼lkesi Federal Almanya’daki uygulamaya g¼re kiŖilerin insan onuruna yaraŖır d¼zeyde bir yaŖam s¼rd¼r¼lebilmeleri haklarının yanında ayrıca sosyal geliŖim yardımlarına da hak sahibi olduklarının sosyal yasayla kabul¼ ile, sosyal yardım terimi yetersiz kalmıŖtır³⁰.

Bu nedenle sosyal geliŖmeyi sağlayan yardımlar olarak nitelenen çocuk parası, mesken parası, öğrenimi teŖvik gibi yardımları da içermek üzere daha kapsamlı olan “Sosyal Telafi” terimi, “Sosyal Yardım” terimi yerine kullanılır olmuŖtur.

III. GENEL SAğLIK SİGORTASI VE YEŖİL KART UYGULAMASI

YeŖil kart ödeme g¼c¼ olmayanların ve sosyal g¼venlikten yararlanacak hiçbir hizmeti bulunmayanların, yeŖil kart ile sağlık giderlerinin sağlanmasıdır. Bu uygulamadan T.C. vatandaşları yararlanır. Asgari ücretinin 3/4 geçen tutarda geliri olanların ve bu oranları sonradan aŖanların yeŖil kartları alınır.

YeŖil kart il ve ilçe idare kurulları verir. Aksi beyanın yaptırımı ise alanlara kendilerinden veya velilerinden iki kat cezalı olarak geri alınmasıdır.

²⁶ DİLİK, sait, Sosyal YardımlaŖma ve DayanıŖmayı TeŖvik Kanunu, Çimento İŖveren Mart 1987, s. 2, s. 8 vd.

²⁷ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9.

²⁸ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9 vd.

²⁹ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9 vd.

³⁰ SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9, dn. 9.

Şahsın istemi üzerine form doldurtulur. İlgili makamlarca geliri olmadığı ve sosyal güvenlikten yararlanmadığını anlaşılınca, kaymakam, vali, mal müdürü vs. ilgili makam kararı üzerine yeşil kart istemi kabul veya reddolunur. Bunun için karardan önce, doldurulan forma dayanılarak, bir yandan kuruluşundan veya sosyal güvenlik kurumundan aylık almadığına ilişkin olarak, SSK, Bağ-Kur, Tapu, Banka ve Vergi Dairesi, Muhtarlık, Karakol gibi ilgili görülen idari mekan vs. yerlerden sorularak, yardım ve sosyal güvenlik ve gelir durumu araştırılır. Nüfus kaydı oturlan yer dışında ise oraya sorulur.

Yeşil kartta prim yatırılmaz. SSK'da olduğu gibi prim yatırma sorunu yoktur. Yalnız ailenin toplam gelir düzeyi 3/4 oranında asgari ücreti geçmeyecektir. Ancak uygulamada, yeşil karta hastaneye başvurulmadan başvurulma işlemlerinin yapılmadığı görülmektedir. Oysa, hastaneye başvurmadan önce yeşil kart çıkarılmalıdır. Yeni doğan çocuk nüfusta kayıtlı değilse, yeşil karttan yararlanamaz.

2022 sayılı Kanundan yararlananlar, yeşil kart yardımlarından yararlanamamaktadırlar. Hastaneler, yeşil kart fonundan döner sermayelerine gelir sağlamak için, yeşil kart sahipleriyle daha çok ilgilendikleri ve sağlık tedavilerini ve giderlerini üstlendikleri ilgilendikleri ve sağlık tedavilerini ve giderlerini üstlendikleri halde, yaşlılık ve muhtaç aylığı olan ve 2022 sayılı Yasaya tabi olanların tedavisiyle ilgilenmedikleri uygulamada görülmektedir. Gerekçe olarak, anılan yasaya göre, Muhtaçlık ve Malul aylığı gelirlerinin bulunması ileri sürülmekte ise, bu yoldaki gelirlerle yeşil kart sahibi kişilerin yararlandıkları sağlık yardımları arasında bir uyarlık yoktur. Bunların giderleri de, yeşil kart fonundan sağlanması eşitlik ve adalet ve sosyal güvenlik ve sosyal devlet ilkelerine uygun olacağı kanısındayız. Bu kişilerin, sağlık giderlerinin, Sağlık Bakanlığınca karşılanması ve aksine durumların hukuk devleti ilkelerine de uygun olmadığına değinmek yerinde olacaktır³¹.

Biz burada genel sağlık sigortası ve dolayısıyla prim esasına dayanmayan yardımlardan yeşil kart uygulaması üzerinde duracağız³².

Bu nedenle, uluslararası sermayenin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla, devleti küçültmeyi öngören neo-liberalizm görüşlerin aksine³³ devletimiz Anayasa madde 2'ye göre sosyal bir hukuk devletidir³⁴. Bunun sonucu olarak, ekonomik hak ve ödevler "başlığı altında Üçüncü Bölümünde madde 56 ile, sağlık

³¹ ODYAKMAZ, cd. Panel, Konya 20.4.2002.

³² ODYAKMAZ, vd. Panel, Konya 20.4.2002; ÇUBUKÇU, Ali, Sosyal Politika ve Sosyal Güvenlik, Ankara 1983, s. 59; İZVEREN, Adil, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968, s. 159; TALAS, Cahit, sosyal Ekonomi, s. 323-341, dn. 1; FISHER, Allan, C. B., Progres Eçonomique et Securite Sociale, Paris 1947, s. 136.

³³ İŞIKLI, Alparslan, İş Hukuku, 3. Baskı 1999, s. 1 vd.

³⁴ ARSLAN, Süleyman, s. 17-18.

hizmetleri ve çevre korunması düzenleme konusu yapılmıştır³⁵. Buna göre “Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimini artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kurumlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu özel kesimlerindeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” Çünkü, sağlık sigortası ve bunun uygulanması yeşil kart deneyimi sosyal güvenlik haklarından birini oluşturur³⁶.

A. Sosyal Güvenlik Hakları

Sosyal güvenlik hakları ise, Anayasa, madde 60, 61’de düzenlenmiştir. Bunlardan sosyal güvenlik ise, Anayasa madde 60’a göre düzenleme konusu yapılmıştır³⁷. Buna göre sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.”

B. Özel Olarak Korunması Gerekenler

Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler ise, Anayasa madde 61’de düzenleme konusu yapılmıştır.

1. Vatanseverler ve Dul-Yetimleri

“Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle malul gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar.”

2. Sakatlar

“Devlet sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirler alır.”

3. Yaşlılar

Yaşlılar Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.

³⁵ SÜZEK, Sarper, İş Hukukunun Genel Esasları, 1994, s. 20 vd.

³⁶ TUNCA, A. Can, Sosyal Güvenlik, 9. Baskı, s. 71 vd.

³⁷ KOCAOĞLU, Mehmet, İş Hukuku Sosyal Güvenlik ve Sosyal Politika, Ankara 1983, s. vd.; Aynı yazar, Askeri Yasalar, Ankara 1989, s. 32-33.

4. Korunmaya Muhtaç Çocuklar

korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için Devlet her türlü önlemleri alır. Bu amaçla gerekli tesisler ve teşkilatlar kurar veya kurdurur.

C. Eşitlik İlkesi ve Yeşil Kart Uygulaması

1. Eşitlik İlkesi

Anayasanın 10 uncu maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemiştir. Buna göre, “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşittir ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.”

2. Eşitlik İlkesine Aykırılığın Yaptırımı

Eşitlik ilkesine aykırılığın yaptırımı³⁸; Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne ilişkin II inci maddesiyle düzenleme konusu yapılmıştır³⁹. Buna göre ise, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Durum böyle iken, sosyal devlet uygulamalarının aksine, prim esasına göre düzenleme yapılan sosyal sigorta ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve diğerleri benzeri sandık ve kuruluşların sağlık sigortası dışında, prim esasına dayanmayan ve Anayasa madde 56/son fıkrasında düzenleme konusu yapılan yeşil kart sağlık uygulamasında bazı eşitsizliklerin yaratıldığı görülmektedir⁴⁰.

Buna göre, yeşil karttan yararlananlar Devlet hastanelerinde tedavi olmakta, buna karşın üst ve bilimsel sağlık kurumu Üniversite hastanelerinde tedavileri, devlet hastanelerince sevkleri mevzuata göre yapılamadığından tedavi olunma-

³⁸ ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, 1994, s. 113.

³⁹ ATAR, Yavuz, “Anayasa’nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları” (Anayasa m. 11) SÜHFD, C. 2, S. 2, 1989, s. 181-209.

⁴⁰ ODYAKMAZ vd. Panel, Konya 20.4.2002; ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, s. 113, 131-132; TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, 5. Baskı, 1992, s.50-59; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza, s. 443; TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik, s. 7; ANADOLU, F. Kerim, Kıdem Tazminatının Koşulları ve İşçinin Kıdeminin Hesaplanması (Doktora Tezi) Ankara 2001, s. 519-525; ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (Doktora Tezi), Ankara 1989, s. 1 vd.; ONAR, Erdal, Meclis Araştırması (Doktora Tezi) Ankara 1976, s. 1 vd.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 7. Baskı, Ankara 1990, s. 1 vd.

dığı gibi, giderleri de karşılanmamaktadır. Buna ilişkin sağlık yardımları devlet hastaneleri döner sermayesine kullanılabilen, üniversite hastanelerine sevkleri uygulamada yapılmadığından bunlar bu yardım fonundan yararlanamamaktadır.

Amaç, yeşil kart, fonu tedavi ve ilaç parasının Sağlık Bakanlığı Hastaneleri Döner sermayesine aktarılması ve personeline paylaşılmasıdır. İthal ilaçlar yazılmamakta, yerli ilaçlarla ise, hasta bazen şifa bulamamaktadır.

Bu işlem ve uygulama ve dayanağı irtibatı objektif ve subjektif tasarruf vs. idari eylemler, Anayasa madde 10, 2, 125, 56/son 2577/İdari Yargılama Usulü K.'nun 2'nci maddesi ile düzenleme konusu olup, yaptırımı vurgulanan eşitlik ilkesine ve TCK. 230 ve 240 maddelerine ve ilgili özel mevzuata aykırı olduğu, kanısındayız⁴¹.

Türk vatandaşları arasında eşitlik esastır. Kamu hizmetlerinde yararlanmada, sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerinden yararlanmada, para esasına göre ve yardım esasına göre verilen sağlık hizmetleri arasında mali nedenle eşitsizlik ve farklılık Anayasa 2, 56/son göre sağlık sigortası ve sosyal hukuk devleti ilkelerine Anayasa 5, 17 aykırıdır. Bunun yaptırımı yukarıda da değinildiği üzere, Anayasa madde 10 ve 11 ile düzenleme konusu edilmiştir⁴².

IV. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ FİNANSMANI VE ÖZELLEŞTİRME

Yeşil kart uygulamasının finansmanı, batık bankalar finansmanı, işsizlik sigortası, iş güvencesi ve kıdem tazminatı gibi Avrupa Birliği normlarına göre devlet güvencesinde olmalıdır. Çünkü, Anayasa madde 2, 56/son maddesine göre, sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için genel sağlık sigortasının uygulanması vurgulanmaktadır.

A. Sağlık Sigortasının Finansmanı

1. Primli Sigortada

⁴¹ ODYAKMAZ, vd. Panel, 20.4.2002; ARSLAN vd., Hukuk Bilimine Giriş, s. 113, 131-133; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, 7. Baskı, Ankara 1990, s. 1 vd.; ONAR, Erdal, Meclis Araştırması, Ankara 1976, s. 1 vd.

⁴² ATAR, Yavuz, Anayasa m.11, SÜHFD, s. 181; ÖDEN, Merih, Eşitlik İlkesi, 1989, s. 1 vd.

Sosyal sigortalarda, sağlık yardımı T.C. Emekli Sandığı, SSK, Bağ-Kur ve benzeri sandıklarda; işveren, devlet, işçi gibi yararlananlarca prim ödeme yoluyla sağlanmaktadır⁴³.

2. Primsiz Sigorta ve Yardımlarda

Sosyal yardımlar buna ilişkin yeşil kart uygulamasında devlet katkısı, Anayasa madde 65'e göre sınırlı kalmaktadır. Çünkü, sosyal ve ekonomik hakların sınırını düzenleyen Anayasa madde 65'e göre "Devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" katılmak istediğimiz Avrupa Birliği normlarına ve demokratik hukuk devleti anlayışına ve sosyal hukuk devleti düzenlemesine de aykırı düşmektedir⁴⁴.

B. Özelleştirme ve Genel Sağlık Sigorta Fonu

Özelleştirilen kurumların satışından elde edilen, batık banka zararlarının kapatılmasında olduğu gibi devlet katkısı, işçi ve işveren katkısı ile kurulacak, Genel Sağlık Sigorta Fonuna aktarılmasında yarar vardır. Akla yatkın en uygun olanı da budur. Çünkü, özelleştirilen bu KİT'ler milletin tasarrufuyla, fedakârlılığıyla kurulmuşlardır. Bunların satışından sağlanacak mali kaynaklar, amacına uygun olarak vatandaşların Anayasa, madde 17, 5, 42 göre Temel hak olarak Eğitim hizmetlerine ve Üniversitelere ve Anayasa madde 56, 61, 62 göre Sosyal Güvenlik ve Yardım hizmetlerinde, haklarında kullanılmasından ve kurulacak Genel Sağlık Sigorta Fonuna aktarılmasından başka akla yatkın bir yol yoktur. Çünkü, özelleştirme satış kaynaklarının katrilyonlar bulan banka zararlarının kapatılması kadar, vatandaş yeşil kart giderlerinin karşılanması için kurulacak devlet güvencesindeki genel sağlık sigorta fonuna tıpkı işsizlik sigorta fonu düzenlemesinde olduğu gibi aktarılmasında yarar olduğu kanısındayız. Bu Anayasamızca düzenlenen Sosyal, Laik, Demokratik, Atatürkçü, Hukuk Devleti olmamızın bir gereğidir⁴⁵.

⁴³ GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve sosyal Güvenlik Hukuku, 1994, s. 429-457.

⁴⁴ ARSLAN vd. Hukuk Bilimine Giriş, s. 429-457, GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer, Zühtü/GEREK, Nuvit, a.g.e., s. 423; ANADOLU, Tez, s. 519-525.

⁴⁵ ARSLAN, Süleyman, s. 11-12; TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s. 332-341; SÜRAL, Ayşe, Nurhan, "Son Gelişmeler Işığında UÇO ve AT Boyutunda Sürekli Çalışma İlişkileri, Ankara 1991.

V. SOSYAL GÜVENLİK VE SAĞLIK KURUMLARININ TEK ÇATI ALTINDA BİRLEŞTİRİLMESİ

Genel sağlık sigortası ve sosyal güvenlik kurumlarının tek çatı altında toplanmaları ve enflasyonun etkisinden korunması gereken genel sağlık sigortası fonundan bütün vatandaşların eşit yararlanmaları, sosyal yardım ve sigortalı olanlar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi gerekir⁴⁶.

VI. SONUÇ

Milletin malı özelleştirme kaynaklarının genel sağlık sigortasına ve milli eğitime Anayasa, madde 2, 42, 56 göre aktarılmasıyla, Avrupa Birliği (AB) normlarına uygun, küreselleşme, iktisadilik (Productivite), kârlılık (rantebilite) ve kamu yararı sağlanmış olur. Sosyal devlet, refah devletinin ileri aşaması ve eşitlik ilkeleri yakalanmış olup, çağdaş devlet normlarına uygun biçimde vatandaşlarımıza sosyal güvenlik ve bunun sonucu olarak sağlık güvencesi fark gözetilmeden sağlanmış daha mutlu bir toplum yaratılmış olur. Bu suretle, demokrasi-nin amacı eşitlik ve mutluluk hassas dengesi sağlanarak, yeşil kart sahibi kişilerin de sağlık giderleri prim esasına dayananları gibi güvenceye kavuşturulur. Bu suretle, buna ilişkin bürokratik engellerde ortadan kaldırılmış olur. Bunun için genel sağlık sigortasının tek çatı altında toplanmasıyla, bunun “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına” üstlenmesinin yerinde olacağı kanısındayım. Bu yoldaki hizmetler ise, Sağlık Bakanlığı personeline yerine getirilmesi, hastanelerin kurum farkı gözetilmeksizin, bu yolda organize edilmesi amaca uygun bir yol olacağı kanısındayım⁴⁷.

⁴⁶ NEW HOUSE, Josep, H., *The Economics of Medical Care: A Policy Perspective*, Reading MA Addison Wesley, co. 1978; CENTEL, Tankut, *Sosyal Güvenlikte Yapısal Değişim*, İstanbul 1997, s. 129-130; ODYAKMAZ vd. Panel, 20.4.2002; KURTULMUŞ, Sevgi, “Sağlık Ekonomisinin Adalet ve Etkinlik Prensipleri Çerçevesinde Hükümetlerin Sağlık Hizmetlerindeki Rolü”, Metin KUTAL’a Armağan, Ankara 1978, s. 685-705; BROWN, Richard, E. “Public Hospitals the Brink Their Problems and Their Option” *Journal of Health Politics and Law*, No. 4 Winter 1983, s. 927-908; JOHN, Bengt, “Health Economics in the Nordic Countries prospect for the Future” *Health Economic prospects for the Future* George T. Smith (ed.) London Croom Helm 1987, s. 42-52.

⁴⁷ TALAS, Cahit, “Türkiye’de Sosyal Devlet Düzeninin Bunalımı” Metin KUTAL’a Armağan, Ankara 1998, s. 641-649; SÖZER, Ali Nazmi, “Sosyal Yardımların Yeniden yapılandırılmasına İlişkin Bir Değerlendirme”, Prof.Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 693-709.

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI SORUNU

İlyas ÇELİKTAŞ*

I. GİRİŞ

Bir aileye mensup kişiler tarafından veya bir kişinin yakın arkadaş ve akrabaları ile birlikte kurdukları ve şirketteki bütün hisselerin az sayıdaki pay sahiplerine ait olduğu anonim ortaklıklar kapalı ya da aile anonim ortaklığı olarak tanımlanmaktadır¹. Ülkemizde sermaye piyasasının gelişmeye başlaması ile birlikte halkın elindeki tasarrufların yatırımlara kanalize edilmesinde halka açık anonim ortaklıklar²ın büyük önem kazanmaya başladığı gözlenmektedir³. Sermaye piyasası aracılığıyla uzun vadeli kredi ihtiyaçlarını giderecek anonim ortaklıkların zorunlu olarak halka açık nitelik göstereceği kuşkusuzdur⁴. Aile ano-

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, Dördüncü Baskı, Ankara: AÜHF Yayını, 1973, s. 11; Orhan Nuri Çevik, Anonim Şirketler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002, s. 218; Osman Kiper, Uygulamada Ticaret Şirketleri, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1995, s. 405; *Poroy* ise kapalı anonim ortaklığı küçük ve aile anonim ortaklıklarını kapsayan bir üst kavram olarak ifade etmektedir, *bkz.*: Reha Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2000, s. 251. *Kızılot*'a göre, ülkemizdeki anonim şirketlerin yüzde 99'u aile şirketi olup yönetimleri aynen şahıs firması gibidir, *bkz.*: Şükrü Kızılot, Memleketimden Vergi Manzaraları, İstanbul: Sabah Kitapları, 2000, s. 207.

² Bundan böyle kısaca "HaAO" olarak ifade edilecektir.

³ "1989 yılından itibaren birinci el piyasalarda halka açılmalar başlamış 1990 ile 1993 yılları özel kesimde halka açılmaların yoğunlaştığı yıllar olmuştur." *Bkz.*: DPT 5. Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Finans Kurumları Özet Raporu ve Merkez Bankacılığı, Ankara, 1996. Nitekim 2001 yılında İMKB'ye kote olan şirket sayısı 278, işlem gören şirket sayısı ise 279 dur, *bkz.*: Devlet Planlama Teşkilatı, Sayılarla Türkiye Ekonomisi, Ankara, 2002.

⁴ Sabih Arkan, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1976, s. 2.

nim ortaklıkları da üretimde maliyeti düşürmek ve kaliteyi yükseltmek suretiyle yeni yatırımlar yapabilmek için gerekli finans ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla halka açılma gereğini duymuşlardır⁵. Bir aile anonim ortaklığının mevcut veya sermaye artırımı suretiyle çıkarılacak hisse senetlerini halka arz ederek⁶ halka açıldığını, HaAO'lığa dönüştüğünü farz edelim. Diğer bir ihtimalde de bir aileye ait karlı şirketlerin hisselerinin bir bölümünün bir holding kurularak bu holdinge devredilmesi ve bu hisseler karşılığında holdingden yönetime hakim olacak miktarda hisse alınması; holdingin geri kalan hisselerinin halka açılması suretiyle toplanacak yeni fonlarla holdinge bağlı yeni şirketler kurulması sözkonusu olabilir⁷. Halka açılmaya rağmen, genellikle bu ortaklıklarda söz sahibi bir ya da iki kişi olup yönetim kurulu üyeleri de; eş, çocuk, anne, baba gibi aile fertlerinden ve yakın akrabalarından oluşmaktadır. İşte bu noktada, küçük tasarruf sahiplerinin menfaatlerinin korunması gereği ortaya çıkıyor. *Moroğlu'nun* haklı olarak belirttiği gibi; *“Hakim sermayenin yönetim ve denetimindeki bir ortaklık bu özelliği koruyarak halka açılırken doğal olarak kendi özel çıkar hesapları ile hareket eder....Hakim sermaye halka açılmayı kendi çıkarı yönünden uygun görmüştür; finansman ihtiyacı vardır, riski başkalarına aktarmak ister vs.; bunun için halka açılır.”*⁸ HaAO'ların hisse senetlerine yatırım yapan tasarruf sahibi yatırımcı; çoğunlukla şirketin diğer ortaklarını ve yöneticilerini tanıma-

⁵ Oğuz Kürşat Ünal, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 1999, s. 16.

⁶ Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri: I, No: 26 sayılı “Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği” (RG. T. 15. 11. 1998, S. 23524) m. 5'e göre; hissedarların mevcut hisse senetlerini halka arz edebilmeleri için hisse senetlerinin a)...b) Nominal değerleri toplamının, Kurul'a başvuru tarihi itibarıyla ortaklığın nominal sermayesine oranının en az; 1) Sermayeleri 750 milyar TL'ye kadar olan ortaklıklar için % 15, 2) Sermayeleri 750 milyar ile 1,5 trilyon TL arasında olan ortaklıklar için % 10, 3) Sermayeleri 1,5 trilyon TL ve daha fazla olan ortaklıklar için ise % 5 olması zorunludur. Sermayelerinin % 15'inin altında bir oranla ilk kez halka açılan ortaklıkların, halka açılma tarihini izleyen 3 üncü yıl sonuna kadar, nominal sermayelerinin % 15'ine tamamlanacak şekilde hisse senetlerinin halka arz edilmesi gereklidir. Sözkonusu % 15'lik oranın hesaplanmasında tamamlama işinin yapıldığı tarihteki nominal sermaye dikkate alınır. m. 6'ya göre; sermaye artırımı yoluyla halka arz başvurularında, halka arz edilecek hisse senetlerinin artırımı sonrası ulaşılabilecek nominal sermayeye oranının en az; 1) Sermayeleri 750 milyar TL'ye kadar olan ortaklıklar için % 15, 2) Sermayeleri 750 milyar ile 1,5 trilyon TL arasında olan ortaklıklar için % 10, 3) Sermayeleri 1,5 trilyon TL ve daha fazla olan ortaklıklar için ise % 5 olması zorunludur. Sermayelerinin % 15'inin altında bir oranla ilk kez halka açılan ortaklıkların, halka açılma tarihini izleyen 3 üncü yıl sonuna kadar, nominal sermayelerinin % 15'ine tamamlanacak şekilde hisse senetlerinin halka arz edilmesi gereklidir. Sözkonusu % 15'lik oranın hesaplanmasında tamamlama işinin yapıldığı tarihteki nominal sermaye dikkate alınır.

⁷ İMKB, Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, 14. Basım, İstanbul: İMKB Yayınları, 1999, s. 95.

⁸ Erdoğan Moroğlu, Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halk Sektörü, Açık Oturum, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1975, s. 22.

yan, şirketin genel kurul toplantılarıyla ve yönetimiyle ilgilenmeyen, sahip olduğu hukuki imkanları (genel kurul kararlarının iptali, yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açmak vs.) kullanarak şirketle içi içe olmayı düşünmeyen, şirketle ilgili iş ve işlemleri sözkonusu hisse senetlerini almak ve satmak için dışarıdan izleyen, asla aktif rol almayan kimse olup⁹, amacı gelecekteki bir menfaat beklentisidir ki, bu kendisini ortaklıktan kar payı alma şeklinde gösterir¹⁰. HaAO'larda tasarruf sahibini korumak amacı ile bir çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de yasal düzenleme ile bu tür ortaklıklar özel denetim altına alınmış ve özel düzenlemelere tabi tutulmuştur¹¹. *Üçüştük*'in da ifade ettiği gibi; sermaye piyasasının gelişmesi, kişilerde HaAO'ların kanun, anasözleşme ve dürüstlük kurallarına uygun biçimde çalışacağı inancının yerleşmesine bağlıdır¹². Sermaye piyasasının bu fonksiyonunu yerine getirebilmesi, tasarruf sahiplerinin kendilerini hukuken güvencede hissedebilmeleri için, amacı ve konusu "...Tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek" olarak belirtilen 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹³, 1981 yılında yürürlüğe konulmuştur¹⁴.

⁹ İsmail Kayar, Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Kayseri, 2000, s. 22.

¹⁰ Oğuz Kürşat Ünal, "Sermaye Piyasası Mevzuatı'nda Birinci Temettü ve Sermaye Piyasası Değişiklik Tasarısı'nda Bu Konuda Öngörülen Yenilikler", Yaklaşım (Nisan 1998), S. 64, s. 43.

¹¹ Oğuz Kürşat Ünal, HaAO'lar, s. 20; Fahiman Tekil, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, s. 69.

¹² Güzin Üçüştük, "Halka Açık Anonim Şirketlerin Dış Denetimi", Türk Ticaret Kanunu'nun 30. Yılı Semineri, İstanbul: İTO Yayını, 1988, s. 476.

¹³ Kısaca "SerPK" olarak ifade edilecektir.

¹⁴ RG. T. 30. 7. 1981, S. 17416, Kanunda, 13'üncü maddeye bir fıkra ekleyen 3291 sayılı Kanun (RG. T. 3. 6. 1986, S. 19126) ve 19 uncu maddesinin 2 fıkrasını değiştiren ve bir Geçici Madde getiren 14. 1. 1988 tarih ve 311 sayılı KHK (RG. T. 29. 2. 1988, S. 19740) dışında piyasada önemli sayılabilecek geniş ve kapsamlı değişiklikler; 1992 yılında 3794 sayılı Kanun (RG. T. 13. 5. 1992, S. 21227) ile 8. 6. 1995 tarihli ve 4113 sayılı Kanun'un Verdiği Yetkiye Dayanılarak Çıkarılan Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 24. 6. 1995 tarih ve 558 sayılı KHK'nin (RG. T. 27. 6. 1995, S. 22326) Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak üzere çıkarılan 15. 12. 1999 tarih ve 4487 sayılı Kanundur (RG. T. 18. 12. 1999, S. 23910). 4487 sayılı Kanun ile ilgili olarak bkz.: Sami Karahan, "SPK'da Yeni Değişiklikler", Zaman, 30 Mart 1998, aynı yazar, "Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz", Zaman, 31 Mart 1998; Zühtü Aytaç, "Sermaye Piyasası Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler", Bankacılar Dergisi, S. 33, 2000, s. 33-39.

HaAO'lar Türk Ticaret Kanunu hükümlerine ilave olarak SerPK hükümlerine tabi olup aynı zamanda Sermaye Piyasası Kurulu denetimi altındadırlar¹⁵. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi HaAO'larda tasarruf sahibini alacağı kar payı ilgilendirir. Hisse senedi sahipleri açısından her zaman kar payı alıp almama riski mevcuttur¹⁶. Buna karşılık kar elde edilmesine rağmen ortaklığın gelişmesi gibi sebeplerle yeterli kar dağıtımının yapılmaması HaAO'lar için savunulamaz¹⁷. İşte, kanun koyucu, hisse senetlerine yatırım yapan tasarruf sahiplerinin menfaatlerinin yeterince korunabilmesi amacıyla, Sermaye Piyasası ve ilgili diğer mevzuatla en çok bu "kar payı alma hakkı" üzerinde değişiklik ve özel düzenlemeler yapmış, yenilikler getirmiştir¹⁸. "*Temettü ve Bedelsiz Payların Dağıtım Esasları*" başlığını taşıyan SerPK. m. 15¹⁹ hükmü ile HaAO'lar için getirilen yenilikler; birinci temettü dağıtımına, yedek akçelere, yönetim kurulu üyeleri ile memur, müstahdem ve işçilere kardan pay dağıtılmasına, temettü avansına²⁰, dağıtım zamanına, bedelsiz paylara ve örtülü kar aktarımı suretiyle karın azaltılması yasağına ilişkindir²¹.

Şüphesiz bunların her biri ayrı bir inceleme konusu olmakla beraber biz çalışmamızda, karın başka kişi ve ortaklıklara veya işletmelere çeşitli yollarla aktararak azaltılmasına engel olmak amacı ile öngörölmüş²² olan SerPK. m. 15, f. 6 hükmü üzerinde duracağız. Söz konusu hükme göre; "**Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya do-**

¹⁵ İsmail Kayar, Sermaye Piyasası Mevzuatı ve Etik Kurallar, İstanbul: İfa Yayınları, 2002, s. 42 vd.

¹⁶ Nuray Kondak, Finansal Pazarlara Giriş Menkul Kıymet Pazarlarının Gelişimi Finansal Araçları ve Kurumları, İstanbul: Der Yayınları, 1998, s. 106.

¹⁷ Ünal, Değişiklik Tasarısı, s. 55.

¹⁸ Zühtü Aytaç, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1988, s. 173.

¹⁹ Maddenin önceki başlığı "*Kar Dağıtım Esasları*" idi. Değişiklik 3794 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Maddenin bugünkü nihai şekli 4487 sayılı Kanun ile verilmiştir. Söz konusu Kanunlar ve yayımlandıkları Resmi Gazete için bkz.: yukarıda dpn. 14.

²⁰ SerPK. m. 15'de 4487 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte; HaAO'lara, sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş ve bağımsız denetimden geçmiş üçer aylık ara dönemler itibarıyla hazırladıkları mali tablolarında yer alan karlarından, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayırmak zorunda oldukları yedek akçeler ile vergi karşılıkları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçmemesi, anasözleşmelerinde hüküm bulunması ve genel kurul kararıyla ilgili yıla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesi koşuluyla temettü avansı dağıtma olanağı verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Koyuncu, "Temettü Avansı", Yaklaşım (Haziran 2000), S. 90, s. 120-127.

²¹ Kar payı dağıtım oranı ve kar payı dağıtımında bkz.: Şefika Demirkan, "Halka Açık ve Halka Kapalı Anonim Ortaklıklarda Temettü ve Bedelsiz Hisse Senedi Dağıtımındaki Farklılıklar", S.D.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, S. 4, 1999, s. 233-238.

²² Ünal Tekinalp, "Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Kar Dağıtım Esasları", İktisat ve Maliye (Ağustos 1981), C. 28, S. 5, s. 233.

laysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya malvarlığını azaltamaz.” Hükümün amacı, Gereke’de ifade edildiği üzere; “Ortaklıkların karlarının, bunların hisse senetlerine yatırım yapan tasarruf sahiplerinin menfaatlerine aykırı düşecek şekilde dolaylı veya dolaysız olarak azaltılmasının önlenmesi” olarak belirtilmiştir²³. Uygulamada, bir ailenin veya grubun hakimiyetinde bulunan holding şirketlerde, bu kişilerin yönetim ve denetimine etkin oldukları ve halka açıklık oranının yüksek olduğu şirketlerden halka açıklık oranının az olduğu kendi aile şirketlerine kar transferi yaparak burada haksız olarak daha fazla kar payı dağıttıkları, birinci şirket aleyhine daha az kar payı dağıttıkları gözlenmektedir²⁴. Özetle, hakim sermaye grubu, HaAO’lığı kendisinin sahip bulunduğu aile şirketleri yararına sömürebilmektedir²⁵. Şimdi, somut bir olayda SerPK. m. 15, f. 6 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi, bu hükme aykırılıktan bahsedilebilmesi için gerekli şartları inceleyeceğiz.

II. SERPK. M. 15, F. 6 HÜKMÜNE GÖRE ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMININ GERÇEKLEŞME ŞARTLARI

A. ORTAKLIĞIN HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIK “HaAO” OLMASI

HaAO’lar 3794 sayılı SerPK ile kanuni bir kavram olarak hukuk sistemimize girmiştir²⁶. SerPK uygulamasında HaAO, hisse senetleri halka arz edilmiş olan

²³ Orhan Nuri Çevik, Sermaye Piyasası Mevzuatı, Ankara: Yetkin Yayınları, 1999, s. 45.

²⁴ Demirkan, s. 236. Nitekim Sermaye Piyasası Kurulu ile Çukurova Elektrik AŞ. (ÇEAŞ) arasında çıkan uyuşmazlıkta Kurul; bir ailenin denetiminde olan HaAO niteliğindeki ÇEAŞ’a ait likit varlıklarla, aynı aileye ait ortakları az sayıda sınırlı olan aile anonim şirketlerine iştirak edildiğini, ayrıca ÇEAŞ’ın bu varlıkların aile bankalarında düşük verimle çalıştırıldığını iddia ederek, ÇEAŞ’da bu işlemler nedeniyle karlılık oranının düşürüldüğü, geniş halk kesimlerini ilgilendiren bu eksiltmenin, aile şirketlerinin az sayıdaki ortağına gelir olarak aktarıldığı gerekçesiyle hem idari önlemlere hem de hukuk yollarına başvurmuştur. İMKB Haftalık Bülten, 6 Ekim 1995, No: 39, s. 28.

²⁵ Moroğlu, s. 20.

²⁶ Ünal, HaAO’lar, s. 34. SerPK’nun mülga 11. maddesinde iki türlü ortaklıktan bahsedilmekteydi; “menkul kıymetleri halka arz olunan anonim ortaklıklar” ve “hisse senetleri halka arz olunan anonim ortaklıklar”. III. Bölümün başlığı ise “Menkul Kıymetleri Halka Arz Olunan Anonim Ortaklıklar” şeklindeydi. 3794 sayılı Kanun ile bu ayırım kaldırılmış ve III. Bölümün başlığı “İhraççılara ve Halka Açık Anonim Ortaklıklara İlişkin Hükümler” olarak değiştirilmiştir. 3794 sayılı Kanuna ilişkin TBMM’ne sunulan Başbakanlık Gereke’sinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Hisse senetlerini halka arz eden anonim ortaklıklar, sermaye piyasasının temel unsuru olmaları itibarıyla “halka açık anonim ortak-

veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklardır (SerPK. m. 3, g). Kanun iki tip HaAO öngörmektedir; hisse senetleri halka arzedilmiş olan ya da hisse senetleri halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklar. Hisse senedi dışında, örneğin tahvil veya finansman bonusu ihraç eden bir anonim ortaklık HaAO olmaz, ancak ihraç ettiği bu menkul kıymetler nedeniyle SerPK kapsamındadır (SerPK. m. 3, c). HaAO'lar çok sayıda ortağı olan anonim ortaklıklardır²⁷. Pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arz olunmuş sayılır ve bu ortaklıklar, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar (SerPK. m. 11, f. 1)²⁸. Ortak sayısı; ortak kayıt defteri, genel kurula katılanlar cetveli, kar payı dağıtımına dair muhasebe kayıt ve belgeleri, kuruluş ve sermaye artırımında başvuran ortaklara ilişkin kayıt ve belgelerden, ortaklığın ortaklarla ilişkilerine ait diğer işlemler sırasında belirlenebilir (Seri: IV, No: 1, m. 5)²⁹. SerPK, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla; kamuyu aydınlatma, kar dağıtımı, malvarlığının korunması, oy kullanma gibi konularda HaAO'lar için özel düzenlemeler yapmıştır³⁰. Şu halde, SerPK kapsamında olmakla birlikte diğer ortaklıklar, örneğin, aracı kurumlar³¹, yatırım danışmanlığı³² ve portföy yönetimi³³ yapan şirketler, halka açık olmadıkları takdirde SerPK. m. 15, f. 6 kapsamı içinde yer almayacaklardır³⁴.

lık” kavramı altında tanımlanmış ve bu ortaklıklarla ilgili olarak kamuyu aydınlatma sistemi, temettü dağıtımı, ortaklık malvarlığının korunması ve genel kurullarda vekaleten oy verme gibi konularda özel düzenlemeler yapılmıştır”bkz.: Sermaye Piyasası Mevzuatı, Ankara: SPK Yayını, 1999, 1. Bölüm, s. 87.

²⁷ Hikmet Sami Türk, ““Halk Şirketi” ve “İşçi Şirketi” Kavramları”, AÜHFED, C. XXXVII, S. 1-4, 1980, s. 282.

²⁸ Hisse senetleri halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuz Kürşat Ünal, “Sermaye Piyasası Mevzuatında Hisse Senetleri Halka Arz Edilmiş Sayılan Anonim Ortaklıklar ve SPK Değişiklik Tasarısında Bu Konuda Öngörülen Yenilikler”, Yaklaşım (Haziran 1998), S. 66, s. 53-63.

²⁹ Seri: IV, No: 1 sayılı “Sermaye Piyasası Kanunu’na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacıkları Esaslar” Tebliği. RG. T. 26. 02. 1982, S. 17617.

³⁰ Ayşe Sumer, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1999, s.40 vd.

³¹ Seri: V, No: 46 Sayılı “Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ” ile düzenlenmiştir, RG. T. 07. 09. 2000, S. 24163.

³² Seri: V, No: 55 Sayılı “Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ” ile düzenlenmiştir, RG. T. 22. 4. 2002, S. 24734.

³³ Seri: V, No: 29 Sayılı “Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Portföy Yönetim Şirketlerine İlişkin Esaslar Tebliği” ile düzenlenmiştir, RG. T. 19. 12. 1996, S. 22852.

³⁴ Reha Tanör, Türk Sermaye Piyasası, 2. Cilt, Halka Arz, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2000, s. 209.

B. HaAO ile BİR TEŞEBBÜS YA DA ŞAHIS ARASINDA YÖNETİM, DENETİM VEYA SERMAYE BAKIMINDAN BİR İLİŞKİNİN KURULMUŞ OLMASI

Şahıs ile gerçek kişinin kastedildiği, teşebbüs kelimesinin ise, ticaret ortaklıklarını, kooperatifleri, kamu iktisadi teşebbüslerini, adi ortaklığı, tek kişi işletmesini veya donatma iştiraki gibi kişi birliklerini ifade edecek şekilde geniş kapsamlı olduğu doktrinde ifade edilmiştir³⁵. Bir ailenin yönetiminde bulunan ve HaAO statüsünde olan (X) ortaklığına ait fonların yine aynı aileye ait (Y) bankasında faiz uygulanmaksızın Türk Lirası ya da döviz olarak tutularak (X) ortaklığının gelir elde etmekten yoksun bırakılarak sözkonusu gelirin örtülü biçimde (Y) bankasına aktarılması olayında³⁶ HaAO'lüğün bir teşebbüsle (Y Bankası) ilişkisi sözkonusudur. Keza peynir üreticisi bir HaAO ile ona süt getiren ve ortaklığa ait çok küçük bir payı borsadan satın almış olan bir köylü örneğinde³⁷ HaAO'lüğün bir gerçek kişi ile ilişkisi sözkonusudur. HaAO, teşebbüsün yönetim ve denetimi altında olabileceği veya onun iştiraki durumunda olabileceği gibi, teşebbüs de anonim ortaklığın yönetim ve denetimine tabi veya onun iştiraki sıfatını taşıyabilir³⁸. HaAO'lüğün şahıs ile kurduğu ilişkinin yönü ise teşebbüsdekinin aksine tek yönlüdür; ancak HaAO gerçek kişinin yönetim veya denetimi altında olabilir veya gerçek kişinin ortaklıkta iştiraki bulunabilir. Tersine ilişki mümkün değildir³⁹.

İlişki doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. (A) HaAO'lüğünün iştiraki olan (B)'ye ait bir yeri kiralaması⁴⁰ doğrudan ilişkiye örnek olarak gösterilebilir. Görüldüğü gibi burada sermaye bağlantısı arada bir veya daha fazla gerçek kişi veya teşebbüs olmadan gerçekleşmiştir. (A) HaAO'lüğünün mallarını pazarlayan ve halka açık olmayan bir (C) anonim ortaklığı düşünelim. (A) ile (C) arasında iştirak yoktur. Ancak (A)'nın yönetimindeki ortaklar ile (C)'nin sahipleri aynı kişilerdir. Burada da (A) ile (C) arasındaki pazarlama ilişkisi yönetim bakımından ortaya çıkıyor. Dolaylı ilişkinin mevcudiyeti ise her somut ilişkide kapsamlı bir incelemeyi gerektirebilmektedir. Tekinalp'e göre SerPK, dolaylı ilişkinin

³⁵ Ünal Tekinalp, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul: Es Yayınları, 1982, s. 75.

³⁶ Ömer Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 7: 1995-1996, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1997, s. 167.

³⁷ Tanör, Halka Arz, s. 210.

³⁸ Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 75.

³⁹ Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 75.

⁴⁰ Reha Tanör, Türk Sermaye Piyasası, 1. Cilt, Taraflar, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999, s. 131.

sağlanmasında etken olan aradaki kişi veya teşebbüslerin sayısında açık bir sınırlama getirmemiş bunu “yönetim ve denetim” in sağlanabildiği noktaya kadar uzatmıştır⁴¹. “Yönetim ve denetim”de önemli olan bunun mevcudiyeti olup, sermaye iştiraki şart olmadığı gibi eğer bir sermaye iştiraki sözkonusu ise bunun da çoğunluğu gerçekleştirecek oranda olması gerekmez⁴².

C. HaAO’LİĞİN İLİŞKİLİ OLDUĞU ŞAHIS VEYA TEŞEBBÜSLE EMSALLERİNE GÖRE BARİZ ŞEKİLDE FARKLI FİYAT, ÜCRET VE BEDEL UYGULAMAK GİBİ İŞLEMLER YAPMASI

Burada önemli olan şahıs veya teşebbüsle kurulan ilişkide fiyat, ücret, bedel ve benzeri konularda olağan ölçülerin dışına taşan bir işlemin yapılmış olmasıdır. İşlemler, hizmet, vekalet, alım-satım, istisna veya ortaklık gibi tipik veya atipik bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanabileceği gibi, herhangi bir eylem veya kaçınmadan da doğabilir⁴³. *Aytaç*’a göre buradaki “işlem” kavramının geniş

⁴¹ Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 76; Nitekim, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Kara Ticareti Kürsüsü öğretim üyelerinden Abuzer Kendigelen İle Mehmet Helvacı tarafından Kadıköy 1. Sulh Ceza Mahkemesi Hakimliği’ne sunulan bilirkişi raporunda (Dosya No: 1994/402) da örtülü kazanç aktarımı sorunu doğrudan ve dolaylı ilişki açısından incelenerek şu ifadelere yer verilmiştir: “Örtülü kaynak aktarımının gerçekleştiği iddia olunan iki şirket (G) Kalker ve Yapı Sanayi AŞ. ile (G) Mermer Pazarlama Sanayi ve Ticaret AŞ’dir. Dosyadaki iki şirkete ilişkin belgeler ve özellikle 1989 ve 1990 yıllarına ilişkin genel kurul toplantı tutanakları ve hazırlanmış cetvellerinin incelenmesi sonucu bu iki şirket arasında, ortak yapısı açısından doğrudan bir irtibatın bulunmadığı, zira her iki şirketin de –belirli olan ortaklıklarının tamamen birbirinden farklı olduğu gözlenmektedir. Aynı durum farklı bir yönetim ve denetim kuruluna sahip olmaları açısından şirketin yönetimi ve denetimi açısından da sözkonusudur. Dolayısıyla şirketler arasında SerPK 15/5 uyarınca yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaysız/doğrudan ilişkiden söz etmek mümkün değildir. Ancak 16.05.1991 tarihli tutanak kapsamında (G) Kalker ve Yapı Sanayi AŞ’nin o yıllara ilişkin fason üretimini tamamını (G) Mermer Pazarlama AŞ lehine gerçekleştirmesi, (G) Mermer Pazarlama AŞ’nin en büyük hissedarının (D) İnşaat AŞ olması, (G) Kalker ve Yapı AŞ’nin borçlarının (D) AŞ tarafından karşılanması, bu borcun ödenmesinde kaynak olarak (G) Kalker ve Yapı AŞ’nin yönetim kurulu üyesi F.S.’nin özel malvarlığının kullanılması gibi bir çok fiili olgu, bu üç şirket arasında doğrudan olmasa da, fiili olarak dolaylı yakın bir ilişkinin bulunduğu izlenimini vermektedir. Nitekim bu husus 16.05.1991 tarihli tutanakta açıkça ifade edilmesinin yanı sıra, en azından imza aşamasında (G) Kalker ve Yapı AŞ adına tutanağı imzalayan F.S. tarafından açıkça inkar edilmiş, bilakis bu üç şirketin aynı şirketler grubu arasında yer aldığına ilişkin beyanlarda bulunulmuştur (Tutanak m. 9, 10, 11, özellikle 12). Anılan nedenlerle heyetimizce örtülü kazanç / kaynak aktarımının yapıldığı iddia olunan bu iki şirket arasında SerPK 15/5 uyarınca dolaylı bir irtibatın bulunduğu kanaatine varılmıştır” bkz.: Abuzer Kendigelen, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukuki Mütalaalar, C. II, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001, s. 353 vd.

⁴² Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 76.

⁴³ Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 77.

yorumlanması gerekmektedir⁴⁴. Erimez’de aynı kanaattir. Erimez’e göre; “...Uygulamada karı azaltıcı işlemlerin çoğu, iş nakli veya işin başkalarına bırakılması şeklin de de gerçekleşmektedir. Finansman giderlerinin şirkete yüklenmesi ya da şirket finansman masraflarına katlanırken ilgililere düşük faizle veya faizsiz ödünç para verilmesi de işlem kapsamına girer”⁴⁵. İşlemin Olağan ölçülerin dışına taşması Kanun’da “emsallerine göre bariz şekilde farklı” olması şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, (X) bir HaAO tır ve bu ortaklığın hissedarlarından B, (X)’den satın aldığı malları, piyasa fiyatlarına nazaran %50 daha ucuza almaktadır. Bu durumda, halka açık ortaklık olan (X)’in karı, sermaye bakımından bağlı veya ilişkisi olan B’ye aktarılmaktadır sonucuna varılır. Zira açık bir şekilde (X) HaAO’luğu piyasa fiyatlarından aşağı mal satmaktadır⁴⁶. Görüldüğü gibi, olağan piyasa fiyatlarına nazaran açık bir farklılıkla fiyat uygulanmakta (X) HaAO’luğunun oluşması gereken karı, sermaye bakımından ilişkili bulunan bir şahsa (B)’ye aktarılmaktadır. Buradaki örneğin tam tersi bir durumda sözkonusu olabilir. Şöyle ki, HaAO (X), piyasadan düşük fiyatla alınması mümkün olan bir malı yönetime hakim ortak (B)’den çok yüksek fiyatla satın alırsa şirket karı satın alma bedeli olarak (B)’ye aktarılıyor demektir⁴⁷. Ya da (X) HaAO’luğunun (B)’ye ait bir işyerini çok yüksek fiyatla kiralaması. Bütün bu örneklerde “fiyat”, “ücret” ve “bedel”in emsallerine göre “bariz şekilde farklı” olduğu, olağan piyasa fiyatlarına göre açık bir farklılıkla ücret, fiyat ve bedel uygulanarak halka açık ortaklıkların kazanç ve mal varlıklarının azaltıldığı görülmektedir⁴⁸.

“Emsallerine göre bariz şekilde farklı” olma kıstasının her somut olayda ayrıntılı şekilde ele alınması gerekir. Örneğin, bir mal alım-satım olayında mutlak bir malın maliyetine alınıp satılması, emsaline göre göze çarparak derecede düşük fiyat ve bedel üzerinden alınıp satıldığı anlamına gelmez⁴⁹. Faizlerin ve enflasyonun yüksek olduğu ekonomilerde mallara biçilen fiyatların bariz şekilde farklılık gösterdiği ve fiyat istikrarının sağlanmasının çok zor olduğu gerçeğinden hareketle bir malın emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyatla alınıp – satıl-

⁴⁴ Zühtü Aytaç, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı”, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara, 1998, s. 62.

⁴⁵ Rüştü Erimez, Şirketlerde Kar Dağıtımı Yedek Akçeler ve Vergileme, İstanbul, 1985, s. 172.

⁴⁶ Selami Şengül, Sermaye Piyasası Mevzuatı Açıklama ve Yorumları, Ankara: İmaj Yayınevi, 2002, s. 153.

⁴⁷ Erimez, s. 172.

⁴⁸ Şengül, s. 153.

⁴⁹ D. 3.D, E. 1999/4040, K. 2001/745, bkz.: Veysi Seviğ, “Örtülü Kazanç Dağıtımı”, Yaklaşım (Kasım 2002), S. 119, s. 29, dpn. 6.

dığının tespitinin çok zor olacağı da bir gerçekliktir⁵⁰. Erman'a göre; “bir ücret, fiyat veya bedelin emsaline göre bariz şekilde farklı sayılabilmesi için, ele alınan anonim şirketin gerek ticari veya sınai faaliyeti açısından ve gerek kapasite ve fizibilitesi açısından, nihayet merkez veya şubelerinin yerleşim yerleri açısından uygunluk arzeden ve yine SerPK na tabi olan diğer anonim şirketlerin ödedikleri ücret, fiyat veya bedelden bariz şekilde fahiş olması icap eder. Bundan başka sadece ücret, fiyat veya bedeller arasında bariz farklılığın bulunması da yeterli değildir: bu farkın iktisadi ve mali sebeplerle izah olunamaması da gereklidir”⁵¹. Bu tespit son derece önemlidir. Zira, işlerinde titiz ve basiretli davranan bir HaAO yönetim kurulunun başka bir şehirde oturan güvendiği bir avukat, mali müşavir ya da danışman ile çalışmayı tercih etmesi ve bu kişilere emsallerinin üstünde para ödemesi halinde bu harcamanın “bariz şekilde farklı” sayılması kabul edilemez⁵². Doktrinde, HaAO’lüğün yönetim, denetim veya sermaye bakımından ilişkili bulunduğu teşebbüs veya şahıslara üçüncü kişilere oranla herhangi bir biçimde yarar sağlamasının örtülü kazanç aktarımı sayılabilmesi için bu yararın olağan işletme konusunun kapsamı içinde yer alan iş ve işlemlerle bağlantılı olması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³.

⁵⁰ Abdülaziz Bayındır, “Türkiye’de Şirket Yapısı ve Borsacılık”, İslam Açısından Borsa, İstanbul: Ensar Neşriyat, 1994, s. 97.

⁵¹ Sahir Erman, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul: İÜ Basımevi, 1993, s. 62.

⁵² Erman, s. 62.

⁵³ Teoman, s. 172. Teoman, Sermaye Piyasası Kurulu’nun Kepez Elektrik T.A.Ş. yönetim kurulu üyeleri hakkında SerPK. m. 15, f. 6 hükmünü ihlal ederek İmar Bankası lehine “örtülü kazanç aktarımı” gerçekleştirdikleri iddiasıyla yaptığı suç duyurusuna ilişkin hukuki mütalaasında şu ifadelere yer vermiştir: “Kanımca bir varsayım olarak Kepez’in İmar’a diğer tüketicilere oranla düşük bedelle elektrik sağlaması durumunda, SerPK. m. 15, f. 5’in ihlal edilmiş olacağından kuşku duyulamaz. Oysa olayda Kurul’un Suç Duyurusu’nda yer alan iddiaya göre, Kepez, İmar ve İmar Off-Shore’a faizsiz ya da düşük faizle mevduat yatırarak bir yarar sağlamıştır. Duyuruda yer alan bu iddiayı kanımca SerPK. m. 15, f. 5’in konuluş amacı ile bağdaştırabilmek kesinlikle olanaksızdır. Kaldı ki, bir işletmenin istisnaen yatırımını gerçekleştirememiş olması nedeni ile elinde kalan fonlarını bir bankada değerlendirmesi teknik ve dar anlamda işletme konusunun ve uğraşının kapsamına girmez, çünkü ister kapalı ister halka açık olsun anonim ortaklıklar ilke olarak pay sahiplerinin getirdikleri sermayeyi mevduata yatırarak, bundan kar sağlamak amacı ile kurulmazlar.”

**D. HaAO'LIĞIN KARININ VE/VEYA MALVARLIĞININ
SÖZKONUSU ÖRTÜLÜ İŞLEMLER NEDENİYLE AZALMASI VE
AZALMA İLE ÖRTÜLÜ İŞLEM ARASINDA NEDENSELLİK
BAĞININ BULUNMASI**

Acaba kar ve/veya malvarlığının azalması, HaAO'lığın yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkide bulunduğu diğer bir şahıs veya teşebbüse emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunmasından mı meydana gelmiştir? Bu soruya vereceğimiz olumlu cevap nedensellik bağının mevcudiyetini gösterecektir. Örtülü kazanç, şirketin o şahıs veya teşebbüsten yüksek bedelle mal satın alması, onlara düşük fiyattan mal ya da hizmet sağlaması, yüksek kira bedeli ödemesi, şirket kadrolarında çalıştırarak emsallerine göre yüksek maaş veya ücret ödemelerinde bulunması gibi durumlardan ortaya çıkabilir⁵⁴. 4487 sayılı Kanun⁵⁵ ile 15. maddede yapılan değişiklik ile bu tür fiiller genel olarak “örtülü işlemler” olarak madde kapsamına ilave edilmiştir. Ayrıca, “yıllık kar” yerine daha genel anlamda “kar”ın azaltılamayacağı hatta bununla da yetinilmeyerek “malvarlığı”nın azaltılamayacağı hükme bağlanmıştır⁵⁶. “Örtülü işlemler”in kapsamının çok geniş olduğundan bahisle hakkında ceza kovuşturması sözkonusu olabilecek bir fiilin kanuni kapsamının ve tanımının tam olarak yapılmamış olması eleştirilmiştir⁵⁷. Kanaatimizce “örtülü işlem” ifadesi yerinde olup bu kadar geniş kapsamlı bir fiilin bir tanıma sığdırılmaya çalışılması olayı dar bir alana indirgemek olacağından bu hususun her somut olayda ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir.

Şimdi bu açıklamalarımızı örnekleme yoluna gidelim. (X) bir HaAO olup bu şirketin yönetiminde söz sahibi olan (Y) ailesinin aynı zamanda tamamı kendisine ait olan (Z) pazarlama şirketinin olduğunu düşünelim. (X) şirketi (Z) ile olan alım-satım muamelelerinde diğer şahıs veya teşebbüslerle gerçekleştirdiği iktisadi işlemlerdeki bedel veya fiyatları (Z) şirketine uygulamıyorsa burada bir örtülü kazanç aktarımı var demektir⁵⁸. (Y) ailesi için bu kazançlı olacaktır zira (X) HaAO'da kazancı diğer yatırımcılarla paylaşırken (Z) şirketinde kazancın

⁵⁴ Halil Seyidoğlu, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Ankara: Güzem Yayınları, 1992, s. 657.

⁵⁵ Bkz.: yukarıda dpn. 14.

⁵⁶ Tanör, Halka Arz, s. 211.

⁵⁷ Ayşe Sumer, “4487 Sayılı Kanunla Değişik Sermaye Piyasası Kanunu'nun Halka Açık Anonim Ortaklıklara Etkileri”, Yaklaşım (Temmuz 2000), S. 91, s. 75.

⁵⁸ Neslihan İçten, “Örtülü Kazanç Dağıtımında Özellik Arzeden Bazı Hususlar”, Yaklaşım (Nisan 2002), S. 112, s. 255 vd.

tamamı kendilerine ait olacaktır. Bu yüzden giderlerin çoğunu (X) şirketine yükleyebilir, maliyetlerinin üzerine koyacakları kar marjını da emsallerine göre çok az tutabilirler. Böylelikle (Z) şirketi malın kendisine intikal eden fiyatı ile piyasa satış fiyatının arasının çok açık olması nedeniyle büyük kazanç elde edecektir⁵⁹. Görüldüğü gibi HaAO'taki diğer pay sahipleri zarara uğratarak sömürülmektedir. Aynı şekilde (Z) şirketinin (X)'e ait çok değerli bir araziye düşük bir fiyatla satın alması (X)'in malvarlığının azalmasına sebep olan bir örtülü işlemdir. Ancak burada çok dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır ki oda sözleşme özgürlüğü çerçevesinde istenilen şekilde ve muhtevada yapılabilecek olan böyle bir işlemin SerPK. m. 15, f. 6'ya aykırı bir hale gelebilmesi yukarıda da ifade ettiğimiz gibi "emsallerine göre bariz şekilde farklı" olması şeklinde gerçekleştirilmesidir⁶⁰. Tabii ki bunun örtülü kazanç aktarımı amacına yönelik olduğunun da saptanması gerekmektedir⁶¹.

III. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMININ YAPTIRIMI

A. HUKUKİ YAPTIRIM

HaAO larda örtülü kazanç aktarımını yasaklayan bu hükme aykırılığın hukuki sonucu tazminattır. Dava hem anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerine hem de bu işten yararlanan şahıs veya teşebbüs aleyhine açılır. Davanın konusu yönetim kurulu üyelerinin kusurlu eylemleriyle ortaklığa verdikleri zararın tazminidir. Tazminat anonim şirketin azaltılan karı tutarınca talep edilebilir⁶². Dava şirket tarafından açılabileceği gibi ortaklar ya alacaklılar tarafından da açılabilir. Ortaklığın doğrudan doğruya zarar (kar ve/veya malvarlığının azalması) ortaklar ve alacaklılar için dolayısıyla zarar oluşturacaktır⁶³. Sermaye Piyasası Kurulu, SerPK uyarınca yaptığı, izleme, inceleme ve denetlemeler sonucunda; örtülü kazanç aktarımında bulunduğunu tespit ettiği halka açık anonim ortaklıklardan, denetleme sonuçlarının Kurul tarafından belirlenecek şekil ve esaslar dahilinde ortaklara duyurulmasını isteyebilmekte (SerPK. m. 46, d); yapılan işlemlerin iptal edilerek aktarılan karın ilgili şahıs veya teşebbüsten geri alınmasını aksi takdirde durumu kamuoyuna açıklamakta ve Kanun'un 47/A-6 maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere Cumhuriyet Savcılığına başvurmuştur⁶⁴.

⁵⁹ Tanör, Halka Arz, s. 210.

⁶⁰ Tanör, Taraflar, s. 132.

⁶¹ Seviğ, s. 29.

⁶² Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 77.

⁶³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 333; Tekil, s. 223.

⁶⁴ Cemal Küçüksözen, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Ankara: SPK Yayını, 1999, s. 117.

B. CEZAI YAPTIRIM

SerPK. m. 47/A-6 hükmüne göre; örtülü kazanç aktarımına neden olan işlemlerde bulunarak bir HaAO lığın karını ve/veya malvarlığını azaltan yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10 milyar liradan 25 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Eğer suçun işlenmesi SerPK. m. 47/A'daki yazılı hallerden bir veya daha fazlasını da ihlal ediyorsa (örneğin; sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunma ya da sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan, yanlış, yanıltıcı bilgi verme gibi) hapis cezasının asgari haddi 3, azami haddi 6 yıldır. SerPK. m. 48, HaAO'ta, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler, müdür ve diğer personelin ortaklığın paraları ve diğer malları ile sermaye piyasası araçları, defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgeleri üzerinde işledikleri suçların genel hükümlere göre belirlenen cezalarının yarı oranında arttırılacağını hükme bağlamıştır.

Suç kasıtlı bir suçtur. Kazanç aktarımına yönelik kasit unsurunun bulunması gerekir. Ortakları rızası hukuka uygunluk sebebi sayılır mı? *Erman*'a göre, "SerPK 15/6, bir anonim ortaklığın, bir takım masraflar yapmak suretiyle, yıllık karını azaltmasını yasaklamıştır. Bu fiili suç saymakla korunan hukuki menfaat sadece ortakların mali haklarının teminat altına alınması olmayıp, sermaye piyasasının dürüst bir şekilde işlemlerini ve gelişmesini sağlamaktır...bu itibarla SerPK 15/6 ya giren hallerde anonim ortaklığın –yani bu ortaklığı temsil ve ilzam eden bilcümle organların- rızasına itibar edilmemiş, bu rızaya rağmen fahiş masraf yapılması yasaklanmıştır. Bu sebeptendir ki, geçerli olması için gerekli bütün şartları ihtiva etse dahi, ortakların rızası bu fiilde bir hukuka uygunluk sebebi sayılmaz."⁶⁵ Gerçekten, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek SerPK'nun konusudur. Tasarruf sahibi güven kazandıği ölçüde tasarruflarını bu piyasaya aktaracağından piyasanın etkin işlemlerini sağlamak büyük önem arz etmekte ve kanaatimizce de ortakların rızasının rol oynamaması gerekmektedir.

SerPK. m. 47/A-6 daki suçun kovuşturulması Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Kurul, bu konuda gerekli titizliği göstermekte ve suç duyurularında bulunarak müdahil sıfatıyla takip etmektedir⁶⁶. Eğer Cumhuriyet Savcıları, kovuşturmaya mahal olmadığına karar verirlerse, Kurul bu karara karşı CMUK hükümlerine göre itiraz edebili (SerPK. m. 49).

⁶⁵ Erman, s. 63.

⁶⁶ Kurul'un resmi sitesinden suç duyuruları ve diğer hususlar takip edilebilir; bkz.: www.spk.gov.tr

IV. SONUÇ

Halka açık anonim ortaklıklarda ortaklığın yönetim ve denetimini dolaylı ya da dolaysız biçimde elinde bulunduran gerçek /tüzel kişi veya gruplar, ortaklığın kaynaklarını kendi çıkarları doğrultusunda kullanmayı tasarlamış olabilirler. Ortaklığın karını ve/veya malvarlığını, emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak suretiyle kendi aile, grup şirketlerine aktarabilirler. Giderleri ve gelirleri kar payına daha yüksek oranda katıldıkları şirketlerde kendi menfaatlerine göre ayarlayabilirler⁶⁷. İşte SerPK, HaAO'luğun idaresi ile ilgilenmeyen, temel amacı kar payı elde ederek gelir sağlamak olan ve sermaye piyasasının olmazsa olmaz unsuru olan "yatırımcı"yı korumak, zarara uğramasını önlemek için örtülü kazanç aktarımını yasaklamıştır. Vergi kaybının önlenmesi açısından da önem taşıyan⁶⁸ SerPK. m. 15, f. 6 nın etkin bir biçimde uygulanması Sermaye Piyasası Kurulunun etkin denetim ve düzenlemeleri ile gerçekleşecektir.

⁶⁷ Tanör, Halka Arz, s. 208.

⁶⁸ Tanör, Taraflar, s. 132.

makaleler

kamu hukuku

ALMAN SUÇLULARIN İADESİ HUKUKUNUN ESASLARI*

Faruk TURHAN **

I. GİRİŞ, TANIM VE ALMAN İADE HUKUKUNUN KAYNAKLARI

1. Giriş

Suçluların iadesi, bir uygulamacının karşılaşma ihtimali az olan bir hukuk dalıdır. Ancak, bir hakim bakmakta olduğu davanın veya bir savcı yaptığı hazırlık soruşturmasının yabancı ülkeyle bağlantısı nedeniyle suçluların iadesinin de dahil olduğu cezai konularda milletlerarası adli yardımlaşma hukuku ile ilgilenmek zorunda kalabilir. Türkiye, üç milyonu aşan yurt dışında yaşayan ve çalışan vatandaşları nedeniyle hukuki konuların yanı sıra, cezai konularda da, özellikle Avrupa ülkeleri ile yoğun bir hukuki ilişki içindedir. Bu ülkeler içinde de Türkiye'nin en yoğun adli yardımlaşma ilişkisinin bulunduğu ülke bilindiği gibi Almanya'dır. Ancak gerek Alman hukukundan, gerekse Türkiye'deki uygulamalardan kaynaklanan bazı sorunlar nedeniyle Türkiye ile Almanya arasındaki suçluların iadesi trafiği iyi işlememektedir. Alman İade Hukukunun temel prensiplerini ve iade usulünü incelemek, sorunların nereden kaynaklandığını anlamaya ve dolayısıyla önceden önlem almaya yardımcı olabilir. Bu bildiri uygula-

* Bu çalışma 24-25 Nisan 2001 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen "7. Hukuk İhtisas Semineri" kapsamında Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER'in başkanlığını yaptığı "Milletlerarası Ceza Hukuku, Suçluların İadesi ve AB'nin Bu Alanda Yeni Hazırladığı Sözleşmeler" oturumunda sunulan "Federal Almanya İade Hukuku" adlı bildiriye dayanmaktadır. Bildiri metni tekrar gözden geçirilmiş, dipnotlar eklenmiş ve çalışma sonuna ilgili kanun ve sözleşme hükümleri konmuştur. Çalışma 28.8.2001 tarihinde tamamlanmış olup, 31.1.2003 tarihine kadar olan gelişmeler dikkate alınmıştır.

** Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

macılara yönelik olduğu için, kavramlar üzerindeki teorik tartışmalara girilme-
yerek, konu ile ilgili Alman mahkeme kararları (özellikle Türkiye'nin yapmış
olduğu iade talepleri hakkında verilen kararlar) dikkate alınarak, Alman iade
hukukunun temel prensipleri ve konu ile ilgili aktüel problemlerin açıklanması
tercih edilmiştir.

Türkiye ile Almanya arasındaki iade ilişkisi Avrupa Konseyi'nce hazırlanan
13.12.1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi¹ (aşağıda **SİDAS**
şeklinde kısaltılarak belirtilecektir) ve bu Sözleşmeye Ek 2. Protokol² (aşağıda
2. Prot. şeklinde kısaltılarak verilecektir) çerçevesinde yürütülmektedir. Bu
sözleşmelerin düzenlemedikleri konularda ve iade muhakemesinde ise Cezai
Konularda Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanunu'nun (*IRG*) hükümleri göz
önünde bulundurulması gerekmektedir. Okuyucuya anlama kolaylığı ve karşıla-
ştırma imkanı vermek amacıyla çalışmanın sonunda *IRG*'nin ilk 9 paragrafının
Türkçe çevirisi ile *SİDAS* ve 2. Protokolün ilgili maddeleri karşılaştırmalı ola-
rak verilmiştir.

Alman iade hukukunda son zamanlarda önemli gelişmeler olmaktadır. Özel-
likle 1996 tarihli Avrupa Birliği İade Sözleşmesi, Avrupa Birliği ülkeleri arasın-
da iade ilişkisini kolaylaştırma ve iade engellerini azaltma yönünde önemli yeni-
likler içermektedir.³ Bunun yanında BM Uluslararası Yugoslavya ve Ruanda
Ceza Mahkemeleriyle işbirliği açısından *IRG*'nin bazı hükümleri değiştirilmiş-
tir. Ayrıca, uluslararası ceza mahkemeleri ile işbirliğini ve Uluslararası Daimi
Ceza Mahkemesi Statüsü'nün Almanya tarafından onaylanmasını sağlamak
amacıyla Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz*) 16. maddesindeki vatandaşın
mutlak iade yasağı değiştirilerek, Alman vatandaşlarının uluslararası ceza mah-
kemelerine ve Avrupa Birliği ülkelerine iadesi yolu açılmıştır. Yine iade huku-
kunu ilgilendiren diğer bir değişiklik de, siyasi nedenlerle kovuşturulanlara tanı-
nan sığınma hakkını sınırlayan Alman Anayasası'nın 16a maddesidir. Konunun
kapsamını genişletmemek için bu değişikliklere ileride çok kısa olarak değinile-
cektir.

¹ 21.06.2001 tarihi itibarıyla Ermenistan, Azerbaycan ve San Marino hariç bütün Avrupa
Konseyi üyeleri Sözleşmeyi onaylamıştır. *SİDAS*'ın İngilizce metni, onay durumu ve çe-
kinceler için bkz. <http://conventions.coe.int/treaty/EN/STELList.asp?CM> veya Avrupa
Konseyinin web sayfası: <http://www.coe.int>.

² 17.03.1978 tarihli "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek İkinci Protokol"
Türkiye tarafından 8.5.1991 tarihinde onaylanmıştır, Protokol metni için bkz. RG
25.9.1991-21002. Bu Protokol 21.06.2001 tarihi itibarıyla Avrupa Konseyi'ne üye 33
devlet tarafından onaylanmıştır. Protokol'ün İngilizce metni, onay durumu ve çekinceler
için bkz. <http://conventions.coe.int/treaty/EN/STELList.asp?CM> veya Avrupa Konseyi'nin
web sayfası: <http://www.coe.int>.

³ "Übereinkommen vom 27. September 1996 aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über
die Europäische Union über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der
Europäischen Union"; Sözleşme hakkında açıklayıcı bilgi için bkz. Wolfgang
SCHOMBURG, NJW 2000, (Heft 5), s.340-344.

2. Tanım ve Alman İade Hukukunun Kaynakları

a) Tanım ve terim

Suçluların iadesi, cezai konularda milletlerarası bir adli yardımlaşma şeklidir. Alman hukukunda iade çoğunlukla, hakkında ceza kovuşturması yapılan bir kişi veya hükümlünün bir devletin yargı yetkisi alanından başka bir devletin yargı yetkisine teslimini amaçlayan cezai konularda devletlerarası bir adli yardımlaşma olarak tanımlanmaktadır.⁴ Alman hukukunda iade işlemi için “Auslieferung”, bu hukuk dalı için de “Auslieferungsrecht” terimi kullanılmaktadır. Buna karşın bu hukuk dalını ifade için Türk hukukunda kullanılan terimler farklıdır. Önceleri “iade-i mücrimin” terimi kullanılırken, daha sonra “suçluların iadesi” veya “suçluların geri verilmesi”, terimleri kullanılmaya başlanmıştır.⁵

b) Alman iade hukukunun kaynakları

Alman iade hukuku çeşitli kaynaklara dayanmaktadır. Geleneksel olarak iki taraflı iade sözleşmeleri ön planda olmakla birlikte, bu gün için sadece Avrupa dışındaki devletlerle olan iade ilişkisinde iki taraflı sözleşmeler önem arz etmektedir.⁶ Almanya'nın Avrupa devletleri ile olan iade ilişkisinde en önemli kaynak, Avrupa Konseyine üye olan hemen hemen bütün ülkelerin onayladıkları Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesidir (SİDAS)⁷. Almanya bu Sözleşmeyi

⁴ Bkz. Heinrich GRÜTZNER, in: Strupp-Schlochhauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Band 1, s.115; Theo VOGLER, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, Duncker & Humblot, Berlin 1970, s.26; Türk hukukunda da iade için verilen tanımlar Alman Hukukuna benzer niteliktedir: Örneğin, Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt III, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s.413, iadeyi, “işlediği suç belirli bir devletin yargı yetkisi içinde olan kişinin ülkesinde bulunduğu devlet tarafından yargı yetkisine sahip olan devlete teslim edilmesi” olarak tanımlamaktadır.

⁵ İade hukuku ve iade için kullanılan terimler hakkında bkz. Kayıhan İÇEL/Süheyl DONAY, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım 1. Kitap, 3. Bası, Beta Yayınları İstanbul 1999, s.206; A. Pulat GÖZÜBÜYÜK, Devletlerarası Ceza Hukuku, Ankara 1959, s.90. Bu hukuk kurumunu en iyi ifade eden kavram “suç nedeniyle kovuşturulanların veya hükümlülerin teslimi”dir: bkz. Faruk TURHAN, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden nach türkischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M, 1993 s.9 vd. Ancak kullanım kolaylığı ve Türkiye'nin yapmış olduğu Sözleşmelerde genellikle kullanıldığı için bu çalışmada “iade” terimini tercih ettik.

⁶ Almanya'nın taraf olduğu bütün iki ve çok taraflı iade sözleşmeleri alfabetik olarak ülkelere göre düzenlenmiş şekilde yayınlanmış ve değişiklikler işlenmektedir: Heinrich GRÜTZNER/ Paul-Günter PÖTZ, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, II, III, 2. Bası (1992 vd.) (Loseblattsammlung).

⁷ Bkz. yukarıda dipnot 1.

1977 tarihinde onaylamıştır. Dolayısıyla, Türkiye ile Almanya arasındaki iade trafiği de bu sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, Almanya SİDAS'a Ek 2. Protokol'ü⁸ de onayladığı için Türkiye ile Almanya arasındaki iade ilişkisinde bu Protokol hükümleri de dikkate alınmalıdır.

Alman iade hukukunun iç hukuktaki en önemli kaynağı, 1983 tarihinde yürürlüğe giren Cezai Konularda Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanunudur (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*; **IRG** olarak kısaltılmaktadır).⁹ Bu Kanun, suçluların iadesi yanında, yabancı mahkeme kararlarının yerine getirilmesi (*Vollstreckung auslaendischer Erkenntnisse*) ve dar anlamda adli yardımlaşma ("*kleine Rechtshilfe*") konularını da düzenlemektedir. Bu kanunun maddi iade hukukuna ilişkin hükümleri, büyük oranda SİDAS'ın hükümleriyle paralellik göstermektedir. IRG'nin 1. paragrafının 3. fıkrası "**Uluslararası sözleşme hükümleri**, doğrudan doğruya uygulanabilir iç hukuk kuralı şeklini aldığı andan itibaren, **bu kanunun hükümlerinden önce uygulanır**" diyerek iade sözleşmelerinin, kanun karşısındaki üstünlüğünü belirtmiştir. Ancak, bu Kanun, uluslararası hukuk açısından diğer devletler karşısında hiçbir iade yükümlülüğü ("*keine völkerrechtliche Verpflichtung*") getirmemektedir. Bu nedenle, IRG'nin iadenin maddi koşullarına ilişkin hükümleri öncelikle, Almanya ile arasında iade sözleşmesi olmayan devletler arasındaki iade ilişkilerinde uygulanır. Ancak Almanya ile arasında iade sözleşmesi bulunan devletlerle olan iade ilişkisinde de sözleşmelerinin düzenlemediği konularda, özellikle iade muhakeresinde, IRG doğrudan uygulama alanı bulmaktadır.¹⁰ Alman mahkemelerinin, iade sözleşmelerinde düzenlenmiş olan iade koşulları konusunda da yer yer bu kanunu ve Alman Anayasası'nın bazı hükümlerini uyguladıkları görülmektedir. Bu nedenle, iade hukukunun koşulları incelenirken hem iade sözleşmeleri, hem de IRG'nin hükümleri dikkate alınmalıdır. Burada kısaca belirtelim ki, uluslararası hukuka göre, iade sözleşmesi olmadan devletlerin iade yükümlülüğü kabul edilmemektedir. Buna karşın, suç faillerinin sözleşme olmadan iade edilip edilmeyecekleri ise, her devletin iç hukukuna bağlıdır. Alman hukukunda sözleşme olmadan da iade mümkündür; ancak karşılıklılık ilkesi dikkate alınmaktadır.

Alman İade Hukuku hakkında ayrıntılı bilgi edinmek isteyen uygulamacı ve araştırmacılar için bu konudaki en önemli bilimsel başvuru kaynaklarını da belirtelim.¹¹ Başvuru kaynakları arasında özellikle uygulamaya yönelik en başta

⁸ Bkz yukarıda dipnot 2.

⁹ IRG'nin İngilizce çevirisi (*Law on International Assistance in Criminal Matters*) için bkz. Sigmar UHLIG/ Wolfgang SCHOMBURG/Otto LAGODNY, *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, Verlag C.H. Beck, Münih 1992, s.390 vd.

¹⁰ Bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, *IRG-Kommentar*, § 1 RN 19 vd.

¹¹ Alman iade hukuku hakkında aktüel ve özet bilgi için bkz. Thomas WEIGEND, "Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts", *Juristische Schulung (JuS)* 2000, s.105-111.

gelen eser hiç şüphesiz SCHOMBURG/LAGODNY tarafından yayınlanan “*Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*”¹² adlı şerhtir. 1983 yılında IRG’nin gerekçesini içeren kısa bir şerh olarak ULIG/SCHOMBURG,¹³ tarafından yayınlanan eser, 1993 yılında doktrinde iade hukukunun en önde gelen isimlerinden olan Prof. Dr. Otto LAGODNY’nin¹⁴ katılımı ile IRG’nin sistematik olarak açıklanması yanında, milletlerarası adli yardımlaşma hukukunun diğer alanlarını da içeren önemli bir şerh niteliği kazanmıştır. 1998 yılında yapılan 3. basısı Avrupa Birliği’nin cezai konularda adli yardımlaşma ilişkileri ile uluslararası ceza mahkemeleri konularını da kapsamına almıştır.¹⁵ Önemle belirtmesi gereken diğer bir eser de Theo VOGLER, Wolfgang WALTER ve Peter WILKITZKI tarafından yayınlanan “*Kommentar zum Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*”¹⁶ adlı şerhtir. Bu sistematik şerhin büyük bir kısmı iade hukuku teorisinin Almanya’daki önemli isimlerinden olan Theo VOGLER¹⁷ tarafından yazılmıştır.

II. Alman İade Hukukunun Maddi Şartları

1. Karşılıklılık İlkesi (*Gegenseitigkeitsprinzip*)

İade talebinin kabul edilebilmesi için karşılıklılık ilkesinin güvence altına

¹² Wolfgang SCHOMBURG/Otto LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen/ International Cooperation in Criminal Matters/ Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) 3. Bası*, Verlag C.H.Beck, München 1998. Bu çalışma sırasında 3. bası elimde bulunmadığı için çalışmada yapılan atıflar 2. basıyadır.

¹³ Sigmar UHLIG/Wolfgang SCHOMBURG/Otto LAGODNY, *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) 2. Bası*, Verlag C.H.Beck, Münih 1992 (aşağıda Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, şeklinde kısaltılarak atıfta bulunulacaktır). *Bu çalışmada yapılan atıflar 2. basıyadır.*

¹⁴ LAGODNY’nin suçluların iadesinde, iade edilenin hukuku statüsünü temel hak ve özgürlükler ve insan hakları açısından ele alan çalışması için bkz. *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, Beitrage und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für auslaendisches und Internationales Strafrecht*, Freiburg/ Herausgegeben von Albin Eser, Freiburg i. Br. 1987.

¹⁵ Ayrıca şerh içinde açıklanan konularla ilgili literatüre de yer verilmektedir.

¹⁶ Theo VOGLER/ Wolfgang WALTER/Peter WILKITZKI: *Kommentar zum Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, in: Heinrich Grütznher/Paul-Günther Pötz, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, I A 2, Loseblattsammlung, 2. Bası, 1980 vd. yıllar (aşağıda Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, şeklinde kısaltılarak atıfta bulunulacaktır!).

¹⁷ VOGLER’in iadenin hukuki yapısını “*Vertragstheorie*” (“sözleşme teorisi”) ile açıklayan görüşleri için bkz. *Auslieferungsrecht und Grundgesetz*, Duncker & Humboldt, Berlin 1970, özellikle s.33 vd..

alınmış olması aranmaktadır. Ancak karşılıklılık ilkesi genelde iade sözleşmesi olmayan devletlerle olan iade ilişkisinde önem kazanmaktadır. Çünkü, iade sözleşmesi ile taraflar zaten karşılıklı olarak iade yükümlülüğü altına girmektedirler. IRG'nin 5. paragrafı "talep eden devletin verdiği güvenceye göre, bu devletin benzer nitelikteki bir Alman iade talebini yerine getireceği beklenebiliyorsa, ancak bu halde iade talebi kabul edilebilir" diyerek bu ilkeyi açıkça belirtmektedir. Uluslararası hukukta adli yardımın yerine getirilmesinin karşılıklılık ilkesine göre mümkün olduğu yolunda bağlayıcı bir kural bulunmamaktadır.¹⁸ Bu ilke, sadece devletlerin karşılıklı çıkarlarını koruma amacını taşıdığı için, adli yardımlaşma ilişkilerinde Alman Anayasası'nda güvence altına alınan temel haklar açısından da zorunlu görülmemekte¹⁹ ve doktrinde bu ilkedeki vazgeçilmesi yönündeki görüşler gittikçe ağırlık kazanmaktadır.²⁰

SİDAS'ın 2. maddesinin 7. fıkrası, karşılıklılık ilkesinin sadece sözleşme kapsamına girmeyen suçlar bakımından uygulanabileceğini belirterek, sözleşme kapsamına giren konularda bu ilkenin güvence altında olduğundan hareket etmektedir. Federal Yüksek Mahkeme (*Bundesgerichtshof*) de 11.03.1981 tarihli bir kararında²¹ SİDAS'a göre yapılan iade taleplerinde kural olarak karşılıklılığın aranmayacağını, o zaman yürürlükte olan Alman İade Kanunu'nun (*Deutsches Auslieferungsgesetz*) § 4 Nr. 1 deki karşılıklılık şartının uygulanmayacağını açıkça belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, iade talebinde bulunan devletin benzer bir olayda, karşılıklılık ilkesini yerine getiremeyecek olması, iadenin kabul edilebilirliğine engel olmadığı için eyalet yüksek mahkemesinin inceleme yetkisinde değildir. Bu durumda, Federal Hükümet iade talebini kabul edip etmemekte serbesttir.²²

2. Her iki devletçe cezalandırılabilirlik ilkesi (*Beiderseitige Strafbarkeit*) ve *ne bis in idem*

İade sözleşmelerinde (örneğin SİDAS md. 2) ve iade kanunlarında (IRG § 3) hem iade talebinde bulunan, hem de kendisinden iade talep edilen devletin kanunlarına göre iadeye esas olan suçun cezalandırılabilir nitelikte olması koşulu aranmaktadır. Buna göre, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması, cezalandırılabilirlik şartlarının veya şikayet şartının bulunmaması, fiilin zaman aşımına uğraması veya af kapsamına girmesi gibi nedenlerle iadeye esas teşkil eden fiil hakkında talep edilen devlet kanunlarına göre ceza kovuşturması yapılması mümkün değilse, iade talebi kabul edilmemektedir.

¹⁸ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, § 5 RN 2.

¹⁹ LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 5, RN 2.

²⁰ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, § 5 RN 2 vd.

²¹ BGHSt. 30, 55, 62 vd.

²² BGHSt. 30, 55, 63-64.

Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Stuttgart*) 12.3.1986 tarihli bir kararında²³, iadeye esas teşkil eden fiilin, Alman hukuku açısından bakıldığında, **hukuka aykırı olmadığı** gerekçesi ile Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Türkiye'nin iade talebine esas olan olay Oltu Ağır Ceza Mahkemesi'nin verdiği bir mahkumiyet kararına dayanmaktadır. Oltu Ağır Ceza Mahkemesi'nin tespitine göre olayın meydana gelişi şu şekildedir: İki grup arasındaki bir kavgada gruplardan birine mensup olan A, tarafların arasını bulmak ve yatıştırmak isterse de bunda başarılı olamaz. Kendi grubundan birisinin yaralanması üzerine de, yakındaki kendi seyahat bürosuna kaçır. Karşı gruptan olan iki kişi ellerinde sopa ve taşlarla birlikte onun arkasından büroya saldırırlar. Bunun üzerine A, ruhsatlı tabancasını çekerek, kısa mesafeden saldırganların üzerine ateş ederek ikisini de ağır yaralar. Oltu Ağır Ceza Mahkemesi A'nın karşı saldırısını meşru müdafaa olarak nitelendirir; ancak A'nın meşru müdafaa savunmasının sınırını aştığı gerekçesi ile dört yıl 5 ay hapse mahkum eder. Hükümlünün Almanya'ya kaçması üzerine Türkiye, Almanya'dan iade talebinde bulunur.

Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi Türkiye'nin talebi ilgili kararının gerekçesinde, SİDAS'a göre somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığının sadece dosyada bulunan belgeler üzerinden incelenebileceğini, sanığın gerçekten suçu işleyip işlemediğine ilişkin delil toplanamayacağını, ancak talep eden devletin sunduğu belgelerden talep edilen devletin hukukuna göre kusuru ortadan kaldıran nedenlerin bulunması veya cezalandırmaya engel nedenlerin veya hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmasının her iki devletçe cezalandırılabilirlik şartını ortadan kaldıracığını belirtmiştir. Daha sonra olayı Alman hukuku açısından değerlendiren Eyalet Yüksek Mahkemesi, Alman Ceza Kanunu'nun 32. paragrafına göre sanığın yaptığı savunmanın saldırıyı püskürtmek için gerekli olduğunu ve savunma için kullanılan aracın ve savunmanın yapıldığı şeklinin müsaade edilen savunma sınırını aşacak nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme kararının devamında Alman doktrin ve uygulamasında meşru müdafaa savunmanın şartlarına ilişkin içtihatları açıklayıp bu içtihatları olaya uygulayarak, fiilin Alman hukuku açısından hukuka uygun olduğu ve bunun sonucu olarak da Alman hukukuna göre cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmediği gerekçesi ile iadenin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin bir başka örnek de *Kammergericht Berlin*'in (Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi) 7.5.1971 tarihli kararıdır.²⁴ Türki-

²³ Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, 12.3.1986, GA 1986, s.563-564.

²⁴ in: Albin ESER/Otto LAGODNY/Peter WILKITZKI (Hrsg.) Internationale Rechtshilfe in Strafsachen/Rechtsprechungssammlung 1949-1992, (aşağıda in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI şeklinde atıfta bulunulacaktır!) 2. Bası, Beitrage und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für auslaendisches und internationales Strafrecht Freiburg, 1993, Band S 15, U 2, s.112-113.

ye'nin yapmış olduğu bu iade talebinde emre itaatsizlik ve üstüne karşı fiilen taarruzda bulunmak (müessir fiil) suçlarından bir Türk askeri mahkemesince hükmedilen cezanın infazı amacıyla iadesi istenen bir hükümlü söz konusudur. Kammergericht Berlin önce emre itaatsizlik suçunun sırf askeri suç olması nedeniyle verilen mahkumiyet kararı için iadesinin mümkün olmadığını, buna karşın fiilen tecavüzde bulunma suçu nedeniyle iadesinin mümkün olduğunu tespit etmiş; ancak olayda meşru müdafaa nedeniyle fiilin Alman hukukun göre hukuka uygun ve bu nedenle de cezalandırılabilirlik şartını taşımadığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin tespitine göre olay şu şekilde meydana gelmiştir: Sanık asker, başka bölükte görevli bir asteğmene, görevden kaçınmak için kendisinin bu bölükte çalışmadığını söyleyerek yalan söyler. Bunun üzerine üstü olan asteğmen, sanığa birkaç defa yumruk vurur. Üstünün bu saldırısına karşı sanık da birkaç yumrukla karşılık vererek görev yerinden uzaklaşır. Mahkeme, sanığın bu fiilinin Alman Ceza Kanunu'na göre meşru müdafaa teşkil ettiğini, çünkü sanığın üstünden gelen ve halen mevcut ve hukuka aykırı bir saldırıya karşı kendini savunmak için hareket ettiğini tespit ederek, iade talebinin kabul edilemezliğine karar vermiştir.²⁵

Yine, iade talebine esas olan **suçun** talep eden devletin hukukuna göre **kovuşturulabilir olması**, yani kovuşturma şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Buna karşın, talep edilen devletin hukuku açısından suçun kovuşturulabilirliğine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin, Alman hukuku açısından suçun kovuşturulabilmesi için gerekli olan şikayetin yapılmamış olması iadeye engel değildir.²⁶ Ceza mahkumiyetinin infazı için yapılan talep birden fazla fiil nedeniyle verilen mahkumiyet kararını kapsıyorsa, bu durumda Alman hukukuna göre, bütün fiillerin cezalandırılabilir olması gerekir. Gerçekten, Federal Yüksek Mahkeme²⁷ İtalya'nın yaptığı bir iade talebiyle ilgili olarak verdiği bir kararında, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*StPO*) § 264 anlamında iki ayrı fiil için verilen mahkumiyet kararlarının içtima ettirilerek hükmedilen mahkumiyet kararının

²⁵ Bu olayda ilginç olan konu Kammergericht Berlin'in Türk askeri mahkemesinin kararının hüküm kısmını inceleyerek, Türk mahkemesinin olayda meşru müdafaa'nın bulunup bulunmadığı konusunu incelemediğini belirterek, esasen Türk Askeri Ceza Kanunu'nun bu gibi durumlarda meşru müdafaa'yı kabul etmediğini, sadece cezada indirim öngördüğünü ve Türk Ceza Kanunu'na göre de sağlık ve vücut bütünlüğüne karşı saldırılarda meşru müdafaa'nın kabul edilmediği sonucunu çıkarmasıdır (bkz. s.113). Halbuki vücut bütünlüğüne karşı meşru müdafaa hem askeri ceza hukukunda (AsCK md. 44: TCK hükümlerine yollama yapmakta) hem de Türk Ceza Hukukunda mümkündür (TCK md. 49: nefis: hayat ve vücut bütünlüğü olarak kabul edilmekte). Fiilin her iki ülke kanununa göre cezalandırılabilirliğin tespitinde maddi olay incelemesini bu kadar ileriye götürmek iadenin amacına uygun düşmez. Çünkü iadenin amacı kendi ceza kanununu uygulamak değil, yabancı ceza yargısının yapılmasına yardım etmektir.

²⁶ Eckhart VON BUBNOFF, *Auslieferung, Verfolgungsübernahme, Vollstreckungshilfe/ Ein Handbuch für die Praxis*, Walter de Gruyter. Berlin/New York, 1988, s.54.

²⁷ Federal Yüksek Mahkeme (BGH) 31.3.1977, BGHSt. 27, 168.

infazı amacıyla yapılan iade talebinde, fiillerden birisi Alman hukukuna göre suç teşkil etmediği için, iade talebinin sadece Alman hukukuna göre suç teşkil eden fiil nedeniyle verilen mahkumiyet kararının infazı için kabul edilebileceğine karar vermiştir.²⁸

Talep eden veya talep edilen devletin hukukuna göre suçun zamanaşımına uğraması (dava veya ceza zamanaşımı) da iadeye engeldir (SİDAS md. 10, IRG § 9 Nr. 2). Bu yüzden, iade talebinin talep edilen ülkeye ulaştığı anda, iade talebine esas teşkil eden fiilin talep edilen devletin mevzuatına göre dava zamanaşımı dolmuşsa, iade kabul edilmemektedir.²⁹ Zamanaşımının durması ve kesilmesinde Alman hukuk normları dikkate alınacaktır. Bu nedenle, Almanya'ya yapılan iade taleplerinde Alman kovuşturma makamları fiil hakkında Alman hukukuna göre zamanaşımını kesici nitelikte muhakeme tedbirlerine başvurmuşlarsa iade mümkündür.³⁰ Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebi ile ilgili olarak Federal Yüksek Mahkeme 26.06.1984 tarihli bir kararında, **talep eden devletçe zamanaşımını kesen muhakeme tedbirlerine** de Alman makamlarınca alınan tedbirler gibi **etki tanımıştır**.³¹ Federal Yüksek Mahkemenin kararına esas teşkil eden olayda Almanya'da oturan bir Türk vatandaşının Türkiye tarafından iadesi talep edilmektedir. Sanık hakkında, Türkiye'den (Bulgaristan üzerinden) Almanya'ya uyuşturucu (200 kg esrar) ihraç etmeye teşebbüs suçundan hakkında İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nce tutuklama kararı verilmiştir. İade talebine esas teşkil eden fiil nedeniyle Alman mahkemelerinin de yargı yetkisi (Alman Ceza Kanunu § 6 Nr. 5) bulunmakla birlikte, Alman kovuşturma makamları herhangi bir kovuşturma tedbirine başvurmadıkları için Alman kanunlarına göre geçerli olan 5 yıllık dava zamanaşımı süresi geçmiştir. Federal Yüksek Mahkeme, her iki tarafın yargı yetkisinin bulunduğu bir suç için yapılan bu taleple ilgili olarak, fiilin Almanya'da dava zamanaşımı nedeniyle kovuşturulmayacak olmasına rağmen, talep eden devlet olarak Türkiye'nin zamanaşımını kesici muhakeme tedbirlerine başvurmuş olması ve bu tedbirlerin Alman huku-

²⁸ Ayrıca bkz. Kammergericht Berlin, 7.5.1971, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 2, s.112 vd.

²⁹ Kammergericht Berlin 9.3.1988, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 159, s.551 vd.: Türkiye'den Bulgaristan'a uyuşturucu ihracı nedeniyle bir Türk mahkemesince verilen 1 yıl 6 aylık hapis cezası ile hükmedilen para cezasının infazı amacıyla Türkiye'nin yaptığı iade talebi Almanya tarafından kabul edilmemiştir. Yetkili Alman mahkemesi olarak Kammergericht Berlin 19.2.1985 tarihinde Türkiye'nin iade talebinin kabul edilebilirliğine karar vermişken, (iadenin bu arada gerçekleştirilememiş olması nedeniyle olsa gerek) daha sonra IRG § 33 fıkra 1 uyarınca iade talebi hakkında tekrar inceleme yaparak, aradan geçen süre nedeniyle Alman kanunlarında ceza zamanaşımı için öngörülen üst sınırın geçtiği gerekçesi ile iade talebinin kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

³⁰ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, § 9 RN 24.

³¹ BGHSt. 33, 26 vd.

kuna göre de zamanaşımını kesici nitelikte olmasını nedeniyle iadenin kabul edilebilir olduğuna içtihat etmiştir.³²

Eğer, hükmedilen bir cezanın infazı amacıyla iade talebinde bulunulmuş ise, iadenin kabul edilebilirliği Alman hukukunun ceza zamanaşımı hükümlerine göre tespit edilecektir.³³ Ceza zamanaşımı süresi, talep eden devletin kanunlarına göre hükmün kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.³⁴

Talep eden devlette veya talep edilen devlette iadeye esas teşkil eden suç da kapsayan bir **af** veya **cezayı kaldıran kanun** iadeye engeldir (IRG § 9 Nr. 2). Talep eden devlette çıkarılan bir af, bu devletin yargılama hakkını ortadan kaldırdığı için, iadeye engel teşkil etmektedir. Talep eden devletteki af ile ilgili olarak SİDAS'ta bir hüküm bulunmamaktadır. Talep eden devlet, kovuşturma yetkisinin bulunmadığı bir fiil nedeniyle iade talebinde bulunmayacağı için, böyle bir hükme gerek de yoktur.³⁵ Buna karşın, 2. Protokol'ün 4. maddesi, talep edilen devlet, iadeye konu olan suç için yargı yetkisine sahipse ve bu suç da kapsayan af yetkisini kullanmışsa, iadenin kabul edilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir.

İç hukukta, anayasalarda düzenlenen ve AİHS ile güvence altına alınan bir suç fiili nedeniyle iki defa yargılama yasağına (*ne bis in idem*), devletlerarası adli yardımlaşma hukukunda sınırlı bir etki tanınmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi'nin (*Bundesverfassungsgericht*) ve Federal Yüksek Mahkemenin (*Bundesgerichtshof*) kararlarına göre, yabancı ülkedeki ceza yargılaması, Almanya'da aynı fiil nedeniyle tekrar yargılama yapmaya ve bu kişinin Almanya'dan iadesine engel değildir. Çünkü, Alman Anayasası'nın 103. maddesinin 3. fıkrasındaki *ne bis in idem* kuralı, sadece Alman mahkeme ve yargı mercilerinin aralarındaki ilişkilerde geçerlidir.³⁶ Ne bis in idem kuralının iadeye engel teşkil edip etmediğini anlamak için, konuyu talep edilen ülkedeki yargılama ve üçüncü devletlerdeki yargılama olmak üzere iki açıdan ele almak gerekir.

İadeye esas teşkil eden suç nedeniyle talep edilen ülkenin mahkemelerince verilen kesinleşmiş mahkumiyet kararı veya takipsizlik kararı veya davanın düşmesi kararlarının iadeye engel teşkil edeceği SİDAS'ın 9. maddesinde "ne

³² BGHSt. 33, 26, 28 vd.

³³ Alman hukukuna göre ceza zamanaşımının dolması SİDAS md. 10 nedeniyle iadeye engel teşkil eder: bkz. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht München*), 19.4.1988 Aul 44/89, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U176, s.613-615.

³⁴ Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Karlsruhe*), 13.3.1985, NJW 1985, s.2096-2097.

³⁵ Kammergericht Berlin, 23.11.1977, (1a/1) Ausl 10/77 (143/77, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 13, s.136 vd.: Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talibi ile ilgili.

³⁶ Federal Anayasa Mahkemesi, 31.3.1987, NJW 1987, s.2155 vd. (2156); Federal Yüksek Mahkeme, 8.4.1987, BGHSt. 34, 334, 340; Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, 24.2.1988, NJW 1988, s.1476 vd.

bis in idem” başlığı altında açıkça düzenlenmiştir.³⁷ İade talebinde belirtilen fiiller, talep edilen ülkede muhakemesi yapılarak hakkında kesin hüküm verilen müteselsil suçun (*fortgesetzte Handlung*) kısımlarını oluşturuyorsa, bu durumda da iade talebi kabul edilemez.³⁸ IRG § 9’a göre, Alman mahkemelerince verilen her türlü kararlar değil, bu paragrafta sınırlı şekilde sayılan ceza muhakemesini sona erdirici nitelikteki kararlar iade engeli olarak kabul edilmiştir.³⁹

Buna karşın, iade talebinde yer alan suç nedeniyle **üçüncü bir ülkedeki mahkumiyet kararı** ve hatta bu mahkumiyetin infaz edilmiş olması iade engeli olarak kabul edilmemektedir. Bu konuda geçmiş dönemlerde Türkiye’den yurt dışına uyuşturucu ticareti suçları nedeniyle Türkiye’nin yaptığı iade taleplerinde Almanya ile bazı problemler yaşanmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi’nin literatür ve uygulamada sıkça atıfta bulunulan 31.7.1987 tarihli “ne bis in idem” kararında⁴⁰, sanığa isnat edilen suç nedeniyle daha önceden Yunanistan’da mahkum olmuş ve cezası da infaz edilmiş olan suç nedeniyle Türkiye’de verilen mahkumiyet kararının infazı için Türkiye’ye iadenin kabul edilebilirliği tartışma konusu yapılmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, aynı fiil nedeniyle Türkiye’de verilen mahkumiyet kararında Yunanistan’da verilen ve infaz edilen ceza dikkate alınmamış olmasına rağmen iadeyi Alman Anayasası ve uluslararası hukukun asgari standartlarına aykırı bulmamıştır. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht München*) de 10.12.1986 tarihli kararı ile bu iade talebinin kabul edilebilirliğine karar vermişse de Federal Alman Hükümeti, insani nedenlerle (Türk mahkemesince verilen cezanın yüksek olması = 18 yıl, Yunanistan’da verilen cezanın dikkate alınmaması) Türkiye’nin iade talebini ret etmiştir.⁴¹ Federal Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir. Çünkü, iki veya çok taraflı sözleşmelerde kabul edilen haller dışında bir çok ülke yabancı ülkede verilen ceza mahkumiyetlerini dikkate almamaktadır. SİDAS’a Ek 1. Protokol

³⁷ İadesi istenen kişinin Alman mahkemelerince suçluluğu hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmasına rağmen, hakkındaki ceza henüz tespit edilmemiş olsa bile, SİDAS md. 9 anlamında “kesin mahkumiyetten” söz edilebilir: Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) 4.1.1985, 4 Ausl (A) 269/84-99 und 100/84 III, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 101, s.373-374 (teşekkül halinde uyuşturucu ticareti, uyuşturucu ticareti amacıyla kurulmuş mafya tipi örgüte üyelik suçlarından İtalya’nın iade talebi).

³⁸ Uyuşturucu ticareti suçlarının iadesi açısından bkz. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Hamm*), 21.2.1989, (2) 4 Ausl 133/88, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 175, s.611-613.

³⁹ Alman mahkemelerince verilen kararların iadeye engel kabul edilebilmesi için ön şart, iade talebine esas teşkil eden suç hakkında Alman yargı yetkisinin (*deutsche Gerichtsbarkeit*) bulunması gerekir.

⁴⁰ BVerfGE 75, 1, 16 = NJW 1987, s.2156.

⁴¹ TURHAN, Die Rechtsstellung, s.133..

iadeye esas teşkil eden fiil nedeniyle üçüncü bir ülkede mahkumiyet kararı verilmiş olması halinde talep edilen devlete iadeyi ret etme yetkisi vermekle birlikte, bu Protokol yeterli sayıda devletçe onaylanmadığı için yürürlüğe girmemiştir. Alman Ceza Kanunu'na göre de, yurt dışında verilen mahkumiyet kararları Almanya'da yeniden ceza kovuşturmasına engel değildir.⁴²

3. İadede Hususilik (Özellik) İlkesi (*Grundsatz der Spezialitaet*)

İade hukukunun en önemli kurallarından birisi de iadede hususilik, diğer bir ifadeyle "özellik" ilkesidir. Bu ilkeye göre, sanık veya hükümlü hangi suç veya suçlar nedeniyle iade edilmişse, talep eden devlet ancak bu suçlar nedeniyle ceza kovuşturması veya infazı yapabilir. Bu ilke, uluslararası hukukun genel kabul edilmiş kurallarındandır. Sanığın teslimden önce işlemiş olduğu ancak teslimden sonra tespit edilen suçlar nedeniyle yargılama yapılabilmesi, iade eden devletin bu suçlar için de iadeyi kabul etmesine bağlıdır.

Hususilik prensibinin koruma süresi sınırlıdır. IRG'nin 11.paragrafı, iade edilen devlette yargılamanın ve infazın tamamlanmasından itibaren 30 gün, SİDAS'a göre ise 45 gün içinde ilgili kişi ülkeyi terk etmediği takdirde, hususilik prensibinin koruması sona erer.

Türkiye ile Almanya arasındaki iade trafiğinde Türkiye'nin bu ilkeye uymadığı gerekçesi ile 1980'li yıllarda bazı problemler yaşanmış, hatta bu nedenle bir ara Almanya - Türkiye iade trafiği durma noktasına gelmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi 23.2.1983 tarihli bir kararında⁴³, SİDAS'ın 14. maddedeki genel hususilik güvencesinin, Türkiye ile olan iade ilişkilerinde siyasi nedenlerle kovuşturma tehlikesini önlemeye yeterli olmadığını ve bu nedenle, Türkiye'den gelen iade taleplerinde, Türkiye'nin hususilik kuralına uyup uymayacağını yetkili eyalet yüksek mahkemelerince her olayda ayrıca incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁴

Federal Yüksek Mahkeme kararlarına göre, sanığın iadesinden sonra yargılama sırasında iade kapsamında olmayan ancak, iadesi kabul edilen suçun kısımlarını oluşturan (müteselsil suç) fiillerin yargılamaya dahil edilmesi hususilik

⁴² Türkiye'den yurt dışına uyuşturucu ihracı suçlarında ortaya çıkan problemler, ne bis in idem ve iade açısından konunun değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.134 vd.

⁴³ NJW 1983, s.1723 vd.

⁴⁴ Türkiye'nin iade talepleriyle ilgili olarak 1980'li yıllarda Türkiye'nin hususilik kuralına uyup uymayacağını incelediği eyalet yüksek mahkemesi kararları için bkz.: Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 5.7.1983, 4 Ausl. (A) 96/82 - 90/83 III, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 74a, s.278-285; Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 17.5.1984 - 1 Ausl. 56/81, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 87, s.320-327; Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi, 31.8.1983 - 3 ARs 6/82 (Ausl.), NJW 1984, s.1312 vd.

kuralını ihlal etmez. Yine, talep eden devletin iade kapsamında olmayan bir suç nedeniyle yargılama yaparak hususilik kuralını ihlal ederek mahkumiyet kararı vermiş olması, bu suçlar içinde sonradan yapacağı ek iade talebinin kabulüne engel değildir.⁴⁵ İade talebine esas teşkil eden suç fiilleri değişmediği sürece, sanığın iade talebinde belirtilen fiillerinin, yargılama sırasında hukuki nitelendirilmesinin değişmesi hususilik kuralını ihlal etmez. Ancak bu halde, hukuki niteliği değişen fiiller de iade edilebilir nitelikte olmalıdır. Bu nedenle, Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebinde tutuklama kararının TCK 448. maddesine dayandırılması ve iade talebinin de buna göre yapılması halinde, sanığın iadesinden sonra yargılama sırasında suçun hukuki nitelendirilmesi değiştiği için TCK 450. maddeye göre hüküm kurularak sanık ölüm cezasına mahkum edilmez. Eyalet yüksek mahkemeleri, iade talebinde dayarılan suç unsurlarının yargılama sırasında değişme ihtimalini dikkatle inceleyip, biraz sonra üzerinde duracağımız, ölüm cezasına hükmedilmeyeceğine ilişkin yeterli güvencenin yokluğu nedeniyle, Türkiye'nin iade taleplerini reddetmektedir.⁴⁶ Demek ki, tutuklama kararı verilirken ve iade dosyası hazırlanırken, sanığa uygulanacak TCK hükümlerini ölüm cezasını gerektirmeyecek şekilde göstermek yeterli değildir. Alman mahkemeleri iade talebine esas teşkil eden olayların ölüm cezasını gerektirip gerektirmediğini özellikle incelemektedir.⁴⁷

4. İadenin mümkün olmadığı haller (*Auslieferungsausnahmen*)

Tarihi gelişim içinde ortaya çıkan ve iade sözleşmeleri ile iade kanunlarında yer alan bir dizi iade engelleri vardır. "İadenin istisnaları" olarak da belirtilen bu durumlar fiilin niteliği, failin vatandaşlığı, verilecek cezanın niteliği ve talep edilen devletin kamu düzeni gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Burada en önemlileri hakkında kısaca bilgi vereceğiz.

a) Vatandaşın iadesi yasağı (*Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger*)

Vatandaşın iade edilmezliği kuralının Almanya'da çok eski bir geçmişi vardır; öyle ki bu ilke, eski Cermen hukukuna dayanmaktadır. Alman Anayasası'nın 16. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu kural, her Alman vatandaşına

⁴⁵ Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 21.1.1985 - 4 Ausl (A) 10/85-3 und 4/85 III, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 102, s.374-376.

⁴⁶ Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, 27.5.1986, 3 Ausl. 1/86, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 107, s.448-449;

⁴⁷ Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, 9.2.1987, (6) 4 Ausl. 37/84, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 143, s.489-496.

iade edilmemeye ilişkin subjektif bir temel hak vermektedir.⁴⁸ Alman Anayasası'na göre çifte vatandaşlığa sahip olanlar, yani Alman vatandaşlığı yanında bir ülke (örneğin Türk) vatandaşlığına sahip olanlar da Alman vatandaşı sayılır. Alman mahkeme kararlarına göre, vatandaşlık için esas alınacak zaman, iadesine karar verilen kişinin teslim anıdır. Teslimden önce Alman vatandaşlığının kazanılması iadeye engel teşkil eder. Eyalet yüksek mahkemesi, iadesi istenen kişinin yabancılığı konusunda kesin kanaat sahibi oluncaya kadar muhakemenin her aşamasında re'sen araştırmak zorundadır.⁴⁹ İadesi istenen kişi Alman vatandaşlığına girmek için başvurmuş ve Alman Vatandaşlık Kanunu'na göre de vatandaşlığa kabul edilme hakkı varsa, eyalet yüksek mahkemesi iadenin kabul edilebilirliği konusundaki kararını erteleyerek, başvurunun sonucunu beklemelidir.⁵⁰

Vatadaşın iade edilmezliği ilkesi, vatadaşını iade eden, ancak yurt dışında işlenen suçları genellikle kovuşturmayan Anglo-Sakson hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerle olan iade ilişkilerinde problemlere neden olmaktadır. SİDAS'ın 6. maddesinin 1 fıkrası, vatadaşın iadesini yasaklamamakta, sadece taraf devletlere "vatadaşını iade etmeme hakkını" tanımaktadır. Ancak, vatadaşını iade etmeyen devletin, talep eden devletin isteği üzerine sanık hakkında cezai kovuşturma yapması istenmektedir.

Avrupa ülkelerinde bu ilkeye son zamanlarda önemli sınırlamalar getirilmektedir. Örneğin; İsviçre hukukunda, vatadaşın rıza göstermesi (yazılı onayı) halinde iade kabul edilmektedir (İsviçre Milletlerarası Adli Yardımlaşma Kanunu md. 7). Yine, Hollanda hukukuna göre, talep eden devletin sanığı yargıladıktan sonra verilen ceza mahkumiyetinin infazı için tekrar Hollanda'ya teslim etmeyi garanti etmesi koşuluyla vatadaşın iadesi mümkündür.⁵¹

Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında iadeyi kolaylaştırma amacıyla hazırlanan 27 Eylül 1996 tarihli Avrupa Birliği Üye Ülkeler Arasında İade Sözleşmesi'nin (*Übereinkommen vom 27. September 1996 aufgrund von Artikel K.3 des Vertrages über die Europaeische Union über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der Europaeischen Union*)⁵² 7. maddesi, Birliğe üye ülkeler arasında vatadaşın iade edilme yasağını kademeli olarak kaldırmayı amaçlamaktadır.

Son olarak, Alman Parlamentosu Alman Anayasası'nın 16. maddesini deyiş-

⁴⁸ Federal Alman Anayasası'nın 16.md. 2. fıkrası uyarınca vatadaşın iade yasağını kapsamı hakkında geniş bilgi için bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.112 vd.

⁴⁹ LAGODNY, in:Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 2 RN 19 vd.

⁵⁰ LAGODNY, in:Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 2 RN 22.

⁵¹ LAGODNY, in:Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 2 RN 25.

⁵² Sözleşme hakkında bilgi için bkz. LAGODNY, "Auslieferung/Überstellung Deutscher Staatsangehörigen", ZRP 2000, s.175-177.

tirerek vatandaşın iadesi yasağını iki alanda kaldırılmıştır.⁵³ Yeni değişikliğe göre, Alman vatandaşları, Avrupa Birliği üyesi ülkelere iade edilebilecek ve gerektiğinde uluslararası ceza mahkemelerine de teslim edilebilecektir. Ancak, bunun için, iade edilen ülkede hukuk devleti ilkelerine uygun bir yargılamanın güvence altına alınmış olması gerekmektedir.

b) Siyasi suçlarda iadenin kabul edilmemesi

Siyasi suç nedeni ile iade edilmezlik, suçluların iadesi hukukunun en tanınmış kurallarından biridir. Uluslararası hukuk, devletlerin siyasi suç nedeni ile bir kişiyi iade etmelerini yasaklamamakla birlikte, bu prensip bütün iki ve çok taraflı iade sözleşmelerinde yer almaktadır. SİDAS'ın 3. maddesi siyasi suç veya böyle bir suç ile bağlı suç nedeniyle iadenin kabul edilmeyeceğini belirtirken, hangi suçların bu nitelikte olduğunun tespitini ise, talep edilen devletin hukukuna bırakmıştır. IRG'nin 6. paragrafı; siyasi suç veya siyasi suça bağlı suç nedeniyle iadenin kabul edilmeyeceğini belirtmiş, ancak 1929 tarihli İade Kanunu'ndaki siyasi suç tanımını, uygulamada kanuni bir tanıma ihtiyaç olmadığı ve mahkemelerin bu konuda içtihat geliştirmesinin önünün kapatılmaması gerektiği gerekçesi ile yeni kanuna almamıştır. IRG'nin 6. paragrafında suçun; **soykırım (Völkermord)**, soykırımı teşebbüs, **kasten adam öldürme, kasten adam öldürmeye teşebbüs** veya bu **fillere iştirak** olması halinde **iadenin kabul edilebilir olduğu** açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla bu suçların siyasi suç sayılarak iade talebinin reddedilmesi mümkün değildir.

Federal Yüksek Mahkeme kararına göre, suçun siyasi olup olmadığı, önce Alman hukukuna göre incelenir. Eğer, Alman hukukuna göre fiilin siyasi suç olmadığına karar verilirse, daha sonra talep eden devletin hukukuna göre siyasi suç olarak nitelendirilip nitelendirilmediği incelenir. Eğer, talep eden devletin hukukuna göre siyasi suç olarak değerlendiriliyorsa, iade mümkün değildir.⁵⁴

Hemen belirtelim ki, Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve uçak kaçırmayı önlemeye ilişkin sözleşmeler dahil olmak üzere, bir çok uluslararası sözleşme ile siyasi suçun kapsamı daraltılmıştır.⁵⁵ Alman doktrin ve uygulamasında, terör örgütü kurmak veya böyle bir örgüte üye olmak (*StGB* § 129a) terör amaçlı gasp, soygun, mala karşı işlenen diğer suçlar, bankalara, resmi dai-

⁵³ Anayasa değişikliği için bkz. http://www.bundesrat.de/pr/pr172_00.html

⁵⁴ BGH 10.9.1981, BGHSt. 30, 199; ayrıca bkz. SCHOMBURG, in: Uhlig / Schomburg / Lagodny, IRG-Kommentar, § 6 RN 22.

⁵⁵ Terörizmin Önlenmesine İlişkin Sözleşme açısından bkz. Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Nürnberg*), 23.10.1989, OLG Ausl.4/79, ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 183, s.628-631; Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Frankfurt*), 25.6.1986, 2 Ausl 20/86, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 129a, s.453-454

relere karşı girişilen bombalama, patlayıcı madde bulundurma gibi fiiler siyasi suç olarak kabul edilmemektedir.⁵⁶

c) Siyasi nedenlerle kovuşturma tehlikesi (*Gefahr politischer Verfolgung*)

Burada siyasi suçlarla yakın ilgisi olan başka bir iade engeline değinmek gerekiyor. SİDAS'ın 3. md. 2. fıkrasında yer alan ve IRG'nin § 6 fık. 2'de de benzer şekilde düzenlenen hükme göre, adi bir suç (siyasi suç olmayan) nedeni ile iade talebinde bulunan ülke, iadesini istediği kişiyi ırkı, dini, milliyeti, siyasi düşünceleri nedeni ile cezalandırmak için talepte bulunuyorsa iade kabul edilemez. Yine, iadesi istenen kişinin belirtilen bu nedenlerden birisi yüzünden talep edilen ülkede durumunun ağırlaşacağına ilişkin ciddi belirtiler varsa, kişinin iadesi mümkün değildir. Alman Anayasası'nın 16a maddesi⁵⁷ siyasi nedenlerle yabancı ülkelerde kovuşturmayla uğrayanlara Almanya'da sığınma hakkı tanıdığı için, bu iade engeli Alman iade ve sınır dışı etme işlemlerinde büyük öneme sahiptir. Uygulamada, Türkiye'nin Almanya'ya yöneltmiş olduğu iade talepleri, sanığın Türkiye'ye iadesi halinde işkenceye uğrayacağı, durumunun ağırlaşacağı, daha ağır cezalandırılacağı vb. nedenlerle reddedilmektedir.^{58, 59} Türkiye'nin

⁵⁶ Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, 14.6.1982, 3 Ausl Reg (13) 92/81, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 63, s.241-243 (Türkiye'nin iade talebi ile ilgili); Bkz. Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, 25.6.1986, 2 Ausl I 20/86, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 129a s.453-454; Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 16.1.1984 Ausl. 100/83, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 80, s.298-303; Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 23.6.1993 - 4 Ausl (A) 221/93 - 87/93 III, Strafverteidiger 1/94, s.34-35 (Türkiye, PKK üyesi olan sanığın, bir köy otobüsüne saldırarak 8 kişiyi öldürüp 4 kişiyi de yaralamak ve bir jandarma karakoluna silahlı saldırı suçlarından iadesini ister; Eyalet Yüksek Mahkemesi sanığa atfedilen suçların Terörizmin Önlenmesine İlişkin 1977 tarihli Sözleşmenin 1. maddesi açısından siyasi suç olmadığını belirtmiş, ancak TCK 125. maddesi uyarınca sanık hakkında Türkiye'de ölüm cezasına mahkum edilmesi tehlikesi bulunması ve Türkiye'nin ise gerekli güvenceyi vermemesi nedeniyle iadenin reddine karar vermiştir.); ayrıca bkz. VON BUBNOFF, s.63.

⁵⁷ Alman Anayasası'nda 1994 yılında yapılan değişiklikten önce sığınma hakkı 16. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesinde şu şekilde düzenlenmişti: "*Politisch Verfolgte geniessen Asylrecht*" (= "siyasi nedenlerle kovuşturulanlar sığınma hakkına sahiptir"). Ancak 1990'lı yıllarda gittikçe artan mülteci sayısını sınırlandırmak ve bu hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla sığınma hakkı sınırlandırılmış ve 16a maddede altında yeniden düzenlenmiştir.

⁵⁸ Türkiye'nin iade talebi üzerine Türkiye'de siyasi kovuşturma tehlikesinin tartışıldığı Alman mahkeme kararlarından örnek olarak bkz.: Federal Anayasa Mahkemesi, 11.5.1983, EuGRZ 1983, s.263-266; Federal Anayasa Mahkemesi, 16.3.1983, EuGRZ 1983, s.262; Federal Anayasa Mahkemesi, 23.2.1983, 1 BvR 990/82, NJW 1983, s.1723-1725; Federal Anayasa Mahkemesi, 23.2.1983, 1 BvR 1019/82, NJW 1983, s.1725-1726; Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, (6) 4 Ausl. 13/84, 12.11.1984, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 97, s.353-361 (iade talebinin reddi); Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi, OLG 18/84, 2.6.1996, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 128, s.450- 451 (iade talebinin reddi); Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 13.6.1989, OLG

bölücü terörle mücadelesinde hukuk devleti ve insan hakları konusundaki eksiklikleri de bahane edilerek, çok sayıda ağır suç sanıkları bu gün Almanya'da sığınma hakkı elde etmekte ve orada terör faaliyetlerine devam etmektedirler.

Sığınma hakkı ile iade arasındaki ilişki başlı başına incelenmesi gereken bir konu olduğu için burada detayına girilmemiştir. Son yıllarda siyasi suç nedeniyle iade etmeme uygulamada azalırken, iade edilenin talep eden devlette siyasi nedenlerle kovuşturmaya uğrayacağı, durumunun kötüleşeceği gibi gerekçelerle iadenin reddi artmaktadır.

d) Askeri suçlar nedeniyle iadenin kabul edilmemesi

Genellikle, ordunun düzen ve devamlılığını ihlal eden ve askeri yararları yönelik olan, asker kişilerce işlenmiş bulunan suçlar askeri suç olarak kabul edilmektedir.⁶⁰ IRG § 7'ye göre sırf askeri yükümlülüklerin ihlalini oluşturan fiiller nedeniyle iade mümkün değildir.

Bu nedenle örneğin, bir askerin işlediği emre itaatsizlik (*Befehlsverweigerung*) suçu askeri suç sayılırken, amirine veya üstüne karşı fiilen taarruz suçu (Türk Askeri Ceza Kanunu md. 91) genel ceza kanununa göre de suç teşkil ettiği (müessir fiil) için, askeri suç sayılmayarak iadesi kabul edilmektedir.⁶¹ SİDAS md. 4'e göre de **sırf (mutlak) askeri suçlar** (*rein militaerische Straftat*) nedeniyle iade mümkün değildir.

e) Mali suçlarda iade

Mali suçlar kavramına genellikle vergi, harc, gümrük ve döviz suçları gir-

Ausl. 15/88, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 179, s.618- 624 (iade talebinin kabul edilebilirliğine); Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 27.3.1986, Ausl. 65/85 in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 124, s.442 vd. (iadenin kabul edilebilirliğine, ancak bkz. aşağıda dipnot.108); Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 27.3.1986, Ausl. 65/85 in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 124, s.442-446 (iadenin kabul edilebilirliğine; ancak bkz. aşağıda dipnot.107).

⁵⁹ Bazı Avrupa ülkeleri 1980'li yıllarda bu kuralı o kadar aşırıya götürdüler ki, bu durum açıkça SİDAS'ın ihlali niteliğini almıştı. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi 22.3.1983 tarihli kararıyla (EuGRZ 1983, s.253 vd.), Türkiye'nin iadesini istediği Abdi İpekçi suikasti sanıklarından Mehmet Şener'in ülkücü hareketin içinde yer almasına ve Kürtçülük hareketine katıldığına ilişkin hiçbir delil olmamasına rağmen, sadece Kürt kökenli olduğu için Türkiye'ye iadesi halinde ceza kovuşturması sırasında durumunun ağırlaşaacağı gerekçesi ile SİDAS md. 3. fik. 2'ye dayanarak Türkiye'nin iade talebini reddetmiştir.

⁶⁰ Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s.138.

⁶¹ Sadece askeri ceza kanunlarında yer alan ve genel ceza kanunlarına göre suç teşkil etmeyen fiiller askeri suçtur: Kammergericht Berlin, 7.5.1971 - 1 Ausl. 31/70 ((75/0), in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 2, s.112-113 (Emre itaatsizlik suçundan Türkiye'nin iade talebinin reddine karar vermiştir). Ayrıca bkz. yukarıda dipnot 23, 24.

mektedir. IRG'de mali suçlarda iadeyi yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. SİDAS'ın 5. maddesini değiştiren ve Türkiye ile Almanya'nın da onaylamış oldukları SİDAS'a Ek 2. Protokolün 2. maddesi, taraf devletler arasında mali suçlar nedeniyle iadeyi kabul etmektedir.⁶²

Bu maddeye göre, vergi, resim, gümrük ve kambiyo konularında iadeye esas teşkil eden suç, talep edilen devletin kanununa göre aynı nitelikte bir suça teka-bül ediyorsa iade talebi kabul edilecektir.

f) Ölüm cezasını gerektiren suçlarda iade yasağı (*Das Verbot der Auslieferung bei drohender Todesstrafe*)⁶³

Ölüm cezası ve iade, Alman doktrin ve mahkeme kararlarında suçluların iadesi hukukunun en çok tartışılan konularının başında gelmektedir.⁶⁴ IRG'nin 8. paragrafı, ölüm cezası halinde iadenin ancak, talep eden ülkenin, ölüm cezasına hükmedilmeyeceğine veya ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine ilişkin yeterli teminat vermesine bağlı olduğu hükmünü getirmiştir. Yine, SİDAS'ın 11. maddesi, mevzuatından ölüm cezasını çıkarmış veya uzun süreden beri uygulamayan devletlere, talep eden devletten teminat isteme hakkını verecek şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten 11. maddeye göre; “İade talebine sebep olan fiil talep eden devletin kanununa göre ölüm cezasını gerektirmesine karşın, kendisinden iade talep edilen devletin mevzuatında bu gibi fiiller için ölüm cezasının bulunmaması veya bu devlette ölüm cezasının genellikle infaz edilmiyor olması halinde, talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen devlete yeterli teminat vermediği takdirde iade talebi reddedilebilir.”

Bu hükme göre, talep edilen devlet, ölüm cezasının verilmeyeceğine değil, infaz edilmeyeceğine dair teminat isteyebilir. Ancak, talep eden devlet yeterli teminat vermediği takdirde, talep edilen devlet, uluslararası hukuk yönünden iade yükümlülüğünden kurtulduğu için iade edip etmeme konusunda iç hukukunu dikkate alarak karar verebilir. Hangi teminatın yeterli sayılacağı ise, tamamen talep edilen devletin yetkisine bırakılmıştır.⁶⁵

⁶² İsviçre, Avusturya gibi bazı devletler Protokol'e çekince koyarak mali suçlarda iadeyi kabul etmemişlerdir.

⁶³ İnsan hakları açısından ölüm cezası bulunan ülkeye iade sorunu hakkında geniş bilgi için bkz. Faruk TURHAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soering Kararı”, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, 1998, Sayı: 1-2, s.84- 105.

⁶⁴ Konu ile ilgili Alman literatüründe ileri sürülen görüşler ve Alman mahkeme kararları için bkz. Faruk TURHAN, “Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler ve Suçluların İadesi Hukukuna Etkisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (= SDÜ İİBFD), 1999, Sayı 4 (Güz) s.239-258 (249 vd.).

⁶⁵ TURHAN, SDÜ İİBFD, 1999, Sayı 4, s.248.

Bu durumda, talep eden ülkede ölüm cezasının bulunması halinde, iç hukukunda ölüm cezasını kaldırmış veya uzun süreden beri uygulamayarak fiilen kaldırmış olan ülkelerin iadeyi reddedip etmeyeceğini ve teminatın ne zaman yeterli sayılacağı, ancak bu ülkelerin iç hukukundaki ölüm cezasına ilişkin düzenlemeler ile yargı kararları incelenerek anlaşılabilir.⁶⁶

Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz*) 102. maddesi ölüm cezasını savaş ve barış zamanı ayrımı yapmaksızın kaldırmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1964 tarihli bir kararından da anlaşılacağı gibi bu hükmün etkisinin iç hukuka yönelik olduğu kabul ediliyordu⁶⁷. Gerçekten, Federal Anayasa Mahkemesi bu kararda, Alman Anayasası'nın 102. maddesinin "talep eden devlette ölüm cezası öngörülen bir fiil için iadeyi yasaklamadığını" açıkça kabul etmişti. Ancak, doktrinde çoğunluk Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşüne katılmamıştır. Doktrinde bazı hukukçular, Alman Anayasası'nın 102. maddesi ile birlikte insan haysiyetinin dokunulmazlığını düzenleyen 1. maddesindeki hükmünün ölüm cezası halinde iadeyi yasakladığını savunmaktadırlar⁶⁸. Diğer bir kısım hukukçular ise, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasındaki hayat hakkının korunması ile 102. maddedeki ölüm cezasının yasaklanmasını birlikte değerlendirerek ölüm cezası halinde iadenin Anayasa'ya aykırı olduğunu; çünkü, devletin görevinin sadece hayat hakkına müdahale etmemek değil, aynı zamanda bu hakka üçüncü kişiler veya talep eden devlet tarafından gelebilecek saldırılara karşı kişiyi korumak olduğunu ve bu sebeple talep eden devlette sanığın ölüm cezasına çarptırılmasına adli yardım yoluyla yardım etmenin de hayat hakkının ihlali olduğunu ileri sürmektedirler.⁶⁹ Federal Anayasa Mahkemesi de 4.5.1982 tarihli kararı ile 1964 kararından kısmen dönerek, doktrindeki çoğunluğun görüşüne yaklaşmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, iadesi söz konusu olan kişinin iade edileceği ülkede ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine ilişkin yeterli güvence bulunduğu sürece, Federal Anayasa'da garanti edilen hayat hakkı ve ölüm cezası yasağının iadeye engel teşkil etmeyeceğini belirterek, dolaylı olarak ye-

⁶⁶ Türkiye'nin en fazla iade talebinde bulunduğu Avrupa ülkelerinde ölüm cezası halinde iadeye ilişkin iç hukuklarındaki düzenlemeler hakkında bkz. TURHAN, SDÜ İİBFD, 1999, Sayı 4, s.249 vd.

⁶⁷ BVerfGE 18, 112.

⁶⁸ Bkz. Christian STRACK, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/ Christian Starck: Das Bonner Grundgesetz, B. 3, 1985, cilt 1, Art. 1. Absatz 1 RN. 39.

⁶⁹ Christoph GUSY, "Auslieferung bei drohender Todesstrafe", Goldamer's Archiv (GA), 1983, s.73-83; Otto LAGODNY, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, Freiburg i.Br. 1987, 238 vd.; Gerhard KREPPPEL, Verfassungsrechtliche Grenzen der Auslieferung und Ausweisung unter besonderer Berücksichtigung der Auslieferung bei drohender Todesstrafe, Würzburg, 1965 s.193 vd.

terli garanti olmadan iadeye karar verilmesinin Federal Anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir.⁷⁰

Önceleri Türkiye tarafından verilen garantiler Alman mahkemelerince ve Federal Hükümetçe yeterli görülürken, yukarıda belirttiğimiz Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1982 tarihli kararından sonra ve IRG § 8 düzenlemesi nedeniyle artık yeterli garanti olarak görülmemektedir.⁷¹

Bu konuda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) 23.06.1993 tarihli kararı⁷² uygulamayı yansıtan bir örnek olarak değerlendirilebilir: Türkiye, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından PKK terör örgütü mensubu olarak bir jandarma karakoluna silahlı saldırıda bulunmak ve bir köy otobüsüne ateş açarak 8 masum insanı öldürmekten aranan sanığın iadesini Almanya'dan istemiştir. Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi "sanığa atfedilen fiiller TCK'nın 125. maddesine girmekte ve bu fiiller için de Kanunda ölüm cezası öngörülmektedir. Olayın oluş şekli, bağlantıları, fiilin siyasi niteliği dikkate alındığında, sanığın Türkiye'ye iadesi halinde hakkında Türk mahkemesince **ölüm cezası verilmesi ve verilen cezanın da infaz edilmesi büyük ihtimal dahilindedir**" diyerek, Türkiye'nin iade talebini reddetmiştir.⁷³ Mahkeme, kararının devamında, SİDAS'ın 11. maddesi ile talep edilen ülkeye tanınan, yeterli teminat verilmemesi halinde iadeyi ret edebilme yetkisinin, Alman Anayasası açısından tam bir iade yasağına dönüştüğünü, çünkü ölüm cezasına mahkumiyet veya bu cezanın infazının hem Federal Anayasa'nın 1. maddesi 1. fıkrasındaki insan haysiyetinin (*Menschenwürde*) dokunulmazlığı temel ilkesini ihlal ettiğini, hem de 2. maddesinin 2. fıkrasındaki hayat hakkı ile kabili telif olmadığını, hayat hakkını ihlal eden işlemin neticesinin ülke içinde veya ülke dışında gerçekleşmesinin önemli olmadığını, Anayasanın 102. maddesindeki ölüm cezası yasağına ilişkin temel değer yargısının suçluların iadesi ilişkilerinde de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, Türk Hükümetince sanığın Türkiye'de ölüm cezasına mahkum olması halinde, cezasının ömür boyu hapse çevrilmesi için Hükümetin TBMM'den talepte bulunacağına ilişkin verilen güvenceyi de yeterli görmemiştir. Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi de (*Oberlandesgericht Celle*) 25.03.1998 tarihli kararında, adam öldürme suçundan geçici iade tutuklaması talebini, sanığın

⁷⁰ BVerfGE 60, 348, 355.

⁷¹ TURHAN, SDÜ İİBFD, Sayı 4, 1999, s.248.

⁷² Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 23.06.1993, 4 Ausl (A) 221/93 – 87/93 III, Strafverteidiger 1/94: 34-35.

⁷³ Eyalet Yüksek Mahkemesi bu kararı ön yargılı tahminlere dayandırmıştır. 1984 yılından kararın verildiği tarih olan 1992 yılına kadar geçen sürede Türkiye'de hiç bir ölüm cezası infaz edilmemişti. Alman Mahkemesi bu durumu bilmesine rağmen, sanığın Türkiye'ye iade edilmesi halinde büyük bir ihtimalle ölüm cezasına mahkum olacağı ve bu cezanın da infaz edileceğini yolundaki bu iddialarının doğru olmadığını 1992'den şimdiye kadar hiçbir idam cezası infaz edilmemiş olması da göstermiştir.

Türkiye'ye iadesi halinde TCK'nın 450. maddesine göre ölüm cezasına mahkum olabileceği gerekçesi ile reddetmiştir.⁷⁴ Türkiye'nin yapmış olduğu bir çok iade talepleri Almanya tarafından Türk hukukundaki ölüm cezası nedeniyle ret edilmekte ve Türk hükümetinin verdiği teminatlar yeterli görülmemektedir.⁷⁵ Son olarak TBMM tarafından 21.11.2001 tarih ve 4720 sayılı kanunla Türk Anayasasında yapılan değişiklikle 38. maddeye “Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez” hükmü eklenmiştir. Anayasadaki bu değişikliğe paralel olarak 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanununun 1. maddesi ile de, savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenen suçlar için öngörülen ölüm cezaları hariç olmak üzere, TCK, Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkındaki Kanun ile Orman Kanununda yer alan ölüm cezaları kaldırılarak, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür.⁷⁶ Bu düzenleme ile Türkiye ile Avrupa Konseyine üye ülkeler arasındaki suçluların iadesi ilişkisinde çok önemli bir engel de ortadan kaldırılmıştır.

g) Sınır dışı etme ve iade

Alman Yabancılar Kanunu'nun 53. paragrafı, hakkında iade muhakemesi devam eden kişinin sınır dışı edilmesini (*Abschiebung*) yasaklamaktadır. Bu paragrafta göre, yabancı bir ülke tarafından iade talebi yapılmışsa veya yabancı bir ülke tarafından geçici tutuklama talebi ile birlikte sanığın iadesi için talepte bulunulacağını bildiren bir istek gelmişse, yabancı sanık iade talebi hakkında karar verilmeye kadar bu ülkeye sınır dışı edilemez.⁷⁷

h) İade engeli olarak “ordre-public” (kamu düzeni)

IRG'nin 73. paragrafı, “Alman hukuk düzeninin önemli esaslarına aykırı olan yabancı bir adli yardım talebi kabul edilemez”, diyerek, iade ve cezai konulardaki diğer adli yardım taleplerinin Alman kamu düzenini ihlal etmemesini şart koşmuştur.

İade sözleşmelerinde açıkça belirtilen iade engelleri dışında insan hakları sözleşmelerinin veya iç hukukta, anayasalarda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin de iade engeli olup olamayacağı, iadesi talep edilen kişinin talep eden devlete teslimi halinde insan hakları veya temel haklarının ihlal edilmesi büyük ihtimal dahilinde ise, iade edilmeme gibi sübjektif bir hakka sahip olup

⁷⁴ Karar metni için bkz. Strafverteidiger 5/99, s.264-265.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Yargıtay Dergisi, 1998, s.95 vd.

⁷⁶ RG 9 Ağustos 2002, sayı 24841

⁷⁷ Bkz. Köln İdare Mahkemesi (*Verwaltungsgericht Köln*) 24.6.1988, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 168, s.577.

olmadığı Alman iade hukukunun en tartışmalı konularındandır.⁷⁸ Doktrin ve AİHM kararlarında talep edilen devletteki işkence ve insan haysiyetini ihlal edici ceza ve muamelenin iade engeli olduğuna ilişkin görüş birliği vardır.⁷⁹ Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Anayasada açıkça iade engeli olarak kabul edilen vatandaşın iadesi ve siyasi kovuşturma tehlikesi halinde iade yasağı dışında, diğer temel hak ve özgürlüklerin iadeye engel olup olmadığı konusunda farklı kararları vardır. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre IRG § 73 anlamında "ordre public" kavramı, Federal Anayasa'nın 25. maddesi nedeniyle Almanya için bağlayıcı olan "**uluslararası hukukun bağlayıcı asgari standartları**" ("*völkerrechtlich verbindlicher Mindeststandard*") ile "**vazgeçilmesi mümkün olmayan anayasal esaslar**"dan ("*unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze*") oluşmaktadır ve talep eden devlet ile Almanya arasında iade sözleşmesi bulunsun veya bulunmasın uygulanmalıdır.⁸⁰

Federal Anayasa Mahkemesi vazgeçilmesi mümkün olmayan anayasal esaslar kavramını özellikle, gıyapta verilen mahkumiyet kararlarının (*Abwesenheitsurteile*) infazı amacıyla iade talepleri ile talep eden devlette ölüm cezası halinde iadeye (*Auslieferung bei drohender Todesstrafe*) ilişkin kararlarında (bkz. hemen yukarıda g)) somutlaştırmıştır.⁸¹ Eyalet yüksek mahkemelerinin de iade talebinin kabul edilirliliği incelemesine Alman Anayasası'ndaki temel hak ve özgürlükleri de dahil ettikleri görülmektedir. Siyasi kovuşturma tehlikesi ve ölüm cezası sorunu yukarıda incelendiği için, burada tekrar üzerinde durulmayarak, Alman mahkeme kararlarında AİHS ve Alman Anayasa normlarının iade engeli olarak dikkate alındığı ve tartışıldığı bazı kararlardan örnekler verilecektir.

- **AİHS'nin 3. maddesine aykırı olan iade talepleri:** İadesi istenen kişinin iade edildikten sonra talep eden ülkede işkenceye uğrama, insanlık dışı muamele veya cezaya çarptırılma tehlikesi⁸², tutukluluk sırasında veya infaz kurumunda insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameleye tabi tutulma tehlikesi varsa iade kabul edilmez⁸³. Bu durum yukarıda açıklanmış olan (II. 4. c) siyasi nedenlerle

⁷⁸ İleri sürülen çeşitli görüşler ve mahkeme kararları için bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, 97 vd.; LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 8 vd.

⁷⁹ Bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.163 vd., 169 vd., 189 vd.

⁸⁰ Bu konudaki Federal Anayasa Mahkemesi Kararlarının değerlendirilmesi hakkında bkz. Bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.106 vd.; VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, § 73, RN 8 vd.; LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 8 vd.

⁸¹ TURHAN, Die Rechtsstellung, 123 vd.; 127 vd.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, 189 vd.; LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 46 vd. RN 90.

⁸³ Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, 24.2.1999 - 2 Ausl. I 17/95, Strafverteidiger 1999, s.264.

kovuşturma tehlikesi olarak kabul edildiği için hem SİDAS md. 3. fık. 2'ye, hem de Alman Anayasası'nın 16a. maddesine aykırılık teşkil eder.⁸⁴

- **İsnat yeteneğine sahip olmayan küçüklerin** iadesi de kabul edilmemektedir. Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebi üzerine, Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi 23.3.1984 tarihli bir kararında, talep edilen kişinin fiili işlediği zaman 14 yaşından küçük olduğu gerekçesi ile iade talebini kabul etmemiştir.⁸⁵ Mahkemeye göre, Alman Ceza Kanunu'nun 19. paragrafına göre cezai sorumluluk 14 yaşından itibaren başlamaktadır. İadesi istenen kişinin ise suçu işlediği zaman 14 yaşında olduğu şüphelidir. İade evrakı içinde gönderilen nüfus kaydına göre iadesi istenen kişi 1.1.1963 tarihinde doğmuş ve buna göre de suçu işlediği zaman 14 yaşındadır. Buna karşın Eyalet Yüksek Mahkemesi iadesi istenen sanığın ve tanık olarak dinlenen ağabeyisinin, nüfus kayıtlarının doğru olmadığı, doğum olayının 1964 yaz aylarında olduğu yönündeki itirazlarını inandırıcı bularak, yaş küçüklüğü nedeniyle, Alman hukukuna göre iadesi istenen kişinin cezai sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesi ile iade talebinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Alman hukukuna göre cezai sorumluluğu olmayan küçüklerin iadesinin kabul edilmemesini, doktrinde bazı yazarlar Federal Anayasanın 1. ve 2. maddelerine dayandırırken⁸⁶; diğer bazı yazarlar ise, her iki tarafın hukukunca cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmediği gerekçesi ile açıklamaktadırlar.⁸⁷

Alman Ceza Kanunu'ndaki isnat yeteneğine ilişkin düzenlemeyi iade engeli olarak kabul etmenin iade hukukunun amacına uygun düşmediği kanaatindeyim. Çünkü, Alman mahkemeleri suçu işlediği zaman 11 yaşında olan bir küçük hakkında yapılan cezai kovuşturmada Türkiye'nin talebi üzerine Almanya'da adli yardım yoluyla sorgusunun yapılmasını kamu düzenine aykırı bulmamaktadırlar.⁸⁸ Talep üzerine 11 yaşındaki çocuğun sorgulanması da - iade gibi - talep eden devletin sanık hakkında yapmakta olduğu ceza kovuşturmasına yardım amacını taşıdığı için, ikisi arasında niçin bir fark gözetilmesi gerektiğinin hukuki

⁸⁴ AİHS'deki güvencelerin iade engeli olarak incelendiği bir karar için bkz. Federal Anayasa Mahkemesi'nin, 22.6.1992 tarihli kararı, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 202, s.691-697.

⁸⁵ Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, 23.3.1984, 1 AK 1/84, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 83, s.308 vd.

⁸⁶ LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 61.

⁸⁷ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, § 3 RN 9.

⁸⁸ Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Schleswig*), 21.2.1989 - 1 Ausl. 1/89, NStZ 1989, s.537-538: Bu karar Türkiye'nin yapmış olduğu bir adli yardım talebiyle ilgilidir. Ordu Ağır Ceza Mahkemesi ırza geçme suçundan hakkında kamu davası açılan sanığın istinabe yoluyla ifadesinin alınmasını istemiştir. Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi, fiili işlediği zaman 11 yaşında olan sanığın istinabe yoluyla ifadesinin alınmasını kamu düzenine aykırı bulmamıştır.

açıklamasını bulmak kolay değildir. Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 21.12.1989 tarihli kararında belirttiği gibi, cezai sorumluluğun başlangıç yaşına ilişkin Avrupa Konseyine üye devletlerde farklı düzenlemeler bulunmakta, bazı üye ülkelerde 10 yaşın altındaki çocukların bile cezai sorumluluğu kabul edilmektedir.⁸⁹

- **Talep eden devletteki ceza infaz kurumları ve infaz sistemi:** İadesi istenen kişinin iade edildikten sonra talep eden devlette uzun süre çok ağır tutukluluk şartları altında tutuklu kalacak olması “uluslararası kamu düzeni ve Alman kamu düzeni” (“*internationaler und deutscher ordre public*”) açısından kabul edilebilecek sınıрын aşılması anlamına gelir ve bu nedenle de iade hukuka aykırıdır.⁹⁰ Talep eden devlette iadesi istenen kişinin ceza veya tutukevinde kan davası (*Blutrache*) veya başka nedenlerle saldırıya uğrama tehlikesi iadeye engel değildir.⁹¹ Talep eden devlette çocuk mahkumlar (gençler) ile yetişkin mahkumların aynı infaz kurumunda tutulmaları iadeye engel değildir. Federal Anayasa Mahkemesi, Türkiye'ye iadesi istenen bir genç hükümlünün Anayasa Mahkemesine yapmış olduğu şikayet üzerine, yetişkinlerden ayrı olarak gençler için ayrı bir ceza infaz kurumu bulunmayan bir ülkeye iadeyi ne Alman Anayasası'na, ne de uluslararası hukukun genel kurallarına (*die allgemeinen Regeln des Völkerrechts*) aykırı olduğunu belirtmiştir.⁹²

- **Alman vatandaşı ile evlilik veya nişanlılık:** İadesi istenen kişinin bir Alman vatandaşı ile nişanlı olması ve birlikte bir çocuklarının olması iadeye engel değildir.⁹³ Eyalet Yüksek Mahkemesi kararlarına göre iadesi istenen kişinin bir Alman vatandaşı ile evli olması halinde evliliği ve aileyi koruma altına alan Federal Anayasası'nın 6. md. 1. fıkrası iadeye engel teşkil etmez. Çünkü iade, evli çiftin nihai ayrılığına neden olmadığı gibi, yabancı ülkedeki ceza muhake-

⁸⁹ Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi, NStZ 1989, s.537.

⁹⁰ Federal Anayasa Mahkemesi (*BVerfG*) 7.4.1988, 2 BvR 1560/87, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 161, s.557-561.; ayrıca bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 99.

⁹¹ Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Hamburg*), 4.5.1982, Ausl 5/82, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 61, s.240-241: “İadesi istenen kişi Türk hapisanelerinde gelebilecek muhtemel saldırılara karşı Türk hukukunun sağladığı hukuki yollarla kendisini koruması gerekir. Alman mahkemeleri kendisine bu açıdan yardımcı olamaz.”; Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, 24.9.1986, 4 Ausl (A) 194/86, (46 und 47/86 III), in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 138, s.272-474; karşı görüş için bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 100.

⁹² Federal Anayasa Mahkemesi, 31.8.1986, 2 BvR 661/86, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 134, s.463-466.

⁹³ Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, 21.5.1986, GA 1987, s.30-31; ayrıca krş. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 105.

mesinin tamamlanmasından sonra kişinin “hususilik” kuralının korumasından faydalanarak tekrar ailesinin yanına geri gelmesi mümkündür.⁹⁴

- **Ağır hastalık** nedeniyle yolculuğun sağlık yönünden ağır risk taşıması da iadeye engel olarak kabul edilmektedir. Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebi ile ilgili olarak Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi 6.11.1986 tarihli bir kararında uluslararası hukukun asgari standartları ve Federal Anayasanın 2. md. 2 fıkrasını dikkate alarak, yolculuğun, iadesi istenen kişinin sağlığını ağır tehlikeye sokacak olmasını hayat ve sağlık hakkına ağır bir saldırı olarak nitelendirmiş ve iadenin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁹⁵ Eyalet Yüksek Mahkemesinin kararına katılmak mümkün değildir. Çünkü, hükümlünün sağlık durumu iade talebinin kabulüne değil, onun teslimine engeldir.⁹⁶ Alman Ceza Mahkemesi Kanunu'na göre de cezanın infazı hükümlünün hayatı için ağır bir tehlike teşkil edecekse (§ 455 fık. 2) infaz ertelenir. Mahkeme iadenin kabulüne ve iadesi istenen kişinin sağlık durumu iyileşinceye kadar teslimin ertelenmesine karar vermeliydi.⁹⁷

- **Gıyapta verilen kararların infazı için iade** (*Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen*): SİDAS ve IRG'de gıyapta verilen mahkumiyet kararlarının infazı için yapılan iade taleplerinin kabul edilmeyeceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, başta Federal Anayasa Mahkemesi olmak üzere Alman mahkemelerinin yerleşmiş içtihatlarına göre, sanığın, hakkında yapılan ceza kovuşturması ve yargılamadan herhangi bir şekilde haberdar edilmeden yapılan yargılama sonunda verilen mahkumiyet kararlarının infazı için yapılan taleplerini, öncelikle AİHS'nin 6. maddesindeki garantilere dayanarak kabul etmemektedirler. Gıyapta verilen mahkumiyet kararlarının infazı için özellikle İtalya'dan yapılan çok sayıda iade talepleri Alman mah-

⁹⁴ Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, 30.7.1979, 2 AK 8/79, in: ESER / LAGODNY /WILKITZKI U 24, s.159.

⁹⁵ Bu olayda Türkiye bir Türk vatandaşı hakkında Tekirdağ Ağır Ceza Mahkemesince hakkında adam öldürmeye teşebbüsten verilen ve Yargıtay tarafından da onaylanarak kesinleşen 4 yıl 5 ay 10 gün ağır hapis cezasının infazı amacıyla iade talebinde bulunmuştur. İadesi istenen kişi 74 yaşındadır ve birden fazla hastalığa müptelâdır. Hastane raporlarına göre, ağır kalp ve akciğer rahatsızlıkları ve solunum fonksiyonunu önemli ölçüde zorlaştıran kronik bronşit vardır. Az orandaki bir bedensel veya ruhsal etki kalp krizine neden olabilecek durumdadır. Hava yoluyla yapılacak bir yolculuk akut hayati tehlikeye sebebiyet verecek niteliktedir. Mahkeme'ye göre ileri yaşı nedeniyle sağlık durumunun iyileşmesi de beklenmemektedir.

⁹⁶ VOGLER, in: Vogler/Walter/Wilkitzki, IRG, § 73 RN 24: “Alman hukukunda hasta olanların iade edilemeyeceğine ilişkin bir kural yoktur”.

⁹⁷ Suçluların İadesi ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Hakkındaki Avusturya Kanunu'nun 37. paragrafı da iade edilecek kişi nakledilebilecek durumda değilse teslim işleminin ertelenmesini öngörmektedir.

kemelerince kabul edilmemiştir.⁹⁸ Yine, Türkiye'nin yapmış olduğu bazı iade talepleri de, sanığın, hakkında yapılan muhakemeden haberinin olmaması nedeniyle Alman mahkemelerince kabul edilmemiştir.⁹⁹ Ancak, hemen belirtelim ki, SİDAS 2. Protokolün 3. maddesi, savunma hakları güvence altına alınmadan gıyapta yapılan muhakeme sonunda verilen mahkumiyet kararlarının infazı için yapılan iade taleplerini, talep edilen devletin ret etme yetkisini açıkça düzenlemektedir. Türkiye, Protokolü onaylarken yaptığı açıklayıcı beyanla, gıyapta yargılanmış olan hükümlüye, talep etmesi halinde yargılamanın yeniden yapılması hakkının verileceğini bildirmiştir. Bu hüküm karşısında artık Alman mahkemelerinin Türkiye'nin iade talepleri hakkında hükmün gıyapta verildiği gerekçesi ile kabul edilmezlik kararı vermeleri mümkün değildir.

III. ALMAN İADE MUHAKEMESİNİN ANA HATLARI¹⁰⁰

1. İade Muhakemesinin İşleyişi

Suçluların iadesi devletler arasında bir adli yardımlaşma olunca, iadenin gerçekleştirilmesi için talep eden devletin bir talepte bulunması gerekir. Bu talep hakkında talep edilen devletin nasıl karar vereceği, genellikle bu devletin iç hukukunca düzenlenmektedir.

Alman iade muhakemesi (usulü) iki kısımdan oluşmaktadır: **Mahkemece iade edilebilirlik incelemesi ve Federal Hükümet tarafından (Adalet Bakanına) kabul kararı.** IRG'nin 11. paragrafına göre iade talebinin kabul edilebilmesi için yetkili Alman mahkemesinin **iadenin kabul edilebilir (zulaessig) olduğuna** karar vermesi gerekir. Yürürlükten kalkmış olan 1929 tarihli Alman İade Kanunu (*Deutsches Auslieferungsgesetz*) ilk defa yabancı iade talepleri hakkında karar verilmesine mahkemelerin de katılmasını kabul etmişti. O zamana kadar geçerli olan mutlak idari sistem, yani iadeye karar vermeyi tamamen hükümetin takdirine bırakan sistem, mahkemelerin kabul edilebilirlik kararı vermesi sistemi getirilerek kaldırılmıştı. 1983 yılında yürürlüğe giren IRG de aynı sistemi devam ettirmektedir. Bu sistem mahkemeler ve idari makamlar arasında bir iş bölümü öngörmekte; eyalet yüksek mahkemeleri iadenin kabul edilebilirliği hakkında

⁹⁸ Konu hakkında bilgi ve mahkeme kararları için bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 73, RN 70 vd.

⁹⁹ Bamberg Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Bamberg*), 13.12.1984, 3 AR 39/84, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 99, s.363-365; Braunschweig Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Braunschweig*), 28.8.1987, Ausl 3/85, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 149, s.522-528; Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht Köln*), 5.7.1982, Ausl 93/81, in: Reinhard Marx, Asylrecht - Rechtsprechungssammlung mit Erläuterungen, Cilt 1, 4. Bası, Baden-Baden 1984, s.206 vd.

¹⁰⁰ Alman ve Türk iade muhakemesinin karşılaştırmalı olarak incelenmesi konusunda bkz. TURHAN, Die Rechtsstellung, s.231 vd.

karar verirken, kararın olumlu olması, yani iadenin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi halinde, iadenin kabul veya reddine karar vermek hükümetin görev ve yetkisine kalmaktadır. Bu işbölümüne ilişkin IRG'nin hükmü şu şekildedir:

§ 12. İadenin Kabulü (*Bewilligung der Auslieferung*): “Paragraf 41’de belirtilen durumlar haricinde, bir iade talebinin kabul edilebilmesi, bu talebin mahkemece kabul edilebilir olduğuna karar verilmesine bağlıdır.”

Eyalet yüksek mahkemesi (*Oberlandesgericht = OLG*) önündeki iade yargılamasına “**kabul edilebilirlik muhakemesi**” (“*Zulaessigkeitsverfahren*”), mahkemenin bu muhakeme sonunda verdiği karara da “**kabul edilebilirlik hakkında karar**” (“*Zulaessigkeitentscheidung*”) denmektedir. Buna karşın Federal Hükümetin, daha doğrusu hükümet adına Federal Adalet Bakanının vereceği karar da “**iadenin kabulü hakkında karar**” (“*Bewilligungsentscheidung*”) olarak nitelendirilmektedir.

2. İadenin Kabul Edilebilirliği Muhakemesi (*Zulaessigkeitsverfahren*)

İadenin özel zorlukları ve ülkenin dış politikası (uluslararası ilişkiler) açısından önemi nedeniyle iade konusunda yetkili mahkeme olarak eyalet yüksek mahkemeleri görevlendirilmiştir.¹⁰¹ Yer bakımından yetkili mahkeme ise iadesi istenen kişinin ele geçirildiği (yakalandığı) veya hakkında soruşturma işleminin yapıldığı yer mahkemesidir (IRG § 14).

a) Eyalet yüksek mahkemesinin (*OLG*) inceleme yetkisinin kapsamı

Eyalet yüksek mahkemesi önündeki yargılama usulü ve mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı konusunda Kanunda ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Talep eden devletle Almanya arasında herhangi bir iade sözleşmesi yoksa, iadenin kabul edilebilir olup olmadığına IRG'nin 2-11 paragraflarında belirtilen koşullara göre karar verilecektir. Buna karşın, iade talebi bir iade sözleşmesine dayanıyorsa, 1. paragrafın 3. fıkrasına göre, öncelikle ilgili iade sözleşmesi hükümlerinin incelenmesi gerekir. Ancak, mahkemenin yapacağı kabul edilebilirlik incelemesi sadece kanun ve sözleşme koşullarının incelenmesi ile sınırlı değildir. Eyalet yüksek mahkemesi, incelemesi sırasında Anayasa normlarını da dikkate almalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi (II, 4. g)) Federal Anayasa Mahkemesi bir çok kararında, eyalet yüksek mahkemesinin iade talebinin kabul edilebilirliği incelemesinde, “uluslararası hukukça kabul edilen asgari standartları” ve “vazgeçilmesi mümkün olmayan anayasal esasları”da dikkate alması gerektiğini belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme de kararlarında, Alman Anayasası açısından, özellikle siyasi nedenlerle kovuşturma tehlikesi, vatandaşlık, gıyapta

¹⁰¹ LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 13, RN 4.

verilen mahkumiyet kararları, ölüm cezasının verilmeyeceği veya infaz edilmeyeceği hakkında verilen güvence konularının da eyalet yüksek mahkemelerinin iade edilebilirlik yargılamasında incelemekle yükümlü oldukları hususlar olarak vurgulanmıştır. Federal Yüksek Mahkeme, ayrıca AİHS'yi de kararlarında kriter olarak dikkate almaktadır.¹⁰²

Eyalet yüksek mahkemesi, kural olarak iade sözleşmelerinde ve IRG'nin 10. paragrafında belirtilen belgeler üzerinden şekli inceleme yapacaktır (*formales Prüfungsprinzip*). Mahkeme bu belgelere dayanarak, fiilin iade edilebilir olup olmadığını ve iade engellerinin bulunup bulunmadığını inceleyer. Failin fiili işlediği yolundaki yeterli deliller bulunup bulunmadığı ("*Prüfung des hinreichenden Tatverdachts*") inceleme konusu yapılamaz. Ancak, IRG'nin 10. paragrafının 2. fıkrası bu kuraldan ayrılarak istisnai hallerde suç şüphesinin incelemesini öngörmektedir: Bu fıkra göre:

"İadeye esas teşkil eden olayın özel durumları, sanığın isnat edilen suçları işlediği konusunda yeterli şüphelerin bulunup bulunmadığının incelenmesini gerektiriyorsa, bu halde iadenin kabul edilebilmesi, yeterli suç şüphesini gösteren olguların (delillerin) sunulmasına bağlıdır."

Burada kastedilen "özel durumların" ("*besondere Umstände*") varlığı halinde talep eden devletten sanığın isnat edilen suçu işlediğine ilişkin yeterli delil sunması istenebilir. Özel durumların varlığı genellikle, talep eden devlette siyasi kovuşturma tehlikesinin bulunması, talep eden devletin iade talebini kötüye kullanma tehlikesinin bulunması veya sanığın talep edilen devlette uluslararası hukukun asgari standartlarını (*völkerrechtlicher Mindeststandard*) ihlal edecek nitelikte bir ceza yargılamasına tabi tutulacağına ilişkin şüphelerin bulunması gibi hallerde kabul edilmektedir¹⁰³. Türkiye'nin Almanya'dan yaptığı bazı iade taleplerinin, özellikle 1980'li yıllarda, bu hüküm uyarınca, yeterli suç şüphesini gösteren delillerin sunulmadığı gerekçesi ile reddedildiğini görmekteyiz.¹⁰⁴

b) Kabul edilebilirlik muhakemesinin hazırlanması ve eyalet yüksek savcısının (*Staatsanwalt beim OLG*) görevleri

Yurt dışından gelen iade talepleri önce Federal Adalet Bakanlığınca bir ön incelemeden geçirilir (IRG § 74). Eğer, bakanlık iade talebini daha fazla ince-

¹⁰² Bu açıdan Alman hukukunu Türk iade hukuku ile karşılaştırınca, TCK md. 9 da öngörülen asliye mahkemesinin inceleme yetkisinin çok sınırlı olduğunu görmekteyiz.

¹⁰³ TURHAN, Die Rechtsstellung, s.260-261.

¹⁰⁴ Bkz. Federal Yüksek Mahkeme 15.3.1984, NJW 1984, s.2046-248; Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 17.5.1984, 1 Ausl 56/81, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 87, s.320-327: Mahkeme, iadenin kabul edilmezliğine gerekçe olarak, sanık hakkında yeterli delil bulunmaması, tanık ifadelerinin çelişkili olması, Türkiye'ye iade edilmesi halinde sanığın AİHS'nin 6. md. öngörülen adil yargılamaya tabi tutulmama tehlikesini göstermiştir.

lenmeye değmez bulursa (örn. iade şartları mevcut değilse) veya iade etmeme kararında (örneğin iade sözleşmesi olmadığı için) ise, iade talebini mahkeme kararı olmadan ret edebilir. Ancak uygulamada yabancı iade talepleri kural olarak iade konusunda yetkili eyalet mahkemesindeki eyalet savcısına gönderilmektedir. Eyalet savcısı, IRG § 29'a göre mahkemenin vereceği kararı hazırlamak ve kabul edilebilirlik kararı için mahkemeye başvurmakla görevlidir. Savcı, iade talebi üzerinde yapacağı inceleme sonunda açıkça bir iade engeli bulunmadığına karar verir ve iadesi istenen kişi de kendi rızası ile iade edilmek istemez ise, eyalet yüksek mahkemesine iadenin kabul edilebilirliği konusunda karar vermesi için başvuruda bulunur (IRG § 29 fık. 1).

c) Basitleştirilmiş iade (*Vereinfachte Auslieferung*)

IRG'nin 41. paragrafında yer alan ve “*basitleştirilmiş iade*” olarak ifade edilen bu halde, iadesi istenen kişinin isteği üzerine eyalet mahkemesince kabul edilebilirlik kararına gerek olmadan iade talebinin kabulü söz konusu olmaktadır. Bunun için, iadesi istenen kişinin sulh mahkemesindeki sorgusu sırasında iadeyi kabul edip etmediği sorulur ve kabul etmesinin sonuçları hakkında kendisi bilgilendirilerek bir protokol tutulması gerekir. İlgili kişinin rızasına rağmen; eyalet savcısı, kamu yararı açısından gerekli gördüğü takdirde, eyalet yüksek mahkemesinden kabul edilebilirlik kararı vermesini isteyebilir.

d) Eyalet yüksek mahkemesi önündeki kabul edilebilirlik muhakemesi ve sanık hakları

IRG § 28'e göre, kabul edilebilirlik kararının hazırlanması amacıyla eyalet savcısının talebi üzerine iadesi istenen kişi sulh hakimliğince sorgulanır. Burada hakları açıklanır ve iadeye karşı itirazlarının olup olmadığı, varsa neler olduğu sorulur.

Eyalet yüksek mahkemesi önündeki iade muhakemesine ilişkin IRG hükümleri Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*StPO*) esas alınarak oluşturulmuştur. Ancak, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki ceza muhakemesine ilişkin yargılama ve delil kuralları sınırlı bir şekilde iade muhakemesinde uygulama alanı bulmaktadır. IRG § 30'a göre eyalet yüksek mahkemesi gerekli gördüğü delilleri toplayabilir. Mahkeme sanığı sorgulayabilir, gerekirse sözlü duruşma yapabilir. Sözlü duruşma aleni değildir. İadesi istenen kişi tutuklu ise duruşmada hazır bulundurulur. Almancası yetersiz ise duruşmada tercüman bulundurulur. IRG § 40'a göre, iadesi talep edilen kişi, iade yargılamasının her aşamasında müdafii bulundurabilir. Ancak, müdafilik üç hal için zorunlu kabul edilmiştir. Paragraf 40 fık. 2. göre: 1) Olayın veya hukuki durumun zorlukları (karmaşıklık) bir müdafiiin katılmasını gerekli kılması, 2) İadesi talep edilen kişinin haklarını yeterince savunabilecek durumda olmaması, 3) 18 yaşın altında olması halinde, kendi isteğine bakılmaksızın müdafii tayini zorunludur. Eyalet mahkemesi

iade muhakemesi sonunda verdiği kararda (iade edilemezlik kararı olsa bile) gerekçe göstermek zorundadır ve eğer iadesi talep edilenin Almancası yeterli değilse, kararın anladığı dile tercümesi ile birlikte kendisine tebliğ edilmesi gerekir (IRG § 32).

Sonuç olarak, IRG, kabul edilebilirlik muhakemesi için detaylı hükümler getirmekte ve iadesi istenen kişinin haklarını güvence altına almaktadır.

e) Kabul edilebilirlik kararına karşı kanun yolları

IRG § 13'e göre, eyalet yüksek mahkemesinin kabul edilebilirlik kararı kendisindir. Bu nedenle, karara karşı itiraz ve temyiz yolu kapalıdır. Gerekçe olarak da uygulamada böyle bir ihtiyacın olmadığı belirtilmektedir.¹⁰⁵

- **Federal Yüksek Mahkemenin kararının alınması** (*Anrufung des Bundesgerichtshofs*): IRG § 42'ye göre, belli şartların varlığı halinde eyalet yüksek mahkemesi iadenin kabul edilebilirliği ile ilgili hukuki sorunlar hakkında Federal Yüksek Mahkemenin kararını alabilir veya bazı hallerde almak zorundadır: Eğer, eyalet yüksek mahkemesi önemli nitelikte hukuki bir sorunun çözümlü için gerekli görüyorsa, Federal Yüksek Mahkemenin kararını alabilir. Buna karşın, Federal Yüksek Mahkemenin bir içtihadından veya bir eyalet yüksek mahkemesinin hukuki sorunla ilgili içtihadından ayrılmak istiyorsa, bu halde Federal Yüksek Mahkemenin kararını almak zorundadır. Yine, Federal Başsavcı veya eyalet savcısının talebi halinde de eyalet yüksek mahkemesi Federal Yüksek Mahkemenin kararını almak zorundadır. İadesi talep edilen kişiye ise, böyle bir talep hakkı verilmemiştir. Savcıya böyle bir yetkinin tanınması, dış politik menfaatler açısından iadeye taraftar olan hükümete eyalet yüksek mahkemesinin olumsuz kararına karşı koyma imkanı verdiği ve iadesi istenen kişiye bu hak tanınmayarak silahların eşitliği ilkesinden ayrıldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Federal Yüksek Mahkemenin bu yolla önüne gelen dava dosyaları nedeniyle verdiği çok sayıda karar, iade hukukunun gelişimine önemli ölçüde katkıda bulunmaktadır.¹⁰⁶

-**Federal Anayasa Mahkemesine anayasal şikayet hakkı** (*Verfassungsbeschwerde*): Eyalet yüksek mahkemesinin kararının kesin olmasına rağmen, iadesi istenen kişi iade kararı ile Alman Anayasası'nın 93. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak anayasada güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerinin ihlalini gerekçe göstererek Federal Anayasa Mahkemesine anayasal şikayette bulunabilir. Gerçi, Federal Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sonuçlanıncaya kadar Hükümet, sanık veya hükümlünün talep eden devlete

¹⁰⁵ LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 13, RN 5.

¹⁰⁶ ESER / LAGODNY / WILKITZKI'deki (s. 54-106) kararlar listesinde 1949 yılından 1991 yılı sonuna kadar Federal Yüksek Mahkeme'nin iade ve cezai konularda adli yardımlaşma ile ilgili verdiği karar sayısı 125'tir.

teslimini ertelemek zorunda değildir. Ancak, Federal Anayasa Mahkemesi, vereceği bir yürütmeyi durdurma kararı ile iadenin kabul edilebilirlik kararının yerine getirilmesini, yani iadesi istenen kişinin teslimini erteleyebilir.

3. İade Talebinin Kabulü Hakkında Karar (*Bewilligungsentscheidung*) ve Kanun Yolları

Yabancı iade talebinin kabul veya reddi hakkında karar verme yetkisi Federal Hükümet adına Federal Adalet Bakanına aittir (IRG § 74). Ancak yukarıda belirtildiği gibi iade talebinin kabul edilebilmesi için, ya eyalet yüksek mahkemesinin talebin kabul edilebilir olduğuna karar vermiş olması veya sanığın basitleştirilmiş iadeye rıza göstermiş olması gerekir.

İadenin kabul edilmesi kararına karşı kanun yolu olup olmadığı konusunda kanun herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle Federal Adalet Bakanının iade kararının iptalinin mümkün olup olmadığı ve mümkün ise hangi mahkemenin yetkili olduğu konusu çok tartışmalıdır. **İade kararının**, iadesine karar verilen kişi açısından bir **idari işlem** olduğu kabul edilmekle birlikte, bazı yazarlar adalet bakanın iade kararının sanığın subjektif haklarını ihlal etmesinin mümkün olmadığı ve bakanın bu konudaki takdir yetkisinin sınırlanamayacağı gerekçesi ile, kararın iptalinin mümkün olmadığını belirtmektedirler. Diğer bazı yazarlar ise, iadesi istenen kişinin Federal Anayasa ve insan hakları sözleşmeleri de dahil, bütün subjektif haklarının yeterince eyalet yüksek mahkemesince incelenmesi halinde bakanın, iade işlemine karşı hukuki korumaya ihtiyaç olmayacağını belirtmektedirler. İadesi istenen kişinin Federal Adalet Bakanı'nın, iade kararını anayasal şikayet yoluyla iptal ettirmesinin mümkün olup olmadığı sorunu ise Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında tartışma konusu yapmış, ancak bu soruyu cevapsız bırakmıştır¹⁰⁷.

4. İade Muhakemesinde Zorlayıcı Tedbirler

a) Geçici iade tutuklaması (*vorläufige Auslieferungshaft*)

Kanunun 16. paragrafına göre geçici iade tutuklamasının yapılabilmesi için, talep eden devletin bu yönde isteminin olması ve iade tutuklaması için gerekli olan kaçma ve delilleri karartma tehlikesinin bulunması gerekir. Ancak, bir yabancımanın iadeye neden olabilecek bir fiili işlemiş olduğu konusunda belli olayların varlığı ve kaçma veya delilleri karartma tehlikesi mevcutsa, yabancı devletin yakalama veya iade talebi olmadan da tutuklama yapılması mümkündür. Geçici tutuklama, iade talebinin gelmesine kadar devam eder. Ancak kanun geçici tu-

¹⁰⁷ WAIGEND, Jus 2000, s.110.

tutukluluk için azami üst süreler öngörmüştür. Avrupa devletlerinden gelecek iade talepleri için üst sınır 2 ay, Avrupa dışından gelecek talepler için ise 3 aydır. Buna karşın SİDAS 16. maddesi daha kısa bir geçici tutukluluk süresi kabul etmiştir. Buna göre, geçici tutukluluk tarihinden itibaren talep eden devlet 40 gün içinde iade talebini ve gerekli belgeleri göndermediği takdirde tutuklunun salıverilmesi gerekir.

b) İade tutuklaması (*Auslieferungshaft*)

IRG § 15'te düzenlenen iade tutuklaması hem Almanya ile arasında iade sözleşmesi olmayan devletlerden gelen talepler hakkında, hem de sözleşme olan devletlerden gelen talepler hakkında uygulanır. Çünkü, iade sözleşmelerinde tutuklamaya ilişkin genellikle açık hüküm bulunmamaktadır. Bu paragrafa göre, iade amacıyla tutuklamaya karar verilebilmesi için, yabancı iade talebinin bulunması, bu talepte iadesi istenen kişinin tutuklanmasının istenmiş olması, ilgili kişinin kaçma ve/veya delileri karartma tehlikesinin bulunması gerekir.¹⁰⁸

c) İade tutuklamasının şekli ve tutuklunun hakları

IRG'de iade amaçlı tutuklama kararının şekli ve içeriği (§ 17), yakalama emri (§ 18), tutuklama kararı üzerine yakalama (§ 19, *vorläufige Festnahme*), yakalama ve tutuklama nedenlerinin bildirilmesi ve kararın tebliği (§ 20) konularında ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. IRG'nin 21. ve devamındaki paragraflarda iade amacıyla yakalanan ve tutuklanan kişinin hakim önüne çıkarılması ve tutukluluğun hakim tarafından denetlenmesi konusunda önemli hükümler yer almaktadır. Kanunun 21. ve 22. paragrafları, iade tutuklaması kararı üzerine ele geçirilen veya göz altına alınan kişinin gecikmeksizin, en geç ertesi gün sulh hakimi önüne çıkarılarak sorgulanmasını emretmektedir. Yine sanığın tutuklamaya karşı itirazları hakkında karar verilmesi (§ 23), tutuklama kararının kaldırılması (§ 24), tutuklama kararının yerine getirilmesinin ertelenmesi (§ 25), tutukluluğun devamının incelenmesi (§ 26)¹⁰⁹ hakkında ayrıntılı hükümler yer

¹⁰⁸ IRG § 15: (1) İade talebinin gelmesinden sonra, eğer;

1. İadesi istenen kişinin iade muhakemesinde hazır bulunmaması veya iadenin yerine getirilmesinden (*Durchführung der Auslieferung*) kaçınma tehlikesi varsa,
 2. Belli vakıalar nedeniyle iadesi istenen kişinin yabancı ülkedeki soruşturma veya iade muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkarılmasını zorlaştıracığına ilişkin yoğun şüpheler bulunuyorsa, iadesi istenen kişi (*Verfolgter*) hakkında iade tutuklaması kararı verilebilir.
- (2) Daha baştan iadenin kabul edilebilir olmadığı anlaşılıyorsa 1. fıkra hükmü geçerli değildir.

¹⁰⁹ IRG § 26'ya göre Eyalet Yüksek Mahkemesi, iadesi istenen kişinin ele geçirilmesinden, yakalanmasından veya tutukluluğun devamına ilişkin en son karar tarihinden itibaren iki aydan beri tutuklu bulunuyorsa, tutukluluğun devamı hakkında karar verir. Mahkeme tutukluluk durumunu en geç iki ayda bir inceler. Eyalet Yüksek Mahkemesi tutukluluk incelemesinin daha kısa zaman periyodu içinde incelenmesini de kararlaştırabilir.

almaktadır. İade tutukluluğunun ne kadar devam edebileceği konusunda bir üst zaman sınırını öngörülmemekle birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi¹¹⁰ ve eyalet yüksek mahkemesi kararlarında tutukluluk süresinde oranlılık ilkesinin önemi vurgulanmaktadır. Örneğin Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi¹¹¹ Türkiye'nin yaptığı bir iade talebi üzerine; sanığın 1 yıldan fazla bir süredir tutuklu olduğu, Türkiye'nin ölüm cezasının infaz edilmeyeceği konusunda yeterli teminat vermediği ve ne zaman vereceğinin de belli olmadığı gerekçesi ile tutukluluğu sona erdirmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi bu kararında, gerekçe olarak AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında güvence altına alınan tutuklu sanığın makul süre içinde yargılanma hakkına da dayanmıştır. Ancak, AİHS'de açıkça düzenlendiği üzere, 5. maddenin 3. fıkrasındaki makul tutukluluk süresi sadece iç hukuktaki ceza muhakemesinde geçerli bir güvencedir ve iade tutuklamasını kapsamamaktadır. Yine, Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi Türkiye'nin bir iade talebi ile ilgi olarak, 1986 yılında verdiği bir kararında,¹¹² iadenin kabul edilebilirliğine karar vermesine rağmen, Federal Hükümetin iade kararını geciktirmesi nedeniyle, tutukluluk süresinin uzamasının oranlılık ilkesini ihlal edeceği gerekçesi ile tutuklamayı kaldırmıştır.¹¹³

¹¹⁰ Federal Anayasa Mahkemesi, 6.7.1982, BverfGE 61, 28, 34 vd.

¹¹¹ Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, 28.4.1982, 2 Ausl.18/81 in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 60, s.442-446.

¹¹² Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 27.3.1986, Ausl. 65/85 in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 124, s.442-446: Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararına esas teşkil eden olayda, Türkiye, bir sıkıyönetim mahkemesince 1979 tarihinde 24 yıla mahkum olan bir hükümlünün iadesini talep etmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, hükümlünün Türkiye'ye iadesi halinde siyasi kovuşturma tehlikesinin olmadığını (SIDAS md. 3 fık. 2 ve Alman Anayasası md. 16 fık. 2) tespit ederek iadenin kabul edilebilirliğine karar vermiş, hükümlünün yaptığı sığınma talebi de idari makamlarca reddedilmişti. Buna rağmen Federal Hükümet, sığınma talebinin reddine ilişkin ret kararına karşı hükümlünün idare mahkemesine yaptığı başvurunun sonucunu beklemek istemiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, idare mahkemesindeki muhakemenin sonuçlanmasının uzun süreceği ve bu süre içinde tutukluluğun devam etmesinin oranlılık ilkesine aykırı düşeceği gerekçesi ile, hükümlünün pasaportunu teslim etmesi, ilgili makamlara görünmesi karşılığında tutukluluğun infazının sona erdirilmesine karar vermiştir.

¹¹³ Federal Hükümetin iadesi istenen kişinin iltica talebiyle ilgili olarak idare mahkemesinde açtığı davanın sonucunu beklemek istemesi, iadeyi geciktirdiği için bu süre içinde iadesi istenen kişinin tutuklu kalmasının oranlılık ilkesini ihlal ettiği gerekçesi ile iade tutukluluğunun kaldırılmasına ilişkin bir başka karar için bkz. Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi, 14.2.1985, OLG Ausl. 18/84, in: ESER / LAGODNY / WILKITZKI U 105, s.389-392.

EK: GESETZ ÜBER DIE INTERNATIONALE RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN (IRG) VOM 23. DEZEMBER 1982 (İLK 9 PARAGRAFI) VE SUÇLULARIN İADESİNE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ (SİDAS)114 (KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)

Burada (aşağıdaki tabloda), IRG'nin iade hukukunun maddi şartlarına ilişkin hükümlerinin (ilk 9 paragrafı) Türkçe çevirilerine yer verdik. İade muhakemesi-ne ilişkin hükümler hakkında ise yukarıda metin içindeki açıklamalarla yetinilmiştir. Türkiye ile Almanya arasındaki iade ilişkisi SİDAS ve buna Ek 2. Protokole göre işlediği için, karşılaştırma yapmayı sağlamak açısından IRG'nin hükümlerinin karşısında SİDAS ve 2. Protokol'un ilgili maddelerine de yer verilmiştir.

IRG	SİDAS
<p>Birinci Bölüm</p> <p>Yürürlük Alanı</p> <p>§ 1. Kanunun yürürlük alanı</p> <p>Yabancı ülkelerle cezai konularda adli yardımlaşma işleri bu kanuna göre yürütülür.</p> <p>Bu kanun anlamında cezai işler (<i>strafrechtliche Angelegenheiten</i>) Alman hukukuna göre para cezasıyla cezalandırılan, düzene aykırılık teşkil eden fiiller ya da cezai konularda da yetkili bir mahkeme tarafından tespit edilmek şartıyla yabancı ülke hukukuna göre benzer bir müeyyideyle karşılanan fiiller nedeniyle yapılan muhakemeyi de kapsar.</p> <p>Uluslararası sözleşme hükümleri, doğrudan doğruya uygulanabilir iç hukuk kuralı</p>	<p>Madde 1. İade mecburiyeti¹¹⁵</p> <p>Sözleşmeye taraf devletler, aşağıdaki maddelerde tayin edilen kaide ve şartlar dahilinde, talep eden devletin yargı mercilerince suç teşkil eden bir fiil nedeniyle kovuşturulan veya bir ceza veya emniyet tedbirinin infazı için aranan şahısları karşılıklı olarak teslim etmeyi taahhüt ederler.</p> <p>SİDAS 2. Prot. Madde 1: Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına aşağıdaki hüküm eklenmiştir</p> <p>“Sadece para cezası ile cezalandırılan fiiller için de bu kurallar uygulanır”</p>

¹¹⁴ Bu metin Sözleşme'nin resmi Türkçe çevrisi değildir. Resmi gazetede yayınlanan resmi Türkçe metinde bazı çeviri hataları yapılmıştır. Bu nedenle ve anlama kolaylığı sağlamak amacıyla Sözleşme'nin İngilizce resmi metni dikkate alınarak bazı düzeltmeler yapılmıştır. Sözleşme'nin resmi Türkçe metni için bkz. Feridun YENİSEY, Milletlerarası Ceza Hukuku/Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı, Beta Basım Yayım, İstanbul 1988, s.585 vd.; SİDAS'ın Almanca metni ve maddeleri hakkında açıklayıcı bilgiler için bkz. SCHOMBURG, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, s.417 vd.

¹¹⁵ 1. maddenin orijinal İngilizce metni şu şekildedir: “The Contracting Parties undertake to surrender to each other, subject to the provisions and conditions laid down in this Convention all persons against whom the competent authorities of the requesting Party are proceeding for an offence or who are wanted by the said authorities for the carrying out of a sentence or detention order.”

haline geldiği andan itibaren, bu kanunun hükümlerinden önce uygulanır.	
<p>İkinci Bölüm: Almanya'dan Yurt Dışına İade (<i>Auslieferung an das Ausland</i>)</p> <p>§ 2. Temel Prensip</p> <p>(1) Yabancı bir ülkede cezai bir müeyyide ile cezalandırılan bir suç fiili nedeniyle hakkında kovuşturma yapılan veya hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, bu yabancı devletin yetkili makamının talebi üzerine, ceza kovuşturması veya bu suç fiili nedeniyle hükmedilen ceza veya diğer herhangi bir müeyyidenin infazı amacıyla bu devlete iade edilebilir.</p> <p>(2) Yabancı bir devlette cezai bir müeyyide altına alınmış bir suç fiili nedeniyle mahkum olmuş bir yabancı, infazı devralmış başka bir yabancı devlete, bu yabancı devletin yetkili makamlarının talebi üzerine, suç nedeniyle hükmedilen cezanın veya başka bir müeyyidenin infazı amacıyla iade edilebilir.</p> <p>(3) Bu kanun anlamında yabancı, Alman Anayasa'nın 116. maddesinin 1. fıkrasına göre Alman olmayan kişilerdir.</p>	<p>Madde 1. (yukarıda)</p> <p>Madde 6. Vatandaşın iadesi</p> <p>1. a) Sözleşme'ye taraf devletler vatandaşlarını iade etmeme hakkına sahiptir.</p> <p>b) Her taraf devlet imza, onay veya katılma belgesini tevdi esnasında yapacağı bir beyanla bu Sözleşme anlamında "vatandaş" tabirini kendisi tanımlayabilir.</p> <p>c) Vatandaşlığın tespitinde, iade kararı verileceği andaki vatandaşlık dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, iade kararı ile fiilen teslim tarihi arasında vatandaşlık kazanılması halinde de talep edilen taraf bu fıkranın a) bendi hükmünden faydalanabilir.¹¹⁶</p> <p>2. Kendisinden iade talep edilen taraf vatandaşını iade etmediği takdirde, talep eden Tarafın isteği üzerine, gerektiğinde cezai kovuşturma yapılabilmesi için konuyu kendi yetkili makamlarına iletmelidir. Bu amaçla, suç fiili ile ilgili dosyalar, belgeler ve eşya 12. maddenin 1. fıkrasında öngörülen şekilde herhangi bir masraf istenmeden (bedava) yollanacaktır. Talep eden Tarafa bu talebinin ne oranda yerine getirildiği bildirilecektir.</p> <p>Almanya'nın SİDAS 6. maddeye koyduğu çekince:</p> <p>"Bir Almanın Alman Federal Cumhuriyetinden yabancı bir ülkeye iadesi Federal Almanya Anayasası'nın 16. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca kabul edilemez ve her halukarda reddilecektir.</p> <p>Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası b) bendi anlamında 'vatandaş' terimi, Almanya Anayasası'nın 116. maddesinin 1. fıkrası anlamındaki</p>

¹¹⁶ 6. madde 1. fıkrası c) bendinin İngilizce resmi metni şu şekildedir: "Nationality shall be determined as at the time of the decision concerning extradition. If, however, the person claimed is first recognised as a national of the requested Party during the period between the time of the decision and the time contemplated for the surrender, the requested Party may avail itself of the provision contained in sub-paragraph (a) of this Article."

	<p>bütün Almanları kapsar.”</p> <p>SİDAS 2. Prot. Madde 2</p> <p>Sözleşme'nin 5. maddesi yerine aşağıdaki hükümler ikame edilecektir:</p> <p>“Mali suçlar</p> <p>1. Vergi, resim, gümrük ve kambiyo ile ilgili suçlar, bunların talep eden Taraf mevzuatına göre aynı nitelikte bir suça tekabül etmesi halinde, Sözleşen Taraflar arasında Sözleşme hükümlerine tevfikan iade konusu olacaktır.</p> <p>2. Kendisinden iade talep edilen Taraf mevzuatının, iade talep eden Taraf mevzuatında aynı tipte vergi veya resimlerin bulunmaması yahut aynı tipte vergi, resim, gümrük ve kambiyo hükümlerinin bulunmadığı gerekçesi ile iade talebi reddedilmeyecektir.”</p>
<p>§ 3. Kovuşturma veya infaz amacıyla iade (<i>Auslieferung zur Verfolgung oder zur Vollstreckung</i>)</p> <p>(1) İadeye esas teşkil eden olaylar, ancak Alman hukukuna göre de bir ceza kanununun hükmünü (<i>Tatbestand</i>) ihlal eden hukuka aykırı bir fiil teşkil etmesi veya olayların Alman hukuku açısından düşünülmüşü halinde (<i>bei sinnge.maeser Umstellung des Sachverhalts</i>)¹¹⁷ hukuka aykırı fiil olarak kabul edilebilmesi halinde iade mümkündür.</p> <p>(2) Ceza kovuşturması için iade ancak, Alman hukukuna göre üst sınırı en az bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi veya olayların Alman hukuku açısından düşünülmüşü halinde böyle bir cezayı gerektirmesi halinde kabul edilebilir.</p> <p>(3) Ceza mahkumiyetinin infazı için iade ancak, ceza kovuşturması için iadenin kabul edilebilir olması koşuluyla, hürriyeti bağlayıcı bir müeyyidenin infazı için kabul edilebilir. Yine iadenin kabul edilebilmesi için infazı gereken hürriyeti bağlayıcı müeyyidenin veya infazı eksik kalıpta</p>	<p>Madde 2. (İadenin mümkün olmadığı suç fiilleri)</p> <p>1. Gerek iadeyi talep eden tarafın ve gerek kendisinden iade talep edilen tarafın kanunlarınca en aşağı bir sene müddetle hürriyeti bağlayıcı mahiyette bir cezayı veya emniyet tedbirlerini veya daha ağır bir cezayı gerektiren fiiller iadeyi gerektirir. İadeyi talep eden tarafın ülkesinde bir ceza mahkumiyeti verilmiş veya bir emniyet tedbirine hükmedilmişse, bunların süresi en az dört ay olmalıdır.</p> <p><i>SİDAS madde 25.</i> “Emniyet tedbirleri” kavramının tanımı</p> <p>Bu Sözleşme anlamında “emniyet tedbirleri”, ceza mahkemesi kararı ile bir cezayı tamamlayıcı nitelikte veya onun yerine geçmek üzere hükmedilen hürriyeti bağlayıcı her türlü tedbirlerdir.</p>

¹¹⁷ Kavramın anlamı için bkz. LAGODNY, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG-Kommentar, § 3 RN 7 vd.

infaz edilmesi gereken hürriyeti bağlayıcı müeyyidelerin toplamının en az dört ay tutması gerekir.	
<p>§ 4. Ek iade (Akzessorische Auslieferung)</p> <p>Eğer bir suç nedeniyle yapılan iade talebi kabul edilebilir nitelikte ise, diğer suçlar için,</p> <p>§ 3 fıkra 2 veya fıkra 3'teki şartlar mevcut değilse veya</p> <p>Diğer suçlar için sadece § 1 fıkra 2'deki müeyyideye yer verildiğinden dolayı § 2 veya § 3 fıkra 1 deki şartlar mevcut değilse,</p> <p>bunlar için de iade talebi kabul edilebilir.</p>	<p>Madde 2 fıkra. 2</p> <p>İade talebi, iadeyi talep eden taraf ve kendisinden iade talep edilen tarafın kanunlarına göre hürriyeti bağlayıcı bir ceza ve emniyet tedbiri ile cezalandırılan birden fazla suç ile ilgili olmakla birlikte, bunlardan bazıları ceza müddetlerine ait şartları taşımıyorsa, kendisinden iade talep edilen taraf şartları taşımayan suçlar için de iade etmek yetkisine sahiptir.</p> <p>SİDAS 2. Prot. Madde 1.</p> <p>Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. paragrafına aşağıdaki hüküm eklenecektir.</p> <p>"Bu hak sadece para cezası ile cezalandırılan suçlar için de geçerli olacaktır."</p>
<p>§ 5. Karşılıklılık ilkesi</p> <p>Talep eden devletin verdiği güvenceye göre, bu devletin benzer nitelikteki bir Alman iade talebini yerine getireceği beklenebiliyorsa, ancak bu halde iade talebi kabul edilebilir.</p>	<p>Madde 2 fıkra 7</p> <p>Bu Sözleşme'ye taraf devletlerden herhangi biri, bu madde gereğince Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalan suç fiilleri nedeniyle karşılıklılık ilkesini uygulayabilir.</p>
<p>§ 6. Siyasi suçlar (politische Straftaten), siyasi nedenlerle kovuşturma (politische Verfolgung)</p> <p>(1) Siyasi suç veya siyasi suça bağlı suçlar nedeniyle iade kabul edilemez. Ancak kovuşturulan kişi, tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış soykırım (Völkermord) veya kasten adam öldürme (Mord und Totschlag) suçları veya bu suçlara iştiraktan kovuşturuluyor veya mahkum olmuşsa, iadesi kabul edilebilir.</p> <p>(2) İadesi istenen kişinin talep eden devlete iadesi halinde, ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına veya belirtilen nedenlerden dolayı durumunun kötüleşeceğine dair ciddi nedenler bulunuyorsa iade kabul edilemez.</p>	<p>Madde 3. Siyasi suçlar</p> <p>1. İadesi istenen suç, kendisinden iade talep edilen tarafça, siyasi veya böyle bir suç ile bağlantılı bir suç olarak kabul edildiği takdirde iade talebi kabul edilmeyecektir.</p> <p>2. Kendisinden iade talep edilen taraf, adi bir suç için yapılan iade talebinin, bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasi görüşler açısından kovuşturmak veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya kovuşturulan kişinin durumunun bu sebeplerden biri nedeniyle ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat getirdiği takdirde de, iade talebi kabul edilmeyecektir.</p> <p>3. Bu Sözleşme'nin uygulanması bakımından, bir Devlet başkanının veya aile fertlerinden birinin hayatına yönelik saldırı siyasi suç sayılmayacaktır.</p>

	<p>4. Bu madde taraf devletlerin çok taraflı mahiyette başka uluslararası sözleşmeler uyarınca yüklendikleri veya yüklenecekleri taahhütlere etki etmez.</p>
<p>§ 7. Askeri suçlar</p> <p>Sırf askeri yükümlülüklerin ihlalini meydana getiren fiiller nedeniyle iade kabul edilemez.</p>	<p>Madde 4. Askeri suçlar</p> <p>Genel ceza hukukuna göre suç teşkil etmeyen askeri suçlardan dolayı iade bu Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır.</p>
<p>§ 8. Ölüm cezası</p> <p>Eğer fiil, talep eden devletin hukukuna göre ölüm cezası ile cezalandırılıyorsa, iade ancak, talep eden devlet, ölüm cezasına hükmedilmeyeceği veya ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair güvence vermesi halinde kabul edilebilir.</p>	<p>Madde 11. Ölüm cezası</p> <p>İade talebine sebep olan fiil, talep eden devletin kanununun göre ölüm cezasını gerektirmesine karşın, kendisinden iade talep edilen devletin mevzuatında bu gibi fiiller için ölüm cezasının bulunmaması veya bu devlette ölüm cezasının genellikle infaz edilmiyor olması halinde, talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen devletçe yeterli görülecek bir güvence vermediği takdirde iade talebi reddedilebilir.</p> <p>Türkiye'nin SİDAS 11. maddeye koyduğu çekince:</p> <p>"11 inci maddece mezkûr teminat aşağıdaki prosedüre inhisar edecektir.</p> <p>İdam cezasına mahkum veya işlediği cürüm idam cezasını müstelzim bulunan bir suçlunun Türkiye'ye iadesinin mevzu bahis olduğu ahvalde, kendisinden iade talep olunan ve mevzuatında idam cezası bulunmayan Akid Taraf bu cezanın müebbet hapse tahvili hususunda bir talepte bulunmaya salahiyetlidir. Bu talep Türk Hükümetince, ölüm cezalarını nihai surette tasdik eden Büyük Millet Meclisine, işbu merci bu mevzuda henüz bir karar vermemişse arz edilecektir".</p>
<p>§ 9. Çatışan yargı yetkisi (talep eden devletin de yargı yetkisinin bulunması)</p> <p><i>(Konkurrierende Gerichtsbarkeit)</i></p> <p>İadeye konu olan suç nedeniyle Alman yargı yetkisinin de bulunması halinde,</p> <p>1. Bu kanunun yürürlük alanı içindeki bir mahkeme veya merci iade talebine esas teşkil eden suç nedeniyle bir hüküm veya aynı hukuki etkiye sahip bir karar vermiş, son soruşturmanın açılmasını ret etmiş</p>	<p>Madde 7. Suçun işlendiği yer</p> <p>1. Kendisinden iade talep edilen taraf, mevzuatına göre kısmen veya tamamen kendi ülkesinde veya ülkesi sayılan bir yerde işlenmiş sayılan bir suçtan dolayı talep edilen şahsı iade etmekten kaçınabilir.</p> <p>2. İade talebine esas teşkil eden suç iade talep eden tarafın ülkesi haricinde işlenmiş ise, iade talebi sadece, kendisinden iade talep edilen taraf mevzuatının, ülkesi dışında işlenen aynı</p>

<p>(Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 204), kamu davası açılmasına ilişkin talebi ret etmiş (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 174), yükümlülük ve emirlerin yerine getirilmesi üzerine muhakemenin durdurulmasına karar vermiş (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 153a) veya gençlik ceza hukukuna göre ceza kovuşturması yapmaktan vazgeçilmesine veya muhakemenin durdurulmasına karar vermiş ise (Gençlik Ceza Mahkemeleri Kanunu §§ 45, 47) veya,</p> <p>2. Kovuşturma veya infaz, Alman hukukuna göre zaman aşımına uğramışsa veya bir Alman af kanunu (cezayı ortadan kaldıran kanun = <i>Strafffreiheitsgesetz</i>) ile kovuşturma veya infaz mümkün değilse, iade talebi kabul edilemez.</p>	<p>çeşit bir suçun kovuşturulmasına veya talebin konusunu teşkil eden suç nedeniyle iadeye izin vermemesi halinde ret edilebilir.</p> <p>Madde 8. Aynı fiiller nedeniyle kovuşturma yapılmakta olması</p> <p>Kendisinden iade talep edilen taraf, iade talebine sebep olan bir veya birkaç fiilden dolayı hakkında kovuşturma yapmakta olduğu kişinin iadesini reddedebilir.</p> <p>SİDAS madde 9. Ne bis in idem</p> <p>Talep edilen şahıs hakkında kendisinden iade talep edilen tarafın yetkili makamlarınca iade talebine neden olan fiiller hakkında kesin olarak karar verilmiş ise iade talebi kabul edilmez. Kendisinden iade talep edilen tarafın yetkili makamlarınca aynı fiil veya fiiller hakkında takibat yapılmamasına veya yaptıkları takibata son verilmesine karar verilmiş ise iade talebi ret edilebilir.</p> <p>SİDAS madde 10. Zamanaşımı</p> <p>Talep edilen devletin veya talep eden devletin mevzuatına göre dava zamaşımının veya ceza zamaşımının dolması halinde iade talebi kabul edilmez.</p> <p>SİDAS 2. Prot. madde 4</p> <p>Sözleşme'ye aşağıdaki hüküm eklenecektir</p> <p>“Af”</p> <p>“Talep edilen devlette af kapsamına giren ve bu devletin kendi ceza hukukuna göre kovuşturma yetkisine sahip olduğu bir suç nedeniyle iade talebi kabul edilemez.”</p>
--	---

SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU VE IRAK SAVAŞI: İHLALLERE VE OLASI YARGILAMALARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

İbrahim KAYA*
Yücel ACER**

GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD), uzun süredir hazırlığını yaptığı Irak'a askeri müdahale seçeneği, 19 Mart 2003 tarihinde uygulamaya kondu. ABD'nin ve İngiltere'nin başını çektiği ve "koalisyon güçleri" olarak adlandırılan devletler grubunun¹ Irak'a askeri müdahalesi çeşitli politik ve askeri unsurlarla gerekçelendirilmiştir. Irak'ta olduğu iddia edilen kitle imha silahlarının etkisiz hale getirilmesi, ABD'ye ve Batı'ya yönelmiş uluslararası terörizm tehdidinin zayıflatılması veya önlenmesi, bu iki unsurun bizzat nedenlerinden birisi olarak görülen Saddam Hüseyin ve Baas rejiminin yıkılması gibi nedenler açıkça ifade edilen gerekçelerdi.

Bu tür bir müdahalenin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı en başta gelen hukuksal tartışmayı oluşturmuştur. Yaklaşık üç hafta devam eden silahlı çatışmalar esnasında yaşananlar ise, başlangıçtaki bu hukuksal tartışmayı daha da derinleştirmiş ve özellikle koalisyon güçlerinin askeri faaliyetlerinin ne derecede genelde uluslararası insancıl hukuka ve daha özelde savaş hukuku kurallarına uygun olduğunun tartışılmasına yol açmıştır.² Şüphesiz ki, savaşın bitmesi

* Yrd. Doç. Dr., Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Öğretim Üyesi

** Yrd. Doç. Dr., Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Öğretim Üyesi

¹ Koalisyon Güçleri arasında ABD ve İngiltere'nin dışında, sayıca az da olsa Avustralya ve Polonya askeri kuvvetleri de yer almıştır. Ancak, bu operasyon fikrinde ABD'yi destekleyen ülke sayısının 14 olduğu ve birçok doğu Avrupa ülkesi ile İspanya ve Danimarka gibi Avrupa Birliği üyesi ülkelerin de bunlar içinde bulunduğu belirtilmiştir.

² Daha savaş başlar başlamaz Kızıl Haç Komitesi, 20 Mart'ta, çatışmanın özellikle siviller üzerinde muhtemel olumsuz etkilerini önlemek için taraflara, uluslararası insancıl hukuk kurallarına tam saygı göstermelerini istemiştir. Ayrıca, savaş esnasında tarafların hangi

ile güç kazanan hukuksal sorun ise, bu türden birçok ihlalin görüldüğü açıkken, bu ihlalleri gerçekleştirenlerin yargı önüne çıkarılıp çıkarılmayacağı ve bu sürecin nasıl oluşturulacağıdır.

Günümüz iletişim teknolojisinin bulunduğu seviyenin bir sonucu olarak, yaklaşık üç hafta süren Irak'taki silahlı çatışmalar esnasında, uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin yaşandığı gerçeği dünya kamuoyuna büyük oranda yansımıştır. Irak'taki ihlallere ilişkin bir incelemenin daha başlangıcında belirtilebilir ki, sorun, ihlallerin olup olmadığı değil, bu ihlallerin nicelik ve niteliklerinin ne olduğu ve sorumlularının nasıl yargılanacağıdır.

Çalışmamız, bu önemli hukuksal sorunları inceleme konusu yaparken “uluslararası insancıl hukuk” yada “uluslararası silahlı çatışmalar hukuku”³ çerçevesinde yapılan üçlü ayrımı temel alacaktır. Buna göre, öncelikle Irak Savaşı'nın başlatılmasının hukuksallığı konusu “barışa karşı suçlar” çerçevesinde incelenecektir. Çatışmalar esnasında kullanılan silahlara ve savaş tekniklerine ilişkin durum “savaş suçları” başlığı altında ele alınacaktır. Çatışmalar esnasında ve sonrasında sivil halka ve kurumlara, esirlere, yaralılara veya benzeri özelliklere sahip savaş dışı kalmışlara (*hors de combat*) veya korunan kişilere yönelik işlenmiş olabilecek ihlaller ise “insanlığa karşı suçlar” çerçevesinde incelenecektir.

Bu üçlü ayrım literatürde bazen ikili bir ayrım çerçevesinde de ifade edilmektedir. Savaş esnasında uyulması gereken kurallara yukarıda yapılan ayırmada son iki kategoriye içerecek biçimde *jus in bello* (silahlı çatışmalar hukuku) denilirken, saldırı savaşına ilişkin kurallara ise *jus ad bellum* denmektedir.⁴ Genel olarak belirtmek gerekirse, *jus in bello* kavramı da bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Savaş esnasında sivillere ve yaralanma, hastalık veya esaret gibi nedenlerle savaş dışı kalmış (*hors de combat*) kişilere nasıl davranılması gerektiğini düzenleyen kurallar bir kategori oluşturmakta ve genel bir ifade ile bu kuralların çoğunluğu 1949 Cenevre Sözleşmelerinde ve 1977 tarihli iki Ek Protokolde bulunmaktadır. Savaşta kullanılacak silahlara ve yöntemlere ilişkin kurallar ise bir başka kategori oluşturmakta ve yine çok genel ifadelerle bu kuralların çoğunluğu 1899 ve 1907 tarihli La Haye Sözleşmelerinde bulunmaktadır. Ancak özellikle vurgulamak gerekir ki, bu oldukça genel bir ayırmadır ve bu sözleşmelerde her iki kategoriden kurallara da rastlamak mümkün olduğu gibi zaten sivillere ya da korunan kişilere yönelik eylemlerle savaş teknik yada silahları konularını birbirinden tamamen ayırmak da mümkün değildir.

silahları kullanacağına ilişkin seçeneklerinin sınırsız olmadığını da hatırlatmıştır. 20 Mart 2003, Press Release, 03/18.

³ Terim sorunu için, bakınız PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Ankara 2000, 127, 128.

⁴ Bakınız MCCOUBREY, *International Humanitarian Law, The Regulation of Armed Conflicts*, Dartmouth 1990, 2.

Irak'ta çatışmalar bittikten ve ülkeye genelde koalisyon güçleri hakim olduktan sonra yaşanmış olabilecek ihlaller ise çalışmamızda daha spesifik olarak "işgalci güçlerin sorumluluğu" konusu çerçevesinde ele alınacaktır. Son olarak ise Irak'ta bu çerçevelerde yaşanmış olan ihlallere ilişkin sorumluların hangi prosedürlerle yargılanabileceği ayrıca incelenecektir.

1. Irak Savaşı ve Barışa Karşı Suçlar

Bir devlete karşı askeri güç kullanılmasının esasları uluslararası hukuk tarafından açıkça belirtilmiştir. Bunlara uyulması güç kullanımının meşru olduğu anlamına gelirken, bunların ihlali hukukun ihlalidir ve dolayısı ile güç kullanımının yasal zeminden yoksun olduğu anlamına gelir. Milli Güvenlik Kurulu'nun 27 Aralık 2002 tarihli toplantısı sonrası açıklanan bildiriye olası bir hareket için "meşruiyet" in şart olduğu vurgulandı. Nitekim Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinden Rusya ve Fransa'nın da benzer açıklamaları vardır.

Uluslararası hukukta güç kullanımının meşru olabilmesi için iki durum söz konusudur.⁵ Birincisi, hemen her ulusal hukuk düzeninin de tanıdığı, nefsi müdafaa ya da meşru müdafaa olarak bilinen durumdur. Böyle bir durumda saldırıya uğrayan taraf saldırıyı önlemek amacıyla saldırgana karşı güç kullanabilir. Güç kullanımının meşru olduğu diğer durum ise BM Güvenlik Konseyi'nin açıkça güç kullanma kararı almasıdır.

Askeri güç kullanımı ile ilgili olarak BM Anlaşması'yla çizilen çerçevenin hukuksal yapının değişmez temelini teşkil ettiği kuşku götürmez bir gerçektir. BM Anlaşması uyarınca BM'nin temel amacı uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasıdır. Anlaşma'nın 2. maddesinin 3. paragrafına göre uluslararası anlaşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi esastır ve aynı maddenin ünlü 4. paragrafı devletlerin uluslararası ilişkilerinde başka bir devletin toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına karşı askeri güç kullanımından yahut güç kullanma tehdidinden kaçınmaları gerektiğini hükme bağlamaktadır. Madde 2(7) devletlerin iç işlerine Birleşmiş Milletlerin karışamayacağını belirtmektedir. Bunun istisnası BM Güvenlik Konseyi'nin BM Anlaşması yedinci bölüm uyarınca aldığı kararların uygulanmasıdır. Yedinci bölüm uyarınca Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasından sorumludur ve Konsey'in barışın tehlikede olduğuna karar verme yetkisi vardır. Buna karar verirken silahlı güç kullanmak da dahil olmak üzere tedbirlerin alınmasını isteyebilir. Bu normatif ayrıntılara ek olarak BM Anlaşması'na göre bu anlaşmadan doğan yüküm-

⁵ Bu konuda geniş bilgi için bakınız KESKİN, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Ankara 1992. Ayrıca bakınız KESKİN, *BM ve Kuvvet Kullanma*, Avrasya Dosyası, Cilt 8 Sayı 1, 2002, 148-174.

lülükler başka yükümlülüklerin üzerindedir ve bunun da ötesinde Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'nın Nikaragua kararında belirttiği gibi gelenek hukuku BM Anlaşması ile örtüşmektedir.⁶ Dolayısı ile yapılan eylemlerin BM çerçevesi ile uyumlu olması temel bir zorunluluktur.

BM Anlaşması'nın yedinci bölümü çerçevesinde Güvenlik Konseyi ilk aşamada kararlarının uygulanması amacıyla ekonomik önlemler, diplomatik ilişkilerin kesilmesi gibi yaptırımlar uygular. 41. maddeye göre alınan bu kararlar yeterli gelmediği takdirde BM Anlaşması'nın 42. maddesi uyarınca Güvenlik Konseyi hava, deniz ve kara kuvvetlerinin kullanılması ile barış ve güvenliği sağlamaya yönelik tedbirler alabilir. BM'in askeri kuvvetleri olmadığı için bu tür askeri güç kullanımları BM Güvenlik Konseyi'nin üye devletlere "yetki" vermesi şeklinde gerçekleşecektir. Güvenlik Konseyi'nden böyle bir çağrı geldiği takdirde bütün üye devletler katkı yapmakla yükümlüdür. Bu katkının ayrıntıları ve türleri BM ile üye ülkeler arasında özel anlaşmalar yapılarak belirlenecektir.

BM Güvenlik Konseyi'nin 42. madde uyarınca karar alması ilk kez 1950'de Kuzey Kore'nin Güney'i işgali üzerine görülür. 1950'de Kuzey birlikleri 38. paraleli geçerek silahlı anlaşmazlığı(savaş) başlatmışlardır. BM Güvenlik Konseyi üye devletlere Kuzey Kore'nin geri çekilmesini sağlamak amacıyla BM'ye gereken her türlü yardımı yapma çağrısında bulunmuştur.⁷ Bunu takip eden başka bir kararında ise Güvenlik Konseyi ABD'nin Güney Kore'nin kurtarılması için askeri birlikleri organize etmesi ve BM bayrağını kullanması yetkisini vermiştir.⁸ Türkiye de bu birlikte yer almıştır. Ancak 1950'de alınan bu karar son derece istisnai ve koşullara bağlı bir uygulamadır. Güvenlik Konseyi'nde daimi üye olan SSCB'nin, Komünist Çin yönetiminin Konsey'e üye olarak alınmasını protesto etmek amacıyla otuurlara katılmadığı bir zamanda bu tür kararlar alınmış Ağustos 1950 başında SSCB'nin otuurlara katılmasıyla yapılacak her iş Sovyet engellemesiyle karşılaşmıştır.

Bir diğer örnek olay ise Soğuk Savaş'ın hemen ardından yaşanmıştır. Irak'ın Kuveyt'i işgali üzerine 2 Ağustos 1990 tarihinde aldığı 660 sayılı kararıyla BM Güvenlik Konseyi bu olayın uluslararası barış ve güvenliğin ihlali olduğuna karar vererek Irak'ın Kuveyt topraklarından derhal ve şartsız olarak çekilmesini talep etmiştir. O tarihe kadar görülmüş en sıkı ekonomik yaptırımlar Güvenlik Konseyi'nin aldığı 661 sayılı kararda karşımıza çıkar. Bu kararda Konsey Irak'ın işgal ettiği topraklardan çekilmediği gerekçesiyle tüm devletlerin Irak'a ihracat yapmalarını ve Irak'tan ithalat yapmalarını yasaklamıştır. Bağlayıcı ekonomik yaptırımlar Irak'ın Kuveyt'i ilhak ettiğini açıklamasıyla daha da sıkılaştır-

⁶ UAD Raporları (1986), 14.

⁷ Karar 82, 83, 84 (1950).

⁸ Karar 85 (1950).

rılmıştır. Yukarıda anıldığı gibi 41. madde uyarınca alınan bu tür tedbirlerin yetersizliğini gördüğünde Güvenlik Konseyi güç kullanımını içeren tedbirleri 42. madde uyarınca alabilir. Nitekim Irak örneğinde alınan askeri olmayan tedbirlerin yetersizliği üzerine Güvenlik Konseyi Irak'a 660 sayılı karar uyarınca derhal Kuveyt'ten çekilmesi için son bir çağrı yapan 678 sayılı kararını 29 Kasım 1990'da aldı. Bu karar uyarınca 15 Ocak 1991'e kadar Irak, Kuveyt'ten çekilmediği takdirde devletler meşru Kuveyt Hükümeti ile koordineli bir şekilde Irak'ın 660 ve sonrasında konuyla ilgili olarak alınan kararlara zorla uymasını sağlamak amacıyla "her türlü tedbiri" almaya yetkilendirmiştir. Bu karar 16 Ocak 1991'de başlayan askeri harekate meşruiyet veren hukuksal zemindir. 687 sayılı kararıyla da Güvenlik Konseyi körfez krizini sona erdirmek için bir takım koşulların Irak tarafından yerine getirilmesini istedi. Tartışmalı olan Irak-Kuveyt sınırının olduğu gibi kabulü ve sınıra BM gözlemcilerinin yerleştirilmesi, savaş nedeniyle meydana gelen kayıplar dolayısı ile Irak'ın sorumlu tutulması, Irak'ın sahip olduğu tüm kimyasal ve biyolojik silahlarla 150 km'den fazla uzağa gidebilen tüm balistik füzelerin yok edilerek etkisiz kılınması ve Irak'ın nükleer silahlar edinmemesi ve geliştirmemesi bu koşullar arasındadır. Irak'ın bunlara uyup uymadığı ise birtakım kesintilerle birlikte uluslararası denetçiler tarafından denetlenmektedir.

Irak ile ilgili durum 687 sayılı karar uyarınca hukuksal olarak "ateşkes" durumudur. Ateşkesin belirli şartları vardır. Silah denetçileri bu şartlara uyulup uyulmadığını denetlemektedirler. Bir görüşe göre eğer silah denetçileri Irak'ın bu şartları yerine getirmediğine karar verirlerse, Irak ateşkesi ihlal ettiğinden dolayı, yeni bir BM kararı gerekmeksizin Irak'a karşı yeni bir askeri hareket yapılabilir. Ancak BM Güvenlik Konseyi'nin 8 Kasım'da aldığı 1441 sayılı karar bu şekilde bir yoruma fırsat vermemektedir. 1441 sayılı karar Irak'ın 687 sayılı karara uymadığını ve uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini belirtmekle birlikte, Irak'a karşı güç kullanma "yetkisi" vermemektedir. 1441 sayılı karar Irak'ın "ciddi sonuçlarla karşılaşacağı" uyarısında bulunmaktadır. "Ciddi sonuçlar" ibaresi güç kullanımı tehdidini de içermektedir. Güç kullanma yetkisi veren 678 sayılı karar "uluslararası barış ve güvenliğin yeniden inşası" ibaresini kullanırken, ABD'nin tüm ısrarlarına rağmen, bundan farklı olarak 1441 sayılı karar "güvenliğe almak" ifadesini kullanmakta birincisi barış ve güvenliğin yitirildiğini belirtmesine rağmen ikincisinden böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Ayrıca 1441 sayılı karar, BM denetçilerinin raporlarını sunmalarından sonra Güvenlik Konseyi'nin toplanacağını ve durumu görüşeceğini ifade etmektedir. BM heyeti raporunu 27 Ocak'ta sunmuştur, ancak BM güç kullanımı yetkisi veren yeni bir karar almamıştır.

ABD ve İngiliz kuvvetleri 1991 sonrası bir çok defa Irak'a yönelik hava saldırılarında bulunmuşlar bu saldırılarını Irak'ın silah denetçileri ile işbirliğinden kaçınmasına, dolayısı ile ateşkesin ihlaline, dayandırmışlardır. ABD'nin algıla-

masına göre 687 sayılı kararın ihlali 678 sayılı kararlarla verilen her türlü önlemler alma yetkisinin kullanılacağı anlamına gelir. 678 sayılı kararın sürekli güç kullanma yetkisi verdiği tartışmalıdır. Bu karar incelendiğinde Konsey'in konuyu gündeminde tuttuğu "ve bu Karar'ın uygulanması ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ile ilgili gereken önlemleri alabileceği" ibaresi görülür. Bu ibare konunun Güvenlik Konseyi'nin yetkisinde olduğu görüşünü pekiştirmektedir. Kaldı ki, 678 sayılı kararda bahsi geçen 660 sayılı kararı müteakip kararların uygulanması için güç kullanma yetkisi verilmesinden 678 sayılı kararı öncesinin kapsandığı anlaşılmalıdır. Böylece 687 sayılı kararın uygulanması için hiçbir devlete güç kullanma yetkisi verilmemektedir. Konu BM'nin gündeminde, gerekirse güç kullanma yetkisi vermek de dahil olmak üzere her türlü önlemler alabilecektir.

NATO Anlaşması çerçevesinde Irak'a karşı bir güç kullanımının meşruiyeti konusu da bu bağlamda ele alınmalıdır. NATO savunma örgütüdür ve bu bağlamda meşruiyet, meşru müdafaa hakkından doğmaktadır. Güvenlik Konseyi'nin karar vermesinin dışında güç kullanmayı hukuka uygun kılacak ikinci yol devletlerin meşru müdafaa mekanizmasına başvurmalarıdır. BM Anlaşması'nın 51. maddesi silahlı bir saldırının vuku bulması halinde devletlerin bireysel veya toplu olarak savunma haklarını kullanabileceklerini öngörmektedir. BM Güvenlik Konseyi Kuveyt'in işgali olayında güç kullanma hakkını tanıyan kararını almadan önce ülkeden kaçan Kuveyt Hükümeti uluslararası kamuoyuna çağrı yaparak yardıma gelmelerini istemiş, karar çıkana kadar yapılan askeri müdahale bu şekilde meşrulaştırılmıştır. BM Anlaşması'nın 51. maddesi, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması amacıyla gereken önlemler alıncaya kadar silahlı saldırıya uğrayan BM üyesi ülkelerin bireysel ve toplu meşru müdafaa hakkını tanımaktadır. Bu bağlamda NATO üyeleri 11 Eylül'de ABD'ye karşı silahlı saldırının oluştuğunu, NATO Anlaşması'nın 5. maddesinin uygulanmasını kabul etmişlerdir. 5. madde, bir NATO üyesi ülkenin BM Anlaşması'nın 51. maddesine kabul edildiği biçimde silahlı saldırıya uğraması ve kendini savunma hakkının doğması durumunda tüm NATO üyesi ülkelerin saldırıya uğramış sayılacağı ve saldırıya uğramış ülkenin uygun göreceği şekilde güvenliği yeniden sağlamak amacıyla ona yardım edecekleri ve bu yardıma silahlı kuvvetlerin kullanımının da dahil olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda alınan tedbirler derhal BM Güvenlik Konseyi'ne bildirilecek ve BM Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması için gereken tedbirleri aldığı anda bu tür etkinlikler derhal durdurulacaktır.

Görüldüğü gibi hem BM ve hem de NATO anlaşmalarından çıkan sonuç, uluslararası barış ve güvenliği sağlamada görevin BM Güvenlik Konseyi'ne düştüğü ve meşru müdafaa yoluna başvurmanın istisnai bir önlem olarak BM Güvenlik Konseyi toplanıp karar alana kadar geçerli bir hak olduğudur. Irak'a olası bir hareketle ilgili olarak ise hem bir NATO ülkesine karşı Irak tarafından saldırı olmadığından dolayı hem de konunun zaten BM tarafında değerlendiril-

diğinden dolayı meşru müdafaa çerçevesi tarafından meşruiyet sağlanabilecek bir zemin gözükmemektedir. Ayrıca NATO'nun önemli üyelerinden Fransa ve Almanya 22 Ocak 2003'te NATO'nun olası bir Irak operasyonunda ABD'nin yanında yer almasını öngören bir kararı engellemişlerdir. Gerek Jacques Chirac gerekse Gerhard Schroder savaşın kaçınılmaz olmadığını belirtmişlerdir. BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi olan Fransa daha da öteye geçerek Dışişleri Bakanı Dominique de Villepin aracılığıyla, Güvenlik Konseyi'nin Irak'a yönelik güç kullanılmasına izin veren bir karar almasını veto edebileceğini açıklamıştır.

Değerlendirilmesi gereken bir başka nokta ise ABD'nin Irak'a karşı önleyici meşru müdafaa uygulayacağını açıklamış olmasıdır. Buradan, daha Irak tarafından herhangi bir devlete saldırı gerçekleşmeden, Irak'a karşı hareket yapılması anlaşılmaktadır. Ancak meşru müdafaa hakkının doğması için birtakım gereklilikler mevcuttur. BM Anlaşması'nın 51. maddesine göre silahlı saldırının vuku bulmuş yada vuku bulmasının kaçınılmaz olması gerekmektedir. Bu bağlamda vuku bulmamış bir saldırı olasılığının meşru müdafaa hakkını doğurabileceğini iddia etmek güçtür. Nitekim İsrail'in 1981'de nükleer silah ürettiği gerekçesiyle Irak'taki bir nükleer tesisi vurması bu kapsamda değerlendirilmiştir.⁹ Yine bu bağlamda İsrail'in Tunus'taki Filistin Kurtuluş Örgütü karargahlarını kendisine yönelik terör ürettiyor gerekçesiyle bombalaması BM Güvenlik Konseyi tarafından kınanmıştır.¹⁰

Irak'a karşı güç kullanımı konusu BM'nin gündemine gelmiştir. BM'nin kararları hareketin meşruiyet zeminini oluşturacaktır. Bunun dışındaki uygulamalar, II. Dünya Savaşı sonrası kurulan BM düzeninin değiştirilmesine yönelik adımlar olarak algılanabilir.

ABD ve İngiltere Irak'a karşı askeri hareketin meşruiyetini sağlama yönünde son bir adım atarak İspanya ile birlikte 7 Mart'ta bir karar taslağını Güvenlik Konseyi'ne sundu. Taslakta daha önceki tüm Güvenlik Konseyi kararlarına atıfta bulunulmakta ve 687 sayılı kararla Irak'ın yukarıda anılan şartları kabulüne bağlı olarak ateşkes kararı alındığı hatırlatılmaktaydı. Aynı taslak 1441 sayılı kararın Irak'ın yükümlülüklerini maddi ihlal konumunda olduğunu vurgulamakta ve derhal yükümlülüklerini yerine getirmesi çağrısını yapmaktaydı. Irak'ın Konsey kararlarını ihlali ve kitle imha silahlarına ve uzun menzilli füzelere sahip olmasının uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu belirtilen taslak, Irak'ın 17 Mart'a kadar yükümlülüklerine uymadığı takdirde 1441 sayılı kararla verilen son şansı tükettiğini elirtmekteydi. Görülüyor ki, bu taslak 1441 sayılı karar ile Irak'a saldırmanın mümkün olmadığını göstermektedir. Güvenlik Konseyi'ndeki bölünme nedeniyle bu taslak oylanmadan geri çekilmiştir. Tasla-

⁹ Karar 487 (1981).

¹⁰ Karar 573 (1985).

ğın hazırlanması ABD ve müttefiklerinin Güvenlik Konseyi kararlarına önem verdikleri ve Konsey'den karar alma yönünde çabaladıkları anlamına gelse de, Konsey'den bu yönde bir karar çıkmamış olması bizatihi Konsey'e rağmen saldırıların başladığını ifade eder. Kaldı ki, taslakta da güç kullanma yetkisi açıkça tanınmamıştır. Üstü kapalı olarak "son şansın kaçırıldığı" ibaresi güç kullanma yetkisi verilmesi ile eş anlamlı değildir. 17 Mart'a kadar süre verilmesi 678 sayılı karar ile 15 Ocak 1991'e kadar süre verilmesini çağrıştırılmaktadır. Ancak 678 sayılı kararda açıkça üye devletlere Kuveyt hükümeti ile işbirliği içerisinde her türlü tedbiri alma "yetkisi" verilmiştir. Taslağın kaleme alınması ise böyle bir anlamaya imkan vermemektedir. Kaldı ki, taslakta geçen Irak'ın kitle imha silahlarına sahip olduğu ibaresi de uluslararası denetçiler tarafından doğrulanmadığı gibi, ABD Dış İşleri Bakanı Powell'ın Güvenlik Konseyi'ndeki sunuşu ile Konsey üyeleri bu yönde ikna olmuş da değillerdir.

Yukarıda izah edilen değerlendirmeler altında, Irak'a karşı saldırının meşruiyet temelinden yoksun olduğunu ve barışa karşı suç teşkil ettiğini ifade etmek mümkündür.

2. Irak Savaşı ve İnsanlığa Karşı Suçlar

Jus in bello kategorik olarak kabaca iki temel alt disipline ayrılmaktadır: Cenevre hukuku ve La Hey hukuku. La Hey hukuku savaş yöntemleri, araçlar ve silahlarla ilgilenirken, uluslararası insancıl hukuk olarak da bilinen Cenevre hukuku ise savaşın "insancıl" yönleri üzerinde durmaktadır. 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi'nin ortak 2. maddesi anlaşmaya taraf olan ülkeler arasında meydana gelen savaş ve her türlü silahlı çatışmada bu anlaşmalar hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. 2. madde ayrıca eğer savaşan taraflardan biri veya birden fazlası anlaşmalara taraf değilse bile, anlaşmaya taraf olan savaşan devletlerin de bu anlaşma hükümleriyle bağlı olacağını ortaya koymaktadır. Bunun da ötesinde Cenevre Sözleşmeleri'nin birçok hükümleri var olan gelenek hukukunu yasalastırdığı için, devletler bu sözleşmelere taraf olmasalar bile, Uluslararası Askeri Mahkeme'nin (Nürnberg Mahkemesi) ifade ettiği gibi, taraf olunup olunmadığına bakılmaksızın gelenek hukukundan doğan yükümlülükler tüm savaşanları bağlayıcıdır.

Cenevre Sözleşmeleri aslında dört adet sözleşmedir. Bunlar 1949 yılında yapılmış olup, bunlara 1977'de protokollerle eklemelerde bulunulmuştur. Anımsatılması gereken bir konu şudur ki; 1949 Sözleşmeleri artık teamül hukuku kapsamına girmiştir. Bu nedenle taraf olma şartı aranmaksızın tüm ülkeler için bağlayıcıdır. 1977 Protokolleri için ise aynı şey söylenemez. Irak bu protokolleri imzalamamıştır. İngiltere ve ABD ise 17 Aralık 1977'de imzalamış ancak sadece İngiltere onaylamıştır.

a. Savaş Esirleri

Savaşlarda karşı taraftan esir alınanların görüntülerinin yayınlanması, düşmanın moralini bozmaya yönelik bir savaş taktiği olarak sıkça kullanılmaktadır. Hatta görüntüsü yayınlanan tutsaklara pişman oldukları, kendi ülkelerinin haksız olduğu gibi itiraflar zorlama ile de yaptırılabilir. Bu görüntüler hem askerleri olumsuz etkilerken, hem de tutsakların ülkelerindeki savaş karşıtı havayı güçlendirmeyi hedeflemektedir. Ne var ki, düşmanın elindeki esir askerlerin görüntüleri, eğer işkence ve kötü muameleye de tabi tutulmuşlarsa, silah arkadaşlarının intikam duygularını körükleyebilmekte, savaş taraftarlarına haklılıklarını savunabilecek gerekçeler de oluşturabilmektedir. 1991 Körfez Savaşı'nda bu tür görüntüler sıklıkla yayınlanmıştı.

Daha Irak savaşının ilk günlerinde bu askerlerin beyaz bayrak çekerek teslim olmuş halleri tüm dünya medyası tarafından geniş biçimde sunuldu. Irak'a karşı savaşı komuta ABDli General Tommy Franks 22 Mart'taki açıklamasında ellerinde "1000 ile 2000 arasında" Iraklı asker tutsak olarak bulunduğunu söylemişti. Aynı gün Iraklı yetkililerin, ellerinde Amerikalı esirlerin bulunduğu açıklamaları, ABD tarafından yalanlandı. Ancak birkaç saat sonra bu esirlerden dördü erkek biri bayan beş tanesinin videoya çekilmiş görüntüleri Arap televizyonlarında yayınlanmaya başladı. Görüntülerde esirlerin sağlık durumlarının iyi olduğu anlaşılırken, esirlere isimleri, askeri kimlik numaraları, geldikleri yer, geliş amaçları gibi sorular soruldu. ABD Savunma Bakanı Rumsfeld, Amerikalı esirlerin görüntülerinin yayınlanmasının "Cenevre Sözleşmesi'ne aykırı" olduğunu açıklarken, Uluslararası Kızılhaç yetkilileri bu tür görüntülerin yayınlanmasının uluslararası hukuka "aykırı olabileceğini" açıkladı. Irak Savunma Bakanı Sultan Haşim Ahmet ise savaş esirlerine "insanca" davranacaklarını ve Cenevre Sözleşmesi'ni uygulayacaklarını açıklarken, bunun "insanlıklarının ve dini inançlarının" bir gereği olduğunu da belirtti.¹¹

Savaş esirleri konusu uluslararası insancıl hukukun ilgi alanına girmektedir. Savaş bizatihi insancıl olmamasına rağmen, savaşın yol açtığı acıların en aza indirilmesi, "gereksiz" acıya yol açılmaması bu hukuk dalının konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca, BM Anlaşması'nda izin verilen iki nedenden biri, ki bunlar meşru müdafaa hakkı ve BM Güvenlik Konseyi'nin yetki vermesidir, sonucu başlatılmamış hukuk dışı bir savaş olsa bile savaş hukukunun bu insancıl kuralları uygulanacaktır.

III. No'lu Cenevre Sözleşmesi savaş esirleri ile ilgilidir. Bu Sözleşmeye halihazırda 189 ülke taraf olup, Sözleşmenin birçok maddesi, eğer hepsi değilse bile, teamül kuralı haline geldiğinden tüm ülkeler için bağlayıcıdır. Sözleşme'nin 13. maddesi savaş esirlerine daima insanca davranılması gerektiğini öngörmektedir. Buna göre tutsak alan tarafın, savaş esirlerini öldürmesi yada

¹¹ El-Cezire, 22 Mart 2003.

hayatlarını ciddi olarak tehlikeye atması yasaklanmıştır. Özellikle savaş esirlerine kötü muamele yapılması, tıbbi veya bilimsel deneylerde kullanılmaları yasaktır. Savaş esirlerinin daima korunacağı, onlara karşı onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı belirtilmiştir. Savaş esirlerinin her türlü gereksinimlerini karşılama yükümlülüğü, esir alan devlete aittir. Bu çerçevede savaş esirlerinin yiyecek-içecek, sağlık ve giyecek gereksinimleri karşılanacaktır.¹² Tercihen esirler askeri üniformalarını giyebileceklerdir. Esirler din ve ibadet hakkından yararlanabilecek, spor amaçlı faaliyetlerde bulunabileceklerdir.¹³

Savaş esiri konumunda olup korumadan yararlanma hakkını alacak kişiler 1949 Cenevre Savaş Tutsakları Sözleşmesi'nin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: a) Silahlı kuvvetler mensupları (Çatışan tarafa bağlı milis kuvvetleri ve gönüllü birlikler dahil) b) başlarında astlarından sorumlu bir kişi bulunması, uzaktan tanınabilir ayırmedici işaret taşıması, silahlarını açıkça taşıması ve savaş kurallarına uyması koşullarıyla çatışan taraflara bağlı öteki milis kuvvetleri ve direniş örgütleri dahil gönüllü birlikleri mensupları, c) silahlarını açıkça taşımak ve savaş kurallarına uymak koşullarıyla düşmanın yaklaşması üzerine düzenli bir ordu kurmaya zaman bulmadan ülkede kendiliğinden silahlanan işgal edilmiş bir ülkenin halkı, gibi guruplardaki kişiler savaş esirlerini oluşturmaktadırlar.¹⁴ 1977 tarihli Protokol I ile silahlarını yalnızca askeri operasyon sırasında yada bir saldırı öncesinde açıkça taşıyan çatışan taraf mensuplarının da üniforma giyme şartı olmadan savaş esiri olacağı hükme bağlanmıştır.¹⁵ Bunların savaş hukukunu ihlal etmiş olmaları da savaş esiri olma statülerinin verdiği korumayı kaybetmelerine yol açmamaktadır.¹⁶

Savaş esiri statüsü elde edememelerine rağmen tıbbi ve dini personel de savaş esirlerine sağlanan korumadan yararlanırlar. Bu guruplara giren kişiler hukuken 'yakalanmaya' tabi olmamakla birlikte 'tutulabilirler'.¹⁷ Bu tür personel tutulmaları esnasında görevlerini yerine getirebilirler.¹⁸ Ayrıca 1977 tarihli Ek Protokol I'e göre 15 yaş altı çocukların savaşta yer almalarının önlenmesi için mümkün olan her türlü tedbir alınacaktır.¹⁹ Buna rağmen 15 yaşın altındaki çocuklar savaş katılırlarsa ve karşı tarafın eline düşerlerse savaş esiri olup ol-

¹² Madde 15, 26, 27.

¹³ Madde 34-38.

¹⁴ Tüm guruplar için bakınız Madde 4 ve ayrıca PAZARCI (dn. 3), 237.

¹⁵ Madde 44(3). Madde 44(7) ise bu maddenin üniforma giyme genel uygulamasının kaldırıldığı niyetini taşımadığını belirtiyor.

¹⁶ Madde 44(2).

¹⁷ MCCOUBREY ve WHITE, *International Law and Armed Conflict*, Aldershot 1992.

¹⁸ 3 No'lu Cenevre Sözleşmesi, Madde 33.

¹⁹ Madde 77(2).

mamalarına bakılmaksızın savaş esirlerine sağlanan korumadan yararlanacaklardır.²⁰

Savaş esirleri ile ilgili olarak Irak'ta gündeme gelen ilk konuyu savaş esirlerinin görüntülerinin yayınlanıp yayınlanamayacağı oluşturmuştur. Iraklılardan önce Amerikalılar, teslim olan Iraklıların görüntülerini yayınlamışlardır. Iraklılar da teslim alınmış biri bayan beş Amerikalı askerin görüntülerini yayınlamışlardır. Görüntülerden anlaşıldığı kadarıyla savaş esirlerinden hiçbiri işkence ve kötü muameleye tabi tutulmamıştır. Küçük sıyrık ve yara-berenin çatışmalar neticesinde olduğu tahmin edilebilir. Kendilerine ekranlarda sorulan sorular da onur kırıcı nitelikte olmayıp isim, unvan, gibi kendini tanıttıcı ve 1949 Sözleşmesi uyarınca vermesi gereken bilgileri içermektedir.²¹

Savaşta esir almamayı emretmek²² yahut esir olma niyeti beyan edenleri öldürmek de savaş hukuku ihlalleri arasındadır.²³ Savaşta esir olmaya karar verenler bu niyetlerini belli ederek teslim olabilirler. Genelde izlenen yol beyaz bir bayrağın sallanarak teslim olunmasıdır. Buradaki sorun oluşturabilecek en önemli konu gerçekten teslim olmak isteyenler ile teslim olma bahanesi altında çatışan tarafa yaklaşarak onlara zarar vermek isteyenler arasında ayırım yapma zorluğunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim ellerinde beyaz bayrak olduğu halde ABD askerlerince öldürülmüş bulunan Iraklıların görüntüleri tüm dünyada tepkilere neden olmuştu. Eğer kişiler gerçekten teslim olma niyetinde iseler onlara zarar verilmesi suç oluşturur.²⁴ Tersine teslim olma bahanesini bir savaş yöntemi olarak kullanmak da yasaklanmıştır.²⁵ Beyaz bayrağı bir savaş yöntemi olarak kullanmak daha sonra gerçekten teslim olmak isteyenlere karşı kuşkulu yaklaşıma yol açacağından, belki de onların inandırıcılıklarını kanıtlamalarını zorlaştıracağından, bu tür ihlaller başka ihlallere yol açabilmektedir.

b. Paralı Askerler ve Gönüllüler

Paralı askerler (mercenary) Irak savaşında üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konuyu oluşturur. Paralı asker kavramının profesyonel ordularda bulunan ve yaptıkları hizmet karşılığı ücret alan kişiler ile karıştırmamak gerekir. ABD ve İngiliz orduları bu şekilde oluşturulmuş profesyonel ordulardır. Paralı askeri Protokol I özellikle savaşmak amacıyla orduya katılan, doğrudan çatışmalarda yer alan, kişisel çıkar amacıyla savaşan ve normalde savaşan tara-

²⁰ Madde 77(3).

²¹ Madde 17.

²² Protokol I, Madde 40.

²³ Protokol I, Madde 41.

²⁴ Protokol I, Madde 41.

²⁵ Protokol I, Madde 37.

fin aynı rütbelerinde yer alan kişilerden çok fazla maddi kazanım sözü verilen, çatışmaya taraf olan ve çatışmaya taraf olan devletin denetiminde olan ülkenin yurttaşı olmayan, ve çatışmaya taraf olmayan bir devletin silahlı kuvvetlerinin resmi görevlisi olarak gönderilmemiş kişiler olarak tanımlamaktadır.²⁶ Paralı askerlerin savaşı kabul edilmeyecekleri ve savaş esiri statüsünden yararlanamayacakları kabul edilmiştir.²⁷ Şu haliyle paralı askerler ‘kiralık katil’ konumdadırlar.

Amerikan ordusunda yer almak için vatandaş olma koşulunun bulunmaması ve internet üzerinden başvuruların yapılabilmesi sonucu çok sayıda Türk gencinin ABD ordusuna müracaat ettiğine dair haberler Türk medyasında yer almıştır. Bu kişiler başvuru gerekçelerini daha iyi bir yaşam standardına kavuşmak, hayatlarını yitirmeleri halinde ise aile gönençlerinin artacağı şeklinde açıklamışlardır. Bu kişilerin paralı asker konumuna girip girmeyeceği konusu tartışmalıdır. Bunların ABD ordusuna kabülleri ve çatışmalarda yer almaları halinde paralı asker sayılarak korumadan yararlanamayacaklarını ileri sürenler, bunların tamamıyla kişisel amaçlarla savaştıkları argümanını kullanabilirler. Bunların paralı asker olmadıklarını savunanlar ise bu kişilere ödenecek ücretlerin sıradan asker ücretinden fazla olmadığı, belki de az, görüşünü dile getirebilirler Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, sıradan ABD askeri ücreti verilse de bu kişilere, bunlar bu ücreti olağan bir ücretten daha farklı olarak bir ‘ganimet’ şeklinde algılayabilmektedirler. Bu kişilere önerilen ücretin Türkiye’deki asgari ücretin 10 katı civarında olduğu düşünülürse bu konu daha iyi anlaşılır. Önemli olanın verilen ücrete ilişkin algılama olduğu değerlendirilebilir.

Paralı askerlerin dışında çok sayıda Arap gönüllünün Irak’a savaşımaya gittiğine dair bilgiler de Iraklı yetkililer tarafından dünyaya duyurulmuştur. Eğer bu gönüllüler Irak silahlı kuvvetleri bünyesinde çarpışıyorlarsa, yakalanmaları halinde savaş esiri statüsünde değerlendirileceklerdir. Ayrıca bu kişiler kişisel menfaat yerine “ideolojik” nedenlerle çatışmalarda yer aldysalar, yine paralı asker tanımı içinde değerlendirilemezler. Şunu da eklemek gerekir, para karşılığı ABD ordusunda savaşı yabancı ülke yurttaşları da her zaman kişisel nedenlerle değil ‘demokrasi, özgürlük’ gibi ‘ideolojik’ nedenlerle orduda yer aldıklarını iddia edebilirler ki, bunların kişisel çıkar amacıyla savaştıklarının ispatı her zaman mümkün olmayabilir.

3. Irak Savaşı ve Geleneksel Savaş Suçları

Savaşta kullanılan silahları düzenleyen kuralların, antlaşmalar hukuku çerçevesinde düşünüldüğünde nispeten çok daha eski olduğu ve 1899 ve 1907 La Hey

²⁶ Protokol I, Madde 47(2).

²⁷ Protokol I, Madde 47 (1).

Sözleşmelerine dayandığı belirtilebilir.²⁸ Bu kuralların asıl amaçlarının, savaşlara gereksiz acı verilmesini önlemek ve sivil halkın, yerleşim yerlerinin ve sivil tesislerin zarar görmesinin önlenmesi olduğunu vurgulamak gerekir.

Bu çerçevede ciddi ihlallerin neler olduğuna ilişkin toplu bir liste ilk defa, tanımlanan suçlar açısından birbirlerinin bir kopyası olan Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Savaş Mahkemeleri'nin Statüleri'nde ortaya çıkmıştır. Ancak buradaki liste oldukça dar tutulmuş gözükmektedir.

Statü'ye göre bu ihlaller, sayılacaklarla sınırlı olmamak üzere şunları kapsar: Öldürme, işgal edilen bölgenin veya o bölgede bulunan sivil nüfusun öldürmesi, onlara kötü davranılması (*ill-treatment*) veya işgücü olarak ve benzeri maksatlarla yararlanmak için köle haline getirilmesi, savaş esirlerini veya denizdeki kişileri öldürme veya onlara kötü davranma, rehinelere öldürme, kamu veya özel mülkiyeti talan etme, şehirlere, kasabalara veya köylere yönelik olarak kasten yıkım uygulama veya askeri gereklilikle haklı gösterilemeyecek zararlar verme.

Yukarıdaki uluslararası sözleşmelerde belirtilen ihlallere ilişkin kurallardan hangilerinin yapılageliş değeri kazanıp bütün ülkeler için yükümlülük ifade ettiğini saptayan ilk önemli belgenin, eski Yugoslavya'da, 1991 yılından sonra yaşanan çatışmalardaki ihlalleri gerçekleştirenleri yargılamak için kurulmuş olan Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü olduğu söylenebilir.²⁹ Statünün 3. maddesine göre “savaş kuralları veya geleneklerinin ihlalleri”, gereksiz yere acı verecek zehirli veya diğer silahları kullanmak, bilerek şehirleri, kasabaları, köyleri yıkıma uğratmak veya askeri nedenlerle haklı bulunamayacak yıkıma yol açmak, savunmasız kasaba yada köyleri, sığınakları veya binaları bombalamak veya herhangi bir araçla buralara saldırmaktır.³⁰

Daha somut olarak bu suçlar, belirtilenlerle sınırlı olmamak üzere, şu şekilde sıralanmıştır: Gereksiz yere acı verecek nitelikte zehirli veya diğer silahların kullanılması, askeri gereklilikle haklı gösterilemeyecek şekilde şehirlerin, kasabaların ve köylerin kasten yıkıma uğratılması veya tahrip edilmesi, savunulmayan şehirlerin köylerin, evlerin veya binaların herhangi bir vasıta ile saldırılması veya bombalanması, dini, vakıfsal, ve eğitimsel, sanatsal ve bilimsel kurumlara, tarihi eserlere, ve sanatsal ve bilimsel eserlere el konulması, tahrip edilmesi veya kasten zarar verilmesi, kamusal veya özel mülkiyetin tahrip edilmesi.

²⁸ Bakınız HOWARD, *Prosecuting War Crimes and Genocide, The Twentieth-Century Experience*, Kansas 1999; PAZARCI (dn. 3), 200-301.

²⁹ Mahkeme hakkında kapsamlı bir değerlendirme için, bakınız ALPAKAYA, *Eski Yugoslavya İçin Ceza Mahkemesi*, Ankara 2002. Mahkeme, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından, tarafların doğrudan iradesi alınmadan kurulduğundan, yargı yetkisi kapsamına alınan suçların yapılageliş değeri kazandığına özellikle dikkat etmiştir.

³⁰ Daha ayrıntılı bilgi için, bakınız Madde 3.

Sadece taraf devletler için yükümlülükler getiren bir belge ise 1998 yılında imzalanan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü'dür. Statü, diğer suçları olduğu gibi savaş suçlarını da oldukça kapsamlı ve detaylı düzenlemiştir. Sonuçta, Statü'nün ilgili maddesi olan 8. maddede çok daha fazla suç fiili ve çok daha detaylı tanımlar bulmak mümkündür. Ancak, her ne kadar sayılan suçların ve getirilen tanımların bir çoğunun zaten yapılageliş değeri kazandığı belirtilecekken, Statü'nün sadece tarafları bağlaması nedeni ile burada ayrıntısı üzerinde durulmayacaktır.

Irak'ta, koalisyon güçlerinin başlangıçtaki korkularına rağmen, savaşta Irak ordusu tarafından zehirli veya nükleer silahların kullanıldığına dair herhangi bir rapor ortaya konmuş değildir. Ancak, bu çerçevede en çok gündeme gelen konunun, orantısız (*disproportionate*) ve sivil halk ile savaşımlar arasında ayırım yapmayacak (indiscriminate) kadar şiddetli bazı silah türlerinin özellikle de msket bombasının (*cluster bombs*-çevreye dağılan her bir parçası birer bomba etkisine sahip bir silah türü) kullanılmasıdır.

Basra'da msket bombası kullanıldığı ve bunların sivillerin ölümüne yol açtığı Uluslararası Af Örgütü (UAÖ) tarafından açıkça belirtilmiştir. Irak kuvvetlerinin ise, Kerkük civarında ve başka bazı yerlerde anti-personel mayınlar ve mayın tuzakları kullandığı rapor edilmiştir.³¹ 1 Nisan günü, al-Hilla'da kullanılan msket bombalarında 33 civarında sivilin öldüğü 300 civarında sivilin de yaralandığı bildirilmiştir.³² UAÖ'nün 3 Nisan'da yaptığı açıklamada İngiliz Hükümeti, msket bombası kullandığı için kınanmıştır. İngiliz Savunma Bakanı Geoff Hoon'un bu silahların kullanıldığını kabul ettiği de belirtilmiştir.³³

Açıktır ki, bu türden silahların kullanılması "savaş hukuku ve geleneklerinin" ağır ihlallerindedir.³⁴ Üstelik, ilgili antlaşma maddeleri, bu silahların kullanılmasının bazı durumlarda askeri gereklilik gibi nedenlerle maruz görüleceğine dair bir ibare de taşımamaktadırlar. Dolayısı ile, muhtemel bir yargı sürecinde, sorumluların bu suçlardan dolayı mahkum olması kaçınılmaz gözükmektedir.

Irak'ta, önemli sayıda sivil kayıplara yol açan kimi yasaklanmış savaş taktik ve yöntemleri de uygulanmış gözükmektedir. Savaş esnasında sivil kayıplara yol açacak aldatmacalar kullanmak savaş suçudur.³⁵ Koalisyon güçleri, çatışma

³¹ UAÖ Açıklaması, *Europe and the Crisis in Iraq Statement to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe*, 28 Mart 2003. AI Index: MDE 14/052/2003.

³² UAÖ Basın Açıklaması, AI INDEX: MDE 14/066/2003-2 Nisan 2003.

³³ UAÖ Basın Açıklaması AI INDEX: MDE 14/068/2003-3 Nisan 2003.

³⁴ UAÖ Basın Açıklaması, AI INDEX: MDE 14/066/2003-2 Nisan 2003.

³⁵ Bakanız Ek Protokol I, Madde 37. Sivil kayıplara yol açmayan, dolayısı ile de savaş hukuku kurallarının ihlaline neden olmayan kamuflaj veya sahte operasyonlar gibi aldatmacalar yasak değildir. UAÖ Kamuoyuna Açıklama, AI INDEX: MDE 14/063/2003-1 Nisan 2003.

boyunca seçtikleri hedefleri çok uzaklardan gönderilen füzeler veya havadan bombalama yolu ile yok etmeye çalışmışlardır. Bu çerçevede hedef şaşıran füzeler veya uçaklar önemli sivil kayıplara yol açmışlardır. Örneğin, ABD yetkilileri, bir füzenin yanlışlıkla Rutba'da 23 Mart günü bir sivil otobüse isabet etmesini ve beş Suriyeli sivilin ölümüne yol açmasını kabul etmiştir.³⁶ 28 Mart günü Bağdat'ta (*al-Shu'la*) bir pazar yerine düşen füze 62 sivilin ölümüne yol açmıştır. Bu olayda füzenin yanlışlıkla pazar yerini vurduğu iddialarının yanında, bu füzenin hangi tarafça fırlatıldığı da tartışma konusu olmuştur.³⁷ Aşağıda ayrıntısı inceleneceği gibi, koalisyon güçlerinin ayırım yapmayan msket bombası türünden silahlar kullanmaları da önemli sivil kayıplara yol açmıştır.

Bu tür olaylarda, koalisyon güçlerinin savunmalarını dayandırdıkları unsurlar daha çok Irak ordusunu kullandığı taktiklerdir. Bunlar, Irak ordusunun tesislerini ve savunma silahlarını sivil yerleşim yerlerine veya yakınlarına yerleştirmeleri, sivil giysiler kullanıp sivil halkın arasına karışmaları ve sivil görünümle yaklaşarak intihar saldırılarında bulunmaları gibi durumlardır.

Belirtilmelidir ki, Irak ordusunun, bu savaş esnasında Basra'da kendi halkını bombaladığı rapor edilmiştir. Öte yandan, askeri tesislerini ve silahlarını sivil tesislere çok yakın kurduğu da gözlenmiştir.³⁸ Hatta, Irak ordusunun sivil kıyafetlerle eylemler yaptığı da rapor edilmiştir.³⁹

Şüphesiz ki yukarıda belirtilen eylemlerin her biri başlı başına bir savaş suçudur. Ancak, bu türden gerekçeler, koalisyon güçlerinin sebep olduğu sivil kayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulmalarına yol açmamalıdır. Askeri yetkililer, seçtikleri her hedefin, siviller üzerindeki etkisini hesaplama sorumluluğuna sahiptirler.⁴⁰ Şüphesiz ki, bu konuda ayrıntılı inceleme, belirlenecek otoritelerce yapılmalı ve sorumluları yargı organlarınca tespit edilmelidir.

4. İşgal Eden Güçlerin Sorumlulukları

Irak'ta, savaş fiilen bittikten sonra yaşananlar neredeyse savaş esnasında yaşanan trajediler ve ihlaller kadar gündeme yansımıştır. Yaşanalar, hemen her işgal edilen bölgede olduğu gibi mevcut düzenin çökmesi sonucu başlayan yağ-

³⁶ UAÖ Basın Açıklaması, AI INDEX: MDE 14/071/2003-8 Nisan 2003.

³⁷ İngiliz *Independent* Gazetesi, füzenin ABD'ye ait olduğuna dair kanıtlar olduğunu ileri sürmüştür. UAÖ Basın Açıklaması, AI INDEX: MDE 14/071/2003-8 Nisan 2003.

³⁸ UAÖ Basın Açıklaması AI INDEX: MDE 14/056/2003-28 March 2003.

³⁹ UAÖ Basın Açıklaması, AI INDEX: MDE 14/064/2003-1 Nisan 2003; UAÖ Basın Açıklaması, AI INDEX: MDE 14/071/2003-8 Nisan 2003.

⁴⁰ UAÖ Açıklaması, *Europe and the Crisis in Iraq Statement to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe*, 28 Mart 2003. AI Index: MDE 14/052/2003.

ma, yakıp-yıkma, öç alma, temel ihtiyaçların ve hizmetlerin sağlanamaması gibi durumlardan kaynaklanmıştır. Bu durum, uluslararası insancıl hukuk tarafından öngörülmemiş bir durum değildir. İlgili uluslararası insancıl hukuk kuralları, çatışmalar sonucu yabancı kuvvetlerin kontrolüne geçmiş bölgelerde nüfusunun temel haklarının korunmasını sağlamak amacıyla yöneliktir.⁴¹

Bir devlet ülkesinin başka bir devletçe işgal edilmesi, işgal edilen ülkede işgal rejiminin uygulanmasını gerektirmektedir.⁴² İşgal, bir ülke üzerinde davet edilmemiş bir idari kontrolü ifade etmektedir.⁴³ İşgalin silahlı çatışma sonucu yada karşı koyma olmaksızın oluşması arasında bir fark bulunmamaktadır.⁴⁴ 1907 tarihli La Hey IV. No'lu Sözleşmesi'nin eki Yönetmeliğin 42. maddesi işgal edilen toprakların yönetiminin düşman ordusuna geçtiği yerlerde bu yönetmelik hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir.

Burada “işgal” yada “işgalci güç” kavramları, yapılan savaşın veya elde tutulan kontrolün hukuk dışı olup olmadığı ile ilgili değildir. Bu nitelikteki kurallar daha ziyade, böyle bir durumda bölge nüfusunun temel haklarını korumakla ilgilidir.⁴⁵ Bu kurallar arasında temel nitelikte olanlardan birisi, işgalci gücün, bölgedeki yasal düzende temel nitelikli değişiklikler yapamayacağıdır. Dolayısı ile, işgal, uluslararası hukuk tarafından geçici niteliğe sahip bir durum olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan, kurallar işgalci güçlerin güvenlik ve askeri ihtiyaçlarını da dikkate alır ve bölge halkının hakları ile bir denge oluşturmaya çalışır.

IV No'lu La Hey Sözleşmesi 43. maddesi öngörmektedir ki, meşru otoritenin gücünün, işgal eden gücün eline geçmesi durumunda, işgal eden güç, tamamen engellenmedikçe o ülkedeki yasalara saygı göstererek ve elindeki bütün imkanları kullanarak mümkün olduğunca, kamu düzenini ve güvenliğini yeniden sağ-

⁴¹ İşgal eden gücün yükümlülüklerini düzenleyen hukuk kurallarının kaynakları temelde şunlardır: IV No'lu La Hey Sözleşmesi (the Laws and Customs of War on Land), 18 Ekim 1907; IV No'lu Cenevre Sözleşmesi (the Protection of Civilian Persons in Time of War), 12 Ağustos 1949, özellikle Madde 27; Ek Protokol I'in 75. maddesi (Protocol Additional to the Geneva Conventions and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts), 12 Ağustos 1949; İlgili yapılageliş kuralları. Ayrıca bakınız KAYA, *Hostile Occupation and International Law*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9 Sayı 1-2, 2001.

⁴² PAZARCI (dn. 3), 180.

⁴³ MCCOUBREY ve WHITE (dn. 17).

⁴⁴ Cenevre Sözleşmeleri, ortak Madde 2 ve *ibid*.

⁴⁵ IV No'lu La Hey Sözleşmesi'nin 42. maddesi şunu belirtmektedir: “Bir bölge, düşman güçlerinin kontrolüne geçti ise işgal edilmiş topraklar olarak değerlendirilir. İşgal sadece bu kontrolün kurulduğu ve uygulandığı yerlerle sınırlıdır.” IV No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre, çatışmanın taraflarından birinin veya işgalci gücün kontrol ettiği yerdeki vatandaşları olmayan siviller “korunan kişiler” statüsündedir ve Sözleşme'de belirtilen haklara sahiptir.

lamalıdır ve güvence altına alınmalıdır.

İşgalcinin bir yükümlülüğü de o ülkede halihazırda geçerli olan hukuk kurallarına saygı göstermektir. Bunun istisnası “kesin bir engelin olmasıdır”.⁴⁶ IV No’lu Cenevre Sözleşmesi’nin 64. maddesini bunu doğrulamaktadır. Buna göre, işgal edilen ülkenin ceza hukuku işgal gücü tarafından onun güvenliğine tehdit oluşturması yada Sözleşmenin uygulanmasını engellemesi üzerine yürürlükten kaldırılmadıkça veya askıya alınmadıkça geçerli olacaktır.⁴⁷ Irak ile ilgili olarak yapılan açıklamalarda, hangi kanunların yürürlükten kaldırıldığı yönünde bir bilgi mevcut değildir. Bazı hapisanelerdeki mahkumların salıverildiği bilgisi ise, Irak yönetimi tarafından özellikle rejime ilişkin suçlardan tutuklu bulunanların salıverilmiş olabileceği ihtimalini akla getirmektedir. Baas rejiminin baskıya yönelik hukuk kurallarının kaldırılabilirliğini düşünmek gerekebilir. Nitekim Şiilerin Kerbela’da toplanması hadisesinde de görüleceği üzere insan haklarını kısıtlayan kuralların kaldırıldığı duyurulmamış olsa bile, bunların uygulanmadığı görülmektedir.

Irak’ta, Saddam Hüseyin rejiminin fiilen ortadan kaldırılması sonucu tam manası ile bir otorite boşluğu yaşanmıştır. Hemen her büyük şehirde yağmalama eylemleri başlamıştır. Bu yağmalama eylemleri sadece özel mülkiyete değil kamu hizmeti gören kurumlara, örneğin hastanelere ve müzelere de yönelmiştir. Bunun sonucunda temel ihtiyaçlar ve hizmetler görülememiş, temel ihtiyaç maddelerinin temini, genel temizlik hizmetlerinin ve sağlık hizmetlerinin, asayiş ve güvenliğin sağlanamaması gibi durumlar ortaya çıkmıştır.

Öte yandan, savaştan sora yeni yönetimin kurulmasına ilişkin olarak veya genel bir hoşnutsuzluk sonucu koalisyon güçlerine karşı yapılan protesto gösterilerinde, koalisyon güçleri göstericilere çok sert tepkiler göstermişlerdir. Örneğin, 16 Nisan’da Musul’daki gösteriler esnasında ABD güçlerinin açtığı ateş sonucu en az üç kişi ölmüş 12 kişi de yaralanmıştır. Ertesi gün benzeri bir olayda 10 sivil yaşamını yitirmiş ve 16’sı da yaralanmıştır.⁴⁸

Oysaki, özellikle ABD ve İngiltere güçleri “işgal eden güçler” olarak kontrol ettikleri bölgelerde insan haklarını ve insancıl hukuk kurallarını uygulama yükümlülüğü altındadırlar. Burada dikkati çeken durum, ABD yetkililerinin, Irak’ta kontrolü ele geçirmedikleri ve dolayısı ile olanlardan sorumlu olmadıkları

⁴⁶ Yönetmelik, Madde 43. NATO müdahalesinden Kosova’da oluşturulan geçici yönetim Kosova’nın özerkliğinin kaldırıldığı 1989 sonrası yapılan yasaları ayrımcı saymış ve bunların geçerli olmadığını ilan etmiştir. Michael Matheson, *United Nations Governance of Postconflict Societies*, American Journal of International Law, Cilt 95 Sayı 76, 2001, 80.

⁴⁷ 4 No’lu Cenevre Sözleşmesi, Madde 64.

⁴⁸ UAÖ Basın Açıklaması, AI INDEX: MDE 14/094/2003-17 Nisan 2003.

iddiasını öne sürmeleridir. Ancak, genel ifadelerle belirtmek gerekirse, 9 Nisan 2003 tarihinde, Bağdat'ın ele geçirilmesi ile Irak'ta mevcut otoritenin ortadan kalktığı ve işgal edilen topraklarda kontrolün Koalisyon Güçleri'ne geçtiği kabul edilmelidir.⁴⁹ Bu kontrolün resmileştirilmesi, savaş hukuku prensiplerince beklenen bir durum değildir. Burada, kontrolün fiilen yabancı güçlerin eline geçmesi yeterli olmaktadır.

İşgalci devlet, işgal edilen ülkede yargı başta olmak üzere görevlilerin statüsünü değiştirmemekle yükümlüdür.⁵⁰ Bağdat'ın işgaliyle birlikte özellikle yağma olaylarına karşın işgal kuvvetlerinin Bağdat polis yetkilileriyle görüşmesi ve polisin güvenlik sağlama fonksiyonunu gerçekleştirmesi yönünde adımlar atması bu yönde değerlendirilebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, Irak rejimi baskıya dayanan otoriter bir rejim olmuş ve pek çok kamu görevlisi bu rejimin bir uzantısı olarak görevlerini icra etmiştir. Bir ülkenin özgürleştirilmesi için yapıldığı açıklanan savaşın ardından, işgal kuvvetlerinin önceki rejim tarafından göreve getirilmiş ve muhtemelen insan hakları ihlalleri de dahil olmak üzere pek çok bakımdan şüpheli eylemlerin içinde olmuş kişilerle çalışması pek de beklenen bir davranış olmayabilir.

Öte yandan, düzen sağlanması konusunda, koalisyon güçlerinin sayıca yetersiz olduklarına ilişkin gerekçeler karşısında çoğu kez dile getirilen görüş ise bu güçlerin petrol kuyularını korumada gösterdikleri hassasiyet ve beceriyi hastaneleri ve müzeleri korumada pekala gösterebilecekleridir.

Ayrıca bu güçler, hem savaş esnasında hem de savaş fiilen bittikten sonra, bölgede faaliyet gösteren yardım kuruluşlarının faaliyetlerini kolaylaştırma yükümlülüğüne sahiptirler. Oysa Irak'ta, bu tür kuruluşların sivil halka ulaşım imkanlarının da kısıtlanmış olduğuna şahit olunmuştur.⁵¹

5. Suçluların Yargılanması

Günümüze kadar, her silahlı çatışma uluslararası insancıl hukuk ihlallerini beraberinde getirirken, asıl sorun bu ihlalleri gerçekleştirenlerin adalet önüne çıkarılması olmuştur.⁵² 20. yüzyılda, yaşanan silahlı çatışmaların çok büyük bir

⁴⁹ BM genel Sekreteri Kofi Annan, 10 Nisan'da yaptığı açıklamada, Irak'ta hükümetin çöktüğünü ve yağmalamalar konusunda Koalisyon Güçleri'nin Cenevre Antlaşmalarından kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirmeleri gerektiğini bildirmiştir. BBC World News, 10 Nisan 2003.

⁵⁰ 4 No'lu Sözleşme Madde 54.

⁵¹ UAÖ Açıklaması, AI INDEX: MDE 14/060/2003-31 Mart 2003.

⁵² BEIGBEDER, *Judging War Criminals The Politics of International Justice*, Londra 1999, 25-26.

kısımında bile, ihlalleri yapanlar yargı önüne çıkarılmamıştır. Buna, ABD ve diğer güçlerin 1991 yılında Irak'a düzenledikleri silahlı müdahale de dahildir.⁵³

Irak'ta yaşanan ihlallerin kapsamlı bir biçimde ve tarafsız bir soruşturma ile tespit edilip edilmeyeceği ve ihlalleri gerçekleştirenlerin yargı önüne çıkarılıp çıkarılmayacağı da ön plana çıkan hukuksal sorunlardandır. Sorumluların nasıl yargılanacağına ilişkin ortaya çeşitli alternatifler atılmaktadır.⁵⁴

Bu alternatiflerden birisi, yargılamaların ABD tarafından kurulacak askeri ceza mahkemeleri veya komisyonları tarafından yapılmasıdır. ABD, işgal eden ülke olarak Irak'ta bu maksatla mahkemeler kurabilir.⁵⁵ IV No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesine göre, bireysel yada toplu olarak korunmuş kişilerin işgal altındaki ülkeden başka bir yere nakli mümkün değildir. Bu yasağı pekiştirmek amacıyla sözü edilen Sözleşme'nin 147. maddesi korunmuş kişilerin sınır dışı yada nakil edilmelerini ağır ihlaller kategorisinde değerlendirmektedir. Ancak, sorumluların ABD'nin kuracağı mahkeme yada komisyonlarca yargılanması seçeneğinin iyi bir seçenek olmadığını gösteren nedenler vardır. Siviller ve uluslararası hukuku ihlal edenlerin askeri mahkemelerce yargılanması uygun bir yöntem olmayacaktır. Ayrıca, ABD mahkemeleri taraflı görülecektir ve yargılamalar, tıpkı Nuremberg ve Tokyo örneklerinde olduğu gibi "kazananların adaleti" olarak nitelenecektir.⁵⁶

Diğer teklifler ise uluslararası mekanizmalara ilişkindir.⁵⁷ Hemen belirtmek gerekir ki her iki tarafın da Statüsü'ne taraf olmadığı yeni kurulmuş Uluslararası Ceza Mahkemesi bu nedenle burada işlevsel değildir. Diğer uluslararası mekanizmalarla ilgili olarak ise bazı şartların sağlanmasına dikkat edilmelidir. Önce-

⁵³ Bu konuda bir değerlendirme için bakınız BERES, *The United States Should Take the Lead in Preparing International Legal Machinery for Prosecution of Iraqi War Crimes*, Virginia Journal of International Law, Cilt 31, 1991, 381.

⁵⁴ Belirtilmelidir ki, savaş suçları evrensel yargı yetkisine tabi suçlar olduğundan, suçlananlar herhangi bir devlet mahkemesince yargılanabilir veya iade edilebilirler. Örneğin, Irak Savaşı esnasında yaşanan ihlaller nedeni ile Belçika'da, Avukat Jan Fermon, Belçika yerel mahkemesinde, Koalisyon Güçleri komutanı Orgeneral Tomy Franks aleyhine dava açmıştır. Bakınız *Hürriyet Gazetesi*, 29 Nisan 2003.

⁵⁵ Çatışmalar esnasında, bazı İngiliz komutanlar çok sayıda Irak savaş suçlusunu ele geçirdiklerini duyurmaktaydılar Örneğin, Basra'da görev yapan İngiliz yüzbaşı All Lockward'un açıklaması. Koalisyon Güçleri Basın Sözcüsü Tuğgeneral Brooks, basın açıklamasında Irak güçlerinin işlediği savaş suçlarına da bakıyoruz açıklamasını yapmıştır. BBC World News, 6 Nisan 2003.

⁵⁶ MINEAR, *Victor's Justice-The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton 1973.

⁵⁷ Burada ayrıntıya girilmeyecektir. Detaylı bir tartışma için, bakınız UAÖ Açıklaması, *Iraq, Ensuring Justice For Human Rights Abuses* AI INDEX: MDE 14/085/2003-11 April 2003.

likle, Birleşmiş Milletler, kuracağı bir uzmanlar komisyonu vasıtası ile ihlallere ilişkin soruşturmalar yapıp tarafsız ve güvenilir raporlar ortaya koymalıdır. Sorumlularının nasıl bir mekanizma ile yargılanacağını da ayrıca tespit edilmesi gerekir. İkinci olarak, bu süreçlere Irak'tan sivil toplum kuruluşlarının katılımı mutlaka sağlanmalıdır.

Oluşturulacak adalet sisteminde ise belirli prensiplere göre hareket edilmelidir. Öncelikle, bağımsızlığı ve tarafsızlığı gölgelenmemiş bir yargı organı oluşturulmalıdır. Yargı süreci herkesi ve uluslararası hukukun ihlalden doğan bütün suçları kapsamalıdır. Belirli kişilere af öngörülmemelidir.⁵⁸ Yargılamalar adil olmalı, ölüm cezası, işkence ve kötü muamele olmamalı, zarar gören mağdurlara tazminat sağlanmalıdır.⁵⁹

SONUÇ

Çalışmamız her şeyden önce göstermiştir ki, uluslararası hukuk 19. yüzyıldan beri gösterdiği gelişme sonucu, savaşın başlatılmasına, yürütülmesine, kullanılacak silah ve taktiklere, savaş esnasında sivillere ve çeşitli nedenlerle savaş dışı kalmış kişilere nasıl davranılacağına ilişkin detaylı kurallar içermektedir. Hatta, silahlı çatışmalar sonucunda, belirli bir bölgenin veya ülkenin yabancı güçlerin işgaline uğraması sonucu, işgal edenlerin sorumluluklarını ve bölgede yaşayanların haklarını da düzenlemektedir. Öte yandan, bu kuralların ihlali sonucu oluşan suçların ve bu suçları işleyenlerin soruşturulup yargılanmasına ilişkin de bazı örnekler yaşanmış ve önemli bir aşama kat edilmiştir.

Çalışmada, Irak savaşına ilişkin ihlaller tespit edilmeye ve önceden belirtilen kurallar temelinde irdelenmeye çalışılmıştır. İlk saptamamız bizzat Irak'a saldırınının başlatılmasının bir uluslararası hukuk ihlali olduğudur. Henüz Irak savaşı esnasında yaşanan ihlallere ilişkin raporlar yetersiz olmasına rağmen, bazı kuruluşların raporları ciddi ihlallerin yaşandığını göstermektedir. Çatışan her iki taraf için de, özellikle sivil halka ve sivil kurum ve tesislere ciddi zararlar verilmesi, savaş esnasında kullanılan kimi silah türleri nedenleri ile sorumluluktan bahsetmek mümkündür. Çatışmalar fiilen bittikten sonra koalisyon güçlerince kontrol edilen bölgelerde sorumlulukların tam anlamıyla yerine getirilmediği de görülmektedir.

Şüphesiz ki, bu ihlalleri gerçekleştirenlerin, hatta emri altında bulunanlarca gerçekleştirilen eylemlerden komutanların şahsen sorumluluğu vardır. Üstelik,

⁵⁸ Tokyo Mahkemesi örneğinde, Japon İmparatoru ve birçok Japon yetkili yargılamalardan muaf tutulmuştur. Bu da, Tokyo Mahkemesi üzerindeki bir başka kuşkuyu oluşturmuştur.

⁵⁹ Bu konuda daha ayrıntılı bir inceleme için bakınız UAÖ Açıklaması, *Iraq Ensuring Justice For Human Rights Abuses* AI INDEX: MDE 14/085/2003-11 Nisan 2003. Yargılama usulü için bakınız AKSAR, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku*, Ankara 2003.

kişilerin resmi statüleri, veya emir doğrultusunda hareket etmiş olmaları, bu sorumluluklarını ortadan kaldırmayacaktır.

Öte yandan, bu ihlallerin kapsamlı bir biçimde ve tarafsız bir soruşturma ile tespit edilip edilmeyeceği ve ihlalleri gerçekleştirenlerin yargı önüne çıkarılıp çıkarılmayacağı da ayrı bir konudur. İhlallerin araştırılması ve sorumlularının cezalandırılması, bu maksatlarla BM Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulacak uzmanlar komisyonu ve ardından *ad hoc* nitelikli bir ceza mahkemesince, yukarıda belirtilen prensipler doğrultusunda yapılmalıdır. Burada da işin içine uluslararası politikanın ve özellikle de ABD'nin etkisinin gireceği hesaplanırsa, Irak'ta savaş suçu işleyenlerin, özellikle de koalisyon güçlerinden olanların yargılanmasına ilişkin ihtimal pek güçlü gözükmemektedir.

ULUSLARARASI HUKUKTA BM BARIŞKORUMA KUVVETLERİNİN DEĞİŞEN ROLÜ

M.Akif KÜTÜKÇÜ*

I- GİRİŞ

BM'nin en önemli amacı “uluslararası barış ve güvenliği sağlamaktır”.¹ Bununla beraber soğuk savaş döneminde Örgüt'ün bu amacını gerçekleştirmesinin zor olduğu görülmüştür. BM'nin kurulduğu 1945 tarihinden itibaren yirmi milyon insanın ölümüne yol açan yüzden fazla önemli çatışma ortaya çıkmıştır. BM, soğuk savaş politikaları yüzünden bu krizlerin çoğuna müdahale edememiştir. Bu dönemde Güvenlik Konseyinde verilen 279 veto², BM'yi işlemez hale getiren fikir ayrılığına ait bir göstergedir. Bununla beraber Soğuk savaşın sona ermesi, Güvenlik Konseyinde yeni bir işbirliği ortamı doğurmuştur. Bunun sonucunda da Güvenlik Konseyi, yeni barışı koruma işlevleri için yoğun bir taleple karşılaşmıştır. Bu talep, BM'ye silahlı uyuşmazlıkları önlemesi ve çözümlenmesi yoluyla uluslararası barışı korumayı amaçlayan temel görevlerini tekrar vermiştir.³

Uluslararası barışı gerçekleştirmede başlıca sorumluluk BM Güvenlik Konseyine verilmiştir.⁴ BM Andlaşması'nın VI. ve VII. Bölümleri, Konseyin tasar-

* Yrd. Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ BM Andlaşması Önsözü ve BM Andlaşması mad.1/1.

² GHALI, Boutros, An Agenda for Peace Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping, Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, A/47/277-S/24111 17 June 1992, www.un.org/Docs/SG/agpeace.html (03.10.2003); PECK, “Julianne, The U.N. and the Laws of War: How Can the World's Peacekeepers Held Accountable?” Syracuse Journal of International Law and Commerce; Spring 1995, Volume 21, s.283-284.

³ GHALI, An Agenda for Peace, www.un.org/Docs/SG/agpeace.html (03.10.2003).

⁴ BM Andlaşması, mad.24/1.

rufuna, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden durumlar ve uyuşmazlıkları ele alan çeşitli yetkileri vermektedir. Bölüm VI, uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarını düzenlemekte,⁵ Bölüm VII ise, uluslararası barış ve güvenlik tehdit edildikten veya bozulduktan sonra uluslararası barış ve güvenliği sürdürmeye veya yeniden kurmaya yönelik hükümler içermektedir.⁶

BM Andlaşması'nın VII. Bölümünün öngördüğü sistem İkinci Dünya Savaşı sonrası koşulların etkisiyle işlemez duruma düşmüş, uygulamada hiç kullanılmamıştır.⁷ Söz konusu sisteme ilişkin BM Andlaşması'nın yetkili organlara tanıdığı geniş inisiyatif çerçevesinde ve pragmatik olarak barışkoruma kuvvetleri ortaya çıkmıştır.⁸

Barışın korunması, idamesi ve uyuşmazlıkların ve çatışmaların savaşa varmadan önlenmesi amacıyla oluşturulan çok uluslu müşterek kuvvetlerle yapılan hareketler oldukça geniş bir alana yayılan faaliyetleri kapsayan yeni ve kapsamlı bir kavramdır. BM Genel Sekreteri, barışkorumayı, "ilgili tarafların rızasıyla uluslararası barış ve güvenliğin korunması çerçevesinde çatışmaların önlenmesi ve barışın sağlanmasına katkıda bulunmak amacıyla zor kullanma yetkisi olmayan askeri ve sivil personelden oluşan Birleşmiş Milletler varlığının sorunlu bölgeye yerleştirilmesi"⁹ olarak tanımlamaktadır. Barışkoruma kuvvetleri, çatışma ve bunalımları yumuşatmak, büyümelerini önlemek ve uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümüne yardımcı olmak için başvurulmuş bir araçtır.¹⁰ Barışkoruma, ilgili tüm tarafların onayıyla, normal olarak BM'nin asker ve/veya polis güçleri ve çoğunlukla sivil personelin de katılımıyla, bir BM biriminin çatışma bölgesinde konuşlandırılmasıdır. Barışkoruma, hem çatışmanın önlenmesini hem de barış yapılması olanaklarını genişleten bir yöntemdir.¹¹

İlk barışkoruma hareketinin oluşturulmasına Mayıs 1948'de Arab-İsrail savaşının ateşkes andlaşmasını denetlemek için Güvenlik Konseyi kararıyla karar verilmiş, iki hafta sonra Orta Doğuya ilk barışkorumacılar olarak 36 silahsız askeri gözlemci grubu BM Orta Doğu Ateşkes İzleme Teşkilatı(UNTSO) adı altında gönderilmiştir. İlk askeri kuvvet içeren barışkoruma kuvveti ise, 1956'da Süveyş krizi sonrası ateşkesi gözetlemek üzere Genel Kurul tarafından kurulan

⁵ BM Andlaşması, mad.33-38.

⁶ BM Andlaşması, mad.39-51.

⁷ AREND, Anthony Clark/BECK, Robert J., *International Law and the Use of Force, Beyond the United Nations Charter Paradigm*, London and New York 1993, s.57.

⁸ NALCIOĞLU, Orhan, *Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Harekatının Hukuksal Esasları*, Ankara 1997, s.1; KARAOSMANOĞLU, Ali L., *İç Çatışmaların Çözümü ve Uluslararası Örgütler*, İstanbul 1981, s.129.

⁹ GHALI, *An Agenda for Peace*, www.un.org/Docs/SG/agpeace.html (03.10.2003).

¹⁰ KARAOSMANOĞLU, *age*, s.128.

¹¹ GHALI, *An Agenda for Peace*, www.un.org/Docs/SG/agpeace.html (03.10.2003).

(BM Acil Durum Kuvveti)UNEF'dir. Yarım yüzyıl sonra ise büyük çoğunluğu askerlerden oluşan yüzbinlerce kişi 53 BM Barışkoruma Harekatında görev almış, 1650'den fazla askeri ve sivil barışkorumacı görevini yaparken ölmüştür.¹²

Barışkoruma kuvvetinin amaçları değişik olabilir. Harekat, bir amaca yönelebileceği gibi birden çok amaca da yönelmiş olabilir. Amaç, şunlardan biri veya birkaçı olabilir; olası bir çatışmanın veya geçmişteki bir çatışmanın patlak vermesinin önlenmesi, tarafları ayırma yani tampon görevi görmesi, bozulan bir durumun eski hale getirilmesi, henüz bozulmamasına rağmen tehdit altındaki barışın korunması, andlaşmaların uygulanmasını sağlamak suretiyle siyasal çözüm ve uzlaşmanın kolaylaştırılması, kamu düzeninin, güvenliğinin ve hizmetlerinin yerine getirilmesinin sağlanması.¹³

Uygulamada, barışkoruma hareketleri iki şekilde yapılır: Gözlemci gruplar ve askeri kuvvet içerenler. Gözlemci gruplar, az sayıda kişiden oluşan ve görevi sorun olan yere gidip Genel Sekreter'e ve Güvenlik Konseyi'ne rapor vermek olan gruplardır. Bunlar kural olarak askeri personel olmasına rağmen, birlik bazında değil, kişi bazında görev yaparlar. Bu nedenle kuvvet sayılmazlar ve kural olarak silah taşımazlar. Askeri kuvvet içerenler ise daha büyük sayıda ordulardan oluşur ve yetkileri daha geniştir. Bunlar, bir silahlı çatışma olan yere, daha fazla çatışma olmasını engellemek, ateşkesi gözlemek, askerden arındırılmış bir bölgeyi tutmak ve dış müdahaleyi önlemek gibi çok çeşitli amaçlarla yerleştirilebilir.¹⁴

Geleneksel barışkoruma hareketleriyle BM Andlaşması VII.Bölüm uyarınca Güvenlik Konseyi kararıyla gerçekleştirilen askeri müdahale arasındaki fark açıktır. Çünkü, barışkoruma birlikleri ve askeri gözlemcilerin BM gözetimi altında oluşturulması her zaman çatışan tarafların rızasına bağlı olmuştur. Ancak, genellikle ikinci nesil barışkoruma veya bazı zorlayıcı unsurlar içeren karışık barışkoruma olarak adlandırılan yeni ortaya çıkan hareketler nedeniyle zorlayıcı müdahale ve barışkoruma arasındaki fark gittikçe belirsizleşmektedir. Aslında BM'nin barışkorumayı içeren terminolojisi son zamanlarda daha da karmaşıklaşmıştır.¹⁵ Barışın korunması, idamesi ve uyumsuzlukların ve çatışmaların savaşa varmadan önlenmesi amacıyla oluşturulan çok uluslu müşterek kuvvetlerle yapılan hareketler; oldukça geniş bir alana yayılan faaliyetleri kapsayan yeni

¹² www.un.org/Dept/dpko/dpko/intro/intro.htm (14.10.2003).

¹³ BOZKURT, Enver, Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı, 2. Baskı, Ankara-2003, s.82.

¹⁴ BOZKURT, age, s.82-83: AREND/BECK, age, s.66.

¹⁵ MALANCZUK, Peter, Akehurst's Modern Introduction to International Law, Seventh, Revised Edition, London and New York 1996, s.416.

ve kapsamlı bir kavramdır. Bu hareketlar; barışı sürekli kılmak için gerekli koşulların oluşturulması ve koşulların idame ettirilmesini sağlar. Barış hareketları; doktrinsel çerçevede ilgili direktifler ve uluslararası mevzuat açısından açıklanmakla birlikte, bu hareketların karmaşık ve farklı niteliği nedeniyle, bu konuda ayrıntılı tek tip bir model ortaya konulamamaktadır.¹⁶

II- HUKUKSAL TEMELLERİ

BM Andlaşması'nda, barışkoruma hareketına ilişkin doğrudan ve açık bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁷ Barışkoruma hareketına ilişkin yazılı bir kuralın bulunmaması yanında, özel bir kuram da henüz geliştirilmemiştir. Barışkoruma kavramı bir BM buluşudur.¹⁸ Kavram ortaya çıktığı yıllarda özü itibarıyla ihtiyaç ve zorunluluktan doğan bir uygulamayı belirtmek için kullanılmıştır. Yazılı bir kuralı bulunmayan hareket, karakteristiklerini doğan ihtiyaçlara göre geliştirmiş, uygulama ile gelişen bu özellikler zamanla hukuksal bir değer kazanmıştır.¹⁹

BM uygulamalarına bakıldığında, barışkoruma kuvvetlerinin, genellikle BM Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulduğu görülmektedir. Bununla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin gerekli kuvveti oluşturamadığı durumlarda, barışkoruma hareketi BM Genel Kurulu tarafından yetkilendirilebilmektedir.²⁰ Bütün devletler, barışkoruma hareketında yer almaya gönüllü olarak katılırlar ve istedikleri an geri çekilebilirler. BM askerleri savaşın değil barışın askerleridir. Her devletin askeri, kendi devlet üniformasını giymektedir. Bu askerlerin BM Barışkoruma Kuvveti oldukları, başlarına giydikleri mavi berelerden veya taşıdıkları BM rozetinden anlaşılmaktadır.²¹

¹⁶ ODMAN, Tefik, Uluslararası Uyuşmazlıkların Yargı Dışı Barışçıl Yöntemlerle Çözümlemesi ve Barışı Destekleme Operasyonları, Birinci Baskı-Nisan 2002, Çağ Üniversitesi Yayını, s.111.

¹⁷ ODMAN, age, s.111; www.un.org/Depts/dpko/dpko/intro/1.htm (14.10.2003).

¹⁸ Bölge anlaşmaları veya örgütleri de, zaman zaman barışkoruma hareketlarına başvurmuşlardır. Birleşmiş Milletler Andlaşmasında olduğu gibi bu örgütlerin kurucu andlaşmalarında da barışkoruma hareketlarına ilişkin özel hükümler bulunmamaktadır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. DIEHL, Paul F., International Peacekeeping, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1993.

¹⁹ NALCIOĞLU, age, s.18.

²⁰ MURPHY, Ray, "United Nations Military Operations and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?", Criminal Law Forum 14, 2; Career and Technical Education 2003, s.160; ARIBOĞAN, Deniz Ülke, "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sağlanmasında Bir Araç Olarak Birleşmiş Milletler ve Temel Sorunları", Avrasya Dosyası, İlkbahar 2002(BM Özel Sayısı), Cilt 8, Sayı 1, s.135.

²¹ DURAN, Hasan, Birleşmiş Milletler ve İnsani Müdahale, İÜ SBE (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul-2001, s.57.

Barışkoruma, BM Andlaşmasında açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen, bu belge BM'ye barışkoruma görevlerinin de yüklenebileceği esnek bir belge olarak yorumlanmıştır.²² Andlaşma, Güvenlik Konseyi'ne ve Genel Kurul'a uluslararası barış ve güvenliği sağlamak üzere geniş bir inisiyatif tanımıştır. Bu çerçevede hareket eden Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul, andlaşmada yer alan usul ve esaslara uyarak barışkoruma kuvveti oluşturabilir. Barışkoruma kuvvetinin süresi, uzatılıp uzatılmayacağı, hareketin niteliği ve etkinliğine ilişkin her türlü sorun barışkoruma kuvvetini kuran organ tarafından incelenmekte ve karara bağlanmaktadır. Bu uygulamayı ilk başlatan Güvenlik Konseyi olmuş, ama daha sonra Genel Kurul da gerekli gördüğü durumlarda barışkoruma hareketına karar vermiştir.

Askeri personel, Genel Sekreter'in yönetimi altındadır. O da sürekli olarak barışkoruma kuvvetini kuran organa rapor verir. Genel Sekreter'in rolü yaşamsaldır. Kuruluş aşamasında, gerekli olan planları Genel Sekreter hazırlamaktadır. Taraflara danışarak bir tavsiyede bulunur. Bu tavsiye, gücü kuracak organda ve finansmanı için de Genel Kurul'da oylanır. Bundan sonra yine Genel Sekreter işi yüklenir. Zaman zaman kuvveti kuran organa rapor verir ve önceden öngörüle-meyen durumlar ortaya çıktıkça yol göstermesini ister.²³

BM barışkoruma kuvveti hareketi belli şartlar altında hukuki görünmektedir. Güvenlik Konseyi bir barışkoruma hareketına izin vermiş ise onun hukukiliği konusunda pek şüphe doğmamaktadır. Çünkü Konsey, bir devlete karşı zorla yaptırım hareketına izin verebiliyorsa, bir devlete karşı kuvvet kullanmayı gerektirmeyen bir barışkoruma hareketına evleviyetle izin verebilecektir. Buna ilaveten Genel Kurul tarafından yetkili kılınmış bir barışkoruma hareketi eğer Güvenlik Konseyi aynı anda bu konuyu görüşmüyorsa veya barışkoruma hareketi ancak Genel Kurul'un tavsiyesi sonrası başlatılmışsa veya barışkoruma hakkında, toprakları üzerine barışkoruma kuvveti yerleştirilecek devletin onayı veya talebi var ise hukuki olarak kabul edilir.²⁴

Andlaşma'da düzenlenen bir yöntem olmadığı için şu anda uygulanan kural-

²² SCHEFFER, David J., Commentary on Collective Security in Law and Force in the New International Order, 1991, s.101, 103-104; DONOVAN James B./McLAUGHLIN Rafael P., "United Nations Peacekeepers and International Humanitarian Law: Can There Be an Affirmative Duty to Prevent War Crimes and Crimes Against Humanity?", New England International & Comparative Law Annual,(Former Publication Title) www.nesl.edu/intljournal/vol5/donovan.htm (05.11.2003)

²³ "Juridical Evaluation of the Peacekeeping Operations in Trinsnistria in Conformity with the International Law" www.ipp.md/publicationas/R-Memberii.pdf (27.11.2003); KESKİN, Funda, "Yeni Barış Güçleri", Ankara Üniversitesi SBFD, C.54, S.4, Yıl 1999, s.70.

²⁴ BOZKURT, age, s.86; AREND/BECK, age, s.67.

ların çoğu yaşananlardan alınan derslerden geliştirilmiştir. Aslında Barışkoruma kuvvetleri başarılı olduysa, bunu sorunlara olağanüstü bir esneklikle yaklaşmasına rağmen temel ilkelere sadık kalmayı bilmesine borçludur. Andlaşma'da belirlenmiş kurallar olmaması ihtiyaçlara en iyi uyumu sağlamak açısından başarılı olmuşsa da; bu kural yokluğu kimi zaman da barışkoruma kuvvetinin çalışmasını zorlaştırmıştır.

III- BM BARIŞKORUMA KUVVETLERİNİN GELENEKSEL ROLÜ

Soğuk savaş döneminin ideolojik engelleri, BM'nin oluşturulma amacı olan "Kollektif Küresel Güvenlik" görevini yerine getirmesini engellemiştir.²⁵ Güvenlik Konseyinin sürekli beş üyesinin uzlaşamaması, BM'yi, uluslararası barış ve güvenlik için tehditleri ele alan çok daha dar ve ılımlı bir programı geliştirmeye zorlamıştır.²⁶ Günümüzde "geleneksel barışkoruma" olarak bahsedilen, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak için bu ılımlı yaklaşımın somutlaştırılmasıdır.

Geleneksel hareketler genellikle, ateşkesi sağlamak için yardım ve denetlemek, sınır hatlarını gözlemlemek, savaşanlar arasında tampon görevi yapmak ve çekilen birliklere yardım etmekle sınırlandırılmıştır. Böylece barışkorumacılar, çatışmanın altında yatan nedenlere inmemelerine rağmen yeni düşmanlıkların ortaya çıkmasından kaçınılmasına yardımcı olmaktadır. Genellikle çatışan taraflar arasına, silahlı çatışmadan sonra istikrarsız olan barışı korumak amacıyla tipik olarak hafif silahlı güçlerden oluşturulmuşlardır.²⁷

BM, 1956 Mısır-İsrail savaşından sonra, Orta Doğu'ya barışı koruma kuvvetini gönderirken, Genel Sekreter Dag Hammarskjöld bu tür askeri güçlerin dayanacağı temel ilkeleri saptamıştır. Daha sonraki olaylarda da barışkoruma kuvvetlerinin kuruluşuna, örgütlenişine ve hareketlerine ışık tutan bu ilkelerin bazıları şunlardır:²⁸

"Barışkoruma kuvvetleri, BM Andlaşmasının VII. Bölümünde öngörülen türden güçler değildir. Bu yüzden, barışkoruma kuvvetinin bir ülkeye gönderilebilmesi için, o ülke hükümetinin rızasına gerek vardır.

Barışkoruma kuvveti, savaşmak için örgütlenen vurucu bir güç değildir. Barışkoruma kuvvetleri askerlerinin ancak yasal öz savunmaları için silah kul-

²⁵ PECK, agm, s.285.

²⁶ DONOVAN/McLAUGHLIN, agm, www.nesl.edu/intljournal/vol5/donovan.htm (05.11.2003).

²⁷ DONOVAN/McLAUGHLIN, agm, www.nesl.edu/intljournal/vol5/donovan.htm (05.11.2003).

²⁸ KARAOSMANOĞLU, age, s.129-130.

lanmaya yetkisi vardır.

Barışkoruma kuvveti tarafsız hareket etmelidir. Bir siyasal çözümü zorla kabul ettirmek için ya da siyasal çözümlerin bağlı olduğu taraflar arasındaki siyasal-askeri dengeyi bozacak biçimde kullanılmamalıdır.

Barışkoruma kuvvetinin görevleri uluslararası nitelik taşır. Barışkoruma kuvveti, evsahibi devletin yasalarına saygı göstermeli ve iç politikasını etkileyecek eylemlerden kaçınmalıdır.”

Zamanla, barışkoruma kuvvetlerinin oluşturulması, yapısı ve işleyişi ile ilgili pek çok ilke ortaya atılmıştır.

İlk olarak, barışkoruma kuvvetleri çatışan tarafların rızası ile gönderilecektir. Barışkoruma kuvveti mutlaka yerleştirileceği devletten izin alınarak yerleştirilir. Devlet bu izni bir bildirimle ya da Genel Sekreter’e gönderilen bir mesajla verebilir. Barışkoruma hareketi niteliği gereği muharebe görevi içermemektedir. Barışçıl çözüm yollarının açılmasını ve çatışan tarafları müzakere masasına oturtmayı hedef seçen hareketin, bütün barışçıl mekanizmalar gibi tarafların rızasına dayanması doğal bir sonuçtur. Ev sahibi devletin giriş izni vermesinin yanısıra, BM Barışkoruma kuvvetinin oluşturulması, kapsamı, atanacak komutanlar ve nasıl sonuca gidileceği konularında da rıza aranmaktadır.²⁹ Kısacası, çarpışan taraflar, Güvenlik Konseyi tarafından zorlanmaksızın barışkoruma güçlerini davet edeceklerdir. Barışkoruma hareketleri, devletlerin onayı ve talebi ile yapıldığından, Güvenlik Konseyi’nin izin vermesi gereken ve kuvvet kullanımını içeren veya zorla yaptırım sayılan türden hareketler grubuna girmezler.³⁰ Bununla birlikte tarafların rızasının elde edilmesinde, hatta bir barışkoruma kuvvetinin yardım için istenmesini sağlamak üzere uyuşmazlıkta taraf olanlara dengeli ve yumuşak bir baskının uygulanabileceği de söylenmektedir.³¹ Devletlerarası bir uyuşmazlıkta her devletin meşru hükümetinden, o ülkede konuşlandırılacak kuvvet için rıza alınması gerekmektedir. Uluslararası unsurları içeren devlet içi bir çatışma veya uyuşmazlık durumunda, hukuksal ve siyasal yönden doğacak sorunların önlenmesi için, uyuşmazlıkla ilgili bütün kesimlerin rızalarının elde edilmesinin yararlı olacağı, başarı için gerekli konsensusun bü-

²⁹ Barışkoruma kuvvetlerinin rahat ve verimli çalışabilmesi açısından, BM ile kabul eden devlet arasında yapılan bir anlaşmayla bu kuvvete mensup kişilerin buldukları ülkede tabi olacakları statü belirlenmektedir. Barışkoruma kuvvetinin asker olmayan mensupları 1946 BM’nin Ayrıcalık ve Bağışıklıkları Sözleşmesi’nin hükümlerinden yararlanırlar ama askerler bu sözleşmeden yararlanamazlar. İkili anlaşmalarla, askerlerin de Sözleşme’dekine benzer hak ve ayrıcalıklara sahip olması sağlanmakta, kuvvetin hareket serbestisi ve BM’nin tek denetim makamı olarak kalması güvence altına alınmaktadır.

³⁰ Barışkoruma kuvvetinin VII. Bölüme göre kurulduğu da bir gerçektir. PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap, Ankara 1994, s.220.

³¹ NALCIOĞLU, age, s. 50.

tün tarafların rızaları ile sağlanabileceği ifade edilmektedir.³² Barışkoruma kuvvetinin bir devlet ülkesinde konuşlandırılması, ev sahibi devletin yasal hükümetinin rızasına dayandığından, ev sahibi devletin rızasını geri alması halinde, artık bu kuvvetin rızasını geri alan devletin ülkesinde konuşlandırılması yasal açıdan mümkün değildir.³³

İkincisi, barışkorumacılar, sadece hafif silahlara sahip olabilecekler ve sadece kendilerini savunmak amacıyla güç kullanabileceklerdir. Buna, barışkoruma kuvvetlerinin, buldukları yerden çıkarma çabalarına karşı direnmeleri de dahildir.³⁴ Barışkoruma hareketi, BM Andlaşmasının VII. Bölümü'nün 42. maddesine dayalı zorlama hareketinden tamamen farklıdır. Barışkoruma, askeri olmayan fakat yalnız askerlerin yerine getirebileceği bir hareket olarak yorumlanmaktadır. Harekatın görev talimatında bir çözümün zorla empoze edilmesine ilişkin bir husus yoktur. Harekat genel yaklaşımında esas itibarıyla savaşıma görevi yoktur.³⁵ Barışkoruma hareketinin savaşıma görevinin olmayışının en belirgin göstergesi, kuvvet kullanmamanın temel ilke olarak benimsenmesidir. Savaşıma görevinin olmaması ve kuvvet kullanmama ilkesinin bir sonucu olarak, barışkoruma askerleri kural olarak hafif silahlar taşımaktadırlar. Barışkoruma faaliyetlerinde kuvvet kullanmama ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalınsa bile, bazen şiddet ve kuvvet kullanılması gereken durumlara karşılaşılabılır.³⁶

Üçüncüsü ise, barışkorumacılar mutlak nesnelliklerini ve tarafsızlıklarını sürdüreceklerdir.³⁷ Tarafsızlık, uyuşmazlığa taraf olanlardan herhangi bir şekilde birinin lehine diğerinin aleyhine sonuç doğurabilecek veya birinin çıkarlarını diğerine üstün tutacak uygulamalardan kaçınmak şeklinde tanımlanabilir. Kesin bir tarafsızlığın korunması hareketin başarılı olabilmesi için şarttır. Barışın korunmasına ilişkin görevlerin tarafsız bir şekilde yürütülmesinin yanısıra, görevlilerin o şekilde hareket etmekte olduklarına dair izlenim verilmesi gerekmektedir. Tarafsızlık konusunda mükemmel bir sonuç elde edilmesi oldukça güç olmasına

³² ODMAN, age, s.156-157.

³³ KESKİN, Funda, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Ankara-1998, s.175.

³⁴ DONOVAN/McLAUGHLIN, agm, www.nesl.edu/intljournal/vol5/donovan.htm (05.11.2003).

³⁵ KESKİN, age, s.176; Güvenlik Konseyi'nin 21 Şubat 1961 tarih ve S/4741 sayılı kararıyla barışkoruma kuvvetine Kongo'da bir iç savaşı önlemek için son noktada başvurulmak üzere meşru müdafanın ötesinde kuvvet kullanma izni vermesi, Kongo'daki başarısızlığın nedenlerinden birisi olarak gösterilmektedir. Güvenlik Konseyi'nin kararı için bkz. <http://ods-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0171/68/IMG/NR017168.pdf?OpenElement> (09.01.2004)

³⁶ ODMAN, age, 157-160.

³⁷ DONOVAN/McLAUGHLIN, agm, www.nesl.edu/intljournal/vol5/donovan.htm (05.11.2003); ODMAN, age, s.160-161

karşın, gerekli çaba gösterilmeli, tarafsızlıkla bağdaşmayan kasıtlı davranışlardan özenle kaçınılmalıdır.

Dördüncüsü, barışkoruma hareketi, evsahibi devletin işlerine müdahale etmeyecektir. Bu ilke, evsahibi ülke devletinin bağımsızlığına, egemenlik haklarına ve toprak bütünlüğüne sıkı ve kesin bir şekilde saygı duymayı gerektirmektedir.³⁸ İçişlerine karışmama ilkesi, BM Andlaşması 2. madde 7. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre Birleşmiş Milletler'in, özü itibarıyla bir devletin ulusal yetkisi içinde bulunan işlere karışamayacağı, bu konuda devletleri belli bir çözüm tarzı için zorlayamayacağı belirtilmektedir. Barışkoruma hareketlerinde genel kural, özü itibarıyla devletin ulusal yetkisi içinde bulunan işlere karışılmamasıdır. Ancak barışkoruma kuvveti uyuşmazlıkta, belli bir andlaşmaya dayanılarak o devletin ülkesinde bulunduğu ve bulunmasını gerektiren uyuşmazlığın barış ve güvenliği tehdit eden uluslararası bir nitelik kazanmış bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle barışkoruma kuvvetinin, yetkili organın verdiği görevleri yerine getirmek için yürütmek zorunda olduğu faaliyetlerin işlere karışma itirazı ile engellenmesi mümkün değildir.

Son olarak barışkorumacılara verilen emirlerin sınırları belli ve yerine getirilebilir olması gerekmektedir.³⁹ Barışkoruma hareketlarına yönelik yetkiler, BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla türetilmektedir. Bu kararlar; bir uyuşmazlık veya çatışmayla yakından ilgililerin, doğrudan müdahil olan tarafların, komşu ülkelerin, Güvenlik Konseyi üyelerinin, katkıda bulunan devletlerin seçilmiş ya da potansiyel birlikleri ile bilgi, analiz, tavsiye ve takipten birinci derecede sorumlu olan Sekreteryaya arasında yapılan müzakere ve danışma sürecinin bir ürünüdür.⁴⁰

1945-1988 yılları arasında yapılan bütün hareketler bu türdendir. Tarafsız bir örgüt olan BM,⁴¹ küçük çatışmaların ABD ile eski SSCB arasında doğrudan ve önemli bir çatışmaya dönüşmemesine gayret ederken aynı zamanda bu çatışmaların sona erdirilmeleri için de çaba harcamıştır.

³⁸ ODMAN, age, s.167.

³⁹ ÇAYCI, Sadi, "Barış Gücü Harekatının Hukuksal Esasları", Silahlı Kuvvetler Dergisi, C.335, Yıl 112, (Ocak-1993), s.103.

⁴⁰ "Juridical Evaluation of the Peacekeeping Operations in Trinsnistria in Conformity with the International Law" www.ipp.md/publicationas/R-Memberii.pdf (27.11.2003).

⁴¹ GHALI, Boutros, Supplement to the An Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of The United Nations, Report of the Secretary-General on the Work of the Organization A/50/60-S/1995/1, 3 January 1995, www.un.org/Docs/SG/agsupp.html (03.10.2003).

IV- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BARIŞKORUMA HAREKATLARININ DEĞİŞEN ROLÜ

Soğuk savaş dönemindeki Geleneksel Barışkoruma hareketleri örneğin; askeri gözetim temelinde ateşkes hattının gözlenmesi yoluyla çatışmanın dondurulmasına çalışarak daha fazla şiddetten kaçınmayı amaçlamıştır. BM askeri ve sivil personelinin bölgedeki varlığı, çatışmanın çözüme kavuşturulmasına yardımcı olmak veya insani yardımların ulaştırılmasını güvence altına almak amacıyla ateşkes andlaşmalarının uygulanmasının gözlemlenmesi veya kuvvetlerin birbirinden ayrılması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu tür hareketler daima evsahibi devletin ve olağan durumlarda aynı zamanda diğer çatışan tarafların rızasını da gerektirir ve bu hareketler bir tarafı diğer tarafa tercih etmeksizin tarafsız bir yaklaşımla yürütülmek zorundadır.

Geleneksel olarak ilgili tarafların rızaları ile çatışan devletler arasında çatışmayı çözmek ve kontrole yardımcı olmak amacıyla oluşturulan, ateşkeslerin, sınır hatlarının ve geri çekilen güçlerin denetlenmesi konularıyla sınırlandırılan BM'nin barışkoruma görevi 1989'dan itibaren dikkate değer biçimde genişlemiştir.⁴² Bunlar hala tarafların rızasına dayanmaktadır. Ancak genellikle bu hareketlerin amacı, Yugoslavya ile alakalı Barış Andlaşmasını ilgilendiren durumda olduğu gibi halihazırda görüşülmüş olan bir çözümün uygulanmasıdır. Bu yüzden bu hareketler çoğunlukla çatışmanın üzerinde anlaşılmiş, siyasi çözümün uygulanmasına yönelik girişimin bir parçasıdır. Bazı hareketler sivillerin korunması ve insani yardımların ulaştırılması konusunda yoğunlaşmıştır. Barışkorumanın bu yeni şekilleri çok daha karmaşıktır. Daha fazla sayıda aktör(gerilla hareketleri, bölgesel örgütler, hükümetler dışı organizasyonlar ve yerel unsurlar) olayın içine girmektedir ve BM genellikle uygulayıcı, arabulucu ve garantör gibi birbiriyle çelişen rolleri yerine getirmek zorunda kalmıştır.⁴³

Süper güç çekilişi sonucunda zayıf kalan ulusal kurumların, çöken ekonomilerin, doğal felaketlerin ve etnik mücadelelerin BM'yi göreve davet ettiği görülmüştür.⁴⁴ Bu hareketler, seçimlerin denetimi, insani yardım malzemelerinin teslimi, ulusal uzlaşma sürecine yardımcı olunması ve devletlerin sosyal, ekonomik ve idari altyapılarının yeniden inşası gibi görevleri de içermeye başlamıştır. Son dönemlerdeki çatışmaların çoğu devletler arasında değil, devletlerin içerisinde olmaktadır. Genel olarak bu görevlerin amacı, BM kuvvetlerinin çatışan düşman taraflara müdahalesini de içine alan ve iç veya ülke içi olarak adlandırılan çatışmaların çözümüdür.⁴⁵ Çünkü BM barışkoruma kuvvetlerinin 2/3'den fazlası iç çatışmalara yöneliktir. Dolayısıyla günümüzdeki barışkoruma hareket-

⁴² www.un.org/Depts/dpko/pkeep.htm (14.10.2003)

⁴³ MALANCZUK, age, s.424.

⁴⁴ NALCIOĞLU, age, s.24.

⁴⁵ PECK, agm, s.287.

larına verilen yetkiler geleneksel barışkoruma fikrinin yenilenmesini zorunlu kılmıştır.⁴⁶ Gerçekten de uluslararası barış korumanın, artık ulusal karakterdeki barışı koruma misyonları haline geldiğini gösteren en önemli gösterge 1990 ile 1995 arası ortaya çıkan 92 çatışmadan 89 tanesinin iç çatışma karakterinde olmasıdır. Çoğu zaman iç çatışmalara da Birleşmiş Milletler'in dahil olması beklenmekte ve müdahalede gecikmeler çeşitli tepkilere sebep olmaktadır. Oysa BM Andlaşması içişlerine karışmayı yasaklamakta ve temel prensip olarak üye devletlerin anayasal düzenlerine ve toprak bütünlüklerine saygıyı kabul etmektedir. Bu nedenle bu tür sorunlarda derhal müdahalede bulunmak çok mümkün olamamakta, ancak sorunlarda ülkeden yetkili yöneticilerin çağrısı ya da insan hakları ihlalleri gibi tüm uluslararası toplumun ortak tepkisini çeken durumların varlığı halinde, müdahale daha kolay gerçekleşebilmektedir.⁴⁷

Son yıllarda çatışmanın önlenmesi kavramı üzerinde daha fazla vurgu yapılmaya başlanmıştır. Çünkü devletler arasında veya devlet ülkesi içerisinde bir çatışma başladığında BM için barışı yeniden tesis etmesinin zor olduğu deneyimle sabittir. 1992 yılında BM Genel Sekreteri Boutros-Ghali tarafından geleneksel barışkorumanın açıkça ötesine geçen bazı önerilerin yer aldığı Barış Gündemini yayınlamıştır.⁴⁸ Belgede öneriler arasında her an hazır bekleyen barışı tesis güçlerinin oluşturulması bulunmaktadır. Bu kuvvetler, geleneksel barışkorumacılardan daha ağır silahlarla donatılacak, Güvenlik Konseyi tarafından harekete geçirilecek ve Genel Sekreter tarafından atanan birisi aracılığıyla Güvenlik Konseyi tarafından kumanda edilecektir.⁴⁹ 1992 yılına gelinceye kadar, BM liderleri, Örgüt'ün barışı gerçekleştirmek için, düşmanca durumlarda daha aktif bir müdahaleye hazır olduğuna inanmışlardır. Ancak BM barışın tesisi görevinin evrimi kısa bir süre içerisinde sorunlu gerçeklerle karşılaşmış; başarılı barış tesisi hareketleri, yalnızca saldırı gücünün oluşturulması için bir istek ve yeterlilik gerektirmemiş, ayrıca bu güçlerin maruz kalacağı kayıplardan da yılmayacak bir yapı gerektirmiştir. Bu öneriler, yalnızca silahlı müdahaleye karşı insani hareketlerle daha etkin askeri korumayı değil, aynı zamanda tarafların imzaladığı ancak uygulamaya koyamadığı ateşkes andlaşmasının uygulanmasını askeri vasıtalarla sağlamak amacıyla ülke içi bir çatışmanın taraflarının

⁴⁶ DURAN, agt, s.58.

⁴⁷ ARIBOĞAN, agm, s.144.

⁴⁸ GHALI, An Agenda For Peace, www.un.org/Docs/SG/agpeace.html (03.10.2003), Genel Sekreter Gündemde, Birleşmiş Milletler'in yalnızca krizler ortaya çıktıktan sonra önlem aldığı, ancak anlaşmazlıkların krize ve çatışmaya dönüşmeden önlenmesi için de çaba gösterilmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Gündemde ifade edildiği şekliyle güvenlik, askeri müdahalenin ötesinde önleyici diplomasi, barış yapma, barışa zorlama, barışı koruma ve çatışma sonrası barışı kurma faaliyetlerini de içeren bir bütün olarak ele alınmaktadır. Tüm bu işlevler ise birbiriyle bağlantılı bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

⁴⁹ GHALI, An Agenda for Peace, www.un.org/Docs/SG/agpeace.html (03.10.2003).

rızası alınmaksızın da oluşturulacak BM “ateşkes uygulama birimleri”nin oluşturulmasını öngörmektedir.⁵⁰ Ayrıca son dönem BM uygulamasında barışkorumanın bir devletteki hükümet kurumlarının ve kanun ve düzenin kurulması veya yeniden tesisi konularında daha fazla etkin olması anlamında girişimler vardır.

Yeni bir gelişme de, üye devletleri, ulusal birliklerini ve ekipmanlarını barışkoruma hareketlerinde görev almaları için BM ile “stand-by düzenlemeler” yapmaya davet ederek barışkoruma hareketlarına “hızlı mukavemet yeteneği” kazandırmaya çalışmak olmuştur.⁵¹ Bu stand-by düzenlemeler, kolektif güvenlik önlemlerini içeren BM Andlaşmasının 43. maddesinde öngörülen özel düzenlemeyle karıştırılmamalıdır. Bununla birlikte, 31 Ekim 1995 itibarıyla bu tür yükümlülükleri 47 üye devlet 55.000 personeliyle üstlenmiştir. Stand-by düzenlemeler çerçevesinde üye devletler işbirliği yapıp yapmama konusunda her olayı ayrı ayrı değerlendirerek karar verme hakkını elinde tutmaktadır.⁵² Yeni barışkorumadan kaynaklanan talepler, BM’nin hem sayısal hem de kalite anlamında kapasitesini zorlamıştır.

Yeni dönemde barışkoruma kuvvetlerinin karşısına çıkan yeni sorunlarla başa çıkabilmesi için bazı değişiklikler gerektiğini gösteren ilk yer Somali’dir. Somali’deki sivillere yardım dağıtan BM Barışkoruma Kuvveti UNOSOM I iç savaş koşulları nedeniyle işini yapamaz duruma gelince, 1992’de Güvenlik Konseyi kararıyla ilk kez yalnızca bir devlet sınırları içinde gerçekleşen olaylardan dolayı BM Andlaşması’nın VII. Bölümü çerçevesinde zorlama önlemi uygulanmıştır. Ancak UNITAF’in sona erip UNOSOM II’nin kurulmasından sonra başarısızlık tam olarak ortaya çıkmıştır.⁵³

BM ve ona bağlı personelin güvenliğini ilgilendiren tehlikeler karşısında Somali, Ruanda ve Yugoslavya deneyimi 1994 yılında özel bir andlaşmanın hazırlanmasına neden olmuştur.⁵⁴ Ancak barışkoruma, barıştesisi, barış inşası, barış uygulaması ve insani yardımın yeni şekillerini ilgilendiren daha esaslı kavramsal bir sorun vardır. BM Genel Sekreterinin önerdiği yaklaşımın özünde BM müdahalesi öncesi çatışmanın tarafları arasında bir andlaşma şartını bir kenara bırakmaktadır. Deneyimler, bölgedeki BM hareketiyle ilgili olarak hem

⁵⁰ GHALI, An Agenda for Peace, www.un.org/Docs/SG/agpeace.html (03.10.2003).

⁵¹ MALANCZUK, age, s.424.

⁵² Mayıs 1994’te Güvenlik Konseyi Ruanda’daki UNAMIR Gücünü büyütme kararıyla ilgili olarak daha önceden stand-by düzenlemeleri yapmış olan 19 devletin hiçbirinin katkıda bulunmayı kabul etmemesi üye devletlerin bu konudaki isteksizliğini gösteren bir örnektir.

⁵³ KESKİN, agm, s.73.

⁵⁴ BLOOM, E.T., “Protecting Peacekeepers: The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel”, AJIL, Vol.89(1995), s.621-630; MURPHY, agm, s.181-188.

BM personelinin güvenliği, hem de görevin etkinliği konularında istenmeyen bir durum yaratmaktadır. Zorlayıcı unsurları içine almaya çalışan “karışık barışkoruma” bir yandan zorlayıcı müdahalenin diğer yandan barışkorumanın farklı yasal temeli ve fonksiyonlarını karıştırmaktadır.

Son dönemlerdeki değişiklikler de göz önüne alındığında barışkoruma hareketleri üç ana kategoride değerlendirilebilir:⁵⁵

İlk kategori, geleneksel barışkorumadır. Burada barışkorumacılar sadece ateşkesi yönetmekle kalmaz aynı zamanda çatışan tarafların askerleri arasında güvenli bir alan oluşturarak, askerlerin geri çekilmesini sağlamak ve tarafların birbirleriyle uzlaşacağı bir ortam hazırlamak.

İkinci kategori, çok yönlü barışkorumadır. Soğuk savaşın sona ermesiyle birlikte Güvenlik Konseyi’ne üye olan devletler, barışkoruma hareketlerinin çeşitliliği konusunda daha istekli olmuşlardır. Sivil uzmanların görev ve yetkileri genişletilmiştir. Örneğin; insan hakları, yerel güvenlik, toprak reformu, çatışan tarafların sivil yaşama yeniden entegrasyonu vb. sorunlar, BM sivil görevlilerinin yardımlarıyla ve ilgili devletlerin ulusal kurumlarının güçlendirilmesiyle gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

Üçüncü kategori, uluslararası toplumun ağır insanlık dramını azaltmaya yönelik girişimlerdir. Bu tür hareketler, silahlı güçlerin sivil halka yapılan yardımları önleme çabalarının olduğu durumlarda, sivil halkın rahatlamasını sağlayacak insani yardımın dağıtımını yapmak ve korumak için uygulanır.

Günümüz barışkoruma faaliyetlerinde, uyuşmazlığın başlıca taraflarının rızalarının alınabilmesi mümkün olmakla birlikte, tarafların hareket alanında gerekli kontrolü nadiren sağlayabildikleri gözlemlenmektedir. Bütün tarafların rızalarının alınmasının uygulamada mümkün olamaması karşısında, sorunun her olay için ayrı ayrı ele alınarak, muhtemel başarı şansı ile katılımcı devletlere maliyeti açısından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Üstelik tarafların rızasının sağlanmadığı durumlarda, BM kuvvetleri gerekli görüldüğü takdirde kuvvet kullanmak için de yetkilendirilebilecektir.⁵⁶ Nitekim Dayton Barış Andlaşması çerçevesinde görevlendirilen IFOR’a Konsey’in 1031 sayılı kararı⁵⁷ ile meşru müdahalenin ötesinde kuvvet kullanma yetkisi tanınmıştır. Ancak, barışkoruma kuvvetlerine savunma sınırlarını aşan bir kuvvet kullanma yetkisi verilecekse, hangi hallerde ve ne ölçüde kuvvet kullanılacağına, kuvvet kullanma alternatiflerinin ve uygulamaya hakim olacak ilkelerin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

⁵⁵ DURAN, agt, s.58-59.

⁵⁶ NALCIOĞLU, age, s.55.

⁵⁷ Karar için bkz. UN Doc. SC Res. 1031(1995) <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/405/26/PDF/N9540526.pdf?OpenElement> (29.02.2004)

dir.⁵⁸ Kısacası, Soğuk savaş sonrası dönem BM'ye uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturan durumları tespit etme ve doğrudan karşı önlem alma yönünde eşsiz bir fırsat sunmuştur. Bu fırsat, BM'nin 1990'larda başlayan ve geleneksel barışkorumacılıktan barış tesis edici yöne doğru gelişen bir eğilimin ifadesidir.

BM, 1989'da "barış-tesisi" hareketi olarak bilinen ilk başarılı hareketini gerçekleştirmiştir. Bu hareket, sadece Namibya'daki düşman kuvvetlerinin ülkeden uzaklaştırılmasının gözlemlenmesiyle sınırlı kalmayıp, ülkede yapılan seçimlerin denetimine de karışmıştır.⁵⁹ 1991'de BM, savaşın parçaladığı Kamboçya'da istikrarın yeniden tesis edilmesine yönelik bir dizi önlemler uygulamıştır. Bu önlemler, sivil savaşın sona erdirilmesini, ülkenin çok-partili demokrasiye açılmasını, seçimlerin düzenlenmesini ve kazananların yeni hükümeti oluşturmalarına yardımcı olunmasını içermektedir. Kısaca, BM'nin Kamboçya'daki görevi, barışın tesisi, barışkoruma ve önleyici diplomasinin başarılı bir uygulama örneğidir.

Barışkoruma birliklerine kuvvet kullanma yetkisi verilmesi bir yandan hareketlerin etkinliğini artırırken, diğer yandan hafif silahlarla donatılmış, zayıf durumdaki bu birliklerin saldırıya uğrama olasılığını artırmıştır. Nitekim Somali'de barışkoruma birlikleri, geleneksel barışkoruma hareketleri ile kıyaslanamayacak ölçüde saldırılara maruz kalmışlar, tutsak edilmişlerdir. Tırmanan çatışmanın sivillerin de ölmesine yol açması, Birleşmiş Milletler'in acımasız ve sömürgeci bir tavır ile suçlanmasına sebep olmuştur. Kuvvet kullanma yetkisi verildiğinde, tırmanan bir şiddet ortamında bu yetkinin sınırlandırılabilmesi fiilen mümkün olmayacak, başlıca taraflardan birine yönelecek bir kuvvetin, tarafsızlık ve rıza ilkelerini ihlal etmesinin önüne geçilmesi zorlaşacaktır. Diğer taraftan katılımcı devletler ulusal birliklerinin tehlikeli görevlerde kullanılmasından memnun olmayacaktır.⁶⁰

Barışkorumacıların uğradığı kayıplar, BM ve uluslararası toplumu, Teşkilat'ın modern barış müdahalelerindeki rolünü yeniden değerlendirmeye zorlamıştır. UNOSOM II'nin çabalarını çevreleyen ve çoğu gözden kaçan zorluklar, Boutros-Ghali'yi "Birleşmiş Milletler barışı empoze edemez. Birleşmiş Milletler'in görevi barışı korumaktır" demeye sevk etmiştir.⁶¹ 1995 yılında Genel Sekreter hazırladığı "Barış Gündemi Eki"nde, barışın tehdidinden sorumlu olanlara karşı barışı dayatmak amacıyla düzenlenen hareketleri başlatma, yönetme, kumanda etme veya kontrol etme yetkisinin Güvenlik Konseyi'nde ve Genel

⁵⁸ NALCIOĞLU, age, s. 67.

⁵⁹ DONOVAN/McLAUGHLIN, agm, www.nesl.edu/intljournal/vol5/donovan.htm 05.11.2003; SHUSTOV, Vladimir, "Birleşmiş Milletler Savaşabilir mi?", Avrasya Dosyası, İlkbahar 2002 (BM Özel Sayısı), C.8, S.1, s.177.

⁶⁰ NALCIOĞLU, age, s. 68.

⁶¹ DONOVAN/McLAUGHLIN, agm, www.nesl.edu/intljournal/vol5/donovan.htm (05.11.2003).

Sekreter'de olmadığı sonucuna varmıştır.⁶² Güvenlik Konseyi, Somali'de karşılaştığı güçlülere ve kollektif güvenlik alanındaki rolünü genişletme çabalarındaki çıkmaza rağmen barış tesisinin etkin savunucusu olmaya devam etmiştir. Somali'den bu yana Güvenlik Konseyi, iç çatışmaların bastırılması ve saldırganın yenilgiye uğratılmasını amaçlayan üye devletlerin uygulamalarını onaylamaktadır.

Geleneksel barışkoruma ilke ve uygulamaları, son yılların yarattığı yeni talepleri biraz zorlama yorumlarla karşılayacak esnekliği göstermiş olup, temel ilkelerinde bir esneklik sözkonusu değildir. Açık ve uygulanabilir bir görev, bu görevin yerine getirilmesinde tarafların işbirliği, Güvenlik Konseyinin kesintisiz desteği, üye devletlerin uzmanlar da dahil olmak üzere gerekli askeri ve sivil personeli sağlamaya hazır olmaları, genel merkezde ve görev yerinde etkin bir BM komutası ve son olarak da uygun mali ve lojistik destekle sağlanabileceği ifade edilmektedir.⁶³

SONUÇ

Barışkoruma hareketleri, ortak güvenlik sisteminin çalışmadığı bir ortamda çatışmaları sınırlı tutmak ve gerilimi azaltmakla önemli bir görevi yerine getirmiştir. BM Andlaşması'nda düzenlenen bir yöntem olmadığı için şu anda uygulanan kuralların çoğu yaşananlardan alınan derslerden geliştirilmiştir. Andlaşma'da belirlenmiş kurallar olmaması ihtiyaçlara en iyi uyumu sağlamak açısından başarılı olmuşsa da bu yoksunluk kimi zaman da kuvvetlerin çalışmasını zorlaştırmıştır.

Soğuk savaşın sona ermesi BM için barışkoruma kuvvetini bırakıp başlangıçta planlandığı gibi barışı zorlama şansının doğduğu düşüncelerine neden olduysa da uygulama tam tersini göstermektedir. Bunun bir nedeni, ortak güvenlik sisteminin işler hale getirilmesinin getirdiği büyük finansal, örgütsel ve uygulamadan doğan zorluklardır.

Barışkoruma görevlileri, BM'nin belki de en göze çarpanıdır, fakat uyumsuzluk halindeki bölgelerde yalnız değildir. Aralarında BM Sığınmacılar Yüksek Komiserliği, Dünya Gıda Programı, BM Çocuk Fonu ve BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği gibi gruplarla Barışkorumacılar yakın çalışmaktadır. Bunlar, hep birlikte yerlerinden edilmiş insanların ve sığınmacıların problemleriyle ilgilenerek acıları hafifletmeye yardımcı olurlar ve uzlaşma ve kalkınmaya katkıda bulunurlar.

⁶² GHALI, Supplement to the An Agenda for Peace, www.un.org/Docs/SG/agsupp.html (03.10.2003).

⁶³ GHALI, An Agenda for Peace, www.un.org/Docs/SG/agpeace.html (03.10.2003).

Son yıllarda BM'nin önüne getirilen uyuşmazlıkların sayısı ve yapısında önemli değişiklikler görülmektedir. Soğuk savaş sonrası dönem, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden ve yoğun bir şekilde insanlık dramına neden olan sivil çatışmalar ve devletler içindeki diğer askeri uyuşmazlıkların artışıyla karakterize edilebilir. Barışkoruma başlangıçta devletler arasındaki bir uyuşmazlıkla ilgilenen bir yöntem olarak gelişmişken, günümüzde sivil çatışmalara ve devlet içindeki uyuşmazlıklara artan bir biçimde uygulanmaktadır.

Barışkoruma kuvvetlerine yöneltilen önemli bir eleştiri, çatışmaları çözmemesi, yalnızca dondurmakla yetinmesidir. Bu kimi zaman yeterli olmakta ve taraflar sorunu kendi aralarında halledebilmektedir. Ancak kimi zaman da sorun, olduğu biçimiyle uzun yıllar boyunca kalmakta ve barışkoruma kuvveti de bunu sürdürmeye yarayan bir araç halini almaktadır. Bu yüzden de barışkoruma kuvvetinin kurulmasıyla birlikte sorunun çözülmesi yolunda başka çabalar harcanması da zorunludur.

Özellikle çatışma öncesi ve sonrasında BM'nin daha aktif olabileceği ve daha verimli olabileceği kanaati, barış misyonlarının da çeşitlenmesine yol açmaktadır. Barışın ateşkesten ibaret bir durum olmadığı ve sürdürülebilirliği için bir çok siyasal, sosyal önlemin alınmasının gerekliliği, örgütü de sürekli bir dönüşüm ve arayış içerisinde tutmakta ve her yeni genel sekreter barış ve güvenlik konusunda bir yapısal program deklare etmektedir.

KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI

Yasin SEZER*

GİRİŞ

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının, kamu malı, kamu görevlisi ve idarenin sorumluluğu gibi idare hukukunun temel konularının belirlenmesinde ölçüt kavram olma özelliğini muhafaza etmesine rağmen; gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında henüz herkes tarafından kabul edilebilir bir tanımı yapılamamıştır.

Anayasa Mahkemesi, “kamu hizmetinin belirsizliği konusunda görüş birliği” olduğunu vurguladıktan sonra kavramı tanımlamaya çalışmıştır. Mahkemeye göre, “kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir¹”.

Kamu hizmetinin görülüş yöntemleri farklı farklı olabilmesine rağmen, hizmetin sunumunda bazı temel ilkelere uyulması gerekir Bunlardan süreklilik – düzenlilik, bedelsizlik, eşitlik, değişime uyum sağlama gibi özellikler klasik anlamda ön plana çıkmaktadır. Fakat, özellikle son zamanlarda küresel, yerel, ulusal bir takım gelişmelerle birlikte sadece kamu hizmetlerinde değil, kamu yönetiminin tamamında da bir takım yeni kavramların ve kavramsallaştırmaların yer aldığını görmek şaşırtıcı değildir. Bu kavramlardan “*şeffaflık*”, “*katılımcılık*”, “*hesap verilebilirlik*”, “*etkililik*”, “*hızlılık*”, “*etkenlik*” vb. kavramlar öne

* Yrd.Doç.Dr., Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü

¹ AYM., 28.6.1995, E.1994/71, K.1995/23, R.G.,20 Mart 1996, S. 22586, s.48; Arıca bakınız,AYM., 9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, R.G.,24 Ocak 1995, S.22181, s.21.

Danıştay İdari İşler Kurulu, 3.10.1996,tarih ve E.96/79,K.96/83, DD.,S.93,s.36.

çıkılmaktadır.² Ayrıca, kamu hizmetlerinin klasik anlamda alıcısı olan “vatandaşlar” da yavaş yavaş “müşteri” davranışı göstermeye başlamışlardır. Tabii ki, bu gelişmeleri pozitif anlamda algılayıp müşteri tanımının kaliteyi, saygıyı ve diğer olumlu değerleri beraberinde getirdiğini iddia eden bir grup olduğu gibi, bunu olumsuz algılayıp kamu yönetiminin ve kamu hizmetlerinin krize girdiğini savunan görüş de mevcuttur³.

İdarenin varlık sebeplerinin en önemlilerinden biri de kamu hizmeti sunmaktır. Dolayısıyla, kamu hizmetinde yaşanan değişim sürecine paralel olarak da idarenin gerek kurumsal olarak ve gerekse hizmetin sunumunda istihdam ettiği personel yönünden kendisini yenilemesi, çağdaş gelişmelere ayak uydurması gerekir. “İyi İdare” nin tesisi için bu değişimin kaçınılmaz olduğu kanaatindeyiz. Diğer bir ifadeyle, idarenin üstlendiği görevleri başarıyla ve gereği gibi yerine getirebilmesi istihdam ettiği insanların hem nicelik, hem de nitelik yönünden yetenekli kişilerden oluşmasına bağlıdır.

İdarenin insan ögesi, “kamu görevlisi”, “kamu personeli” veya Anayasanın 128.maddesinde kullanıldığı üzere “Kamu hizmeti görevlileri” olarak ifade edilmektedir. Kamu görevlisi kavramı, geniş anlamda kamu kesiminde çalışan, hukuksal durumları birbirinden farklı olan tüm kamu görevlilerini içine almaktadır. Dar anlamda ise, idarenin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kapsar⁴. Bunlar memurlar ve diğer kamu görevlileridir (1982 Anayasası, m.128). Memurların dışında kalan diğer kamu görevlileri arasında, hakim ve savcılar, askerler ve üniversite öğretim üyeleri sayılabilir. Devletin siyasal yapısını oluşturan görevliler ile özel hukuka tabi olan ve kamu kesiminde çalışan işçiler geniş anlamda kamu görevlisi olmalarına rağmen dar anlamda kamu görevlisi kabul edilmezler.

Türk pozitif hukukunda kamu görevliliğine giriş ve yükselmeye kariyer, sınıflandırma ve liyakat ilkeleri benimsenerek tarafsız bir memuriyet sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak, uygulamada özellikle, siyasal iktidar değişikliklerinde önce üst düzeyde, daha sonra da alt kademelere inerek kamu görevlileri arasında büyük değişimler yaşanmaktadır.

Türk kamu yönetiminde görülen yozlaşmanın yansıması olarak kamu personeli alımlarında da ciddi bir şekilde kayırmacılığın yapıldığına şahit oluyoruz.

² Kamil Ufuk BİLGİN, “Kamu Yönetiminde Kaliteli Hizmet Anlayışı”, *Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu Bildirileri*, C.I, Ankara, 1995, s.172 – 190; Yasin SEZER -Naci KARKIN, “Kamu Yönetiminin Modernleşmesinde Şeffaflaşma Sorunu”, *Türk İdare Dergi*, Y.74, S.436, Ankara, 2002, s.227 – 246.

³ Kamu hizmetinde görülen bu değişim konusunda daha fazla bilgi için bkz: Naci Karkın, “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Değişim Süreci: E-Devlet Uygulamaları Ve Denizli Belediyesi Örneği ” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi), Pamukkale Ü., Sosyal Bilimler Enstitüsü, Denizli, 2003.

⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 159.

Diğer bir ifade ile, kamu personel alım sistemine egemen olan “serbestlik, eşitlik ve görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması” ilkelerinin ihlal edilerek personel alımlarının yapıldığını görüyoruz. Son dönemde yapılmaya çalışılan kamu yönetimi iyileştirme reform çalışmaları çerçevesinde kamu personel alımına egemen olan ilkelerin yeniden tartışılması gereğini doğurmuştur.

Bu çalışmada, anayasal bir hak olan “kamu hizmetine girme hakkı” incelenecektir. Çalışma, üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, kamu hizmetine girme hakkının iç hukukta düzenleniş biçimi; ikinci bölümde, uluslar arası sözleşmelerde düzenlenişini inceleyeceğiz. Üçüncü bölümde ise, konu yine uluslar arası boyutta olmakla birlikte, Türkiye’nin AB’ye uyum sürecinde ayrı bir önem arz ettiği için kamu hizmetine girme hakkı AB hukuku açısından ele alınacaktır.

I. KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKININ İÇ HUKUKTA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Anayasamıza göre “herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” (m.48). Bir diğer anayasal ilke olan sosyal devlet ilkesinin gereği olarak Devlet “çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” (m.49). Buradan hareketle, kişiler, çalışma haklarını özel teşebbüste kullanabileceği gibi kamuda da kullanabilirler. Anayasamız kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında çalışabilmeleri “kamu hizmetine girme hakkı” adıyla anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir.

A- Kamu hizmetine girme hakkı siyasal bir haktır

Anayasanın Siyasal Haklar ve Ödevler bölümünde düzenlenen 70. maddesine göre “her Türk, kamu hizmetine girme hakkına sahiptir”. Anayasanın bu hükmünden şu sonuçlar çıkarılabilir. Öncelikle, anayasa bu hakkı herkese tanıyarak kişiler arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasını emretmektedir. İkinci olarak, anayasanın bu hükmünün geniş yorumlanarak, kamu hizmetine girme hakkının, kamuda sadece memur statüsünde çalışma hakkını değil, geniş anlamda kamu görevlisi olarak çalışabilme hakkını düzenlediği kabul edilmelidir. Üçüncü olarak, anayasa bu hakkı siyasi hak ve ödevler boyutunda ele alarak vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılacak bir hak olarak düzenlemiştir⁵. Ancak

⁵ Emin MEMİŞ, “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, (tebliğ) (Kamu Personeli So-

hemen belirtmek gerekir ki, kamu hizmetine girmede Türk vatandaşlığı şartının aranmış olması, uygulamada duraksamalara neden olmaktadır. Özellikle Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Türkiye'nin AB'ye katılım sürecinde bu sorun oldukça önem kazanacaktır.

Bu durumda iki önemli sorun karşımıza çıkıyor. Birinci, Türk vatandaşlığının yanında başka bir ülke vatandaşlığını sahip (çifte vatandaşlığa sahip kişiler) olan Türklerin durumu; ikinci ise, Türk vatandaşı olmayan kişilerin (yabancılar) Türkiye'de çalışabilmesi sorunudur.

Çifte vatandaşlık durumu doğum yoluyla vatandaşlığın kazanılması hallerinde ortaya çıkabileceği gibi vatandaşlığın sonradan kazanılması hallerinde de ortaya çıkabilecek bir durumdur. Örneğin doğumla Türk vatandaşlığını kazanan bir kadının yabancı bir erkekle evlenerek kocasının vatandaşlığını kazanması halinde ya da kişinin kendi iradesiyle başka bir devlet vatandaşlığını elde etmesi gibi. Türk Vatandaşlığı Kanununa (TVK) göre, bir kişinin Türk vatandaşlığının yanında kendi iradesiyle⁶ başka bir devlet vatandaşlığını elde etmesini cezai bir yaptırım olarak vatandaşlığı kaybettirme sebebi saymıştır(m.25). Ancak, çifte vatandaşlığın uluslararası vatandaşlık hukukunda gittikçe kuvvetlenmesi, şahsın ilk (menşe) vatandaşlığını muhafaza arzusunun makul karşılanması gerektiği anlayışına paralel olarak Türk hukuk düzeninde de çifte vatandaşlığa müsaade edilmektedir. Kişinin, izinli olarak başka bir ülke vatandaşlığını (çifte vatandaşlık) kazanması kanununun 22.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "başka bir devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen kişiye Bakanlar Kurulunca tespit edilen esaslara uygun olarak İçişleri Bakanlığınca izin belgesi verilir. İzin belgesi üç yıl için verilir". Bu yolla yabancı bir devlet vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları Türkiye bakımından Türk vatandaşı sayılırlar⁷. Görüldüğü üzere, Türk pozitif hukukunda çifte vatandaşlığı yasaklayan bir hüküm bulunmamakta⁸; aksine, çifte vatandaşlığın kazanılmasına –yasadaki kurallara uymak şartıyla– imkan tanınmaktadır.

Yetkili makamın izniyle ya da kanunun müsaade ettiği diğer durumlarda çifte vatandaşlığı elde eden kişi, Türk vatandaşlığını muhafaza ettiğinden Türk vatandaşlarının sahip haklarından yararlanmaya devam edecektir⁹. Dolayısıyla, bu kişiler kamu hizmetine girme hakkına ve dolayısıyla kamu görevlisi olma

runları) İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4-5 Nisan 2003. s.2.

⁶ Rona AYBAY, *Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku*, İstanbul, 1991, s. 105.

⁷ Ergin NOMER, *Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s.105.

⁸ Erdal ONAR-Bilgin TİRYAKİOĞLU, "1982 Anayasasında Milletvekilliği vatandaşlık ilişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı)" *Prof.Dr. Faruk Erem Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, s.594.

⁹ *ibid*, s.565.

hakkına da sahiptirler. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere, kamu görevliliği kavramı geniş yorumlandığında devletin siyasal kurumlarında görev yapan kişiler de -örneğin, cumhurbaşkanı, Başbakan, milletvekili- kamu görevlisi sayılmaktadır. Dolayısıyla, bu kişilerin aynı zamanda başka bir devlet vatandaşı olmaları sorun yaratmaktadır¹⁰. Öğretide, aynı zamanda yabancı bir devlet vatandaşı da olsa, Türk vatandaşı olan bir kişinin, vatandaşlık bağına bağlı olan tüm haklardan, bu arada seçme ve seçilme hakkından da yararlanabileceği belirtilmektedir¹¹ ki, biz de aynı kanaatteyiz. Danıştay, bir Türk'ün, işçi olarak bulunduğu Almanya'da Türk vatandaşlığının yanında Alman vatandaşlığını kazanması üzerine Türkiye'de devlet memurluğuna alınmamasına ilişkin işleme karşı açılan davada "çifte tabiiyetin Devlet memurluğuna engel bir neden sayılamayacağı ve yabancı bir devlet vatandaşlığına geçmek için başvuruda bulunmanın Devlete sadakat veya bağlılıkla bağdaşmayan ya da Devlet itibarını kıran eylem olarak nitelendirilemeyeceği¹²"ne karar vermiştir.

B- Yabancılar, milletlerarası hukuka ve kanuna uygun olarak bu haktan yararlanabilir

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa kamu hizmetine girme hakkını Türk vatandaşlığına bağlı olarak kullanılacak siyasal bir hak olarak öngördüğü için kural olarak bu haktan sadece Türk vatandaşları yararlanabilecektir. Anayasanın bu hükmü karşısında acaba Türk vatandaşlığına sahip olmayan (yabancılar) kişilerin bu haktan yararlanması mümkün müdür? Bu soruya Anayasanın 16.maddesi çerçevesinde, anayasada düzenlenen "temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla" düzenleneceği cevabı verilebilir. Diğer bir ifadeyle, anayasa, bu sorunun Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler ve kanunla düzenleneceğini öngörmektedir.

Konunun uluslar arası sözleşmelerde düzenleniş biçim ileride incelenecektir. Fakat, ilgili kanunlara baktığımızda farklı düzenlemelerin yapıldığını görüyoruz. Devlet Memurları Kanunu (DMK), devlet memurluğuna alınacak kişilerin "Türk Vatandaşı" olması koşulunu aramıştır(m.48). Kanunun 48.maddesinde sayılan şartlar genel şartlar olup, diğer özel şartların yanında tüm memurlar için geçerlidir.

Diğer kanunlarda ise, Türk vatandaşı olmadığı halde bazı kişilere Türkiye'de bazı görevlerde çalışma izninin verildiğini görüyoruz. Bu konuda birden

¹⁰ Yakın zamanda yaşanan Merve Kavakçı olayı çifte vatandaşlık sorunundan çıkmıştır.

¹¹ Kemal GÖZLER, "Vatandaşlık ve Milletvekilliği" *Liberal Düşünce*, C.4, S.16, Güz 1999, s.90.

¹² Danıştay 5.D., E.1987/1804, K.1989/1655, *Danıştay Dergisi*, S.78-79, s.228.

fazla kanun¹³ bulunmakla birlikte biz örnek olması açısından ikisine değineceğiz. 27.6.1989 tarih ve 375 sayılı KHK'nin geçici 5.maddesi ile "Bulgaristan'dan Türkiye'ye mecburi göç eden Türk soyundan olanlarda, DMK'nın 48.maddesi çerçevesinde atama yapılırken Türk vatandaşı olma şartının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Yine 2527 sayılı, Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş Veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunla Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlamıştır(m.1). Bu kişilere Bakanlar Kurulunca tespit edilecek usul ve esaslar çerçevesinde, Dışişleri ve ilgili bakanlıkların görüşleri alınarak İçişleri Bakanlığınca süreli olarak izin verilebilir(m.3). Ancak, kanunun bu kişilere uygulanmayacak hükümler kenar başlıklı 7.maddesinin 2.fıkrasında "bunlar siyasi haklardan yararlanamazlar", hükmü düzenlenmiştir. Kamu hizmetine girme hakkının Anayasa'da siyasi haklar bölümünde düzenlendiği göz önüne alındığında, kanunun bu hükmü nasıl yorumlanmalıdır? Öğreti de, yasal düzenlemelerle yasaklanmayan konularda, özellikle uzmanlık gerektiren konularda kamu hizmetine girmelerinde bir sakınca olmadığı belirtilse de¹⁴, kanaatimizce, kanunun bu hükmü kamu görevlileri kavramına yüklenecek anlama göre farklı şekilde yorumlamak gerekir. Çalışmanın giriş bölümünde de belirtildiği üzere, kamu görevlisi kavramı geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi, kamu kesiminde görev yapan, hukuksal durumları birbirinden farklı olan tüm kamu görevlilerini içine alır. Dar anlamda kamu görevlisi ise, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli olduğu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli kamu görevlisi olan memurlar ve diğer kamu görevlileridir. Bu durumda, kanun kapsamına giren kişilerin dar anlamda kamu görevlileri kabul edilemeyecekleri; belki bunların, kamu kesiminde çalışan, memurlar ve diğer kamu görevlileri kapsamına girmeyen kişiler olarak kabul etmek daha isabetli olacaktır. Yine bu kanun kapsamına giren kişilerin devletin siyasal yapısını oluşturan görevlerde de görev almaları mümkün değildir.

Sonuç olarak, Türk vatandaşı olmayan kişilerin Türkiye'de kamu hizmetine

¹³ Bu kanunlar arasında şunlar sayılabilir: 6224 sayılı "Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu", 6086 sayılı "Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu", 3293 sayılı "Sınai Müesseselerle Sığortacı Şirketlerinde Kullanılan Ecnebilere Mukabil Türk Memur ve Mühendis Yetiştirilmesi Hakkında Kanun" ve 6326 sayılı "Petrol Kanunu". Yabancı uyruklu kişilerin Türk vatandaşlarına tahsis edilen bir meslek veya sanat dalında çalışabilmeleri konusunda bkz: Ünal NARMANLIOĞLU, *İş Hukuk Ferdi İş İlişkileri I*, Barış yayınları, Ankara, 1994, s.150; Haluk Hadi SÜMER, *İş Hukuku*, Mimoza yayınları, Konya, 2002, s.49.

¹⁴ Nur Kaman KARAN, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.49.

girme hakkından yararlanabilmeleri Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve özel kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Diğer bir ifade ile, bu kişiler, kanunun müsaade durumlarda Türkiye'de kamu görevlisi olarak çalışma hakkına sahip olacaklardır. Konunun uluslar arası sözleşmelerde düzenleniş biçimi ileride ayrıca incelenecektir.

C- Kamu hizmetine girmede herkes fırsat eşitliğine sahiptir

Anayasanın 70.maddesinin 2.fikrasında “hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği” düzenlemiştir. Anayasa da “görevin gerektirdiği niteliklerin¹⁵” neler olduğu açıklanmamıştır. Ancak anayasanın bu hükmü Devlet Memurları Kanununun (DMK) “ilkeler” kenar başlıklı 3.maddesiyle birlikte yorumlandığında “görevin gerektirdiği nitelikler” deyimini daha kolay anlaşılacaktır. DMK’ göre, “...devlet kamu hizmeti görevlilerini ve bu görevlerde çalışan memurlarını görevlerin gerektirdiği niteliklere ve mesleklere göre sınıflara ayırır. Devlet, kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşik imkanlarla uygulamak” durumundadır (DMK, m.3). Kanunun bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, liyakat ilkesini kamu personel rejiminin her aşamasına hakim kılmayı amaçlamaktadır. Diğer bir ifade ile, kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde kamu görevlerine memur alırken herkese aday olabilme serbestisinin sağlanması gerekli olmakla birlikte, görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında da fırsat eşitliğinin sağlanması gerekir¹⁶. Fırsat eşikliğinin sağlanması, kayırmacılığı önleyeceği gibi, kamu personelinin de niteliğinin (kalitesinin) artmasına neden olacaktır.

Anayasa mahkemesi, (1961 anayasası döneminde) verdiği bir kararda “görevin gerektirdiği nitelikler” kavramını şöyle açıklamıştır: “Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında

¹⁵ Anayasanın 128.maddesinin gerekçesinde “...kamu hizmeti görevlilerinin hizmete alınmalarında yetenek ve liyakat ilkelerine uyulması zorunlu..” belirtilmiştir.

¹⁶ MEMİŞ, s.4.

yasalarda öngörülen kısıtlamalar kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir”¹⁷.

Danıştay ise, “görevin gereklerinden başka hiçbir ayırım gözetilemez” ilkesini şöyle yorumlamıştır: “Kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında her hangi bir ayırım yapılmamıştır ve görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmak bu haktan yararlanmak için yeterlidir. Görevin gerektirdiği nitelikler, öğrenim düzeyi, yaş, askerlik hizmeti veya yükümlülük durumu ile genel ve objektif veya özellik arz eden hizmet grupları için de o hizmetin gerektirdiği özel nitelikler olabilir”¹⁸.

“Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği” ilkesi öğretide, “memurun, memurluğun aradığı yani, anayasanın lafına ve ruhuna ve Türk Personel yönetimi esaslarına göre aranması mümkün olan ‘genel’ şartları, nitelikleri ve gireceği, bulunduğu veya yükseleceği ‘belli’ görevin aradığı nitelikleri taşımasıdır. Liyakate sahip olmasıdır”¹⁹”, şeklinde yorumlanmıştır. Tabii ki, bunların neler olacağı, her görevin özelliklerine, sosyo-ekonomik koşullara göre değişebilecektir. Ancak, dikkat edilmesi gereken nokta, aranacak farklı niteliklerin saptanmasında ‘objektif’ yaklaşımın benimsenmesi; bu objektif niteliklere uyan ve uymayan memurların belirlenmesinde de ‘eşitlik’ ilkesine mutlaka gerçekleştirilmesi gerekir.

Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70.maddeye baktığımızda, sadece “görevin gerektirdiği niteliklerden” bahsedilmektedir. Bunun dışında başka bir sınırlama sebebi öngörülmemektedir. Buradan şu sonuç çıkarılabilir: idare kamu personeli alırken sadece “görevin gerektirdiği nitelikler”, diğer bir ifadeyle liyakat şartını esas alacaktır. Bunun dışındaki sebeplerle kişinin kamu hizmetine girmesi önlenemeyecektir. Ancak bu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “aynı durumda olan herkese uygulanmak²⁰” şartıyla her bir meslek için genel ve objektif koşulların öngörülmesine engel değildir.

¹⁷ AYM, 9.10.1979, E.1979/19, K.1979/39, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, S.17, s.299’dan naklen KARAN, s.22; AYM, 4.4.1991, E.1990/12, K.1991/7, RG.,13.8.1991, S.20959.

¹⁸ Danıştay 5.D., E.1987/2417, K. 1988/1286, *Danıştay Dergisi*, S.74-75, s.302, KARAN, s.23.

¹⁹ Sait GÜRAN, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İstanbul, 1980, s.188.

²⁰ AYM., 21.5.1998 tarih, E.1997/29, K.1998/19, www.anayasa.gov.tr/kararlar (25.5.2003); AYM., 21.6.1989 tarih, E. 1988/34, K.1989/26, Pertev BİLGİN, *İdare Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s.201.

D- Kamu hizmetine girmede liyakat esastır

Liyakat ilkesi, kamu personel sisteminin, “herkesin hizmete giriş ve yükselmesinde, yetenek ve başarının belirleyici bir unsur olarak kabul edildiği, hizmet koşullarının ve ödülllerinin, hizmetin düzeyine ve sürekliliğine katkıda bulunacak şekilde düzenlenmesi” olarak tanımlanabilir²¹. Devlet Memurları Kanunu da, liyakat ilkesini “devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak”(m.3)şeklinde tanımlamıştır²².

Bu düzenin karşısında yer alan kayırmacılık (Spoil System) ya da ganimet düzeni ise, kamu görevine girişte ve meslek içinde ilerlemede siyasal eğilimler ve partiye yaptıkları hizmetler dikkate alınır. Kayırmacılık sisteminin iki temel unsuru vardır. Bunlardan birincisi²³, kamu görevlilerinin iktidarla birlikte değişmesidir. Diğer ise, siyasi atamalardır. Kayırma sisteminin tarihsel gelişiminde ilk örnek olarak verilen ABD’de kamu görevlilerinin atanmasının temeli bu esasa dayanır²⁴. ABD’de 1883 yılına kadar başkan, kendi taraftarıyla birlikte gelir ve yine kendi ekibiyle birlikte giderdi. Ancak, 1883 tarihli Civil Service Act (Pendleton Act) ile ganimet sistemi sınırlandırılmıştır. Kamu görevlilerinin iktidarla birlikte değişmesini savunulara göre, “seçimden başarılı çıkan siyasal parti, iktidarla birlikte yandaşlarıyla birlikte gelmeli ve onlarla birlikte gitmelidir...özellikle yüksek yöneticiler, bir siyasi partiye mensup oldukları zaman, o parti iktidara gelip de uygulayacağı politikalar yasama organından güven alınca,...daha canla başla çalışır, o politikanın başarısı için ellerinden geleni yaparlar, ödevlerini gereğinden fazla fedakarlık gösterirler²⁵”. Bu görüşün zaman zaman ülkemizde de istisnai memur atamalarında ileri sürüldüğü görülmektedir.

Liyakat sisteminin dayandığı esaslar şöyle sıralanabilir;

-
- ²¹ Burhan AYTAÇ, “Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.23, S.4, 1990, s.96.
- ²² Danıştay 5.D., 27.5.1997, E.1996/1272, K.1997/1118, *Danıştay Dergisi*, S.94, 1998, s.353.
- ²³ Abdülkadir TÜRKAN, “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri” (yayınlanmamış) Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000, s.9-10.
- ²⁴ Johnson RONALD N. and Libecap GARY D., “Patronage to Merit and Control of the Federal Government Labor Force”, *Exploration in Economic History*, Volume 31, Issue 1, January 1994, p. 91 -119.
- ²⁵ GÜRAN, s.87. Çeşitli ülkelerdeki siyasi atamalar için bkz: TÜRKAN, s.12-21

- Kamu görevine girme bir vatandaşlık hakkıdır. Dolayısıyla, kamu görevlisi alımında temel yaklaşım, toplumun tüm kesimlerinin kamu yönetiminde temsilini sağlayan bir yöntem olmalıdır²⁶.

- Kamu görevlisi alırken ve hizmet içinde yükselmeye açık yarışma sınavları esas olmalıdır. Adayların serbest ve ayırım gözetilmeksizin fırsat eşitliği ilkesine uygun olarak katılımlarının sağlanması gerekir²⁷. Tabii ki, yapılacak sınavlar, objektif değerlendirme ölçütlerine dayanmalıdır. Diğer bir ifade ile, objektif kurallar çerçevesinde işin ehline, hak edene verilerek kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesinin sağlanması gerekir²⁸.

- Liyakat ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için, işe en uygun adayın alınması yeterli değildir. Nitelikli kişinin kamuda kalmasını sağlamak için,²⁹ kariyerlerine paralel olarak mali ve sosyal imkanlarının artacağı bir meslek olarak görülmelidirler.

- Nitelikli kamu görevlisi bulmak ve bunları memurluk mesleğinde tutabilmek için ulusal ve yerel ölçekler dikkate alınarak (eşit işe-eşit ücret/equal pay for equal work) ödenmeli ve verilen ücret kişileri memurluğa özendirici ve teşvik edici olmalıdır³⁰.

- Kamu hizmetlerinde çalışan kamu görevlileri etkin ve verimli bir biçimde kullanılmalı, bunların görevde kalmaları başarılarına ve yeteneklerine göre saptanmalı, belli standarda ulaşamayan kişinin görevine son verilmeli ve kamu görevlilerinin eğitimine ve öğrenimine önem verilmelidir³¹.

II. KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKININ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

İnsanların yaşamlarını devam ettirebilmeleri, anayasanın ifadesiyle maddi ve manevi varlıklarını sürdürebilmeleri için gerekli olan çalışma hakkı iç hukukumuzun yanında uluslararası hukukta da düzenlenmiştir. Çalışmanın bu bölümünde, kamu hizmetine girme hakkı Uluslar arası hukukun yürürlük kaynaklarından olan uluslararası sözleşmeler açısından incelenecektir. Hemen belirtelim ki, bu sözleşmelerin bazıları henüz Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Dolayısıyla,

²⁶ MEMİŞ, s.4.

²⁷ AYKAÇ, s.97.

²⁸ Danıştay 5.D., E.1996/1272, K.1997/1118, *Danıştay Dergisi*, S.94, 1998, s.353.

²⁹ Mustafa Lütfi ŞEN, “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması” *Amme İdaresi Dergisi*, C.28, S.1, 1995, s.81.

³⁰ İsmet GİRİTLİ-Pertev BİLGİN- Tayfun AKGÜNER, *İdare Hukuku*, Der yayınları, İstanbul, 2001, s.389.

³¹ Hazma AL, *Bilgi toplumu ve Kamu Yönetiminde Paradigma Değişimi*, Bilimadamı Yayınları, Ankara, 2002, s.243.

Türkiye açısından bağlayıcı değildir. Ancak, karşılaştırmalı hukuk açısından yararlı olacağı düşüncesiyle çalışmada Türkiye tarafından onaylanmayan sözleşmelere de değinilecektir³².

İnsan hakları alanında, uluslararası ilk düzenleme olması itibariyle ayrı bir öneme sahip olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne³³ “herkes, ülkesinin kamu hizmetlerine eşit olarak girme hakkına sahiptir”(m.21/2). Görüldüğü üzere, bildirge konuyu kişisel ve siyasal hak bağlamında ele almış; yine “herkes” sözcüğünü kullanarak insanların vatandaşı olduğu ülkede eşit bir biçimde bu hakka sahip olduğunu düzenlemiştir.

İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi'nde kamu hizmetine girme hakkına yer verilmemiştir. Sözleşmede kasıtlı olarak bu yer verilmediği belirtilmektedir³⁴. Sözleşmeyi uygulamakla yükümlü olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında da Sözleşme ve Ek Protokollerinde böyle bir hakkın düzenlenmediği belirtilmiştir. Hatta mahkeme, Kosiek³⁵ kararında Alman hükümetinin “imzacı devletlerin kasıtlı olarak bu hakkı tanımadığı yönündeki savunması yerinde bulmuştur. Fakat mahkeme, Vogt kararı³⁶ ile kamu hizmetine girme hakkını tanımasa da devlet memurlarının düşünce ve örgütlenme özgürlüklerine farklı bir boyut getirerek, devlet memurluğunun sona erdirilmesini zorlaştırmıştır.

Birleşmiş Milletler Her Çeşit Irk ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin(21 Aralık 1965)³⁷ 5.maddesinde, taraf devletlerin ırk ayrımcılığını her biçimiyle yasaklamayı ve kaldırmayı, herkes için yasa önünde eşitlik sağlamayı ve....”siyasal haklar, özellikle genel ve eşit oy temeli üzerinde seçimlere katılma, seçme ve seçilme hakkı ve her türlü düzeydeki kamu yönetiminde ve hükümette görev alma ve eşit koşullarda kamu hizmetine girme hakkı”nı güvence altına almayı taahhüt ettikleri düzenlenmiştir.

³² Kişilerin çalışma hakkına ilişkin pek çok uluslararası sözleşme yapılmıştır. Çalışma hakkına ilişkin sözleşmelerin tamamının incelenmesi bu çalışmanın boyutlarını ve amacını aşmaktadır. Bu nedenle, sözleşmeler arasında seçim yapılarak bazılarına değinilecektir.

³³ Bildirge metni için bkz: Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (HAK-İŞ), *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, (Ed: Coşkun Can Aktan), Ankara, 2000, s.157.

³⁴ MEMİŞ, s.7; Durmuş TEZCAN- Mustafa Ruhan ERDEM- Oğuz SANCAKTAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İzmir, 2002, s.233.

³⁵ Kosiek/Almanya, 28.8.1986, A 105; KARAN, s.20.

³⁶ J.Daniel KRISCH, “Vogt v. Germany: The European Court of Human Rights Expands the Scope of Articles 10 and 11 of the European Convention on Human Rights to Include the Political Activities of Civil Servants”*Connecticut Journal of International Law*, Summer 1999'den naklen KARAN, 20; Oğuz SANCAKTAR, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinde Çıkarma ve Yargısal Denetimi* Ankara, 1002, s.211.

³⁷ HAK-İŞ, s.280.

Kişilerin çalışma haklarını yakından ilgilendiren uluslar arası sözleşmelerden biri de Avrupa Konseyi üyesi devletleri 18 ekim 1961 'de imzaladığı ve Türkiye'nin de onayladığı Avrupa Sosyal Şartıdır. Sözleşmeye göre, imzacı devletler ulusal ve uluslararası tüm uygun yolları izleyerek “herkesin özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama” (Bölüm I, m.1) hakkını etkin biçimde gerçekleştirebileceği şartlara ulaşmayı politikalarının amacı sayacaktır. Yine “her hangi bir sözleşmeci tarafın vatandaşları, inandırıcı, ekonomik veya sosyal nedenlere dayalı kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla, diğer bir sözleşmeci taraf ülkesinde, o ülke vatandaşları ile eşit koşullar altında kazanç getirici her hangi bir merkezi işte çalışma hakkına sahiptir”(Bölüm I, m.18). Sözleşmenin ikinci bölümünün 1.maddesinde, çalışma hakkı ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “sözleşmeci taraflar çalışma hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere.....çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde korumayı...yükümlenirler” (m.1/2). Sözleşme bazı durumlarda bu hakka kısıtlama veya sınırlama getirebilecektir. Buna göre, sözleşmeci devletler “demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya kamu yararı, ulusal güvenlik, kamu sağlığı veya genel ahlakın korunması için gerekli olan ve yasayla belirlenen kısıtlamalar” (bölüm V, m.31) getirebilecektir.

Milletlerarası Çalışma Örgütü tarafından 25 Haziran 1958 yılında kabul olunan ve Türkiye'nin 1967 yılında onayladığı İş ve Meslek yönünden Ayrım Hakkında 111 Sayılı ILO Sözleşmesi'yle³⁸ imzacı devletler “ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla, bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayrımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş ve meslek edinmede ve edinilen iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya mesleğe tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt” etmiştir(m.2).

Kişilerin kamu hizmetine girme hakkı konusunda üzerinde durulması gereken uluslararası sözleşmelerden bir diğeri Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin uluslar arası Sözleşme'dir (16 Aralık 1966). Bu sözleşme Türkiye tarafından 14.8.2000 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmeye taraf olan devletler, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında ilan edilen ilkeler uyarınca insanlık ailesinin tüm üyelerinin özünde mevcut olan onurunu ve eşit ve devredilemez haklarını tanımanın dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu göz önünde tutarak bazı temel ilkeler üzerinde anlaşmıştır. Bu ilkelerden biri de her devletin “kendi ülkesinde bulunan ve kendi yetkisine tabi herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da her hangi başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, servet, soy yahut herhangi diğer bir statü gibi durumlara dayanan hiçbir ayrım yapmaksızın” (m.2), her yurttaşına “genel eşitlik şartları içinde, ülkesinin kamu hizmetlerine girme hakkı imkanı (m.25) tanınmasıdır. Acaba devletler bu hakkı her hangi bir sınırlama getirebilecek midir? Sözleşmenin 25.maddesinde “makul kısıt-

³⁸ HAK-İş, s.243.

lamalardan” bahsediliyor. Ancak bunların ne olduğu açıklanmamıştır.

Sonuç olarak, uluslararası sözleşmeler, kamu hizmetine girme hakkını kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirerek yaşamını sürdürmesi için gerekli olan çalışma hakkının gereği olarak görmektedir. Sözleşmeler ayrıca, kamu hizmetine girmede vatandaşlara fırsat eşitliğinin tanınmasını; kişiler arasında ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da her hangi başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, servet, soy yahut herhangi diğer bir statü gibi durumlara dayanan hiçbir ayırım yapılmamasını öngörmektedirler. Ancak, devletler, bireylerin bu hakkına, demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya kamu yararı, ulusal güvenlik, kamu sağlığı veya genel ahlakın korunması için gerekli olan ve yasayla belirlenen kısıtlamalar getirebilirler. Tabii ki, sınırlama sebeplerinin, makul ve inandırıcı olmalıdır.

III. Kamu Hizmetine Girme Hakkının AB Hukukunda Düzenleniş Biçimi

Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşmalar, topluluğa üye devletler arasında malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımını güvence altına almayı hedeflemiştir. Bu bağlamda işçilerin serbest dolaşım hakkından yararlanabilmesi için üye devletlerden birisinin vatandaşı olması gerekir. Dolayısıyla kişilerin AB hukuku çerçevesinde kamu hizmetine girme haklarının tespiti noktasında AB hukukunda vatandaşlık kavramının tespiti yararlı olacaktır.

A- Avrupa vatandaşlığı

7 şubat 1992 tarihinde, Maastricht’de imzalanan ve Kasım 1993’de yürürlüğe giren Avrupa Birliği Hakkında Antlaşmasının³⁹ (ABA) getirdiği yeniliklerden biri de “Avrupa vatandaşlığı”dır. Avrupa vatandaşlığının tesisindeki amacın, Avrupa kamuoyu ve Avrupa kimliğinin gelişmesini sağlayarak AB organları ile vatandaşlar arasındaki bağı güçlendirmek, Birliğin entegrasyon sürecine vatandaşların önemli oranda katkısını sağlayarak, Avrupa kültürünü güçlendirmek ve birleştirmek olduğu belirtilmektedir⁴⁰.

Avrupa vatandaşı olmanın şartları ve Avrupa vatandaşlığının hakları ve yü-

³⁹ *Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, Official Journal C 325 of 24 December 2002, www.europa.eu.int/eur-lex (2.6.2003).*

⁴⁰ Stefania PANEBIANCO, *European Citizenship and European Identity: From the Treaty of Maastricht to Public Opinion Attitudes*, European Union Jean Monnet Chair Chair Jean Monnet working Papers Series, 1996, p.2; Muhammet KÖSECİK, “AB’nin Bütünleşmesi Sürecinde Yerel Yönetimler”, *Avrupa Birliği ile Bütünleşme sürecinde Türkiye’de Yerel Yönetimler*, (Ed: Bekir Parlak-Hüseyin Özgür), Alf yayınları, Bursa, 2002, s.24.

kümlülükleri, ABA'nın 2.kısımında 17-22. (eski m.8) maddelerinde düzenlenmiştir. Antlaşmaya göre Avrupa vatandaşı olmak için AB üyesi devletlerden birisinin vatandaşı olmak gerekli ve yeterlidir. Avrupa vatandaşı olmak için başka bir şarta ihtiyaç yoktur. Avrupa vatandaşlığı tamamlayıcı niteliklidir, milli vatandaşlığın yerine geçemez (m.17/1). Bu durumda AB üyesi vatandaşlar birisi ulusal vatandaşlığı, diğeri de Avrupa vatandaşlığı olmak üzere iki ayrı vatandaşlığı sahip olacaktır. Antlaşmayla tesis edilen Avrupa vatandaşlığı, aynı zamanda sorumlulukları da gerektirir. Avrupa vatandaşlığının kişilere sağladığı haklar şunlardır:

-Üye ülkeler arasında serbestçe dolaşma ve üye ülkelerden birine yerleşme hakkı⁴¹ (m.18/1),

- Bir başka üye ülkede yaşayan kişilere, yerel seçimlerde ve Avrupa Parlamentosu seçimlerinde, ev sahibi ülke vatandaşları ile aynı şartlarda aday olma ve oy kullanma hakkı (m.19/1),

- AB üyesi üçüncü bir ülkede yaşayan kişinin, kendi ülkesinin diplomatik temsilcisi yoksa, o ülkede temsil edilen diğeri bir üye ülkenin diplomatik veya konsolosluk korunmasından ilgili ülke vatandaşlarıyla aynı şekilde yararlanma hakkı (m.20),

- Avrupa parlamentosu'na (m.21/1) ve Avrupa Ombudsman'ına başvurma (m.21/2) hakkı.

AB'yi kuran anlaşmalar, birliğe üye ülkeler arasında kurulması amaçlanan ortak pazar, malların ve hizmetlerin yanında, üretim faktörlerinin de serbest dolaşımını da sağlama çalışmıştır. Böylece, Avrupa halkları arasında çok daha yakın bir iş birliği gerçekleştirilerek ekonomik entegrasyonla birlikte siyasal birliğin kurulmasının amaçlandığı belirtilmektedir⁴².

B- Serbest dolaşım hakkının kapsamı

Topluluk üyesi ülkeler arasında işçilerin serbest dolaşımına ilişkin temel düzenleme, ABA'nın 39,40 ve 41 maddeleridir. Buna göre;

* topluluk içinde işçilerin serbest dolaşma hakkı güvence altına alınacaktır (m.39/1),

* serbest dolaşım hakkı, iş, ücret ve işin diğeri şartlarıyla ilgili konularda üye

⁴¹ Öğretide, ekonomik amaçlı yerleşme hakkının antlaşmada zaten düzenlendiği için Antlaşmanın 18.maddesinde Avrupa vatandaşlarına tanınan oturma hakkının ekonomik amaçlı olmayan oturma hakkı olduğu belirtilmektedir. Gülören TEKİNALP- Ünal TEKİNALP, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta yayımları, İstanbul, 1997, s.22

⁴² Enver BOZKURT- Mehmet ÖZCAN- Arif KÖKTAŞ, *Avrupa Birliği Hukuku*, Nobel Yayınları, Ankara, 2001, s.206.

ülke işçileriyle arasında vatandaşlık esasına dayanan ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirir(m.39/2),

* bu hak, kamu düzeni, kamu güvenli ve kamu sağlığının haklı kıldığı kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla;

- fiilin sunulan iş tekliflerini kabul etme,

- bu amaçla üye devletlerde serbestçe dolaşma,

- üye devletin istihdamı düzenleyen, idari ve yasal düzenlemelere uygun olarak bir iş tutmak amacıyla o ülkede kalma,

- üye ülkede çalıştırdıktan sonra, Komisyon tarafından yapılacak tüzükle belirlenecek esaslar çerçevesinde o ülkede kalma hakkını içerir(m.39/3).

* bu madde hükümleri kamu idaresine ait işlerde uygulanmaz (m.39/4).

Antlaşmanın sağladığı serbest dolaşma hakkı, üye ülke vatandaşlarına tanınmış olan bir haktır. Ancak, vatandaşlığın elde edilmesi ve kaybedilmesi konuları anlaşmayla düzenlenmiş olmayıp, ilgili devletlere bırakılmıştır.

Görüldüğü üzere, antlaşma işçilerin serbest dolaşımından bahsetmektedir. Dolayısıyla, işçi kavramının açıklanması gerekmektedir. Antlaşmada bu konuda tanımlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), ulusal düzeyde farklı anlamlar verilmesinin Topluluk hukukunda tek taraflı olarak değişiklikler yapılmasına yol açabileceğinden işçi kavramının bütün üye devletler için aynı anlamı taşıyacak şekilde yorumlanması gerektiği gerekçesiyle oldukça geniş yorumlamıştır. ATAD kararlarından bazı örnekler vermek gerekirse, “bir kişinin işçi olarak değerlendirilmesi için, onun, ilgili piyasada geçerli olan ücretin altında da olsa, gerçek bir işte fiilen çalışması ya da çalışma isteğinde bulunması yeterlidir”⁴³. ATAD Kempf kararında⁴⁴, part-time bir işte fiilen çalışan bir kişinin, elde ettiği gelirin asgari ücretten daha az olduğu ve bu nedenle başka yasal kaynaklardan ek gelir elde etmek istediği gerekçesiyle, kişilerin serbest dolaşım hakkından mahrum bırakılmayacağına karar verdi.

C- Serbest dolaşım hakkının istisnaları

Kişilerin serbest dolaşım hakkının istisnaları 39.maddenin 3. ve 4. fıkralarında iki grupta toplanmıştır. Birinci grupta (3.fıkra) kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı; ikinci grupta ise, kamu idaresine ve hizmetine ait işler yer almıştır.

⁴³ Levin kararı, Case 53/81 Levin V., *Staatssecretaris Van Justitie (1982)*, E.C.R. 1035, 2 CMLR.454'den naklen BOZURT vd., s.222.

⁴⁴ age, s.223.

Bu istisnaların uygulamasını göstermek amacıyla 64/221 sayılı Yabancıların Kamu Düzeni, Güvenliği ve Sağlığı Sebebiyle Seyahat ve İkametlerinin Koordine Edilmesine İlişkin Yönerge çıkarılmıştır.

Antlaşma kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının haklı kıldığı durumlarda ilgili devletlere kısıtlama yapma yetkisi vermiştir. Ancak bu kavramları açıklamamıştır. Bu durumda anılan kavramların yorumunda ATAD'ın kararları esas alınacaktır.

Kamu düzeni: ATAD, Rutili kararında⁴⁵ kamu düzeni nedeniyle yapılacak kısıtlamalarda kavramın dar yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, "bir üye devlet vatandaşının bir başka üye devlete girmesine, orada yerleşmesine ya da o ülke içinde dolaşmasına, toplumun temel menfaatini etkileyen gerçek ve yeterince ciddi bir tehlikenin olmaması durumunda kamu düzeni kavramına dayanarak sınırlama getirilemez"⁴⁶.

Kamu güvenliği: ATAD, işçilerin serbest dolaşım hakkının kamu güvenliği yönünden kısıtlanması konusunda doğrudan ilişkili henüz bir karar vermiş değildir. Kamu güvenliğine dayanan kısıtlamaların daha çok ülkenin varlığını doğrudan etkileyen terörizm, casusluk ve diğer tahrip şekillerine ilişkin fiillerin işlenmesi durumunda gündeme gelebileceği; bu konularda ise taktir yetkisinin üye devletlerde olduğu; dolayısıyla ATAD'ın bu konulara pek girmeyeceği belirtilmektedir⁴⁷.

Kamu sağlığı: kamu sağlığı nedeniyle, kişilerin üye devletlere girmesinin kısıtlanabileceği hastalıklar ve maluliyetler 64/221 sayılı Direktifte sayılmıştır. Bu hastalık ya da illetlerden birinin bulunması durumunda üye devlet ilgili kişinin ülkesini girişini ya da serbest dolaşmasına izin vermeye bilecektir.

Kamu idaresine ait işler: ABA'nın 39.maddesinde düzenlenen ve işçilerin serbest dolaşım hakkının uygulanamayacağı istisnai durumlardan biri de kamu yönetimine ait işlerdir.

Kuşkusuz kamu idaresine ait işler kavramı, üye ülkelerin kendi idari ve hukuki yapılarına göre farklı anlamlara göre gelebilecek, farklı yorumların yapılmasına müsait bir kavramdır. Dolayısıyla, üye devletlerin kamu idaresine ait işlerin tamamında vatandaşlık şartı araması düzenlemenin istismarı anlamına gelebilecektir. Üye devletlerin böyle bir yolu tercih etmeleri Avrupa'da oluşturulmaya çalışılan ekonomik, sosyal ve siyasal bütünleşme çalışmalarını olumsuz yönde etkileyebilecektir. Bu durumda kamu idaresi ve kamu hizmeti kavramala-

⁴⁵ Case 36/75, Rolanda Rutili v.Minister of Interior (1975) E.C.R. 1219, (1976) 1 C.M.R. 140

⁴⁶ BOZKURT vd., s.227; ATAD aynı yöndeki diğer kararları için bkz: TEKİNALP-TEKİNALP, s.289.

⁴⁷ BOZKURT vd., s.228.

rının tanımlaması gerekmektedir. Çünkü, üye ülkelerin kamu idaresi ve kamu hizmeti kavramlarına gerek pozitif hukuk ve gerekse politik açılarından yükledikleri anlamlar farklıdır⁴⁸. Bu nedenle ATAD, kamu idaresi işlerini istisnasını dar yorumlamıştır.

ATAD, Sotgiu kararında⁴⁹, kamu sektöründe sadece, kamu gücünün uygulanmasıyla bağlantılı olan belirli görevlere uygulanabileceğini, bütün kamu sektörünü kapsamadığına karar vermiştir. Commission v. Belgium kararıyla kamu idaresi işleri kavramı daha da belirginleşmiştir. Buna göre, “kamu hukukundan kaynaklanan yetkiler ve devletin genel çıkarlarının korunması amacıyla düşünülmüş olan görevlerin uygulanmasında doğrudan ya da dolaylı olarak yer alan bir dizi iş (makam) Topluluk hukuku anlamında kamu sektörünü oluşturur”⁵⁰.

ATAD kararlarına göre, yerel yönetimlerce istihdam edilen müfettişlik, gece bekçiliği, mimarlık; merkezi yönetimde müdürlükler kamu idaresine ait işler istisnasının içine girer. Diğer taraftan, demiryolu işçiliği, devlet hastanelerinde hemşirelik, stajer öğretmenlik, dil öğretmenliği ve orta dereceli okul öğretmenliği, bahçıvanlık ve boyacılık kamu idarene ait işler istisnasının kapsamına girmez⁵¹. Yine belirtmek gerekir ki, bu istisna, kamu sektörüne ilk girişle ilgili olduğundan bir üye ülke vatandaşı bir kere kamu sektöründe işe girdikten sonra artık vatandaşlık esasına dayalı bir ayrıma tabi tutulamaz.

Sonuç olarak, AB hukukunda kişiler, serbest dolaşım hakkı çerçevesinde birliğe üye diğer ülkelerde çalışma, iş ve meslek edinme hakkına sahiptirler. Kişilerin özel sektörün yanında kamu idaresine ait işlerde çalışma hakları, kamu hizmetine girme hakkı, konusunda kişilerin tam bir serbesti içinde olduklarını söylemek mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, ilgili üye ülke kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı yönlerinden bu hakka kısıtlama getirebilecektir. Buna ilave olarak, birliğe üye devletler, “devletin doğrudan kamu gücünü⁵² kullandığı belirli görevlerde” çalışmak isteyen kişilerde vatandaşlık

⁴⁸ Avrupa Birliği yapılanmasında üye devletler arasında görülen anlayış farklılıkları konusunda bkz: Ali D. ULUSOY, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.31. S.2, Haziran 1998, s.26; John SMITH, “The Public Service Ethos” *Public Management*, Volume 69, Winter 1991, s. 515.

⁴⁹ Case 152/73, Sotgiu v. Deutsche Bundespost (1974) E.C.R. 153.

⁵⁰ BOZKURT vd., s.235.

⁵¹ GÜLÖREN-GÜLÖREN, s.290.

⁵² İdare Hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden biri olan kamu gücü ölçütüdür. Bu ölçüte göre, idarenin işlemleri hakimiyet tasarrufları ve temsil yetkileri tasarrufları şeklinde ikiye ayrılır. Hakimiyet tasarrufları, devletin egemenliğinin bir parçası olarak kullandığı emretme, tek taraflı iradesini ilgililere kabul ettirme gerektiğinde zor kullanmak suretiyle yerine getirme yeteneğine dayanarak yapmış olduğu işlem-

şartı öngörerek yabancıların çalışmasına müsaade etmeyebilecektir⁵³. Tabii ki, hangi işlerin devletin kamu gücünü kullanarak yürütülen hizmet olduğu uygulamada ATAD kararlarıyla belirlenecektir.

SONUÇ

Türk pozitif hukukunda kamu görevliliğine giriş ve yükselmeye kariyer, sınıflandırma ve liyakat ilkeleri benimsenerek tarafsız bir memuriyet sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak, uygulamada özellikle, siyasal iktidar değişikliklerinde önce üst düzeyde, daha sonra da alt kademelere inerek kamu görevlileri arasında büyük değişimler yaşanmakta; kayırmacılığın yapıldığı yönünde idareye karşı ciddi eleştiriler yapılmaktadır.

Kamu hizmetine girme hakkı kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirerek yaşamlarını sürdürebilmeleri için özgürce bir meslek edinme ve çalışma hakkının bir gereğidir. Kişiler, çalışma haklarını özel teşebbüste kullanabilecekleri gibi, kamuda da kullanabilirler. Kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında çalışabilmeleri, Türk pozitif hukukunda, “kamu hizmetine girme hakkı” adıyla anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Türk vatandaşı olan herkesin, kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde, kamu görev alabilmesine fırsat tanınmalıdır. Fırsat eşikliğinin sağlanması, kayırmacılığı önleyeceği gibi, kamu personelinin de niteliğinin (kalitesinin) artmasına neden olacaktır.

Uluslararası sözleşmeler, kamu hizmetine girmede vatandaşlara fırsat eşitliğinin tanınmasını; kişiler arasında ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da her hangi başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, servet, soy yahut herhangi diğer bir statü gibi durumlara dayanan hiçbir ayırım yapılmamasını öngörmektedirler. Devletler, bireylerin bu hakkına, demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya kamu yararı, ulusal güvenlik, kamu sağlığı veya genel ahlakın korunması için gerekli olan ve yasayla belirlenen kısıtlamalar getirebileceklerdir.

AB hukukunda kişiler, serbest dolaşım hakkı çerçevesinde birliğe üye diğer ülkelerde çalışma, iş ve meslek edinme hakkına sahiptirler. Ancak, kişilerin, özel sektörün yanında kamu idaresine ait işlerde çalışma hakları konusunda tam bir serbesti içinde olduklarını söylemek mümkün değildir. Topluluğa üye ülkeler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı yönlerinden bu hakka kısıtlama getirebilecektir. Buna ilave olarak, birliğe üye devletler, devletin doğrudan kamu gücünü kullandığı belirli görevlerde çalışmak isteyen kişilerde vatandaşlık

lerdir. Hakimiyet tasarrufları, idare hukuku ve idari yargının görev alanına girerler. Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj yayınları, Ankara, 2002, s.30; GİRİTLİ vd., s.32: İl Han ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, Alfa yayınları, İstanbul, 1996, s.299.

⁵³ European Parliament Directorate General for Research Working Document, *Free Movement of Person in the European Union: Specific Issues*, Civic Liberties Series 05-999, p.58. www.europarl.eu.int/workingpapers/libe/pdf/100_en.pdf (13.6.2003)

şartı öngörerek yabancıların çalışmasına müsaade etmeyebilecektir. Hangi işlerin devletin kamu gücünün kullanılarak yürütülen hizmet olduğu uygulamada ATAD kararlarıyla belirlenecektir. AB'ye tam üyeliğin gerçekleşmesi durumunda, Türkiye de birlik hukukuna tabi olacağından, birliğe üye ülkelerin vatandaşları Türkiye'de serbest dolaşma hakkını elde edecektir. Dolayısıyla, Türk pozitif hukukuna göre, kamu görevi kabul edilen ve sadece Türk vatandaşlarının yürütebileceği bir çok kamu görevinde AB vatandaşları da görev alabilecektir. Bu durumda, Türkiye'de kamu görevi kabul edilen görevler, devletin doğrudan kamu gücünü kullanarak yürüttüğü görevler ve devletin doğrudan kamu gücünü kullanmadan yürüttüğü görevler şeklinde bir ayırım yapılmalıdır. Kamu görevleri arasında yapılacak böyle bir ayırım, kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen Anayasanın 70. maddesi ile devlet memurluğuna girmenin genel şartlarını düzenleyen 657 sayılı kanunun 48. maddesi başta olmak üzere, Türk pozitif hukukunda da yeni düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılacaktır.

KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI VE LİYAKAT İLKESİ AÇISINDAN İSTİSNAİ MEMURLUKLAR

Yasin SEZER*

ÖZET

İdarenin üstlendiği görevleri başarıyla ve gereği gibi yerine getirebilmesi istihdam ettiği insanların hem nicelik, hem de nitelik yönünden yetenekli kişilerden oluşmasına bağlıdır.

Anayasa'ya göre, "her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez". Türk pozitif hukukunda memurluğa giriş ve yükselmeye liyakat sistemi benimsenerek tarafsız bir memuriyet sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Liyakat, kamu görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona ermesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.

Bu çalışmada, kamu hizmetine girme hakkı ve liyakat ilkesi açısından istisnai memurluklar ele alınacaktır. İstisnai memurluk, DMK'nun atama, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin düzenlemeleri dışında özgülenen ve derece ayrılığı ile atama yapılabilen memurluklardır.

ABSTRACT

The success of administration depends on the quality and quantity of staff hired. According to the Constitution: "Every Turk has the right to enter public service. No criteria other than the qualifications for the office concerned shall be taken into consideration for recruitment into public service."

In the Turkish positive law, it had been aimed to form a civil servancy system which is neutral having the rules of career, merit and classification in entering and promoting the civil servants. The merit rule aims entering the public service, promoting among the classes and completing the service duty to base

* Yard.Doç.Dr., Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü

upon the right of deserving and equality so that the civil servants have the feeling of security.

In this study, the exceptional civil servants be dealt from the view point of merit rule and entering the public service. The exceptional civil servant is a type of civil servancy out of the general rule that is regulating the civil servants called DMK.

GİRİŞ

İdarenin üstlendiği görevleri başarıyla ve gereği gibi yerine getirebilmesi istihdam ettiği insanların hem nicelik, hem de nitelik yönünden yetenekli kişilerden oluşmasına bağlıdır. İdarenin insan ögesi, “kamu görevlisi”, “kamu personeli” veya Anayasanın 128.maddesinde kullanıldığı üzere “kamu hizmeti görevlileri” olarak ifade edilmektedir.

Anayasa’ya göre, “her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” (m.70). Türk pozitif hukukunda memurluğa giriş ve yükselmede kariyer, sınıflandırma ve liyakat ilkeleri benimsenerek tarafsız bir memuriyet sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak, uygulamada özellikle, siyasal iktidar değişikliklerinde önce üst düzeyde, daha sonra da alt kademelere inerek kamu görevlileri arasında büyük değişimler yaşanmaktadır. Bu değişimin yaşandığı kamu görevlilerinin başında istisnai memurluklar gelmektedir.

Türk kamu yönetiminde görülen yozlaşmanın yansıması olarak kamu personeli alımlarında da ciddi bir şekilde kayırmacılığın yapıldığına şahit oluyoruz. Diğer bir ifade ile, kamu personel alım sistemine egemen olan “serbestlik, eşitlik ve görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması” ilkelerinin ihlal edilerek personel alımlarının yapıldığını görüyoruz. Son dönemde yapılmaya çalışılan kamu yönetimi iyileştirme reform çalışmaları kamu personel alımına egemen olan ilkelerin yeniden tartışılmasını zorunlu kılmıştır.

Bu çalışmada, önce anayasal bir hak olan kamu hizmetine girme hakkı; arkasından liyakat sistemi ana hatlarıyla ele alınacaktır. Daha sonra da kamu hizmetine girme hakkı ve liyakat ilkesi açısından istisnai memurluklar incelenecektir.

I. KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI

Anayasamıza göre “herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” (m.48). Devlet, bir diğer anayasal ilke olan sosyal devlet ilkesinin gereği olarak “çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” (m.49). Buradan hareketle, kişiler, çalışma haklarını özel teşebbüslerde kullanabileceği gibi kamuda da kullanabilirler. Anayasamız, kişi-

lerin kamu kurum ve kuruluşlarında çalışabilmelerini “kamu hizmetine girme hakkı” adıyla anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir.

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının belirlenmesi, kamu malı, kamu görevlisi ve idarenin sorumluluğu gibi idare hukukunun temel konularının belirlenmesinde hala ölçüt kavram olma özelliğini muhafaza etmesine rağmen; gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında henüz herkes tarafından kabul edilebilir bir tanımı yapılamamıştır.

Anayasa Mahkemesi, “kamu hizmetinin belirsizliği konusunda görüş birliği” olduğunu vurguladıktan sonra tanımlamaya çalışmıştır. Mahkemeye göre, “kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir¹”.

İdarenin en önemli görevi, kamu hizmetlerini gereği gibi yürütmek ve işletmek olacaktır. İdare, bu görevlerini kamu görevlileri aracılığı ile yürütmektedir. Kamu görevlisi kavramı, geniş anlamda kamu kesiminde çalışan, hukuksal durumları birbirinden farklı olan tüm kamu görevlilerini içine almaktadır. Dar anlamda ise, idarenin genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kapsar². Bunlar memurlar ve diğer kamu görevlileridir (1982 Anayasası, m.128). Devletin siyasal yapısını oluşturan görevliler ile özel hukuka tabi kamu işçileri geniş anlamda kamu görevlisi sayılırken, dar anlamda kamu görevlisi, diğer bir ifadeyle, memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında kabul edilmezler.

Anayasanın Siyasal Haklar ve Ödevler bölümünde düzenlenen 70. maddesine göre, “her Türk, kamu hizmetine girme hakkına sahiptir”. Anayasanın bu hükmünden şu sonuçlar çıkarılabilir. Öncelikle, Anayasa bu hakkı Türk vatan-daşı olan herkese tanıyarak kişiler arasında eşiklik ilkesine uyulmasını emretmektedir. İkinci olarak, kişiler, kamuda memur statüsünün dışında geniş anlamda kamu görevlisi olarak çalışabilme hakkına sahiptirler. Üçüncü olarak, anayasa bu hakkı siyasi hak ve ödevler boyutunda ele alarak vatandaşlık hakkına bağlı

¹ Anayasa Mahkemesi, 28.6.1995, E.1994/71, K.1995/23, R.G.,20 Mart 1996, S. 22586, s.48; Arıca bkz., Anayasa Mahkemesi, 9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, *Resmi Gazete*,24 Ocak 1995, S.22181, s.21.

Danıştay İdari İşler Kurulu, 3.10.1996,tarih ve E.96/79,K.96/83, *Danıştay Dergisi*,S.93,s.36.

² Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN, *İdare Hukuku Genel Esaslar*,C. I,Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 572.

olarak kullanılabilir bir hak olarak düzenlemiştir³. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kamu hizmetine girmede Türk vatandaşlığı şartının aranmış olması, uygulamada duraksamalara neden olmaktadır. Özellikle Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Türkiye'nin AB'ye katılması durumunda bu sorun oldukça önem kazanacaktır. Bu durumda iki önemli sorun karşımıza çıkıyor. Birincisi, Türk vatandaşlığının yanında başka bir ülke vatandaşlığını sahip (çifte vatandaşlığa sahip kişiler) olan Türklerin durumu; ikinci ise, Türk vatandaşı olmayan kişilerin (yabancılar) Türkiye'de çalışabilmesi sorunudur.

Devlet Memurları Kanunu (DMK), devlet memurluğuna alınacak kişilerin "Türk Vatandaşı" olması koşulunu aramıştır(m.48). Kanunun öngördüğü vatandaşlık şartı genel şart olduğu için tüm memurlar için geçerlidir.

Öğretide, Türk Vatandaşlığı Kanununa (TVK) göre, yetkili makamın izni ile çifte vatandaşlığı elde eden kişilerin, Türk vatandaşlığını muhafaza ettikleri için kamu hizmetine girme hakkına ve dolayısıyla kamu görevlisi olma hakkına sahip oldukları belirtilmektedir⁴. Fakat, kamu görevliliği kavramı geniş yorumlandığında devletin siyasal kurumlarında görev yapan kişiler de -örneğin, cumhurbaşkanı, Başbakan, milletvekili- kamu görevlisi sayılmaktadır. Dolayısıyla, bu kişilerin aynı zamanda başka bir devlet vatandaşı olmaları sorun yaratmaktadır. Diğer taraftan Danıştay, bir Türk'ün, işçi olarak bulunduğu Almanya'da Türk vatandaşlığının yanında Alman vatandaşlığını kazanması üzerine Türkiye'de devlet memurluğuna alınmamasına ilişkin işleme karşı açılan davada "çifte tabiiyetin Devlet memurluğuna engel bir neden sayılamayacağı ve yabancı bir devlet vatandaşlığına geçmek için başvuruda bulunmanın Devlete sadakat veya bağlılıkla bağdaşmayan ya da Devlet itibarını kıran eylem olarak nitelendirilemeyeceği"⁵ne karar vermiştir.

Türk vatandaşlığına sahip olmayan kişilerin bu haktan yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna Anayasanın 16.maddesi çerçevesinde cevap verilebilir. Anayasaya göre, "temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla düzenlenir"(m.16). İlgili kanunlara baktığımızda da Türk vatandaşı olmadığı halde bazı kişilere Türkiye'de bazı görevlerde çalışma izni verildiğini görüyoruz. 27.6.1989 tarih ve 375 sayılı KHK'nin geçici 5.maddesi ile "Bulgaristan'dan Türkiye'ye mecburi göç eden Türk soyundan olanlarda bu

³ Emin MEMİŞ, "Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri", (tebliğ) (Kamu Personeli Sorunları) İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4-5 Nisan 2003. s.2.

⁴ Ergin NOMER, *Vatandaşlık Hukuku*, 11.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s.103; Kemal GÖZLER, "Vatandaşlık ve Milletvekilliği", *Liberal Düşünce*, Cilt 4, Güz 1999, Sayı 16, s.90-91; Nur Kaman KARAN, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.22;

⁵ Danıştay 5.D., E.1987/1804, K.1989/1655, *Danıştay Dergisi*, S.78-79, s.228.

şartın aranmayacağı” hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 70.maddesinin 2.fikrasında “hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği”⁶ düzenlenmiştir. Anayasanın bu hükmü DMK’nın “ilkeler” kenar başlıklı 3.maddesiyle birlikte yorumlandığında daha kolay anlaşılacaktır. DMK’ya göre, “...Devlet kamu hizmeti görevlilerini ve bu görevlerde çalışan memurlarını görevlerin gerektirdiği niteliklere ve mesleklere göre sınıflara ayırır. Devlet, kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulamak” durumundadır (m.3). Buna göre, idare, kamu personeli alırken görevin gerektirdiği nitelikleri taşımak şartıyla tüm vatandaşlara aday olabilmek fırsatı vererek fırsat eşitliğini sağlamalıdır. Böylece, adaylar arasında rekabet ortamı doğacağı için idare de daha nitelikli kişiler arasında seçim yapacaktır. Bu da kamu personelinde niteliğin (kalitenin) artmasına neden olacaktır.

Anayasa mahkemesi, (1961 Anayasası döneminde) verdiği bir kararda “görevin gerektirdiği nitelikler” kavramını şöyle açıklamıştır:

“Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak, demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacıyla yöneliktir”⁷.

Danıştay ise, “görevin gereklerinden başka hiç bir ayırım gözetilemez” ilkesini şöyle yorumlamıştır: “Kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında her hangi bir ayırım yapılmamıştır ve görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmak bu haktan yararlanmak için yeterlidir. Görevin gerektirdiği nitelikler, öğrenim düzeyi, yaş, askerlik hizmeti veya yükümlülük durumu ile genel ve

⁶ Anayasanın 128.maddesinin gerekçesinde “...kamu hizmeti görevlilerinin hizmete alınmalarında yetenek ve liyakat ilkelerine uyulması zorunlu” olduğu belirtilmiştir.

⁷ Anayasa Mahkemesi, 9.10.1979, E.1979/19, K.1979/39, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, S.17, s.299; Anayasa Mahkemesi, 4.4.1991, E.1990/12, K.1991/7, *Resmî Gazete*, 13.8.1991, S.20959.

objektif veya özellik arz eden hizmet grupları için de o hizmetin gerektirdiği özel nitelikler olabilir”⁸.

“Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği” ilkesi öğretide, “memurun, memurluğun aradığı yani, Anayasanın lafına ve ruhuna ve Türk Personel yönetimi esaslarına göre aranması mümkün olan ‘genel’ şartları, nitelikleri ve gireceği, bulunduğu veya yükseleceği ‘belli’ görevin aradığı nitelikleri taşımasıdır. Liyakate sahip olmasıdır”⁹, şeklinde yorumlanmıştır. Tabii ki, bunların neler olacağı, her görevin özelliklerine, sosyo-ekonomik koşullara göre değişebilecektir. Ancak, dikkat edilmesi gereken nokta, aranacak farklı niteliklerin saptanmasında önceden belirlenmiş ‘objektif’ ölçütlerin kullanılması gerekir. Alınacak kişilerde görevin gerektirdiği niteliklerin dışında, bir siyasal partiye üye ya da yakınlık duyma gibi, başka koşullar aranmamalıdır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Türk pozitif hukukunda kamu hizmetine girmede ve hizmet içinde yükselmeye liyakat sistemi benimsenmiştir. Bu durumda, istisnai memurluklar konusunu incelemeye geçmeden önce liyakat sisteminin de ana hatlarıyla açıklanması yararlı olacaktır.

II. LİYAKAT SİSTEMİ

A. Tanımı

Liyakat ilkesi, personel sisteminin, “herkesin hizmete giriş ve yükselmesinde, yetenek ve başarının belirleyici bir unsur olarak kabul edildiği, hizmet koşullarının ve ödüllünün, hizmetin düzeyine ve sürekliliğine katkıda bulunacak şekilde düzenlenmesi”¹⁰ olarak tanımlanabilir. Kişilerin siyasal partilere yakınlığına göre değil, bilgi ve yeteneklerine göre devlet memuru olabilmeleri veya meslek içinde ilerleme veya yükselebilmelerini benimseyen sisteme de liyakat sistemi denir¹¹. Devlet Memurları Kanunu da, liyakat ilkesini “Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak”(m.3) şeklinde tanımlamıştır.

⁸ Danıştay 5.D., E.1987/2417, K. 1988/1286, *Danıştay Dergisi*, S.74-75, s.302, KARAN, s.23.

⁹ Sait GÜRAN, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İstanbul, 1980, s.188.

¹⁰ Burhan AYTAÇ, “Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.23, S.4, 1990, s.96.

¹¹ Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj yayınları, Ankara, 2002, s.514; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002, s.519.

Bu düzenin karşısında yer alan kayırmacılık (Spoil System) ya da ganimet düzeni ise, kamu görevine girişte ve meslek içinde ilerlemede siyasal eğilimler ve partiye yaptıkları hizmetler dikkate alınır. Kayırmacılık sisteminin iki temel unsuru vardır¹². Bunlardan birincisi, kamu görevlilerinin iktidarla birlikte değişmesidir. Diğer ise, siyasal atamalardır. Kayırma sisteminin tarihsel gelişiminde ilk örnek olarak verilen ABD’de 1883 yılına kadar kamu görevlilerinin atanmasının temeli bu esasa dayanmakta idi¹³. Bu tarihe kadar başkan, kendi taraftarıyla birlikte gelir ve yine kendi ekibiyle birlikte giderdi. Ancak, 1883 tarihli Civil Service Act (Pendleton Act) ile ganimet sistemi sınırlandırılmıştır¹⁴.

Kamu görevlilerinin iktidarla birlikte değişmesini savunanlara göre, “seçimden başarılı çıkan siyasal parti, iktidarla birlikte yandaşlarıyla birlikte gelmeli ve onlarla birlikte gitmelidir.... Özellikle yüksek yöneticiler, bir siyasal partiye mensup oldukları zaman, o parti iktidara gelip de uygulayacağı politikalar yasama organından güven alınca daha canla başla çalışır. O politikanın başarısı için ellerinden geleni yaparlar. Ödevlerinde gereğinden fazla fedakarlık gösterirler¹⁵”. Bu görüşün zaman zaman ülkemizde de istisnai memur atamalarında ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu konu çalışmanın “istisnai memurluklara getirilen eleştiriler” başlığı altında daha detaylı olarak ele alınmaktadır.

Türk hukuk düzeninde, memuriyete girişte ve yükselmelerde liyakat ve kariyer ilkeleri benimsenerek tarafsız bir memuriyet sistemi oluşturulmaya çalışılırken, uygulamada her siyasal iktidar değişiminde özellikle üst düzey kamu görevlileri arasında görevden alma ya da yer değişikliği tedirginlikleri yaşanmaktadır. Görevden alma ve yer değişikliği işlemlerine karşı açılan davaların çoğunda mahkemelerin, idareye tanınan taktir hakkının “hukuka uygun ve kamu yararı gözetilerek kullanıldığını kanıtlayacak hiçbir somut olay ve neden gösterilmediği¹⁶” gerekçesiyle ilgili işlemi iptal etmesi karşısında, siyasal iktidarlara kendi ekibini oluşturamamaktan yakınmış ve sebep olarak yargıyı göstermişlerdir.

¹² Abdülkadir TÜRKAN, “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri” (yayınlanmamış) Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000, s.9-10.

¹³ Johnson Ronald N. and Libecap Gary D., “Patronage to Merit and Control of the Federal Government Labor Force”, *Exploration in Economic History*, Volume 31, Issue 1, January 1994, p. 91 -119.

¹⁴ İsmet GİRİTLİ- Pertev BİLGİN- Tayfur AKGÜNER, *İdare Hukuku*, Der yayınları, 2001, s.388.

¹⁵ GÜRAN, s.87. Çeşitli ülkelerdeki siyasal atamalar için bkz: TÜRKAN, s.12-21

¹⁶ Örnek karar için bkz: Danıştay 5.D., 30.10.1996, E.1995/4052, E.1996/3262, *Danıştay Dergisi*, S.93, 1997, s.257.

B. Liyakat Sisteminin Dayandığı İlkeler

Eşitlik İlkesi

Kamu görevine girme bir vatandaşlık hakkıdır. Dolayısıyla, kamu görevlisi alımında temel yaklaşım, toplumun tüm kesimlerinin kamu yönetiminde temsilini sağlayan bir yöntem olmalıdır. Diğer bir ifade ile, kamu görevlisi alırken herkese aday olabilmeye serbestisi sağlanması, görevin gerektirdiği nitelikler çerçevesinde herkese eşit şans tanınması gerekir¹⁷.

Yarışma İlkesi

Kamu görevlisi alırken ve hizmet içinde yükselmeye açık yarışma sınavları esas olmalıdır. Adayların serbest ve ayırım gözetilmeksizin fırsat eşitliği ilkesine uygun olarak katılımlarının sağlanması gerekir. Bunun için de, sınavların kamuoyuna duyurulması; makul süre içerisinde sınav sonuçlarının adaylara bildirilmesi; adayların sınav sonuçlarına itiraz haklarını kısıtlayıcı (hukuki veya fiili) engellerin kaldırılması gerekir¹⁸. Yapılacak sınavlar, objektif değerlendirme ölçütlerine dayanmalıdır. Diğer bir ifade ile, objektif kurallar çerçevesinde işin ehline, hak edene verilerek kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesinin sağlanması gerekir¹⁹.

Kariyer İlkesi

Liyakat ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için, işe en uygun adayın alınması yeterli değildir. Nitelikli kişinin kamuda kalmasını sağlamak için, yükselme imkanı verilmelidir. Bu ilke neticesinde, adaylar, memurluğu kariyerlerini sürekli yükseltebilecekleri²⁰; kariyerlerine paralel olarak mali ve sosyal imkanlarının artacağı bir meslek olarak görmelidirler.

Adil ve Yeterli Ücret İlkesi

Türk kamu yönetiminde görülen yozlaşma nedenlerinden biri de nitelikli ve verimli kamu personelinin istihdam edilememesidir. Son dönemde bankalarda ve üniversitelerde görüldüğü üzere, uzmanlık ve deneyim gerektiren mesleklerde yetişen kamu görevlileri özel teşebbüs sahiplerinin sunduğu mali ve sosyal imkanlar karşısında özel sektörü tercih etmektedirler. Bu nedenle, nitelikli kamu görevlisi bulmak ve bunları memurluk mesleğinde tutabilmek için ulusal ve yerel ölçekte dikkate alınarak (eşit işe-eşit ücret/equal pay for equal work)

¹⁷ MEMİŞ, s.4.

¹⁸ AYKAÇ, s.97.

¹⁹ Danıştay 5.D., E.1996/1272, K.1997/1118, *Danıştay Dergisi*, S.94, 1998, s.353.

²⁰ Mustafa Lütfi ŞEN, "Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması" *Amme İdaresi Dergisi*, C.28, S.1, 1995, s.81.

ödenmeli ve verilen ücret kişileri memurluğa özendirici ve teşvik edici olmalıdır²¹.

Hizmet İçi Değerlendirme İlkesi

Kariyer ilkesinin gereği olarak, kamu görevlilerinin hizmet içinde değerlendirilmeleri zorunludur. Kamu hizmetlerinde çalışan kamu görevlileri etkin ve verimli bir biçimde kullanılmalı, bunların görevde kalmaları başarılarına ve yeteneklerine göre saptanmalı, belli standarda ulaşamayan kişinin görevine son verilmeli ve kamu görevlilerinin eğitime ve öğrenimine önem verilmelidir.

Kamu yönetimi anlayışında ortaya çıkan eğilimlerden biri de sonuca yönelmiş yönetim anlayışıdır. Sonuca yönelmiş yönetim anlayışında yönetimin sonuçlara, misyona, performans hedeflerine, hizmetin niteliğine, etkinliğine ve verimliliğine odaklanılmaktadır²². Geleneksel yönetim modelinde, sonuçlardan çok usullere önem verilmişti. Çalışanlar, verilen emirlere ve mevzuata uymakla yükümlülüklerine yerine getirmiş olmakta ve yapılan işlerin sonuçlarından kendileri sorumlu tutulmamaktaydı. Yönetim bir hukuk sorunu olarak görüldüğü için yönetim anlayışının şekillenmesinde hukuka bağlı yönetim ilkesi ön plana çıkmıştır²³. Hukuk bir taraftan kamu yararını en iyi şekilde karşılarken, diğer taraftan da idari faaliyetler karşısında yönetilenleri korumakla görevlidir. Bu da beraberinde, pek çok formalite ve denetimi getirmiştir.

Yeni kamu yönetimi anlayışında görülen sonuca yönelme anlayışında, çalışanlar sadece hukuk kurallarına uygun davranmakla sorumluluklarının gereğini yapmış olmamakta, yaptıkları işin sonuçlarından da sorumlu tutulmaktadır. Bu yaklaşım, çalışanların ürettikleri sonuçlara-çıktılara göre değerlendirilmelerini zorunlu kılmaktadır²⁴.

Güvence İlkesi

Güvence ilkesi, memurluğun meslek oluşunun ve kariyer ilkelerinin bir gereğidir. Kamu görevlileri siyasal baskılara ve kişisel kayırmalara karşı korunmalıdır²⁵.

Uygulamada, kamu kurum ve kuruluşlarına görevli alırken veya görev verirken, çoğu zaman, adayın eğitimine, bilgi ve becerisine değil yönetime ya da

²¹ GİRİTLİ vd., s.389.

²² Hazma AL, *Bilgi Toplumu ve Kamu Yönetiminde Paradigma Değişimi*, Bilimadamı Yayınları, Ankara, 2002, s.243.

²³ Turgut TAN, “İdarede Yeni Ussallık Arayışları ve Hukuk”, *Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu Bildirileri*, C.II, Ankara,1995, s.176.

²⁴ AL, s.245; Bilal ERYILMAZ, *Kamu Yönetimi*, İstanbul, 2001, s.27.

²⁵ TÜRKAN, s.43.

iktidar partisine olan yakınlığı veya gelecekte partiye yapacağı katkısının dikkate alındığını görüyoruz²⁶. Bu noktada kamu görevlilerinin özellikle üst düzey kamu görevlilerinin siyasal etkilerden korunması önem arz eder.

Güvence ilkesinin bir gereği olarak da, memurların yargı yoluna başvuru hakkı geçici dahi olsa sınırlandırılmamalı ve mahkeme kararlarının zamanında uygulanması sağlanmalıdır.

Kamu Yararı Düşüncesinin Hakim Kılınması İlkesi

Liyakat sisteminin yerleştirilebilmesi için buraya kadar sayılan ilkelere ilave olarak, beklide en önemli bir ilke, tüm kamu görevlilerine kamu yararı bilincinin kazandırılması gerekir.

III. İSTİSNAİ MEMURLUK

A. İstisnai Memuriyet Kavramı

İstisnai memurluk, DMK'nın atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin düzenlemeleri dışında özgülenen derece aylığı ile atama yapılabilen memurluklardır. İstisnai memuriyet, Türk kamu personel rejiminin birliğini ve temel yapısını zorlayan bir kurumdur. Ancak, kariyer sistemlerinin egemen olduğu rejimlerde, bu konum son derece sınırlı sayıdaki mevkileri içine alan istisnai bir nitelik taşır. Kanun Koyucu, kimi görevlerin diğerlerine oranla daha önemli olduğunu kabul ederek bu görevlere atanacak kişilere öbür devlet memurlarına göre kimi ayrıcalıklar tanımıştır. Diğer bir ifade ile, bazı memuriyet mevkilerinde "kişisel" ve "siyasal güven" unsuru öne çıkar. Bu mevkilere yapılacak atamalarda, özellikleri nedeniyle normal atama usulleri uygulanmaz. Bunlardan bir kısmı özel kalem müdürlüğü gibi kişisel güveni gerektiren mevkilerdir. Diğer bazıları ise, siyasal güven ve önem unsuru ağır basar. Örneğin valilik ve elçilik gibi. İşte kimi görevlerin önemli olduğu kabul edilerek, bu görevlere atamada kişilere, öbür devlet memurlarına göre bazı ayrıcalıklar tanıdığı memuriyetlere istisnai memuriyetler denilmektedir²⁷.

Kanun koyucu, bu memuriyetlere yapılacak atamalarda idareye "nispeten daha geniş takdir, tercih ve hareket serbestisi" sağlamak, dışarıdan atama yolunu açmak, Devlet Memurları Kanununun, usul-şekle ilişkin hükümlerinden kurtarmak için, ilgili görevlerin niteliklerini de dikkate alarak, bu kadroları ayrık hükümlere tabi tutmuştur. Bununla beraber, istisnai memurluk müessesesi, idare cihazının bu kesimlerine daha nitelikli kimselerin akışını sağlamak için ihdas edilmiştir. Diğer bir anlatımla, bu kategoriye giren memuriyetlere 'kamu yararı-

²⁶ DPT, *Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, 2000, s. 54.

²⁷ GİRİTLİ vd., s.441.

nın dışında' başka mülahazalarla yapılacak atamalar hukuksal olarak sakat işlemlerdir²⁸.

B. İstisnai Memurluk Kapsamındaki Memuriyetler

İstisnai memuriyetlere ilişkin genel düzenleme DMK'nın 59. maddesinde yapılmıştır. Buna göre,

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi memurluklarına, Başbakan Başmüşaviri, Savunma Sanayii Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığına ait Başkan, Başkan Yardımcısı, Hukuk Müşaviri, Daire Başkanı, Uzman, Uzman Yardımcısı, Müşavir Avukat ve Şube Müdürleri (uzman), Başbakan Müşavirliklerine, Özelleştirme İdaresi Başkanlığında Başkan, Başkan Yardımcısı, Başbakanlık Müşaviri, Daire Başkanı, Proje Grup Başkanı ve Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliklerine, Başbakanlık Basın Müşavirliğine, Bakanlar Kurulu Sekreterliğine, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetler kadrolarında veya kadro açıklamalar bölümünde özel nitelikli olarak gösterilen görev yerlerine, Özel Kalem Müdürlüklerine, Valiliklere, Büyükelçiliklere, Elçiliklere, Daimi Temsilciliklerine, dış kuruluşlarda çalışma müşavirlikleri nezdinde görevlendirilecek sendika uzmanlıklarına, Din işleri Yüksek Kurulu Üyeliklerine, Milli İstihbarat Teşkilatı memurluklarına, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreter Sekreterliği Müşavirliklerine, Hukuk Müşavirliğine ve Genel Sekreterliğine bu kanunun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümleriyle bağlı olmaksızın tahsis edilmiş derece aylığı ile memur atanabilir. Dışişleri Bakanlığı, Hukuk Müşavirlikleri ile Devlet Konservatuvarında görevlendirilecek uluslararası ün yapmış üstün yeteneklere sahip Devlet Sanatçılarının, Olimpiyat şampiyonluğu kazananlar arasından atanacak spor müşavirlerinin atanma ve ilerlemelelerinde de bu hükümler uygulanır.

Bunun yanında, idareye, DMK'nın dışında, bir çok yasa ile de DMK'nın atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümlere bağlı olmaksızın atamalar yapabilme imkanı tanınmıştır. DMK'nın dışındaki yasal düzenlemelerde "istisnai memur" ifadesi kullanılmamasına rağmen, istisnai memurluk uygulaması genişletilmiştir. Özellikle, önce ABD, sonra Fransa gibi ülkelerde uygulanan; ülkemizde de 90'lı yılların ortalarından itibaren örneklerini görmeye başladığımız ve bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılan kurul üyeliklerine yapılacak atamalarda DMK'nın atanma, sınavlar, kademe iler-

²⁸ GÜRAN,s.,206.

lemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümlere bağlı olmaksızın atamalar yapabilmektedir²⁹.

C. İstisnai Memuriyetlere Atanmada Aranacak Şartlar

Bu konu, 657 sayılı DMK'nın 60. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kuruluş kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla 48. maddesinde yazılı genel şartları taşıyan kimseler arasından atama yapılabilecektir. Kanunun 48.maddesinde düzenlenen genel şartlar şöyle sıralanabilir:

- Türk vatandaşı olmak,
- Yaş şartlarını taşımak,
- Kamu haklarından mahrum olmamak,
- Askerlikle ilgisi bulunmamak, askerlik yaşına gelmemiş olmak veya askerliği tecil edilmiş olmak,
- Görevini yapmaya engel sağlık sorununun bulunmaması
- İlköğretimi bitirmiş olmak,
- Taksirli suçlar ve 48.maddede belirtilen suçların dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis cezası veyahut affa uğramış olsa dahi Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, ceza kanununda düzenlenen yüz kızartıcı suçlardan dolayı hükümlü bulunmamak.

Ancak, hemen belirtelim ki, bu şartlar sadece istisnai memuriyetler için değil tüm memuriyetler için aranan şartlardır. İstisnai memuriyetlere atanabilmek için kuruluş kanunlarında düzenlenen özel şartları da taşımak gerekir.

60. madde Devlet Sanatçılarıyla, Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğine atanacak olanlar için 48. madde belirtilen koşullara ek olarak bazı koşullar öngörmektedir. Bunlardan Devlet Sanatçıları için öngörülenlerin yönetmelikle³⁰ belirleneceği hükme bağlanmıştır; Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği için ise, iyi derecede yabancı dil bilme koşulu getirilmiş ve diğer özel koşulların ise yönetmelikle belirleneceğini bildirilmiştir.

Kanun koyucu, istisnai memurluklara yapılacak atamalar konusunda özel kanunlara yollamada bulunmuştur. Ancak, özel kanunların çoğunda bu konuda ek

²⁹ “(Kamu İhale Kurumu)nun karar organı biri başkan ve biri ikinci başkan olmak üzere on üyeden oluşan Kamu İhale Kuruludur. Kamu İhale Kurulu Üyeleri...Bakanlar Kurulu tarafından atanır”(Kamu İhale Kanunu, m.53); “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Üyeleriilgili bakanın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından atanır”(Bankalar Kanunu, m.3/3).

³⁰ “Devlet Sanatçısı Olacak ve Haktan Yararlanacaklar İle Bunların Nitelikleri ve Seçilmeleri Hakkında Yönetmelik”, *Resmî Gazete*, 22.8.1991, S.20968.

şartların öngörülmemiş ve idareye geniş takdir yetkisi verilmiştir. Bundan dolayı, idare bu memuriyetlere yapacağı atamalarda daha serbest ve birazda siyasal tercih itibariyle kendisine yakın kişileri atayarak kendi ekibini oluşturmaya çalışmaktadır. Fakat, yargıya intikal eden örneklerde mahkemeler siyasal sebeplerle yapılan atama işlemlerini iptal etmektedir.

Bu konuda, örnek olarak, valiliklere yapılan atamalar verilebilir. Çok partili demokratik yaşama geçildikten sonra meclisten güven oyu alan hükümetler, ilk iş olarak kendi programlarını benimseyen ve kendileri ile uyumlu bir kadro oluşturmaya çalışmaktadırlar. Bunun için üst düzey yöneticiler arasında geniş çapta atamalar yapılmaktadır. Bu atamalara konu olan üst düzey yöneticilerin başında valiler gelmektedir.

Valilerin atanması, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 6.maddesinde ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun (59,60,61) maddelerinde düzenlenmiştir.

5442 sayılı kanunun 6. maddesine göre valiler, "İçişleri Bakanlığı'nın önerisi, Bakanlar Kurulu kararı ve Cumhurbaşkanı'nın onayı" ile atanırlar. İl idaresi Kanunu sadece valilerin atama yöntemini düzenlemiş; ancak, vali seçimi konusunda her hangi bir düzenleme getirmeyerek merkezi yönetime geniş takdir yetkisi tanımıştır. Kanunun yayım tarihi olan 1949 yılından bu güne kadar iktidara gelen hiç bir hükümet, atanacak kişileri seçme konusundaki hukuksal serbestiyi sınırlama gereğini duymamıştır³¹.

İdareye tanınan takdir yetkisi sınırsız değildir. İdare bu kadrolara yapacağı atamalarda 'yönetmelik gereksinimleri' dikkate alarak atama yapacaktır. Bu güne kadar olan uygulamalara baktığımızda bir çok defa 'yönetmelik gereksinimlerin' yerine 'siyasal lüzumun, başarının veya başarısızlığın değil cezalandırma/ ödüllendirme saikiyle ve idarenin tarafsızlığını ihlal eder biçimde atamaların yapıldığı görülmektedir. Danıştay, bu maddi gerçeği dikkate alarak, önüne gelen davalarda idareye karşı daha az esnek ve daha sıkı denetim yapar bir tavır içindedir.

Danıştay'a göre;

"İdareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve hudutsuz olmayıp, kamu hizmetinin yararına en etkin ve en verimli bir şekilde yürütülmesi maksadına yönelik bulunmaktadır. İdare kendisine tanınan bu takdir yetkisini kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla ve kullanırken bile kanunların kişilere hak tanıyan ve memurlara teminat getiren hükümlerine aykırı işlem uygulayamayacağı gibi, bu yetkiyi Anayasa ilkelerine aykırı bir şekilde de kullanamaz....

³¹ Mehmet ALDAN, "Vali Atamaları", *Amme İdaresi Dergisi*, C.XXI, S.1,1988, s.101 vd.

"...İdarenin kanunlar çerçevesinde hizmet üretirken, yürütmeye ilişkin tasarrufları oluştururken, bütün idarede özellikle, idarenin üst kademe-lerinde ve sorumluluk mevkiilerinde bulunan personelin, özellikle hükümet programı doğrultusunda icraata ilişkin hizmet üretirken, siyasi kadro ile aynı felsefeyi paylaşması koşulunun aranması halinde, hükümet icraatının sür'atli ve netice alıcı karakterde tecelli edeceği iddia olunamayacağı gibi, esasen böyle bir uygulama idarenin üst kademe-lerinde ve sorumluluk mevkiindeki memurlar arasında iktidar yanlısı olan ya da olmayan memur ayırımı yapılmasına neden olacaktır"³².

Kanun koyucunun idareye tanımış olduğu takdir yetkisi, idareye keyfi, hukuk dışı işlem yapma yetkisi vermez. Tam aksine, istisnai memurluk, memurluğa dışarıdan atama yolunu açan bir formüldür. Diğer bir ifade ile, istisnai memurluk, Anayasanın 128.maddesinde düzenlediği ve "memur ve diğer kamu görevlileri" olarak tanımladığı bütünün bir parçasıdır. Dolayısıyla, Anayasanın kamu hizmetine girme hakkına ilişkin 70.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen "görevin gerektirdiği nitelikleri" taşıma koşulunun, diğer görevlere oranla, kanun koyucunun özel bir önem verdiği, kişisel ve siyasal güvenin daha fazla ön plana çıktığı istisnai memurluklarda aranmaması düşünülemez. Anayasanın aradığı "görevin gerektirdiği" nitelikler istisnai memurluklarda "mesleki liyakat" ile "yönetmel gereksinimlere" dönüşmüştür.

Danıştay, istisnai memuriyetlere yapılacak atamalarda, "öğrenim düzeyleri, kamuda geçen hizmet süreleri ve buldukları görevler yönünden yapılacak değerlendirmeye göre saptanmasının kamu yararı ve amacına ve hizmetin gereklerine uygun olacağını"³³ belirlemiştir ki, oldukça yerinde bir karardır.

Kanımızca, 657 sayılı kanun, istisnai memurluklara yapılacak atamalara ilişkin yaptığı yollamaya rağmen kuruluş kanunlarında özel hüküm bulunmaması durumunda ortaya çıkabilecek boşlukların doldurulması amacıyla, tüm istisnai memurluklara uygulanmak üzere, 60.maddede genel nitelikli şartların düzenlenmesi gerekir. Kuşkusuz her bir memuriyetin "mesleki gerekleri" farklı olacaktır. Ancak, belli bir eğitim süresi, ataması yapılacak meslekte belli bir hizmet süresini tamamlama şartı ve mesleki tecrübesinin edinilmesi gibi genel şartlar konulabilir.

³² DDK.,4.6.1975, E.1975/340, K.1976/170, *Danıştay Dergisi*, S.24-25, s.124 vd.

DK.,15.10.1976, E.351, K.200, *Danıştay Dergisi*, S.26-27, s.171-175.

DDK.,19.4.1974,E.135,K.456, *Danıştay Dergisi*, S.16-17,s.129-134.

Danıştay 5.,D.,8.12.1965,E.3756,K.8053, *Danıştay Dergisi*, S.22-23,s.246-247.

³³ Danıştay 5.D., 19.12.1996, E.1995/1960, K.1996/3949, *Danıştay Dergisi*, S.93,1997, s.292.

D. İstisnai Memurluklara Uygulanacak Hükümler

Bu hükümler, DMK'nun 61. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, istisnai memuriyetlere atananlar hakkında bu kanunun atama, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi dışında kalan bütün hükümleri uygulanır. Ancak, istisnai bir memuriyet kadrosuna atananlar, atandıkları kadronun derece aylığının ilk kademesini kazanılmış hak olarak elde ettikleri tarihten itibaren, haklarında bu kanunun kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine dair hükümler uygulanır.

Başbakanlık ve Bakanlıklar özel kalem müdürlüklerine, valiliklere, büyükelçiliklere, elçiliklere daimi temsilciliklere atananların, atandıkları derecelerde geçirdikleri süreler, kazanılmış hak sayılmamak şartıyla kademe ilerlemesinde (üst dereceye atanmaları halinde 161. maddenin A bendi uyarınca) değerlendirilir.

İstisnai memurluktan ayrılanların durumu 163.maddede düzenlenmiştir. Buna göre, istisnai memuriyetlere atananlara ayrıldıkları sınıfa dönmek istedikleri taktirde, istisnai memuriyetlerde geçirmiş oldukları süre, DMK'nın derece terfi esaslarına göre görebilecekleri yeni derecenin tayininde normal derece terfi sürelerine karşılık sayılır. Derece terfi süresine karşılık sayılan süreden geri kalan kısmı kademe terfiinde dikkate alınır(m.163).

Bu kişiler aynı şartlardan yararlanarak 71.madde hükümlerine uyulmak şartıyla başka bir sınıfa da girebilirler.

Bu kanuna tabi olmayan kurumlardan atananlar, bu kanuna tabi kurumlarda bir göreve atanması istedikleri taktirde, istisnai memuriyette geçirilen süre yukarıda bahsettiğimiz esaslara göre ve girilecek derecenin sınav veya seçmesini başarmak kaydıyla, derece ve kademe ilerlemesine sayılır. Bu gibiler için adaylık hükümler uygulanmaz (m.163).

E. İstisnai Memuriyete Atananlara Uygulanmayacak Hükümler

İstisnai memuriyet kadrosuna atananlar hakkında DMK'nın atamaya ilişkin hükümleri uygulanmaz. Yani, memurlar hizmet sürelerine bakılmaksızın üst dereceye atanabilir.

Memuriyete girişte aranan genel şartların dışında herhangi bir koşul aranmaz. İstisnai memuriyetler için özel yasalarında veya yönetmeliklerinde herhangi bir hüküm yoksa öğrenim zorunluluğu aranmaz. İlköğretimi bitirmiş olması yeterlidir. Bu şartların günümüz koşullarında yeterli olmadığını yukarıda belirtmiştik.

İstisnai memuriyetler hakkında DMK'nın devlet memurluğuna giriş için ön-

gördüğü, atama yapılacak kadroların duyurulması, sınavlar, adaylık süresi ve asli memurluğa atamaya ilişkin hükümler de uygulanmaz³⁴. Danıştay'a göre, "memuriyete atanmaya ilişkin hükümler 657 sayılı yasanın IV. Kısmı 1. bölümünde yer almış olup, aday memurluktan asli memurluğa atanmaya ilişkin düzenleme bu bölümde bulunan 58.madde ile yapılmış ise de, istisnai memurluklara ilişkin müstakil düzenleme yapan 59. ve 61. madde hükümleri ile, bu görevlere atanmanın 'memur' statüsünde yapılacağı, 657 sayılı yasanın atanmaya ilişkin hükümlerinin istisnai memuriyete atanarlara uygulanmayacağına kurala bağlandığı dikkate alındığında, istisnai memurluklara aday memur statüsünde atama"³⁵ yapılamaz.

İstisnai memuriyetler, için kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümler de uygulanmaz. İstisnai memurların buldukları kadrolar emekli aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atamalarında herhangi bir sınıf için kazanılmış hak sayılmaz. Bu görevlerde bulunan memurların emeklilik kıdemleri yürümekte devam eder. Örneğin, bir kişi 6.derece memur kadrosunun kazanılmış hak olarak almaktayken 1. derece özel kalem müdürlüğüne atanan bir kimse yeniden 6. derecelik veya 4. derecelik bir kadroya atandığı takdirde önceden atandığı 1. derece kendisi için kazanılmış hak sayılmaz.

IV. İSTİSNAİ MEMURLUĞA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

İstisnai memurluklar yönetsel gereksinimlerden dolayı ortaya çıkmıştır. Ancak uygulamada, özellikle siyasi nitelikli atamalar nedeniyle oldukça fazla eleştiri almaktadır. İstisnai memurluğa yönelik yapılan eleştiriler şöyle sıralanabilir.

A. İstisnai Memurlukların Kapsamı

İstisnai memurlukların kapsamı DMK'nın yürürlüğe girdiği 1965 yılından beri yapılan birçok değişiklikle oldukça genişlemiştir. Bazı kurum mensupları, bazı unvanlı kadrolar istisnai memurluk kapsamına alınarak ayrıcalıklı hale getirilmiştir. Örneğin herhangi bir ayırım yapılmadan Cumhurbaşkanlığı ile TBMM memurluklarının tümü, bazı müsteşarlık ve başkanlıkların üst yönetim kadroları ile uzman ve uzman yardımcılarını istisnai memuriyet kapsamına almıştır. Mecliste çalışan bir daktilo ya da büro memuru yahut bir bahçıvan ile başka bir kurumda benzerleri görevleri ifa eden görevliler arasında bir ayırım gözetilmesi doğru değildir. Bazı kamu görevlilerinin "görevlerinin özel bir önemi olmamasına rağmen" istisnai memurluk kapsamına alınarak imtiyazlı hale getirilmesi kamu görevlileri arasında "eşitlik", "hakkaniyet" ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hangi memuriyetlerin istisna teşkil edecek mesleki özeliğe

³⁴ Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin yayımları, Bursa, 2002, s.521.

³⁵ Danıştay 12.D., 16.2.1998, E.1995/1998, K.1998/348, *Danıştay Dergisi*, S.97, 1999, s. 739.

sahip olduklarının yeniden tartışılması ve niteliği itibariyle istisnaiği hak etmeyen bahçıvan gibi kadroların bu kapsamdan çıkarılması gerekir.

B. İstisnai Memurluklara Atanma Şartlarının Yetersizliği

İstisnai memurluklara atanabilmek için 657 sayılı kanunun 48.maddesindeki genel şartların yeterli görülmesi “bazı şahıslara memuriyet statüsü kazandırmak ve bilahare durumlarına uygun memur kadrolarına atanmak veya naklen geçişleri bu yollamak sağlamak suretiyle³⁶” bu kurum amacını aşar bir şekilde kadrolaşma vasıtası olarak kullanılmaktadır³⁷. Yukarıda da belirtildiği üzere, istisnai memurluklar, idareye keyfi, hukuk dışı işlem yapma fırsatı vermek amacıyla düzenlenmiş değildir. İstisnai memurluklarda yönetsel gereksinimlerden dolayı çıkmış ve dışarıdan atama yolunu açan bir formüldür. İstisnai bir uygulamadır. İstisnai memurluk, Anayasanın “memur ve diğer kamu görevlileri” olarak tanımladığı bütünün bir parçasıdır. Dolayısıyla, Anayasanın kamu hizmetine girme hakkına ilişkin 70.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen “görevin gerektirdiği nitelikleri” taşıma koşulunun, diğer görevlere oranla, kanun koyucunun özel bir önem verdiği istisnai memurluklarda aranmaması düşünülemez. Diğer taraftan, DMK’nın 3.maddesinde düzenlenen sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin istisnai memurluklarda da geçerli ilkelerdir. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, kamu hizmetine girme hakkının kullanımı açısından Anayasa tarafından öngörülen “görevin gerektirdiği nitelikler” ölçütü, istisnai memurluklarda “mesleki liyakat” ve “yönetsel gereksinimler” e dönüşmüştür. Bu nedenle istisnai memurlukların genel şartları yeniden düzenlenmelidir.

C.Siyasi Atamalar

Kamu oyununda tartışılan konulardan birisi de istisnai memuriyetlere siyasal atamaların yapılıp yapılamayacağıdır. Hukuk düzenimizde siyasal atamalara olanak tanınmamıştır. Ancak istisnai memurlukların kimliğini ve statülerini açıklarken Türk İdare Hukuku öğretisinde uzun zaman tartışmaların yapılmıştır. Bazı yazarlara göre, "İstisnai memurluklar belli siyasal ve yönetsel nedenlerle ayrık tutulan ve özellik taşıyan memurluklardır. Kamu kesiminde bazı görevler siyasal ve yönetsel açıdan özel durumlarıdır. Bu tür görevlere atanacak kimsele-

³⁶ Tarım ve Köyişleri Bakanlığının 28.5.1996 günlü, Personel Genel Müdürlüğü müfettiş raporu, *Danıştay Dergisi*, S.94,1998, s.55.

³⁷ “59. maddede daha önce Başbakanlık ve Bakanlık Müşavirleri için makul bir düzeyde sınır getirilmiş iken bu sınır kaldırılmış ve teşkilat yasalarınca belirlenme yoluna gidilmiştir. Bunun sonucu olarak da bugün başbakanlık teşkilatında 85 Başbakanlık Müşaviri, 250 civarında basın ve halkla ilişkiler müşaviri kadrosu bulunmaktadır. Ahmet ÖZER, “Bürokrat Politikacı İlişkileriyle Ülkemizde İstisnai Memuriyet ve Valilik Sistemi Üzerine Görüşler”, *Türk İdare Dergisi*, S.423, Haziran 1999, s.8.

rin seçiminde siyasal ve kişisel takdir unsuru ağır basar. Bunun nedeni bu görevlilerin hükümet politikasının oluşturulmasında doğrudan doğruya rol almalarıdır. Valilik buna bir örnektir. Bu kimselerin siyasal karar organlarının güvenini taşımaları zorunludur³⁸. Bazı yararlar ise, "Valilik gibi kamu görevlilerinden bir kısmı bu gün istisnai memur sayılmış olmalarına rağmen bunlar aslında Devlet'in genel idare esaslarına göre yürüttüğü kamu hizmetlerinin asli ve sürekli görevlileri olduğundan Anayasa'nın (1961 Anayasa) 117 maddesi gereği kariyer teşkil eden teminatlı memurlar eliyle yürütülmeleri gerekir. Aksi görüş idarenin siyasileşmesine ve hatta partilileşmesine götürür İdarenin tarafsızlığı ve kararlığı ilkesiyle bağdaşma" yacağı³⁹ görüşündedirler. Öğretideki ortak görüş ise, bunların diğer memurlardan da farklı bir statüye sahip olduklarıdır. Valiler, diğer memurlardan farklı bir özelliğe sahiptir. Vali, bakanlar gibi siyasi karakterde veya memur statüsünün tamamen dışında olmamakla beraber, diğer memurlardan farklı olarak TBMM'nin onayından geçmiş hükümet programının uygulanması açısından hükümetler yakın ilişki içerisinde dir.

Merkezi yönetim açısından, valiyi "il genel idaresinin başı ve mercii" olarak niteleyen İl İdaresi Kanunu(m.6), valinin hukuksal durumunu 9.maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, "vali, ilde Devletin ve Hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her bakanlığın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtasıdır"⁴⁰. Ancak, metinde geçen "siyasi" sözcüğü yanlış anlamalara neden olabilmektedir. Valinin, temsilcisi olduğu bakanın mensubu bulunduğu siyasal partinin ildeki uzantısıymış gibi yorumlara elverişlidir. "Böylesine bir yorum tek partili dönemde valilerin CHP'nin il başkanlığı görevini de üstlenmiş olmaları olgusuna kadar uzanabilir"⁴¹. Uygulamada ise, zaman zaman siyasal nedenlerle atamaların yapıldığı görülmektedir.

Nitekim çok partili demokratik yaşama geçildikten sonra da bu tür yorumlar yapılmıştır. Bilecik Valisi'nin merkeze alınması ile ilgili Bakanlar Kurulu kararının iptali için açılan davada davalı durumundaki İçişleri Bakanlığı savunmasında, "Hükümet programlarının gerçekleştirilmesi bakımından 'kilit personel'

³⁸ Cahit TUTUM, "Yönetimin Siyasallaşması", *Amme İdaresi Dergisi*, C.IX, S.4, 1976, s.16.; M.ÖZYÖRÜK, *İdare Hukuku Dersler*, (çoğaltma), İstanbul, 1973, s.154.

³⁹ Lütfi DURAN, "Türk İdaresinde Politik Nitelikli Yüksek Mevkiler İhdas Edilebilir mi?", *Amme İdaresi Dergisi*, C.I, S.1, 1968, s. 70.

⁴⁰ Bu günlerde sık sık kamu yönetimi reformu gündeme gelmekte ve valinin görev ve yetkilerinde değişikliklerin yapılacağı basında yer almaktadır. Bunlardan birisinde, "adalet, içişleri, milli eğitim ve sağlık bakanlıkları dışındaki bütün bakanlıkların taşra teşkilatlarının kapatılacağı ve bu teşkilatların tamamen valinin emrine verileceği" belirtilmektedir. Muharrem SARIKAYA, "Her İle Bir Başbakan Geliyor", *Sabah Gazetesi*, 22 Nisan 2003.

⁴¹ Şükrü KARATEPE, *Tek Parti Dönemi*, İstanbul, 1993, s.45.

durumunda olan valilerin siyasi kadro ile aynı görüşü benimseyen ve aynı felsefeyi paylaşan kamu görevlileri arasından seçilmesi" gerektiğini iddia etmiştir⁴².

Esasen böyle bir yoruma ne Anayasa kuralları ve ne de İdare Hukuku'nun temel ilkeleri olanak tanır. Anayasanın "herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"(m.10), herkes "kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir, hizmete almada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilmez"(m.70), hükümleri ile DMK'nın sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkeleri ve "devlet memurları siyasi partilere üye olamazlar, görevlerini yerine getirirken siyasi düşünce ayırımı yapamazlar"(m.7) hükümleri birlikte ele alındığında valinin hükümetle aynı felsefeyi paylaşan kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Danıştay da kararlarında, valiliklere yapılacak atamalarda, Anayasa hükümleri ve idare hukukunun genel ilkeleri karşısında, siyasal düşüncelere yer olmadığını, idarenin bu konudaki takdir yetkisinin hizmetin gerekleri ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Danıştay bu konudaki görüşünü değişik zamanlarda verdiği kararlarında ortaya koymaktadır. Danıştay'a göre,

"kilit mevkileri işgal eden personelin, özellikle hükümet programları doğrultusunda icraata katılırken, hizmet üretirken, siyasi kadro ile aynı görüşü benimseyen ve aynı felsefeyi paylaşması koşulunun aranması halinde Hükümet icraatının sür'atli, verimli ve netice alıcı karakterde tecelli edeceği iddia edilemeyeceği gibi, kamu hizmetinin, kamu yararına olarak en etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi sağlanamayacak, esasen böyle bir uygulama idarenin üst kademelelerinde ve sorumluluk mevkilerindeki memurlar arasında siyasi parti yanlısı olan, ya da olmayan memur ayırımı yapılmasına neden olacaktır"⁴³.

D. Eşitlik ilkesine Aykırı Uygulamalar

İstisnai memurluğa getirilen eleştirilerden bir diğeri, istisnai memurlukların kapsamı belirlenirken kurumlar arasında ayrımcılık yapıldığı yönündedir. En fazla eleştiri alan kurumların başında müşavirlikler gelmektedir. Müşavirlikler, kurumlar itibariyle sayılmış olduğundan belirli bir ayrıma tabi tutmak gerekmektedir. Başbakanlık ve bakanlık müşavirleri istisnai memuriyet kapsamındadır. Fakat, bu müşavirliklerle özlük hakları aynı olan "Müsteşarlık müşavirlikleri" istisnai memuriyet kapsamı dışındadır. Basın müşavirliği yalnızca Başbakanlık için istisnai kadro olarak öngörülmüş, diğer bakanlık veya kurum ve kuruluş-

⁴² İçişleri Bakanlığı'nın 26.11.1975 tarih ve 1011 sayılı savunması, *Danıştay Dergisi*, S.24-25,s.14 vd.

⁴³ DDK., 4.6.1976, E.1975/340, K. 1976/170, *Danıştay Dergisi*, S.24-25, s.124.

larda istisnai memuriyet kapsamı dışındadır. Ancak, diğer kurumlardaki bu unvanların neden istisnai memuriyet kapsamına alındıklarının açıklamak zordur. Bundan dolayı, kurumlar arasında hangilerinin istisnai memur sayılacağı yeniden değerlendirilerek bu ayrımcılık giderilmesi gerekir⁴⁴.

SONUÇ

Kamu hizmetine girme hakkının kullanımı çerçevesinde bütün vatandaşlar dilediği alanda çalışma ve sözleşme hakkına sahiptir. Kişiler, çalışma haklarını özel teşebbüslerde kullanabileceği gibi kamuda da kullanabilirler. Anayasa kişilerin kamu kesiminde çalışabilmeleri hakkı siyasi hak ve ödevler boyutunda ele alınarak vatandaşlık hakkına bağlı olarak kullanılabilir bir hak olarak güvence altına almıştır.

Ancak, son dönemde Türk kamu yönetiminde görülen yozlaşmanın yansıması olarak kamu personeli alımlarında da ciddi bir şekilde kayırmacılığın yapıldığına şahit oluyoruz. Diğer bir ifade ile, kamu personel alım sistemine egemen olan “serbestlik, eşitlik ve görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması” ilkelerinin ihlal edilerek siyasal tercihlerine göre personel alımlarının yapıldığını görüyoruz.

Bu bağlamda, “hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği” ilkesine mutlaka yeniden işlerlik kazandırılması gerekir. Devlet, kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulamalıdır. Kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde kamu görevlerine memur alırken herkese aday olabilme serbestisinin sağlanması gerekli olmakla birlikte, görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında da fırsat eşitliğinin sağlanması gerekir. Fırsat eşikliğinin sağlanması, kayırmacılığı önleyeceği gibi, kamu personelinin de niteliğinin (kalitesinin) artmasına neden olacaktır.

Kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde herkese kamu görevine girme fırsatı tanınmış olması, sınırlı sayıda olmak şartıyla, “kişisel” ve “siyasal” güven unsurunun öne çıktığı bazı memuriyetlere yapılacak atamalarda idareye daha fazla taktir hakkının verilmesine engel değildir. Kanun koyucu, atamaya yetkili makamlara "nispeten daha geniş takdir, tercih ve hareket serbestisi" sağlayarak dışarıdan atama yolunu açmış ve Devlet Memurları Kanununun, usul-şekle ilişkin hükümlerine bağlı kalmadan bu görevlere daha nitelikli kimselerin akışını sağlamak istemiştir. Dolayısıyla, bu kategoriye giren memuriyetlere 'yönetmelik gereklerin' dışında başka mülahazalarla yapılacak atamalar, istisnai memurluk müessesesinin düzenleniş amacıyla bağdaşmayacağı için hukuka aykırı işlemlerdir.

⁴⁴ ÖZER, s.9-10.

Değişik zamanlarda kanunda yapılan değişikliklerle istisnai memurlukların kapsamı oldukça genişletilmiştir. Hatta istisnai memur deyimi kullanılmadan DMK'nın kapsamına girmeyen diğer bir çok göreve de istisnai memurların tabi olduğu usulle atama yapılarak bazı unvanlı kadrolar imtiyazlı statüye kavuşturulmuştur. Bazı kamu görevlilerinin “görevlerinin özel bir önemi olmamasına rağmen” istisnai memurluk kapsamına alınarak imtiyazlı hale getirilmesi kamu görevlileri arasında “eşitlik”, “liyakat” ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hangi görevlerin istisna teşkil edeceği yeniden tartışılmalıdır. Niteliği itibariyle istisnailiği hak etmeyen bahçıvan gibi kadroların bu kapsamdan çıkartılmalıdır.

Diğer taraftan, kanun koyucu istisnai memurluklara atanacak kişilerde, özel kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla, DMK'nın 48.maddesindeki genel şartların bulunmasını yeterli görmüştür. Ancak, valilik örneğinde olduğu üzere, bazı özel kanunlarda özel şartlar konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda idare kendisine tanınan taktir hakkını kamu yararı dışındaki amaçlarla kullanabilmektedir. İdare, her iktidar değişikliğinde sürekli kadrolaşma şaibesi altında kalmaktadır. Bu nedenle istisnai memurluklara atada aranacak şartlar yeniden düzenlenmelidir.

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE TANIK DELİLİNİN YERİ

Ramazan ÇAĞLAYAN*

GİRİŞ

Bir davada taraf dayandığı vakıaların doğruluğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların yanlışlığını ispat ederek davayı kazanabilir. İşte dava konusu hakkın ve bunun için dayanılan vakıaların varlığı konusunda mahkemeye kanaat verilmesine ispat, bu vakıaların ispatı için başvurulacak vasıtalara da delil (kanıt) denilmektedir¹.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılmaktadır. İkrar (m.236), kesin hüküm (m.237), senet (m.287) ve yemin (m.337) kesin deliller arasında sayılırken, tanık (m.245), bilirkişi (m.275) keşif (m.363) takdiri deliller içinde sayılmıştır. Hakim, kesin delillerle bağlı iken, takdiri delileri serbestçe takdir eder².

Görüldüğü gibi medeni yargılama usulünde deliller ayrıca bir bölüm olarak düzenlenmiştir. Oysa idari yargılama usulünde, deliller için böyle ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamada bulunan 31. maddede bu delil çeşitlerinden sadece bilirkişi ve keşiften söz edilmiştir.

Bu çalışmamızda, idari yargılama usulünde takdiri delil olan tanık (şahit) delilinin idari yargılama usulünde uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde duracağız. Bunu yaparken de öncelikle medeni yargıda tanık delili üzerinde kısaca durduktan sonra, idari yargıda tanık delilinin gerekliliği ve kabulünün mümkün olup olmadığını incelemeye çalışacağız.

* Yrd. Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s.413.

² KURU, El Kitabı, s.424.

I. MEDENİ YARGIDA TANIK

Tanıklık, davanın tarafları dışındaki kişilerin, dava konusu olay hakkında, bilgilerini mahkemeye aktarmasıdır. Bu işi yapan kişiye de tanık denir³. Tanığın mahkemeye aktardığı bilgi, tanığın gördüğü ve işittikleri biçimindedir. Başka bir ifade ile, tanık sadece gördüklerini ve işittiklerini mahkemeye aktarır. Görüşü ve yorumu sorulmaz⁴.

Medeni yargıda tanık delilinin özelliklerini kısaca aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz⁵: Tanık delili, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 245 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bir davada tanık, davanın taraflarınca gösterilir. Taraflarca gösterilmeyen bir kişi, mahkemede tanık olarak dinlenilemez. İddiasını tanıkla ispat etmek isteyen taraf, öncelikle hangi hususun tanıkla ispatını istediğini mahkemeye bildirir. Eğer mahkeme bildirilen hususun tanıkla ispatlanması mümkün olan bir vakta olarak değerlendirirse, tanıkla ispat talebinde bulunan tarafa, tanıkları göstermesi için uygun bir süre verir. Bu süre içinde, tanık listesinin mahkemeye verilmesi gerekir. Bu listede yer almayan kişiler tanık olarak dinlenilemez. Tanıkların ölmüş olması, tanık listesinin geçersiz olması (tanıklıkları yasak olan kişilerin tanık listesinde yer alması durumu) gibi durumlarda ikinci bir tanık listesi verilebilir.

Tanıklar, Tebligat Kanununda belirtilen usule uygun olarak tebliğ edilen davetiye ile mahkemeye çağırılırlar. Bu davetiyede, davanın taraflarının isimleri, tanığın hangi hususu ispat için mahkemeye çağırıldığı ve hangi gün ve saatte hazır bulunacağı yazılır. Taraf, tanık listesinde gösterdiği tanıkların bir kısmının veya tümünün dinlenmesinden vazgeçebilir. Bunun için karşı tarafın rızasına ihtiyaç yoktur.

Tanıklar kural olarak davaya bakan mahkemede dinlenir. Hastalık veya sakatlık gibi durumlarda veya tanığın bir şeyi göstermesi şeklinde dinlenilmesi gerekiyorsa, o mahalde de dinlenebilir. Ayrıca tanık davaya bakan mahkemenin bulunduğu yerden uzakta ise, o yerdeki mahkemelerce istinabe yoluyla da dinlenebilir.

Tanıklar mahkemede ayrı ayrı olarak dinlenir. Gerektiğinde yüzleştirilebilir. Tanığı hakim kendisi dinler. Tanık bildiklerini hakime sözlü olarak aktarır. Ta-

³ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul 2001, C.III, s.2567; KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YIYLMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2002, s.499; POSTACIOĞLU İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Bası, İstanbul 1975, s.647.

⁴ PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001, s.433.

⁵ KURU, El Kitabı, s.424; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, s.2567 vd.; KURU/ARSLAN/YIYLMAZ, age., s.499 vd; POSTACIOĞLU, age., s.647 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, age., s.433 vd..

nığın dinlenmesi sırasında, hakim aksine karar vermedikçe, taraflar hazır bulunur. Ayrıca hakim aracılığıyla taraflar tanığa soru da sorabilir. Tanığın söyleyecekleri bittikten sonra, hakim gerek görürse veya taraflardan birisi talep ederse, tanığa yemin ettirilir⁶. Tanığın ifadeleri tutanağa geçirilir, kendisine okutulur ve imzalatılır.

Tanığın ifadesinin değerlendirilmesi: Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tanık takdiri bir delildir. Bu sebeple tanığın ifadelerini hakim takdir edecektir. Bu tanıklığın doğal bir sonucudur. Zira, görülen ve işitilen durumların zamanla unutulması, algıda yanılgılar, tanık ile taraflar arasındaki yakınlık, hissi bağlılık veya husumet tanıklığın delil gücünü bir hayli zayıflatmaktadır. Ancak bazı durumlar vardır ki, ancak tanıkla ispatlanabilir. Bu yüzden bu delilden vazgeçilmesi de mümkün değildir.

Bu yüzden hakim tanık beyanlarını titizlikle dinlemeli, gerçeğe aykırı olup olmadığını ayırt etmeye çalışmalı, yeni sorularla çelişik durumların giderilmesini sağlamaya çalışmalıdır. Gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu emarelerine rastlarsa, tanığın beyanı aksine de karar verebilir. Ancak ister tanığın beyanı doğrultusunda, isterse beyanın aksine karar versin, hakim bunun gerekçesini kararında açıklamak zorundadır.

Son olarak, tanığın gerçeğe aykırı belanda bulunduğunu taraflar da diğer delillerle ispat edip çürütebilirler. Özellikle tanığın bu yönde beyanda bir menfaatinin bulunduğunu, tanıklığından şüphelenmeyi gerektirecek bur durumun olduğunu iddia ve ispat edebilirler.

II. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE TANIK

İdari yargılama usulünde öteden beri yazılı yargılama usulü benimsenmiştir. Bu usulde, taraflar iddia ve savunmalarını, dava ve cevap dilekçelerinde ortaya koyarlar⁷. İdarenin işleyişinde ve işlemlerin oluşmasında geçerli olan yazılılık ilkesi, Fransa'da ve buna bağlı olarak da Türkiye'de idari yargılama usulünde de benimsenmiştir⁸. Yazılı yargılama usulünün benimsenmesinin gerekçesi, layiha-

⁶ Hakim tanığa "Tanıt sıfatıyla sorulan sorulara verdiğiniz cevapların gerçeğe aykırı olmadığına ve görüp bildiğinizden bir şey saklamadığınıza Allahınız ve namusunuz üzerine yemin ediyor musunuz? Der ve tanık da cevaben "Alahım ve namusum üzerine yemin ediyorum" der. (HUMK m.264)

⁷ HONDU Selçuk, "İdari Yargılama Usulünde Daliller ve Şahit", içinde ÖZAY İl Han, Yargısal Korunma, 3.Baskı, İstanbul 1999, s.210; YENİCE Kazım/ESİN Yüksel, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s.7.

⁸ ZABUNOĞLU Yahya, "İdari Yargılama Usulü:Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, s.97; ONAR Sıdık Sami, İdare Hukukunun umumi Esasları, İstanbul 1966, C.III, s.1936; KUMRULU Ahmet, Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, Ankara1989, s.95.

lar safhasındaki sürelerin de düzenlenmesi ile beraber, davayı hızlandırmak, uyuşmazlığın makul ve hatta en kısa zamanda yargısal bir kararla sonuca bağlanmasını sağlamak şeklinde ifade edilmektedir⁹.

İdari yargılama usulünde, yazılı yargılama usulünün uygulanacağı, 521 sayılı Danıştay Kanununun 78. maddesinde “İdari yargıda incelemenin evrak üzerinde yapılacağı” şeklinde, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 1. maddesinde “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır” şeklinde düzenlenmiştir. Yazılı yargılama usulünde, taraflar iddialarını ispat edici delilleri, yazılı olarak (dava dilekçesi ve cevap dilekçeleri ile) mahkemeye sunarlar. Bilindiği üzere, dosyanın tekemmülünden önce taraflar tarafından ikişer defa yazışma yapılır (layihalar safhası). Taraflar bu safhaların her birinde iddialarını ispat edici delilleri, bilgi ve belgeleri mahkemeye sunarlar. Eğer duruşmaya karar verilmiş ise, duruşma esnasında da bunları mahkemeye sunabilirler. Bu aşamada ibraz edilemeyen belgeler, ibraz edilememe gerekçesi ile birlikte sunulur ve mahkeme gerek görürse, karşı tarafa da tebliğ edilerek dosyaya konur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamada bulunan, İYUK’nun 31. maddesinde delil olarak bilirkişi ve keşif zikredilmiş, tanık delilinden ise söz edilmemiştir. Bunun yanında İYUK’nu 20/1. maddesi hükmü aynen şöyledir. “Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir”. Bu hükümle idari yargıda re’sen araştırma ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla yargı yeri, dava ile ilgili her türlü araştırmayı kendiliğinden yapabilecektir. Acaba re’sen araştırma ilkesi içine tanık dinlemek girer mi? Bu yazılılık ilkesi ile bağdaşan bir durum mudur? Aşağıda bu soruların cevabını araştıracağız.

1. İdari Yargıda Tanık Delilinin Gerekliliği

Anayasanın 138. maddesinde ve Hakimler ve Savcılar Kanununun 4. maddesinde, hakimlerin, Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri gerektiği belirtilmektedir. Yargılama faaliyetinin nihai amacının adaleti gerçekleştirmek olduğu göz önüne alındığında, karar verme durumunda olan hakimin tam bir vicdani kanaat elde etmesi ve ondan sonra karar vermesi asıdır. Dava konusu edilen olay, açık seçik ise, yani anlaşılır nitelikte ise, hakim için sonuca ulaşmak kolay olacaktır. Ancak sorunu çözmek her zaman bu kadar basit olmayabilir. Taraflarca yeteri kadar delil sunulmayabilir veya tarafların

⁹ ZABUNOĞLU, İlkeler, s.97; Kumrulu, Yargılama, s.95; KARAKOÇ Yusuf, Tüdk Vergi Yargılamasında Delil Sistemi, İzmir 1994, s.69.

ileri sürdüğü deliller birbirine eşit olabilir. Hakim de kendi araştırmaları ile yeterli delile ulaşamayabilir. Bu durumlarda tam bir vicdani kanaate ulaşması için tanık delilinden de faydalanması zorunlu hale gelebilir¹⁰.

Örneğin, Konya Bölge İdare Mahkemesinin E.89/374, K.89/388 sayılı kararına konu olan olayda, lokantacılık yapan mükellef, komşu bakkaldan aldığı ekmekler için gider pusulası düzenlemediğinden dolayı özel usulsüzlük cezası kesilmiştir. Davacı bu işlemin iptaline ilişkin açtığı davada, aslında ekmek ihtiyacını fırından karşıladığını, o gün fırın dağıtıcısının gelmemesi nedeniyle, ekmekleri bakkaldan ödünç aldığını, bunun tespiti için bakkalın şahit olarak dinlenmesini talep etmiştir. Bu olayda, bakkal şahit olarak dinlense, lokantacının kendisinden ekmek alıp almadığı, aldı ise ödünç mü yoksa para karşılığı mı aldığı sorulsa, ifadeleri tarafların delilleri ile karşılaştırılsa, hakim tam bir vicdani kanaat sahibi olacak ve buna göre ihtilafı daha hukuka uygun bir çözüme kavuşturacaktır¹¹.

Konya İdare Mahkemesinin E.88/592, K.88/694 sayılı karara konu olan olayda ise, hukuk fakültesinin, davacının belirtilen tarihte telafi sınavına girmemesi nedeniyle başarısız sayılmasına dair idari işleminin iptaline ilişkin davada, belirtilen gün ve saatte okula geldiğini, fakat sınavı yapacak hocanın gelmediğini iddia etmiş ve bunun ispatı için arkadaşının şahit olarak dinlenmesini talep etmiştir¹². Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür¹³.

Ayrıca, tanık mahkemede dinlenmemekle beraber, tanığın noterde verdiği beyanlarının hükme esas alındığı da görülmüştür. Yine mahalli bilirkişi adı altında çeşitli davalarda tanık dinlenerek karara esas alındığı görülmüştür¹⁴.

Deliller, bir davayı esastan çözen mahkemelerde gerekmektedir. Bu bakım-

¹⁰ HONDU, Deliller ve Şahit, s.219.

¹¹ HONDU, Deliller ve Şahit, s.218-219.

¹² HONDU, Deliller ve Şahit, s.218. Bu örnekte, hocanın gelip gelmediğinin okul kayıtlarından anlaşılacağı için tanığa gerek olmadığı yönünde itirazlar da bulunmaktadır. Bkz. CANDAN Turgut, Tartışmalar, I. İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.289.

¹³ İlginç bir örnek de ÖZAY tarafından aktarılmaktadır. Bir üniversitede, dekan öğretim üyelerinden birini, "bayrak törenlerine muntazaman katılmadığı ve Fakültedeki bazı toplantıları anlamsız bulduğu" gerekçesiyle Anabilim Dalı Başkanlığından alır. Öğretim üyesi ise, bayrak töreninden sonra, öğretim üyelerinin Dağ Başını Duman Almış marşı eşliğinde uygun adımla yürütüldüğü, anlamsız toplantı konuları arasında, "alafranga tuvaletin nasıl kullanılacağı şeklinde iddiada bulunmaktadır. yazar bu durumun şahit dışında nasıl ispatlanabileceğini sormaktadır. Bkz. ÖZAY İl Han, Tartışmalar, I. İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.291.

¹⁴ HONDU Selçuk, "İdari Yargılama Usulünde Tanık", I. İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.267-268.

dan, ilk derece mahkemeleri olarak idare ve vergi mahkemelerinde tanık deliline ihtiyaç vardır. Bunun yanında, bölge idare mahkemeleri itiraz üzerine yaptıkları incelemelerde, esas üzerinde karar verebildiklerinden, bu mahkemelerde de tanık deliline ihtiyaç olabilir. Yine Danıştay kanununun 24. maddesi gereği ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda Danıştay'ın da tanık deliline ihtiyacı olabilir.

2. İdari Yargıda Tanık Delilinin Kabulü

İdari yargılama usulüne ilişkin düzenlemelere de yer veren 521 sayılı Kanun da, bazı hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamalarda bulunmakla birlikte kimi konular bakımından böyle bir yollama hükmü ihtiva etmemekte idi. Örneğin davanın ihbarı, dava açma süresinin hesaplanması, davaların birleştirilmesi ve ayrılması, derdestlik, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı gibi konularda, 521 sayılı Danıştay Kanunu ayrıntılı düzenleme getirmediği gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamada bulunmamasına rağmen, Danıştay'ın bu konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması yönünde kararlar verdiği öğretide belirtilmektedir¹⁵.

Nitekim Danıştay'ın 1961 tarihli bir kararı da bu görüşü destekler mahiyettedir. İmza inkarı konusunda, “Delil ve vesika mahiyetindeki evrak üzerindeki imzaların sahiplerince inkar edilmesi halinde, bu imzaların mevsukiyetini temin için nasıl bir usul takip edileceği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 308 ve 309 uncu maddelerinde gösterilmiş olup, Vergi Usul Kanununda bu hususa dair özel bir usul gösterilmiş olmadığına göre, bu gibi ihtilaflarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir” diyerek bir yollama yapılmamasına rağmen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağına karar vermiştir.¹⁶

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamada bulunan, İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde, tanık konusunda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Danıştay da 31. maddede tanık hakkında bir yollamanın bulunmaması sebebiyle, idari yargıda tanık beyanlarına itibar edilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir.

“İdari Yargılama Usulü Kanununda yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun 31 inci maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şehadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre, yükümlüden canlı hayvan alan kasap...’ın... duruşmada şahit olarak din-

¹⁵ EROĞLU Yaşar, “Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştayda Uygulanışı”, DD.8,1973, s.26-31. Yazar Danıştay kararlarından da örnekler göstermektedir.

¹⁶ Danıştay Dördüncü Dairesi, E.60/4394, K.61/3832, T.13.12.1961, DKD.85-86, s.117.

lenilmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar verilmesinde kanun ve usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır...¹⁷.

“...2577 sayılı Kanununun 17. ve 18. maddelerinde duruşmada tarafların dinleneceği hükme bağlanmış, şahit dinleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Aynı kanununun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şهادete ilişkin hükümlerine de yollama yapılmamıştır... İdari Yargılama Usulü Kanununda yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şهادete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre... mahallinde keşif yapılmasından sonra davacı tarafından getirilen ve naylon fatura düzenlediği iddia edilen... adlı şahısların ifadeleri alınarak düzenlenen tutanaktaki tespitlere dayanılarak ulaşılan sonuca göre tarhiyatın kaldırılması yolunda karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir...¹⁸.

Sadece tanık konusunda değil, 31. maddede yollamada bulunulmayan diğer hususlarda da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı yolunda kararlar bulunmaktadır. Örneğin, idari yargıda görülen bir davada, hukuk mahkemeleri istinabe yapılarak keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması olayında, 31. maddede bu yönde bir yollama olmadığı için kabul edilemeyeceği yönünde karar verilmiştir.

“...Olayda ise temyize konu kararın, mahalli Asliye Hukuk mahkemesi aracılığıyla yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayalı olarak verildiği... İdari Yargılama Usulü kanununda keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli mahkemeler aracılığıyla yaptırılabilmesine ilişkin bir hüküm yer almadığı gibi yukarıda yazılı 31. madde ile gönderme yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da bu tarz incelemeyi olanaklı kılan bir hükme yer verilmemiştir. Her ne kadar, sözü edilen keşif ve bilirkişi incelemesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun istinabeye ilişkin maddelerine dayanılarak gerçekleştirilmiş ise de, kurum olarak istinabenin böyle bir incelemeyi kapsaması ve olanaklı kılması düşünülemez... Bu durumda, uyuşmazlığın çözümü için bir başka yargı yerine yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayanılarak verilen kararda isabet görülmemiştir...¹⁹.

Öğretiye gelince, bir kısım yazarlar, yemin ve tanık delili gibi bazı delil çeşitlerinin idari yargının bünyesine uymadığını bu yüzden idari yargı yerlerinde

¹⁷ Danıştay Üçüncü Dairesi, E.86/1201, K.86/2706, T.24.12.1986, DD.66-67, s.187.

¹⁸ Danıştay Üçüncü Dairesi, E.89/3460, K.90/3569, T.25.12.1990, DD.82-83, s.261.

¹⁹ Danıştay Altıncı Dairesi, E.90/429, K.91/1027, T.8.5.1992, DD.84-85, s.482.

kullanılmadığını ifade etmektedirler²⁰. Bu görüşteki kimi yazarlar ise bunun yazılılık ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedirler²¹. Yine bazı yazarlar yemin, yazılı beyan gibi tanık delilinin idari yargılama hukuku ile bağdaşmadığını ileri sürmektedirler²². Bazı yazar ise idari yargılama usulünde tanık delilinin kabul edilebileceği yönünde görüş beyan etmektedirler²³.

Pozitif düzenlemelere rağmen, idari yargılama usulünde tanık delilinin kabulü mümkün müdür? Öğretide mümkün olmadığı, yasa değişikliği gerektiğini ileri sürenler bulunmaktadır²⁴. İçtihatla tanık delili idari yargıda kabul edilemez mi?

İdari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi benimsenmiştir (İYUK m.20). Dava için gerekli bilgi ve belgelerin toplanması yükümü sadece taraflara verilmiş ise taraflarca hazırlama ilkesinden, aynı zamanda mahkemenin de görevli olduğu benimsenmişse, re'sen araştırma ilkesinden söz edilir. Medeni yargıda kural olarak taraflarca hazırlama ilkesi geçerli iken idari yargılama usulünde ve bu arada ceza yargısında re'sen araştırma ilkesi geçerlidir²⁵.

Re'sen araştırma, idari yargı hakiminin, davanın açılmasından nihai kararın verilmesine kadar, davanın sevk ve idaresi, maddi olayın varlığının araştırılması, maddi olayın hukuki tavsifi, iddia ve savunmada taraflarca ortaya atılan maddi bulguların gerçeğe aykırı olup olmadığının araştırılması, delillerin elde edilmesi, delillerin takdir edilmesi, uygulanacak hukuk kurallarının tespiti gibi konular hakkında, tarafların talebine ihtiyaç kalmadan yapılan araştırma ve incelemeleri kapsamaktadır²⁶.

Re'sen araştırma ilkesini düzenleyen 20. maddede mahkemeler “bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar” ifadesinin, tanık beyanına başvurmayı da içereceği söylenebilir.

²⁰ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C.2- İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999,02 s.984; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 14. Bası, Ankara 2001, s.464.

²¹ CANDAN, Tartışmalar, s.289.

²² ERKUT Celâl/SOYBAY Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, Yenilenmiş Beşinci Bası, 2001 İstanbul, s.353.

²³ KIRBAŞ Sadık, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1992, s.189; KANETİ Selim, Vergi Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1989, s.299; TEZEL Adnan, “Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil Sistemi”, Reşat Kaynar’a Armağan, İstanbul 1981, s.254; HONDU, Tanık, s.268; ÖZAY, Tartışmalar, s.291; HÜNER Ali, Tartışmalar, 292. KARAKOÇ Yusuf, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, İzmir 1994, s.127-128.

²⁴ HONDU, Tanık, s.265.

²⁵ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 2.Baskı, 2001 Ankara s.52 vd; KARAKOÇ, age., s.47 vd.

²⁶ ÇAĞLAYAN, age., s.53.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi idari yargılama usulünde yazılılık ilkesi (İYUK m.1) benimsenmiştir. Bu ilke doğrultusunda, dava kural olarak dosya üzerinden yürütülecektir. Ancak idari yargılama usulünde yazılılık ilkesinin mutlak olduğunu söyleyemeyiz. İdari Yargılama Usulü Kanununun 17. maddesinde, sözlü yargılama usulünün en bilinen yöntemi olan “duruşma” düzenlenmektedir. Maddeye göre, hem esasa ilişkin yargılamada hem de itiraz ve temyiz aşamasında duruşma yapılabilecektir. Duruşma yapılarak tarafların sözlü olarak dinlendiği bir sitemde, dava konusu hakkında bilgisi olan üçüncü kişilerin dinlenilmesine neden başvurulamasın? Bu açıdan da idari yargıda tanık dinlenilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Mahkemelerin başvurabileceği delillerin neler olacağı, bir usul meselesidir. Başka bir ifade ile idari yargılama usulünde tanık deliline başvurulup vurulamayacağı yargılama usulü kurallarına ilişkin meselesidir. Usul kuralları konusunda, yargının hukuk yaratma yetkisi bulunmakta mıdır? Bu konuya iki şekilde yaklaşmak mümkündür. Birinci yaklaşıma göre, yargılama usulleri konusunda hukuk yaratma yetkisi Anglo-sakson ve Amerikan hukuk düzenlerinin bir özelliğidir. Kıta Avrupası hukuklarında bu mümkün değildir. Zira Türkiye’nin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde usul kuralları kamu düzenindedir. Bu alanda yargıcın hukuk yaratma yetkisi bulunmamaktadır²⁷.

İkinci yaklaşıma göre, idare hukuku, yeni, sürekli gelişmekte olan, tam olarak kodifiye edilmemiş ve içtihada dayalı bir hukuk dalıdır²⁸. Dolayısıyla idare yargıcının, içtihatla kural koyma konusunda daha fazla yetkisi bulunmaktadır.

İdare hukukunun, içtihada dayalı bir hukuk dalı olması, usul kurallarında da içtihadı mümkün kılacak mıdır? Tanık delili ile ilgili olmamakla birlikte, çeşitli yargı yerlerince, usul hukukunda hukuk yaratmanın mümkün olacağı yönünde kararlar verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi 1990’lı yıllardan itibaren, yargılama usulü kuralı olduğunda şüphe olmayan ve yasada açıkça düzenlenmeyen, yasaların yürürlüğünü durdurma yetkisinin varlığını kabul etmiş ve bu yönde bir dizi kararlar vermiştir²⁹. Öğretide bu hususun bir usul meselesi olduğu ve kanunla düzenlenmesi

²⁷ ÖZAY, age., s.335; YILDIRIM Ramazan, “Türk İdari Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi”, in. Prof. Dr. NURİ ÇELİK’e Armağan, C.I, İstanbul 2001, s.433.

²⁸ ÖZAY, age., s.317-318; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku I Genel Esaslar, Ankara 1998, s. 17; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetim Hukuku, 9.Basım, Ankara 1996, s.16; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 1999, s.86-87; EROĞLU Hazma, İdare Hukuku, 5.Bası, Ankara 1985, s.29.

²⁹ Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42/1, T.11.4.1994, RG.15.4.1994-21906; E.1994/50, K.1994-44-1, T.10.6.1994, RG.11.6.1994-21957; E.1994/49, K.1994/45-1, T.15.6.1994, RG.28.6.1994-21974; E.1994/63, K.1994/60-1, T.21.7.1994, RG.23.7.1994-21999.

gerektiği vurgulanmasına rağmen³⁰, Anayasa mahkemesi bu yönde kararlar vermeye devam etmektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, bir usul kuralı olan yargılamanın yenilenmesi konusunda, öğretide bu sebeplerin yasada sayılanlarla sınırlı olduğu ve içtihatla genişletilemeyeceği yönünde görüş birliği bulunmasına rağmen³¹, içtihatla yasada olmayan bir sebebi- karara esas alınan yasanın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi- yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmiştir³².

³⁰ GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2000, s.504: (Anayasa Mahkemesi kanunların yürütülmesinin durdurulmasına karar veremez. Çünkü, Anayasa Mahkemesine Anayasamızın hiçbir yerinde böyle bir yetki verilmemiştir. ... Kendisinin sahip olduğu yetkiler, kendisine ‘verilmiş olan’ yetkilidir. Anayasa Mahkemesi tüm diğer kamu hukuku organları gibi kendisine ayrıca ve açıkça yetki verilmemişse, o konuda yetkisizdir hiçbir karar alamaz) ; BİLGİN Pertev, “Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması”, in. Anayasa Yargısı 12, Ankara 1995, s.179, 184; GÜRAN Sait, “Anayasa Mahkemesinin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması”, Anayasa Yargısı 12, s.196; GÜRAN Sait, “Anayasa Yargısında Yürütmeyi Durdurma”, Anayasa Yargısı 2, 1986, s.150; KUZU Burhan, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990, s.209;

³¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, age., s.51; ALANGOYA H. YAVUZ, Medeni Usul Hukuku Esasları II, İstanbul 2001, s. 97; ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.Bası, İstanbul 2000, s.912; BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Bası, Ankara 1978, s.710; KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s.913; KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı, C.V, İstanbul 2001, s.5171; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s.1081; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s.1081; GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, age., s.939; YENİCE/ESİN, age., s.740; ALVER Cemil, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4.Baskı, Ankara 1994, s.294;

³² Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, E.1993/815, K1993/1205, T.28,12,1993, AYİMD.9, s.135: “... Gerçekte 1602 sayılı yasanın 64 ve HUMK.nun 445 ve müteakip maddelerinde öngörülen tüm yargılamanın yenilenmesi nedenlerine bakıldığında kurulan hüküm maddi gerçeğe ters düştüğü ve adaletin tecellisini sağlayamadığı durumlar için öngörüldüğü görülecektir. Bu nedendir ki şekli anlamda olduğu kadar maddi anlamda da kesin hüküm halini alan bir yargı kararının olağanüstü bir kanun yolu olarak, yargılamanın yenilenmesi suretiyle kaldırılması uzunca bir süre sonra dahi olsa, toplum vicdanını rahatsız eden bir adaletsizliğin giderilmesini sağlamaktadır. Bireysel nedenlere ve ağırlıklı olarak dava subjelerinin eylemlerine dayalı, adaleti sağlamayan kesinleşmiş bir kararın yargılamanın yenilenmesi yoluyla kaldırılması yöntemini benimseyen bir hukuk sisteminin, kurulan kararda, doğrudan uygulanan kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmiş olmasını yargılamanın yenilenmesi nedeni saymadığını kabul etmek bizce mümkün görülmemektedir. ...Ayrıca Anayasada ve ilgili yasalarda yer almasına karşın, Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararı ile birlikte iptal edilen hükümlerin yürütülmesinin durdurulması gereğini belirtip bu doğrultuda karar verirken, kuralın lafzıyla korumadan çok, o kuralın uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçların hukuka ve Anayasada öngörülen hukuk devleti ve adalet anlayışı hakkaniyet ilkesine uygunluğunu ön planda tutmuş olduğu kuşkusuzdur. Bu yorum biçimi karşısında dava konumuzla sınırlı olmak üzere(yalnızca yükümlülük getiren yasalarla sınırlı olmak koşuluyla) Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılması da, keza hakkaniyet ve adalet ilkelerinin kaçınılmaz sonucu olarak kabul edilmiştir...”. Aynı yön-

Yargılama usulüne ilişkin olan ve İdari Yargılama Usulü Kanununda (m.2) düzenlenmeyen tespit davasının³³, idari yargıda kabulünün mümkün olacağı yönünde hem Uyuşmazlık Mahkemesinin³⁴ hem de Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kararları bulunmaktadır³⁵.

SONUÇ

İdari yargılama usulünde tanık deliline ihtiyaç duyulduğu durumlar bulunmaktadır. Bu ihtiyaçtan olmalı ki zaman zaman mahkemeler, noterde verilmiş tanık beyanına itibar etmekte, yine mahalli bilirkişi adı altında tanık dinleme yoluna başvurmaktadır.

de bir başka karar için bkz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, E.1995/79, K.1995/209, T.28.2.1995, AYİMD-10, s.306.

³³ Öğretide, İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde düzenlenen dava çeşitlerinin sınırlı-sayıli (numerus clausus) olmadığı, sadece idari yargıda olmazsa olmaz davaların belirlendiği, idari yargının bünyesine uyduğu müddetçe başka davaların bu bağlamda tespit davasının içtihatla kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. ERKUT/SOYBAY, Kanunlar, s.235; ERKUT Celâl, “Tespit davasının idari bir dava türü olarak kabulüne ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesinin yaklaşımı”, İHİD-1989, sy.1-3, s.5 vd.; ÇAĞLAYAN ege., s.114.

³⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, E.85/14, K.85/26, RG.17.3.1986-19050: “...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tespit davaları açık ve genel bir hükümle düzenlenmemesine rağmen, bu davalar adli yargıda bir dava türü olarak öğreti ve uygulamada tamamen benimsenmiştir. Tespit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına ilişkin davalardır. Hukuk mahkemelerinin..., tespiti istenen hukuki ilişki bir özel hukuk ilişkisi ise, bu konuda esasa girerek davayı karara bağlamaları açıktır. Ancak tespiti istenen hukuki ilişki... kamu hukuku ilişkisi ise, hukuk mahkemeleri bu tespit davasını inceleyemeyecektir. Zira, tespit davaları bir eda davasının öncüsü durumdadır. Adli yargıda açılacak bir eda davasında hiç bir zaman kullanılmayacağı, buna karşılık idari işlem tesisleriyle bir idari makama veya idari yargıda açılacak bir davada idare mahkemesine ibraz edilmek ve bu makam ile bu mahkemeleri hukuken bağlayacak nitelikte bir belge elde edebilme amacı ile açılan bir tespit davasının adli yargıda görülmesine imkan yoktur. Her eda davasının içinde bir tespit isteği de vardır. Gerçekten eda davasına bakan mahkeme, öncelikle ileri sürülen hakkın var olup olmadığını araştırarak ve bu hakkın varlığını belirlemesi halinde edaya hükmedecektir. Bu itibarla, eda davasına bakmakla görevli olan mahkemenin, tespit davasına da bakmakla görevli olduğu kabul edilmelidir. Davacının talebinin, hukuki bir durumun tespitine ilişkin olması ve davalı ile davacı arasındaki ilişkinin de kamu hukuku ilişkisi bulunması karşısında, bu tespit davasının esas hakkında kararın idari yargı yerinde verilmesi gerektiği açıktır...” Aynı yönde kararlar için bkz. E.86/5, K.86/5, RG.4.7.1986-19151; E.86/54, K.87/3, RG.3.6.1987-19476; E.88/9, K.88/15, RG.26.10.1988-19971; E.91/43, K.91/44, RG.11.2.1992-21141. 1985.

³⁵ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, E.97/84, K.97/62, T.3.7.1997, AYİMD, sy.12, s.105; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, E.97/70, K.97/132, T.11.12.1997, AYİMD, sy.12, s.117; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1.Dairesi, E.97/147, K.98/200, T.22.1.1998, AYİMD, sy.12, s.1132.

Tanık delilinin, idari yargılama usulünün niteliğine uymadığı yönündeki görüşlerin haklı gerekçelere dayandığını söylemek pek mümkün gözükmemektedir. İdari yargıda, yazılı yargılama yöntemi esas olarak benimsenmekle beraber, sözlü yargılama usulünün belirgin özelliği olan duruşma yöntemini de kabul edilmektedir. Duruşma yöntemi ile davanın taraflarının sözlü olarak mahkeme tarafından dinlenilebildiği bir sistemde, dava konusu hakkında bilgisi olan üçüncü kişilerin dinlenilmesi neden mümkün olmasın? Re'sen araştırma ilkesinin de tanık deliline başvurmaya elverişli olduğunu düşünmekteyiz.

Tanık dinleme konusunda İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde bir açıklık yoksa da, yasaklayan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Usul kurallarının kamu düzeninden kabul edildiği sistemimizde, içtihatla hukuk yaratılması konusunda tereddütlerimiz bulunmakta ise de, yargı yerleri çeşitli usul kuralları konusunda içtihatla hukuk yaratma yönünde kararlar vermektedir. İdare hukukunun yeni ve içtihadı dayalı bir hukuk dalı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tanık konusunda da içtihatla hukuk yaratılabileceği söylenebilir. Belki de en iyi çözüm, yasada bir değişiklik yapılarak, idari yargıda da tanık deliline yer vermek olacaktır.

THE BOSNIAN TRAGEDY AND THE UNITED STATES UNTIL DAYTON PEACE MEETINGS

M. Vedat GÜRBÜZ*

Abstract

After Tito's death in May 1980, a new era began in Yugoslavia. Social and economic unrest became greater. Yugoslavia entered in its own "Prestroika" period. Nationalism took the place of communism. Multi-national Yugoslavia was deeply affected by nationalistic movements. Historical patterns supported nationalistic tendencies and these patterns increased historical hatred among the Yugoslavian nations. In mid-1991, disintegration of Yugoslavia was on the way. Yugoslavia did not have the energy to keep people united and there was not a strong leadership to unify the country.

Soon after the Bosnian declaration of independence, Bosnian Muslims experienced one of the world's bloodiest and unjust wars. Well-armed Bosnian Serbs-with the support of Serbia- committed genocide against the Bosnian Muslims. The Bosnian war was the greatest human tragedy in Europe since World War II. NATO intervention and finally Dayton Peace accord ended the Bosnian war.

Özet

"Bosna Trajedisi ve Dayton Barış Görüşmelerine Kadar Amerikan Politikaları"

Tito'nun Mayıs 1980'de ölümünden sonra Yugoslavya'da yeni bir dönem başladı. Ülkede sosyal ve ekonomik problemler iyice su yüzüne çıktı ve Yugoslavya kendi "Prestroika" dönemine girdi. Ülkede milliyetçilik hakim ideoloji olarak komünizmin yerini aldı. Çok uluslu Yugoslavya milliyetçilik akımlarından çok ciddi bir şekilde etkilendi. Tarihi unsurlar milliyetçilik hareketlerini destekledi ve bu unsurlar Yugoslav milletleri arasında tarihi nefretleri körükledi.

* Dr., Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi, Tarih Bölümü.

1991 yılı ortalarına gelindiğinde Yugoslav devletinin artık onu gelmişti. Yugoslavyaya halkı birleşik olarak tutacak ne enerjiye ne de bu işi başaracak bir lidere sahipti.

Bosna'nın bağımsızlık ilanının hemen akabinde, Bosna halkı dünyanın en haksız ve kanlı savaşlarından birisini yaşamak zorunda kaldı. Sırbistan'ın desteğindeki iyi silahlanmış Sırp'lar, Bosna Müslümanlarına karşı soykırıma giriştiler. Bosna savaşı İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana Avrupa'nın tanık olduğu en büyük insanlık dramıydı. NATO'nun müdahalesi ve nihayetinde Dayton Barış Anlaşması bu savaşı sona erdirmiştir.

HISTORICAL CONTEX OF BOSNIA

Historical settings of the Balkan nations are important to understand modern and contemporary problems of the region. During the Bosnian war, ethnic and religious differences were in focal point. A short historical context of Bosnia may help for a better understanding of the problems, which were mainly stemmed from ethnic and religious differences.

The early history of Bosnia is not clear. The first Slavic settlements-- in what is today's Yugoslavia-- from Karpats and the Baltic sea region, and from around Kiev--began in the sixth century. The newcomers settled on the left bank of the Danube.¹ The first Slavic settlements in Bosnia began in the seventh century. Bosnia took its name from the classical era's "Bosante" or "Bosanius."²

Sava, Bosna and Drina are important Bosnian rivers. Sava is navigable and open to trade. Four important tributaries join the Sava between Zagreb and Belgrade, each providing a route deep into the Una, Urbas and Bosna mountains.³

Until the twelfth century, Slavs lived as tribes and apart from each other in Bosnia. These tribes—Zupes--were not unique. When the Church was divided into two portions--East and West-- Bosnia and the former Yugoslavia were divided into religious groups as well as national ones.⁴ Bulgarian King Boris I's (852-889) conversion to Christianity played an important role in Bosnia's history. Like the Russians, western Bulgarians, who were originally a mixed Turkish tribe, moved from the east to the Balkans in their early history and accepted Christianity under Byzantium influence while eastern Bulgarians--

¹ Pavlowitch, Stevan K. *Yugoslavia*, Praeger Publishers, New York, Washington 1971, p. 25

² Clissold, Stephen *A Short History of Yugoslavia, from Early Times to 1966*, Cambridge University Press, London 1966, p. 58.

³ Pavlowitch, pp. 17, 21.

⁴ Clissold, *A Short History of Yugoslavia*, p. 58.

Kazan Bulgarians--were converted to Islam. Christian Bulgarians brought their faith first to Macedonia, and later, to the entire former Yugoslavia.

One of the Bulgarian priests, Bogomil, established a new cult, and its doctrines affected all the Balkans and Asia Minor. His adherents were called "Bogomolists." They rejected the Old Testament.⁵ Furthermore, they also rejected ecclesiastical and secular power such as princes, officials, and landowners. Bogomolism continued to spread throughout the Middle Ages. Social unrest fed this movement. Gradually, this religious idea lost its strength in Asia Minor and most of the Balkans, but it gained more power in Bosnia and threatened the central rulers' and feudal Barons' power. Bosnians established their own "Bosnian Church" and had their own Bishop.⁶ Because of Bosnians' different interpretation of Christianity, they were always under pressure from the Catholic and Orthodox churches. As a reaction to these pressures, Bosnians welcomed the Ottoman presence in Bosnia.

The Ottoman Turks first took Bulgaria, then the Mora peninsula. Later, they appeared deep in the Balkans. When Turkish expansionism arrived in the Balkans, Slovenia, Venice, and the Adriatic coast were under the Habsburg dynasty's hegemony; Bosnia and northern Serbia were under Hungarian control. The Turks made Macedonia their suzerainty. In 1389, the Turkish Sultan Murad II defeated the Serbian king Lazar, then Serbia lifted the Turkish occupation. In the late 1980s, the Serbs celebrated the anniversary of this war. During the war between the Serbians and the Bosnian Muslims, this anniversary was a special reason to seek revenge against the Muslims. Another turning point was the Turkish-Hungarian war in 1526. The Turks defeated the Hungarians and their allies on the Mohac plain. This victory strengthened the Turkish presence in the Balkans. After seizing Constantinople in 1453, the Sultan Mehmet the Conqueror tied Serbia to central government in 1459. He did the same with Bosnia in 1463.

When the Turks arrived in Bosnia, Bosnians willingly began to convert to Islam. The Ottomans' just rule, welfare distribution, and light taxation encouraged the Bosnians to become Muslim, and strengthened the Ottoman presence in the Balkans for a long time. During the Ottoman era, the Turks established many social endowments, such as roads, bridges (Mostar and Drina bridges were the best-known), hospitals, and Turkish baths.

The Serbians called the Muslim Slavs "Turks" and "Poturice." Bosnia was generally ruled by a native Muslim governor. Not only Bosnians converted to Islam; Serbians and Croats converted as well. The Albanians were the second-largest group to accept Islam. Like Bosnia, the other Balkan nations—as well as

⁵ ibid, p. 59.

⁶ Clissold, *A Short History of Yugoslavia*, p. 59.

Greeks and Jews--also enjoyed the privilege of serving as high-ranking officers in the Ottoman government. From the fifteenth century to the eighteenth century, more than fifteen Ottoman Sadrazams—Chancellors--were of Bosnian, Serbian, and Croatian origin. At least the same number of these nationalities occupied another prestigious position--Kaptan-i Derya-- Navy Admiral. The Sadrazam of Suleyman the Magnificent, Sokullu Mehmet Pasha, of either Serbian or Bosnian origin, was one of the most successful and well-known of the Ottoman sadrazams.

Austria seized Hungary from Turkey and established the Austro-Hungarian Empire. The emergence of a powerful Austro-Hungarian Empire and numerous lengthy Turkish-Russian wars, weakened the Ottoman authority in the Balkans. When Serbia and Montenegro went to war against the Turks, Russia entered the war on behalf of the Serbians and the Montenegrinians in 1878. During this war, Austria-Hungary temporarily occupied Bosnia-Herzegovina. After the war, Serbia and Montenegro became free states, and Bosnia-Herzegovina technically remained under the Ottoman rule but it was entrusted to Austro-Hungarian administration. When the Berlin Congress made decisions about Bosnia-Herzegovina, the Congress did not consult the people of Bosnia-Herzegovina. The Bosnian delegation were not to have a chance to speak out in the Congress.⁷ In 1908, Bosnia-Herzegovina was invaded by the Austro-Hungarian Empire. World War I broke out when Austro-Hungarian archduke was assassinated in Sarajevo. After the war, a new state of Yugoslavia was born, unifying Serbia, Croatia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Slovenia and Montenegro.

BOSNIA FROM WORLD WAR II TO END OF THE YEARS OF TITO

During World War II, Yugoslavia was occupied by some Axis states. Italy occupied the Dalmatian coast, the Yugoslavian islands, and most of Kosovo, Macedonia. It also controlled Montenegro. Serbia and northern Slovenia were under German influence. The larger part of Voivodina was annexed by Hungary, and Bulgaria annexed the southeast part. Only the Croatian kingdom, including Bosnia, remained as free Yugoslavia.⁸ At the beginning of the war, many Croatian Bosnians wanted to annex Bosnia in order to free Croatia, while Herzegovina fell under Italian occupation.⁹

Yugoslavia experienced some of the worst war casualties. Yugoslavians were fighting against occupying powers. At the same time, they fought each other. Communist Partisans, Serbian nationalists, Chetniks and Croatian

⁷ MacKenzie, David *The Serbs and Russian Pan-Slavism 1875-1878*, Cornell University Press, Ithaca, New York 1967, p. 318.

⁸ Pavlowitch, p. 108.

⁹ Mojzes, Paul *Yugoslavian Inferno: Ethnoreligious Warfare in the Balkans*, Continuum, 1995, p. 32.

nationalists, and Ushashes were trying to seize control in Yugoslavia and establish their own government. In this chaos, the Bosnian Muslims, in the cross-fire, just tried to survive. They did not have any political aim, nor did they attempt to establish a Muslim-led government in Yugoslavia. The Muslims fought on every front. Some of them were Partisans, some of them Ushashes, and a few of them were Chetniks. Some of the Muslims were even drafted into the German SS. In November 1942, some of the Muslim intelligence officers sent a memorandum to Hitler. They demanded special protection because they were of the same race as the Germans. They claimed that the Bosnian Muslims were not Slavs. They came to the Balkans in the third century from the same location as the Germans. The claim of the race unity between the Germans and the Bosnian Muslims was an unbelievable story for Hitler.¹⁰ In December 1942, the Bosnian Muslims established the “Muslim Volunteer Legion,” numbering 4,000, to protect themselves. They requested a permit from the Germans to be active legally, but Germany could only allow this Legion to be active if it were under German control.¹¹

During the war, more than one million people died in Yugoslavia. Most of the casualties resulted from Inter-Yugoslav fighting. The Chetniks started a bloody campaign of genocide against the Muslims. In order to differentiate themselves from the Serbian nationalists, the Muslims became allies of the Italians, Germans, Partisans, and Ushashes. But some Muslims were on side of the Chetniks. During the war, some 75,000 Muslims were killed in Yugoslavia. This number was 8.1 percent of the total prewar Muslim population. The Serbs lost 7.3 percent of their total prewar population in World War II.¹²

As a result of the civil war in Yugoslavia, communist Partisans gained power. Their struggle to keep power ushered in another bloody page of Yugoslavian history. One of the distinguished Yugoslavian statesmen—Djilas—pointed out the communists’ cannibalistic behaviors in his memoirs: “Communist sons confirmed their devotion by killing their own fathers, and there was dancing and singing around the bodies.¹³ During the war, Serbians, Muslims, Gypsies, and even some Croatian victims were sent to the death camp in Jesenovac, which was built by the Independent State of Croatia.¹⁴

¹⁰ Malcolm, Noel *Bosnia A Short History*, New York University Press, New York 1994, pp. 5-6.

¹¹ *ibid*, p. 6.

¹² *ibid*, p. 192.

¹³ Clissold, Stephen *Djilas, The Progress of A Revolutionary*, Maurice Temple Smith Press, Worcester, 1983, p. 85.

¹⁴ Mojzes, p. 47.

In 1945, the Partisans gradually seized power in Yugoslavia. In early Spring of 1945, the Communists entered Bosnia. In April 1945, Sarajevo was under control of the Communists.¹⁵ Tito entered Bosnia with 1500 Serbians and 500 men from Sanjak.¹⁶ Establishing control over the Bosnian Muslims was not hard for the Partisans. Exhausted Muslims posed little danger for them.

Tito's reign began in Yugoslavia in 1946. To keep the Federation alive, Tito brought equalism and a non-class communist system in Yugoslavia. Tito's brand of government was "Titoist Communism" or "Neutral Communism." Tito had serious problems with Soviet Russia. At first Tito received American economic assistance. Later he receive American military aid, but he never became an ally of the western world. Rather, he always tried to remain neutral.

After the war, Tito inaugurated an industrial development program, and economic conditions improved. This industrial development program did not help Bosnia and Kosovo's agriculture-based economies.¹⁷ Some special programs to improve the economies of the less- developed regions did not change the economic gap between the economy of Bosnian and those of Serbia, Slovenia, and Croatia.

During Tito's era, Serbia—with 39.7 percent of the population in Yugoslavia-- dominated the other ethnic nationalities. Under communist rule and communist propaganda, the Muslims almost lost their cultural identities.¹⁸ Tito's government applied pressure on the Muslims. For example, Tito banned the wearing of veils, and one of the most important Islamic traditions, circumcision, was also banned. The religious Mosque schools were shut down. The government forced the Dervishes to eat pork. The "Young Muslims" organization, which resisted these kinds of policies, was closed, and its members were imprisoned. During Tito's government, 756 mosques were destroyed or badly damaged. The private and social endowments were nationalized. Some Muslim graveyards were made into parks, and some governmental buildings were built on these graveyards.¹⁹

In 1971, Tito granted the Muslims nationhood and allowed the Bosnians to declare their national identity as Muslims.²⁰ In the census of 1971, 1.7 million

¹⁵ Malcolm, p. 191.

¹⁶ Clissold, *Djilas*, p. 79.

¹⁷ Rusinow, Dennison *The Yugoslav Experiment 1948-1974*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles 1977, p. 367.

¹⁸ Borowiec, Andrew *Yugoslavia After Tito*, Praeger Publishers, New York 1979, p. 29.

¹⁹ Malcolm, pp. 194-195.

²⁰ Levinsohm, Florence Hamlish *Belgrade Among the Serbs*, Ivan R. Dee Publishing, Chicago, 1994, p. 206.

Bosnians identified themselves as Muslim, which represented forty percent of the total population of Bosnia.²¹

POST-TITO YUGOSLAVIA AND THE COMING END

The 1980s witnessed radical changes in the world. The Cold War came to an end, and economic struggle became more important than armed conflict. Beginning in the 1970s, third-world emergence in world policies continued with these countries' growing economies. Third world countries and even communist countries abandoned state-controlled economies and transformed themselves into free-market societies. This transformation brought radical political changes. Privatization of economies cannot occur without the recognition of individual rights and political, social, and economic choices. The transition to a free-market economy--or opening the communist economies to the world economies--motivated individual and nationalistic tendencies. First of all, the communist regimes were bankrupt, and, second, artificially united states dissolved. The Soviet republic was divided into fifteen republics. Czechoslovakia was divided into two states: the Czech republic and the Slovak Republic. Yugoslavia experienced the worst separation process. Yugoslavia, with its multi-ethnic structure, formed a microcosm of the Balkans. As was true in the past, nationalistic movements hit Yugoslavia. Historical hatred among the Yugoslavian peoples was renewed. There was again a fire in Sarajevo, but these flames did not ignite a new world war. Rather, they brutally burned innocent people.

After Tito's death in May 1980, a new era began in Yugoslavia. Social and economic unrest became greater, and the media criticized all the state institutions except the army. Yugoslavia entered its own "Prestroika." Nationalism took the place of communism. Multi-national Yugoslavia was deeply affected by nationalistic movements. Historical patterns supported nationalistic movements, and these patterns increased historical hatred among the Yugoslavian nations. The Belgrade government feverishly celebrated anniversaries of the Kosovo war. These celebrations turned out to be disadvantageous for the Muslims. Numerous books, poems, and articles were written about Kosovo, and the Serbs re-conquered the nation. In June 1989, hundreds of thousands of Serbians celebrated the anniversary of Kosovo in Gazi Mestan. President Milosevic and the black-robed metropolitans of the Orthodox Church participated in this celebration. Milosevic addressed the high tempered crowds.²²

²¹ Borowiec, p. 49.

²² Malcolm, p. 213.

Serbian-led nationalism burned the bridges connecting the Yugoslavian nations. Serbs were not a majority in Yugoslavia. In 1981, they represented just 36 percent of the total 22.4 million Yugoslavian population. Croats were 20 percent, Muslims 9 percent, Slovenians 8 percent, Albanians 8 percent, Yugoslavians 5 percent (people declaring no other nationality), Montenegrin 3 percent, Hungarian 2 percent, and Gypsy 1 percent. (Truth about Bug. p. 9) In terms of religious divisions, there were 10 million Orthodox, 7.3 million Catholics, and 3.8 million Muslims in Yugoslavia.

Under the communist regime, Yugoslavian Muslims mostly had forgotten their traditions and even their identities. They had a totally secular lifestyle. According to a survey in 1985, 17 percent of Bosnians identified themselves as religious believers. At the end of 80s this number increased to 30 percent.²³ There is no doubt that Serbian hostility and discrimination made Muslims turn to their origins and cultures. During the war with Serbs and Croats, Bosnian Muslims discovered their values and more willingly owned them.

In September 1987, Slobodan Milosevic came to power in Yugoslavia. He instituted highly centralized policies. Some autonomous provinces, such as Kosovo and Vojvodina, were tied to the central government, and their autonomy was destroyed. Milosevic rehabilitated the Orthodox Church and increased Serbian nationalism with help from the Church.²⁴

After 1985, Yugoslavia was in chaos. The people of Yugoslavia obtained arms to use against their future neighbor enemies.²⁵ According to Paul Mojzes, an expert about Yugoslavia, at the end of the 1980s Yugoslavia had three options: one, it would be surrounded by western economies; two, a communist dictator would come to power; three, Yugoslavia would dissolve and the reforms would be successful.²⁶ The least likely option was that the reforms would be successful. The Yugoslavian people had lost its sense of unity. Every nation gave priority to its own interests, not those of Yugoslavia.

THE DISSOLUTION OF YUGOSLAVIA AND BOSNIA'S APPROACHING DOOMSDAY

In 1990, the communist party dissolved in Yugoslavia, and Milosevic's party was renamed the "Serbian Socialist Party." Milosevic won the election, gaining

²³ Malcolm, p. 222.

²⁴ Ramet, Sabrina Petra *Balkan Babel, Politics, Culture and Religion in Yugoslavia*, Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford 1992, p. 22.

²⁵ Mojzes, p. 60.

²⁶ Mojzes, p. 64.

the votes of communists and nationalists in Serbia.²⁷ The semi-fascist party of the Chetnik leader Wojislav Sejelj, ex-prisoner and one of the architects of Muslim genocide, finished second in the elections.²⁸

The major Muslim party was “Party of Democratic Action” in Bosnia. It was founded in May 1990 by Alija Izetbegovic, who had been released from prison in 1988. Izetbegovic was the single political leader in Yugoslavia who was never a member of Communist Party. This party’s main policy was to strengthen Muslims’ own identities and to keep Bosnia unique with its multi-national and multi-religious structure. The other Muslim party was the “Bosnian Muslim Organization” led by Adil Zulfikarpasic. This party’s program was entirely non-religious.²⁹

In the election of December 1990, the Muslims won 93 of 240 seats in the Bosnian assembly. Serbs won 85, Croats 49, and the others, identified as Yugoslavians, won 7. At the end of 1990, Izetbegovic established his government.³⁰ The result of Bosnian elections fit with national lines. In 1991, 43.77 percent of Bosnia-Herzegovinian population was Muslim, 31.46 percent Serbian, and 17.34 Croat.³¹

In mid -1991, the end of Yugoslavia was on the way. Yugoslavia did not have the energy to keep people unified, nor were the people willing to be unified, nor was there a strong leader to unify the country. According to Sabrina S. Ramet, Yugoslavia was not to have its own Atatürk to create a new consensus on the basis of a new culture.³²

Growing ethnic separatism and conflicts in Yugoslavia made European policies hot. Germany, unique and interesting in playing an active role in European and world policies, encouraged Slovenia and Croatia to declare independence. On June 25, 1991, these republics unilaterally declared their independence. Germany immediately recognized their independence, but later the Germans hesitated in recognizing the sovereignty of Bosnia-Herzegovina.³³ Hungary was sympathetic to Slovenia and Croatia. It also supported their

²⁷ Denitch, Bogdan *Ethnic Nationalism, The Tragic Death of Yugoslavia*, University of Minnesota Press, Minneapolis, London 1994, p. 46.

²⁸ *ibid*, p. 69.

²⁹ Malcolm, p. 218.

³⁰ Malcolm, p. 222.

³¹ Ramet, p. 22.

³² Ramet, p. 3.

³³ Woodward, Susan L. *Balkan Tragedy Chaos an Dissolution After The Cold War*, The Brookings Institution, Washington D.C. 1995, p. 200.

independence. In 1990 Hungary illegally sold 36,000 to 50,000 Kalashnikov rifles to the Croatian government.³⁴ France, England and Spain hesitated to recognize Croat and Slovenian independence because of similar problems in Corsica, Scotland, and Catalonia, but Austria and Italy gave full support to these newly independent countries.³⁵

On the day after these two republics' declaration of independence, the Yugoslavian National Army (JNA) crossed Slovenian and Croatian borders to suppress their separatism. Clashes between the Yugoslavian army and the Croats and Slovenians lasted six months. Over ten thousand casualties were incurred.³⁶

The independence of Macedonia was very problematic. Bulgaria said that it would welcome the independence of Macedonia. When the nation declared its independence, Greece opposed the nation's use of this name. According to Greece, Macedonia was a name of a northern Greece province. Under the name Macedonia, this state was danger for Greece. Because of Greek reservations, the EC recognized sovereignty of Macedonia very late. Greece also had problems with its Albanian minority. The termination of Kosovo's autonomous status was appreciated by Greece. Traditionally, Greece supported the Serbs with Russia in every issue and in the Bosnian war. When the separatist movement gained power, the Albanians in Kosovo rose up against the Serbian government to regain their autonomous status. Milosevic suppressed the Albanian uprising and shut down the elected Kosovo assembly. He also banned the publishing of newspapers in the Albanian language.³⁷

During the Serbian-Croatian and Slovenian war, Izetbegovic declared Bosnia's neutrality. In December 1991, Izetbegovic declared that in the case of Slovenian and Croatian secession from Yugoslavia, Bosnia-Herzegovina would declare its own independence. The leader of the Serbian Democratic Party for Bosnia-Herzegovina, Radovan Karadzic, declared that in case of Bosnian declaration for independence, they would annex Serb-populated areas to Serbia.³⁸ In support of Karadzic, Milosevic also declared that in the case of the dissolution of Yugoslavia, Serbia would annex Serb-populated areas in Bosnia and Croatia.

In October 1991, Slovenia and Croatia officially seceded from Yugoslavia. Slovenians and Croats defeated the Serbs with German- and Hungarian-

³⁴ ibid, p. 149.

³⁵ Woodward, p. 206.

³⁶ Fyson, George *The Truth About Yugoslavia*, Pathfinder Press, New York, London, Montreal, Sydney 1993, p. 16.

³⁷ Ramet, p. 39.

³⁸ Ramet, p. 47.

purchased weapons. At that time Karadzic declared Serbian autonomy in Serb-populated Karajina in Croatia. He intended to establish a Serbian republic in Karajina by annexing three Serbian-populated provinces from Bosnia-Herzegovina. Beginning in July 1991, Milosevic was sending weapons to the Bosnian and Croatian Serbs, and Karadzic's actions were directed by Milosevic.³⁹

At the end of 1991, the Serbian army tacitly occupied Bosnia-Herzegovina. The Serbian army had been constructing heavy artillery positions around major Bosnian towns, including Sarajevo. To show his peaceful intentions, Izetbegovic allowed this construction and permitted the Serbs to obtain arms from Serbia.⁴⁰

After the secession of Croatia and Serbia, Bosnia-Herzegovina held a referendum to ask the people for independence on February 29, 1992. Bosnian Serbs protested the referendum, and they did not vote. Sixty-four percent of the population of Bosnia-Herzegovina participated in the referendum, and 99.7 percent voted for Bosnia's independence.⁴¹ In April 1992, the EC and America recognized the sovereignty of Bosnia-Herzegovina. On March 27, 1992, the Bosnian Serbs declared the independence of a Serb Republic in Bosnia-Herzegovina.

AN UNJUST WAR AND BOSNIAN BLOOD BATH

Soon after the Bosnian declaration of independence, the nation experienced one of the world's most unjust and bloody wars. Well-armed Bosnian Serbs—with the support of Serbia-- began a genocide against Bosnian Muslims. The Bosnian war was the biggest human tragedy in Europe since World War II. Actually, what occurred in Bosnia was not a war. Rather it was an ethnic cleansing designed to destroy a nation and its culture. The warfare in Bosnia became a "rape-fare." Raping incidents were so common other wars' rape percentage. This human tragedy occurred not in some place far from civilization, and it did not occur in some pre-historical era. Rather, this tragedy happened in the middle of Europe, the home of highly industrialized and civilized nations. These nations used to say that they brought civilization to colonized lands. Moreover, these nations were preparing to commemorate the anniversary of Doomsday in order to condemn what Hitler's Germany did to innocent Jews. These same nations did not want to see what was happening on their continent, although all of the broadcast media quite clearly showed the

³⁹ Malcolm, p. 225.

⁴⁰ *ibid*, p. 230.

⁴¹ Kohen, Lenard J. *Broken Bonds, Yugoslavia's Disintegration and Balkan Politics in Transition*, Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford 1995, p. 243.

atrocities occurring here.

Bosnia provided an opportunity for the great powers to show their post-Cold War policies and to prove their effects on world policies. UN condemnations, political games played on this issue, and the organizing of hopeless and useless peace meetings did not help the Bosnian Muslims.

There is no doubt that the genocide in Bosnia was directed by the Belgrade government. The ideology was not different from that of Nazi Germany. Ethnic cleansing was worked out and articulated by Serbian politicians, intellectuals, and professionals. The Serbian Academy of Science in Belgrade concluded that “every square meter of Yugoslavia inhabited by at least one Serb shall be part of the state of Serbia.”⁴² According to the leader of the Serbian Radical Party, the second biggest party in Serbia, all Muslims in Bosnia-Herzegovina had to be exterminated in forty-eight hours.⁴³ The Belgrade government released prisoners to rehabilitate them and sent them to Bosnia to fight against Muslims. There were some anti-war sentiments in Serbia. In June 1992, some 100,000 people paraded against the war.⁴⁴ But these demonstrations and the other anti-war actions did little to actually end the conflict..

Against the Serb assaults, the Muslims were defenseless. In September 1992, the Serbs had 300 tanks, 200 APC, 800 artillery pieces, and 40 aircraft in Bosnia. In June 1993, the Muslims had 40 tanks and 30 APC, which were captured from the Serbs.⁴⁵ The UN didn't protect the Muslims very well. It sent ground forces—UNPROFOR--into Bosnia to protect UNHCR aid convoys. UNPROFOR could help the millions of refugees who fled the country in the middle of the civil war.⁴⁶ Initially the UN was to establish safe havens in Sarajevo, Zepa, Srebrenica, Grozde, Tuzla and Biha, but the establishment of these zones did not prevent Serb attacks on these areas. When NATO air strikes began against Serb artillery positions, the Serbs took UN troops hostage, putting them in strategic places to prevent air strikes. This incident shows that the “blue helmets” could not even protect themselves.

EC and American policies encouraged the Serbs to perform their ugly actions. The EC and America did not intend to intervene in the Bosnian war. When the war's brutality was made manifest, Secretary of State Warren Christopher stated on May 26, 1993 that “Bosnia is a humanitarian crisis, a long way from home, in a middle of another continent. The United States was only

⁴² Dizdarevis, Zlatko *Sarajevo, A War Journal*, Fromm International, New York 1993, p. 5.

⁴³ Mojzes, p. 49.

⁴⁴ Fyson, p. 13.

⁴⁵ Malcolm, p. 243.

⁴⁶ Woodward, p. 200.

prepared to deploy American troops to deal with situations threatening its deepest national interests,” and Christopher defined Bosnia as “morass.”⁴⁷ The vice-president of Bosnia-Herzegovina--Eyup Ganic--in his address at the American Congress on June 23, 1994, pointed out American policies concerning Bosnia. According to Ganic, before the conflict the Bosnian government requested troops to settle on the Serbian border in order to prevent a future conflict with the UN, but this request was refused. When the Bosnian government pleaded for American help in Bosnia. One of Cyrus Vance’s advisors stated that “you have to have war first. There will be casualties, and then some kind of cease-fire, at least a temporary cease-fire, and then we will come.”⁴⁸

By early July 1993, 9000 people had been killed, and more than 50,000 people were wounded in Sarajevo during the fifteen-month siege of the city. During the same period of time, 133,000 people had been killed or were missing, including 16,000 children from across Bosnia.

By March 1993, some 2.28 million people, almost half of Bosnia’s prewar population, were refugees.⁴⁹ According to UN and city officials, Sarajevo was hit by an average of 329 shells per day during 1993.⁵⁰ As a result, some 200,000 Bosnians were killed, and 50,000 females—including children and the elderly--were raped, and more than 70 percent of Bosnian territory was occupied by the Serbs.

In his address to the American Congress on September 29 1993, Roy Gutman-- author and Newsday correspondent in Bonn, Germany--pointed out that the American government had very good data about Bosnia, but these data could be used just for the American government. They were not appropriate for consumption by the American people. Gutman barely mentioned the Bosnian tragedy in his speech. The Muslims starved and were beaten in the concentration camps until they died. In Gradiska, two sixty-two-year-old women were raped. In Banja Luka, an eighty- year-old woman was left stark-naked, and her husband’s body was burned by cigarettes. In central Bosnia, Croat soldiers played soccer with their victims’ decapitated heads. Two hundred civilians and

⁴⁷ Cohen, p. 248.

⁴⁸ “Statement of Eyup Ganic, Vice President of the Federation of Bosnia-Herzegovina.” Impact of a unilateral United States lifting of the arms embargo on the government of Bosnia-Herzegovina: hearing before the Committee on Armed Services, United States Senate, One Hundred Third Congress, second session, June 23, 1994. US Government Printing Office, Washington, 1994, p. 43.

⁴⁹ Cohen, p. 291.

⁵⁰ *ibid*, p. 290.

Dutch UN soldiers witnessed this incident. By the end of 1993, each Sarajevo resident lost an average of 30 pounds. People burned their furniture and shoes for heat in the winter. Their food was mostly animal feed.⁵¹

Chief of the Human Rights Investigation Committee to UN in Bosnia, Cherif Bassuoni, a professor at De Paul University in Chicago, witnessed tremendous incidents. According to this committee's testimony, at end of 1993 more than a half million people were housed in 800 prison camps.⁵² The Committee confirmed the existence of 151 mass graves and conducted the world's largest rape investigation. In 1993, there were 3,000 abortion incidents in Sarajevo hospitals.⁵³ The committee accumulated 65,000 documents, 300 tapes and over 3500 pages of reports.⁵⁴

The Serbs were not only killing and raping the Muslims, they were also destroying their culture and their heritage. In 1992, the Serbs destroyed famous buildings, including one of the symbols of former Yugoslavia--the Mostar bridge and Karadjoz mosque built in 1557 in Mostar. According to testimony by Andres Riedlmayer to the American Congress, the Ottoman Sultans and the local government had embellished Bosnia's towns and cities with splendid mosques and established pious endowments to build and support schools, libraries, and other institutions. The Orthodox, the Catholics, the Muslims, and the Jews peacefully lived in these towns and cities. But now the Serbs were destroying a nation's heritage in order to destroy the nation itself. Four hundred sixty-one years old, Gazi Husrev mosque in Sarajevo was hit 150 times by the Serbs.⁵⁵ Sarajevo's famous library, containing many manuscripts, was shelled for three days. The Serbian snipers targeted Sarajevo's Oriental Institute, home to the largest library of Islamic and Jewish manuscript texts and Ottoman documents concerning southeastern Europe. Two hundred thousand Ottoman documents were burned. One of these documents was a decree of Sultan Mehmet the Conqueror confirming the privileges and liberties of the Catholic Franciscan order in Bosnia.⁵⁶

THE PROCESS TO END THE WAR IN BOSNIA

⁵¹ The Crisis in Former Yugoslavia and the U.S Role: Hearing Before the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, One Hundred Third Congress, first session, US Printing Office, Washington 1993 pp. 37,39.

⁵² *ibid*, p.8.

⁵³ *ibid*, p.18.

⁵⁴ *ibid*, p.9.

⁵⁵ The Crisis in Former Yugoslavia and the U.S Role: Hearing Before the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, One Hundred Third Congress, first session, US Printing Office, Washington 1993, p.22.

⁵⁶ *ibid*, p. 22.

The EC and the United States agreed that there would not be a cease fire until the establishment of a political settlement. The UN was not willing to send troops until the emergence of the political settlement.⁵⁷ The first political settlement was the Vance-Owen plan. All participants--the Serbs, the Muslims, and the Croats--were invited to Geneva to discuss this plan. The Bosnian government refused to sit at the same table with the Serbs, who were considered war-crime perpetrators by the Muslims. In early January 1993, the Serbs and the Croats met in Geneva. According to this plan, there would be a decentralized state in Bosnia. This state would be established with three groups of recognized "constituent units." Bosnia would be administratively divided into ten provinces. Each of the provinces would have a mixture of different ethnic groups, but nine of them would be dominant from one majority group. Sarajevo was designated as "mixed" province, but it would be multiethnic, with the Muslims being in the majority.⁵⁸

The Vance-Owen plan was only accepted by the Croats. This plan was unjust according to the Muslims. The plan was far from the Muslim government's purpose of a centralized state. The Serbian Parliament in Bosnia rejected this plan. Already the Serbs had taken advantage in the war. The plan provided smaller opportunities than they had. In March 1993, the Izetbegovic government accepted the Vance-Owen plan as a basis for future negotiations.

Early on in his election campaign of 1992, Clinton asserted that Bosnia could expect more help if he was elected.⁵⁹ The Clinton government supported the Vance-Owen plan. When the peace process was interrupted, America threatened the Serbs with air strikes. The U.S. began air drops to supply food to the Bosnians. America did not take action after the actions of the Serbs, who concluded that America would not intervene in the war. Furthermore, the Croats united with the Serbs against the Muslims. Nineteen ninety three was the worst year for the Muslims in the war. Meanwhile, the peace process--unaccompanied by military force--gave the Serbs time to reach their ultimate goal. Many peace initiatives were started, and some cease-fires were signed, but none of them brought peace to Bosnia. International mediators asserted that signatures by Balkan leaders meant nothing: "They were barely worth the cost of the ink."⁶⁰

In May 2, 1993, another peace meeting was held in Athens. A revised Vance-Owen plan was developed. Russia pressured the Serbs to accept the plan. The Bosnian Serb Parliament discussed this peace plan. President Milosevic

⁵⁷ Woodward, p. 211.

⁵⁸ Cohen, p.253.

⁵⁹ *ibid*, p. 261.

⁶⁰ Mojzes, p. 58.

went to Bosnia to mediate the Bosnian Serb meeting about the Athens peace plan. This was Milosevic's first known visit to Bosnia after the war. Serbia and Montenegro were united again under the name of Yugoslavia. The new Yugoslavia had deadly economic and political problems. Milosevic needed peace to fix his country. After long negotiations, the Parliament refused the peace plan, with 151 not in favor, 2 in favor and 12 absentees. In the referendum on May 15, 96 of the Bosnian Serbs refused the plan.⁶¹

The last incidents proved that the Serbs would never accept a peace plan but that they would continue toward their ultimate goal using arms. The Bosnian government's struggle to abolish the arms embargo—which didn't allow the country to defend itself--and Turkey's support of Bosnia's desire to arm the Muslims, as well as international intervention, did not change the mind of the EC and the United States.

In July 1993, President Clinton warned the Serbs. If they did not terminate Sarajevo's siege, he was willing to participate in an Allied bombing mission against Serb artillery. NATO also shared this idea. Because the Serbs evacuated some artillery pieces from the top of the hills overlooking Sarajevo, the bombing mission was cancelled. At the end of 1993, NATO sent its troops to protect the UN staff in Bosnia. The French formed the majority of this detachment. and supported the idea of air strikes to protect NATO troops. They opposed, however, NATO intervention and termination of the arms embargo. England also opposed the termination of the arms embargo and NATO intervention. Former Prime Minister Margaret Thatcher defended the ending of the arms embargo and NATO intervention in Bosnia. According to England's notion, the termination of the arms embargo would increase Muslim casualties in Bosnia. The termination of the embargo would also liquidate Bosnia's Muslim population.⁶²

When the BBC correspondent for Yugoslavia and Central Europe, Misha Gleeney, explained the English view to the American Congress on September 29, 1993, he concluded that America had vital interests in the Balkans, and that "America is clearly concerned with the region around Turkey because of Turkey's central position... both bordering on Iran, the southern rim of the Soviet Union, the Middle-East, Iraq and so on, and also the southern Balkans."⁶³

Turkey was the biggest supporter of Bosnia. Early on, Turkey defended termination of the arms embargo and an immediate international intervention in the war. Turkey felt responsible in the Bosnian war. Bosnian Muslims do not have Turkish origins, but they were usually called Turks in Yugoslavia.

⁶¹ Cohen, pp. 264-266.

⁶² The Crisis in Former Yugoslavia and the US Role, p. 4

⁶³ *ibid*, p. 11.

Converting to Islam under Turkish rule and living together for a long time made these two nations very similar. Turkey has deep historical, religious, and cultural ties with Bosnian Muslims. When Bosnian Muslims were involved in a bad war, naturally they turned to Turkey. There are some millions of Balkan origin who emigrated to Turkey when their situations worsened in their home countries. This was also another reason for Turkey's support. A lot of Turkish citizens had their relatives in Bosnia, and they were anxious about their lives. Turkey felt responsible for the ethnic cleansing. For example, in the mid 1980s Turkey struggled against a Bulgarian state policy of assimilating more than two million Turks in Bulgaria. As a result, Bulgaria agreed to allow some 350,000 Turks to become refugees in Turkey. Turkey had problems and still has problems with Greece about Turkish minorities in Greece. Some hundreds of thousands Iraqi Kurds escaped from Saddam's cruelty and sought refuge in Turkey. The Azerbaijani issue was another Turkish responsibility, and Chechenia was Turkey's last important issue. Turkey was a refugee haven for neighboring states.

There were numerous meetings organized to condemn Serbs and to attract the attention of world opinion in Turkey. Millions of dollars were accumulated through private, state-organized, and religiously organized aid campaigns. Some Turks went to Bosnia to fight with them. The Turkish public became angry because there was no final solution for ending the war. People condemned the double standard of the West and compared the West's Bosnian policy with the Gulf War. Finally, at the end of 1994, Turkey supplied arms and humanitarian aid to the Bosnians. Turkey is ready to supply economic sources to restore post-war Bosnia.

By 1994, arguments about the termination of the arms embargo and an international intervention were increased. In his message to the American Congress on June 23, 1994, the Turkish Ambassador to Washington--Nüzhet Kandemir--reflected the Turkish view on these issues. According to his explanation, Turkey believed that the Bosnians have a right to defend themselves. Either the international community could give this right to the Bosnians, or the international community could directly protect the Bosnians. In case of any international intervention, UNPROF (in which Turkey had 1500 troops) should continue.⁶⁴ In his speech to the UN on September 27, 1994, concerning the termination of the arms embargo, the president of Bosnia-Herzegovina, Alija Izetbegovic stated:

War that was forced upon Bosnia and Herzegovina and its peoples and has now entered its 31st month, belongs to the bloodiest wars in the history of

⁶⁴ Impact of a Unilateral United States Lifting of the Arms Embargo, p. 27.

mankind. In its very beginning it was not a war, but an attack of a well-armed and equipped army, the former Yugoslav Army, against defenseless citizens.... The more brutal an attack, the more hesitant the world became. The free world neither defended, nor supported freedom. Our people, facing the threat of extermination and a clearly pronounced death sentence, decided to defend itself.... Every thing changed (in Yugoslavia),

the war began, the aggressor and the victims emerged, but the arms embargo has remained in place, as if nothing had happened in the meantime. Justice has turned into injustice, because the aggressor had weapons which had been stock-piled over 40 years time-while the victim was unarmed and its hands were kept tied.⁶⁵

On October 13,1993, President Clinton said that UN resolutions 781 and 786 banned unauthorized flights over Bosnia, but that they were violated by the Serbs. On April 12 1993, NATO began to enforce violations and declared a no-fly zone. Fifty American aircraft deployed for that mission. In the President's explanation, the number of airdrops to Bosnia reached 1900, and 1000 of them were to UN safe areas.⁶⁶

The bombing of Sarajevo's marketplace on February 4, 1994 was one of the war's turning points. Sixty-eight people were killed, and 200 people were wounded in this attack. The world watched on TV the brutality of Bosnian war. After this incident NATO told the Serbs that they must move their heavy guns and artillery to a position at least 20 kilometers from Sarajevo. Aircraft and 4,300 UNPROFOR soldiers patrolled this 20-kilometer area in order to prevent the introduction of more weapons.⁶⁷ Jeanne Kirkpatrick, professor of government at George Washington University and senior fellow of the American Enterprise Institute, wrote a letter to president Clinton in 1993 about Bosnia. She said that America and western democracies should help the Bosnians by hitting Serbian military targets with air strikes. She justified this position by referring to Article 51 of the UN. According to Kirkpatrick, the Bosnian army should be militarized and America should send 25,000 troops to Bosnia.⁶⁸ In her proposal the total number of NATO troops would be 50,000,

⁶⁵ Frequently Asked Questions...news/faq/archive/bosnia-news-faq. html. 02/13/1996.

⁶⁶ "The Statement of President of the United States of America, Willim J.Clinton" Enforcement of the no-fly zone in Bposnia-Herzegovina: communication from the President of the United States transmitting his fellow up report on the deployment of united States combat-equipped aircraft to support NATO's enforcement of the no-fly zone in Bosnia-Herzegovina. US Government Printing Office, Washington 1993, pp 1-2.

⁶⁷ Briefing on Bosnia and other current military operations: hearing before the Committee on Armed Services, United states, One Hundred Third congress, second session. The US Governmental printing, Washington 1994, p. 13.

⁶⁸ The Crisis in Former Yugoslavia and the US Role, p. 12

and their mission expense for one year was expected to be \$ 2 billion. The cost was \$ 1 billion for the American government.⁶⁹ In February 1994, Secretary of Defense William Perry established three criteria for a proposed plan for Bosnia. This plan should help a comprehensive peace, reduce civilian casualties, and allow NATO air power to support UN ground forces, UNPROFOR.⁷⁰

Bishop Anthony of the Greek Orthodox Archdiocese of North and South America also joined discussions of the arms embargo. He wrote a letter to president Clinton on April 20, 1994. Anthony felt that America should not be severe in its policies against the Serbs. The Balkans are unlike the Gulf. An attempt to become involved in the Bosnian war would create a second Vietnam for America. As a patriotic American, the Bishop did not want American sons to die in the Bosnian civil war. Furthermore, the Bishop asserted, America knows that the Russian people love the Serbians and that Yeltsin is America's favorite politician in Russia. Thus, America should not alienate the Russian people and should not jeopardize the Yeltsin government in Russia in order to help the Bosnian Muslims.⁷¹

Michael Djordjevich, president of Serbian Unity Congress of America, blamed the West for causing Yugoslavian dissolution. The CIA predicted Yugoslavian dissolution 18 months before it occurred, but did nothing to prevent it. According to Djordjevich, Germany and some certain Muslim states were responsible for the Yugoslavian dissolution. Destabilizing Yugoslavia meant destabilizing the Balkans. Djordjevich accused America of establishing a Croat-Muslim alliance with Germany. This alliance would make Serbia and Greece weak, and Germany would expand its influence from the Adriatic to the Middle-East. In addition, Germany would control Danube's international water-way.⁷²

In 1994 the Muslims gained the advantage in the war against the Serbs and Croats. The Croats realized that the Serbo-Croat alliance would not help the Croats to reach their goals. To gain support of the West and the Islamic states, especially Turkey and Saudi Arabia, the Croats signed a cease-fire with the Muslims on February 23, 1994. The Croat Republic evacuated its 5,000 troops from Bosnia.⁷³ In December 1994, with Croat help and arms from Turkey, Iran,

⁶⁹ *ibid*, p.46.

⁷⁰ Briefing on Bosnia and other current military operations, p. 16

⁷¹ US Policy Toward Bosnia and the Balkans: Hearing Before the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, One Hundred Third Congress, second session, US Government Printing Office, Washington 1994, pp. 55-56

⁷² *ibid*, pp. 5-6.

⁷³ Cohen, p. 304.

Saudi Arabia even Malaysia, the Muslims launched a major military offensive. They were successful and regained some Muslim populated areas.

In 1994, the UN arms embargo remained in former Yugoslavia. The UN Security Council passed Resolution 947 on September 30, 1994. According to this resolution, UNPROFOR was acting in an essential role in Bosnia, and the Security Council decided to extend UNPROFOR's mandate for an additional period, terminating on March 31, 1995.⁷⁴

Due to the Serbs' violations of the agreement concerning a cease-fire in UN safe areas, NATO began air strikes against Serb artillery positions on August 30, 1994. NATO gave information to Russia about the air strikes, which were not approved by this nation. On November 18 and 19, the Serbs launched air strikes against Bihac--where 1,200 UNPROFOR troops were deployed--and Cazvin from the Udbina airfield close to Karajina. The Serbs used chemical weapons and napalm in this attack. In response to the Serb attacks, NATO—using 39 aircraft--launched an attack against Udbina airfield on November 21, 1994.⁷⁵ Air strikes against the Serb army positions occasionally continued. With these strikes, NATO tried to secure the Serb attacks against UN safe areas.

On March 31, 1995, the UN Security Council separated UNPROFOR into three operations: the UN Confidence Restoration Operation in Croatia (UNCRO); the UN Preventive Deployment Force (UNPREDEP) in Macedonia; and UNPROFOR in Bosnia-Herzegovina. Approximately 500 American soldiers were deployed as part of UNPREDEP.⁷⁶

NATO air strikes and the Muslims' successful attacks against the Serbs made the Serbs willing to compromise. In November 1995, a peace initiative was started by America in Dayton, Ohio. The Republic of Bosnia-Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia participated in this peace meeting. The United States, Britain, France, Germany and Russia's representatives joined as the Contact Group Nations.⁷⁷ An initial peace accord was signed in Dayton, and peace meetings continued in Paris. In December 1995, America sent 2,500 troops in Bosnia to finish the war.

In sum, there are a lot of lessons from the Bosnian war. Considered in humanitarian terms, the war was a great tragedy. From a political perspective, it

⁷⁴ Frequently Asked Questions...news/faq/archive/bosnia-news-faq.html. 02/13/1996.

⁷⁵ Efforts to Achieve Peace and Security in Bosnia-Herzegovina: Communication from the President of the United States. US Government Printing Office, Washington 1995, pp. 1-2.

⁷⁶ Enforcement of the No-Fly Zone in Bosnia-Herzegovina: Communication from the President of the United States. U.S. Governmental Printing Office, Washington 1995, pp 1-2.

⁷⁷ <http://dosfan.lib.uic.edu/www/current/bosnia/bossumm.htm>

showed that the world's policies had changed and that post Cold-War political settlements were not yet finished. The Bosnian war demonstrated proved increased political differences between Europe and America, and showed the European's great powers' will to lead Europe and to have a play a more active role in world policies. The Bosnian war also showed an increase of German political power. For the first time since World War II, Germany sent its troops abroad, to Bosnia. The war alienated the Muslim States from the West because of its double standard. The West used to accuse some nations of violating human rights, but the West was not disturbed by the Bosnian tragedy. For the Bosnians, the West was responsible for innocent people's death.

The war brought regional states' historical and traditional policies in the Balkans. Nationalist movements and the regional and European powers' policies resembled pre-World War I political settlements in Europe. Russia has played her Tzarist role and Turkey has challenged Russia. The Serb-allied Russia opposed NATO's actions in Bosnia, but later she also participated in the NATO mission in Bosnia. The war in Bosnia proved that US leadership in world policies would continue and this war, at the same time, proved the UN's bankruptcy of leadership. The UN was no longer a reliable and powerful international organization. It was just a toy of the great powers, especially America. Finally, the war stopped with international intervention. This intervention did not become a new "Vietnam" for the Americans. Nor did it cause bigger conflicts and increase Muslim casualties; however, England and France defended these ideas. It was obvious that the stopping of the arms embargo and the use of NATO air strikes--or an international intervention--which were always defended by the Bosnian and the Turkish government--could stop this unjust war.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE MİLLİ EGEMENLİĞİN DEVRİ

Gürsel ÖZKAN*

“Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Olaylar ve tarihi tecrübelerimiz, milleti koyun sürüsü gibi gören idare tarzlarının ülkemizde uygulanamayacağını göstermiştir.”

ATATÜRK**

I. GİRİŞ

Türk Bağımsızlık Savaşı, milli egemenlik ilkesinden güç alınarak, her konuda hesap soran, kıyasıya eleştiren, milletin haklarına titizlikle sahip çıkan bir Meclis’le kazanılmıştır¹. Bu anlamda milli egemenlik, herhangi bir üstün güçten veya üstün güç alaşağı edilerek elde edilmemiş, savaş meydanlarında ve mücadele alanlarında, kan dökülerek elde edilmiştir.

Türk Bağımsızlık Savaşı ile milli egemenlik eş anlamlı olarak kabul edilmiş, Türkiye Cumhuriyetinin ruhu ve varlığı da aynı şekilde Türk milletinin milli egemenlik hakkı ile eş anlamda değerlendirilmiştir². Avrupa Birliği’ne tam üye olarak girebilmenin koşullarını oluşturmak adına bile olsa Türkiye Cumhuriyeti-

* Dr., Ankara İdare Mahkemesi Üyesi

** ARSAN Nimet-BORAK Sadi- KOCATÜRK Utkan, Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri, Cilt:II, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1959, s.58

¹ FEYZİOĞLU Turhan, Atatürk ve Milliyetçilik, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Atatürk ve Atatürkçülük Dizisi:1, İkinci Baskı, Ankara 1987, s.88

² AYDÜZ Salim, ‘TBMM ve Egemenlik Anlayışı’, Atatürkçü Düşünce Dergisi, Yıl:1, Kasım 2000, s.10

nin kuruluş felsefesi olan milli egemenliğin paylaşılması veya devredilmesi sanıldığı kadar kolay kabullenilmesi mümkün bir davranış olmayacaktır.

Ülkemizin önündeki en önemli gündem, egemenliğin millete ait olmasına ilişkin Anayasanın 6. maddesinde düzenlenen ‘egemenlik kayıtsız şartsız milletindir’ hükmü ile 90. maddesindeki ‘uluslararası andlaşmalara ilişkin’ düzenlemenin değiştirilmesinin gerekip gerekmeyeceğidir. Nitekim, 17 Ekim 2001 tarih ve 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3 Ekim 2001 gün ve 4709 sayılı ‘Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’ ile yapılan değişikliğin, TBMM’de görüşülmesi sırasında bu konuda değişik fikirler ileri sürülmüřtür³. Bu nedenle, ulusaşırı bir birlik olan ve hukuku da ulusaşırı niteliğe sahip bulunan Avrupa Birliği’ne üyeliğin gerçekleşmesi halinde, ne gibi anayasal düzenleme yapılması gerektiğinin belirlenmesi ve Avrupa Birliği hukuku ve milli egemenliğin devri/paylaşılması konusunun açıklığa kavuşturulması önem taşımaktadır.

Bu makalede, Avrupa Birliği hukukunun niteliği ve milli egemenlik yetkisinin devri incelenecek, Avrupa Birliği hukuk sistemi hakkında bilgi verilerek, Türkiye’nin özel durumu ve milli bütünlüğünün korunarak Birliğe üye olmasının gerekliliği, Avrupa Birliği’ne üye olduktan sonra milli egemenlik yetkisinin devri/paylaşılmasının uygun olacağı üzerinde durulacaktır.

II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE MİLLİ EGEMENLİK

Avrupa’daki milli devletler, varlıklarını koruma ve refahlarını en üst düzeyde tutma çabası güderken, bunun yanında egemenliklerinin bir kısmını veya tamamını Brüksel merkezli bir yapıya aşamalı olarak devretme projesini hayata geçirmektedirler.

Egemenliğin devredilmesi kolay kabul edilebilecek bir davranış olmamasına rağmen, Avrupalı devletlerin niçin böyle davrandıklarını anlayabilmek için tarihsel nedenlere ve oluşturulmak istenen birliğin amaçlarına bakmak gerekmektedir.

A. AVRUPA BİRLİĞİ’NİN AMACI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Avrupa’nın birleştirilmesine yönelik ‘federal’ ya da ‘konfederal’ planlar, ortaçağdan itibaren zaman zaman gündeme getirilmiştir. Avrupa Birliği düşünce-sinin tarihsel temelleri, Saint-Pierre ve Victor Hugo’nun Birleşik Avrupa Dev-

³ Bu tartışmalara örnek olması bakımından, Anayasanın 90. maddesinde değişikliğin zorunlu olduğuna ilişkin fikirler için bakınız. ÇANDAR Cengiz, ‘Hükümetin Son Demleri mi?’, Yenişafak 5 Ekim 2001 ve KARAKAŞ Eser, ‘Anayasa Değişiklikleri Komedi’si’, Finansal Forum, 9 Temmuz 2001; Anayasanın 90. maddesinde değişikliğin gerekli olmadığına ilişkin fikirler için, AYBAY Rona, AB Üyeliği ve Uluslararası Antlaşmalar, Cumhuriyet, 12 Ekim 2001

letleri kurulmasına ilişkin fikirlerine dayanır. Immanuel Kant'ın sonsuz barışın sağlanmasına yönelik projesini, ayrıca Montesquieu, Voltaire, Proudhon ve Saint Simon gibi bir çok düşünürün siyasal liberalizmi ve barışı esas alan bir entegrasyon ya da birliğe yönelik fikirlerini de bu anlamda değerlendirmek gerekmektedir⁴.

17. yüzyılda Emeric Cruce, gümrüklerin azaltılması suretiyle uluslararası ticaretin geliştirilmesini ve bir 'Avrupa Devletler Birliği' kurulmasını önermiş, 18. Yüzyılda J.J. Rousseau da, ulusaşırı nitelikli bir federal birlik yoluyla, devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün ve barışın sağlanmasının mümkün olacağını savunmuştur⁵. Avrupa'da ortaya çıkan evrensel görüşler, kalıcı bir barış ve istikrarın şekillendirileceği yeni bir Avrupa özlemini yansıtıyordu. Bunun gerçekleştirilmesi için hazırlanan planların çoğu, 19. yüzyıla kadar sadece düşünce ve tasarı olarak kalmış, düşünüldüğü ve önerildiği gibi gerçekleşme şansı elde edememişti. Ama yine de bunlar, daha sonraki birleşmelere en azından fikir düzeyinde öncülük etmiş olmaları bakımından, belli bir öneme sahip olmuştur.

19. yüzyılda gerçekleşen, ilk kez uluslararası bir otoritenin oluşumu anlamına gelen ve 38 küçük devletçikten oluşan Almanya'nın ekonomik entegrasyonunu amaçlayan Alman Gümrük Birliği ve İtalyan Birliği, Avrupa birleşmesi süreci içinde ayrıcalıklı bir yere sahiptir. Her ne kadar Alman Gümrük Birliği ve İtalyan Birliği, düzey ve biçim açısından Avrupa Birliği ile tam olarak benzeşmiyor gibi görünse de, özde ekonomik ve siyasal entegrasyon bakımından Avrupa Birliği'nin öncüleri arasında görülmektedir⁶. Yine, 16. ve 17. yüzyıllarda Avrupa'da algılanan Türk tehdidi, dışardan gelen ve Avrupa'yı sarsan tehlike olarak görülmüş⁷, bu tehdit algılaması Avrupa'da güç dengesi oluşmasına önemli bir katkı sağlamıştır. Özellikle 14. yüzyılda Avrupa'da varlığını duyuran Türklerle karşı, Avrupa Kıtasının bütünleştirilerek bir federasyon haline dönüştürülmesi önerisi getirilmiştir⁸.

⁴ CANBOLAT İbrahim S., Uluslarüstü Sistem Avrupa Birliği - Bir Dönüşümün Analizi, Geliştirilmiş 2. Baskı, Alfa Basım, Yayım Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul 1998, s. 69

⁵ GÖNLÜBOL Mehmet, Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Ankara 1975, s. 34

⁶ Daha geniş bilgi için bakınız. CANBOLAT, s.69-75

⁷ Nitekim, Avrupa uygarlığının Türklere ve Müslümanlara karşı yürütülen ortak mücadelenin sonucu olduğu, eski Alman Başbakanı Helmut Kohl tarafından ileri sürülmüştür. Bu konuda daha geniş bilgi için bakınız. MANİSALI Erol, İçyüzü ve Perde Arkasıyla Avrupa Çıkmazı Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri, Otopsi Yayınevi, 2. Basım, Ankara 2001, s.21; KARAKAŞ Mehmet, Türk Ulusçuluğunun İnşası, Vadi Yayınları, Ankara 2000, s.82-90; YURDUSEV Nuri, 'Türk Dış Politikası ve Avrupa Birliği', Liberal Düşünce, Güz 97, Sayı:8, s.90; CANBOLAT, s. 70

⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bakınız. YÜKSEL Ali Sait, 'Ortak Pazar İlişkilerimiz Ne Durumda, Nereye Gidiyor?', Eskişehir Sanayi Odası Yayınları, Eskişehir 1978

İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa, 'geleneksel güç dengesinin merkezi' olma özelliğini kaybetmiş, ABD ve Sovyetler Birliği, iki 'süper güç' olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıca Avrupa'nın büyük güçleri, Avrupa dışındaki siyasal ve ekonomik sömürgelerinin başkaldırısı ile karşılaşmışlardır. Diğer yandan, savaştan hemen sonra Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda komünist yöneticiler oluşturulmuş ve Avrupa, Sovyetler Birliği güdümündeki Doğu Bloku tehdidine karşı, öncelikle 'Batı Avrupa' olarak bir araya gelmek zorunluluğunu hissetmiştir.

1948 yılında Çekoslovakya'nın komünist işgale uğraması, aynı yıl Berlin'in kuşatılarak Batılı güçlerin dışlanmak istenmesi, aslında Adenauer ve diğer Batılılar için 'birleşme gerekçeleri'nin önemli bir nedenidir ⁹.

Avrupa'nın dünya politikasının şekillendirildiği merkez olma özelliğini kaybettikten sonra iki süper güç arasında 'üçüncü bir güç' olarak varlık gösterebilmesi, ancak ekonomik ve siyasal birleşme yoluyla sağlanabilirdi. Bunun içinde özellikle, uzun yıllar aralarında düşmanlıklar ve savaşlar nedeniyle ezeli bir rekabet bulunan Almanya ile Fransa'nın birbirlerine yakınlaşması gerekiyordu. Bu iki ülkenin, Avrupa'nın bütünleşme sürecinde eşit hak ve yükümlülüklerle yan yana bulunması, her şeyden önce bunların siyasal uzlaşma yoluyla Avrupa'da kalıcı barış yolunu açmaya hazır olduklarını gösterir. Özellikle de Almanya için bu, milli tarihinden kaynaklanan Nasyonal Sosyalist rejimin varlık göstermiş olması nedeniyle oluşan siyasal yıpranmışlığın onarılması anlamına geliyordu. Nitekim 1948 yılında oluşturulan Batı Avrupa Savunma Örgütü'nün¹⁰, Federal Almanya ve İtalya'yı içine alarak 1954'de Batı Avrupa Birliği adı altında genişletilmesi bu amaca yönelik olup, Avrupa Birliği'ne yönelik ciddi girişimler, İkinci Dünya savaşından sonra Fransa ve Almanya'nın öncülüğünde ortaya çıkmıştır. Almanya ve Fransa diğer küçük Avrupa ülkelerini de yanlarına alarak, önce 1951'de Avrupa Kömür ve Çelik Birliği'ni (AKÇB) daha sonra da 1957'de Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET) kurmuřlardır¹¹. İngiltere, Avrupa'daki birleşmenin denizaşırı ülkeleri de kapsayacak şekilde geniş kapsamlı olmasından yanaydı. Ancak, Altılar olarak anılan Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg sadece Avrupalılar arasında kurulacak ve sıkı ilişkilere dayanan bir birlik istiyorlardı. İngiltere'nin önerisi kabul edilmedi ve ikinci görüş benimsendi ¹².

AKÇB ve AET ile başlayan ekonomik bütünleşme süreci, 1968 yılında AET ülkeleri arasında sanayi ürünlerinde gümrük birliğinin tamamlanması ile devam

⁹ Konrad Adenauer'in ifadesiyle, 'Hristiyan ve hümanist dünya görüşü temelinde' komünist tehlikeye karşı Batı Avrupa'nın birleşmesi sağlanmalıdır. CANBOLAT, s.59

¹⁰ İngiltere, Fransa, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg tarafından kurulmuştur.

¹¹ GÖZEN Ramazan, 'Avrupa Birliği-Türkiye İlişkilerinde Gümrük Birliği: Bir Siyasi Ekonomi Analizi', Liberal Düşünce, Bahar 96, Sayı:2, s.83

¹² SEYİDOğLU Halil, Uluslararası İktisat, İstanbul 1988, s. 372

etmiş, bu arada Ortak Tarım Politikası çerçevesinde tarım ürünlerinin üretimi ve ticaretine ilişkin uyum anlaşmalarıyla desteklenmiştir. 1993 yılında tek pazar aşamasına geçilerek ekonomik bütünleşme süreci hemen hemen tamamlanmıştır.

Ekonomik bütünleşmeye yönelik adımlara paralel olarak, Avrupa ülkeleri siyasi bütünleşme sürecini de eşzamanlı olarak işletmişlerdir¹³. Asıl amacı dış politika ve savunma konularında ortak hareket prensipleri oluşturmak olan ve üye ülkelerin devlet ve hükümet başkanlarının bir araya gelmesinden oluşan Avrupa Siyasi İşbirliği süreci, 1970'lerde ve 1980'lerin ilk yarısına kadar daha çok gevşek işbirliğinden öteye gidememiş, ancak 1986 yılında imzalanan Avrupa Tek Senedi'ne konulan maddelerle siyasi birliğin hukuki dayanakları kısmen oluşturulmuş ve sonuçta 1992 yılında imzalanan Maastrich Anlaşması ile Avrupa Siyasi İşbirliği, ortak dış ve savunma politikaları için birlik mekanizmalarının kurulması aşamasına gelinmiştir.

Üye sayısı 1973'te 6'dan 9'a, 1986'da 12'ye ve en son olarak ta 15'e yükselen Avrupa bütünleşmesi süreci devamlı bir gelişme takip ederken buna uygun olarak isimler de değişmiştir. 1968'de gümrük birliğinin tamamlanmasıyla Avrupa Topluluğu (AT) adını alan süreç, aynı zamanda üç topluluğun kurumlarını da birleştirerek, 1993'te tek pazarın başlaması ile birlikte AT, Avrupa Birliği (AB) adını almış olup, önümüzdeki dönemde Avrupa Federe Devletleri ya da Avrupa Birleşik Devletleri adını alacak gibi görünmektedir.

Bütün bunlardan sonra denilebilir ki, Avrupa ülkeleri arasında ekonomik işbirliğinin ve bütünleşmenin geliştirilmesinin yanı sıra aynı zamanda bu yolla Avrupa ülkeleri arasında çıkabilecek muhtemel savaşların önlenmesini amaçlayan Avrupa Birliği, bu ve benzeri amaçları gerçekleştirmek üzere işleyen, ekonomik ve siyasi bir bütünleşme sürecinin adıdır.

B. MİLLİ EGEMENLİK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

1. Milli Egemenlik

Etimolojik açıdan ele alındığında 'egemenlik', üstün ya da üstünlük anlamında kullanılan Latince kökenli bir deyim olup, geleneksel anlamda bir toprak üzerinde toplu olarak yaşayan çok sayıda bir birine benzeyen insanların oluşturduğu siyasal bir topluluk içinde meşru bir otoritenin bulunması sorununu, çözümlenmek için şekillendirilmiştir¹⁴.

¹³ GÖZEN, s.84

¹⁴ ATAY Ender Ethem, 'İmparatorluktan Cumhuriyete Geçişte ve Günümüzde Türk Hukukunda Uluslar arası Hukuk-İç Hukuk İlişkisi', 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 22-23 Ekim 1998, s.24

Devlet ve egemenlik kavramları, tarihi gelişim içinde bir çok sosyal bilimci tarafından çeşitli fikir akımları doğrultusunda incelenmiştir. Ancak farklı biçimlerde tanımlanmaya¹⁵ çalışılmışsa da, günümüzde ‘devlet olmanın statik unsuru’ olarak kabul edilen egemenlik anlayışı, 16. yüzyılda Avrupa’da gelişmiştir¹⁶. Kilise, kral, feodal beyler arasındaki güç mücadelesi yapısal bir değişikliğe yol açmış, bu değişiklik, güçlü bir merkezi devletin bulunmadığı feodal rejimden, güçlü merkezi krallıklara geçilmesine, bugünkü anlamıyla ulus devletin doğumuna¹⁷ imkan sağlamıştır.

18. yüzyıl, Avrupa’nın Krala karşı özgürlük mücadelesini verdiği ve başarıyla sonuçlandığı bir çağ olmuştur¹⁸. İlk olarak tanımını yapan, sistemleştirip belirli bir teori haline getiren Bodin’in formüleştirdiği, bölünmez, tek, mutlak, sınırsız ve devredilmez bir iktidar olan egemenlik, krallar tarafından ülke içinde kendi iktidarlarına rakip olabilecek bir iktidar, ülke dışında da kendilerinden üstün bir kudret tanımadıklarını ifade eden bir hukuki kavram olmuştur¹⁹. Ancak bu tür bir egemenlik o dönemlerde dahi sınırsız değildir. Egemenliği kullanan kişi veya organ bütün insanlar için geçerli olan ilahi kaynaklı veya doğal yasalara olduğu gibi devletin kendi yasalarına da tabidir²⁰.

‘Egemenliğin kayıtsız şartsız millette olduğu’ felsefesini benimseyen Rousseau ile birlikte egemenliğin içeriği değişmeden sahip değiştirmiş ve kraldan millete geçmiştir²¹. 1789 Fransız İhtilali ile, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi kabul edilmiş ve ulusal egemenlik ve kuvvetler ayrılığı teorisine bu bildirinin maddeleri arasında yer verilmiş ve böylece ulusal egemenlik modern devletin ana karakterini oluşturmuştur.

Egemen devlet, egemenliğini başka bir otoriteden almayacağı gibi, devlet egemenliğini kullanırken, kendisinden daha üstün başka bir otoriteye de bağımlı değildir. Bu anlamda egemenlik; devletin, kendi yetkilerini ve kendi temel hukuk kurallarını serbest iradesiyle belirlemesidir²². Bu anlamda, devletin üstünde

¹⁵ Doktrinde egemenliğin birçok tanımı yapılmıştır. Bu tanımların hepsinde varolan ortak özellik, egemenlik kavramının, ‘eş düzeyde ya da daha üst düzeyde’ herhangi bir başka güç tanımadığıdır.

¹⁶ AKYILMAZ Bahtiyar, ‘Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi’, GÜHFD, Cilt:II, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 1998, (1999), s. 214

¹⁷ HAZIR Hayati, ‘Avrupa Topluluğu Hukuku ile Türk Hukuk Sisteminin Bütünleşmesinde Egemenliğin Devri Sorunu’, Halil Cin’e Armağan, Konya 1995, s. 10

¹⁸ ALDIKAÇTI Orhan, Milli Egemenlik Düşüncesinin Gelişimi Paneli, İzmir 12.5.1986, TBMM Kültür Sanat Komisyonu Yayın No:23, s.15

¹⁹ HAZIR, s.10; AKYILMAZ, s. 214

²⁰ ATAY, s.24

²¹ HAZIR, s. 11

²² TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayını, 5. Bası, İstanbul 1998, s.118

hiçbir otorite bulunmayacak, devletlerin uyması gereken herhangi bir kurallar bütünü de söz konusu olamayacaktır. Halbuki, toplumsal ve tarihsel gereklilikler, önce Avrupa'da 1648 Westphalia Andlaşmaları ile devletler arasında yerleşmeye başlayan bir ortak düzenin, uluslar arası hukuk düzeninin, doğmasını zorunlu kılmıştır²³.

Egemenlik kavramı iki unsuru içermektedir. Bunların ilki, 'olumsuz' hiçbir şeyle bağımlı olmama, diğeri ise 'olumlu' her şeyi zorlayabilmedir. Yine egemenlik, yetkinin en üst kullanım biçimidir²⁴. Bu anlamda egemenliğin iki unsuru²⁵ bulunmaktadır²⁶.

Dış egemenlik, devletin diğer devletlerle hiçbir biçimde bağımlılık ilişkisi olmaması, yani bağımsızlığa sahip bulunmasıdır. Devletin egemenliği, devletin kayıtsız ve şartsız bağımsızlığa²⁷ sahip olması, diğer devletlerle hukuken eşit durumda bulunması ve sahip olduğu üstün kudret ve kuvvete ülke dahilinde rakip olabilecek veya karşı gelebilecek bir başka kudret ve kuvvetin bulunmaması anlamına gelmektedir. Ancak devlet kudreti veya devlet iktidarı, mutlak bir kudret veya iktidar anlamını taşımamakta, özünde bir sınırlılığı da ifade etmektedir. Hukuk, devlet kudret ve iktidarını sınırlandırdığı gibi aynı zamanda egemenliği de sınırlamaktadır.

İç egemenlik ise devletin, ülke içi asli ve üstün güç ve yetkili olması²⁸ anlamına gelen devletin uyruğunda bulunan özel ve tüzel kişiler, ya da guruplar karşısında üstün yetkilerle donatılmış olmasıdır. Devletin hukuki şahsiyete sahip olmasının sonucunda, devlet egemenlik ve iktidarının belli bir kişiye ve gruba değil, devletin manevi ve hukuki şahsiyetine yani politik olarak örgütlenen millete ait olmasıdır. Bu nedenle, topluluk içerisinde yaşayan herhangi bir kişi veya grup devletin şahsiyetine bağlı olan egemenlik hakkı üzerinde şahsi bir hak iddiasında bulunamaz²⁹.

²³ PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 1990, s.20

²⁴ GÜNUĞUR Haluk, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, Üçüncü Baskı, Ankara 1996, s. 20

²⁵ GÜRAN, s.44

²⁶ ÖZMAN M. Aydoğan, 'Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller', AÜHF, Cilt:XXI, Sayı:1-4, 1964, s.59

²⁷ 'Devlet, devlet olma vasfını, her şeyden önce diğer devletlere karşı bağımsızlığı ile kazanır. Bu bağımsızlığın korunması, her devletin ezeli ve ebedi kaygı mihrakını teşkil eder.' ABADAN Yavuz, 'Devletler Umumi Hukuku ve Anayasalar', SBFD, C.XI, Yıl:1956, s.3, Zeki Mesut Alsan'a Armağan'dan ayrı baskı, Yeni Matbaa, Ankara 1956, s. 11

²⁸ BAŞGİL Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Cilt: I, İstanbul 1960, s. 178

²⁹ TEZİÇ Erdoğan, 'Türkiye'de Siyasi Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü', Anayasa Yargısı, Cilt:7, Ankara 1990, s. 43

Egemenlik kavramı 20. yüzyılda olduğu kadar hiç bir dönemde bu kadar önemli olmamıştı. Küreselleşme sürecine, yaygın uluslararası örgütlere ve Avrupa Birliği gibi ulus aşarı örgütlenmelere rağmen egemenlik, varlığını ve önemini sürdürmeye, gerek ulusal, gerekse uluslararası hukuk alanında en çapraşık, en tartışmalı ve en kaypak kavramlardan biri olmaya devam etmektedir³⁰.

Ulus devlet, devletin egemenliği ve milli egemenlik³¹ esasına dayanmakta, milletlerin karşılıklılık ilkesi uyarınca uluslararası ilişkilerde eřitliđini³² öngörmektedir. Geçmişte, tüm dünyayı kapsamına alan ve birbirleriyle etkileşim halindeki ulus devletlerin karşılıklı bağımlılığına dayanan bir sistem şeklinde örgütlenmeye, ulus devletler aşamasından önce rastlamak mümkün değildir. Bir devlet milli alanına giren ya da girmeyen herhangi bir konuda bir andlaşma aracılığıyla soruna uluslararası bir nitelik kazandırmış ve başka devletlere ya da uluslararası örgütlere bu konuda birtakım yetkiler tanınmışsa, iişlere karışmama ilkesi ancak öngörülen sınırların aşılması durumunda söz konusu olabilecektir.

Uluslararası toplumun, Birleşmiş Milletler aracılığı ile, ulus devletlerin iç işlerine özellikle ‘insani’ amaçlarla müdahale edebileceği kabul edilmektedir³³. İnsani müdahale konusunda uluslararası toplumun herhangi bir davet olmadan harekete gemekteki istekliliği, uluslar arası sistemin geleneksel temeli olan ‘iç işlerine karışmama’ ilkesinin değerini azaltmaktadır.

Geleneksel olarak kabul edilen mutlak egemenlik, yerini bir devletin dünya sistemine üyeliği onun kendi vatandaşlarına iyi davranmasına bağlı olması anlamına gelen ‘kayıtlı egemenliğe’ bırakmakta, ‘karşılıklı bağımlılık’, esas itibarıyla, uluslararası örgütlerin etkisinin artması, bölgesel örgütlenmelerin yaygınlaşması ve küresel ekonominin gelişmesinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise geleneksel egemenlik anlayışının ve hukuka bakışın büyük ölçüde değermesi anlamına gelmektedir. Ulus devletler artık sadece insan haklarıyla ilgili uluslararası belgelere imza attıkları için değil, bununla birlikte, uluslararası toplumda meşru ve saygın siyasi birlikler olarak muamele görebilmeleri için de ülkelerinde yaşayan insanların temel haklarına saygılı olmak zorundadırlar.

³⁰ ÇELİK Edip F., Milletlerarası Hukuk, Birinci Cilt, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969, s. 260

³¹ Ulusal egemenliğin üstünlüğu hakkında, TUNAYA şöyle demektedir : ‘Ulusal egemenlik tektir, bölünmez, bir devlet içinde eş kabul etmez, rakibi olamaz. Üstünlüğu de bu olaydan doğar. Son söz ve karar onundur.’ TUNAYA Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İÜHF Yayını, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 150

³² PAZARCI, s.24

³³ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı -Küreselleşme- Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s.56

Günümüzde egemenliğin devlet için değil 'halk' için olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır³⁴. Egemenliğin kaynağının halkta olması, iki önemli sonucu doğurmaktadır. Bunlar; uluslararası ilişkilerde milletlerin kendi geleceklerini ve yönetimini belirleme hakkı, milli düzeyde ise milli egemenlik hakkının tanınmasıdır. Milletlerin kendi geleceklerini belirleme hakkı, Birleşmiş Milletler Şartı'nın ½. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu hak bir millete kendi milli kimliğini kabul ettirme imkanı tanımaktadır. Böylece sömürgecilik yasaklanmıştır. Bir milletin egemenliğinin tamamının zorla elinden alınması ile dış ilişkilerine müdahale yoluyla yapılan egemenliğe kısmi de olsa getirilen sınırlamalar ve ihlaller artık mümkün olmayacaktır. Ancak uluslararası hukukun gelişmesi belli bir ölçüde egemenliğin tam ve eksiksiz olmasına zarar vermiştir. Karar alma ve tam hareket alanının sınırlandırılacağını gören devletlerin bu durumu kabulüyle, egemenliğe getirilen sınırlar oluşmuştur³⁵. Sınırlandırmanın içeriği, tartışmaya yol açmış ve uluslararası hukukun iki farklı şekilde anlaşılmasına sebep olmuştur. Bunlardan ilkinde uluslararası hukuk, global bir hukuk topluluğu içinde ve iç hukukun üstünde gibi algılanırken, ikincisinde ise bir ilişkiler hukuku gibi değerlendirilmiştir³⁶.

Devletler birbirleri ile sahip oldukları rejimleri tartışmanın ötesinde, karşılıklı ilişkiler kurup geliştirerek barış içerisinde uluslararası düzende yaşamak zorundadırlar. Bu amaçla devletler, ilişkilerini kolaylaştırmak ve farklılıklarını barışçı usullerle yönlendirmek amacı ile bazen iki taraflı bazen de çok taraflı hukuki kurallar oluşturmaktadırlar. Belirtilen bütün durumlarda devletlerin egemenlikleri artık zorunlu normlarla bağlı kaldıkları ölçüde tam değildir. Ama konumuz bakımından asıl önemli olan durum, uluslararası hukukta görülen federalizm sürecine ilişkindir. Bu türden bir uluslararası örgüte girmeyi kabul eden devlet, egemenliğin uygulanmasının bir kısmından bu örgütün ortak organları yararına vazgeçmektedir.

Uluslararası hayatta devletlerin egemenliği Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2/7 maddesi³⁷ ile bir temel metin tarafından benimsenip onaylanmıştır. Egemenliğe

³⁴ ARAL, s.37

³⁵ ARAL, s.34

³⁶ Ulusal hukuk ile uluslararası hukukun eşit, birbirinden ayrı ve bağımsızlığını savunan düalist görüş ve uluslararası hukukun üstünlüğünü savunan monist görüş hakkında daha geniş bilgi için bakınız. GÜNUĞUR, s.2 ve ATAY, s.25-27

³⁷ Bu maddeye göre, 'İşbu antlaşmanın hiç bir hükmü ne özü itibariyle bir devletin milli yetkisi içinde bulunan işlere Birleşmiş Milletlerin karışmasına izin verir ne de üyeleri, bu gibi işleri, işbu antlaşma gereğince bir çözüme tarzına bağlamaya zorlar; bununla beraber, VII. bölümde düzenlenen zorlayıcı tedbirlerinin uygulanmasına bu ilke hiç bir suretle hâlel getirmez'. ÇELİK Edip F., 'Milli Selahiyetin Hukuki Mahiyeti Hakkında İleri Sürülen Nazariyeler', AÜSBFD, Cilt:XI, Eylül 1956, Sayı:3, s. 119-149; MERAY Seha L., 'Dev-

getirilmiş olan bu sınırlama artık tek değildir. 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Toplulukları'nı kuran andlaşmaların da bu kapsamda belirtilmesi gerekmektedir.

Uygulanan uluslararası hukuka göre egemenlik, devletin, hukuki açıdan başka bir dış ya da üstün iktidara bağlı olmadan ve yalnızca uluslararası hukuk kuralları ya da kendi kabul ettiği anlaşmalarıyla sınırlanan, serbestçe karar verme yetkisi³⁸ olarak tanımlanabilir.

Bu durumda, devletin egemenlik yetkisini hiçbir başka otoriteye bağlı olmadan kullanması, onun hukuk kurallarının öngördüğü durumlar dışında hiçbir otoriteden buyruk almayacağı ya da izin istemeyeceğini belirtmektedir. Ancak devletlerin kendi kararlarını serbestçe almaları konusunda uluslararası hukukun açıklığa kavuşturduğu bir başka nokta da, devletlerin andlaşma yapma yoluyla yükümlülük altına girmelerinin egemenlik yetkisinin terki olarak deđerlendirilemeyeceđidir³⁹.

Belirtmek gerekir ki, her devletin egemen olmasının doğal sonucu, egemen devletlerin eşitliğidir. Bu olgu, uluslararası hukuk açısından ilke olarak bütün devletlerin aynı hukuki statüye sahip olduklarını belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle bütün devletler uluslararası hukukta aynı haklardan yararlanmakta ve aynı genel yükümlülükler altında bulunmaktadır. Ancak, uygulamada siyasi ve özellikle ekonomik nedenlerle eşitlikten sapmalar olduğu da bilinmektedir. Eşitliği bozan bu sapmalar, kimi zaman fiili eşitsizliğin hukuki düzeyde de sürdürülmesini sađlamaktadır⁴⁰.

Klasik egemenlik kavramına getirilen kısıtlamalar, Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın kurulmasıyla uluslararası hukukta belirgin hale gelmiştir⁴¹. Gerçekten, bu örgütün en önemli organı niteliğindeki 'Güvenlik Konseyi', örgütü bağlayan kararlarını oybirliği ile de, veto yetkisine sahip üyelerin oylarının da içinde bulunduğu 'oyçokluğu' ile de alabilmektedir.

Uluslararası örgütler bünyesinde alınan kararlar, örgüte üye ülkeleri doğrudan bağlamaz. Sonuçta bu kararlar yöneldiği üye devletler tarafından uygulamaya konulmak zorundadır. Burada önemli olan nokta, ilgili devletin kararı uygulamaya koymaması halinde 'uluslararası sorumluluğunun' söz konusu olmasıdır.

letler Hukukunda Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Tatbikatına Göre Milli Yetki Meselesi', AÜSBF Yayınları, Sayı: 27-9, Ankara 1952

³⁸ PAZARCI, s.21

³⁹ PAZARCI, s.23

⁴⁰ Örneğin, IMF (Uluslararası Para Fonu) ya da Dünya Bankası çerçevesinde üye devletlerin katılma payları oranı göz önünde tutularak oy hakkına sahip olmaları bu niteliktedir.

⁴¹ ARAL Berdal, 'Demokrasi ve Uluslararası Hukuk İlişkisi', Liberal Düşünce, Kış 98, Sayı:9, s.35

Milli düzeyde yetkili organların, uluslararası örgüt kararlarını iç hukuklarında yürürlüğe koymaları, milli yetkilerin uygulanmasına getirilen kısıtlamadır. Bununla birlikte, milli planda yetkili organ, uluslararası örgüt kararlarının iç hukukta uygulanması konusunda 'yetkili' durumundadır.

Bu arada milli egemenliğin yaşadığımız dönemin bir olgusu olan 'küreselleşme' nedeniyle etkilendiğinin belirtilmesi de gerekmektedir. Küreselleşme milli düzeyde birey ile devlet arasında bir tampon alan yaratmakta, devletin egemenlik alanı bir yandan küresel aktörler tarafından paylaşılırken, birey de egemen bir özne olarak devletin egemenlik anlayışını içerde sınırlamaktadır⁴². Bu süreç, bireyi; uluslararası örgütler, insan hakları kuruluşları ve uluslararası sözleşmelerle kendi devletine karşı koruma olanağı getirmektedir. Ancak belirtilmesi gerekir ki, küreselleşme devletlerin siyasal ve ekonomik egemenliğini etkileme gücüne sahip olmakla birlikte, devletlerin hukuki egemenliklerini ortadan kaldırmamakta⁴³, milli egemenlik uygun model olarak kalmaya devam etmektedir⁴⁴.

Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)'nun Kasım 2000 tarihinde yayımlanan 'Milli Egemenlik ve Avrupa Birliği' Raporunda⁴⁵ belirtildiği gibi, egemenlik kavramı klasik anlamını kaybetmiştir. Avrupa Birliği gibi uluslararası hukuk örneğinde olduğu gibi, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında 'uluslararası egemenlik' kavramı gelişerek, devletin egemenliğini ikinci plana itmiş, uluslararası hukukun bağlayıcılığı kabul edilerek egemenliğin paylaşımı gündeme gelmiştir.

Milli egemenliğin değişik bir ifade biçimi 'milliyetçilik'tir'. Bizim bildiğimiz anlamda milliyetçilik ile Avrupa'da algılanan milliyetçilik anlam, içerik ve uygulama bakımından birbirinden çok önemli farklılıklar göstermektedir⁴⁶. Avrupa'da, İkinci Dünya Savaşından sonra milliyetçilik entegrasyon ya da revizyonizm ideolojisi olarak işlevini kaybetmiştir⁴⁷. Bunun nedeni, milliyetçiliğin,

⁴² DAĞI İhsan D., 'Demokratikleşmenin Ön Şartı: Küreselleşme', Yeni Türkiye, Yıl:5, Sayı:29, Eylül-Ekim 1999, s. 270

⁴³ DUFFAR Jean, 'Küreselleşme, Evrensel Değerler ve Ulusal Egemenlik', Türkiye Barolar Birliği'nin 9-13 Ocak 2001 tarihinde yaptığı Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayında sunulan bildiri, Afşaroğlu Matbaası, Ankara 2001, s.545

⁴⁴ MILACIC Slobodan, 'Bütünleşme, Evrensel Değerler ve Milli Egemenlik', Türkiye Barolar Birliği'nin 9-13 Ocak 2001 tarihinde yaptığı Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayında sunulan bildiri, Afşaroğlu Matbaası, Ankara 2001, s.557

⁴⁵ ARNOLD Rainer, 'Milli Egemenlik ve Avrupa Birliği', Avrupa Birliği Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Raporu, Kasım 2000

⁴⁶ FEYZİOĞLU, s. 7-8

⁴⁷ CANBOLAT, s.62

Nasyonal Sosyalistlerin kötü ün yapmış olmalarından dolayı, gözden düşmüş olması, doğudan gelen komünizm tehdidinin, Batı Avrupa'nın birleşmesini teşvik etmesi, milliyetçiliğin ekonomik refaha katkısının olmaması ve siyasi özgürlüklerin milli birlik aracılığıyla tehlikeye düşmesidir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra milliyetçilik özellikle Almanya'da, aşılması gereken bir yük olarak görülüyordu. Milliyetçilik yerine, uluslararasılık öne çıkmıştır. Çünkü, iki blok arasında (ABD-SSCB) 'üçüncü bir güç' olarak 'Birleşik Avrupa Devletleri' nin ortaya çıkması, milliyetçilik ile sağlanamazdı. Hele, Musolini, Hitler gibi ırkçı bir anlayışı esas alarak yayılmacı amaçları gerçekleştirmek isteyen milliyetçilik, bu fikir ve planlara ters düşmektedir.

2. Avrupa Birliği Hukuk Sistemi / Ulusaşırı Hukuk

Avrupa Birliği'ni diğer uluslararası örgütlerden ayıran temel özellik, öteki uluslararası örgütlerin daha çok üye devletler arasında işbirliğini amaçlamasına karşılık, Avrupa Birliği'nin ekonomik ve giderek sosyal ve siyasi bütünleşmeye yönelik amaçlara sahip olmasıdır. Bu temel fark, Avrupa Birliği'nin ulusaşırı yetkilerle donatılmış olarak ortaya çıkmasında kendini göstermektedir. Bu nitelik, hukuka da yansımıştır.

Avrupa Birliği'nin sahip olduğu yetkiler, ulusal yetkilerin Birliğe devredilmesi sonucunda meydana gelmiştir. Birlik organlarının üye devlet anayasalarına bağlılığı düşünölemeyeceği gibi tam tersine üye ölkelerin Birlik hukukuna bağlı olması kaçınılmazdır. Bütünleşmeyi amaçlayan örgütlerin kurucu antlaşmalarını imzalayan devletler, kurulacak örgütün karar organları lehine, egemen yetkilerinin bir bölümünü devretmektedirler. Ancak, Avrupa Birliği'nin üye ölkelerin çıkarlarını bir biçimde gözetmelerini sağlamaktan ziyade, onların egemenliklerini ele geçirmek şeklinde tezahür etmekte⁴⁸ olduğu görölmektedir.

Avrupa Birliği, uluslararası ajanlar ve anlaşmalarla belirlenen ortak politikalar, büyük devletlerin bunları oluşturmak ve egemenliği bir merkezde toplayarak bunlara meşruluk tanımak konusunda anlaşmaları üzerine ortaya çıkmıştır. Avrupa Birliği hukuk düzeni ise, Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'un ileride oluşacak olan siyasi bütünleşmeye katkıda bulunacak ekonomik bütünleşmeyi gerçekleştirmek amacıyla kurdukları üç temel örgüte⁴⁹ ilişkin anlaşmalar, daha sonra yapılan antlaşmalarda öngörölen yetkili organlar tarafından kabul edilip yürürlüğe konulan kurallar bütünü ve Topluluğun yargı

⁴⁸ BURGİ Noelle-GOLUP Philip S., 'Küreselleşme Gerçekten Ulus Devletleri Gereksiz Hale Getirdi mi?', (Çev. Abdölkadir ATALIK) Türkiye Günlüğü, Sayı: 64, Kış 2001, s.48

⁴⁹ Bu örgütler; 23 Temmuz 1953 tarihinde yürürlüğe giren 18 Nisan 1951 tarihli Paris Anlaşması ile kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, 1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe giren 25 Mart 1957 tarihli Roma'da imzalanan iki anlaşma ile kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğudur.

organı olan önceki Adalet Divanı şimdi İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarından oluşmaktadır.

Birlik hukuk düzeni, sui generis (kendine özgü) bir hukuk sistemidir⁵⁰. Uluslararası düzeyde bugüne kadar örneği bulunmayan bu hukuk sistemi Birliğe üye ülkelerin iç hukuklarında sahip oldukları 'egemenlik yetkilerinin bir bölümünü Birliğe devretmeleri' sonucunda oluşmuştur. Uluslararası hukuk olarak nitelendirilebilecek olan bu hukuk düzeninin gerek uluslararası hukuk gerekse Birliğe üye ülkelerin ulusal hukuklarıyla yakın ilgisi bulunmaktadır.

Uluslararası hukuk, başta devletler olmak üzere uluslararası toplumu oluşturan uluslararası örgütler, belli insan toplulukları ve bazı durumlarda bireylerin birbiriyle olan ilişkilerini düzenleyen bir hukuk sistemi⁵¹ olarak, 'devletlerin egemen eşitliği'⁵² üzerine kurulmuştur.

Egemenlik uluslararası hukukta, devletler arası 'eşitlik', iç hukukta ise 'en yüksek otorite' anlamına gelmektedir. Halbuki Birlik hukuku, bu hukuk düzenine taraf olan devletlerin 'egemen yetkilerinin kısmen devri' olgusu üzerine kurulmuştur. Bu hukuksal çerçeve içinde, uluslararası hukukta kararlar, istisnai durumlar dışında 'oybirliği' ile alınırken, Avrupa Birliği hukukunda AET'yi kuran Roma Antlaşması'nın 148. maddesine göre, 'oyçokluğu' ile alınabilmektedir⁵³.

Bunun dışında Birlik hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki farklılıkları şu şekilde belirleyebiliriz⁵⁴;

Uluslararası hukukun sùjeleri genellikle devletler, kimi zaman da uluslararası örgütler iken, Birlik hukukunun sùjeleri ise üye devletler, Birliğin organları ve üye devlet uyruğunda bulunan özel ve tüzel kişilerdir.

Uluslararası hukukun kaynakları; antlaşmalar (yazılı kaynaklar), örf ve adet

⁵⁰ GÜRAN Sait, 'Egemenlik Ulusundur Üstünlük Anayasa'dadır', Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 25-26 Nisan 2000, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:42, s.49; GÜNUĞUR Haluk, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, Bilim Serisi-1, Üçüncü Baskı, Ankara 1996, s.1-2; DOĞAN İzzettin, Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu, İÜHF Yayını, 1979, s.190

⁵¹ PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 1992, s.2

⁵² YÜKSEL Metin, Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001, s. 64-65

⁵³ GÜNUĞUR, s.3

⁵⁴ GÜNUĞUR, s.2-4

kuralları, hukukun genel ilkeleri, mahkeme içtihatları ve doktrin iken, Birlik hukukunun kaynakları ise, Toplulukları kuran temel antlaşmalarla, bu antlaşmalar ışığında yapılan diğer anlaşmalar (birincil hukuk normları), Topluluk organlarının antlaşmalardan doğan yetkilerini kullanarak çıkarttıkları ‘tüzük, yönerge ve kararlar’ (ikincil hukuk normları) ve diğer yardımcı kaynaklardır.

Uluslararası hukukun temel kaynağı olan ‘anlaşmalar’, bu anlaşmalara taraf olan devletlerce onaylandıktan sonra yürürlüğe girerek akit tarafları bağladığı halde, Birlik hukukunun ikincil normlarından olan tüzükler, yetkili organlarca kabul edilip Topluluklar resmi gazetesinde yayımlanmalarıyla ya da bu resmi gazetede öngörülen tarihte yürürlüğe girmekte ve yöneldiği devletleri, başkaca herhangi bir iç hukuk onay yöntemine gerek göstermeden bağlamaktadır.

Uluslararası hukuk düzeni, ‘uluslararası işbirliği fikrinin’ bir sonucu iken, Birlik hukuk düzeni, bir ‘bütünleşme prosedürünü sağlamak’ amacına yöneliktir.

Avrupa Birliği’nin kurulması ve kendisine özgü bir hukuk düzeni oluşturmaması sonucunda; ulusal hukuklarla, Birlik hukuku ‘birlikte yaşamaya’ mecbur kalmıştır. Bu iki farklı hukuk düzeninin hangisinin, diğerine üstün geleceği ve çatışma halinde hangi hukukun uygulanacağı sorunu önemli bir ayrıntıyı oluşturmaktadır.

Birlik hukukunun önceliği/üstünlüğü kavramı ile, Birlik hukukunun uluslararası (supranasyonal) arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten her iki kavram, Birlik hukukunun üye devletler iç hukukunda doğrudan uygulanması olgusuyla birlikte, ‘entegrasyon hukukunun’ temel unsurlarını oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk olarak nitelendirilen Birlik hukukuna bu özelliğini kazandıran unsurlar; üye devletlerin Birlik hukukunu, kendi ulusal hukuklarına göre öncelikle uygulamaları, bu hukuk sisteminden kaynaklanan hukuk normlarının ulusal hukuklarda doğrudan uygulanmasını ve etkiler doğurmasını peşin olarak kabul etmeleridir. Bu açıdan bakıldığında, Birliğin uluslararası hukuk düzeni, bu hukuk sisteminin ulusal hukuklar karşısında önceliği ve doğrudan uygulanmasının bir ‘türevi’ olarak nitelendirilmekte, ‘öncelik ve doğrudan uygulanma’, ulus aşırı hukuk sistemini yaratan iki sihirli formül olarak açıklanmaktadır⁵⁵.

Avrupa bütünleşmesinin ileride federal ya da konfederal yapıda bir ‘siyasi birliğe’ ulaşmasında, Birlik hukukunun üstünlüğü ve doğrudan uygulanması kabul edilmiş⁵⁶, siyasi bütünleşme için gerekli olan ‘hukuki’ alt yapı bu yolla oluşturulmak istenmiştir. ‘Öncelik/üstünlük’; her iki hukuk sistemi arasında çatışma olması durumunda devreye girmekte ve Birlik hukuku lehine sonuçlar yaratmakta iken, doğrudan uygulanabilirlik olgusunun devreye girebilmesi için,

⁵⁵ GÜNUĞUR, s.72

⁵⁶ PAZARCI Hüseyin, Topluluk Hukukunun Üye Devletler Hukukları ile İlişkisi, Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu-Danıştay 1989, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s.89

böyle bir çatışma olmasına gerek bulunmamaktadır. Birlik hukukunun doğrudan uygulanan nitelikteki hükümleri; kurucu antlaşmaların yürürlüğe girmesiyle (birincil normlar bakımından), Topluluk yetkili organları tarafından hukuksal düzenlemelerin yapılmasıyla (ikincil normlar bakımından), ya da üçüncü ülkelerle yapılan anlaşmaların uygulanmaya konulmasıyla (sözleşmeler bakımından) birlikte, üye devletlerin ulusal hukukunun birer parçası olmakta ve hukuk düzenlerinde doğrudan etkiler doğurmaktadır.

Avrupa Birliğini kuran antlaşmaların hiçbir maddesinde, Birlik hukukunun önceliğe sahip olduğu yolunda açık bir hüküm yer almamakla birlikte, öncelik; üye devletlerde Birlik hukukunun kendisiyle çatışan ulusal hukuk kurallarının uygulanmasını durdurma anlamına gelmektedir.

Bütün bu açıklamalardan sonra denilebilir ki, uluslararası özellik nedeniyle Birlik hukuk düzeni; üye devletlerin Topluluklara devrettiği egemen yetkilerden kaynaklanarak, üye ülkelerin ulusal hukuklarıyla entegre bir hukuk sistemi olarak üye devletler tarafından belirlenecek ulusal normlarla bozulamayacak bir hukuk sistemidir.

Sınırsız süreli, kendine özgü kurumları olan, hukuksal kişiliğe ve uluslararası düzeyde temsil gücüne sahip bulunan bu Birliği kurarken, üye devletler; ulusal yetkilerini sınırlamışlar ve Birliğe çok önemli egemenlik yetkilerini devretmişlerdir. Üye devletlerin, belirli alanlarda da olsa, egemen yetkilerini devretmeleri sonucunda, bir hukuksal normlar üstünlüğü yaratılmıştır. Bu normlar, yalnızca üye devletleri değil, aynı zamanda onların uyruklarını da bağlamaktadır. Bunun sonucunda;

Topluluk hukuku sui generis / kendine özgü bir hukuktur.

Topluluk hukuku, üye devletlerin hukuk düzenlerinden kopuk değil, aksine bu hukuk düzenleriyle entegre olmuş bir hukuktur.

Bu nitelikteki bir hukuk düzenini yaratabilmek için üye devletler, ulusal egemenliklerini kısıtlamışlar ve sınırlı alanda da olsa egemenliklerini Birliğe devretmişlerdir.

Yaratılan bu hukuk düzeni, yalnızca, ortak iradeleriyle düzeni yaratan üye devletleri değil, aynı zamanda devletlerin uyruklarını da bağlamaktadır.

Birlik hukukunun üye devletler ulusal hukuklarından kısmen 'otonom' bir yapıya sahip olması, yukarıda da belirtildiği gibi, üye devletlerin Birlik lehine ulusal yetkilerinin bir bölümünü devretmeleri olgusunun doğal bir sonucudur.

Birliğin, kendisini oluşturan üye devletlerden ayrı bir hukuksal kişiliğe sahip olduğu, kurucu antlaşmalarda açıkça belirtilmektedir⁵⁷. Bununla birlikte, Birlik hukuku, üye devletler hukukundan tamamen kopmuş ya da soyutlanmış bir hukuk dzeneni de değildir. Nitekim, AET antlaşmasının 211. maddesinde; ‘üye devletlerin her birinde Birliğin, ulusal mevzuatlar tarafından tüzel kişilere tanınan en geniş hukuksal ehliyete sahip olduğu’, açıkça hükme bağlanmıştır. O halde Birlik hukuku ile üye devletler hukuku, ayrı iki hukuk dzeneni yaratsalar da, birbirleriyle hukuksal anlamda yakın ilişki, hatta uyum içinde bulunmaktadırlar.

Avrupa bütünleşmesini gerçekleştirme yolunda Birlik organları tarafından başvurulan kimi ortak davranışlar, yalnızca üye devletlerin belli konulardaki farklı uygulamalarının eşgüdümün sağlamakla kalmamakta, çoğunlukla ulusal politikaların yerine Birlik politikalarını ikame etmektedir. Bu tutum ‘hukuksal entegrasyonun’ gerçekleştirilmesi için zorunlu görölmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Birlik hukukunun ulusal hukukları belli konularda yetkili kılması halinde artık Birlik hukuku o konularda uygulanmamaktadır. Bu tür durumların tipik örneği AET Antlaşmasının 222. maddesinde yer almaktadır⁵⁸.

Uluslararası bir soruna çözüm bulmak amacıyla yapılan her antlaşma, o antlaşmaya taraf olan devletleri bağlar ve bu devletler tarafından zorunlu biçimde uygulanır. Bir uluslararası antlaşma, içeriği ne olursa olsun, sonuğa bir ‘uzlaşma belgesidir’. Uzlaşmaya varabilmek bakımından devletler, ulusal çıkarlarından ve egemenliklerinden, sınırlı boyutta da olsa taviz verirler. Verilen tavizler siyasi, ekonomik, fiziki ya da hukuki olabilir. Ancak verilen ödünler karşılığında devletler, başka ödünler alırlar. Bir anlamda uluslararası ilişkiler, karşılıklı çıkarlar ve ödünler dengesi üzerine kurulmuştur.

Bir uluslararası antlaşmanın temel hedefi bir örgüt kurmaksa, bu antlaşmaya taraf olan devletler, söz konusu örgütün amaçlarına ulaşmasına yardımcı olmak bakımından, bu örgüt lehine kimi egemenlik kısıtlamaları yapma yükümlölüğünü üstlenirler. Hele söz konusu olan hedef, ‘federal yapıda bir siyasi bütünleşmeye ulaşmak ise, bu bütünleşme hareketi içinde yer alan ölkelerin ‘milli egemenliklerine’ daha çok kısıtlama getirmeleri gerekmektedir. Çünkü Federal bir anayasaya ancak bu yolla ulaşılabilir.

⁵⁷ Nitekim, AET antlaşmasının 210, AAET antlaşmasının 184. maddesinde; ‘Topluluğun üye devletlerden ayrı bir tüzel kişilik olduğu’ belirtilmektedir. AKÇT antlaşması ise 6. maddesiyle şu hükmü getirmektedir: ‘Topluluk, uluslararası ilişkilerde işlevlerini yerine getirebilmek ve amaçlarına ulaşabilmek için gerekli olan hukuksal kişiliğe ve kapasiteye sahiptir’. Bu hükümler Toplulukların her birinin uluslararası düzeyde haklar kullanmak ve yükümlölükler üstlenmek amacıyla gerekli olan ‘tüzel kişiliğe’ sahip olduğunu belirlemektedir.

⁵⁸ Adı geçen maddeye göre; ‘İşbu Antlaşma üye devletlerdeki mülkiyet rejimine hiçbir şekilde dokunmaz’.

Bu arada uluslararasılık kavramı hakkında da bilgi vermek yararlı olacaktır.

Ulus aşırılık kavramı yakın bir geçmişe sahip olup, İkinci Dünya Savaşı'ndan, özellikle de 1950' den sonra kurulan Avrupa Topluluklarıyla gelişmiş, uluslararası ilişkilere de bu yolla girmiş bir yeniliktir. Avrupa Birliği'nde hukuk normlarını oybirliği yerine 'oyçokluğu' ile belirleyen organların varlığı, bu şekilde belirlenen normların üye devletler ulusal hukuklarında doğrudan etkiler doğurması, uluslararasılık kavramının ayırıcı nitelikleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu yeni hukuk kavramı, 'yetki devrini, hatta ulusal egemenliğin Birlik organlarına kısmen terk edilmesini' gerekli kılmaktadır. İster yetki devri şeklinde olsun, ister daha ileri giderek, ulusal egemenliğin bir bölümünün Birliğe terk edilmesi biçiminde olsun, her iki olguda da bir 'bağımlılık' söz konusudur.

Bu bağımlılık üç şekilde ortaya çıkmaktadır⁵⁹:

Bir üye devlet, özel ya da tüzel kişi gibi antlaşma hükümlerine uymak zorundadır.

Bir üye devlet, Topluluğun yetkili organlarının belirlediği normları aynen kabul etmek ve uygulamaya koymak zorundadır.

Bir üye devlet, kimi zaman karar alma yetkisini elinde tutmakla birlikte, bu yetkiyi ancak Birliğin kontrolü, hatta vesayeti altında kullanabilmektedir.

Avrupa Birliği'ni kuran antlaşmaların hiçbir yerinde Birliğin 'uluslararası bir örgüt' olduğu yolunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, antlaşmaların genel niteliği ve kimi hükümlerinin yapısı⁶⁰, Birliğin uluslararası bir kuruluş olduğunu tartışmaya yer bırakmayacak bir biçimde kesin olarak ortaya koymaktadır.

⁵⁹ GÜNUĞUR, s. 5-9

⁶⁰ AET Antlaşmasının ulus aşırı nitelikteki hükümleri; ekonomik politikanın kontrolüne ilişkin 6/1. maddesi, gümrük birliğine ilişkin 12-29. maddeleri, üye ülkeler arasındaki kotaları (miktar kısıtlamaları) kaldıran 30-37. maddeler, topluluğun dış politikasına ilişkin ticaret anlaşmalarına üye ülkelerin uyma zorunluluğunu düzenleyen 113. maddesi, Avrupa'nın ortak çıkarları doğrultusunda karar alınan Avrupa Parlamentosuna seçilecek üyelerin, kendi ülkelerinin çıkarlarını gözetemeyeceğine ilişkin 138. maddesi, üye ülkelerin para ve ekonomi konularında tek başına karar alamayacağına ilişkin 145. maddesi, İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisine ilişkin 169, 171 ve 177. maddeleri, Birlik hukuku ile ulusal hukukun çatışması halinde Birlik hukukunun üstünlüğüne ilişkin 189. maddesi, İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ulusal mahkeme kararları ile durdurulamayacağına ilişkin 192. maddesi, Birliğin üye devletlerden ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğuna ilişkin 211. maddesi, herhangi bir hukuki sorunun Birlik yargı süreci dışında çözülemeyeceğine ilişkin 219. maddesi ve Andlaşmanın üye ülkelerce feshedilemeyeceğine ilişkin 240. maddesidir.

Yine, uluslararası hukuk ilke olarak, devletleri hukuk sujeleri kabul ettiği için, bireyler bakımından insan hak ve özgürlüklerine ilişkin sözleşmeler, suçluların geri verilmesi anlaşmaları gibi istisnai durumlarda hak ve yükümlülükler getirmektedir. Buna karşılık Birlik hukuku, bireyler bakımından hak ve yükümlülükler doğurmaktadır.

C. AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNİN MİLLİ EGEMENLİKLERİNİ DEVİRLERİ

Avrupa Birliği'nin, ilk kez egemen devletlerin gönüllü olarak temel egemenlik haklarından vazgeçtikleri bir süreç olduğu daha önce belirtilmişti. Ortaçağ boyunca şekillenen ve ulus-devletlerin ayrıcalıkları olan dört temel egemenlik hakkı; para basma, vergi salma ve silahlı gücün tekelleri ile sınırlardan kimin alınacağının belirlenmesidir. Avrupa'nın birlik süreci şimdilik vergi salma dışında bu ayrıcalıkların sistematik bir biçimde ulus-devletlerin tekeline uluslararası yönetim olan Birliğe devredilmesi sonucunu doğurmuştur.

Ulus devletlerin tekellerinden vazgeçerek egemenlik haklarını uluslararası yapılaraya devretmeleri ve devredilenin paylaşımı sürecinin temelinde Avrupa Birliği'nin kurucu felsefesi yatmaktadır. Birey ve dayanışma üzerine inşa edilmiş siyasi bir oluşum olan Avrupa Birliği'nin kurulmasındaki amaç, devletlerin çıkar ve refahları değil, onların egemenlik haklarını paylaşarak güçlü ve etkili bir dayanışma ortamı inşa etmeleri ve bu ortam sayesinde bireylere refah, istikrar ve güvenlik sağlanmasıdır⁶¹.

Belirtildiği gibi, Avrupa Birliğini uluslararası düzeyde kurulan diğer örgütlerden ayıran en önemli özellik, Birliğin 'uluslararası yapısı' ve bunun gereği olarak, egemen yetkilerin üye devletler tarafından Birliğe kısmen devri olgusudur. Yetki devri olgusu, milli planda kullanılan, 'yasama, yürütme ve yargı' yetkilerinin bir bölümünün Birlik kurumlarına devri şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Egemen yetkilerin Birliğe kısmen devri olgusunu 'bütünleşme hukukunun' doğal bir sonucu saymak gerekmektedir. Egemen yetkilerin devri ile, bu devir olgusu sonucunda ulaşılmak istenen 'siyasi hedef' arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Buradaki siyasi hedef 'Avrupa'nın Siyasi Birliği'dir. Bu siyasi birliğin önündeki en önemli hukuki engel ise, 'milli egemenlik kavramı' olmuř⁶², ancak büyük ölçüde bu sorun da çözülmüş gibi görünmektedir.

⁶¹ Fransız Jean MONNET, 'Biz bir devletler koalisyonu kurmuyoruz, insanları birleştirmiyoruz' şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. BOZKURT Ömer, Maastricht Anlaşması ve Avrupa Birliği'nin Geleceği, Merkez Bankası Avrupa Birliği El Kitabı, Merkez Bankası Yayını, Ankara 1995, s.97

⁶² Kimi üye devletler (özellikle İngiltere) bu kavramdan en az düzeyde ödün vermek istemekte, buna karşılık kimi üye devletler (Fransa ve Benelüks ülkeleri) bu konuda olabildiğince liberal bir tutum izlemektedirler. Bu siyasi tablo, Avrupa'nın siyasi ve ekonomik

Avrupa Birliği'ne üye 15 ülke anayasalarının çoğunda, 'egemenlik yetkilerinin devredilmesi'ne dayanak oluşturan düzenlemeler bulunmaktadır. Egemenlik yetkilerinin devredilmesine ilişkin bu düzenlemeler; Alman Anayasasının 23. ve 24. maddelerinde olduğu gibi 'egemenlik haklarının devredilmesine', 1946 Fransız Anayasasının Giriş kısmında veya İtalyan Anayasasının 11. maddesinde olduğu gibi 'egemenliğin sınırlandırılmasına', İspanya, Avusturya veya Danimarka Anayasalarında olduğu gibi, 'iktidarın devredilmesine' imkan tanıyan niteliktedir. Bu düzenlemelerin kaleme alınışında bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Bazı anayasalar sadece 'tespit edilmiş' veya 'münferit' yetkilerin devredilmesine izin verirken (Avusturya, Danimarka), bir kısmı devredilen yetkilerin 'icrası' ile ilgili olarak (İspanya, Yunanistan, Portekiz gibi) ulusaşırı kurumların yapabileceklerini sınırlamaktadır. Kimi anayasalar da, (Almanya ve İsveç) temel hakların ve federasyon halinde birleşme sisteminin korunması şeklinde yetki devrine özel sınırlar getirmektedir. Finlandiya'da anayasa değişikliğine gerek olmaksızın uluslararası anlaşma yapılmak suretiyle egemenliğin devri sağlanmış, İngiltere'de ise, 'parlamentonun egemenlik ilkesi' ne uygun olarak, Avrupa Birliği hukukuna uygunluğun yasama araçları ile sağlanmasına imkan sağlayan bir mekanizma kabul edilerek 'egemenliğin devri' sorunu aşılmıştır⁶³.

Bu arada belirtmek gerekir ki, Birlik, son hedef olarak belirlediği, federal yapıdaki 'Avrupa Birleşik Devletlerine' dönüşse bile, üye devletlerin milli hukukları varlığını sürdürecektir. Örneğin, evlenme yaşı, boşanma nedenleri gibi medeni hukuk kuralları bir üye devletten, diğerine farklılık gösterebilecektir. Aynı şekilde, borçlar hukuku, miras hukuku ve ceza hukuku kuralları da Birlik tarafından belirlenmeyecektir. Örneğin, bir üye ülkede suç olan bir fiil, bir başka üye devlette suç olmayabilir. Buna karşılık, gümrük hukuku, kambiyo hukuku, anti tröst hukuku gibi alanlarda artık üye devletlerin yetkili organlarının norm belirleme yetkisi söz konusu olmayacaktır.

Birlik düzeyinde yetkili organlar tarafından kullanılan hukuk kuralı yaratma yetkisi, bir üye devlet için egemenliğin tamamen devredilmesi anlamına da gelmemektedir. Burada daha çok, 'egemenliğin kullanım alanının bölüşülmesinden' söz etmek mümkündür. Üye devletler, Birliğe devredilen yetkilere saygılı olmak koşuluyla, milli düzenlemeler yapmakta serbesttir. Bir başka ifadeyle 'yetki devri sınırsız değildir' ve antlaşmalarla bu olgu belirlenmiştir. Birlik kurumları ise, antlaşmalar tarafından kendilerine bırakılan yetkilerin sınırları içinde hareket etmek durumundadırlar.

birliği yolunda çok önemli kararların alındığı, Aralık 1991 Maastricht Zirvesinde açıkça ortaya çıkmıştır.

⁶³ ARNOLD Rainer, 'Milli Egemenlik ve Avrupa Birliği', Avrupa Birliği Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Raporu, Kasım 2000

Üye devletler, Birlik kurumlarına, Birliğin bütününü ilgilendiren konularda karar alma yetkisini vermişler, bu şekilde, daha önce özgür biçimde kullandıkları egemen haklarına kısıtlamalar getirilmesini kabul etmişlerdir. Birlik organlarına verilen yetkiler, bir daha hiçbir şekilde geriye alınması söz konusu olmayan yetkililerdir⁶⁴.

Üye devletlerin anayasalarında yapılan egemenlik devrini öngören hükümlere gelince; Fransa, İtalya, Almanya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, İngiltere, İrlanda, Danimarka, Yunanistan, İspanya, Portekiz, Finlandiya, Avusturya ve İsveç'den oluşan üye ülkelerin tümünde egemenliğin devrine ilişkin anayasal değişiklikler yapılmıştır. Özellikle Fransa, ve Almanya'da konuya ilişkin düzenlemelere bakmak, Türkiye bakımından yararlı olacaktır⁶⁵. Ancak hemen belirtelim ki, istisnasız bütün üye ülkelerde, Avrupa Birliği hukukunun doğrudan uygulanması ve önceliği/üstünlüğü kabul edilmiş bulunmaktadır.

1. Fransa⁶⁶ :

Anayasasında, Fransız hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkileri düzenleyen iki madde bulunmaktadır. Maddelerin ilki, uluslararası anlaşmaların anayasallığı, ikincisi de uluslararası hukukun Fransız iç hukukuna önceliğini öngörmektedir.

54. Madde kısmen bile olsa, yasama, yürütme ve yargı organlarının sahip olduğu egemen yetkilerin devrinden söz etmemektedir. Buna karşılık ilgili madde, dolaylı biçimde 'uluslar arası hukukun anayasaya önceliği'ni öngörmektedir. Bu durumda, bir anlaşmanın anayasaya aykırı hükümler içerdiği Anayasa Konseyi tarafından saptanırsa, 'anlaşma değil anayasa revize edilecek'tir.

⁶⁴ Bu ve benzeri konulardaki Adalet Divanı Kararları için bakınız. GÜNUĞUR, s.25-29; "bu nedenle Topluluğa devredilen yetkilerden geriye dönülmesi ve bu yetkilerin yeniden üye devletler tarafından kullanılması, ancak Topluluğu kuran antlaşmada bu konuda açık bir hüküm olması halinde söz konusudur. Antlaşmada bu yolda bir hüküm bulunmadığına göre, yetki devrinden geriye dönüş olanaksızdır" "Topluluk lehine yetki devri kesindir ve bir bütündür. Topluluk Konseyinin bir konuda karar almaması, bu konuda bir üye devlete, tek taraflı olarak karar alma yetkisi vermez,. Topluluğun yetki alanı içinde kalan konularda üye devletler, bundan böyle ortak çıkarların ulusal düzeyde yürütülmesi ve denetlenmesiyle yükümlüdür. Bu bakımdan bir üye devlet, belli bir konuda Konseyin uygun bir girişimi olmamışsa, ivedi durumlarda ulusal düzeyde gerekli önlemleri ancak Komisyonla işbirliği halinde alabilir. Bir üye devlet, Komisyon tarafından belirlenecek koşullara ve ilkelere ters düşen tek taraflı ulusal korunma önlemlerine başvuramaz." "Topluluğun temelini oluşturan yapısal ilkelere, üye devletlerin uymaları zorunludur. Topluluk yetki alanı içinde kalan konularda bir karar boşluğu olması halinde bile, üye ülkelerin ulusal yetkilerini kullanmamaları gerekir"

⁶⁵ Birliğe üye Finlandiya, Avusturya ve İsveç'in dışındaki tüm ülkelerin (15 ülkenin) anayasalarında yapılan değişiklikler ve yargı organı kararları için bakınız. GÜNUĞUR, s.81-120

⁶⁶ GÜNUĞUR, s.81-89

55. Maddeye göre ise, ‘usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulan antlaşmalar, karşılıklılık koşuluyla, yayımlanmalarından başlayarak, milli yasalardan önce uygulanır’. Madde, herhangi bir yoruma yer bırakmayacak kadar açık biçimde, uluslararası anlaşmalara, Fransız milli hukukunda ‘yasaların önünde’ yer vermiştir. Ancak bu öncelik ‘karşılıklılık koşuluna’ bağlanmıştır. Bir başka deyişle Fransa ile uluslararası bir anlaşma yapan devletin kendi iç hukuku, anlaşmalara milli hukuk kurallarının önünde yer veriyorsa, bu devlete karşı Fransız milli hukuku da hiyerarşik bakımdan uluslararası anlaşmaların altında olacaktır⁶⁷.

Her ne kadar Fransa Anayasası’nda uluslararası hukukun, Fransız iç hukukuna önceliği ile ilgili hükümleri bulunmaktaysa da, bu öncelik, milli egemenlik yetkilerinin kullanımının devri anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, egemen yetkilerin devri olgusunu gündeme getiren Maastricht Antlaşması’nın Fransa

⁶⁷ Fransa Cumhurbaşkanı François Mitterand tarafından, Anayasanın 54. maddesi çerçevesinde, Anayasa Konseyine başvurulmuş, henüz yürürlüğe girmeyen ve Maastricht’de imzalanan ‘Avrupa Birliği Antlaşması’nda’ öngörülen kimi hükümlerin, Fransa Anayasası’nın ‘milli egemenliğin kullanımı ile ilgili maddeleri’ ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda hukuki görüş istenmiştir. Anayasa Konseyi, konuyu ayrıntılı biçimde inceledikten sonra, görüşünü 9.4.1992 tarihinde vermiştir. Anayasa Konseyi; Fransa Anayasası’nın dibacesininin 15. paragrafına göre, egemenlik kısıtlamaları ile egemen yetkilerin devri kavramlarını titiz biçimde birbirinden ayırdığını, anayasanın egemenlik kısıtlamalarını ‘karşılıklılık koşulu ile’ (reciprocite) kabul ettiğini, buna karşılık egemen yetkilerin devri konusunda o denli açık olmadığını vurgulamıştır. ‘Egemen yetkilerin devri, ulusal düzeyde bu yetkilerin kullanımına zarar vermemelidir. Oysa, Avrupa Birliği Antlaşması’nın kimi hükümlerinin, Fransa’nın kullandığı milli egemenlik yetkilerine zarar verebilecektir. Bu nedenle, Anayasa Konseyi, Maastricht Antlaşması’nın, ancak anayasa revizyonu sonrasında onaylanabileceği görüşüne varmıştır. Maastricht Antlaşması’nın, Fransa Anayasası ile bağdaşmayan hükümleri Anayasa Konseyi’ne göre şunlardır: 1. Topluluk vatandaşlarının oy hakkı; Maastricht Antlaşması ‘Avrupa vatandaşlarına’, oturduğu ülke uyrukluluğunda olsun olmasın oy hakkı vermektedir. Oysa, Fransa’da parlamento seçimlerinde yalnızca ‘Fransız uyruklular’ oy kullanmaktadır. Bu nedenle, Maastricht Antlaşması’nın Fransa tarafından onaylanması, ancak anayasada bulunan bu hükmün değişmesi, bir başka deyişle, ‘anayasa revizyonu’ sonrasında olabilir. 2. Ekonomik ve parasal birliğin gerçekleştirilmesi; Anayasa Konseyi’ne göre; ekonomik ve parasal birliğin gerçekleştirilmesi ve bunun doğal sonucu olan, tek para (ECU) nün yürürlüğe konulması, Avrupa Merkez Bankası’nın sahip olacağı yetkiler ve kambiyo kuru politikaları, Fransa tarafından bugüne değin kullanılan ‘milli egemenlik yetkileri’ne ters düşen hükümlerdir. Dolayısıyla, bu konularda anayasa değişiklikleri olmadan Maastricht Antlaşmasının onaylanması söz konusu olamaz. 3. Vize politikaları; Maastricht Antlaşması’na göre vize politikaları 1996 yılına kadar ‘oybirliği’ ile, daha sonra ‘oyçokluğu’ ile belirlenecektir. Anayasa Konseyi’ne göre, oyçokluğu uygulamasının başlamasıyla birlikte, milli egemenliğin kullanımı da kısıtlanmış olacaktır. Dolayısıyla, bu konuda da ‘anayasa revizyonu’ zorunlu görülmektedir. Anayasa Konseyi, bu gerekçeden hareketle, Birlik Antlaşması’nın ancak ‘anayasa revizyonu’ yapıldıktan sonra onaylanması gerektiğine karar vermiştir. GÜNÜĞÜR, s. 84-85

tarafından onaylanması, anayasa revizyonunu zorunlu kılmıştır. Bu zorunluluk karşısında, Fransa Anayasası'na, Parlamento tarafından 25.6.1992 tarih ve 92 / 554 sayılı yasa ile, yeni bir başlık eklenmiştir (XIV. Başlık). Başlık 'Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği' adını taşımaktadır. Bu başlık altında yer alan anayasanın 88/1. maddesinde; 'Cumhuriyetin (5. Fransa Cumhuriyeti) Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği'ne üye devletlerle birlikte, kimi yetkilerini ortaklaşa kullanacağı', hükme bağlanmıştır.

Yeni 88/2. madde ise, karşılıklılık koşulu ile şu hükmü getirmektedir: 'Fransa, 7.2.1992 tarihinde imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması'nda öngörülen koşullarla, Avrupa ekonomik ve parasal birliğinin kurulması ve Birliğin dış sınırlarından girişle ilgili kuralların belirlenmesi için gerekli olan yetki devrine rıza gösterir'. Öte yandan, Avrupa vatandaşlığı kavramına işlerlik kazandırılması amacıyla, 88/3. maddeyle anayasaya yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile Avrupa vatandaşları, Maastrich Anlaşması uyarınca, Birlik üyesi ülkelerden hangisinde ikamet ediyor olurlarsa olsunlar, ikametgahlarının bulunduğu ülkede, yerel seçimler ve Avrupa Parlamentosu seçimleriyle sınırlı olmak üzere, Fransa'da seçme ve seçilme haklarına sahip olabileceklerdir.

2. Almanya⁶⁸:

Almanya'da da Birlik hukuku-iç hukuk arasındaki ilişkiler, önemli tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmaların özünü 'düalist görüş' ile, yasaların anayasaya uygunluğunun son derece katı biçimde uygulanan yargısal kontrol alanında yaşananlar oluşturmuştur. Bu tartışma ve güçlükler karşılık, 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası, egemenlik yetkilerinin devrine ve uluslararası hukukun önceliğine ilişkin iki önemli hükmü içermektedir. Bunlar; egemenliğin devrine ilişkin 24. madde ve önceliğe ilişkin 25. maddedir.

24. Madde; 'Federasyon, yasa yoluyla uluslararası kuruluşlara egemenlik hakları devredebilir'. Madde, herhangi bir yoruma yol açmayacak kadar açık biçimde 'egemen hakların' devrini öngörmektedir.

25 Madde; 'Uluslararası hukukun genel kuralları federal hukukun ayrılmaz parçasıdır. Bu kurallar yasaların önünde yer alır ve milli topraklar üzerinde yaşayanlar bakımından doğrudan hak ve yükümlülükler doğurur'. Bu madde yalnızca uluslararası hukukun önceliğine yer vermekle kalmamakta, aynı zamanda 'önceliğin hukuki etkisini' de öngörmektedir. Öncelik, Alman toprakları üzerinde yaşayanlar bakımından hak ve yükümlülükler doğuracaktır. Bu maddeyle ilgili olarak bir noktayı göz önünde bulundurmakta yarar vardır. Alman Anayasası uluslararası hukuktan doğacak hak ve yükümlülüklerin yalnızca Alman vatandaşlarını bağlamayacağını, 'milli topraklar üzerinde yaşayan herkes' bakımından bu kuralın geçerli olacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla, Almanya

⁶⁸ GÜNUĞUR, s. 90-95

Anayasası'nın ilgili hükmü çerçevesinde, ülke topraklarında yaşamlarını sürdüren Türkler de dahil olmak üzere tüm yabancıların, uluslararası hukuktan kaynaklanan tüm haklara, Alman uyruğunda bulunan kişiler gibi, sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

Uluslararası hukukun, Alman hukukuna önceliği konusunda çıkacak hukuki tartışmaların çözümü için anayasanın 100. maddesinin, 2. paragrafında önemli bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre; 'milli mahkeme önünde görülen bir davada, herhangi bir uluslararası hukuk kuralının, federal anayasanın ayrılmaz parçası olduğu, ya da bu kuralın kişiler bakımından hemen hak ve yükümlülükler doğurduğu yolunda kuşkular belirirse, ilgili milli mahkeme konuyu Federal Anayasa Mahkemesi'ne götürmek zorundadır'. Bu şekilde Alman hukuku, üst yargı organı olarak Anayasa Mahkemesi'ni ilgili sorunun çözümünde yetkili kılmıştır.

III. TÜRKİYE VE AVRUPA BİRLİĞİ'NE MİLLİ EGEMENLİĞİN DEVRİ

A. TÜRKİYE'NİN ÖZEL ÖNEMİ

Osmanlı Devletinin tarihi ve jeopolitik zemininde doğmuş bulunan ve o mirası devralan Türkiye; gerek bölge içi, gerekse bölge dışı ülkelerden çok farklı ve kendine has özelliklere sahiptir. Bu da, Türkiye'nin uluslararası yapının hakim sistemik unsurları ile tarih boyu sürdürdü geldiği ilişkilerin farklılığından kaynaklanmaktadır. Türkiye ne bu sistemik unsurları ortaya çıkaran tarihi sürecin bir parçasıdır, ne de bu sürecin sömürgeleştirdiği ülkeler gurubuna dahildir⁶⁹. Nitekim, milli egemenliğin ve millet gücünün bir sonucu olarak doğan yeni Türk Devletinin kurulmasında ve 1921 Anayasasına gelene kadar geçen süreçte verilen Türk Bağımsızlık Savaşı, 20. yüzyılda bağımsızlık mücadelesi veren hiçbir ülkede görülmemiştir⁷⁰.

Türkiye, konjoktürel nedenlerden dolayı ortaya çıkmış her hangi bir milli devlet de değildir. Aksine, uluslararası sistemi oluşturan hakim medeniyet ile yüzyıllar boyunca süregelen çok yoğun bir hesaplaşma sürecinin oluşturduğu bir tarihi mirasın eseridir. Bu tarihi mirasın kaynağı olan Osmanlı Devleti'nin, Avrupa karşısında doğrudan hakimiyet kurmuş yegane medeniyet havzasının siyasi yapılanması olduğu⁷¹ unutulmamalıdır. Nitekim, Türkiye geçmişte Müslüman

⁶⁹ DAVUTOĞLU Ahmet, Stratejik Derinlik Türkiye'nin Uluslararası Konumu, İstanbul 2001, s. 81

⁷⁰ AKGÜNER Tayfun, Yeni Meşruluk Anlayışı ve Ulusal Egemenlik, 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, 22-23 Ekim 1998, Diyarbakır, s.16

⁷¹ DAVUTOĞLU, s. 81-83

olmadan önce Gök Türkler ve Hunlar Müslüman olduktan sonrada Selçuklular ve özellikle Osmanlılar olarak özgün ve uzun ömürlü siyasi düzen kurmuş ve bir medeniyetin merkezi olmuştur. Yine belirtmek gerekir ki, Türkiye; karşı (Batı) medeniyet ile girdiği cephe ilişkisini önce Islahat sonra Tanzimat hareketleriyle kaybettikten sonra, bu medeniyete iltihak etme iradesi gösteren siyasi elitin elinde siyasi sistemin dayandığı kimlik, kültür ve kurumlar açısından tam bir tarihi kırılma ve yeniden yüzleşme süreci yaşayan tek devlettir.

Türkiye, aynı zamanda çekirdeğini oluşturduğu bir imparatorluk bakiyesine sahip olan bir ülkedir. Bu nedenle, tarihinde; farklı medeniyetler, değerler, kültürler, kimlikler ve bunları birlikte barış içerisinde barındırılmış, tarihsel süreç içinde değişik kültürlerin, geleneklerin ve medeniyetlerin buluşma ve birbirini tanıma noktası olmuştur. Bu açıdan bakıldığında Finlandiya ya da Nijerya ile değil, Türkiye; İngiltere, Fransa, veya İspanya ile kıyaslanabilir. Türkiye'nin coğrafyası ve tarihsel tecrübesi, türdeş bir Milli devlet gibi, yüksek homojenite sahibi bir ülke olmasını engellemektedir. Yüksek homojenite yoksunluğu birlik ve bütünlük sağlanmasını kolaylaştırmamakta, tam tersine ciddi zorluklara yol açmakta, ancak bu farklılıklar büyük bir zenginlik ve çeşitlilik kaynağı sunmaktadır.

Anadolu coğrafyası, Avrasya jeopolitiğinin kalbi gibidir. Ülkemizin jeopolitik konumu ve önemi, bu niteliği ile de sınırlı değildir. Bölgenin, istikrarlı devlet geleneğine ve modern bir siyasi rejime sahip ender ülkelerinden biridir. Türkiye, petrol, su, doğal gaz gibi görünen gelecekte de stratejik ham maddeler olmaya devam edecek olan kaynakların üretim-pazar yollarının üzerinde yer almaktadır. Türkiye aynı zamanda hem Avrupa hem Asya, hem Balkanlar hem Kafkasya, Hem Ortadoğu hem de Akdeniz ülkesidir. Türkiye'nin bulunduğu coğrafyanın, 'Doğu-Batı arasında köprü' oluşturduğu kavramı bir klişe kavram olarak alınıp küçümsenmemelidir. Çünkü Türkiye, bir İzlanda ya da Moğolistan değildir. Türkiye'nin coğrafyası, İzlanda'nınki gibi sadece kara suları ve kıta sahanlığı ile sınırlı olarak değerlendirilmesine engel oluşturmakta, sınır sorunlarının ötesinde, onu bölgesel bir ağırlığın merkezi yapmaktadır.

Unutulmamalıdır ki, Türkiye, siyasi açıdan çok önemli bir ülkedir. Ankara Anlaşması'nın imzalanmasında Türkiye'nin NATO üyeliğinin etkisi inkar edilemeyeceği gibi, Orta Asya ülkeleri ile olan potansiyel yakın bağları ve bulunduğu bölge ile olan tarihsel etki alanı da Türkiye'yi önemli bir konuma getirmektedir. Sovyetler Birliği'nin çöküşü ve Yugoslavya'nın dağılması ile oluşan yeni devletler, kompozisyonlar ve çatışmalar Türkiye'nin jeo-tarihsel konumunun ve tarihsel bakiyesinin ne kadar önemli olduğunun açık bir göstergesidir.

Bu arada belirtmekte yarar vardır ki, Türkiye bu özel önemine rağmen milli bütünlüğünü kaybetmek ve parçalanmak tehlikesiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Çünkü Avrupa Birliği dünyanın en büyük gücü olabilmek için 'Büyük Av-

rupa' hayalini gerçekleştirmek istemektedir⁷². Bu da DeGaulle'ün en büyük hedefi olan 'Atlantikten Ural Dağlarına' kadar olan alanın, Avrupa Birliği içine alınmasıdır. Bu amaç bakımından, Rusya Federasyonu ve Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa devlet standartlarına göre çok büyük olduğundan, Büyük Avrupa hayalinin gerçekleşebilmesi için hem Rusya'nın hem de Türkiye'nin parçalanması gerekmektedir⁷³.

Günümüzde İngiltere'nin yerini Amerika aldığından, dünyanın tek süper gücü olarak ayakta kalma savaşı veren ABD, Balkanları Avrupa'ya, Kafkasları Rusya'ya, Orta Doğu'yu ise İsrail'e bırakmak istememektedir. Bu nedenle her üç bölgenin merkezinde yer alan Türkiye'yi bu bölgede kendine bağlı bir siyasal yapıya dönüştürmek istemektedir⁷⁴. Türkiye'nin en yakın müttefiki olan İsrail'de, Orta Doğuda kendisini güvenceye alabilmek için 'Büyük İsrail' hedefi doğrultusunda bir bölgesel federasyon kurmak ve bu yoldan tüm bölgeye egemen olmak istemektedir. Arap ve İslam Birliği'ne karşı çok uluslu ve çok dinli bir federasyonu Nil ve Fırat nehirleri arasındaki vaat edilmiş topraklarda kurmak isteyen İsrail, Mısır'dan Türkiye'ye kadar tüm bölge ülkelerinin parçalanması ve yeni oluşacak eyaletlerle, yeni bir bölgesel federasyon amaçlamaktadır. Bu federasyonun su ve tarım kaynakları Türkiye'nin elinde bulunan GAP bölgesinden sağlanacağı için, güneydoğuda bir siyasal çözüm dayatılmaktadır⁷⁵.

⁷² Avrupa Birliği, günümüzde 'Büyük Almanya' süreci olarak gelişme göstermektedir. Almanya, Avrupa'nın ortasında çekirdek büyük devlet olarak kalmak isterken, kurmuş olduğu bilimsel araştırma enstitüleri de etnik parselasyona yönelen etnik azınlıklar politikaları geliştirmektedir. ÇEÇEN Anıl, Türkiye Cumhuriyeti Ulus Devleti,, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayınları No:9, Ankara 2001, s. 51-52

⁷³ Avrupa'da yayınlanan ECONOMİST Dergisinin 27 Eylül 1997 tarihli sayısında, Büyük Avrupa'nın gerçekleşmesi yolunda kurulması düşünülen yeni devletlerin haritası yayınlanmıştır. Doğaldır ki, bu harita da Türkiye'nin parçalanmasıyla ortaya çıkacak bir Güneydoğu Anadolu devleti de vardır. Buna göre bu günkü Batı Avrupa Birliği, Balkanları da içine aldıktan sonra normal Avrupa kıtasının birliği durumuna gelecektir'. ÇEÇEN, s.31

⁷⁴ 'Nitekim, merkezi ABD'nin başkenti Washington'da bulunan 'Anavatanları Kurtarma Dünya Komitesi' tarafından hazırlanan ve 9 Ocak 1996 günlü Meydan gazetesinin manşetinde yayınlanan harita, Amerika'nın Türkiye'ye bakış açısını göstermektedir. Eyaletlere bölünen ve ulus devlet olmaktan çıkan bir Türkiye her üç bölgeye yönelen bir üs olarak kullanılabilir. Osmanlı döneminde olduğu gibi İstanbul'un başkent olacağı, Balkanlar, Kafkaslar ve Orta Doğunun bağlanacağı bir Yakın Doğu Konfederasyonunu kendisine bağlı biçimde kurmak günümüzde ABD'nin ana politikası olarak ortaya çıkmaktadır'. ÇEÇEN, s. 33

⁷⁵ Dünya Siyonist Örgütünün yayın organı Kıvunum Oded Yimon Dergisi'nin Şubat 1982 tarihli 14. sayısında Amerika'da yayınlanan İsrail'in bölgesel federasyon planı yeni Balkanizasyon süreci doğrultusunda açıklanmıştır. Burada güdülen amaç, Balkanlarda olduğu gibi Orta Doğu ve Anadolu'yu küçük küçük ülkelere bölerek, bunların eyalet olacağı bir yeni federasyonu, Yahudi Lobisinin denetiminde oluşturmaktır. ÇEÇEN, s. 35

Türkiye Cumhuriyeti toprakları üzerinde kurulmak istenen yeni devlet modellerinden birisi de, Büyük Ermenistan devletidir. Ermeni Lobileri Batının önde gelen ülkelerinde Ermeni soykırımını konusunda kararlar aldırarak, Türkiye Cumhuriyeti'ni köşeye sıkıştırma girişimlerini sürdürerek, Türkiye'nin Batı ile ilişkilerini normalleştirmenin karşılığında tarihsel toprak taleplerini sürdürmektedirler⁷⁶.

B. TÜRKİYE'NİN EGEMENLİK YETKİLERİNİN KISMEN DEVİRİ SONUCUNU DOĞURAN GÜMRÜK BİRLİĞİ ÜYELİĞİ

Gümrük Birliği, Birliğe dahil üyeler arasındaki ticarete uygulanan gümrük vergilerinin ve eş etkili diğer vergilerin tamamen kaldırıldığı, birliğe dahil olmayan ülkelerden yapılan ithalata tek ve ortak bir tarifinin uygulandığı, üçüncü ülkelerden gelen mallardan alınan vergilerin üyeler arasında paylaşıldığı bir birliktir⁷⁷. AET Antlaşmasının Gümrük Birliğini düzenleyen 12-29. maddeleri, üye devletlerin milli hukuklarının üstünde hukuksal etkilere sahiptir. Gümrük Birliği, Avrupa Birliğinin temel unsuru ya da 'çekirdeği' olarak kabul edilmektedir. AET Antlaşmasının 12. maddesine göre üye devletler, gümrük birliğini aşamalı biçimde yürürlüğe koymadan önce, kendi aralarında yaptıkları ticarete yeni gümrük vergileri koymaktan ve varolanların oranlarını artırmaktan sakınma yükümlülüğünü üstlenmişlerdir⁷⁸.

Gümrük Birliği kurulduktan sonra, üye devletlerin artık milli gümrük tarifeleri kalmadığı için, bir üçüncü devletle, gümrüklerle ilgili ticaret anlaşmaları yapma yetkileri de ortadan kalkmıştır. Bu yetki, Birliğe üye devletlerin tümünü bağlayıcı nitelikte ticaret anlaşmaları yapan 'Konsey ve Komisyona' devredilmiştir⁷⁹. Nitekim Tarife ve Ticaret Genel Antlaşması (GATT) bünyesinde 'gümrük tarifeleriyle' ilgili görüşmeleri üye devletler adına Komisyon yürütmekte ve kararları da Komisyon almaktadır. Dolayısıyla, Gümrük Birliği aslında siyasi birliğe doğru geçişin bir aşaması olması beklenirken, Türkiye-Avrupa Birliği arasındaki Gümrük Birliği farklı bir boyut kazanmıştır. Esasen siyasi ortaklar arasında ve siyasi bütünleşmeyi hazırlayan bir ekonomik bütünleşme süreci

⁷⁶ 27 Şubat 2001 tarihinde Avrupa Parlamentosu'nun sözde Ermeni Soykırımına ilişkin olarak Türkiye hakkında aldığı karar da bu taleplerin devam ettiğini göstermektedir.

⁷⁷ ALPAR Cem-ONGUN M. Tuba, Dünya Ekonomisi ve Uluslar arası Ekonomik Kuruluşlar, Türkiye Ekonomi Kurumu Yayını, Ankara 1985, s.165-166

⁷⁸ AET Antlaşmasının yürürlüğe girdiği 1 Ocak.1958 tarihinden itibaren, 12 yıllık bir geçiş dönemi içinde birbirlerine uyguladıkları gümrük vergilerini ve eş etkili diğer vergileri kaldıracaklar ve üçüncü ülkelerden gelen mallara karşı 'ortak bir gümrük tarifesi' uygulayacaklardı. Bu iki unsurdan oluşacak gümrük birliği, öngörülen 12 yıllık geçiş döneminin tamamlanmasından bir buçuk yıl önce 1 Temmuz.1968 tarihinde kurulmuştur.

⁷⁹ GÖZEN, s.88

olmamış, ekonomik bütünleşme çabalarının ötesine gidememiş, ancak tek taraflı siyasi istismar aracı haline getirilmiştir. Bu ise başlangıçta öngörülen bir durum olmayıp, Avrupa Birliği'ndeki ilerlemeye karşılık Türkiye-Avrupa Birliği ilişkilerindeki durağanlıktan dolayı ortaya çıkmıştır. Bu ilişkinin sonucunda, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyeliğinin gerçekleşeceği belirtilmesine rağmen, bunun hangi şartlar altında ve ne zaman gerçekleşeceği net olarak ortaya konmamış, Avrupa Birliği'nin tek taraflı kararına bırakılmıştır.

Türkiye'nin tam üyeliği konusu henüz gündemde olmamasına rağmen, Türkiye ile Avrupa Birliği arasında Gümrük Birliği'nin başlaması sırasında Avrupa Parlamentosu'nun devreye girerek, onaylama yetkisini kullanmakta ısrar etmesi de, aslında 'fırsatı değerlendirmekten' başka bir şey değildir⁸⁰.

Avrupa Birliği'ne giden yolda, bundan tam kırk iki yıl önce başvuruda bulunan Türkiye, Avrupa kıtasında diğer Avrupa ülkeleri ile birlikte olmak üzere harekete geçmiştir. Ne var ki, Türkiye'nin bu haklı isteği şimdiye kadar görmezden gelinmiş, ülkemize karşı kaypak bir tutum izlenmiştir. Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelere karşı uygulanan sistemin dışında bir yol izlenmiş, Türklere her zaman için çifte standart uygulanmıştır. Bütün ülkeler önce üye olmuşlar sonra Gümrük Birliği'ne girmişlerken, Türkiye genel durumun aksine önce Gümrük Birliği'ne alınmış ve daha sonra da bekleme odasında yıllarca bekletildikten sonra, normal üyelik süreci başlatılmıştır⁸¹.

⁸⁰ Avrupa Birliği'nin Türkiye Temsilcisi Micheal Lake'nin da belirttiği gibi, Avrupa Parlamentosu'nun Gümrük Birliği'ne yeşil ışık yakması başından bekleniyordu. Micheal Lake oylamadan çok önce şunları söylemişti: 'Gümrük Birliği'ni geciktirmek için bir neden yoktur. Çünkü Avrupa Türkiye'yi istemektedir ve ona ihtiyacı vardır. Türkiye de Avrupa'yı istemektedir ve ona ihtiyacı vardır... Gümrük Birliği, riske sokulmayacak kadar önemli bir kıymettir'. Micheal LAKE'nin Nilgün CERRAHOĞLU ile mülakatı, Milliyet, 22 Aralık 1995, s.20; GÖZEN, s.88 (13 numaralı dipnot)

⁸¹ Gümrük Birliği'nin temeli, Türkiye ile AET arasındaki 1963 tarihli Ankara Anlaşması'na ve geçiş sürecini düzenleyen 1970 tarihli Katma Protokol'e dayanmakta, aslında Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki Gümrük Birliği süreci Ocak 1996'da değil, Ocak 1973'de başlamış bulunmaktadır. 1 Ocak 1996 tarihi, Gümrük Birliği'ne 'giriş'i değil, fakat Gümrük Birliği'nin 'tamamlanmasını' temsil etmektedir. Bu anlamda, Gümrük Birliği, tam üyelikten önce gelen bir aşama değildir. Türkiye'nin Avrupa Birliğine tam üye olabilmesi, yani siyasi aşamaya gelebilmesi için öncelikle, hem Ankara Anlaşması'nda hem de Katma Protokol'de öngörülen işgücünün serbest dolaşımının gerçekleşmesi ve Türkiye'nin ekonomik, ticari, mali ve teknik düzenlemeler yaparak Avrupa Birliği ülkelerine tam uyum sağlaması gerekmektedir.

C. AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYELİKTE EGEMENLİĞİN DEVİRİ/PAYLAŞILMASI GEREKLİLİĞİ

Anayasanın 6.maddesi, 'egemenlik kayıtsız şartsız milletindir' hükmünü taşımaktadır. Bu maddeye göre, Türkiye'de egemenlik sadece Türk Milleti'nindir. Halbuki Avrupa Birliği üyeliği, üyeliğe girişte kabul edilen Avrupa Birliği mevzuatının ve Brüksel'deki Avrupa Parlamentosu'nda alınan kararların, Türkiye için de egemen olmasını öngörmektedir. Böylece egemenliğin önemli bir kısmı, Türkiye'nin de kararlara katılmak üzere temsilci göndereceği Brüksel'e devredilmiş olacaktır.

AET Antlaşmasının 6/1. maddesinde, 'üye devletler, Topluluk kuruluşlarıyla sıkı işbirliği halinde, antlaşmanın amaçlarına ulaşmak için gerekli olan ölçüde ekonomi politikalarını koordine ederler' hükmü bulunmaktadır. Bu maddeye göre artık üye devletler, kendi ekonomi politikalarıyla ilgili olarak ulusal düzeyde bireysel kararlar alamamaktadırlar. Yetki ancak 'Birlik kurumlarıyla eşgüdüm çerçevesinde' kullanılmaktadır.

Yine, AET Antlaşmasının 30-37. maddelerine göre, üye devletler arasındaki ticareti sınırlayıcı nitelikteki 'miktar kısıtlamaları', bir başka deyişle kotalar ve eş etkili önlemler, geçiş döneminin başlangıcında varolan düzeylerinden daha kısıtlayıcı hale getirilemeyecek (31/1. madde), mevcut kısıtlamalar da en geç 12 yıllık geçiş dönemi sonunda tamamen kaldırılacaktı. Oysa bu kısıtlamalar, öngörülenden 8 yıl önce 31 Aralık 1961 tarihinde kaldırılmıştır. Bu tarihten itibaren, artık üye devletlerin birbirleriyle yaptıkları ticarete kota uygulama yetkileri kalkmıştır.

Antlaşmanın 113. maddesine göre de, geçiş döneminin sona ermesiyle birlikte, Birliğin dış politikası, tek düze ilkeler üzerine kurulacaktır. Toplulukta geçiş dönemi, 1 Ocak 1970 tarihinde sona ermiştir. Bu tarihten sonra, üye devletlerin tek tek üçüncü ülkelerle tarifelere ilişkin 'ticaret anlaşmaları' yapma hakları ellerinden alınmış ve bütünüyle Birliğe devredilmiştir. Gerek çok taraflı olarak GATT bünyesinde, gerekse üçüncü ülkelerle ikili düzeyde ticaret anlaşmaları yapmak gerektiğinde, Komisyon, Konseye öneriler sunar. Konsey de Komisyona yapılacak ticaret anlaşmaları için görüşme talimatı verir. Bu anlaşmalar Komisyonca yürütülür ve sonuçlandırılır. Yapılan anlaşmalar yürürlüğe girer girmez tüm üye devletleri bağlar.

Bunun gibi, Avrupa Parlamentosu üyeleri, ait oldukları ülkeleri temsil etmezler. Parlamentoda 'Avrupa'nın ortak çıkarları' doğrultusunda kararlar alınır, üye devletlerin milli çıkarları söz konusu edilmez hükmünü taşıyan 138. madde, istisnai durumlar dışında, bir üye devlet, 'para ve ekonomi politikaları'yla ilgili milli düzeyde tek başına karar alamayacağına ilişkin 145. madde, antlaşmada öngörülen yükümlülüklerinden birini yerine getirmeyen üye devletin Divan önünde taraf olma yükümlülüğünden kaçamayacağına ilişkin 169. madde, Diva-

nın, bir üye devletin, antlaşmalar çerçevesinde üstüne düşen yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmediğine hükmetmesi halinde, ilgili üye devlet, aleyhine verilen bu hükmün gereklerini yerine getirmek ve sonuçlarına katlanmak zorunluluğuna ilişkin 171. madde, Divanın, hiyerarşik bakımdan, üst ulusal yargı organının da üstünde yer almasına ilişkin 177. madde, Topluluğun Tüzük, Yönerge ve Kararlar gibi hukuk normları, üye devletler ulusal hukuklarındaki normlarla çatışırsa, ulusal normlar değil, Topluluk normlarının uygulanacağına ilişkin 189. madde, Birlik organlarının kararlarının, yalnızca üye devletleri değil, uyrukluğunda bulunan özel ve tüzel kişileri de bağlamasına ilişkin 192. madde, üye devletlerin, herhangi bir hukuksal sorunu Birlik dışında bir yargı veya hakem kuruluna götürmeye hakkı olmadığına ilişkin 219. madde ve Antlaşmayı, üye devletlerin 'fesih hakkı'na sahip olmadığına ilişkin 240. madde hükümlerinin milli egemenliğin ne denli devrini gerektirdiği açık bir biçimde ortadadır.

AET'yi kuran Roma Antlaşmalarının yukarıda incelenen maddeleri dışında diğer kimi olgular da Birliğin ulusaşırı niteliğini ortaya koymaktadır. İlk olgu, antlaşmaya 'rezerv' konulabileceği yolunda herhangi bir hükmün Birlik hukuk belgelerinde öngörülmemesidir. İkincisi ise, Birliğin daha önce üçüncü ülkelerle yaptığı tüm anlaşmaların, yapıldıkları sırada onlara taraf olmayan ve fakat sonradan Birliğe katılan yeni üye devletleri de bağlamasıdır.

D. EGEMENLİĞİN DEVRİNE İLİŞKİN HALKOYLAMASI YAPILMASI ZORUNLULUĞU

Başka örneği olmayıp⁸², tamamen Mustafa Kemal'in eseri olan Millî İstiklal Savaşımız sonucunda kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ilk anayasası olan 1921 Anayasası'nda, millet iradesinin her şeyin üstünde olduğu kabul edilmiştir. Bu anlamda, bağımsızlık devletin varlığı için zaruridir ve devletlerarası ilişkilerde göz önünde tutulacak ana prensiptir⁸³.

1921 Anayasası'ndan bu yana milli egemenlik, anayasacılığımızın temel taşıdır⁸⁴. Diğer bir ifadeyle, Cumhuriyet devrimizin Anayasa hareketleri tarihi, hakikatte milli irade ve hakimiyet fikrinin doğuşu ve inkişafı tarihi demektir. Bu

⁸² Diğer ülkelerin bağımsızlık mücadelesinde bir fiillik durumu, 'de facto'luk olgusu bulunmakta, halbuki Atatürk'ün önderliğinde Türk Milletinin yürüttüğü istiklal savaşında bir 'meşrutiyet' ve bunun doğal sonucu olarak da 'hukukilik' olgusu bulunmaktadır. AKGÜNER, s.17

⁸³ ESEN Bülent Nuri, Türk Anayasa Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1971, s. 57 2

⁸⁴ TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Der Yayınları, 2. Bası, Ankara 1995, s. 212.

fikir ise, daha zaruri ve daha esaslı bir diğer fikrin, milli istiklal fikrinin, tahakkunun bir şartı olarak dođmuştur⁸⁵.

Türk Anayasa hukukunda ilk defa 1921 Anayasası ile ifadesini bulan⁸⁶, daha sonra 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında da aynen tekrarlanan ‘egemenlik kayıtsız şartsız milletindir’ kuralı⁸⁷, doğuşundaki özelliklerini, 1921’i izleyen üç Anayasada da korumuş, aynen sürdürmüştür.

Bu noktada, Avrupa Birliğine aday üye olan Türkiye bakımından, egemenlik ile ilgili Anayasanın 6. maddesinin değiştirilmesi gerekip gerekmediği konusunun açıklığa kavuşturulması önem taşımaktadır.

1982 Anayasası’na göre, Türkiye’nin, egemenliğini ve yasama yetkisini uluslararası veya millet üstü kuruluşlara devretmesinin mümkün bulunmadıđı⁸⁸, 1982 Anayasası yapılırken, bu sorunun aşılması için, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu’nun hazırladığı Tasarı’ya, egemenliğin uluslararası veya millet üstü kuruluşlar tarafından kullanılmasına imkan sağlayan hüküm konulmuş ise de, Danışma Meclisi tarafından kabul edilmediği için Anayasaya girememiştir.

Anayasanın mevcut hükümleri karşısında, Avrupa Birliğine üye olmanın mümkün olmadığı hukukçuların ortak görüşüdür. Bu nedenle değiştirilmesi önerilmektedir⁸⁹. Nitekim, 1992 yılında, bugün hepsi profesör olan kamu hukuku alanından dokuz profesör ve doçent tarafından hazırlanan fakat yayınlanmamış bulunan⁹⁰ TÜSİAD Taslağı’nda da, 1982 Anayasası’nın egemenlik maddesi ile uluslararası andlaşmalara ilişkin maddesinin değiştirilmesi teklif edilmiştir⁹¹.

Anayasanın 6. maddesi millete ait olan egemenliğin anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlarca kullanılacağını belirtmiş, bunlar arasında uluslararası kuruluşlara yer vermemiştir. Burada anlatılmak istenen, anayasada ön görülen organlar dışında kalan başka organlar egemenlikten doğan yetkileri kullanamayacaklardır.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin “demokratik” olduğu belirtilmiş, bu maddenin gerekçesinde de; “demokrasi egemenliğin Millete ait olduğu bir siyasi rejimdir”⁹² açıklamasına yer verilmiştir.

⁸⁵ BAŞGİL Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Cilt:I, İstanbul 1960, s. 106

⁸⁶ GÜRAN, s. 43

⁸⁷ ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara 1995, s. 60

⁸⁸ BİLGİN Pertev, İdare Hukuku Dersleri – İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1999, s.5

⁸⁹ GÜRAN, s. 52

⁹⁰ Erdoğan TEZİÇ, Sait GURAN, Yıldızhan YAYLA, Köksal BAYRAKTAR, Devrim ULUCAN, Bülent TANÖR, Fazıl SAĞLAM, Süheyl BATUM, Necmi YÜZBAŞIOĞLU

⁹¹ GÜRAN, s. 53

⁹² AKAD Mehmet-DİNÇKOL Abdullah, 1982 Anayasası, Madde Gerekçeleri ve Maddelele ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, Ankara 1998, s.5

Anayasanın 6. maddesinin gerekçesinde ise, “Devlette egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu açıklanmaktadır. Bilindiği gibi, egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ilkesi, İstiklal Harbimizde Atatürk’ün Esas Teşkilat Hukukunun vazgeçilmez bir ilkesi olarak koyduğu ve demokrasi rejiminin hukuki ifadesi olan bir kavramdır. Tabidir ki milyonlarca insandan oluşan Türk Milletinin egemenliği hep birden kullanmasına imkan yoktur. Bu, ancak temsilcileri aracılığı ile mümkün olabilir. Millet egemenliğini, vatandaşların hangi koşullar altında kullanacağı anayasalarda açıklanır. Fakat, her ne olursa olsun, Türk Milleti egemenliğinin kullanılmasını, hiçbir zaman, hiçbir surette belli bir kişiye, bir zümreye veya sınıfa bırakamaz. Bu kavram, bu ilke, Türk toplumunun bütün diktatörlüklerin her türüne, kapılarını kapadığını göstermektedir. Türk Milleti, demokratik bir düzen içerisinde yaşayacak ve Türk Devletinde egemenlik, kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olacaktır”⁹³.

Anayasanın 90. maddesinin 1.fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olduğu belirtildikten sonra, son fıkrasında da, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında anayasa-ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 90. maddesinin gerekçesi, uygulamada iyi işlediği için 61 Anayasası metnin aynen kabulü yapılmıştır.

1961 Anayasasının (65. madde) da, ilke olarak 1924 Anayasasının sisteminin muhafaza edildiği belirtilmiş, ancak milletlerarası andlaşmaların yasama organının onayı olmaksızın yürürlüğe konamamasına ilişkin istisnalar getirildiği açıklanmıştır. Maddenin son fıkrasına ilişkin olarak ise; her türden andlaşmaların, Türk kanunlarına değişiklik getiren hükümler içermesi halinde, yasama organının onayına sunulmasını zorunlu kılmak olarak, kanun yapma yetkisinin yasama organına ait olması ilkesinin doğal bir sonucu olduğu belirtilmiştir⁹⁴.

Anayasanın 7. maddesinde ise, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM’nin olduğu belirtilmiş ve bu yetkinin devredilemeyeceği açıklanmıştır. Maddenin gerekçesinde de Millet’in yasama yetkisine Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili 99. madde hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

Bu hükmün Anayasada yer alışı nedeninin, bir yandan devletin milletlerarası sorumluluğuna meydan vermemek, öte yandan Türkiye’nin devlet üstü nitelik taşıyan, dolayısıyla anayasanın bazı hükümleriyle çelişebilecek olan milletlerarası kuruluşlara girebilmesini sağlamak gibi iki temel düşünceden kaynaklandığı söylenebilir. Ayrıca Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11. madde-

⁹³ AKAD- DİNÇKOL, s.26

⁹⁴ AKAD- DİNÇKOL, s.390-391

sinde, ‘Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır’ denildikten sonra, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı hükümüne yer verilmiştir.

Anayasanın 6. maddesinde yapılacak bir değişiklik, millete ait olan egemenliğin uluslararası kuruluşlara devrine izin verilmesi, devlet iktidarının kaynağının bu kuruluşlara terk edilmesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, anayasanın egemenlik ile ilgili 6. maddesinde değişikliğe gitmeye gerek olmaksızın, Türkiye Avrupa Birliğine  ye olabilir. Ancak egemenliğin devri ile bu egemenlikten doğan yetkilerin birbirine karıştırmaması gerekir⁹⁵. Burada, devri mümkün olmayan bizzat egemenliğin kendisidir. Bununla egemenlikten doğan yetkilerin uluslararası organlarca kullanılmasına izin verilmesi aynı anlama gelmemektedir.

Hukukun  st nl ğ  ilkesinin ulaştığı anlam ve içerik bakımından günümüzde egemenliğin, mutlak ve sınırsız bir iktidar karşılığı olarak kullanılmasından söz edilemez. Anayasanın hukuk devletini düzenleyen 2. maddesi ve özellikle uluslararası anlaşmaları kurala bağlayan 90. maddesi⁹⁶, egemenlik yetkisinin kullanılması bakımından anayasal anlamda ciddi bir sorun oluşturmamaktadır. Belki, uluslararası hukuka belli bir  l de üstünlük tanıyan 90. maddenin, bu üstünlüğü açık bir biçimde sağlayacak anayasa değişikliği buna yetecektir. Kaldı ki, üyeliğe kabul durumunda, Türkiye’nin Anayasanın 6. ve 90. maddesindeki değişikliği halkoyuna sunmak suretiyle de, bir referandum yapılması kaçınılmaz olacaktır.

IV. SONUÇ

Avrupa Birliğinin, ulus devletleri yok ederek ulusaşırı bir siyasi birliğe ulaşması konusunda ciddi kuşkular bulunmaktadır. Avrupa’nın Sovyetler Birliği’nin tehdidi altında bulunduğu 1989 öncesi için, birleşmiş bir Avrupa fikri son derece

⁹⁵ HAZIR 1995:19

⁹⁶ Uluslararası anlaşmalarla ilgili Anayasanın 90. maddesinin değerlendirilmesi için bakınız. AYBAY Rona, ‘Türk Hukukuna Göre Uluslararası Anlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık  stl k İlişkisi’, Danıştay’ın 125. Kuruluş Yılı nedeniyle 10-14 Mayıs 1993 tarihinde yapılan II. Ulusal İdare Hukuku Kongresinde sunulan Bildiri, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Bildiri  zetleri, Danıştay Yayınları, Ankara 1993, s.277-286; ÖZBUDUN Ergun, Ankara Barosu tarafından 12-16 Ocak 2000 tarihinde yapılan Hukuk Kurultayı 2000’ de ‘Hukukun Evrenselleşmesi ve Ulusal Egemenlik’ konulu Oturumdaki konuşma, Anayasa Hukuku-Kamu Hukuku-İdare Hukuku 1, Ankara 2000, s. 57-61; ATAY Ethem Ender, ‘Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı’, Ankara Barosu tarafından 12-16 Ocak 2000 tarihinde yapılan Hukuk Kurultayı 2000’ de sunulan bildiri, Anayasa Hukuku-Kamu Hukuku-İdare Hukuku 1, Ankara 2000, s.391-426; CANDAN Turgut, Ankara Barosu tarafından 12-16 Ocak 2000 tarihinde gerçekleştirilen Hukuk Kurultayı 2000’ de yapılan değerlendirme, Anayasa Hukuku-Kamu Hukuku-İdare Hukuku 1, Ankara 2000, s.426-430

heyecan vermekteyken, bugün egemenliklerini kısmen devretmiş bir devletler topluluğu olarak, milli egemenliklerin devrini öngörüldüğü biçimde gerçekleştiremeyecek gibidir⁹⁷. Nitekim, Maastrich Anlaşması'nda Avrupa Birliği vatandaşlarına⁹⁸, Birlik üyesi ülkelerden hangisinde ikamet ediyor olurlarsa olsunlar, ikametgahlarının bulunduğu ülkede, yerel seçimler ve Avrupa Parlamentosu seçimleriyle sınırlı olmak üzere, seçme ve seçilme hakkı tanınmaktadır.

İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana aralarında savaş olmayan Avrupalı devletlerin, savaşların önlenmesi açısından, Avrupa bütünleşmesi sürecinin yürütülmesinde başarılı oldukları ve hedeflerine ulaştıkları söylenebilir. Fakat aynı başarıyı örgütsel bütünleşme açısından sağladıklarını söylemek henüz erkendir. Çünkü Avrupa'da kurulacak düzenle ilgili farklı politikalar ve fikirler mevcuttur. Halen, öncülüğünü Almanya'nın ve Fransa'nın yaptığı 'federal' bir Avrupa dan yana olanlarla, İngiltere'nin başını çektiği 'konfederal' bir Avrupa ya da gevşek bir bütünleşmeden yana olanlar arasında anlaşmazlık ve çatışma devam etmektedir.

Hemen bütün Avrupa ülkelerinin egemenliğin devri ve Avrupa Birliği üyeliğini halkoymasına götürerek, halka sormadan bu tür hayati kararlar vermedikleri dikkate alınmalıdır. Üstelik bu ülkeler tarihi ve kültürü büyük ölçüde müşterek olan ülkelerdir. Buna rağmen egemenliğin devri konusunda kılı kırk yararak hareket etmişlerdir. Türkiye gibi, daha 80 yıl önce Avrupalılar tarafından önüne Sevr haritası konulmuş, dini ve kültürü farklı bir ülkenin çok daha dikkatli hareket etmesi gerektiği açıktır.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne girişi, herhangi bir Avrupa ülkesinin üyeliğinden daha derin bir anlam ve öneme sahiptir. Avrupa aidiyetini oluşturan temel değerler ve kurumlara Türk toplumunun sahip olmadığı bilinmektedir. Örneğin, dil ve din ayrılığı ziyadesiyle belirgindir. Ayrıca tarihi seyirde çoğunlukla çatışma içinde olagelmışlerdir. Avrupalıların Türkleri ortak düşman gördüklerinin de örneği çoktur. Mesela, Ütopya'nın yazarı Sir Thomas More Londra Kulesi'nde asılmayı beklerken Türk tehdidini düşünüyordu. Kant'a kadar bütün düşünürler Avrupa'nın birliğini Türk tehlikesi ile meşrulaştırmışlar. Daha yakın tarihte, İttifak devletleri ABD Başkanı Wilson'a 11 Ocak 1917'de verdikleri notada savaş amaçları arasında 'Batı uygarlığına tamamen yabancı olan Osmanlı İmparatorluğu'nu Avrupa'dan atmayı' da sayarlar⁹⁹.

⁹⁷ SOROS George, Küresel Kapitalizm Krizde, Sabah Kitapları, İstanbul 1999, s. 183

⁹⁸ Daha geniş bilgi için bakınız. ARSAVA Ayşe Füsün, Avrupa Birliği Hukukunda Yurttaşlık Kavramı, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2, Sayı:2, Kocaeli 1998-1999, s.293-304

⁹⁹ Butterfield'e göre Türkler kadar başka hiçbir halk Avrupa medeniyetine bir tehlike oluşturmamışlardır. Bu tehlike ancak 19. ve 20. yüzyılda Türklerin Balkanlardan atılması ile bertaraf edilebilmiştir. Bosworth için Arap fetihlerinden sonra Avrupa'da en çok korkuyu

Avrupalı'ların Türkleri ve Türk kimliğini olumsuz algılamaların temelinde kuşkusuz din gibi temel değerlerdeki farklılıkların yanında, pratikte, Osmanlıların Avrupa aleyhine yayılması ve Türklerin 18. yüzyılın sonuna kadar Avrupa'nın en önemli güçlerinden birisi olması da bulunmaktadır.

Türkiye'nin gerek dünya ile gerekse genelde Avrupa ve özelde Avrupa Birliği ile ilişkilerini kısıtlayan sebepler arasında 'Avrupa kompleksi' ya da 'Avrupa zaafı'nın önemli bir yeri bulunmaktadır. Avrupa kompleksi, Türkiye'nin karşı-lıklılık ve çıkar esasına dayalı olarak tanımlanan normal uluslararası ilişkiler içinde bulunmasını bile engellemektedir¹⁰⁰.

“Her şeyden önce Avrupa diğer bölgelerle kıyaslanınca 'iyi', 'doğru' ve 'güzel' olanla birleşmiştir. Avrupa; Asya, Orta Doğu, Afrika ve hatta Amerika'ya karşı tercih edilmelidir. Avrupa'nın Türkiye için öncelikli bir yeri vardır. Türkiye Avrupalı'dır ve Avrupa'lı olmak durumundadır. Avrupa, Türkiye için basit bir partner ve muhatap değil, bir 'amaç' ve 'ideal'dir. Bu amaç ve ideal; güncel koşulların, teknik gerekliliklerin, coğrafi şartların ve konjoktürel gelişmelerin üzerindedir. Avrupa idealinin Türkiye'nin milli çıkarları ile çatışması düşünülemez, çünkü bu ideal bizatihi Türkiye'nin milli çıkarıdır”. Görüldüğü gibi, böylesi bir Avrupa algılaması ve paralelinde oluşan Avrupa kompleksi, Türkiye'nin kayıtsız şartsız Batı bağımlılığının bir sonucudur. Bu nedenle, Türkiye'de hakim olan Avrupa kompleksinin günümüzde herhangi bir mantıki ve pratik dayanağı bulunmamaktadır.

Türkiye'nin bu zaafından tümüyle kurtulması ve dünya ile ilişkilerini gerçekçi koşullar çerçevesinde sürdürmesi gerekmektedir. Avrupa zaafı, Türkiye'nin sadece Avrupa dışı ülkelerle ilişkilerini değil, aynı zamanda Avrupa ve Avrupa Birliği ile olan ilişkilerini de sübjektif olarak etkilemektedir. Bu noktada söylenecek söz şudur: Eğer Avrupa sizin için bir amaç veya idealse, Avrupa ile normal ilişki kurma şansınızı baştan kaybetmişsinizdir. Çünkü amaç ve ideallerle pazarlık yapılmaz. Türkiye ve Avrupa ilişkilerinin rasyonelleşmesi için Avrupa kompleksi bırakılırken ilişkilerin de 'Avrupalılaşması' gerekir.

Yine bilinmelidir ki, günümüz koşullarında, Avrupa Birliği'ne giriş, Türkiye Cumhuriyeti için tek yol değildir. Ülkemizin geleceği için sadece bir seçenektir. Türkiye, jeopolitik olarak içinde bulunduğu bölgenin merkez ülkesi olarak bir çok gelecek alternatifine sahip bulunmaktadır. Türkiye, kendi geleceğini kurmaya yönelik diplomatik girişimlerini yürütürken sürekli olarak diğer alternatifleri de canlı tutarak hareket etmek zorundadır, aksi takdir de Avrupa Birliği dayat-

salan Osmanlılar olmuştur. Öyle ki, Elizabeth dönemi tarihçilerinden Richard Knolles Türkleri 'devrin terörü' olarak tanımlar. Sir Elliot'a göre de Türkler Avrupa ülkeleri ve halkları için yıkıcı ve tahrip edici olmuşlardır. Çünkü onlar 'her şeyi yok etmişler ve hiç bir şey inşa etmemişlerdir'. YURDUSEV, s.90-91; Daha geniş bilgi için bakınız. KARAKAŞ, s. 90-92

¹⁰⁰ YURDUSEV, s. 91

malarından kurutamaz. Türkiye milli birliğini koruyarak güçlü bir devlet konumunda Avrupa Birliği üyeliğini gerçekleştirebilir. Türkiye Avrasya'nın merkez ülkesi olduğunu unutmadan hareket etmeli ve Avrupa Birliği'nin dayatmalarına karşı çıkmalıdır. Çağdaş uygarlığın onurlu bir üyesi olarak dünyada yerini almak isteyen Türkiye Cumhuriyeti, bu hedefine parçalanarak ulaşamaz.

Günümüzde Avrupa Birliği'nin doğuya doğru genişlemesi kesinlik kazanmış olmasına rağmen, Türkiye'nin konumu muğlaklığını korumaktadır. Sorun, ülkemizin Birlik kriterlerine uyup uymaması sorunu değildir. Türkiye elbette, tam üyelik sürecini diğer üye ya da aday ülkeler gibi, yerine getirme yükümlülüğü ile karşı karşıyadır. Ancak asıl sorun, Birlik yönetiminin kapılarını ülkemize açma niyetinin düzeyi ve kendi aralarında buna hazır olup olmadıklarıdır.

BİREYİN ULUSLARARASI CEZAI SORUMLULUĞU VE MİLOSEVIÇ DAVASI

Ezeli AZARKAN*

A- GENEL OLARAK

Devlet, uluslararası hukukun öncelikli konularından biridir. Uluslararası hukuk, II.Dünya Savaşı'na kadar yalnızca devletlerarası ilişkilere uygulanan bir hukuk olarak kabul edilmekteydi¹. Ancak, II.Dünya Savaşı'ndan sonra, özellikle insan haklarının uluslararası platformda giderek artan bir destek görmesi ve bu hakların bir çok yerde ağır ihlallere uğraması, uluslararası hukukun, devletin yanı sıra bireylerle de ilgilenmeye başlamasına yol açmıştır².

II.Dünya Savaşı'nda işlenen soykırım suçlarına ilişkin "Nuremberg Mahkemesi"nin aldığı kararlar, uluslararası hukukun yalnızca devletlerarası ilişkilere uygulanacağına ilişkin egemen yaklaşımı değiştirmeye başlamıştır. Söz konusu mahkeme kararları, bireylerin, uluslararası hukuk çerçevesinde işledikleri suçlardan dolayı sorumlu tutulup yargılanabileceğini açık bir şekilde ifade etmiştir³.

* Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

¹ Uluslararası Adalet Divanına (UAD) yalnız devletlerin taraf olarak dava açmaları ve yargılamalarında olduğu gibi.

² Lyal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law For Serious Human Rights Violations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 1-2.

³ Sunga, *Individual*, s. 139. Lyal S. Sunga, *Emerging system of International Criminal Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 283. Aynı şekilde B. M. Güvenlik Konseyinin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluşuna ilişkin 25 Mayıs 1993 tarih ve 827 sayılı kararında bireylerin ağır insan hakları ihlallerinden dolayı yargılanacağını açık bir şekilde ifade etmektedir (5/25704 of 3 May 1993 ve 17 May 1993). Susanne Walther, "Problems in Blaming and Punishing Individuals For Human Rights Violation; The Example of The Berlin Wall Shooting", *Impunity and Human Rights in International Law And Practice*, Ed. Naomi Roht-Arriaza London, Oxford University Press, 1995, s. 103. Thomas Graditzky, "Individual Criminal Responsibility

Bu başlık altında uluslararası hukukta bireyin konumu incelenirken, bireylerin ağır insan hakları ihlallerinden dolayı uluslararası hukukta ne gibi hukuksal düzenlemelere tabi olduğu konusu irdelenecek ve bu konuya örnek teşkil eden Miloseviç davası incelenecektir.

Gerek doktrinde gerekse uygulamada, uluslararası hukukta bireyin durumuna ilişkin tartışmalar, bireyin uluslararası hukukta bir suje olup olmadığı konusu etrafında yapılmaktadır⁴. Günümüzde uluslararası hukuk, giderek artan bir şekilde, devlet'in yanı sıra, uluslararası örgütler, olaylar ve bireylerle de ilgilenmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı (UAD), bir kurum ve kişinin, uluslararası hukuk süjesi olabilmesini, bunların uluslararası alanda haklar ve yükümlülükler edinebilme ve bunları koruyabilme yeterliliğine sahip olabilme koşuluna bağlamaktadır⁵. UAD'nın bu doğrultudaki kararı, kimlerin uluslararası hukuk süjesi olabileceğini ve bunun için hangi hak ve yükümlülükler sahip olmaları gerektiğini belirlememektedir.

Uluslararası hukukta sujenin belirlenmesi, uluslararası toplumun gereksinimleri ile yükümlülük ve haklar edinebilme düzeyine bağlıdır⁶. Diğer bir deyişle, sujenin belirlenmesi, rastgele ve kendiliğinden oluşan bir durum değil, gerekli koşulların yerine getirilmesi halinde gerçekleşen bir durumdur.

İnsan haklarının ağır ihlallerinden hareketle, sorumlu bireylere ilişkin uluslararası hukuk düzenlemelerinin ortaya çıkışı, ancak uluslararası hukukun sadece devletlere değil aynı zamanda bireylere de uygulanmasıyla gerçekleşmektedir. Bir başka deyişle, insan haklarının ağır ihlallerine ilişkin hukuksal düzenlemelerin ortaya çıkışı ve bireyin sorumlu tutulabilmesi, ancak uluslararası hukukta bireyin konumunun belirlenmesi, uluslararası yükümlülükler ile haklar konu-

For Violations of International Humanitarian Law Committed in Non-International Armed Conflict", *International Review of The Red Cross (IRRC)*, No. 822, March 1998, s. 32.

⁴ Okan Beygo, "The Status of Individuals in International Human Rights Law", *Edip ÇELİK'e Armağan; Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet*, İstanbul, Engin Yayıncılık, 1995, s. 51. Uluslararası hukuk kapsamına giren konular hakkında doktrinde farklı ekoller mevcuttur. Klasik doktrine göre; devletler uluslararası hukukun tek ve kati konusu, süjesidir. Anzilotti'ye göre; bireyler uluslararası hukukun konusunu oluşturmazlar. Çünkü devletin, ulusal hukukun ve uluslararası hukukun izni olmadan bireyler herhangi bir sorumluluk ve yükümlülük yüklenemezler ve bireyler yaptıkları eylemlerden dolayı yargılanamazlar. Ayrıca bireylerin UAD'nında başvuru hakkı yoktur. Bireyler hiçbir olayda uluslararası hukuk çerçevesinde haklar ve yükümlülükler yüklenebilecek yeterliliğe ve sorumluluğa sahip değildirler. George Schwarzenberg, Torsten Geli, M. Siotto Pintor ve Guiseppe Sperduti bu klasik görüşü benimser.

⁵ Beygo, a.g.m., s. 52. *Reparation For Injuries Suffered in The Service of The United Nations Case* (adv. Op.), 1949, ICJ., rep. 174.

⁶ Sunga, *Individual*, s. 140. J. G. Strake, *Introduction to International Law*, Ninth Edition, yy, 1984, s. 56.

sunda bireyi kapsayacak ve bireylerin de uluslararası iddialar ileri sürebilmelerine olanak sağlayacak bir şekilde genişletilmesiyle mümkündür.

Birçok uluslararası hukuk uzmanı, bireyin uluslararası hukuktaki yeri konusunda farklı değerlendirmelerde bulunmakta ve soyut tartışmalara girmektedir. Bu nedenle biz, ilk önce uluslararası hukukta bireyin durumunu, daha sonra ise uluslararası hukukta bireysel sorumluluk konusunu irdeleyeceğiz.

B- ULUSLARARASI HUKUKTA BİREYİN KONUMU

Uluslararası hukukun klasik bakış açısını savunan uzmanlar, devletleri, uluslararası yükümlülük ve sorumluluk üstlenebilme yeterliliklerinden dolayı uluslararası hukukun tek sujesi olarak görürler⁷. Söz konusu uzmanlar, bu görüşlerine uygun olarak, bireyi, uluslararası hukukun sujesi olarak ele almazlar⁸. Öte yandan, bu görüşü savunanlar, bireylerin başka bir devletten veya uluslararası toplumdan koruma talep etme hakkı olmadığını ileri sürmektedirler.

İki büyük dünya savaşında ve sonrasında yaşananlar, klasik bakış açısının geçerliliğini giderek yitirmesine yol açtı. I. Dünya Savaşı sonrası kurulan Milletler Cemiyeti (MC), azınlıkların korunmasına ilişkin hazırladığı antlaşmalarla, bireye, karşılaştığı haksızlıklara karşı başvuru hakkı tanıdı⁹. Danzig, Saar, Trieste gibi serbest şehirlere ilişkin gerçekleştirilen hukuki düzenlemelerde, bireylere tanınan başvuru sistemiyle, eğitim hakkı, din ve vicdan özgürlüğü ile benzeri konularda bireylerin haklara sahip olduğu bildirildi¹⁰. Aynı şekilde, manda altındaki ülkelerde de benzeri sistemler kuruldu. Versailles Antlaşmasının getirmiş olduğu başvuru sistemiyle, 1922 yılında Polonya-Almanya'nın yukarı Silesia'da, bireylere başvuru hakkını içeren antlaşmanın imzalanması, bireylere uluslararası alanda talep hakkının tanındığının açık bir örneğidir¹¹.

Öte yandan, 1927 yılında, MC çalışanlarının ve bağlı kuruluşu olan Uluslararası Çalışma Teşkilatı (UÇT) çalışanlarının şikayetlerini inceleyecek bir idare mahkemesi kuruldu. Daha sonra, birçok uluslararası örgüt çalışanlarının disiplin, çalışma şartları ile hak ve yükümlülüklerine ilişkin hukuksal düzenlemeler be-

⁷ Sunga, *Individual*, s. 141. Beygo, a.g.m., s. 52.

⁸ R. Wieruszewski, "Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law : Individual Complaints", *Implamantation of International Humanitarian Law*, Ed. Frits Kalshoven- Yves Sandoz, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, s. 441.

⁹ M. Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, Beta Yayınları, 1997, s. 196.

¹⁰ M. Krowicv, "The Problem of International Personality of Individuals", *AJIL*, Vol. 50, 1956, s. 544. Beygo, a.g.m., s. 54. Sunga, *Individual*, s. 141.

¹¹ Glahn, a.g.e., s. 235-236. Korowicv, a.g.m., s. 533. Sunga, *Emerging*, s. 280. Beygo, a.g.m., s. 54.

nimsendi¹². Bu gibi düzenlemelerin yaygınlaşmasıyla, bireylerin, uluslararası hukukta hak ve yükümlülükler edinebilme sürecinde gelişmeler kaydedildi.

Bilindiği gibi, MC, II. Dünya Savaşı sonrası lağvedildi. Antlaşmalarla düzenlenen azınlık hak ve yükümlülükleri, evrensel insan hakları çerçevesinde garanti altına alınmaya başlandı. Savaş sonrası düzenlemelerde uluslararası hukukta bireyin durumu, insan haklarının korumasına ilişkin alınan önlemlerle birlikte gelişti.1947'den beri BM organları önünde insan hakları ihlallerinden dolayı bireyin hakları kavramı ileri sürülmeye başlandı¹³.

BM organlarının aldığı bu türden kararlar, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ndeki hak ve özgürlüklerin ihlallerini araştırma amacına yöneliktir. Bireysel hak ihlalleri, insan haklarının ağır şekilde ihlal edilmesi konusunda temel veriler sağlar¹⁴. BM bünyesinde bulunan "İnsan Hakları Komisyonu" ve "Azınlıkların Koruması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Alt Komisyonu" toplu insan hakları ihlallerini incelemektedir. Bu komisyonların, bireyi temel alan hak ihlallerini inceleme yetkisi yoktur¹⁵.

BM İnsan Hakları Komisyonu, BM kararları çerçevesinde bireysel müracaatları kabul etmektedir¹⁶. Komisyonun bu işleyişinden ayrı olarak, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi Ek Protokolü, bireysel şikayetlere işlerlik kazandıran bir sistem kurmuştur. Ek Protokol, bunu imzalayan ve bireysel başvuruyu kabul eden devletleri bağlayan yükümlülükler içermektedir. Benzer şekilde, "Her Türlü Irk Ayrımının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme", "İrk Ayrımının Ortadan Kaldırılması Komitesi"nin yetkilerini tanıyan devletlere karşı bireysel ve/veya grup başvuru olanaklarını tanıyan hükümler içermektedir¹⁷.

Devletler, imzalayıp yürürlüğe koydukları antlaşma ve sözleşme hükümlerinin bağlayıcılığı altına girmektedirler. Devletlerin, uluslararası alanda bağlayıcılıklarını kabul ettikleri birçok antlaşma ve sözleşmeler bireysel başvuru ve şikayet hakkını tanımaktadırlar¹⁸.

¹² GATT, WHO, UNESCO, ILO, FAO.

¹³ UNESCO, Resolution 75, 5 Ağustos 1947.

¹⁴ Glahn, a.g.e., s. 236-239.,

¹⁵ Sunga, *Individual*, s. 145.

¹⁶ Jack Donnelly, *İnsan Hakları*, Çev. Levent Korkut-Mustafa Erdoğan, Ankara, 1995, s. 219.

¹⁷ Sunga, *Individual*, s. 145-146.

¹⁸ B. M. İşkence Sözleşmesi, I. L. O. Dernek Özgürlük Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Birliği Antlaşması, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, UNESCO Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halklar Sözleşmesi. Wieruszewski, a.g.e., 443-450. Ayrıntılı bilgi için bkz; Antonio Cassese, "Individuals", *International Law : Achievements and Prospects*, Ed. Mohammed Bedjaoui, Paris, UNESCO, 1991, s. 116-117.

II.Dünya Savaşı sonrası yaşanan bu gelişmeler savaş öncesi durumdan farklılık arz etmektedir. Savaş öncesinde bireyin uluslararası hukuktaki durumu, bir azınlık antlaşması veya uluslararası örgütteki durumuyla sınırlanmıştı. Azınlıkların, azınlık antlaşması gereğince kendilerine tanınmış olan sınırlı hakların ihlali söz konusu olduğunda bireysel başvuru ve şikayet hakları vardı. Bunun dışında meydana gelen insan hakları ihlallerine ilişkin herhangi bir şikayet veya başvuru hakkı tanınmamıştı. II.Dünya Savaşı sonrası çeşitli insan hakları kuruluşları, insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruları incelemek ve araştırmak amacıyla çeşitli düzenlemelerde bulundular¹⁹.

Bütün bu gelişmelerin sonucu olarak, uluslararası hukuk, giderek artan bir şekilde bireyin kendi hareketlerinden dolayı sorumluluğun kabul etmesi yönünde gelişmeye başlamıştır²⁰.

C- ULUSLARARASI HUKUKTA BİREYSEL KİŞİLİK VE BİREYSEL SORUMLULUK İLİŞKİSİ

Uluslararası toplumun gereksinimleri ile gelişen sosyo-ekonomik ve siyasi gelişmeler, bireyi, uluslararası hukukun süjesi haline getirmiştir. Bireyin uluslararası alanda edindiği haklar ve bu hakları koruma yönünde harcadığı çabalar, bireyin uluslararası hukuk ile olan ilişkisini gündeme getirmiştir. Böylece birey, basit anlamda, bir uluslararası hukuk kişisi haline gelmiştir. Ancak, bireyin uluslararası hukuk kişisi olarak devletten sonra gelen bir durumu vardır. Zira, uluslararası hukuk kişisi olmak belli bir hareket ve yeterlilik gücü istemektedir. Bugün bireyler, bir çok konuda, uluslararası hukuktan yararlanma noktasında vatandaş olduğu devletin iznine ihtiyaç duymaktadır. Uluslararası hukukun temel işlevini devlet olmadan tam olarak açıklamak mümkün değildir. Dolayısıyla, devlet, uluslararası hukukun temel süjesi ve öncelikli konusudur²¹.

Günümüzde bireyler, devletin yaptığı antlaşmalar çerçevesinde uluslararası hukuktan yararlanabilmektedir²². Fakat, bu durum, bireyin uluslararası hukukun süjesi olmadığı anlamına gelmemektedir. Çünkü, uluslararası hukukun süjesini, uluslararası toplumun gereksinimleri, ortaya çıkan gelişmeler, antlaşma ve sözleşmeler belirler.

¹⁹ 20. Yüzyılda uluslararası hukukta bireyin ceza sorumluluğuna ilişkin iki olay dönüm noktası teşkil etmektedir. Bunlardan birincisi ; II. Dünya Savaşı sonrası başlıca savaş suçluların yargılandıkları Nuremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleridir. İkincisi; savaş mağdurlarının korunmasına ilişkin 1949 Cenevre Sözleşmeleridir.. Beygo, a.g.m., s. 61. 20. Cassese, a.g.m., s. 116-117.

²⁰ John T. Rourke, *International Politics on The World Stage*, Fourth Edition, Guilford, y. y., 1993, s. 273.

²¹ Sunga, *Individual*, s. 155.

²² Rourke, a.g.e., s. 278. Cassese, a.g.m., s. 118.

Mevcut uluslararası antlaşma ve sözleşmeler çerçevesinde ağır insan hakları ihlallerini gerçekleştiren bireyler uluslararası hukukça sorumlu tutulmaktadır²³. Dolayısıyla, uluslararası hukukta, birey ve devlet arasındaki yükümlülük ile hak ve görevler arasındaki ayırımın uyumlaştırılması yönünde gelişmeler yaşanmaktadır. Bireylerin, içerik, önem ve tür bakımından devletlerden farklı olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak farklı kurallara, düzenlemelere, yetki ve yükümlülüklerle tabi tutulması doğaldır.

Bireylerin uluslararası hukukun süjeleri olarak ele alınmaları ve devletlerden farklı uygulamalara tabi olmaları, uluslararası toplumun değerleri ve ihtiyaçlarına uygun bir şekilde gerçekleşmektedir. Uluslararası toplum, bu anlayışını, korsanlık, köle ticareti, soykırım v.b. suçlara ilişkin düzenlemeler yapmak suretiyle ortaya koymuştur²⁴. Nuremberg Mahkemeleri, II. Dünya Savaşı sırasında işlenen vahşet karşısında sorumlu bireyleri cezalandırmak amacıyla acil düzenlemeler yapmıştır. Daha sonra, uluslararası hukuk, bu gibi gereksinimler karşısında bireylere uygulanacak diğer düzenlemeleri belirleme konusunda gelişme halindedir²⁵. Günümüzde çalışmalarını sürdüren ad hoc niteliğindeki Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri ile sürekli nitelikteki Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi bu gelişmelerin bir neticesidir.

Ayrıca, uluslararası hukukta meydana gelen gelişmeler sonucu bireylerin toplumsal statüleri, onların ağır insan haklarından dolayı cezalandırılmalarına engel olmaktan çıkmıştır. Ağır insan hakları ihlalleri yapan bireyler, ister devlet başkanı, ister askeri lider veya kamu tüzel kişisi ya da özel bir kişi olsun cezalandırılır²⁶.

D- SAVAŞ HUKUKUNDA VE ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA BİREYİN CEZAİ SORUMLULUĞU

1- Genel Olarak

Savaş hukuku ve uluslararası insan hakları hukuku, farklı iki hukuk disiplini

²³ Edoardo Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law", *IRRC*, Vol. 81, No. 835, September 1999, s. 531.

²⁴ Pazarıcı, a.g.e., s. 171-183. Gary Komarov, Individual Responsibility Under International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal System, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, 1980, s. 23.

²⁵ Sunga, *Individual*, s. 156. Gerhard Von Glahn, *Law Among Nations*, sixth Edition, New York: Mac Millan Publishers, 1992, s. 879-880.

²⁶ L. C. Green, "Crimes Under The I. L. C. 1991 Draft Code", *War Crimes in International Law*, Ed. Yoram Dinstein-Mala Tabory, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 28-29. Virginia Moris-Michael P. Scharf, *An Insider's Guide to The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, Vol. 1, New York, Transnational Publishers, 1995, s. 91.

olmalarına rağmen, aralarında ortak noktalar da mevcuttur. Savaş hukuku uluslararası teamül hukukundan kaynaklanırken, uluslararası insan hakları hukuku II.Dünya Savaşı sonrası meydana gelen gelişmelere bağlı olarak imzalanan uluslararası antlaşma ve sözleşmelere dayanır.

Uluslararası insan hakları hukuku, devletlerin ve bireylerin hak ve yükümlülüklerini gösterir. Bu hak ve yükümlülükler, BM Şartı, BM İnsan Hakları Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi v.b. insan hak ve özgürlüklerini koruyan, geliştiren birçok uluslararası antlaşma ve şartlara dayanmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler barış zamanından ziyade savaş gibi, insanları tehdit eden durumların ortaya çıktığı zamanlarda uygulanır²⁷.

Savaş zamanlarında iki durum ortaya çıkar: Birincisi, devletin başlatma hakkı; ikincisi ise, savaşın yürütülmesi için gerekli harekâtlar ve bu harekâtlar sırasında insan haklarının korunması. Savaş sırasında uyulması gereken kurallar “La Haye Hukuku” ve “Cenevre Hukuku”nda düzenlenmiştir. Bunlara genel olarak “La Haye Hukuku” da denilmektedir²⁸.

Ağır insan hakları ihlalleri hem savaş hukukunda hem de uluslararası insan hakları hukukunda yasaklanmıştır. Savaş suçları, barışa karşı suçlar, insanlığa karşı suçlar gibi savaş hukukunun yasakladığı ağır ihlaller dışında, uluslararası insan hakları hukukunda bunlara ek olarak, barış zamanında soykırım, ırk ayrımı ve işkence gibi eylemler de suç sayılmış ve bütün bunlar, insan hakları ihlalleri olarak kabul edilmiştir.

2- Savaş Hukukunda Birey Sorumluluğu

Savaşlarda uyulması gereken kurallara ilişkin ilk düzenlemeler milattan önce (MÖ) 500. yıllarda Çin’in yaptığı antlaşmalara kadar uzanır. Bu tarihten sonra savaş ile ilgili kurallara Hint, Yunan, Roma, Hıristiyan ve İslam hukuklarında rastlamamız mümkündür. Bu hukuk sistemlerindeki düzenlemelerde dini öğelerin ağır bastığı görülmektedir²⁹.

Doğal hukuk sistemi içinde laik ve hiyerarşik öngörüyü, Grotius’un 1625 yılında yayımlanan “Savaş ve Barış Hukuku” adlı eserinde görmemiz mümkündür. Grotius, eserinde, devleti, uluslararası sistemin temel taşı olarak ele almakta; savaşı, meşru müdafaa halinde başvurulması gereken bir araç olarak ifade etmiştir³⁰.

²⁷ Ibid., s. 15-16.

²⁸ Graditzky, a.g.m., s. 54.

²⁹ Ibid. s. 16.

³⁰ Hugo Grotius, “De Jure Belli ac Pacis Libri Tres”, (çeviri), *Uluslararası İlişkiler ve Siyaset Teorisi Üzerine Bir Derleme*, Ed. Howard Williams, Moorhead Wright, Tony

Savaş hukukuna ilişkin uluslararası teamül kuralları, savaş suçularını yargılama hakkını savaşı taraflara vermektedir³¹. Bu çerçevede, savaşı taraflar, savaş hukukunun çiğnenmesi halinde yargılanacak suçlulara verilecek ceza konusunda serbest bırakılmaktadır. Buna göre, taraflar ölüm cezasını uygulayabilecekleri gibi hapis cezası da verebilirler. Bunun dışında, savaşı taraflar, suçluların karşılıklı serbest bırakılmaları, tazminat v.b. alternatif uygulamalarda da bulunabilirler.

Savaş hukukuna ilişkin olarak 19.yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında, uluslararası işbirliğinde önemli bir gelişme yaşandı. Devletler, savaş hukuku ve teamüllerini gözden geçirmek amacıyla 1899 ve 1907 yıllarında La Haye’de toplandı ve kısaca “La Haye Konferansları” denilen bu toplantılarda önemli kararlar alındı³².

La Haye Sözleşmelerinin temel amacı, savaş hukuku ihlallerini önleme ve kuralları ihlal edenleri kuralara uymaya zorlamaktır. Yine La Haye Sözleşmelerine göre, mağdur devlet, diğer devlet veya devletlerden ateşkes antlaşmalarını bozan bireyleri isteme ve yargılama hakkına sahiptir. Söz konusu Sözleşmeler, savaş hukuku kurallarını ihlal eden devletlerin uluslararası hukuk çerçevesinde sorumlu tutulacağını belirtmektedir. 1907 tarihli “La Haye IV. Sözleşmesi”nde, bireysel sorumluluk, devlet sorumluluğu çerçevesinde ele alınmaktadır³³. Bu Sözleşmede, bireylerin savaş hukuku kurallarını ihlallerinden dolayı yargılanmasının gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm yoktur³⁴.

I. Dünya Savaşı sonrasında müttefik devletler tarafından, savaş hukuku ve teamüllerini ihlal eden düşman devletler uyuğundaki kişileri yargılamak amacıyla gerekli düzenlemeleri yapacak bir komisyon oluşturdu. Versailles Antlaşmasına konulan hükümler, Alman Hükümeti’ne, savaş hukuku ve teamüllerini ihlal eden kişileri, yargılanmak amacıyla, müttefik devletlere teslimini şart koşmuştu³⁵. Versailles Antlaşmasınının 227-229. maddelerinde, devrik Alman İmpa-

Evans, Ankara, Siyasal Kitapevi, 1996, s. 12-133. Green, a.g.m., s. 20. Ahmet Haluk Atalay, *Uluslararası Hukukun Oluşumu; İlk Küreleşme Dönemi 1492-1648*, İstanbul, Göçebe Yayınları, 1997, s. 8-85.

³¹ Glahn, a.g.e., s. 870.

³² Wieruszewki, a.g.m., s. 442. Glahn, a.g.e., s. 871. La Haye düzenlemelerinde savaşın kaçınılmaz olduğu durumlar dışında savaş nedenlerini ve istekliliğini azaltma(1899 La Haye 2. nolu Sözleşme, 1907 La Haye 4. nolu Sözleşme), Savaşın La Haye düzenlemelerine göre yürütüleceği kararları v. b.

³³ Marek St. Korowicz, “ The Problem of International Personality of Individuals “, *AJIL*, Vol. 50, 1956, s. 544-546. L. C. Green, *Essays on The Modern Law of War*, New York, 1985, s. 84. Sunga, Individual, s. 20-22

³⁴ Greppi, a.g.m., s. 535-536.

³⁵ Sunga, *Individual..*, s. 20-22., Pazarcı, a.g.e., s. 175. Gross, Leo :*International Law and Organization*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 135-136. İlhan Lütem,

ratoru II. Wilhelm ile öteki savaş suçlarının, kurulacak bir Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanması öngörülmüştü³⁶. Ancak Hollanda'nın, ülkesine sığınmış bulunan II. Wilhelm'i iade etmemesi ve müttefiklerin de öteki savaş suçlarının yargılamasını Leipzig Mahkemesine bırakması sonucu bu hükümler uygulanamamıştı³⁷.

Uluslararası toplum, savaşı önleme yönündeki çabalarını I.Dünya Savaşı sonrasında da sürdürdü. 1928 yılında imzalanan Birand-Kellogg Paktı'yla, imzacı devletler, aralarındaki sorunları görüşmeler yoluyla çözmeye çalışacaklarını ve savaşa başvurmayacaklarını beyan etmişlerdi³⁸.

II. Dünya Savaşı sonrası müttefik güçlerce imzalanan St. James Deklarasyonu'nda, savaş suçlarının yargılanması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmişti³⁹. II. Dünya Savaşı sonrası müttefik güçler, I.Dünya Savaşı sonrası kurulan Leipzig Mahkemesi'nin başarısızlığını da göz önüne alarak, 8 Ağustos 1945 tarihinde "Londra Antlaşması"nı imzaladılar. Londra Antlaşması'nın eki durumunda olan savaş suçlarının yargılanmasını içeren "Nuremberg Şartı"nın 6.maddesi, bireylerin sorumlu tutulacağı suçları sıralamıştır. Bu Şarta göre bireyler, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçlardan dolayı yargılanabileceklerdi⁴⁰.

Nuremberg Şartı'yla birlikte, klasik devlet egemenliğinin gerektirdiği ve devlet egemenliğine bağlı yetkiler bağlamında gerçekleştirilen eylemlerden dolayı, bireyin sorumlu tutulamayacağı, sorumluluğun devlete ait olacağı, dolayısıyla bu eylemlerden ötürü sadece devletin yargılabileceği yolundaki görüş değişikliğe uğramıştır. Nuremberg öncesi savaş suçlarına ilişkin göze çarpan

Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1951, s. 24-26. Mahkemelerde 901 dava görüldü. Bunlardan 888 dava beratla, 13 davada da ceza verildi.

³⁶ Korowicz, a.g.m., s. 545.

³⁷ Pazarıcı, a.g.e., s. 174. Greppi, a.g.m., s. 535-536. Lütem, a.g.e., s. 2-24. Igor P. Blishchenko, "Responsibility in Breaches of International Humanitarian Law", *International Dimensions of Humaitarian Law*, Dordrecht, Kluwer Acedemic Publishers, 1988, s. 283.

³⁸ Oral Sander, *Siyasi Tarih*, C. II, 1989, Ankara, İmge Kitabevi, s. 21. Fahir Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, 5. Baskı, Ankara, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1988, s. 221-222. Lütem, a.g.e., s. 36. Bu Pakt ile imzacı devletler savaşı çıkarlarına ulaşmak için başvurmayacakları bir yol olduğunu taahhüt ettiler.

³⁹ Gross, a.g.e., s. 136.

⁴⁰ Sunga, *Individual*, s. 25. Pazarıcı, C. II, s. 175-177. Lütem, a.g.e., s. 64-65. Blishchenko, Igor P. : "Responsibility in Breaches of International Humanitarian Law", *International Dimensions of Humaitarian Law*, Dordrecht, Kluwer Acedemic Publishers, 1988, s. 284. Greppi, a.g.m., s. 537-538.

önemli bir husus, uluslararası hukuk çerçevesinde savaş suçlarından dolayı sadece devletin sorumlu tutulabileceğiydi. Böylece, savaş suçlarından dolayı bireyin sorumluluğu devletin inisiyatifine bırakılmıştı. Nuremberg Şartı'yla, devletin savaş suçlarından doğan sorumluluğunun yanında, bireyin de bu tür suçlardan sorumlu tutulabileceğinin kabulü, uluslararası toplumca geniş bir destek gördü. Bireyin uluslararası hukuktaki sorumluluğunun hukuksal kaynağı, Nuremberg Şartı'nın bireyin savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçlardan dolayı sorumluluğunu belirten ilgili hükümleridir⁴¹.

Bireyin savaş suçlarından dolayı sorumluluğu II.Dünya Savaşı öncesine dayanmakla birlikte, barışa karşı suçlardan dolayı sorumluluğu Nuremberg Şartı ile birlikte başlamıştır. Nuremberg Şartı'nın 6. maddesinde belirtilen barışa karşı suçlar ve bundan kaynaklanan birey sorumluluğu, uluslararası hukukta gelişmekte olan bir eğilimdir. Bu suç türünün uluslararası toplumda geniş destek görmesine ve bir çok yasal dayanağa sahip olmasına rağmen, gerek kavramın tanımı gerekse bu suça ilişkin birey sorumluluğunun çerçevesi belirlenmiş değildir⁴².

İnsanlığa karşı suçlardan doğan birey sorumluluğu kavramı, insan hakları kavramının uluslararası antlaşmalarda yer almaya başlamasıyla tartışılmaya başlanmıştır. 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmelerinde insan hakları kavramına değinilmiş; ancak bu kavram tanımlanmamıştır. I.Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında yapılan uluslararası antlaşmalarda, insan hakları ihalelerine değinilmiş ve bu ihallerden dolayı bireylerin sorumlu tutulabileceğinden söz edilmiş; ancak, bu konu savaş suçları kapsamında ele alınmıştır.

II.Dünya Savaşı sonrasında, savaş süresince Alman Devleti'nin Alman Musevilere ve diğer vatandaşlarına yaptığı soykırım ve kötü muamele, insan hakları ihallerini gündeme getirmiştir. Savaş suçları kapsamına Almanların Almanlara yaptığı muameleler girmediğinden, insanlığa karşı suçlar ayrı bir suç kategorisi olarak düzenlemeye tabi tutulmuştur. Nitekim, Nuremberg Mahkemelerinde, insanlığa karşı suçlar ayrı bir suç kategorisi olarak ele alınmış ve yaptırıma tabi tutulmuştur⁴³.

1949 Cenevre Sözleşmeleri, savaş zamanında sivilleri koruma amacına yönelik kurallara yer vermektedir. Bu kurallar, insan hakları ihallerinden sorumlu bireyleri cezalandırma yönünde hükümler içermektedir⁴⁴. Ayrıca, Cenevre Sözleşmeleri, birey sorumluluğuna ilişkin uluslararası kuralları kurumsal bağlamda geliştirmektedir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve ek protokolleri ile 1977 Cenevre

⁴¹ Glahn, a.g.e., s. 881. Ayrıntılı bilgi için bkz. Moris-Scharf, a.g.m., s. 91-96. Komarov, a.g.m., s. 23-24.

⁴² Sunga, *Individual*, s. 39.

⁴³ Glahn, a.g.e., s. 885. Lütem, a.g.e., s. 164.

⁴⁴ Green, a.g.m., s. 93-94. Blishchenko, a.g.m., s. 286. Graditzky, a.g.m., s. 32-33.

Sözleşmeleri ek protokolleri, gerek devlet gerekse bireylerin ağır insan hakları ihlallerinden dolayı imzacı devletleri bu ihlallere karşı BM Şartına uygun bir şekilde işbirliğine gitmeleri gerektiğine işaret eden hükümler içermektedir⁴⁵.

Birçok devletin -ulusal çıkarları doğrultusunda yapılmış- ulusal mevzuatı, insan hakları ihlallerini gerçekleştiren bireylerin soruşturulması ve yargılanmasını engelleyen hükümler ihtiva eder. Bu engellerin kaldırılması amacıyla 1968 yılında imzaya açılan ve 1970 yılında yürürlüğe giren “İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçlarına İlişkin Yasal Engellerin Kaldırılması Sözleşmesi” imzalanmıştır. Sözleşme gereğince imzacı devletler, BM Genel Kurulu’nun 11 Aralık 1946 tarihinde “ağır ihlallere” ilişkin aldığı karar ve 1949 Cenevre Sözleşmelerine göre yargılanmasıyla ve cezalandırılması gereken kişilere karşı yasal engellerin azaltılması ve bu alanda işbirliğine gitmeleri yönünde yükümlülük altına girmişlerdir⁴⁶.

İnsanlığa karşı suçlar, UHK’nun 1985 yılında tamamladığı çalışma raporunda kodifiye edilmiş ve böylelikle uluslararası hukukta yer almıştır. Günümüzde “Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi” (EYUCM) ve “Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi”(RUCM)’nde bireyler, insanlığa karşı işlenen suçlardan dolayı yargılanmakta ve cezalandırılmaktadır.

3- Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Birey Sorumluluğu

Bireyin uluslararası sorumluluğu, savaş hukukunda belirtilen suçlar dışında, uluslararası insan hakları hukukunda belirtilen suçlardan dolayı da söz konusu olmaktadır. Uluslararası insan hakları hukuku, soykırım, ırk ayrımı, işkence ve kölelik suçlarını insan hakları ihlalleri olarak kabul etmektedir. Uluslararası alanda yapılan bir çok antlaşmada bu eylemler yasadışı ilan edilmiştir. Söz konusu suçlar genel düzenlemelerle kurallara bağlanmış; birey sorumluluğu, köle ve köle ticareti suçu dışında, bu genel çerçeve içinde ele alınmıştır. Uluslararası insan hakları hukuku aşağıdaki suçları işleyen bireylerin uluslararası cezai sorumluluğunu kabul etmektedir.

a- Soykırım

1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi imzalanmadan önce uluslararası hukukta soykırımın barış zamanında yasaklanmasına ilişkin özel bir düzenleme yoktu. Bu döneme kadar soykırım eylemi, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları çerç-

⁴⁵ Glahn, a.g.e., s. 887-888.

⁴⁶ Sunga, *Individual*, s. 51-54. Christian Tomuschat, “Crimes Against The Peace and Security of Mankind and The Recalcitrant Third State”, *War Crimes in International Law*, Ed. Yoram Dinstein-Mala Tabory, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 45-47.

vesinde ele alınır.1948 yılında imzalanan “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi”, soykırımı, açık bir şekilde uluslararası hukuk suçu olarak belirtmektedir⁴⁷. Ayrıca, UAD 28 Mayıs 1951 tarihli Soykırım Sözleşmesine çekinceler konusundaki danışma kararında, anılan Sözleşmenin temelindeki ilkelerin, uygar uluslarca tanınan ilkeler olduğunu belirtmek suretiyle⁴⁸, soykırımın yasaklanmasının hukukun genel bir ilkesi olduğunu teyit etmiştir.

1948 tarihli Sözleşmenin 2. Maddesi, bir ırk, ulus, etnik grup veya dini grup üyelerinin tümüne veya bir bölümüne karşı girişilecek aşağıdaki eylemleri soykırım olarak tanımlamıştır :

- Grup üyelerinin öldürülmesi,
- Grup üyelerinin zihinleri veya bedenleri üzerinde ağır tahribat,
- Grup üyelerinin hepsinin veya bir kısmının yaşam koşullarına kasti olarak zarar vermek, onlar üzerinde fiziksel tahribatı planlı olarak yapmak,
- Grubun çoğalmasını önlemek amacıyla, doğumu engelleyecek önlemleri almaya, kişileri zorlamak,
- Çocukları zorla bir gruptan diğer gruba aktarmak⁴⁹.

İlgili Sözleşmenin 4.maddesinde soykırım eylemini veya Sözleşmenin 3. maddesinde belirtilen soykırımı planlayan, dolaylı veya dolaysız soykırım yapmaya teşvik veya tahrik eden, soykırım suçunun işlenmesine yardım eden amir, kamu görevlileri ve bireylerin cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Soykırım Sözleşmesinde, bireysel sorumluluğun, bir kamu görevli veya yasal sorumlu yönetici olunmasından dolayı ortadan kalkmayacağı belirtilmektedir (mad.4). Sözleşmenin 5. maddesinde ise soykırım suçunu işleyenler ve 3. maddesinde belirtilen suçları işleyen bireyler hakkında, etkili cezaların verilmesi gerektiğinden söz edilmektedir. Sözleşmenin 6. maddesinde soykırım suçunu işleyenlerin ve 3. maddesinde sıralanan eylemleri gerçekleştirenlerin, eylemin vuku bulduğu devletin mahkemesinde veya ilgili tarafların yargı yetkisini kabul ettiği bir Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanması gereğine değinilmiştir⁵⁰.

⁴⁷ Graditzky, a.g.m., s. 30-31.

⁴⁸ Pazarıcı, c II., s. 177.

⁴⁹ Sözleşme metni için bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler*, 2. baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1994, s. 251. Muzafer Sencer, *Belgelerle İnsan Hakları*, İstanbul, Beta Yayınları, 1988, s. 48. Greppi, a.g.e., s. 540.

⁵⁰ Sunga, Individual, s. 70. Pazarıcı, C. II., s. 179. Rosenne, Shabtai : “War Crimes and State Responsibility”, *War Crimes in International Law*, Ed. Yoram Dinstein And Mala Tabory, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 91. Gündüz, a.g.e., s. 252. Sencer, a.g.e., s. 142.

İlgili Sözleşme, Sözleşmede belirtilen suçların yargılanması amacıyla kurulmuş bir uluslararası ceza mahkemesinin bulunmadığı zaman ve durumlarda, söz konusu suçları işleyen bireylerin yargılanmasının, öncelikle, suçun vuku bulunduğu devletin sorumluluğunda olduğu belirtilmektedir(mad.6).

Soykırım suçunu işleyen üst düzey devlet yetkilisini soruşturma veya yargılama konusunda bir çok güçlükle karşılaşmaktadır. Romanya devlet eski başkanı Nicolae Ceausescu'nun yargılanması ve cezalandırılmasında olduğu gibi, bir devlet başkanının yargılanmasının söz konusu olduğu durumlarda da yargılama ve cezalandırma çok hızlı ve katı olmaktadır⁵¹.

Sözleşme, özel düzenlemelere gereksinim duyulan ağır insan hakları ihlallerine ilişkin yasal çerçevenin, uluslararası hukuk bağlamında, özel sorumluluk sistemi kapsamında, uluslararası toplumun işbirliğine gidilerek belirlenmesi gereğini belirtir. Sözleşme, soykırımı uygulanabilecek uluslararası hukuk kurallarının kurumsal çerçevede yürütülmesi gereğini vurgulayarak, bu durumun uluslararası düzeyde bireysel sorumluluğu sistematik bir şekilde ele almaya yönelik çok önemli bir aşama olduğunu belirtir⁵².

Soykırım suçu, Soykırım Sözleşmesi dışında, Cenevre Sözleşmelerinde de ağır insan hakları ihlalleri olarak kabul edilmektedir⁵³. Cenevre Sözleşmeleri hükümlerinin etkinlik kazanabilmesi için, taraf devletlerin, bu hükümleri iç hukuklarına uyarlayabilmelerine yönelik gerekli yasal düzenlemeler yapmaları ve pratik usuller oluşturmaları gerekmektedir. Bu düzenlemeler yapılmadığı takdirde, devletlerin Sözleşme hükümlerini uygulamalarını sağlayacak önlem ve yaptırım mekanizmaları Sözleşmede mevcut değildir⁵⁴. Oysa Soykırım Sözleşmesi, soykırım suçunun bir uluslararası suç türü olması ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin bir parçası olması nedeniyle, Sözleşme hükümlerinin sadece Sözleşmeden kaynaklanan bir nedenle değil, ayrıca yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı da uluslararası hukuk kişilerine uygulanacağını öngörmektedir.

b- Irk Ayrımı

Irk ayrımı; siyasal, sosyal ve ekonomik alanlarda yasa önünde bir ırkın diğer ırklardan farklı ayrıcalıklara sahip olduğu bir durumu ifade eder(mad.1)⁵⁵. Güney Afrika'da milliyetçi bir partinin 1948 yılında iktidara gelmesiyle bir

⁵¹ Sunga, *Individual*, s. 70.

⁵² Ibid, s. 71-72.

⁵³ Ibid, s. 72.

⁵⁴ Ibid, s. 72.

⁵⁵ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi metni için bkz. Sen- cer, a.g.e., s. 97-107.

devlet politikası haline getirilen ırk ayrımı (apartheid); beyaz azınlığın beyaz olmayan çoğunluğa karşı sosyo- ekonomik, siyasal ve hukuki alanlarda yasalar önünde ayrıcalıklarını ifade eder⁵⁶.

Güney Afrika’da yaşanan ağır insan hakları ihlalleri, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı faaliyetler ve bir çok masum insanın öldürülmesine yol açan ırk ayrımı politikasına bir karşılık olarak, 1971 yılında Gine ve Sovyetler Birliği tarafından “İrk Ayrımı Suçu Sözleşmesi” taslağı BM Genel Kuruluna sunuldu. Genel Kurul tarafından 30 Kasım 1973 tarih ve 3068 sayılı karar ile “İrk Ayrımı Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” kabul edildi⁵⁷.

Söz konusu Sözleşmenin 1. Maddesi, taraf devletlerin, ırk ayrımcılığını insanlığa karşı suçlardan saydığını, ırk ayrımı politika ve uygulamalarının insanlık dışı hareketler olduğunu, ırk ayrımı ve benzeri politikaların⁵⁸ uluslararası hukuk ilkelerini ihlal eden suçlar olduğunu kabul ettiklerini belirtir. Sözleşmenin 3. Maddesi, bu suça ilişkin olarak, ırk ayrımı suçunu işleyen, bu suça iştirak eden, söz konusu suçun işlenmesine teşvik ve yardım eden herkesi (bireyleri, kurumları ve devlet memurlarını) içine alacak şekilde sorumluluk kapsamını geniş tutmaktadır⁵⁹. Sözleşme, Nuremberg Şartı gibi, bireysel sorumluluğu kabul etmekte; bireylerin, ırk ayrımı suçuna katılmaları halinde cezaî sorumluluk alabileceklerini ifade etmektedir. Sözleşmenin 6. Maddesi, BM İnsan Hakları Komisyonuna, bireyleri, örgüt/kurum üyelerini, kamu görevlilerini, ırk ayrımı suçunun kapsamını belirten bir liste yapma konusunda yetkilendirmektedir. Sözleşme, Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallere ilişkin cezaî sorumluluğu çerçevesinde, uluslararası işbirliği sistemi içerisinde kurumsal kapsamda suç sorumluluğunu getirmiştir⁶⁰.

Günümüzde uluslararası toplumun önemli bir bölümü ırk ayrımcılığını insan hakları ihlali olarak değerlendirmektedir. “İrk Ayrımcılığı Sözleşmesi”, ırk ayrımcılığının, bireysel sorumluluğu gerektiren suçların başında yer aldığını belirtir⁶¹. Bireysel suç sorumluluğu, ağır insan hakları ihlallerini önleyici bir şekilde düzenlenmiştir. İrk ayrımcılığı suçundan dolayı sorumluluk, UHK’nun devlet sorumluluğuna ilişkin taslağında belirtilmekle birlikte, bireylerin bu suça ilişkin

⁵⁶ Sunga, *Individual*, s. 74.

⁵⁷ John F. Murphy, ” International Crimes”, *United Nations Legal Order*, Ed. Oscar Schachter – Cristopher Joyner, Vol. 2, Cambridge, Grotius Publications, 1995, s. 1006.

⁵⁸ Adam öldürme, ağır bedensel ve psikolojik zarar, işkence, insanlık dışı muamele ve cezalandırmalar, yasadışı hapis, bir grubun bir kısmına veya tümüne fiziksel tahribat getiren yaşam koşulları v. b. Sencer, a.g.e., s. 110.

⁵⁹ Pazarıcı, C. II., s. 183. Tomuschat, a.g.m., s. 55. Sencer, a.g.e., s. 111.

⁶⁰ Sunga, *Individual*, s. 77. Sencer, a.g.e., s. 114.

⁶¹ Murphy, *International*, s. 1006.

sorumluluğundan söz edilmemektedir. Güney Afrika'daki ırkçı yönetiminin devrilmesinden sonra ırk ayrımcılığından dolayı bireysel sorumluluk ilkesi kabul edilmiş ve ırk ayrımcılığı, cezaî yaptırım gerektiren bir suç olarak hukuksal düzenlemelerde yerini almıştır.

c- İşkence

Siyasal iktidar sahiplerince başvuru işkencenin tarihi, ilk çağlara kadar uzanır. Günümüzde işkence, bir çok ülkede sorgulama yöntemi olarak yaygın bir biçimde kullanılmaktadır. Bu nedenle işkence, modern zamanımızın insan hakları ihlallerine ilişkin bir sorunu olarak varlığını sürdürmektedir. Gerek bir çok uluslararası belgede gerekse UÇT gibi hükümet dışı uluslararası örgütlerin açıklamalarında işkencenin kınandığına rastlamak mümkündür⁶². II.Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukukun bir dalı olarak gelişme gösteren insan hakları hukuku, işkencenin ağır insan hakları ihlallerinden biri olduğunu kabul etmektedir. Uluslararası teamül hukuku çerçevesinde işkence suçu bireysel sorumluluğu gerektirmekte ve bu bağlamda tüm ülkeler bu suçu işleyen bireyleri yargılayabilme olanağına sahip olabilmektedir⁶³.

BM Genel Kurulunca 1948 yılında kabul edilen “Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi”nin 5. maddesinde “hiç kimse işkenceye ya da zulmedici, insanlık dışı, onur kırıcı işlem veya cezalara tabi tutulamaz” denilmektedir⁶⁴. Aynı şekilde, “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi”nin 10. maddesinin 1. fıkrası, “özgürlüğünden yoksun bırakılmış her kişiye insancıl ve insan onuruna yakışır bir şekilde davranılır” demektir⁶⁵. Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi, taraf devletlere, insan yaşamına son verme, insanlara kötü muamele etme, işkence yapma ve insan onuruna yakışmayacak hareketlerde bulunma yasağı getirmektedir⁶⁶. Buna benzer hükümler “Amerika İnsan Hak ve Yükümlülükleri Bildirgesi”, “Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı” ve “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nde de mevcuttur⁶⁷.

⁶² Jack Donnelly: *İnsan Hakları*, çev. Levent Korkut – Mustafa Erdoğan, Ankara, 1995, s. 234.

⁶³ Steven R. Rather- Jason S. Abrahams, *Accountability For Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Calendon Press, 1997,, s. 111.

⁶⁴ Bildirge metni için bkz. Sencer, a.g.e., s. 48. Gündüz, a.g.e., s. 182. Murphy, *International*, s. 1006-1007.

⁶⁵ Sözleşme metni için bkz. Sencer, a.g.e., s. 64.

⁶⁶ Sunga, *Individual*, s. 81.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız, Gemalmaz, a.g.e., s. 259-280. Donnelly, a.g.e., s. 225-230.

1975 yılında BM, tüm insanlığı, insanlık dışı ve aşağılayıcı davranış ve cezalardan, kötü muamele ve işkenceden koruma bildirgesini kabul etti⁶⁸. BM Genel Kurulu, 1984 yılında, “İşkence ve Diğer Aşağılayıcı ve İnsanlık Dışı Muamele ve Cezalara Karşı Sözleşme”yi kabul etti⁶⁹. Bu Sözleşmenin 16. Maddesinde, katılımcı devletlerin, işkence ve insan onurunu aşağılayıcı davranış ve cezaların uygulanmasını yasaklama ve bunları engelleme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. Yine Sözleşmenin 2. Maddesinde, birey sorumluluğuna işaret edilmekte; üst düzey yetkililerin ve kamu görevlilerinin işkenceyi⁷⁰ mazur gösteren uygulamalardan kaçınmaları gereği üzerinde durulmakta ve taraf devletlerin bu yönde idari ve yargısal önlemler alma yükümlülüğü altında oldukları ifade edilmektedir.

İlgili Sözleşmeyle, taraf devletler, kendi aralarındaki şikayetleri inceleyecek “İşkenceye Karşı Komite”nin yetkilerini kabul etmektedir. Ayrıca bireyler de Sözleşme yükümlülüklerinin katılımcı devletlerce ihlallerine ilişkin şikayetlerini Komiteye yapabileceklerdir⁷¹. BM İşkence Sözleşmesi dışındaki uluslararası belgeler, yalnızca devletleri bağlayan hükümlere yer vermekte, işkencenin uygulanması veya sorumluluğuna ilişkin olarak bireyi bağlayan hükümlere yer vermemektedirler⁷².

Günümüzde hükümetler, hükümetler arası örgütler, BM’ye danışmanlık hizmeti sunan hükümet dışı kuruluşlar ve BM özel raportörü, işkencenin sistematik bir şekilde devletlerin resmi uygulamalarında görmenin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bunun nedeni olarak da demokrasinin yeterince benimsenmemesini ve hukuk kurallarının yetersizliğini göstermektedirler. Buna karşın dünyanın bir çok ülkesinin anayasa ve yasalarında işkence, kötü muamele ve insanlık dışı hareketleri yasaklayan hükümler mevcuttur⁷³.

Özetlemek gerekirse; BM İşkence Sözleşmesi, işkenceyi önleme yönünde bireylerin uluslararası sorumluluğunu da içeren kuralların uluslararası alanda tanınması yönünde atılmış önemli bir adımdır. İşkenceden kurtulma çabası, resmi düzeyde insan haklarının korunmasına yönelik bilinen en önemli çabalardandır. Bunu UAD ve UHK’nun çalışmalarında görmekteyiz. Buna karşın işkence uygulamalarına hala bir çok ülkede rastlamak mümkündür. Bunun önüne geçmek için, iç hukukta işkenceyle ilgili gerekli normları oluşturmak ve bunları uygula-

⁶⁸ Rather-Abrahams, a.g.e., s. 110.

⁶⁹ BM Genel Kurulu 10 Kasım 1984’te sözleşmeyi kabul etti. 1985’te devletlerin imzasına açıldı. 1987’de sözleşme yürürlüğe girdi. Rather-Abrahams, a.g.e., s.110. Sencer, a.g.e., s. 155. Murphy, *International*, s. 1007.

⁷⁰ Sunga, *Individual*, s. 84. Sencer, a.g.e., s. 156-159. Gemalmaz, a.g.e., s. 252.

⁷¹ Sunga, *Individual*, s. 85. Gemalmaz, a.g.e., s. 252. Donnelly, a.g.e., s. 233-234.

⁷² Sunga, *Individual*, s. 85.

⁷³ Ibid, s. 86.

mak gerekir. Uluslararası hukuk da bu hedefe yönelmekte; ancak bunun için genel ve uygulanabilir kurallar ve yükümlülükler getirmelidir.

d- Kölelik

Kölelik ve köle ticaretinin yasaklanmasına ilişkin uluslararası çabalar 1815 Viyana Konferansına kadar uzanmaktadır⁷⁴. 1831, 1833 ve 1841’de Viyana’da imzalanan Antlaşmalar, 1862 Washington Antlaşması, 1885 Berlin Konferansı, 1890 Brüksel Konferansı v.b. uluslararası işbirliği çabaları, kölelik ve köle ticaretinin önlenmesi ve yasaklanmasına ilişkin önemli girişimlerdir⁷⁵. Kölelik ve köle ticaretinin her türü, uluslararası hukukun ihlalidir. Uluslararası hukukun genel ilkelerince de kölelik ve köle ticareti yasaklanmıştır⁷⁶.

1926 yılında imzalanan “Uluslararası Kölelik Sözleşmesi”, en eski tarihli çok taraflı insan hakları antlaşmalarındandır. Sözleşme, köleliği, gücünün tümünü veya bir kısmını başkalarının sahipliğinde bulunan kişinin durumu şeklinde tanımlar. Sözleşmenin 2. maddesi taraf devletlere köleliğin her çeşidinin ortadan kaldırılması ve yasaklanması yükümlülüğünü getirir⁷⁷. 1956 yılında imzalanan ek protokollerle, 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesine, “Kölelik Benzeri Uygulama ve Kurumlar ile Köle Ticareti ve Köleliğin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi” eklenerek genişletildi⁷⁸. Ek Sözleşme, katılımcı devletlere, küçük çocukları işgücü olarak kullanıp istismar etme, kadınların mirastan hak almalarını engelleme, beyaz kadın ticareti yapma yasağı ile serflik ve kölelik benzeri uygulama ve kurumların ortadan kaldırılması yükümlülüğünü getirmiştir(mad.1)⁷⁹.

II.Dünya Savaşı sonrasında kölelik ve benzeri uygulamaların yasaklanmasını içeren bir çok sözleşme imzalanmıştır. Bunun dışında UÇT da kölelik ve benzeri uygulamaların ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak üyeleri arasında işbirliğini teşvik eden kararlar almıştır⁸⁰.

Uluslararası hukukta köleliğe ilişkin bireysel sorumluluk ilkesi, 1926 Sözleşmesine ek 1956 Kölelik Sözleşmesi’nin 6. Maddesinde yer almaktadır. İlgili madde hükmünde, kölelik ve benzeri uygulamaların taraf devletlerce suç sayılması ve bu suçu işleyen bireylerin sert bir biçimde cezalandırılması gereği belirtilmektedir. Yine ek Sözleşme gereğince, katılımcı devletler, köleliğin ortadan

⁷⁴ Pazarcı, a.g.e., s. 173. Gemalmaz, a.g.e., s. 200.

⁷⁵ Sunga, *Individual*, s. 87.

⁷⁶ Rather-Abrams, a.g.e., s. 105.

⁷⁷ Sözleşme metni için bkz. Sencer, a.g.e., s. 193.

⁷⁸ Rather-Abrams, a.g.e., s. 106-107. Gemalmaz, a.g.e., s. 208.

⁷⁹ Sözleşme metni için bkz. Sencer, a.g.e., s. 200-205.

⁸⁰ Sunga, *Individual*, s. 90.

kaldırılması konusunda kendi aralarında ve BM ile işbirliğine gideceklerdir.

Uluslararası toplum, köle ticaretinin ortadan kaldırılması konusunda çok taraflı işbirliğinin yararlarına inanmaktadır. Devletleri, silahlı çatışma sürecinde meydana gelen soykırım, ırk ayrımı ve işkence gibi uygulamalara karşı ulusal ceza yasalarında önlemler almakla yükümlendiren uluslararası kurallar, bu gibi suçlarda birey sorumluluğuna ilişkin etkin ve özel önlemlerin alınmasını teşvik etmektedir.

Köleliğe ilişkin birey sorumluluğu, birey sorumluluğunu gerektiren diğer uluslararası kurallardan gerekçe ve formülasyon olarak farklılık gösterir. Kölelik suçu, yer ve kişi bakımından diğer ağır insan hakları ihlallerinden ayrılır. Önceleri birçok devlet köle ticareti yapmamasına rağmen, bireyler, kölelik ve benzer uygulamalar amacıyla insanları bir yerden başka bir yere taşımış, kaçırmış veya tutuklamışlardır. Köle ticareti, genellikle açık deniz alanlarında yürütülen bir faaliyettir. Bunun nedeni, açık denizlerin tarafsız deniz alanları oluşturmaları ve tek bir devletin egemenlik alanı içinde bulunmamalarıdır. Köle ticareti ve köleliğin ortadan kaldırılması için uluslararası işbirliğine özel ihtiyaç vardır.

Uluslararası işbirliği sonucu imzalanan çok taraflı sözleşmeler, insan haklarına olan duyarlılığın artması ve devletlerin bu konuya gösterdiği hassasiyet, köle ticareti ve benzeri uygulamaların yasaklanması ve uluslararası teamül hukukunun bir bölümü haline gelmesinde önemli rol oynamıştır. Uygulamalar göstermektedir ki; kölelik ve köle ticaretinin yasaklanmasına ilişkin uluslararası kurallar, uluslararası hukukun genel ilkeleri haline gelmiştir.

e- Ayrımcılık

Ayrımcılık; bir toplumda bir gruba mensup üyenin diğer grup üyelerinin sahip olduğu haklardan yararlanmaması veya bu hakların ihlal edilmesi temeli üzerine kuruludur⁸¹. Irk, cinsiyet, dil, din veya diğer hassas kriterlere dayanan ayırım üzerine kurulu ihlaller, geniş çaplı ve sistematik bir biçimde uygulanırsa, ayrımcılık olur. Ayrımcılık, insan hakları ihlallerinden sayılmaktadır⁸². Ayrımcılığın önlenmesine ilişkin uluslararası kurallar, uluslararası hukukun insan hakları ihlallerine ilişkin birey sorumluluğu ile iki şekilde ilintilidir. Birincisi, ayrımcılık yapmamaya ilişkin uluslararası kurallar soykırım, ırk ayrımı, kölelik gibi uluslararası suçların uluslararası hukukun bir parçası oluşturmasıdır. İkincisi, ayrımcılığın, uluslararası hukukta, insan hakları kuralarının nasıl olması gerektiğine ilişkin katkıda bulunmasıdır⁸³.

⁸¹ Rather-Abrams, a.g.e., s. 114.

⁸² Sunga, *Individual*, s. 93. Sencer, a.g.e., s. 109.

⁸³ Sunga, *Individual*, s. 93.

Birey sorumluluğu, savaş suçları, soykırım ve işkence gibi ağır insan hakları ihlallerinde görüldüğü gibi ayrımcılık suçunda da görülebilir. Birey sorumluluğunun, söz konusu suçlardan farklı olarak, ayrımcılık suçunda da ayrı bir yeri vardır. Ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin uluslararası belgelerde, öncelikli amaç, ayrımcılık yapan kuruluş, grup, birey ve resmi görevlilerin cezalandırılması hususunda önlemler almaya devletleri teşvik etmek ve devletlerin hükümet politikası olarak ayrımcılığı yasaklamasını sağlamaktır⁸⁴. Ayrımcılığa karşı uluslararası belgelerin en önemlileri “Birleşmiş Milletler Irk Ayrımı Bildirgesi” ve “İrk Ayrımının Tüm Çeşitlerinin Yasaklanmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”dir. Bu Sözleşme ve Bildirgede, ırk ayrımı yapan ve bu suçu işleyen bireylerin sorumluluğuna işaret edilmektedir⁸⁵. İlgili Sözleşme, ayrımcılığın insanlığa karşı bir suç olduğunu ve bu suçun cezaî sorumluluk gerektirdiğini belirtmektedir⁸⁶. Irk Ayrımı Sözleşmesi’nde, bireylerin ırk ayrımcılığını yasaklayan hükümler mevcuttur. Aynı zamanda Sözleşme, bu konuda taraf devletleri, dolaylı olarak bireylerin ırk ayrımı yapmamalarına ilişkin olarak önlemler alması yükümlülüğü altına sokmaktadır.

BM Irk Ayrımı Bildirgesi’nin 2. maddesinde; “hiçbir devlet, kurum, grup ve bireyin etnik köken, renk, ırk temelinde kurumlar, gruplar ve bireyler arasında temel özgürlükler ve insan hakları konusunda ayrımcı davranışlar gösteremeyeceği” ni belirtmektedir. 1945’ten beri ayrımcılık yapmama ilkesi kapsamında, kanunlar önünde bireysel haklar ve bireylerin eşit muamele ile karşılaşmalarını garanti altına alan uygulamalar geniş ölçüde uluslararası toplum tarafından kabul görmüştür. Bu kapsamda, uluslararası hukuk ile ulusal hukuklarda ırk ayrımcılığını yasaklayan hükümler mevcuttur. Dolayısıyla, ırk ayrımcılığı uygulamaları, uluslararası toplum tarafından hassasiyetle incelenmekte ve tepki toplamaktadır. İnsan hakları ihlallerine ilişkin bireysel sorumluluk, uluslararası toplumun ciddiyle ele aldığı bir konudur. Ayrımcılığın bireyler tarafından sistematik ve yaygın bir şekilde yapıldığına ilişkin belirtilerin ortaya çıkması halinde, yasal çerçevede bireysel sorumluluk mekanizması devreye girmekte ve uluslararası toplumun tepkisini çekmektedir.

E- MİLOSEVİC DAVASI

Bireylerin işledikleri ağır insan hakları ihlallerinden dolayı uluslararası alanda sorumlu tutulmalarının tarihi yenidir. I. Dünya Savaşına gelinceye kadar bireylerin savaş ve barış zamanlarında işledikleri insan hakları ihlallerinden dolayı uluslararası alanda yargılanmamakta, bu ihlaller devlet sorumluluğu kapsamında ele alınmaktaydı. I. Dünya Savaşında işlenen ağır insan hakları ihlalleri sonucu

⁸⁴ Ibid, s. 95.

⁸⁵ Sunga, *Individual*, s. 95. Sencer, a.g.e., s. 98-100.

⁸⁶ Tomuschat, a.g.m., s. 54-55.

uluslararası alanda bireylerin devlet sorumluluğu dışında sorumluluğa sahip olma gereği tartışılmaya başlandı.

I. Dünya Savaşından sonra Alman İmparatoru, uluslararası hukuk ihlallerinden dolayı uluslararası yargı önüne çıkarılmak istenmiş, ancak bu mümkün olmamıştı. Ancak, savaş sonrası savaş sırasında savaş suçu işleyen kişiler yargılanmış ve cezaya çarptırılmıştır. II. Dünya Savaşından sonra ise, müttefik devletler savaş sonrası dönemde Hitler'i savaş hukuku ve teamüller ihlal suçlarıyla insanlığa karşı suçlardan dolayı yargılamayı düşünüyorlardı, ancak Hitler'in ölümü nedeniyle bu amaç da gerçekleştirilememiştir. Fakat, insanlığa karşı suçlar, savaş suçu ve barışa karşı suç işleyen itilaf gücüne bağlı bireyler için ad hoc uluslararası ceza mahkemeleri kurulmuş yargılanma yapılmış ve cezalar verilmiştir. II. Dünya Savaşından 1990'lı yılların başına kadar bu gibi suçları işleyen bireyler uluslararası alanda yargılanmamıştır.

Soğuk savaşın bittiği 1990'lı yılların başında yaşanan olaylar, devletin üst düzey yetkililerinin gerek kendilerinin gerekse kendi emrinde olan kişilerin gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı cezaî sorumluluk almaları uluslararası kamuoyunun gündemine girdi. Bu gündeme gelişin nedeni, Irak'ın Kuveyt'i işgali sırasında işlenen suçlar, Eski Yugoslavya'daki çatışmalarda işlenen suçlar ve Şili Devlet Eski Başkanı Augusto Pinochet'in İngiltere'de bir süre göz altına alınması ve daha sonra Şili mahkemelerince -Pinochet iktidarı döneminde meydana gelen olaylar nedeniyle- Pinochet'e karşı dava açmalarıdır.

Günümüzde de, bu konu 1 Nisan 2001 tarihinde Federal Yugoslavya Cumhuriyeti (FYC) Devlet Eski Başkanı Solobodan Milosevic'in Yugoslavya'da göz altına alınması ve 29 Haziran 2001 tarihinde EYUCM'de yargılanmak üzere La Haye götürülmesiyle uluslararası kamuoyu, tekrar üst düzey devlet yetkililerinin işlenen uluslararası suçlardan dolayı bireysel cezaî sorumluluğu konusunda tartışıldı.

Milosevic, 1941 yılında Eski Yugoslavya'nın Pozarevac kasabasında doğdu. Yüksek öğrenimini Belgrad Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladı. 1983 yılına kadar Milosevic, çeşitli sektörlerde çalıştı, 1983 yılında siyasi yaşama atıldı. Milosevic 8 Mayıs 1989 tarihinde Eski Yugoslavya'nın altı özerk cumhuriyetlerinden olan Sırp Cumhuriyeti başkanlığına getirildi. Milosevic, 1990 yılında da Sırp Sosyalist Parti başkanlığına getirildi. 1990 yılında Sırp Cumhuriyeti anayasasının değiştirilmesiyle yapılan seçimlerde Milosevic başkanlığa tekrar seçildi. Milosevic, 1992 yılında yapılan başkanlık seçimini kazandı. Milosevic, bu görevi 1997 yılına kadar sürdürdü. 1997 yılında yapılan devlet başkanlığı seçimlerine katılarak, seçimi kazandı. Miloseviç, 2000 yılında yapılan FYC seçimlerini kaybederek iktidardan düştü⁸⁷. Millosevic 2001 nisan ayında FYC'inde yakalanarak La Haye'de bulunan EYUCM'sine teslim edildi.

⁸⁷ Milosevic case no. IT-99-36-I Amended Indictment 29 June 2001 (ICTY).

EYUCM'de Milosevic hakkında dava açıldı.EYUCM'de açılan davanın iddianamesinde, Milosevic'in iktidarda olduğu süre içerisinde Kosova'daki Arnavutlara karşı uyguladığı politikalar nedeniyle savaş hukuku ve teamüllerini ihlal ettiği ve insanlığa karşı suçlar işlediği savunulmaktadır. İddianamede, Milosevic ve emri altındaki Milan Milutinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub Ojdanic ve Vljako Stojiljkovic ile birlikte 1 Ocak 1999 ile 20 Haziran 1999 tarihleri arasında FYC sınırları içerisindeki Kosova'da Arnavutlara karşı şiddet ve terör politikaları planladıkları, teşvik ettikleri ve bu konularda kolaylıklar sağladıkları ileri sürüldü⁸⁸.

Terör ve şiddet kampanyası, FYC ordu, polis ve paramiliter guruplarca Arnavutların imhasına yönelik girişilen bir hareketti. Bu kampanya, Arnavutların öldürülmesi ve göçe zorlanması temeline dayanmaktaydı. Bu amaç gereğince Milosevic ve yukarda isimleri belirtilmiş olan kişiler bir plan hazırlayıp uygulamaya soktular. Plan gereğince, FYC ordusu ve Sırlar sistematik bir şekilde Arnavutları Kosova'dan göçe zorlayacak ve yerlerine Sırları yerleştireceklerdi. Bu amaçla, Arnavutlara şiddet ve terör uygulanarak bir korku havası yaratılarak Arnavutların göç etmesi sağlanacaktı⁸⁹.

Yine bu çerçevede, Kosova'daki Arnavutlara ait ekonomik değerler çeşitli yöntemlerle ellerinde alınacak veya Kosova'da bulunan Sırlar sistemli ve planlı bir şekilde kışkırtılarak bu ekonomik değerler tahrip edilerek Kosova Arnavutlardan temizlenecekti. Bu amaç paralelinde, Arnavutlara fiziksel şiddet uygulanarak siyasi, dini v.b. gerekçelerle insanlık dışı muamelelerde bulunulacaktı. Bunun yanında Arnavutlara ait resmi belgeler, kimlik belgesi dahil olmak üzere, yok edilecek ve Arnavutlar Makedonya ve Arnavutluk sınırlarına sürülecekti.

Milosevic'in uygulamaya başladığı bu politikalar sonucu yaklaşık 740.000 Kosovalı Arnavut Kosova'dan göç'e zorlandı. Bu kapsamda, Milosevic'in emir ve desteği ile FYC ordusu ile Sırlarca siyasi, ırksal ve dini gerekçelerle, Kosova'nın Grajkove, Gjilan, Mitrovice, Prizen, Slenderaj, Suhareke ve Ferizaj yerleşim yerlerinde Arnavutlara ait mülkler imha edildi, bir çok masum sivil insan katledildi ve Arnavutlara ait resmi belgeler tahrip edildi⁹⁰.

Bu eylemlerdeki rolü nedeniyle EYUCM savcısı Milosevic hakkında hazırladığı iddianamesinde, aşağıda belirtilen EYUCM Statüsünün ilgili maddeleri çerçevesinde Milosevic'in savaş hukuku ve teamüllerini ihlal ettiğini ve insanlığa karşı suçlar işlediğini iddia etmektedir:

- EYUCM Statüsünün 5(d) fıkrası gereğince, Milosevic sivilleri zorla sürgün

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

etmeden dolayı insanlığa karşı suç işlemiştir.

- EYUCM Statüsünün 5(a) fıkrası gereğince, Milosevic masum insanları öldürme emri vermesi nedeniyle insanlığa karşı suç işlemiştir.

- EYUCM Statüsünün 3(a) fıkrası gereğince, Milosevic'in, masum insanların öldürülmesi için planlar hazırladığı, uyguladığı ve bu konularda emir verip yardımda bulunduğu, bunun sonucunda da bir çok masum insanın ölümüne sebebiyet vermekten insanlığa karşı suç işlediği belirtilmiştir.

- EYUCM Statüsünün 5(h) fıkrası gereğince, Milosevic'in insanları siyasi, ırksal ve dini nedenlerden ötürü yargılamasına izin vermesinden dolayı insanlığa karşı suç işlemiştir⁹¹.

Milosevic, 15 Temmuz 1997 tarihinde FYC devlet başkanlığına seçildi. Milosevic bu sıfatla, FYC Ordusu Başkanı, FYC Yüksek Savunma Konseyi Başkanı, Sırbistan ve Karadağ Cumhuriyetleri Devlet Başkanı olarak "Ulusal Savunma Planı" uygulamasından sorumlu en yetkili kişi idi. Ayrıca, Milosevic taşıdığı sıfatla FYC polisi ve devletin diğer kurumları üzerinde yetki sahibiydi. Dolayısıyla, Milosevic, kendi altındaki görevlilerin işledikleri suçları önleme yönünde gerekli önlemleri almamıştır. Bu suçların planlanması, hazırlanması, teşvik edilmesi, suçların işlenmesi emrinin verilmesi ve bütün bu konularda ilgililere yardım etmesi açısından Milosevic sorumluluk altına girmiştir.

Bu gerekçelerden dolayı EYUCM savcısı, Milosevic'in EYUCM Statüsünün 7(a) fıkrası gereğince bireysel cezaî sorumluluğu ve 7(c) fıkrası gereğince amirin cezaî sorumluluğu çerçevesinde savaş hukuku ve teamüllerini ihlal ettiğini ve insanlığa karşı suçlar işlediğini iddia etmiştir⁹².

Milosevic, EYUCM yargı yetkisini kabul etmemekte⁹³, bundan dolayı da savunma yapmayı reddetmektedir.

SONUÇ

Yüzyıllardan beri insan hakları ihlalleri ve bu ihlalleri yapan bireyleri yargılama düşüncesi savunulmaktadır. Bazı devletler ilk önce iç hukuklarında buna ilişkin düzenlemelere gitmişlerdir. Ancak, başka uyruktaki bireylerin bu ihlalleri yapmaları halinde herhangi bir yargılanmanın yapılmaması uluslararası kamuoyunu rahatsız etmekteydi. Bu durum ilk önce devlet sorumluluğu kapsamında ele alınmaya çalışılmış, ancak istenilen sonuç alınmamıştır. Özellikle I. ve II. Dünya Savaşları sırasında işlenen soykırım ve insanlığa karşı suçlar, uluslararası kamuoyunun bu kişilere karşı tepkisini yükseltmesine neden olmuştur. Bu nedenle,

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ Milosevic, BM'nin bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasına yetkisi olmadığını ileri sürerek savunma yapmayı red etmektedir.

II.Dünya Savaşı sonunda ad hoc nitelikte Nuremberg ve Uzak-Doğu Uluslararası Ceza Mahkemeleri kurulmuştur.

Bu gelişmeler, devlet sorumluluğunun dışında bireylerin uluslararası ceza sorumluluğu varlığının uluslararası antlaşmalara girmesine sebep olmuştur.II.Dünya Savaşı sonunda soykırım, ırk ayrımcılığı, kölelik, savaş suçları,siyasal ve medeni haklara ilişkin sözleşmeler vb. uluslararası sözleşmelerde bireyin uluslararası ceza sorumluluğunu belirtilmektedir. Ancak, söz konusu sözleşmeler yaptırımları devletlere bırakmakta, uluslararası bir yargı organı kurmamıştır.

Bu süreç içinde uluslararası toplumun insan haklarına olan ilgisi artmıştır. 1990'lı yılların başlarında Eski Yugoslavya ve Ruanda da işlenen insanlığa karşı suçlar ile savaş suçları, uluslararası toplumun varolan hassasiyetini doruğa taşımıştır.Bunun neticesinde, BM EYUCM ile RUCM'lerini kurmuştur.Bu mahkemeler bireyleri, toplumdaki statüleri ne olursa olsun savaş suçları ile insanlığa karşı suçlar işlemeleri halinde, yargılamaktadırlar. Başka bir deyişle, bu Mahkemeler ister devlet başkanı ister ordu komutanı veya siyasi bir lider olsun savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işleyen bireyleri kendi yargı yetkisi çerçevesinde yargılama ve cezalandırma yetkilerine sahiptir.

Bu konuda en güncel örnek EYUCM'de Eski Yugoslavya Devlet Başkanı Slobodan Milosevic'in yargılanmasıdır.EYUCM, Milosevic'i bir birey olarak işlediği suçlardan dolayı yargılamaktadır.Bu durum bireylerin taşıdıkları sıfatlardan dolayı işlemiş oldukları savaş suçu ve insanlığa karşı suçlardan dolayı bağışık olamayacağına iyi bir örneğini oluşturmaktadır.

Günümüzde, bireylerin uluslararası ceza sorumluluğu konusundaki gelişmeler sürmektedir.Devletler ve uluslararası örgütler buna ilişkin yeni antlaşmalar imzalamakta ve yeni organlar kurmaktadır. BM'nin 1998 yılında statüsünü imzaya açtığı ve Temmuz 2002 yılında çalışmalarına başlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi sürekli niteliğe sahiptir.Mahkeme,statüsüne taraf devletlerin vatan-dışı veya bu devletlerin sınırları içerisinde insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım suçlarını işleyen bireyleri yargılama yetkisine sahiptir.

Bireylerin uluslararası ceza sorumluluğunun yaptırımlara bağlanması ve uygulanması gelecekte olabilecek insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları konusunda bireyleri caydırma konusunda etkiye bulunması beklenebilir. Ancak, tüm gelişmelere rağmen bu konudaki yaptırım yetersizliği ve devletlerin ortak bir konsensüse varmamaları var olan yaptırımların etkisini azaltmakta veya yok etmektedir.

AVRUPA PARLAMENTOSU: KARAR ALMA SÜRECİ VE YETKİLERİ

Hasan KARAKILIÇ*

I. GİRİŞ

Avrupa Topluluklarının kurucu antlaşmaları, bağımsız devletler arasında imzalanmış uluslararası antlaşmalar niteliğindedir. Bu anlamda Toplulukların uluslararası hukuk teknikleri kullanılarak kurulduğu söylenebilir. Ancak kurucu antlaşmalar alışılmışın dışında Parlamento, Konsey, Komisyon ve Adalet Divanından oluşan “dörtlü (quadripatite) bir kurumsal yapı” geliştirmişlerdir. Bu durum doktrindeki bir takım yazarlar tarafından Toplulukların paradoksu ya da orijinallığı olarak nitelendirilmektedir¹.

Bugün Avrupa Birliğini oluşturan kurumsallaşma incelendiğinde şu durum gözlenecektir: Tepede anayasal olarak nitelenebilecek kurucu antlaşmalar² yer almakta ve bu kurucu metinlerle Topluluk kurumlarına bir takım yetkiler verilmektedir. Kurumlarda bu yetkileri kullanarak gerekli düzenlemeleri yapmakta

* Celal Bayar Ün. İ.İ.B.F. İşletme Bölümü Araştırma Görevlisi; Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

¹ Tezcan, Ercüment: **Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 2.

² Avrupa Topluluklarını oluşturan kurucu antlaşmaların anayasal niteliği ve Avrupa Birliği hukukunun niteliği konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Arsava, A. Füsün**: “Kurucu Antlaşmaların Avrupa Birliği Anayasasına Dönüşmesi”, Ankara Üniversitesi, Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi, **ATAUM Bülten**, Bahar 2002, s.2. ; **Arat, Tuğrul**: “Avrupa Toplulukları Hukuku”, **Avrupa Birliği El Kitabı**, TC Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995, s. 47 ve devamı; **Kabaalioğlu, Haluk**: **Avrupa Birliği ve Kıbrıs Sorunu**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1997, s.101 vd; **Arsava, A. Füsün**: “Avrupa Birliğinin Kurumsal Yapısı ve Karar Alma Süreci”, **Avrupa Birliği El Kitabı**, T.C. Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995, s. 53 vd.

ve sistemin işlemlerini sağlamaktadırlar. Bununla birlikte, Toplulukların kurumsal yapısının yasama, yürütme ve yargı biçiminde ifade edilen Montesquieu'nun güçler ayrılığı ilkesi ile de bire bir örtüşmediği ortadadır. Aynı zamanda başka bir anlatımla, topluluğun kurumsal yapısı klasik uluslar arası örgütlerin kurumsal yapısından farklı, ancak güçler ayrılığıyla da tam örtüşmeyen bir durum arz etmektedir.

II. AVRUPA BİRLİĞİ KURUMLARI

Avrupa Birliği Antlaşmasının³ 3. maddesinde Birliğin, Topluluk müktesebatına tamamen saygı içinde ve bunu geliştirerek hedeflerine erişmek için, yürütülen faaliyetlerin bütünlüğünü ve sürekliliğini sağlayan tek bir kurumsal çerçeveye sahip olduğu belirtilmektedir. Aynı antlaşmanın 5. maddesinde Avrupa Parlamentosu, Konsey, Komisyon, Adalet Divanı ve Sayıştay, bir yandan Avrupa Topluluklarını kuran antlaşmaların ve bunları değişikliğe uğratan ve tamamlayan anlaşma ve senetlerin hükümlerinde, diğer yandan bu antlaşmanın diğer hükümlerinde öngörülen koşullar ve amaçlar çerçevesinde yetkilerini kullanır hükmü yer almaktadır.

Birliğin kurumsal çerçevesi ve birliği oluşturan organlar kurucu antlaşmalar da bu şekilde yer almaktadırlar. Bu anlamda kısaca belirtmek gerekirse Konsey, yürütmeye ilişkin yetkileri de bulunan bir yasama organı, Komisyon yasama yetkisi de tanınmış olan bir yürütme organı, Parlamento'da denetim ve ortak karar prosedürü gereği olarak karşımıza çıkmaktadır⁴.

AB'nin kurumsal yapısı incelendiğinde dikkati çeken bir nokta da, kurumsal yapıda yer alan kurum ve organların kendilerine devredilen yetkiler çerçevesinde faaliyet göstermeleridir. Daha açık bir ifadeyle kurum ve organların, üye devletlerin ulusal organlarının yerlerine geçip, her konuda karar almalarının sözkonusu olmamasıdır. Kurum ve organlar, ancak belirli konularda ve yetkilendirildikleri ölçüde karar alma yetkisine sahiptir⁵.

III. AVRUPA PARLAMENTOSU

AB'nin kurumları arasında yer alan "Avrupa Parlamentosu" ilginç özellikleri olan bir oluşumdur. Uluslararası kuruluşlarda parlamenter temsilcilere yer ve-

³ Topluluk 7 Şubat 1992 tarihinde Maastricht'de yapılan anlaşmadan beri Avrupa Birliği olarak anılmaktadır. Aynı zamanda Maastricht Antlaşması için Avrupa Birliği Antlaşması terimi de kullanılmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Baykal, Sanem-Tuğrul Arat**, "1990-2001 AB'yle İlişkiler", Baskın Oran (ed.), **Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, cilt. II**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001, s. 329 ve devamı.

⁴ **Tezcan**, s. 7.

⁵ **Tezcan**, s. 8.

rilmesi 2. Dünya savaşından sonra ortaya çıkan bir gelişme olmuştur. 1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi'nin, bir yandan dışişleri bakanlarını bir araya getiren "Bakanlar Komitesi" ve diğer yanda, üye devletler yasama organlarından seçilen temsilcilerden oluşan "Danışma Meclisi", Avrupa Konseyi'nin iki temel organını oluşturmuştu. Daha sonra İskandinav ülkelerinin 1952 yılında kurdukları "Nordic Council" Kuzey Konseyi'nin Parlamenter Meclisi, 1954 yılında kurulan Batı Avrupa Birliği'nin üye devletlerde yasama organı üyelerinden seçilen kişilerden oluşan Meclisi, Benelüks ülkelerinin 1955 yılında teşkil ettikleri "Benelüks Parlamentolar arası Danışma Konseyi" bu arada sayılabilir⁶.

Bugün AB'yi oluşturan Topluluklardan ilki olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT)'nin kurumsal yapısı içinde parlamenter nitelikte bir organın bulunması gerektiği fikri, Schuman Planının 9 Mayıs 1950 tarihinde açıklanmasından hemen sonra, planın fikir babası sayılan Jean Monet'nin Londra'ya yaptığı bir gezi sırasında ortaya atılmış ve 20 Haziran 1950'de AKÇT antlaşmasını hazırlayan diplomatik konferansta Fransız hükümeti tarafından resmen önerilmişti.

1951 yılında Paris Antlaşması ile kurulan AKÇT'den sonra 1957 yılında Roma'da imzalanan antlaşmalarla kurulan iki yeni Topluluk, Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom enerjisi Topluluğu (EURATOM) için de parlamenterlerden oluşan bir kuruma yer verilmişti. Bu durumda her üç Topluluğa ayrı ayrı meclis oluşturması yerine tek bir meclisin bu görevi üstlenmesi uygun görülmüştür⁷.

Önce AKÇT için "ortak meclisi" ve daha sonra her üç Topluluk için müşterek olan Meclise⁸ üye devletler parlamentolarından, "Avrupa ideallerine inanmış" kişiler seçilmiş ve bu kurumun, "Avrupa'nın vicdanı" olduğu ifade edilmiştir. Burada önemli olan bir nokta Meclis'te görev alan üyelerin, Topluluğa üye devlet hükümetlerini değil de, halklarını temsil etmeleridir. Toplulukları kuran antlaşmalarda, AP'nin "Toplulukta bir araya gelen devletlerin halklarının temsilcilerinden" oluştuğu vurgulanmaktadır (AKÇT Ant. Mad. 20, Euratom Ant. Mad. 107, AET Ant. Mad. 137). Bu nedenle parlamenterlere, üye devlet hükümetlerinin veya herhangi başka kurum veya kuruluşun talimat vermesi düşünülemez. Zaten AP'de üyeler geldikleri ülkelere göre değil, mensup oldukları siyasi parti gruplarına göre oturmaktadırlar.

Kurucu antlaşmalarda Avrupa Parlamentosu terimi kullanılmamış, daha az iddialı olan "Asamble" veya "Meclis" terimi tercih edilmişti. Kurucu antlaşma-

⁶ Kabaalioglu, s. 145.

⁷ Kabaalioglu, s. 146.

⁸ Lasok, D. / Bridge, J. W: -Introduction to the- Law and Institutions of the European Communities, Butterworths, London, 1979, s. 133.

larda yer almamasına rağmen Meclis 30 Mart 1962’de bir karar alarak, kendi kendine “Avrupa Parlamentosu” teriminin kullanılmasını uygun gördü⁹.

Meclis’in kendi kendine isim değişikliğine gitmesi Topluluk kurumlarından bazıları tarafından kabul görmedi. Komisyon ve ATAD “Avrupa Parlamentosu” adını kullanırken, Konsey ısrarla antlaşmalarda yer alan “Meclis” (Asamble) deyimini kullanmaya devam ediyordu.

Avrupa Parlamentosuna üyelerin doğrudan seçimi ile ilgili tartışmalar ve görüşmeler sürerken, Parlamento, Konsey ve Üye Devletler üzerinde baskı yaparak, “Meclis” (Asamble) kelimesi yerine artık “Avrupa Parlamentosu” teriminin kullanılmasını talep etti ise de Konsey, 1 ve 2 Nisan 1976 tarihli oturumlarında bu isteği reddetti. Ancak bunu yaparken, Konsey söz konusu kurumu “Avrupa Parlamentosu” olarak anmakla bu ifadenin iyice yerleştiğini kabul etmiş oluyordu¹⁰. “Avrupa Parlamentosu” terimi ilk kez 1986’da Avrupa Tek Senedi ile kabul edildi¹¹ ve isim değişikliği antlaşmalarda yapılan bu değişiklikte resmileştirilmiş oldu.

1979 yılından beri Avrupa Parlamentosu üyeleri doğrudan seçimler yoluyla halk tarafından seçilmeye başlandı¹². Parlamento üyeleri, 5 yıllık bir süre için Avrupa Birliği yurttaşları¹³ tarafından seçilmektedirler. Amsterdam Antlaşması ile Parlatentonun üye sayısı 700 ile dondurulmuştu (AT ant. madde 189). Böylece AB’ye üye devletlerin nüfuslarına oranla tespit olunan temsilci sayısının,

⁹ **Kabaalioğlu**, s. 147.

¹⁰ **Kabaalioğlu**, s. 147

¹¹ **Pinder, John: European Community, -The Building of a Union-**, Oxford University Pres, Oxford-New York, 1992, s. 37.

¹² **Christiansen, Thomas**, “European and Regional İntegration”, John Boylis-Steve Smith (ed.), **Globalisation of World Politics**, Oxford University Pres, Oxford 2001, s. 502-503.

¹³ Maastricht Antlaşması ile AT Antlaşmasına eklenen 8. maddede (yeni numaralandırmada 17. madde) bir Birlik yurttaşlığı tesis edilmiş ve “üye devletlerden herhangi birinin vatandaşları olan kişi Birlik yurttaşlarıdır” hükmü getirilerek bu konudaki temel ilke ifade edilmiştir. Maastricht Antlaşması’yla tesis edilen Birlik yurttaşlığı, üye devlet vatandaşlığına ek bir statüdür, yani üye devlet vatandaşlığına bağlıdır. Daha önce var olan haklar grubunda yer alan serbest dolaşım ve ikamet hakkıyla Avrupa Parlamentosuna dilekçe hakkına ek olarak, Avrupa Parlamentosu seçimlerinde ve yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkı, arabulucuya başvurma hakkı, bütün üye devletlerin diplomatik ve konsolosluk makamlarının sağladığı korumadan yararlanma hakkı Maastricht Antlaşması ile getirilen yeni haklar grubunda yer almaktadır. Bkz. **Tezcan, Ercüment: Avrupa Birliği Hukuku’nda Birey**, İletişim Yayınları, İstanbul 2002, s. 27-28; ayrıca, **Gautron, J. C.** “Avrupa Yurttaşlığı ve Fransa’daki Hukuki-Siyasi Tartışmalar” (**çev. Durmuş Tezcan**), M. Ü. AT Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, cilt 5, sayı 1-2, 1997, s. 226; **Arsava, A. Fusun**: “Avrupa Birliği Hukukunda Yurttaşlık Kavramı”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, sayı 2, 1998, s. 293.

AP'nin üye sayısını -bir sınırlama ile bağlı olmadan- belirlemesine ve toplantıların yapılmasının güçleşmesine engel olunmak istenmişti¹⁴. Ancak Birliğin genişleme stratejisi doğrultusunda yeni üyelerin katılımının söz konusu olması nedeniyle, Nice Zirvesi öncesi toplanan Hükümetlerarası Konferansta, Avrupa Parlamentosunda üye devlet başına düşen milletvekili sayısının yeniden düzenlenmesi gündeme gelmiştir. AB'nin kurumsal yapısında önemli değişikliklerin yapıldığı nice Zirvesi ile kabul edilen yeni değişikliklerle, 2004-2009 döneminde gerekirse, mevcut üye devletler için 732 rakamına kadar milletvekili sayısında artırma olabilecektir. Dolayısıyla bu dönem zarfında Birliğe yeni üyelerin katılımı durumunda toplam sayı 732'yi aşabilecektir. Ancak sonraki dönemde (yani 2009 seçimleriyle) yine toplam sayı 732 olarak sabitlenecektir¹⁵.

Tekinalp'e göre, Avrupa Parlamentosu bir "self-made organ" olup, klasik anlamda bir parlamentodan ziyade bir demokratik forumdur. Yasamaya oldukça güçlü bir şekilde katılır. Üç sütun teorisi¹⁶ açısından durumu Amsterdam antlaşması ile güçlenmiştir. Aynı zamanda AP'nin stratejisi yasama gücünü elde etmek ve Konsey'i bir çeşit Lordlar Kamarası veya ikinci meclis (Senato) konumuna geçirtmektir. Ancak konsey yetkilerini muhafaza hususunda titizdir, sadece bir kısım hukuk koyma yetkilerini Avrupa Parlamentosu ile paylaşmaktadır¹⁷.

IV. AVRUPA PARLAMENTOSU VE YASAMA İŞLEMLERİ

Her ne kadar adı parlamento olsa da esas itibariyle AP'nin genel anlamda yasama yetkisi yoktur. Başlangıçtan itibaren bu kurum bir yasama organı olarak öngörülmemiş, genelde "istişari" yetkileri olması öngörülmüştür. Gerçekten de Avrupa Tek Senedi ve Maastricht Antlaşması ile yapılan değişikliklerden önce, genel kural AP'ye danışılmasıydı. Avrupa Tek Sendi ile Parlamentaoya danışılması öngörülen konuların sayısı artırılırken, ayrıca Konsey ile AP arasında işbirliği yöntemi geliştirildi. Maastricht Antlaşması ise birlikte karar –codecision- prosedürü kabul edilmişti. Maastricht ile Antlaşmaya eklenen madde 138 b,

¹⁴ **Tekinalp, Gülören, (TEKİNALP/ TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 35.

¹⁵ **Tezcan**, s. 206-208.

¹⁶ Maastricht Antlaşması ile AB üç sütun üzerine oturmaktadır; birinci sütun üç Avrupa Topluluğu(AET, AKÇT ve EUROATOM), ikinci sütun ortak dış güvenlik ve savunma politikaları; üçüncü sütun ise adliye ve içişleri alanında işbirliğidir (üç sütun teorisi). AP'nin ikinci ve üçüncü sütunlarda, yani ortak dış güvenlik ve savunma ile adliye ve içişleri konularında aktif yetkileri yoktur. Anılan iki sütunda yetki, üye devletlerin delegerinden oluşan Konsey'de ve ismen de Komisyon'dadır. **Tekinalp**, s. 197.

¹⁷ **Tekinalp, Ünal, (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Birliği Hukuku**, Beta yay. İstanbul 2000, s. 192.

“antlaşmanın öngördüğü ölçüde, AP'nin Topluluk tasarruflarının oluşturulması sürecine 189 b ve 189 c maddelerinde belirlenen usuller çerçevesindeki yetkilerini kullanarak ve assent (rıza, onay, muvafakat) veya istişari görüş vererek katılacağı” belirtmektedir. AP'nin yasama işlemlerine katkısını dört ana bölümde ele almak mümkündür.

a- Danışma Yöntemi (consultation):

Topluluğu kuran antlaşmalarda yer alan bazı maddelerde belli bir konuda yasama işleminin çıkarılabilmesi için AP'nin görüşünün alınması, bu kuruma danışılması öngörülmektedir. Buna “consultation” yöntemi de denmektedir. Genelde antlaşmalar hemen tüm önemli sayılabilecek konularda Parlamento'nun görüşünün alınması koşulunu getirmiştir. Bakanlar Konseyi de aldığı bir kararla, antlaşmada öngörülme dahi AP'ye danışılmasını kabul etmiştir. Antlaşmada öngörülen durumlarda AP'nin görüşünün alınması zorunludur¹⁸. Danışma prosedürüne göre AP, Komisyondan gönderilen tasarı önerisini görüşür ve görüşünü belirler. Ne var ki, AP'nin bu görüşleri bağlayıcı değildir.

Buradaki prosedür şu şekilde işlemektedir: Komisyondan gelen bir tasarı önerisi, Parlamento başkanı tarafından konuyla ilgili Parlamento Komisyonuna gönderilir. Komisyon, hazırlanan yasama işleminin hangi antlaşma maddesine dayanılarak hazırlandığını ve kullanılan hukuki usulün uygun olup olmadığını inceleyecektir. Bu inceleme sırasında bütçede konuyla ilgili yeterince kaynak bulunup bulunmadığını, kişilerin temel haklarını ihlal edip etmediği araştırılır. Ayrıca subsidiarite ilkesi çerçevesinde, önerilen tasarımın bu ilkeye uygunluğu da gözden geçirilecektir.

Danışma prosedüründe AP'nin elindeki tek silah yasama işlemini geciktirmektir. Normal olarak Konsey, Parlamentonun görüşünü almadan bir tasarıyı yasalaştıramaz. Ancak o yasama işleminin yürürlüğe sokulması çok acil ise ve Parlamento Konsey ile işbirliği yapma yükümlülüğünde samimi davranmıyorsa Konsey daha fazla beklemeyebilir. Ekim 1992 de konsey, Parlamento'ya başvurarak 1 Ocak 1993 ten önce belli bazı ürünlerde genel performansların uygulanabilmesi amacıyla gerekli düzenlemelerin yürürlüğe girebilmesi için acilen görüş bildirmesini talep etmiştir. Parlamentodan gerekli görüş öngörülen zamanda gelmeyince Konsey konuya ilişkin Regulation (tüzük) metnini 21 Aralık 1992 de oylayarak kabul etmiştir. ATAD' da European Parliament v. Council Kararında Konseyin tutumunu haklı bulmuş ve gerekçe olarak da işlemin gecikmesiyle uygulanması gerekli genel preferansların yürürlüğe girememesi nedeniyle o ürünleri Topluluğa satacak gelişmekte olan ülkelerin zarara uğrayacak olmalarını göstermiştir (Case C- 65/ 93, 30 March 1995)¹⁹.

¹⁸ Tezcan, s. 23.

¹⁹ Kabaalioğlu, s. 153.

Belli bir konuda yasama işleminin çıkarılmasında, antlaşma danışma prosedürünü öngörmüşse, Parlamento'ya mutlaka danışılmalı yani o tasarı hakkında görüşü mutlaka alınmalıdır. Konsey, Parlamentonun görüşünü almadan tüzük veya yönerge metnini kabul ederse, AP Konsey aleyhine yargısal yollara başvuru olabilir²⁰. Roquette Freres S.A v. Council Kararında Divan, danışma prosedüründe, Parlamento'ya yasama işleminde fiili bir görev ve yetki verildiğini belirterek, "böyle bir yetki antlaşmada öngörülen kurumsal dengede temel bir faktördür. Her ne kadar kısıtlı bir yetki ise de Topluluk düzeyinde bir temsilciler meclisi aracılığıyla yetkinin kullanımında halkların katılımını sağlayan temel demokratik ilkeyi yansıtır" görüşünü ifade etmiş ve "Antlaşmada Parlamento'ya danışılmasının öngörülmesi temel bir şekil şartı olduğundan buna uyulmaması söz konusu işlemin iptaline yol açar" görüşünde bulunmuştur (Case 138/79, 1980 ECR 3333)²¹.

Danışma -consultation- prosedüründe Parlamento'ya danışılması zorunlu olmakla beraber, bu kurumun vereceği görüş bağlayıcı değildir. Parlamento, o tasarı hakkında son derece olumsuz bir değerlendirme yapmış, kabul edilmemesini önermiş olabilir. Bu görüşler Konseyi bağlamaz. Konsey parlamentonun olumsuz görüş beyan ettiği tasarıyı kabul edebilir, benimsediği metni ise reddedebilir.

Antlaşma, AP'nin görüşü alındıktan sonra metinde değişiklik yapılması halinde Parlamento'ya yeniden danışılmasına ilişkin bir hüküm içermemektedir. ATAD, Cabotage I Kararında, "AP'nin görüşü alındıktan sonra kabul edilen metin, Parlamentonun görüş bildirdiği metinden temelde farklılıklar arzederse, Parlamentonun görüşüne yeniden başvurmak gerekir. Ancak, yapılan değişiklikler Parlamentonun görüş bildirdiği istikamette ise yeniden danışmaya gerek yoktur" şeklinde karar vermiştir. Burada önemli olan husus, "değişikliklerin bütün olarak ilk metinden esaslı ölçüde ayrılması" dır. Komisyon tarafından yapılan değişiklik, tamamı dikkate alındığında tüzük metninin esasını etkilememişse yeniden danışmaya gerek yoktur (Case C-65/90, Parliament v. Council, 1992 ECR I-4593; Germany v. Council, Case C 280/93, 1994 ECR I-4973)²².

b- Uzlaşma Usulü (Conciliation):

AP'nin yasama işlemlerine katılımı başlangıçtan itibaren son derece sınırlı olduğundan Topluluğun 3 önemli kurumunun başkanları 1975 yılında bir araya gelerek bazı kararlar aldılar. Konsey, Komisyon ve Parlamento başkanları yaptıkları ortak açıklamada, Konseyin Parlamentonun görüşünden farklı davranmak

²⁰ Tezcan, s. 23; Kabaalioglu, s. 155.

²¹ Kabaalioglu, s. 155

²² Kabaalioglu, s. 156.

istememesi halinde “uzlaşma” veya “uzlaştırma” -conciliation- usulünü benimsediklerini ifade ettiler.

Ortak açıklamaya göre, “uzlaşma usulünün” uygulanabilmesi için şu şartların bulunması öngörülmüştür:

1-söz konusu işlemin genel uygulaması olmalıdır,

2-önemli mali etkileri olması, başka deyişle bütçenin gelir veya gider kalemlerinde önemli değişikliklere yol açması gerekir.

3-işlemin kabul edilmesi, yürürlükteki kuralların öngördüğü bir husus olmalıdır²³.

Komisyon, hazırladığı tasarıda o metnin uzlaşma usulüne dahil olup olmaması hususunda görüşünü belirtir. Parlamento görüşünü açıklarken uzlaşma usulüne başvurulmasını isteyebileceği gibi, Konsey de böyle bir talepte bulunabilir. Her iki kurumda Komisyon’un bu konudaki görüşü ile bağlı değildir.

1977 yılında Genel Mali tüzük konusunda, 1983 yılında Avrupa Sosyal fonu’nun yeniden yapılanmasında karşılaşılan güçlükler, uzlaşma usulü sayesinde giderilmiştir (O.J. 1977 C – 118/ 60, Reg.442/81. O.J. 1981 L. 48/8). Ancak, diğer birçok durumda Konsey tutumunu değiştirmemiştir. Ayrıca Konsey içinde, Üye Devletler arasında da görüş farklılıkları olması nedeniyle bir sonuç alınmamaktadır.

c- İşbirliği Usulü (Cooperation):

1 Temmuz 1987 tarihinde yürürlüğe giren Tek Avrupa Senedi’nin 6. maddesinde kabul edilen “işbirliği usulü”²⁴, antlaşmada belirlenen durumlarda uygulanacaktır²⁵.

Roma Antlaşmasının 7. Maddesinde bir değişiklik yapan Tek Senet (mad. 62/2), burada yer alan “Avrupa Parlamentosuna danıştıktan sonra” ibaresi yerine, “Avrupa Parlamentosu ile işbirliği halinde” ifadesini koymuştur; “Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine Avrupa Parlamentosu ile işbirliği halinde ağırlıklı çoğunlukla bu ayrıcalıkların yasaklanması amacıyla kurallar kabul edebilir”.

Örneğin işçilerin serbest dolaşımına ilişkin yapılacak yasaları düzenleyen 49. madde de işbirliği usulü kapsamına alındı. “Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine, Avrupa Parlamentosu ile işbirliği halinde, Ekonomik ve Sosyal Komiteye danıştıktan sonra, tüzükler ve yönergeler yoluyla, işçilerin serbest dolaşımını

²³ Örneğin tarım ürünlerinin fiyatlarının belirlenmesi gibi işlemler bu uzlaşma prosedürüne tabi olmayacaktır. Zira bu konu zaten daha önceden kararlaştırılmış bir durumdur.

²⁴ **Arsava**, (kurumsal yapı), s. 62.

²⁵ **Pinder**, s.38.

giderek gerçekleştirmek için...gerekli önlemleri ağırlıklı çoğunlukla kararlaştırır”²⁶.

Parlamento ile işbirliği yapılması öngörülen konularda Konsey, Komisyondan gelen tasarıyı parlamentoya gönderir ve Parlamentonun görüşünü de dikkate alarak, ağırlıklı çoğunlukla bir “ortak tutum” veya “ortak pozisyon” –common position- benimser ve durundan Parlamento’yu haberdar ederek, ortak tutumlarının gerekçelerini de bildirir.

Eğer Avrupa Parlamentosu, Konsey’in ortak tutumunu üç ay içinde onaylarsa veya bu konuda hiçbir işlem yapmazsa, Konsey söz konusu tasarıyı kendi belirlediği ortak tutum uyarınca kabul edebilir. Parlamento, Konsey’in ortak tutumunu, ya fiilen bir karar alarak onaylayacak, ya da **üç ay** içinde ortak tutum karşısında hiçbir işlem yapmamış ise, bunu kabul ettiği varsayılacaktır. Şu halde Parlamento, Konsey’in ortak tutumunu benimserse bir sorun yoktur ve Konseyden gelen metni kabul eder, Resmi Gazeteye göndererek yayınlatır²⁷.

Üç aylık süre içinde Parlamento, üyelerinin salt çoğunluğu ile Konsey’in ortak tutumunu reddedebileceği gibi bu metinde bazı değişiklikler yapılmasını da önerebilir. Burada üye tamsayısının mutlak çoğunluğu aranır ve red kararının üç ay gibi kısa sayılabilecek bir sürede alınması gerekir. Bu durumda Parlamento, üç ay içinde mutlak çoğunlukla ortak tutumu tamamen red edip geri çevirebileceği gibi bazı değişikliklerde önerebilir.

Eğer Konsey’in belirlediği ortak tutum, Parlamento tarafından reddedilmiş ise, bu metnin Konsey tarafından kabul edilebilmesi için mutlaka oy birliği koşulu sağlanmalıdır.

Yani sadece bir üye devletin dahi karşı çıkması durumunda Konsey, o metni kabul edemez. Konsey’in, Parlamentonun bu yetkisini aşabilmesi için oybirliği gerekir. Konsey’de de oy birliğine varılması pek kolay olmadığından, Parlamento’nun elindeki bu yetki önem kazanmaktadır. Ancak bu halde de salt çoğunluk aranması ve süre koşulu olması bu silahın kullanılmasını zorlaştırabilir.

Avrupa Parlamentosu, Konsey’in ortak tutumunda bazı değişiklikler önerirse, Komisyon, bu değişiklik önerileri çerçevesinde Konsey’in ortak tutumunu gözden geçirir ve bir ay içinde tasarıyı Konsey’e gönderir. Komisyon kabul etmediği değişiklikleri gerekçeleriyle bildirmek zorundadır. Komisyon, kabul etmediği değişiklikler hakkında görüş ve değerlendirmelerini de açıklamak durumundadır. Başka ifadeyle bu davranışının gerekçelerini belirtecektir.

Komisyon, bu aşamada Konsey ile Parlamento arasında bir aracı rolündedir.

²⁶ Kabaalioglu, s. 157.

²⁷ Kabaalioglu, s. 159; Tezcan, s.28.

Komisyunun kendi tasarısı üzerinde değişiklik yapma yetkisi, Parlamento'da getirilen tadilat önerileri ile sınırlıdır. Bu noktada Komisyon üzerinde siyasi baskılar olabilir. Çünkü, eğer Komisyon, Parlamento'nun önerilerini benimserse, Konsey'de ağırlıklı çoğunluk yeterli olacaktır. Komisyon, Parlamentosunun yaptığı değişiklikleri benimsemezse, o zaman Konsey'in bu değişiklikleri kabul etmesi için oybirliği gerekir.

Bu yöntem, Komisyon ile Parlamento arasında etkili bir işbirliği olanağı sağlamaktadır. Komisyon, yeniden gözden geçirdiği tasarımı Konsey'e sunmadan önce, konuyla ilgili Parlamento Komisyonu ile görüşebilir. Parlamentosunun önerdiği değişikliklerde, temelde karşı çıkacağı hususlar olmaması halinde, Komisyon bunları kabul ederek Parlamento'ya destek verebilir.

Sonuç olarak, Komisyon'un desteklemediği değişiklik önerileri karşısında tüm üye devletlerin anlaşmaları gerekmektedir. Başka bir deyişle, Parlamento'nun önerdiği değişiklikleri Komisyon benimserse, Konsey'de ağırlıklı çoğunluk, benimsemezse oybirliği gerekecektir. Görüldüğü üzere, işbirliği yöntemi, Avrupa Parlamentosu'nun yasama işlemlerinde ağırlığını artırmış ve sahip olduğu gücü bir ölçüde genişletmiştir.

d – Uzlaşma ve Veto Prosedürü (Birlikte Karar – Codecision-):

Maastricht Antlaşması ile yetkilerinde önemli artışlar olan kurum, Avrupa Parlamentosu'ur. Parlamento bu antlaşmayla, 10 Eylül 1992 tarihinde 78 üye ile yaptığı ilk toplantısından bu yana süren yetki artırma mücadelesine bir sayfa daha eklemiştir²⁸.

Maastricht Antlaşması, Avrupa Parlamentosu'nun yasama işlemlerinde yetkilerini güçlendirmek üzere Avrupa Topluluğu Antlaşmasına yeni bir madde getirdi: Madde 189 b, bu yöntemle co-decision, "birlikte karar mekanizması" adı da verilmektedir. Bu ifade Maastricht Antlaşması hazırlanırken ilk tasarlardan birinde yer almış, daha sonra co-decision, "birlikte karar" deyiminden vazgeçilmiştir. Buna rağmen zaman zaman birlikte karar mekanizması ifadesi halinde kullanılmakla beraber bu tür bir ifade yanıltıcıdır. Parlamento'nun Konsey ile eşit düzeyde olduğu gibi yanıltıcı bir izlenim verdiği söylenebilir. Gerek Konsey'e ve gerekse de AP'ye bir hukuk metnini onaylamak açısından eşit yetkiler verdiği sanılabilir. Ancak madde 189 b, her iki kurumun ortak bir metni onaylamasını öngörmekte ise de anlaşma sağlanamaması halinde Konsey, tek taraflı olarak karar alabilmektedir.

Ortak Karar Prosedürü isminden de anlaşılacağı gibi, AP' yi yapılacak yasal düzenlemelere ortak yapmaktadır. Maastricht Antlaşması ile getirilen bu Prose-

²⁸ **Bozkurt, Ömer:** "Maastricht Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin Geleceği", **Avrupa Birliği El Kitabı**, T.C Merkez Bankası Yayını, Ankara 1995, s. 101.

dür sayesinde AP, Konsey'le adeta karar yetkisini paylaşmakta ya da ortak karar vermektedir²⁹.

Ortak Karar prosedürü, işbirliği prosedüründen geniş ölçüde esinlenmiş ve bu prosedüre birtakım ilavelerin yapılmasıyla ortaya çıkmıştır. Prosedür, genel hatlarıyla şu şekilde işlemektedir: Komisyon, AP ve Konsey'e bir öneri sunar. Konsey, AP'nin görüşünü aldıktan sonra nitelikli çoğunlukla;

Eğer, Avrupa Parlamentosu'nun görüşünde yer alan bütün değişiklikleri onaylarsa, önerilen tasarrufu değişik haliyle kabul edebilir.

AP herhangi bir değişiklik önermezse, önerilen tasarrufu kabul eder. Aksi halde ortak bir tutum belirler ve bunu Avrupa Parlamentosuna sunar. Konsey, kendi ortak tutumunu belirlemesine yol açan sebepleri tam olarak Parlamento'ya bildirir. (Komisyon da Parlamento'yu kendi tutumundan tam olarak haberdar eder).

Eğer bu bildirimden itibaren üç ay içinde Parlamento;

a- Ortak tutumu onaylar veya bir karar almazsa söz konusu tasarruf ortak tutum uyarınca kabul edilmiş sayılır,

b- Üyelerinin salt çoğunluğuyla ortak tutumu reddederse, önerilen tasarruf kabul edilmemiş sayılır,

c- Üyelerinin salt çoğunluğuyla ortak tutuma ilişkin değişiklikler önerirse, değişik metin bu değişiklikler hakkındaki görüşlerini bildirmeleri için Konsey ve Komisyon'a sunulur.

Eğer Konsey nitelikli çoğunlukla, Parlamento'nun yaptığı bütün değişiklikleri, kendisine bildirildiği tarihten itibaren 3 ay içinde onaylarsa, söz konusu tasarruf değiştirilmiş ortak tutum şeklinde kabul edilmiş sayılır, ancak Konsey, Komisyonun olumsuz bir görüş bildirdiği değişikliklere ilişkin olarak oybirliğiyle karar verir. Eğer Konsey değişikliklerin tamamını onaylamazsa, Konsey başkanı, AP başkanı ile anlaşarak 6 hafta içinde Uzlaşma Komitesini toplar .

Konsey üyelerinden veya onların temsilcilerinden ve eşit sayıda AP temsilcisinden oluşan Uzlaşma Komitesi³⁰, Konsey üyelerinin veya onların temsilcilerinin nitelikli çoğunluğuyla ve AP temsilcilerinden salt çoğunluğuyla ortak metin üzerinde uzlaşmaya varmakla görevlidirler. Komisyon, Uzlaşma Komitesinin oturumlarında yer alır ve Avrupa Parlamentosu ile Konseyin tutumlarını uzlaştırmak için gerekli bütün girişimlerde bulunur. Bu görev yerine getirilirken,

²⁹ Tezcan, s.30.

³⁰ Bozkurt, s. 102.

Uzlaşma Komitesi, Avrupa Parlamentosu tarafından önerilen değişikliklere dayanarak ortak tutumu değerlendirir.

Toplantı tarihinden itibaren altı hafta içinde, Uzlaşma Komitesi ortak bir metni onaylarsa Avrupa Parlamentosu kullanılan oyların mutlak çoğunluğuyla ve Konsey, nitelikli çoğunlukla, ortak metne uygun olarak söz konusu tasarrufu, onaydan sonra en çok altı hafta içinde kabul edebilirler. Eğer bu iki kurumdan birisi bu süre içinde önerilen tasarrufu onaylamazsa, söz konusu tasarruf kabul edilmemiş sayılır.

Uzlaşma Komitesi ortak metni onaylamazsa önerilen tasarruf kabul edilmiş sayılır³¹.

Ortak Karar prosedürü Maastricht Antlaşmasındaki düzenlemeye nazaran aşağıdaki noktalarda birtakım değişiklik ve basitleştirmelere tabi tutulmuştur:

a- Daha ilk aşamada Avrupa Parlamentosunun hiçbir değişiklik önermediği ya da AP tarafından önerilen tüm değişikliklerin Konsey tarafından kabul edilmesi durumunda ilgili tasarrufun Konsey tarafından kabul edilebileceği açık hükme bağlanmıştır.

b- Avrupa Parlamentosunun Konsey tarafından önerilen metni reddetme niyetinde olmasına ilişkin etap kaldırılarak, Parlamentosun doğrudan kendisine önerilen metni reddi için oylamaya gidebilmesi öngörülmüştür. Bu durumda söz konusu tasarruf kabul edilmeyerek prosedür daha başlangıçta sona ermektedir.

c- Eski versiyonda, Uzlaşma Komitesinde ortak bir metin üzerinde anlaşma sağlanamaması durumunda, Konsey'in yeniden bir girişimde bulunmasına olanak sağlayan aşama yeni versiyonda kaldırılmıştır. Böylece Uzlaşma Komitesinde bir anlaşma sağlanamaması durumunda tasarrufun kabul edilemeyeceği açık hükme bağlanmıştır.

d- Son olarak Amsterdam Antlaşması ile süre konusu da ele alınmıştır. Amsterdam Antlaşmasına eklenen bir deklarasyonla Avrupa Parlamentosu tarafından yapılan ilk incelemeyle Uzlaşma Komitesinin ortak metinde anlaşması arasındaki sürenin hiçbir biçimde 9 ayı geçemeyeceği ifade edilmiştir³².

e- Onay prosedürü (Assent):

Bu usul, Tek Avrupa Senedi ile kabul edilmiş ve daha sonra Maastricht Antlaşması ile kapsamı genişletilmiştir. Tek Senedin 8. ve 9. maddeleriyle Topluluğa tam üyelik başvuruları ve üçüncü ülkelerle yapılan ortaklık antlaşmalarının onayı bu kapsamda kabul edilmiş, daha sonra Maastricht ile vatandaşlık (m.8a), Avrupa Merkez Bankasının belirli amaçları (md. 105), bölgesel fonlarla ilgili

³¹ Tezcan, s. 32.

³² Tezcan, s. 33

düzenlemeler (md. 130.d), bir uyum fonu'nu kurulması (md. 130.d), doğrudan seçim yöntemi (md. 138.3), uluslararası antlaşmalar (md.228) bu kapsama alınmıştır.

Tek Senet ile görüş bildirme konusunda Parlamento lehine bir düzenleme yapılmıştır. Parlamento'nun görüşleri Tek Senet'e kadar kesinlikle bağlayıcı kabul edilmemiştir, sadece bir tavsiye niteliğinde kabul edilmiştir. Yani Konseyi yönlendiren bir işlem olarak kabul edilmiştir. Ancak Tek Senet ile bu birlikte bu görüşün karakterinde bir değişiklik ortaya çıkmıştır. Çünkü Tek Senet, açık bir şekilde kimi antlaşmalar bakımından, katılma Antlaşmaları, Toplulukla yapılacak ortaklık Antlaşmaları konusunda AP'nin uygun görüş bildirmesini öngörmüştür. Bu uygun görüş klasik görüşten farklıdır. Klasik görüş bağlayıcı değil, sadece tavsiye niteliğinde iken, uygun görüş bağlayıcı karakterdedir. Yani Parlamento uygun görüş bildirmediği takdirde Konsey o konuda antlaşma yapamaz, antlaşmayı imzalamaz³³.

Bu yöntem, aslında birlikte karar co-decision yöntemi değil, Parlamenta verilen bir veto hakkının ifadesidir. Onay –assent- gerektiği zaman, Konsey ancak Parlamenta onayını aldıktan sonra o işlemi yapabilir. Bu işlemi yapabilmesi için Konsey'in kararının bir istisnai durum dışında oybirliği ile olması gerekir³⁴.

V. PARLAMENTONUN BÜTÇE KONUSUNDAKİ YETKİLERİ

Avrupa Parlamentosunun bütçe konusundaki yetkileri bir hayli önemlidir. Bu önemi nedeniyle bu yetki bazı yazarlar tarafından ortak karar prosedürü ortaya çıkmadan önce Parlamenta sahip olduğu en önemli yetki olarak görülmektedir³⁵.

Bütçe tasarısının en geç, uygulanacağı yıldan önceki yılın 5 Ekim'inde AP'ye sunulması gerekir. AP, üye tamsayısının çoğunluğuyla bütçe tasarısını değiştirme (zorunlu olmayan giderlerle ilgili olarak), ve kullanılan oyların salt çoğunluğuyla (AT Antlaşmasından ya da AT antlaşması gereğince alınan kararlardan doğan) zorunlu harcamalarla ilgili olarak tasarıda değişiklikler yapılmasını Konseye önerme hakkına sahiptir. Kendine sunulmasına izleyen 45 gün içinde AP bütçe tasarısını onaylarsa, bütçe kesin olarak kabul edilir. Bu süre içinde AP tasarımı değiştirmez veya tasarıda değişiklik önermezse, bütçe kesin olarak kabul edilmiş sayılır. Bu süre içinde AP bütçe tasarısını değiştirir ya da değişiklik

³³ **Arsava**, (kurumsal yapı), s. 64.

³⁴ **Kabaalioglu**, s. 163.

³⁵ **Tezcan**, s. 42.

yapılmasını önerirse, tasarı yapılan veya önerilen değişikliklerle birlikte konseye iletilir³⁶.

Konsey bütçe tasarısının kendisine sunulmasından itibaren 15 gün içinde, AP tarafından yapılan değişikliklerin hiçbirini değiştirmez ve AP tarafından önerilen değişiklikleri benimserse, bütçe kesin olarak kabul edilmiş olur. Konsey, değişikliklerin hiçbirini değiştirmediğini ve değişiklik önerilerinin kabul edildiğini AP'ye bildirir. Değişiklik önerileri kendisine daha önce bildirilen AP, bütçe tasarısını gönderilmesini izleyen 15 gün içinde, üye tamsayısının çoğunluğu ve kullanılan oyların 3/5' i ile karar alarak, kendi yaptığı değişiklikler üzerinde Konsey tarafından yapılan değişiklikleri tadil edebilir veya bunları reddedebilir ve böylelikle bütçeyi kabul eder. Bu süre içinde AP karar vermezse bütçe kesin olarak kabul edilmiş sayılır³⁷.

Avrupa Parlamentosunun bütçe konusundaki yetkileri bir ölçüde artmış ise de demokratik parlamenter rejimlerde yasama organlarının sahip oldukları bütçe yetkilerine oranla oldukları bütçe yetkilerine oranla oldukları geri durumda olduğu açıktır. ATAD'ın bir kararında da belirtildiği gibi Avrupa Parlamentosu, bütçe konusundaki yetkilerini antlaşmalarda belirtildiği şekilde Konsey ile işbirliği içinde kullanabilecektir³⁸.

VI. AVRUPA PARLAMENTOSUNUN GELECEĞİ

Avrupa Birliği'nin geleceği ile ilgili yapılan Konvansiyon'da yapılan tartışmalarla ilgili olarak Fransa ve Almanya, Avrupa Konvansiyonu çerçevesinde Avrupa Birliği'nin gelecekteki kurumsal yapısına ilişkin ortak görüşlerini açıklarken, Avrupa Parlamentosu konusunda şu görüşlere yer vermişlerdir:

“Avrupa Parlamentosu, Konsey ile birlikte yasama görevini yürütür. Konseyde oy çoğunluğu kuralının genişletilmesi, otomatik olarak Avrupa Parlamentosuna verilen ortak karar yetkisiyle birlikte gerçekleştirilmelidir.

Bütçe prosedürünün basitleştirilmesi ve rasyonelleştirilmesi uygun olacaktır. Toplam vergi yükü artırılmadan Avrupa Parlamentosu' nun bütçe gelirlerinin tamamı veya bir kısmı hakkında karar verilebilmesine yönelik koşullar değerlendirilebilir³⁹.”

Komisyon başkanı Romano Prodi geleceğin Avrupası Konusundaki görüşlerini açıklarken, AB'nin bir Anayasa'ya kavuşması gerektiğine dikkat çekip, bunun bir süper devlet yaratmak anlamına gelmediğini, AB'nin ülkeler arası bir ittifak veya bir federasyon değil, dünyada başka örneği olmayan gelişmiş

³⁶ Tezcan, s. 44.

³⁷ Tezcan, s. 46.

³⁸ Kabaalioglu, s. 166.

³⁹ İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV) Bülteni, 16- 31 Ocak 2003, s. 2.

uluslarüstü demokratik bir birlik olduğunu vurgulamaktadır⁴⁰. Prodi' ye göre bu çerçevede de kurumsal işleyişin en önemli özelliği topluluk metodudur. Prodi, söz konusu metodun güçlerin paylaşımı ilkesine dayandığını ve bu bağlamda Konsey'in üye ülkelerin çıkarlarını, Parlamento'nun Birliği oluşturan halkaların temsilcisi, Komisyon'un Birliği oluşturan antlaşmaların koruyucusu, Adalet Divanı'nın Birlik kurallarının doğru uygulanmasını kontrol eden mekanizma olduğunu belirtmiştir. Topluluk metodunun iyileştirilmesi için daha anlaşılır ve basit hale getirilmesi gerektiğine işaret eden Prodi, Komisyon'un da yetkilerini yeniden gözden geçirmeye, hatta Birliğin yararına olduğuna inanılırsa bir kısım yetkilerini Birliğin diğer organlarına devrine hazır olduğunu vurgulamıştır. Romano Prodi bu bağlamda Komisyon olarak değişime açık olduklarının altını çizmektedir. Prodi, ancak Komisyon'un AB içinde oynadığı rol bakımından çok önemli bir kurum olduğunu, Avrupa'nın geleceğinde antlaşmaların garantörü olmaya devam etmesi gerektiğini ifade edip, 30 üyeli bir Avrupa Birliği çerçevesinde Komisyon'un bu önemli görevden vazgeçmesinin söz konusu olmadığını belirtmiştir.

AB Komisyonu, Avrupa'nın Geleceğine İlişkin Konvansiyon'a 22 Mayıs 2002 tarihinde sunduğu ilk tebliğinde⁴¹ kurumsal bazı reform önerilerine değinmiştir. Tebliğ'de Konvansiyon'un, mevcut 700 maddeli dört Antlaşmanın aksine, olabildiğince basit ve kolay anlaşılır bir anayasa metni oluşturması ve Maastricht Antlaşması ile getirilen üç sütunlu karmaşık yapının terk edilmesi gerektiği belirtilmiş, Birliğin daha demokratik ve insanlar tarafından daha kolay anlaşılır olabilmesi için tek bir kurumsal mimariye ihtiyaç duyduğunun altı çizilmektedir.

Ayrıca karar alma kurallarının daha az sayıya indirilmesinin de mevcut sistemi basitleştireceği, nitelikli oy çoğunluğunun Tek Pazar' a bağlı mali ve sosyal konularda da geçerli olmak üzere Konsey'de genel kural olması gerektiği bildirilmiştir. Tebliğ'de tüm yasama işlerinde **ortak karar prosedürünün** uygulanması ve Anayasa metninin Parlamento'ya bütçeye ilişkin çalışmalarda daha fazla yetki vermesi gerektiği belirtilmektedir.

Tebliğ'de son olarak genişlemiş bir birliğin öneriler hazırlamak için inisiyatif alabilen güçlü bir Komisyon'a, karar alabilen bir Konsey'e, yasama ve bütçe işlerine ilişkin süreçte yetkileri artırılmış bir Parlamento'ya ihtiyacı olacağı ortaya konulmuştur. Birliğin kurucularından son derece kendine özgü bir kurumsal mimarinin devralındığı ve yarının Avrupalı yöneticilerine etkin yapılar bırakılması konusunda siyasal sorumluluk taşındığı ifade edilmiştir.

⁴⁰ İktisadi Kalkınma Vakfı Bülteni, 1-15 Nisan 2002, s. 4.

⁴¹ İktisadi Kalkınma Vakfı Bülteni, 16-31 Mayıs 2002, s.2.

VII. SONUÇ

Avrupa Tek Senedi'nde kendisinden "Avrupa Parlamentosu" diye söz edilmesine, Avrupa Birliği'ni kuran Avrupa Birliği Antlaşmasında bu adı almasına ve yetkileri artırılmasına, üyelerinin doğrudan seçim yolu ile belirlenmelerine, parlamentolara benzer –gruplara dayalı- bir iç yapıya ve alışma düzenine sahip bulunmasına rağmen AP klasik ve anayasa hukuku anlamında bir parlamento değildir. Çünkü, hukuk koyma usulüne istisnaen "ortak" olarak katılması veya bu hususta gene istisnaen Konsey'le işbirliği yapması dışında, önerme, yasama ve vergi koyma erkine sahip bulunmamaktadır.

Avrupa Parlamentosu, "danışma organı" niteliğinden, Topluluk Antlaşmalarının imzası tarihinden itibaren daima rahatsızlık duymuş ve bir "parlamento" olmanın mücadelesini⁴², kararlılık içinde, vermiştir⁴³. Maastricht Antlaşması (Avrupa Birliği Antlaşması) ve Amsterdam Antlaşmasında elde ettiği yetkilere rağmen, AP bu mücadelesine bugün de devam etmektedir. Mücadelesinde AP'ye destek verenler arasında üye ülkeler ve Topluluk kurumları bulunduğu gibi, AP'nin güçlenmesinden hoşlanmayan ve yeni yetkiler almasına şiddetle karşı çıkan ve bunda –belirli ölçüde- başarı sağlayan üye devletler de vardır. Bir kısım üye ülkeler ile bazı Topluluk kurumları arasındaki bu mücadele, gerçekte, "AP, anayasal anlamda bir parlamento olsun mu olmasın mı" sorunu ile ilgili değildir. Sorun "nasıl bir Birleşik Avrupa?" sorunudur. AB, egemenlik haklarına sahip olan devletlerin bir çatı altında toplandığı bir "Birlik" mi olmalıdır, yoksa "tek devlet" e dönüşmüş bir "Birlik"i mi ifade etmelidir?. Bu "tek", yani "üniter" devlet anlayışı ve "Avrupa Birliği" kavramı da konfederasyondan, federasyona, federal devleti güçlü olan federasyondan, güçsüz bir federal devlete sahip bir federasyona kadar çeşitli ve birbirinden küçük farklarla ayrılan bir çok çözüm ve görüşü içeren geniş bir yelpazeyi oluşturur.

Bazı Birlik üyesi ülkelere göre Avrupa Parlamentosu'nun her konuda görüşü alınmalı, AP her şeyi tartışmalı, gruplara ve partilere sahip olmalı, fakat "birleşik" bir devletin parlamentosu olmamalıdır. Ancak, bu görüşün en büyük ve güçlü muhalifi, AP'nin bizzat kendisidir. Varmak istediği noktanın bilincinde olan AP, planını gerçekleştirmek için işe "ad" ından başlamıştır. Toplulukların kuruluş antlaşmalarında yer alan "Genelkurul" yerine "Parlamento" diye anılma konusunda oldukça atak bir tutumu takdire değer bir kararlılıkla sergileyen "Genelkurul", kendisini, 20 Mart 1958'de önce "Avrupa Parlamenter Genel Kurulu" daha sonra da 1962 yılında "Avrupa Parlamentosu" diye adlandırmayı kararlaştırmıştır. Genelkurul'un kendisine yakıştırdığı bu ad, -tepki görmesine rağmen- Konsey dışında, diğer topluluk kurumları tarafından da kullanılmaya

⁴² Lasok / Bridge, 141.

⁴³ Tekinalp, s. 195.

başlanmıştır. Özellikle ATAD' ın da kararlarında" Avrupa Parlamentosu" ndan söz etmesi, deyimden benimsenmesi ve yaygınlık kazanmasında rol oynamıştır⁴⁴.

Avrupa Parlamentosu bugün Birliğe yeni üye kabulü, ortaklık antlaşmalarının bağışlanması, üçüncü ülkeler ve uluslararası örgütlerle yapılan antlaşmaları onaylama yetkisi başta olmak üzere bir çok konuda onay yetkisini haizdir; hukuk koyma usulüne katılabilmekte ve özellikle, hukuk konulmasında bir çok konuda uygulanan ve Amsterdam Antlaşması ile kapsamı daha da genişleyen ortak karar alma prosedüründe veto hakkını kullanabilmektedir; AP, yürütme organı olan Komisyon⁴⁵ ve hatta Konseye soru sorabilmekte, Komisyon'a güvensizlik oyu verebilmekte; bütçenin yapılmasına iştirak etmekte, Komisyon'un yıllık faaliyet raporunu tartışabilmekte, hareketsizlik davasını⁴⁶ açabilmekte, şikayetleri kabul mercii olarak görev ifa edebilmekte, yani, dilekçe hakkına muhatap olmakta, geçici soruşturma komisyonu gibi faaliyet gösterebilmekte, Topluluğun diğer birçok faaliyetine katılabilmekte, Konsey başkanlığı tarafından AB'nin ortak dış ve güvenlik politikaları ile ilgili olarak bilgilendirilmekte, anılan konularda AP ile istişare yapılmakta, AP de bu konularda soru sorabilmekte ve her yıl genel görüşme açmaktadır.

Ayrıca Nice Zirvesi ile sağlanan yeni bir gelişme de, Avrupa Parlamentosu' na bir uluslararası antlaşmanın kurucu antlaşmalarla uyumlu olup olmadığı konusunda Adalet Divanı'ndan görüş isteyebilmesidir⁴⁷. Hayli ilginç olarak değerlendirilebilecek bu hak, şimdiye kadar Konseye, Komisyona ve üye devletlere tanınmış bulunmaktaydı (AT ant. md. 300/6). Avrupa Parlamentosu, çalışmalarını bizzat kendisinin yaptığı 1981 tarihli içtüzüğü hükümleri çerçevesinde yürütmektedir.

Avrupa Parlamentosunun ikinci ve üçüncü sütunlarda, yani ortak dış ve güvenlik politikaları ile, adliye ve içişleri konularında aktif yetkisi yoktur. Anılan iki sütunda yetki, üye devletlerin delegelerinden oluşan Konseyde ve kısmen de Komisyondadır. Ancak, kabulü gerekli olan gerçek şudur ki, kendi kendine yettiren ve yetkilerini artırma politikasını başarı ile yürüten AP, diğer organlara ve Topluluk dışı çevrelere 400 milyona yakın Avrupalıyı temsil ettiği⁴⁸ ve insan

⁴⁴ **Tekinalp**, s. 196.

⁴⁵ **Deniau, Jean-François / Druessne, Gerard: Ortak Pazar**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s.63.

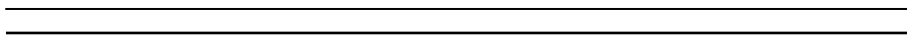
⁴⁶ ATA (Avrupa Topluluğu Antlaşmasının) ihlali halinde ilgili organlar hareketsiz kalırlarsa, üye ülkeler ve bundan etkilenen diğer kurumlar, "hareketsizlik davası" nı ikame edebilirler. Hareketsizlik davası özünde bir ihlalin tespiti davasıdır. Bkz. **Tekinalp**, s. 252-253.

⁴⁷ **Tezcan**, s. 208.

⁴⁸ **Tekinalp**, s. 197.

haklarını işler hale getirmek konusunda görevi olduğu mesajını da vermektedir. Ekonomik, parasal ve siyasal birlik konusunda hükümetler arası toplantı düzenlenmesi çağrısını yapan da Avrupa Parlamentosudur. Avrupa Parlamentosu yeni politikaların oluşturulmasında karar alıcı bir organ değildir, fakat bu konularda çağrılar yaparak yönlendirici olmaktadır.

makaleler



ekonomi-maliye

VERGİ HUKUKUNDA MÜKELLEF ALEYHİNE UYGULANAN GECİKME FAİZİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İbrahim Nihat BAYAR*

GİRİŞ

Vergilendirme, devlet ile birey arasında tarafları eşit olmayan, temel iktisadi ilişkidir. İlişkinin dikey (devlet-birey arasında oluşu) ve akçalı niteliği, taraflardan birisinin kamu adına alacaklı olan devlet; diğerinin ise kamu hizmetlerini finanse eden mükellef olmasından kaynaklanır. Vergilendirme ilişkisinin dikey ve akçalı niteliği, özel hukuktakinden farklı düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir.

Kural olarak, devlet ile birey arasındaki her türlü ilişki kamu hukukunun düzenleme alanına girmekle beraber, bu alanda özel hukuk kuralları tamamen terk edilmemiştir. Vergilendirme ilişkisinin iktisadi boyutu nedeniyle, özel hukuk kurum ve kurallarına, kamu hukukunun diğer alanlarında olduğundan daha fazla başvurulur. Bu kapsamda faiz de bir özel hukuk kurumu olmasına rağmen, vergi hukuku açısından da sıkça tartışılan bir konudur.

Vergilendirmenin doğası gereği, devlet bireyden alacaklıdır. Ancak bazı durumlarda bireyin de devletten alacaklı olması sonucu ortaya çıkabilir. Mevcut sistemde devlet, mükellefin ödemeyi geç yapması halinde faize hak kazanmaktadır. Buna karşın **mükellefin devletten olan alacağı için faiz işletilmemektedir**. Bu çalışmada devlet ile mükellef arasında yaratılan bu eşitsizlik, gecikme faizinin hukuksal niteliği çerçevesinde tartışılacaktır.

* Hacettepe Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1. GECİKME FAİZİNİN MEVCUT UYGULAMASI

Gecikme faizi Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) ' özel ödeme zamanları ' başlıklı 112. maddesinde düzenlenmiştir. 112. maddenin 3. fıkrası, idarenin hangi hallerde faiz alabileceğini düzenlemektedir.

VUK m. 112/3 ihtilaflı vergilere ilişkin gecikme faizi konusunu üç ayrı duruma göre düzenlemiştir.

1.a. VERGİ İDARESİ AÇISINDAN

1.a.1. DAVA KONUSU YAPILAMADAN KESİNLEŞEN VERGİLERDE

Burada bahsi geçen faiz, idarece tarhiyatı yapılan ancak vadesinde tahakkuk ettirilmeyen vergiler için ödenecek gecikme faizidir. Gecikme faizinin uygulanacağı süre, ilgili verginin normal vade tarihinden, idarece, ikmalen veya re'sen yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar geçen süredir.

Bu hüküm ile korunan menfaat, kamu alacağının zamanında ödenmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararı gidermeye yöneliktir.

1.a.2. DAVA KONUSU YAPILAN VERGİLERDE

VUK m. 112/3-b uyarınca; dava konusu yapılmış vergilerde, verginin ödenmemiş kısmına kendi vergi kanunda belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, yargı kararının tebliğine kadar geçen süre için gecikme faizi işletilecektir.

Burada korunan menfaat yine kamu alacağının dava açmak suretiyle ödenmesinin geciktirilmesine ilişkindir. Kanun koyucunun verginin dava konusu yapılması halinde gecikme faizi ödenmesine ilişkin özel düzenleme yapmasının nedeni, vergi davalarında yürütmenin kendiliğinden durmasından kaynaklanmaktadır.¹

1.a.3. UZLAŞMADA GECİKME FAİZİ

VUK m. 112/b-2 uyarınca; uzlaşılan verginin normal vade tarihinden, uzlaşma tutanağının imzalandığı tarihe kadar geçen süre için gecikme faizi uygulanacaktır. Ancak bu durum tarhiyat öncesi uzlaşmayı kapsamamaktadır. Tarhiyat öncesi uzlaşmaya ilişkin gecikme faizi, VUK ek madde 11'de düzenlenmiştir.

¹ Türk vergi yargısı sisteminde, Fransız sisteminden farklı olarak dava açıldığı an yürütme kendiliğinden durmakta ve idari işlem hukuka uygunluk karinesinden faydalanamamaktadır.

Bu düzenlemenin VUK m. 112’de yapılmamış olması eleştirilere neden olmuştur.²

1.b.MÜKELLEF AÇISINDAN

Görüldüğü üzere, kanun koyucu 3 halde vergi alacağını zamana karşı korumayı özel olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin yaratacağı olası bazı sorunlar da göz önünde bulundurulmuştur.

VUK 112/3-son uyarınca mükellef dava konusu vergiyi yargılama sürerken kısmen veya tamamen ödeyebilecektir. Böylece mükellef davayı kaybetme olasılığını gözönünde bulundurarak, gecikme faizi ödeme riskini bertaraf edecektir. Buna karşın mükellef davayı kazanırsa ödediği paranın sadece aslını geri alabilecektir.

Benzer bir düzenlemeye VUK 112/5’de de rastlamaktayız. İhtirazi kayıtla ödenip yargı kararıyla geri alınan vergiler, tekrar yargı kararıyla ödenmesi gereken bir hale gelirse (Temyiz, karar düzeltme ve tashihi karar yolu kastedilmektedir) iade tarihinden son yargı kararının vergi dairesine tebliğ tarihine kadar geçen süre için gecikme faizi işletilecektir. Bu fıkra ile kanun koyucu hazineyi ilk derece mahkemesi dışındaki kanun yollarında dahi korumakta, ancak mükellefin haklarını görmezden gelmektedir. Zira, ihtirazi kayıtla beyanname vermek suretiyle vergisini ödeyen mükellef, açtığı davayı kaybeder; buna karşın temyiz aşamasında haklı bulunursa verginin iadesinde bir gecikme faizi sözkonusu olmayacaktır.

Bu durumun yaratacağı sakıncaları kısmen gidermek amacıyla VUK m. 112/4, 4369 sayılı yasa ile yeniden düzenlenmiştir. Buna göre; mükellefe iadesi gereken bir vergi sözkonusu olduğunda (Bu iade hatadan veya yargı kararından kaynaklanabilir) mükellef, verginin ilgili mevzuatı gereği tamamlaması gereken belgeleri tamamladığı anadan itibaren, 3 ay sonra tecil faizine hak kazanacaktır.

Bu fıkra vergi idaresinin, iade etmesi gereken vergiyi iade etmesi gereken tarihten 3 ay geçmiş olmasına karşın halen iade etmemişse devreye girecektir. Herşeye rağmen olumlu bir adım olarak kabul edebileceğimiz bu düzenleme, yargı kararı ile verginin iadesi konusunda yeterli netliğe sahip değildir. Bilindiği üzere İYUK (İdari Yargılama Usulü Kanunu) m. 28 idare ve vergi mahkemesi kararlarının sonuçlarını düzenlemektedir. İYUK m. 28/5 uyarınca, yargı kararlarının idare tarafından, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde yerine getirilmemesi halinde hem idarenin, hem de ilgili kamu görevlisinin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Buna karşın yukarıda ifade edilen VUK m. 112/4 idareye yargı kararının tebliğinden itibaren 3 aylık süre tanımakta, bu süreden sonrası

² Elif Sonsuzoğlu, ‘ Türk Vergi Hukukunda Feri Alacak ve Borç Olarak Faiz ’, s. 82, Filiz Kitabevi, İst 2001.

için ise tecil faizi öngörmektedir. VUK ile İYUK arasındaki bu çelişki, özel kanun-genel kanun (lex postiarı-lex specialist) kuralları uyrınca çözümlü sanıldığı kadar kolay değildir.

Sonuçta VUK m. 112/4'de vergi mevzuatı bütünsel olarak incelenmeden bir yenilik yapılmıştır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki; m. 112/4'ün korumaya çalıştığı menfaat vergi aslının zamanında ödenmemesine ilişkin bir menfaattir. Verginin yargılama sürecinde kaybettiği değere ilişkin bir telafi sözkonusu değildir. 112/4'ün İYUK'la çeliştiği bir diğer nokta da ödenecek faizin nev'ine ilişkindir. İYUK m. 28/6 uyarınca vergi mahkemesi kararlarının idare tarafından zamanında yerine getirilmemesi halinde kanuni faiz ödenecektir. Oysa VUK bu durumda tecil faizi ödenmesi gerektiğine işaret etmektedir.

2.MÜKELLEF ALEYHİNE UYGULAMANIN GİDERİLMESİ ZARURETİ

2.a. GECİKME FAİZİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

2.a.1. GENEL OLARAK

Gecikme faizinin hukuki niteliği saptanırken yapılması gereken; amaçsal yorumdur. Konuya bu açıdan bakıldığında gecikme faizinin bir ceza olmadığı görülmektedir. VUK m. 112'nin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere³ gecikme faizinin temel amacı kamu alacağını enflasyona karşı korumaktır. Yasanın gerekçesinde, gecikme faizinin ikinci amacı olarak, devlet parasının haksız şekilde elde tutulması sebebiyle menfaat elde edilmesinin önlenmesi olarak saptanmıştır. Dolayısıyla gecikme faizini özel hukuktaki tamerrüt faizi veya cezai şart ile karşılaştırmak yanlış olacaktır.

2.a.2. ANAYASAL BAĞLAMDA GECİKME FAİZİ

Türkiye'de yargı sisteminin hantallığı herkesin şikayet ettiği bir konudur. Bu hantallık karşısında vergi idaresini enflasyona karşı koruyan yasa koyucu, mükellefi korumamaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi VUK m. 112 çerçevesinde verdiği bir kararında herhangi bir hukuka aykırılık saptamamıştır.⁴

Bizce de enflasyonist bir ortamda, uzun yargı sürecinin yarattığı maddi kaybın telafisinde bir Anayasa'ya aykırılık yoktur. Ancak, bu amaçla getirilen bir gecikme faizinin amacının gerçekten enflasyonun etkisini bertaraf etmek olması

³ Şükrü Kızılot, 'Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması', s. 928-929, Savaş Yayınevi, Ank. 1991.

⁴ Any. Mah. E. 1988/16, K. 1988/26, Karar günü 27. 9. 1988.

gerekmektedir. Bu amaç dışında gecikme faizi kullanılarak, bir mükellefiyet tesisi Anayasa'ya aykırılık oluşturabilecektir.

2.a.3. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN

Anayasa Mahkemesi düzenlemenin 'hak arama özgürlüğü'ne aykırı olduğuna ilişkin iddiayı da haklı görmemiştir. Bizce de kamu alacağının enflasyona karşı korunması amacıyla getirilen gecikme faizi düzenlemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama özgürlüğüne aykırı bir durum oluşturmaz. Zaten, VUK yargılama sürerken ödeme yapma olanağını 112. maddede mükellefe tanımıştır. Eğer dava konusu yapılan vergiler için bir gecikme faizi istenmeseydi, mükelleflerin istismarına açık bir durum ortaya çıkardı. İdarenin tarh ettiği her vergiye karşı açılacak davalarda yürütme kendiliğinden duracak ve mükellef lehine parayı elinde daha uzun süre tutmaktan kaynaklanan bir kâr ortaya çıkacaktı.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne gecikme faizinin, Anayasa'nın 73. maddesindeki 'verginin adaletli ve dengeli dağılımı' ilkesine aykırı olduğuna ilişkin itirazda da bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi bizce de isabetli görünen değerlendirmesinde gecikme faizinin amacını, kamu alacağını kusurlu mükelleften ve enflasyondan korunması olarak kabul etmiştir.

Bu noktada enflasyon oranının çok üzerinde belirlenen, bir gecikme faizi oranının hukuki niteliği belirlenmelidir. Kanımızca bu şekilde belirlenen bir gecikme faizinin enflasyon oranı üzerindeki kısmı, Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen 'ek mali yükümlülük' sınırları içine girmektedir. Konuyu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz:

100 birim para, %50 faizle bir yıl sonra 150 birim olacaktır. Buna karşın aynı zaman içerisinde enflasyonun %40 olarak gerçekleştiğini düşünecek olursak, 100 birimin dönem sonu karşılığı 140 birim olmalıdır ki, değer kaybı olmasın. İki örnek arasında oluşan 10 birimlik fark (150-140=10) enflasyondan arındırılmış reel faiz olacaktır. Gecikme faizi oranı, 2002 yılı için aylık %7 olarak uygulanmıştır. Yani yıllık bazda %84 bir faiz ortaya çıkmıştır. Buna karşın 2002 yılında enflasyon %35-40 civarında gerçekleşmiştir. Arada oluşan yaklaşık 50-55 birimlik fark Hazine lehine oluşan enflasyondan arındırılmış reel faizdir. Yıllık %84 olan gecikme faizi oranının ilk %40'lık kısmı VUK'nun 112. maddesindeki gecikme faizidir. Çünkü bu kısım kamu alacağını enflasyondan korumaya yetmektedir. Ancak geriye kalan yaklaşık %50'lik fark, karşılığı olmayan bir ek mali yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Kanımızca hak arama özgürlüğü açısından, enflasyon oranını karşılayan gecikme faizinin oranı, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemesine rağmen; gecikme faizinin enflasyon oranını aşan kısmı hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelebilecektir. Çünkü bu şekilde ödeyeceği veya ödediği vergiyi dava konusu yapan mükellef, ek mali yükümlü-

lülle tehdit edilmektedir. Gecikme faizi, amacına uygun bir şekilde enflasyon oranına tekabül eden bir miktar olduğu takdirde; ödeyeceği vergi borcu için dava açmayı düşünen bir mükellefin hak arama özgürlüğünün engellendiğini söylemek olanaksızdır. Ancak gecikme faizinin enflasyon oranının çok üstünde olduğu hallerde bunu söylemek güçtür.

2.a.4. EŞİTLİK İLKESİ AÇISINDAN

Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin tartıştığı bir diğer nokta da gecikme faizinin bu şekliyle Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıdır.

Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihadları uyarınca⁵, eşitlik ilkesi ile kastedilen eşit seviyedekilere eşit muamele yapılmasıdır. Ancak vergi ilişkisinin eşitler arası olmayan bir dikey ilişki olduğu da bilinmektedir. Yani mükellef ile devlet bir özel hukuk ilişkisinin tarafları konumunda değildir. Dolayısıyla davayı kaybeden mükellefin gecikme faizi öderken; davayı kaybeden idarenin gecikme faizi ödememesi Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturmaz. VUK'nun 112. maddesinin Hazine lehine bir avantaj yarattığı kesindir. Bu durum demokratik bir vergi sistemiyle bağdaşmayan sonuçlar doğurmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği üzere sorun, yasa koyucunun düzeltmesi gereken bir 'yerindelik' sorunudur. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda karar vermesi, yetkisini parlamenter yetkiyle ikame etmesi anlamına gelecektir.

Buraya kadar ifade edilmeye çalışılanlar ışığında; hazine lehine makul oranlı bir gecikme faizi uygulamasının, hukuka aykırı olmadığını söyleyebiliriz. İdeal olan yasa koyucunun davayı kaybeden mükellef aleyhine işlettiği faiz oranını, davayı kazanan mükellef lehine de işletecek bir düzenleme yapmasıdır.

2.b. MÜKELLEFİN FAİZ KAYBİNİ TELAFİ EDEBİLMESİ ÇİN BİR ÖNERİ

Bize göre, mükellef ödediği vergiyi yargı kararıyla geri alırken, faiz ödememesi neticesinde ortaya çıkacak kaybını geri alma konusunda bir olanağa sahiptir.

Bu olanak, kamu alacağının aslının geri alınmasını sağlayan yargı kararına istinaden bir tam yargı davası açmaktır.

Bilindiği üzere uygulamada iki tip idari yargı davası mevcuttur. İptal davaları ve tam yargı davaları.

İYUK m. 2/1-a uyarınca iptal davası, idari işlemin yetki, şekil, konu, sebep veya maksat öğelerinin hukuka aykırı olduğu iddiası ile açılan davalardır. Amaç idari işlemin maddi alemde yarattığı sonuçları ortadan kaldırmaktır. Tam yargı

⁵ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 113.

davası ise İYUK m. 2/1-c uyarınca idari işlem ve eylemlerden dolayı uğranılan zararların giderilmesi amacıyla açılan davalardır. Tam yargı davası temelde özel hukuktaki tazminat davalarının kamu hukukuna uyarlanmış şeklidir.

Tam yargı davalarının gelişimi yargı içtihadları ile sağlanmış olup, idarenin mali sorumluluğunun iki esas kaynağı olacağı temeli üzerine kuruludur. İdarenin mali sorumluluğu; kusurlu sorumluluktan veya kusursuz sorumluluktan kaynaklanmaktadır. Bizim konumuzu ilgilendiren kusurlu sorumluluk durumunun ortaya çıkması 3 koşulu gerekli kılmaktadır:

1. İdari davranış 2. Zarar 3. İlliyet bağı

Bu üç unsur somut olayda mevcut ise, idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmedilebilir. Yine yargı içtihadları uyarınca, idarenin kusurlu sorumluluğunun üç nedeni olabilmektedir:

İşlemesi gereken bir hizmetin hiç işlememesi (Örneğin, üniversiteden mezun olmaya hak kazanan bir öğrenciye diplomasının verilmemesi nedeniyle, iş sınavına katılamaması)

İşlemesi gereken bir hizmetin geç işlemesi (Örneğin, Üniversiteden mezun olmaya hak kazanan bir öğrenciye diplomasının geç verilmesi neticesinde iş sınavlarına katılamaması)

İşlemesi gereken bir hizmetin kötü işlemesi (Örneğin, üniversiteden mezun olmaya hak kazanan bir öğrencinin diplomasına isminin yazılmaması neticesinde iş sınavlarına katılamaması)

Aslında bu üç halin herhangi birisinin ortaya çıkmasının hükmedilecek tazminat miktarına etkisi yoktur. Önemli olan ortada bir idari davranışın olması (bu davranış idari işlem veya eylem olabileceği gibi, hizmetin hiç işlememesi örneğinde olduğu gibi ihmali bir idari davranış da olabilir) ve bu idari davranış nedeniyle (illiyet bağı) bir zararın ortaya çıkmasıdır.

Kamudan alacaklı olan bir kişinin, parasının faizsiz olarak iadesi veya mahsubunun bir gelir kaybı yaratacağına yukarıda işaret etmiştik. Bu noktada ortaya çıkan zarar, kanımızca, idarenin kusurlu sorumluluğunun ortaya çıkması için aranan zarardır. Vergi idaresinin tek taraflı gerçekleştirdiği tarh işlemi bir idari davranıştır. İdarenin belki de en çok gerçekleştirdiği tek taraflı idari işlem (idari karar) olan tarhiyatın, kusurlu sorumluluk için aranan idari davranış olduğu kabul edilmelidir. İlliyet bağı ise daha açık bir şekilde görülmektedir. Vergi idaresinin hukuka aykırı tarhiyatı olmasaydı, mükellef bu tarhiyatı dava konusu yapmayacaktı ve bir gelir kaybı da olmayacaktı. Yani idari fiil, zararı kaçınılmaz bir şekilde ortaya çıkarmaktadır.

Yargılama neticesinde haklı görülerek ödediği vergiyi geri alma olanağı olan mükellef, yukarıdaki şartlar çerçevesinde açacağı bir tam yargı davasıyla ödemiş

olduğu verginin enflasyon oranındaki faizini de alabilmelidir. Zira ortada bir maddi kayıp söz konusudur ve bu kayıp idarenin davranışı neticesinde ortaya çıkmaktadır. Aynı yönteme, beyan üzerine tarh edilen vergiler için de başvurulabilir. İhtirazi kayıt içeren bir beyanname vererek vergisini ödeyen mükellef, açtığı davayı kazandıktan sonra tekrar bir tam yargı davası açabilmelidir.

Tam yargı davasının ne zaman açılacağı konusu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Vergi mahkemelerinde açılan davalar, aslında iptal davasının özel bir çeşidi olarak kabul edilebilir. Haksız ödenen verginin geri alınması için açılan davada faize de hükmedilmesinin güç olduğu görülmektedir. Çünkü faiz, bilindiği üzere sözleşmeden veya kanundan doğan tali bir borç ilişkisidir. Mükellefle idare arasındaki ilişki bir borç ilişkisi olmadığı gibi; Kanun da böyle bir faiz ödenmesini öngörmemektedir. Mükellef İYUK'un 12. maddesi hükmünden yararlanarak vergi mahkemesinde açacağı davanın yanı sıra bir tam yargı davası da açabilir, ancak mahkeme haksız ödenen verginin iadesine karar vermeden, faize hükmedemeyeceğinden bu şekilde sonuç almak zor görünmektedir.

Mükellefin elindeki bir diğer olanak da; haksız olarak ödediği vergiyi mahkeme kararı ile almasına ilişkin ilamın tebliğinden sonra, ilgili vergi dairesine bir idari başvuru yaparak faiz talebinde bulunmaktır. Vergi idaresi bu talebi reddeder veya 60 gün içerisinde yanıt vermezse, mükellef süresi içerisinde bir tam yargı davası açabilir.

Mükellef vergi dairesine ve mahkemeye yapacağı başvuruda idarenin hizmetinin kötü işlediğini iddia edecektir. İdarenin yaptığı hatalı tarhiyat neticesinde, haksız bir vergiyi ödemek durumunda kalan mükellef, daha sonra geri aldığı paranın enflasyon nedeniyle değer kaybettiğini ve bu kaybın hesaplanarak kendisine ödenmesini isteyecektir.

SONUÇ

Kanımızca bu yöntem kullanılarak haksız ödenen vergilerin faizinin iadesi olanaklı kılınabilmelidir.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi ideal düzenleme, idarenin haksız olarak tahsil ettiği vergileri iade ederken faiz ödemesini öngören yasal değişikliğin, bir an önce yapılmasıdır. Bu değişiklik yapılmaz veya yukarıda bahsi geçen alternatif çözüm yolu sonuç vermez ise, idareye kötüye kullanılacak bir olanak tanınmış olacaktır. İdare hiçbir hukuki dayanağı olmayan tarhiyatları bilinçli olarak yapabilecek ve daha sonra bu şekilde tahsil ettiği paraları iade ederken faiz ödemeyerek haksız kazançlar elde edebilecektir.

Bu sakıncanın giderilmesi demokratik bir vergi sisteminin gereğidir. Mükellefin vergisini öderken, gerçekten adil bir muameleye tabi tutulduğunu bilmesi, vergi psikolojisi açısından da olumlu neticeler doğuracaktır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere vergilendirme ilişkisinde taraflar eşit konumda değildir. Ancak eşit olmayan taraflar arasındaki bir ilişki, haksızlıklara yol açacak şekilde oluşturulmamalıdır. Devletin vergilendirmeye ilişkin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerinin kapsamı, verginin bir ödev olması ile ilgilidir. Üstün ve ayrıcalıklı yetkiler, haksız kazançlara dayanak olmamalıdır.

incelemeler

kitap

**AESTHETICS OF LIVING : THE DIALECTIC
OR ON HEGEL'S INTRODUCTORY LECTURES ON
AESTHETICS***

Ayşen FURTUN**

**I. THE CONCEPT OF ART (OR ON WHAT ART IS) İN
HEGELIAN TERMS**

a) First of all art manifests itself in and through sensuous modes like painting , music and poetry; painting is visible for us , music and when it is voiced poetry are audible .Yet on a larger scale when sensuous modes of apprehension are concerned there exists also other types of artistic bestowal such as sculpture and architecture .

For the being who senses all these different types of artistic “work” and the other being who creates them all i.e. who puts something into existence which did not exist before there must be something in common to be shared reciprocally in between if we are to draw some\or any kind of boundary in intellectual realm to be called “artistic portrayal” which is generally acknowledged to be the “**Aesthetics**”.¹

When we ask what this shared community is or maybe or rather if we can ever find a true answer to the question we simply have to search for the mission and function art does employ for itself or for the beings who take part in it on a realistic and again sensible point of view- without necessarily going so far as to

* Hegel, G.W.F, Introductory Lectures on Aesthetics, translated by Bernard Bosanquet, edited by Michael Inwood, Penguin Books, 1993

** Asst.Prof.Dr., Kırkkale University, Faculty of Law

¹ Art. (I)-(III) pp.3-4, cf.Introduction, xi-xix

what “purely” idealistic points of view maybe to the same question- with the various consequences of participants’ personal acts taken into consideration.²

Therefore taken in its mission art in all its apprehended forms starting from the grand level up to the minimal scale provides for all such effective portrayal through different sources and dimensions. Both the creator and the apprehender of art refer to it whether it be through painting , music , poetry or sculpture and even architecture in order to find peace and relaxation amidst the confusion surrounding themselves , to find joy and contentment when living conditions seem to be dull and evalescalent , to find meaning and truth when happenings and incidents of a newly encountered stage seem to be indefinite and obscure and even vicious.

For instance architecture “bestows hard-toil upon existing nature in order to disentangle it from the jungle of finitude and abortiveness of chance”³by securing a “**place**” for the external surroundings –and even human beings maybe!- to have permanance and definition . “Therefore architecture **purifies** (Hegel must have had in view the architecture of the western societies in meaning this purification as he certainly did with the religious aspect studied below !) the external world and endows it with symmetrical order and affinity to mind”.⁴

“The spirit which sculpture represents is on the other hand solid in itself and is not broken up in the play of trivialities and of passions , and hence its external form, too is not abandoned to any manifold phases of appearance , but appears under this one aspect only , as the abstraction of space in the whole of its dimensions .”⁵ In other words sculpture purifies the (human) existence in all of its aspects of multitudeness and concentrates in one unique form enduringly attainable at its most no matter what the surrounding conditions maybe .The same permanence and definition this time plies for the human form in sculpture as observed above in architecture for the external surroundings !

Following further ,in painting “the visibility and the rendering visible have their differences in a more **ideal** form in the several kinds of colour and they liberate art from the sensuous completeness in space as observed in sculpture which is attached to material things by restricting themselves to a plane surface. On the other hand the content also attains the most comprehensive specification”⁶ .

Now as even could be seen in this intermediate stage of scaling at the begin-

² Art. (XLVIII) p.35 cf. Art. (VI)-(XIII) pp.5-10, Art. (XXI)-(XXII) pp.14-16

³ Art. (CIX) (a) p.90

⁴ Art. (CX) (b) p.91

⁵ Art. (CX) (b) p.92

⁶ Art. (CXII) (i) p.94

ning of the process we first created a space permanent and definite amidst natural indefinable minute incidents . Following we confirmed this space attained at the varying multitude of circumstances of existence in all or whatever shape or form it might have .And at this very stage we restrict and in a way crystallise space within itself on a plane surface enriching its content by the elements which could not be attainable in the previous stages by diminishing the matter and therefore space into its very essence .

Therefore in the following audible stages of music and poetry “an inchoate ideality of matter appears no longer as under the form of space but as **temporal** (yet!) ideality liberating the ideal content from its immersion in matter”⁷ ; that is matter is truly transformed in a newly encountered spatial stage as a motion and tremor of the material body within itself and its relation to itself .

In poetry yet “sound , the only external matter which poetry retains , is in it no longer the feeling of the sonorous itself , but is a **sign**, which by itself is void of import .”⁸

“The merely negative point up to which music had developed now makes its appearance as the completely concrete point , the point which is **Mind**, the **self-conscious** individual , which producing out of itself the infinite space of its ideas unites with the temporal character of mind . Yet this sensuous element , which in music was still immediately one with inward feeling is in poetry separated from the content of consciousness . In poetry the mind determines this content for its own sake and apart from all else , into the shape of **ideas**”⁹.

“ Thus considered sound may just as well be reduced to a letter for the audible , like the visible is thus depressed into a mere indication of Mind”¹⁰

And as an answer to our initial question , as we have followed the Hegelian pattern as an explanatory scheme , Hegel has right to claim that “for this reason the proper medium of poetical representation is the poetical **imagination** and intellectual portrayal itself”¹¹ of sensuous modes in concrete of the human being as the mission and function of art concretely observed in the process .

He goes on , “and as this element is **common** to all types of art , it follows that poetry runs through them all and develops itself independently in each . Poetry is the universal art of the **mind** which has become **free** in its own nature

⁷ Art. (CXIII) (ii) p.95

⁸ Art. (CXIV) (iii) p.95

⁹ Art. (CXIV) (iii) p.95

¹⁰ Art. (CXIV) (iii) p.96

¹¹ Art. (CXIV) (iii) p.96

and which is not tied to find its realisation in external sensuous matter but expatiates exclusively in the inner space and inner time of the ideas and feelings”¹²

Therefore we conclude all art manifestations of various sensible forms are all actually expatiated in the inner space and inner time of the ideas and feelings of the human beings taking part in this artistic portrayal either as creators or apprehenders of it !

b) Now the second question of our inquiry proceeds as follows ; as we draw the sphere of existence for art(istic portrayal) thus , amongst these forms of art which we studied above in their mission at varying stages of scaling analytically is there one form superior to the others at times in carrying out this mission also **normatively** that is in its **essence** , in its **depth** also finding its presence as why one artist prefers one type of artistic form –sympathetic for himself – in expressing his ideas and thoughts rather than another ? or the same perhaps for the apprehenders of different types of art !

Can it have any relevance with the **content** employed in the very form to determine the answer to the question or vice versa is or can one artist \ or apprehender of art as in art scholarship be superior to another in virtue of the content , essence , depth of his ideas versus or in relation to other ideas of other contents or even in time schedule in certain periods and ages of intellectual creativity?

Now the answer probably lies in the key points of the Hegelian theory¹³ which can be summarised as follows ;

Art is actually the **Idea** presented in its **concreteness** through human sentiments being sensed thereupon.¹⁴ Even the difference between men and animal is that men being **aware** of its physical being by his very conscience realises that this awareness is merely a **representation** in concrete of a higher being which he has actually by discovering his physical being come upon thereby through this very discovery which opens and leads the way to a larger path to be discovered !

So physical senses and even sentiments merely function in the way of lighting up the way to a higher sensibility which manifests itself at this stage physically yet at the next stage following this one encompassing the two of the stages ; the one in concrete and the one in abstract which the concrete had led the way to but yet without any substance i.e. sense or sentiment to be perceived but merely the mechanism opening up the process to be fulfilled with the required

¹² Art. (CXIV) (iii) p.96

¹³ Ch III, The Conception of Artistic Beauty, Art. (XXXVIII)-(LXXV), pp.27-61 Ch IV Division of the Subject Art. (XCIV)- (CXV) pp.76-97 cf.Introduction, pp.xix-xxxii

¹⁴ Cf.Art. (XXXVIII)-(XLI) pp.27-30

substance in the third and final stage of synthesis covering up the whole scheme both with frame-work and substance there within ¹⁵.

Regarding “human” entity on the universe then humanity first became aware of its being through physical processes of his own differentiating himself from that of animal form and then at this very moment realised that this differentiation meant something further to be even physically acknowledged but yet in the third final stage .Before this stage to be evolved and concluded there required yet another stage of (t)his acknowledgement in between , the stage merely that of abstract mechanical built-up of the procedure which provided for the so-called third stage !

Actually this seeming to be indeterminate and therefore abstract stage was the **very** definite and determinate stage of abridgement upon and of human grasp!

Hegel claimed even in his time that the mistakes committed in grasping the essence and the whole frame-work of this stage of the whole mechanism encompassing it there within led to **vital** follies in human acknowledgement like certain modes of artistic and even religious patterns as he refers to the primitive notions of art observed in eastern societies and the religions of Jews and Muslims¹⁶ ; for they took this intermediate very stage without referring to its first and third counter-parts i.e. starting and concluding stages of development and therefore took it partially yet exaggerating and even mystifying , sanctifying this very stage at a frozen level of perception leading to no further or counter confrontations it might bear up to ! ¹⁷

That is in Hegelian terms primitive notions of Art sanctified and froze up Nature in its physical apperception --which actually in no way could be achieved in the dynamic and viable nature of human grasp in its very essence –and yet tried to inject superficially some higher meaning upon it which it would only be reaching gradually in a further stage of development as seen above!¹⁸ Equally the human physical being reaches up a notion of morality and aesthetics in the gradual evolving of the mechanism in the third stage where he **reflects** upon his very being by the reflective talent he has adopted in the second stage crossing the bridge from indeterminateness to the very determinate , definite being of his very own losing sight of incapability and inefficiency i.e. static , frozen and

¹⁵ cf.Art.(XLVIII)-(L)pp. 35-36, Art. (LVIII)-(LX) pp.43-46

¹⁶ cf.Art. (LXI)-(LXIII) pp.46-50, Art.(XCVI) pp.76-77

¹⁷ cf.Art. (LXIV)-(LXV) pp.50-51

¹⁸ cf.Art.(LXVI) (LXVIII) pp.51-55

given nature of the very nature he has and developing plasticity to be transformed by the humanity !¹⁹

Therefore once human form has realised that he cannot alter or plastically re-shape Nature has he begun to discover another realm which is actually his very own **dwelling** –the realm of the **Idea** yet this time opening and securing room for its subject , the **human** who has come to call upon its door and luckily found a place for itself ! Human form did actually even along the way consumed this very realm within its very being together even with the static nature he could not alter , grasp and place appropriately there within .So Hegel interpreted Christian belief likewise ²⁰ as the unification of the human being with the Idea which he was once abstracted from while misdwelling in Nature and trying to get unified with it in vain but now placing both nature and himself where they really belonged to !

So again in Hegelian terms art in symbolic form meant this very inefficiency of unification capacity that of Nature and human in metaphysical bonds merely observed at the level of physics as in Architecture !²¹ Yet sculpture opened up the way for the perfection of human form reached to be within **Intellectual** realm bearing an inner and higher meaning thrust upon its representations to be interpreted by those who undertook the difficulties of aesthetic notion in the realm of the Idea which they were enrolled within .²²

Yet this Idea manifested itself even without referring to any physical component outwardly acknowledged but **intuitively** sensed within as in romantic arts of painting , music and poetry !²³ Thus the unification mentioned above got **invested** on the subject of this process as a human being with creative and re-shaping capabilities of aesthetic **portrayal** .

Therefore we can conclude—as an answer to our initial question in regards the human beings’ and their physical beings’ artistic quests to be considered to have some **worthy content**—that human form first searched for its frame-work in symbolic forms in Nature as in architecture which had no plasticity at all to be enrolled within . Later it got hit upon the idea of its most appropriate exact framework in classical forms of sculpture which perfected the human form abstracting the follies and weaknesses of physical apperceptance from it . And finally human form **transcended** the precision transforming itself within its very framework as in romantic arts of painting , music , and poetry bearing and

¹⁹ cf.Art.(LXIX)-(LXXV) pp.55-61

²⁰ cf.Art.(XLVII)pp.34-35, Art. (XCVI) p.76-77, Art.(XCVIII) p.78

²¹ cf.Art.(C)- (CV) pp.79-83

²² cf.Art.(CVI)p. 84

²³ cf.Art.(CVII)pp.85-88

thrusting upon a newly created **realm of finite perfection** within itself exchanging the content-framework pattern with the framework-content pair and therefore becoming itself the **very framework** to encompass the **content** , substance whatever to be physically acknowledged around or within itself.

This actually makes it possible for the subject of this mechanism , the very human being to live a life of billions and billions of lives of whatever essence you might find in concrete in\around\within\ and on itself in one human being, being the framework itself of all this mechanism capable of bearing any content whatever all at the same time in its abstracted perfection yet in concrete moments as it chooses . So this is why perhaps art functions in different roles and different modes for all human beings, for artists and art scholars , for art apprehenders !and everybody in all its viability creating life for itself and creating life **for life** to be **enlived**.

II.The Development of Dialectic Thought (And Where It is \Or Should be Found)

Hegel in his “Lectures on Aesthetics” traces back the foot-steps of this dialectical thought up to the Kantian philosophy²⁴ whereby a **strict** differentiation is built up between the two ultimately separate realms of **Practical** and the **Theoretical** in the plying of **Reason** which according to Hegel is the exact starting point for a new discussion developed on how this differentiation may be worked over to be overwhelmed by a **unison** of the very **Reason** confining in it its **initial** wholesome unity and therefore particularity.²⁵

In the light of this very discussion Hegel refers to other creative sources in the dialectic processing of the reason in the very beings of philosophers such as Schiller and Schlegel; a process which **is** actually present in almost every sphere of life even in its minuteness or in its universal phrasing such as the creative minds of the philosophers discovering the very process how their minds work up and upon to no matter what the essence it might be drawn !²⁶

Therefore Hegel believes once this differentiation is overcome a synthesis of **original** apprehension could and would be brought forward such as the **universal** differentiating within itself to become the **particular** and yet this time **the very particular** once more going through the same metamorphological process of differentiation to become the **universal in the particular** differentiating itself from the isolated particular torn apart from any kind of relation with its univer-

²⁴ cf. Art.(LXXVII) pp. 62-64

²⁵ cf. Art.(LXXVIII)-(LXXXII) pp.64-66

²⁶ cf. Art.(LXXXIII)-(LXXXIV) pp.67-68

sal form which it has ascended (to be) from and actually become “the particular”.²⁷

Hegel says it was Solger who first discovered this dialectical **core** at the heart of all living mechanisms and how they kept their **entity all in one unity** escaping the hazards of inconsistent modes of differentiation observed in various perspectives to which no **essential** meaning could be ascribed to without reference to the **main structure** behind the scheme yet unsolved and even unapprehended at times!²⁸

Thus we might say the main reason why Kant made such a **strict** separation rather than any differentiation between the realms and kept strictly to it is that he was determinate not to fall into the catapult of Plato whereby every ideal thing is **merely** composed of an **ideal** thought and **not of a physical entity** to be apprehended in its particularity. Kant in the least wanted to **secure** a determinable sphere for any such realm of physical entities without reference to idealistic schemes of thought by keeping these very schemes under strict control under the very realm of the **Practical Mind** which was never to be intermixed or even to be confronted with the **Theoretical** version.²⁹

Hegel, in these efforts of Kant, paid his tribute to his apprehensive starting point and went on to introduce a certainly better solution to the problem as such; what he did was as—observed in the dialectical process above—taking the **Theoretical** Mind at hand and letting it to differentiate and evolve itself to the very **Practical Mind as in the above *universal-practical and synthetically practical within the universal formulae*** and most important of all in the final determinative stage plying the process once more again to let the “Practical Mind” overwhelm its isolated partiality to become once again the expounder and presenter of the “Theoretical Mind” in its very “Practical Being”!³⁰ This is similar to the pattern observed in the paragraphs above in the human beings’ behaviours carrying and presenting within themselves the whole universe both of ideas and physical things yet in their own physical beings but with a unique faculty of Reason plying within in the process.

Even the very Reasoning **faculty** of ours providing for all this richly en-sourced apprehensions no matter of what essence at what level macro-micro, abstract-concrete etc thus **reveals** itself and its plying process in the very dialectical fashion for our good or not!? as one might be dazzled to discover in his astonishment the content of all this creativity.

²⁷ cf. Art.(XCII)pp.74-75

²⁸ cf. Art.(XCII)pp.74-75

²⁹ cf. Art.(XXXVI)-(XXXVII)pp.25-26

³⁰ cf.Art.(LXXXVII)pp.62-64, Art.(LXXXII)p.66

Just at this point of “human” exposure of this enormously great activity of apprehension we can also refer to **Irony**³¹ sometimes compared and contrasted with the dialectics .In irony **I** as the human being take in every comprehensible subject of essence either in thought or being **form** and annihilate it within its very self to assure a dominant creative power over by determining its ultimate annihilance whether of worthy essence or of mere rubbish as observed in **comedy** .³² This is similar to a perception of God annihilating for its own sake without the referential idea of it **inherent** in the process which actually corresponds to the very dialectical process at the stage where “the particular or the practical” not on its own but as a vital instrument in revealing and presenting the original “universal and the theoretical” is transformed and evolved to carry out its mission in full !³³ Therefore anything **I** would annihilate would be taken in and to be annihilated to present and reinforce the **I** this time in the **concrete** not merely for the sake of annihilation!

As one last concluding word for this enquiry I would like to assert that perhaps every living mechanism should acknowledge that what and how it is doing something and that very thing and even further its reason of being as a being capable of doing all these and similar things is not for the sake of this and that (thing) or even the sake of being but the very dialectical mechanism covering the being and everything to **reveal** its being and even to reveal the very mechanism through its mechanical running at this or that point in an indefinite yet determinative path !

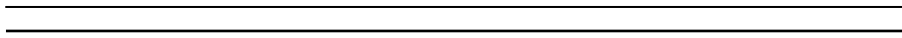
I conclude this is how Hegel , the one single runner of the mechanism running it thus understands and reveals Dialectics to us !

³¹ cf.Art.(LXXXVII) p.70

³² cf.Art.(LXXXVIII) pp.70-71, Art.(XCI) pp.73-74

³³ cf.Art.(LXXXIX)-(XC)pp.71-74

incelemeler



karar incelemesi

**WIRKUNG DES VÖLKERRECHTS IN DER EG-
RECHTSORDNUNG – PARALLELEN ZUM VERHÄLTNIS
VON VÖLKERRECHT UND INNERSTAATLICHEM
RECHT**

Mehmet Merdan HEKİMOĞLU*

EINLEITUNG

Die vorliegende Fallauflösung beschäftigt sich mit der Wirkung des Völkerrechts in der EG-Rechtsordnung und mit ihren Parallelen zum Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht. Zunächst soll ein Überblick über Sachverhalt gegeben werden, damit wir die anschließenden rechtlichen Fragen besser verstehen und beantworten können.

- DER PRAKTISCHE FALL -

Sachverhalt

Die Klägerin¹ des deutschen Ausgangsverfahrens führte in den Jahren 1990 bis 1992 Weine aus (Rest-) Jugoslawien in die Europäische Gemeinschaft ein und meldete die in den freien Verkehr entnommenen Parteien am 07. Mai 1992 unter Berechnung des Zolls zum Präferenzzollsatz an.

Das beklagte Hauptzollamt² berechnete für die Importe nicht den Präferenzzollsatz, wie er im Kooperationsabkommen zwischen der EG und der (ehemaligen) Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien³ vom 02. 04. 1980⁴

* Yrd. Doç. Dr., Balıkesir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

¹ A. Racke GmbH & Co.

² Hauptzollamt Mainz.

³ Im folgenden: Kooperationsabkommen.

⁴ Vgl. Verordnung, EWG (jetzt EG), Nr. 314/83 des Rates vom 24. 01. 1983.

festgelegt ist, sondern den normalen (höheren) Drittlandszoll, weil die Weine aus Serbien eingeführt worden seien.

Der Rat hatte eine Verordnung (EWG) Nr. 3300/91 vom 11. 11. 1991⁵ erlassen, mit welcher das Kooperationsabkommen mit Jugoslawien ausgesetzt wurde. Diese Verordnung wurde mit der Begründung erlassen, dass die Fortsetzung der Feindseligkeiten und ihre Auswirkungen auf die wirtschaftlichen und handelspolitischen Beziehungen sowohl der einzelnen Republiken Jugoslawiens untereinander als auch mit der Gemeinschaft eine grundlegende Veränderung der Vertragsumstände dargestellt gewesen sei.

Die Klägerin des deutschen Ausgangsverfahrens rügte eine Verletzung ihrer Rechte durch die Regelungen dieser streitigen Verordnung und nannte u.a. auf völkergewohnheitsrechtliche Grundsätze als Beweis oder Rechtfertigung.

Die Klägerin reichte gegen den diesbezüglichen Bescheid des Hauptzollamts Mainz vom 27. Mai 1992 beim Finanzgericht Klage ein, welche bezüglich der vor dem 15. November 1991 eingeführten Weine Erfolg hatte, aber im übrigen mit der Begründung abgewiesen wurde, dass durch die streitige Verordnung erfolgte Aussetzung der Handelszugeständnisse aufgrund eines grundlegenden Wandels der Umstände, nämlich des Krieges in Jugoslawien gerechtfertigt gewesen sei.

Die Klägerin des deutschen Ausgangsverfahrens legte gegen dieses Urteil beim Bundesfinanzhof Berufung ein. Der mit dem Rechtsstreit befasste Bundesfinanzhof hat den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften um Vorabentscheidung ersucht.

Obwohl der EuGH im Grundsatz eine Bindung der EG – Organe an das Völkergewohnheitsrecht bejaht,⁶ verneint er aber im Ergebnis eine Verletzung der streitigen Verordnung diese Regeln.⁷

Die rechtlichen Fragen

2. 1 Woher hat der EUGH die Entscheidungskompetenz? Warum hat der Bundesfinanzhof dem EuGH die Frage der Gültigkeit der streitigen Verordnung zur Entscheidung vorgelegt?

Unter dem Titel “Vorabentscheidung” Art. 177 I lit. B EGV8 folgt: Der Gerichtshof entscheidet im Wege der Vorabentscheidung⁹

⁵ Im folgenden: streitige Verordnung.

⁶ Das Urteil vom 16.06.1998 (EuZW, Heft 22/1998).

⁷ Dazu EuGH, EuZW 1998, 694 ff.

⁸ Jetzt Art. 234 EGV.

- a) über die Auslegung dieses Vertrags,
- b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft und der EZB,
- c) über die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen, soweit diese Satzungen dies vorsehen.

Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.

Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet.

Im Rahmen dieses Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 I lit. b übt der EuGH also eine Gültigkeitskontrolle über die Rechtshandlungen der Gemeinschaftsorgane aus.

Die Verordnung¹⁰ ist eine Handlung der Gemeinschaftsorgane im Sinne von Art. 234 I lit. b EGV.

Da BFH Zweifel hat, ob die Streitige Verordnung gültig ist, ist er aufgrund Art. 234 III EGV verpflichtet, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs einzuholen.

Es stellt sich in diesem Punkt die Frage, ob die Entscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs nach Art. 234 I lit. b EGV bezüglich möglicher Ungültigkeitsgründe eingeschränkt ist? Und in diesem Zusammenhang damit ob sich das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 I lit. b EGV für eine nur auf das Völkerrecht und insbesondere auf die Völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätze über die Beendigung und die Suspendierung von Verträgen gestützte Argumentation öffnen lässt?, das heißt: Prüfungsmaßstab Völkerrecht für die Verordnung?

Man kann zunächst als einen normativen Anknüpfungspunkt für den Prüfungsmaßstab Art. 164¹¹ EGV in betracht kommen.

Unter dem Titel "Wahrung des Rechts", Art. 220 EGV folgt: "Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages."

⁹ U.a. unter Ziffer b.

¹⁰ Ein typisches Beispiel für sekundäres Gemeinschaftsrecht.

¹¹ Jetzt Art. 220.

Die Formulierung des Art. 220 über den Begriff "Recht" ist nicht deutlich. Daher kann man die Frage –was man den Begriff hier "Recht" verstehen soll– nur durch Auslegung beantworten. Der Begriff in Art. 220 "Recht" ist in einem umfassenden Sinne zu verstehen. Dazu gehört neben dem primären oder sekundären Gemeinschaftsrecht auch das allgemeine Völkerrecht. Denn das allgemeine Völkerrecht, an das die Gemeinschaft gegenüber Drittstaaten und internationalen Organisationen gebunden ist, wird im Sinne einer monistischen Theorie als Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung auf der Stufe des primären Gemeinschaftsrechts verstanden.¹² Außerdem sind nach Art. 300 EGV geschlossene Abkommen für die Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten bindend. Auch solche Verträge werden Bestandteile des Gemeinschaftsrechts.

Außer dieser Begründung hat der Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 12. Dezember 1972¹³ entschieden, dass seine Zuständigkeit, nach Art. 177 EGV über die Gültigkeit von Handlungen der Organe der Gemeinschaft zu entscheiden, hinsichtlich möglicher Ungültigkeitsgründe nicht eingeschränkt sei.

Weil sich diese Entscheidungskompetenz auf sämtliche Gründe erstreckt, aus denen solche Handlungen ungültig sein können, muss vom Gerichtshof geprüft werden, ob deren Gültigkeit dadurch beeinträchtigt sein kann, dass sie einer Regelung der Völkerrechtsordnung widersprechen.¹⁴ Wie der Europäische Gerichtshof in seiner Beantwortung der Vorlagefragen in der Rechtsache Racke festgestellt hat, könne eine Verordnung auch am Maßstab völkergewohnheitsrechtlicher Regeln gemessen werden. In Zusammenhang damit kann ein Verstoß der Verordnung gegen diese Regeln zu ihrer Nichtigkeit führen. Deshalb ist der Europäische Gerichtshof für die Entscheidung darüber zuständig.

2. 2. Die Wirkung eines Vertrags zwischen der EG und einem nicht Mitgliedstaat¹⁵ für die Einzelpersonen: Kann ein unmittelbarer Rechtsanspruch für Einzelne aus einem solchen Vertrag hergeleitet werden?

Hier gibt es zunächst, Unterschiede zwischen Europarecht und Völkerrecht aufzuzeigen.

2. 2. 1 Im Europarecht

Wie der Gerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung entschieden hat, ist eine Bestimmung eines von der Gemeinschaft mit Drittländern geschlossenen Abkommens als unmittelbar anwendbar anzusehen, falls sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und nach Gegenstand und Art des Abkommens eine klare

¹² EuGH 1972, 1228 – International Fruit.

¹³ EuGH, Slg. 1972, 1219; NJW 1974, 438 Tz. 5 – International Fruit Company u. a.

¹⁴ Urteil International Fruit Company u.a., Tz. 6.

¹⁵ Sog. Drittland.

und eindeutige Verpflichtung beinhaltet, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen.¹⁶

Es stellt sich die Frage, ob Art. 22 IV des Kooperationsabkommen zwischen der EG und der (ehemaligen) Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien diese Kriterien erfüllt und damit Betroffenen unmittelbare Ansprüche auf eine Zollbegünstigung verschaffen kann? Mit anderen Worten hat diese Norm "self – executing" Charakter?

Die Prüfung des Wortlauts des Art. 22 IV des Kooperationsabkommens spricht nicht gegen diese Kriterien. Die Europäische Gemeinschaft muss durch seine Handlungen diese Vorschrift durchführen, damit das jährliche Gemeinschaftszollkontingent nach den Modalitäten in Art. 2 I und II des Zusatzprotokolls eröffnet werden kann. Beim Erlass dieser Maßnahmen hat die Gemeinschaft kein Recht oder keine Möglichkeit, darüber nach ihrem Ermessen zu bestimmen. Mit anderen Worten bewirken diese Bestimmungen, dass die Gemeinschaft verpflichtet ist, die genaue Berechnung der Zölle entsprechend diesen Vorschriften rechtzeitig vorzunehmen.

Nicht nur die Prüfung des Wortlauts des Art. 22, sondern auch die Prüfung von Gegenstand und Art des Kooperationsabkommens, zu welchem Art. 22 IV gehört, spricht nicht gegen die in seiner ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes genannten Kriterien. Dieses Abkommen soll nämlich den Handelsverkehr zwischen der EG und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien entwickeln und bewirken, dass die Hemmnisse für den wesentlichen Teil ihres Warenverkehrs schrittweise nicht mehr vorhanden ist.

Deshalb kann man sagen, dass Art. 22 IV des Kooperationsabkommens zwischen der EG und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien wegen der darin vorgesehenen Zollbegünstigung zur Entstehung von Ansprüchen führt, auf die sich Betroffene vor den innerstaatlichen Gerichten berufen können.

Wie der Gerichtshof entschieden hat, ist einem Betroffenen auch nicht verwehrt, der sich vor Gericht auf Ansprüche beruft, die er unmittelbar aus einem Abkommen zwischen der EG und einem Drittland ableitet, vor Gericht die Gültigkeit einer Verordnung in Frage zu stellen, die ihn durch die Aussetzung der mit diesem Abkommen gewährten Handelszugeständnisse an deren Inanspruchnahme hindert, und sich dafür auf Verpflichtungen zu berufen, die sich aus den völkergewohnheitsrechtlichen Regeln über die Beendigung und die Suspendierung vertraglicher Beziehungen ergeben. Wegen der Komplexität der fraglichen Regeln und der Ungenauigkeit einiger Begriffe muss sich die gerichtliche Kontrolle darauf beschränken, ob das zuständige Organ bzw. der Rat, als er die Aus-

¹⁶ Vgl. u.a. EuGH, Slg. 1987, 3719; NJW 1988, 1442 Tz. 14 – Demirel.

setzungsverordnung erließ, offensichtliche Fehler bei der Beurteilung der Voraussetzungen für die Anwendung dieser Regeln begangen hat.

2. 2. 2 Im Völkerrecht: Die Wirkung eines völkerrechtlichen Vertrags für die Einzelnenpersonen im Völkerrecht: Ist der Einzelne unmittelbar ein völkerrechtliches Subjekt?

Rechtssubjektivität bedeutet die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Aus diesem Grund meint Völkerrechtssubjektivität die Fähigkeit, unmittelbar Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten zu sein. In der Regel können Einzelpersonen im völkerrechtlichen Bereich nur durch ihren Staaten Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sein. Die Einzelpersonen sind also im Prinzip nicht Völkerrechtssubjekte. Die Ausnahmen dieses Prinzips sind Schutz von Menschenrechten, Seeräuberei, Sklaverei, Kriegsverbrechen, Völkermord, Flugzeugentführungen, Terroraktion, Apartheid.¹⁷

2. 3 Ist die EG – Rechtsordnung eine völkerrechtliche oder eine innerstaatliche Rechtsordnung?

Gemäss fast von allen geteilt werdender Auffassung wurde mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften eine ganz neue Rechtsordnung geschaffen.¹⁸ Wenn auch diese sog. Gemeinschaftsrechtsordnung sowohl im innerstaatlichen als auch Völkerrecht wurzelt, hat sie aber ein gegenüber beiden Rechtsordnungen eigenes Rechtssystem mit eigenen Rechtsinstituten hervorgebracht.¹⁹ Mit anderen Worten gehört das sowohl primäre als auch sekundäre Recht der EU nach herrschender deutscher Lehre weder zum innerstaatlichen Recht noch zum Völkerrecht, sondern bildet eine eigenständige Rechtmasse besonderer Art, die aber auch in innerstaatlichen Bereich angewendet werden kann.²⁰

Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat das Gemeinschaftsrecht in seiner ständigen Rechtsprechung als eine eigenständige Rechtsordnung sowohl gegenüber dem innerstaatlichen Recht wie auch dem Völkerrecht bezeichnet.²¹

Obwohl der EGV ein völkerrechtlicher Vertrag ist und das Gemeinschaftsrecht aus Völkerrecht entstanden ist, ist aber EG – Rechtsordnung eine eigene

¹⁷ Krşl. Pazarcı, H., Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, II. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 1990, s. 165 ff.

¹⁸ Busse, C., Die völkerrechtliche Einordnung der Europäischen Union, s. 67.

¹⁹ Busse, C., a.a.O., s. 67.

²⁰ Seidel-Hohenveldern, I., Völkerrecht, s. 127.

²¹ Krück, H., Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, s. 166.

Rechtsordnung sui generis, die zur Rechtfertigung ihres Bestandes und ihrer Ausformung nicht des Völkerrechts bedarf.²²

2. 4 Wie kann dann ein völkerrechtlicher Vertrag in der EG – Rechtsordnung Anwendung finden?

Unter dem Titel “Abkommen mit dritten Staaten oder Organisationen; Beteiligung des EP”, Art. 300²³ VII EGV folgt: “Die nach Maßgabe dieses Artikels geschlossenen Abkommen sind für die Organe der Gemeinschaft und für die Mitgliedstaaten verbindlich”. Außer dieser Begründung stellt ein vom Rat gem. den Bestimmungen des EG – Vertrags geschlossenes Abkommen mit einem Drittland nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für die Gemeinschaft eine Handlung eines Gemeinschaftsorgans dar und die Bestimmungen eines solchen Abkommens ein wesentlicher Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, wie er in seinem “Demirel” – Urteil vom 30. September 1987 festgestellt hat.²⁴

Wie der Europäische Gerichtshof in seinem wichtigen “Haegeman” – Urteil von 1974 entschieden hat, sind die völkerrechtlichen Abkommen “sobald sie in Kraft stehen, integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung”.²⁵

Art. 300 Abs. 5 und 7 EGV besagt, dass ein Gemeinschaftsabkommen, dessen Unvereinbarkeit mit dem Gründungsvertrag vom Gerichtshof festgestellt wurde, erst nach der Revision dieses Vertrags in Kraft treten kann. Aus diesen Bestimmungen müssen wir schließen, dass die Abkommen im Gemeinschaftsrechtssystem den Gründungsverträgen untergeordnet sind. Die Gründungsverträge gehen also den völkerrechtlichen Abkommen der Gemeinschaften vor.²⁶

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hat das Abkommen Vorrang vor dem abgeleiteten Recht. Somit gilt jeder frühere oder spätere einseitige Rechtsakt der Gemeinschaften nicht, welcher einem Gemeinschaftsabkommen widerspricht. Mit anderen Worten dürfen die Gemeinschaftsorgane kraft Gemeinschaftsverfassungsrechts keine den

²² Dazu auch EuGH, Rs. 4/64, Costa / ENEL, Slg. 1974, 1251; siehe dazu auch Lenz, C., O., Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, Art. 281, S. 1933.

²³ Ex – Art. 228.

²⁴ Urteil Demirel, Tz. 7.

²⁵ Oehmichen, A., Die unmittelbare Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Verträge der EG, s. 89.

²⁶ Art. 300 V EGV.

ordnungsgemäß geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen der Gemeinschaften widersprechenden Rechtsakte setzen. Denn Art. 300 VII EGV ordnet die Bindung der Gemeinschaftsorgane an die völkerrechtlichen Verträge der Gemeinschaft an. Folglich stehen diese Verträge im Rang über den Rechtsakten der Gemeinschaft. Sie gehen also im Rang dem sekundären Gemeinschaftsrecht vor.

2. 5 Kann das allgemeine Völkerrecht in der EG – Rechtsordnung Anwendung finden?

Die Gemeinschaft ist nicht nur an die von ihr geschlossenen Abkommen gebunden, sondern auch an die Regeln des allgemeinen Völkerrechts, wie sie etwa in dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 21. Mai 1969 ihren Niederschlag finden.²⁷

Wie der Europäische Gerichtshof in seinem wichtigen “Poulsen u. Diva Navigation” – Urteil²⁸ vom 24 November 1992 festgestellt hat, muss die Gemeinschaft ihre Befugnisse unter Beachtung des Völkerrechts ausüben.²⁹ Falls also die Gemeinschaft eine Verordnung offiziell schriftlich beschließt und der Öffentlichkeit bekannt macht, mit welcher Handelszugeständnisse ausgesetzt werden, die durch ein von ihr mit einem Drittland geschlossenes Abkommen oder wegen eines solchen gewährt wurden, muss sie demnach die Regeln des Völkergewohnheitsrechts befolgen.

Deshalb binden die Völkergewohnheitsrechtlichen Regeln über die Beendigung und die Suspendierung vertraglicher Beziehungen aufgrund einer radikalen Änderung der Umstände³⁰ die Gemeinschaftsorgane und sind Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung.³¹

Ein internationaler Vertrag oder eine internationale Vereinbarung zwischen Staaten oder (internationalen) Institutionen unterliegt einer Vielzahl von Gewohnheitsregeln, welche die zum großen Teil in der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23.05.1969 kodifiziert worden sind.³²

²⁷ Vgl. Opperman, T., EuropaR, 1991, Rdnr. 505; Art. 3 lit. b WRK.

²⁸ EuGH, Slg. I 1992, 6019 Tz.

²⁹ EuZW, Heft 22, 1998, s. 697.

³⁰ Sog. „clausula rebus sic stantibus“ vgl. Art. 62 Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969)

³¹ EuZW, Heft 22, 1998, s. 697.

³² Groux, J.-Manin, P., Die Europäischen Gemeinschaften in der Völkerrechtsordnung, s. 105.

Unter dem Titel “Anwendungsbereich der vorliegenden Konvention”, Art. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention lautet: “Die vorliegende Konvention gilt für Verträge zwischen Staaten”.

Die Wiener Konvention als solche wird aufgrund Art. 1 nur auf die Staaten angewendet, welche Vertragsparteien in diesem Abkommen sind. Diese Konvention ist also aus diesen Gründen auf internationale Organisationen nicht unmittelbar anwendbar.

Jedoch kann man bei den einvernehmlich angenommenen Bestimmungen³³ davon ausgehen, dass diese Bestimmungen das Gewohnheitsvölkerrecht beschreiben und damit auf alle angewendet werden können.

Diese Auffassung wird auch vom Europäischen Gerichtshof geteilt. Nach seiner Entscheidung vom 16. 06. 1998 bindet das Wiener Übereinkommen weder die Gemeinschaft noch alle Mitgliedstaaten. Trotzdem gibt eine Reihe seiner Bestimmungen, zu denen auch Art. 62 zählt, die Regeln des Völkergewohnheitsrechts wieder, nach denen unter bestimmten Voraussetzungen der Grundsatz gilt, dass eine Änderung der Umstände zur Hinfälligkeit oder zur Suspendierung eines Vertrages führen kann.³⁴

Wie der IGH klar zum Ausdruck gebracht hat, sind dieser Grundsatz und seine –nur ausnahmsweise vorliegenden- Voraussetzungen in Art. 62 des Wiener Übereinkommens niedergelegt, das in vieler in Hinsicht als Kodifizierung bestehenden Gewohnheitsrechts zur Frage der Beendigung vertraglicher Beziehungen aufgrund einer Änderung der Umstände angesehen werden könne.³⁵

2. 6. Die Wirkung des Völkerrechts im innerstaatlichen bzw. deutschen Recht –Parallelen zur Wirkung des Völkerrechts in der EG – Rechtsordnung

Das Grundgesetz hat an zwei Stellen die Umsetzung von Völkerrechtsnormen in innerstaatliches Recht bzw. deutsches Recht zum Inhalt.³⁶ Es unterscheidet dabei zwischen allgemeinen Regeln des Völkerrechts

³³ Die im übrigen in der Mehrzahl sind.

³⁴ EuZW, Heft 22, 1998, s. 696.

³⁵ Urteil vom 02. 02. 1973 im Fischereistreit Vereinigtes Opinions and Orders 1973, S. 3 Tz. 36; siehe dazu EuZW, Heft 22, 1998, s. 696.

³⁶ Vgl. Kimminich, O., Einführung in das Völkerrecht, 6. überarb. und erw. Aufl., 1997, s. 239.

und völkerrechtlichen Verträgen.³⁷ Unter dem Titel “allgemeines Völkerrecht als Bestandteil des Bundesrechts” Art. 25 GG lautet: “Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes”.

Die Normen des Völkergewohnheitsrechts sind aufgrund Art. 25 S. 1 GG als die allgemeinen Regeln des Völkerrechts auch Bestandteil des innerstaatlichen Rechts bzw. Bundesrechts. Sie gehen den einfachen Gesetzen vor.³⁸ Folglich kann man diese Normen nicht durch Gesetze der Bundesrepublik Deutschland aufheben oder ändern.³⁹ Da Art. 25 GG selbst nicht der Verfassungsänderung entzogen ist, gehen die durch Art. 25 in innerstaatliches recht transformierten Völkerrechtsnormen lediglich den einfachen Gesetzen vor, nicht jedoch der Verfassung selbst.⁴⁰

Wie Art. 25 GG gibt es keine diesbezüglich ausdrückliche Bestimmung im Gemeinschaftsrechtssystem. Trotzdem vertritt man in der Literatur die Auffassung, dass die Regeln des Völkergewohnheitsrechts auch auf die Gemeinschaft anzuwenden sind, wie oben betont wurde. Auch der Gerichtshof bejaht im Prinzip eine Bindung der EG – Organe an die völkergewohnheitsrechtliche Regeln.⁴¹

Art. 59 Abs. 2 GG bestimmt: “Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften über die Bundesverwaltung entsprechend”.

So ein Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag wie Art. 59 Abs. 2 ist in der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht vorgesehen.

Im Gegensatz zum Europarecht entspricht das Verhältnis zwischen Völkervertragsrecht und Landesrecht in Art. 59 Abs. 2 GG mit dem Erfordernis eines Genehmigungsgesetzes dem den zusätzlichen, auf den Vertragsschluss noch gesondert folgenden Transformations- oder Vollzugsakt als einzig mögliche Ausformung des Dualismus sehenden streng dualistischen System.

³⁷ Ipsen, K., Völkerrecht, 3., völlig neu bearb. Aufl. des von Eberhard Menzel begründeten Werkes. – München: Beck, 1990, s. 1084.

³⁸ Ipsen, K., a.a.O., s. 1091; Kimminich, O., a.a.O., s. 247.

³⁹ Vgl. Geiger, R., Grundgesetz und Völkerrecht, s. 168; vgl. hierzu auch Kimminich, O., a.a.O., s. 247.

⁴⁰ Kimminich, O., a.a.O., s. 247; vgl. hierzu auch Schmidt-Bleibtreu/Klein, 9. Aufl., 1999, Art. 25, Rn.1a.

⁴¹ EuZW, Heft 22, 1998, S. 694.

Zum Unterschied von Wirkung der internationalen Abkommen im Gemeinschaftsrecht wirken die internationalen Verträge, die nach dem GG aufgrund eines Zustimmungsgesetzes in Kraft getreten sind, in der innerstaatlichen Rangordnung mit dem Rang einfacher Gesetze, Verwaltungsabkommen mit dem Rang von Verordnungen, wie oben klargelegt wurde. Da die Rangordnungsreihe in einem Verfassungsstaat so verläuft: Verfassung – Gesetz – Verordnung,⁴² sind die Abkommen, welche gemäss dem GG wegen eines Zustimmungsgesetzes in Kraft gesetzt wurden, dem Grundgesetz untergeordnet, Verwaltungsabkommen jedoch den einfachen Gesetzen und dem Grundgesetz.

⁴² Katz A., Staatsrecht, C. F. Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, s. 5.

BONODA KEŞİDECİNİN TEMERRÜDÜ

-KARAR TAHLİLİ-

Server SÜLEYMANOV*

ÖZET: Vadesinde ödenmek için ibraz olunup da ödenmeyen bononun keşidecisinin, TTK:nun 637/2. maddesi gereğince, temerrüt tarihi olan vadeden itibaren faiz ödemekle yükümlüdür.

(6762 s.TTK. m. 592, 620, 624, 637/2, 690)

Mercii kararının müddeti içinde temyizen tetkikin alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye 12.4.2000 tarihinde gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

Lehtar İbrahim, keşideci borçlu Mehmet hakkında 1.1.1997 tanzim ve 15.11.1997 vade tarihli 255.000.000.-TL'lik bono ile ilgili, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapmıştır.

Yasal süresi içerisinde borçlu mercii nezdinde yapmış olduğu itirazında; açık senet verdiğini tanzim ve vade tarihinin geçmişe dönük yazılarak bu tarihlere göre faizin fahiş istendiği, senet protesto edilmediğinden geçmişe dönük takipte istenilen 504.000.000.-TL. faizi kabul etmediğini, %95 ve aylık %25 talep edilen faiz oranını kabul etmediğini, asıl borca bir itirazları olmadığını açıklamıştır.

Mercii işlemiş faiz oranına ilişkin itirazın kabulüne, bono vadesinde protesto edilmediğinden bahisle takip tarihinden itibaren faiz talep edilebileceği gerekçesi ile borçlunun faize itirazının kabulüne karar vermiştir. Karar alacaklı vekiline temyiz olunmuştur.

TTK.nun 690. maddesi göndermesi ile bonolarda da uygulanması gereken TTK.nun 592. maddesi uyarınca açık bono düzenlenmesi mümkündür. Tamamen doldurulmamış bono tedavüle çıkarken anlaşmalara aykırı olarak doldurulduğu yazılı belge ile kanıtlanmadığı sürece, bono üzerinde yazılı vade, tanzim gibi tarihler gerçekliğini korur.

* Bakü Kafkas Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Muayyen bir günde ödenmek üzere düzenlenen bononun TTK.nun 620. maddesi gereği hamil tarafından ödenmek için keşideciye ibrazı zorunludur. Bononun vadesinde keşideciye ibrazı ile borçlu mütemerrit olur. Bononun anılan Kanun gereği vadesinde ibraz olunmadığı hallerde keşideci borçlu, TTK.nun 624. maddesi gereği masraf ve hasar hamile ait olmak üzere bono bedelini notere tevdi ederek borçtan kurtulur. Bunu yerine getirmeyen keşideci borçlunun vadesinde senedin ibraz olunmadığını, vadenin gerçeğe aykırı olarak doldurulduğunu merci nezdinde ileri sürmesine yasal olanak yoktur (HGK. 22.3.2000, 200/12-706-181).

Bu açıklamalar ışığında vadesinde ödenmek için ibraz olunup da ödenmeyen bono hamili TTK'nun 637/2. maddesi gereği temerrüt tarihi olan vadeden itibaren faiz istenebileceği düşünülmesizin mercii yazılı biçimde reeskont faizine ilişkin takibin iptali yerinde görülmemiştir.

Sonuç : alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mercii kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HMUK.nun 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 2.5.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi¹.

YARGITAY KARARINA KONU TEŞKİL EDEN MESELE

Yargıtay'ın bu kararında ele alınan mesele: bono, vadesinde hamil tarafından ibraz edilmediği halde, keşideci - açık bono düzenlediğini ve vade tarihinin de hamil tarafından geçmişe dönük olarak yazıldığını iddia etmesine rağmen bonoda yazılı vade tarihinden itibaren temerrüt faizinden sorumlu olur mu?

Yerel mahkeme, bono vadesinde protesto edilmediğinden ancak takip tarihinden itibaren faiz talep edilebileceği yönünde karar vermiştir.

Merci kararının yasal süresi içerisinde temyizen tetkikini alacaklı vekilinin istemesi üzerine Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu meseleyi inceleyerek karara bağlamıştır.

YARGITAY KARARINDA GETİRİLEN ÇÖZÜM

Yargıtay, alacaklı vekilinin itirazını kabul ederek yerel mahkeme kararının bozulmasına oybirliğiyle karar vermiştir. Kararda kanun gereği açık bono düzenlenebileceğini ve böyle bir bononun hamili, vadesinde senet ibraz etmese dahi keşidecinin vade tarihinde bono bedelini notere tevdi etmesi gerektiği, aksi takdirde keşidecinin temerrüde düşeceği ve böylece vadeden itibaren temerrüt faizinden sorumlu olacağını belirtmiştir.

Bunlara gerekçe olarak :

a) Bono üzerinde yazılı vade ve tanzim gibi tarihler açık bono tedavüle çı-

¹ 12.HD. 2.5.2000,E. 2000/6247, K.2000/7201, YKD,C.26,S.12, s.1840-41

karken anlaşmalara aykırı olarak doldurulduğu yazılı belge ile kanıtlanmadığı sürece, gerçekliğini ve varlığını koruduğunu,

b) Bononun vadesinde ibraz olunmadığı hallerde keşideci borçlunun TTK.nun 624. maddesi gereği masraf ve hasar hamile ait olmak üzere bono bedelini notere tevdi etmekle borcundan kurtulabileceğini, bu gereği yerine getirmeyen keşideci borçlunun vadesinde senedin ödenmek üzere ibraz olunmadığını, vadenin gerçeğe aykırı olarak doldurulduğunu mercii nezdinde ileri sürülmesine yasal olanak bulunmadığını,

c) TTK.nun 637/2 maddesi, vadesinde ödenmek için ibraz olunup da ödenmeyen bono hamilinin temerrüt tarihi olan vadeden itibaren temerrüt faizi isteyebileceğini ifade etmiştir.

KARAR VE KARARDA ELE ALINAN KONU İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRME

Yargıtay'ın vardığı sonuç ve dayandığı gerekçeler kanaatimizce tasvip edilemez. Şöyle ki, Yargıtay kararında yer verilen gerekçeler varılan sonucu doğrulamamakla birlikte kendi içinde de uyumlu değildir.

Biz aşağıda hem Yargıtay kararlarının eleştirisini yapacak, hem de konuya ilişkin ayrıca bir değerlendirmede bulunacağız.

1. Kararda ileri sürülen gerekçeler birbirleriyle uyumlu değildir:

Yargıtay kararında gerekçe olarak TTK.m.620 gereğince, bononun hamil tarafından ödenmek için ibrazının zorunlu olduğunu ve “bononun vadesinde keşideciye ibrazı ile borçlu”nun mütemerrit olacağı belirtilmiştir. Fakat hemen peşinden TTK.m. 624 hükmüne değinerek bononun vadesinde ibraz olunmadığı hallerde, keşideci borçlunun hasar ve masrafı hamile ait olmak üzere bono bedelini notere tevdi ile borçtan kurtulabileceğini, aksi takdirde - HGK kararına da atıf yaparak (22.3.2000,2000/12-706-181) - keşidecinin vadesinde senedin ödenmek üzere ibraz olunmadığını, vadenin gerçeğe aykırı olarak doldurulduğu yönündeki iddiaların mercii nezdinde ileri sürülmesine yasal olanak bulunmadığını açıklamıştır.

Görüldüğü gibi, belirtilmiş olan gerekçeler birbiri ile bağdaşmamaktadır. Şöyle ki, kararda keşideci borçlunun vadeden itibaren temerrüt faizinden sorumluluğunu esasen:

a) “muayyen bir günde ödenmek üzere düzenlenen bononun...hamil tarafından ödenmek için ibrazının zorunlu” olduğu ve “bononun vadesinde keşideciye ibrazı ile borçlunun mütemerrit” duruma düşeceği ve

b) TTK.m.624 gereği, “bononun...vadesinde ibraz olunmadığı hallerde keşideci borçlunun hasar ve masrafı hamile ait olmak üzere bono bedelini

notere tevdi ederek borcundan kurtulabileceğini, aksi takdirde “keşideci borçlunun vadesinde senedin ödenmek üzere ibraz olunmadığını ileri sürmesine yasal olanak” bulunmaması şeklinde (dolayısıyla da vade tarihinden itibaren temerrüt faizinden sorumlu bulunacağına) iki gerekçeyle izah edilmektedir .

Şimdi madem ki, bononun, hamil tarafından vadesinde ibrazı zorunludur ve keşideci borçlunun böyle bir **ibraz rağmen ödeme yapmazsa, vade tarihinden** itibaren mütemerrit olur, o zaman tabiatıyla böyle bir ibraz yapılmadığı takdirde keşideci borçlu vade tarihinden itibaren mütemerrit olmaz . Dolayısıyla da temerrüt faizinden de sorumlu olmaz. Oysa ki, kararda aynı zamanda hamil tarafından vadesinde ibraz yapılmadığı takdirde de keşideci borçlunun (bono bedelini notere tevdi etmezse) vade tarihinden itibaren mütemerrit olacağı ve dolayısıyla da temerrüt faizinden sorumlu bulunacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi açıkça, bu iki görüş birbiriyle bağdaşmamaktadır. Çünkü hamil tarafından ibraz yapılmadığı halde de keşideci vade tarihinden itibaren mütemerrit olacaktır, o zaman “bononun vadesinde keşideciye ibrazı ile borçlu mütemerrit olur” şeklindeki bir düşüncenin pek anlamı kalmaz. Zira bu durumda ibrazın temerrüde düşürme bakımından hiçbir anlam ve fonksiyonu yoktur, salt vadenin gelmesiyle keşideci borçlu kendiliğinden temerrüde düşer.

2. Dayanılan gerekçeler varılan sonucu doğrulamamaktadır:

Şöyle ki, karara konu teşkil eden uyuşmazlık konusu olayda, hamil bonoyu vadesinde ibraz etmemiştir. Kararda da önce bononun hamil tarafından ibrazının zorunlu olduğu ve bononun vadesinde ibrazı ile borçlunun mütemerrit olacağı belirtilmiştir. Fakat bunu ifade ettikten sonra Yargıtay, hamil tarafından bononun vadesinde ibraz olunmadığı durumlarda keşideci borçlunun TTK.m.624 uyarınca hasar ve masrafı hamile ait olmak üzere bono bedelini notere tevdi etmekle borcundan kurtulabileceğini, fakat böyle davranmayan keşideci borçlunun vadesinde senedin ödenmek üzere ibraz olunmadığını ileri sürmesine yasal olanak bulunmadığını ifade etmiştir. Yani hamil tarafından ödenmek üzere bono ibraz edilmese dahi keşideci borçlu vade tarihinden itibaren kendisinden talep edilen temerrüt faizinden (söz konusu faize itiraz edememesi hasebiyle) sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Nihayet sonuçta ise, karara konu teşkil eden uyuşmazlık konusu olayda hamil vadesinde bonoyu ödenmek üzere ibraz etmediği halde, vadesinde ödenmek için ibraz olunup da ödenmeyen bono hamilinin TTK.m.637/2 gereğince vade tarihinden itibaren temerrüt faizini isteyebileceği belirtilerek, keşideci borçlunun temerrüt faizinden sorumlu bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Görüldüğü gibi Yargıtay, vermiş olduğu kararında önce ibraz üzerine keşideci borçlunun mütemerrit olacağını açıklamış, daha sonra (dolaylı bir ifade tarzıyla) ibraz yapılmasa da bono keşidecisinin vadeden itibaren temerrüt faizinden sorumlu bulunacağını ifade etmiş ve **en sonda da bu açıklamalara dayanarak vadesinde ödenmek için ibraz olunup da ödenmeyen bono hamilinin vade-**

den itibaren temerrüt faizini isteyebileceğini (TTK.m. 637/2) belirterek, uyuşmazlık konusu olayda (söz konusu olayda keşideciye böyle bir ibrazın yapılmamış olmasına rağmen) keşideci borçluyu temerrüt faizinden sorumlu tutmuştur. Böylece sonuçta, Yargıtay uyuşmazlık konusu olayda, bono, hamil tarafından vadesinde ödenmek için ibraz edilmediği halde, sanki böyle bir ibraz yapılmış gibi sonuca gitmiş ve buna göre de keşideci borçluyu vadeden itibaren temerrüt faizinden sorumlu tutmuştur. Bu tarz bir yaklaşımın ise, çelişkili olduğu, gerçekçi, adil ve ikna edici olmadığı aşikardır.

KONUVA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Genel Olarak Kambiyo Senetlerinin Ödenmesinde Temerrüt.

Police ve Bonoda

Police hamilinin müracaat veya rücu yoluyla isteyebileceği meblağı oluşturan kalemlerin hepsi TTK.nun 637. maddesinde sınırlayıcı bir biçimde gösterilmiştir. Bu kalemler arasında “vadenin gelmesinden itibaren işleyecek %10 faiz” de yer almaktadır.

Police bedelini ödeyen müracaat borçlusunun kendisinden önce gelen police borçlularından isteyebileceği meblağı oluşturan kalemler de, TTK.nun 638. maddesinde sınırlayıcı bir biçimde tek-tek belirtilmiş ve söz konusu kalemler arasında ödeme tarihinden itibaren bu meblağın (ödenilmiş olan meblağın) %10 faizi de belirtilmiştir.

Burada bir şeyi de belirtelim ki, gerek hamilin gerek ödeyen müracaat borçlusunun isteyebileceği kalemlerin hepsi, doğrudan doğruya asıl borçlu sıfatıyla policeyi kabul eden veya bonoyu düzenleyen kişiden (yani keşideciden) de istenebilir.

Çekte

TTK.m.722’de police hükümlerine paralel bir düzenleme ile çek hamilinin müracaat yoluyla isteyebileceği meblağı oluşturan kalemler de sınırlayıcı bir şekilde tek tek belirtilmiş ve bunlar arasında “ibraz gününden itibaren %10 faiz”de gösterilmiş bulunmaktadır.

Çek bedelini ödeyen müracaat borçlusunun kendisinden önce gelen çek borçlularından isteyebileceği kalemler TTK.m.730/13’de yapılan atıf dolayısıyla policedeki durumla aynıyet arz etmektedir. Yani TTK.nun 638. maddesi, “police” sözcüğü yerine “çek” sözcüğü konulmak suretiyle çek hakkında da uygulanabilir. Dolayısıyla da çek bedelini ödeyen müracaat borçlusunu oluşturan kalemler arasında ödeme tarihinden itibaren ödediği meblağın %10 faizi de yer almaktadır.

Görüldüğü gibi, işlemeye başlayacağı tarih farklı olsa da, müracaat hakkının kapsamı ile ilgili düzenlemelerin hepsinde oranı değişmeyen bir faiz gösterilmektedir. Poliçe ve bono hamili vadeden itibaren ; çek hamili ibraz gününden itibaren; poliçe veya bono yahut da çek bedelini ödeyen müracaat borçlusu, ödeme tarihinden itibaren %10 faiz isteyebilir. TTK'da adı konmamış olmakla birlikte; niteliği itibariyle bu faizin kanuni temerrüt faizi olduğu hususunda uygulamada² ve doktrinde³ görüş birliği vardır.

Bilindiği üzere, temerrüt faizinin oranı ticari olan ve olmayan işlere göre BK.m.103 ve TTK.m.9 ile belirlenmişti⁴. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun bunların yerine yeni esaslar getirmiştir. Buna göre, temerrüt faizi oranı, kural olarak, yıllık %30'dur. Gene aynı kanun, kanunda öngörülen oranı Bakanlar Kurulunun ekonomik şartları dikkate alarak bu oranın %80'e kadar artırılabilmesi veya eksiltilebilmesi yetkisini de kabul etmiştir (3095 sayılı K.m.1/f.2 ve m.2/f.2). Bakanlar Kurulu da bu yetkisini kullanarak ticari işlerde temerrüt faizi oranını senelik %65'e çıkarmıştır. Dolayısıyla da, kambiyo senetlerinde de %10 oranındaki kanuni temerrüt faizi %65'e çıkarılmış bulunmaktadır. Bu konuda da esasen herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır⁵.

Poliçe ve Bono Hamilinin Müracaat Hakkı Kapsamındaki Temerrüt Faizinin Başlangıcı

Poliçe ve bono hamilinin “vadenin gelmesinden itibaren işleyecek %10 faiz” isteyebileceği hükmü (637/2, 690/I), iki olasılık bakımından a) söz konusu senetlerin vadeden önce ve b) vadeden sonra ibrazı durumlarında temerrüt faizinin başlangıcı bakımından tartışmalara neden olmaktadır.

Yargıtay kararına konu teşkil eden olayı göz önünde bulundurduğumuz için biz aşağıda sadece “vadeden sonra ibraz” durumu üzerinde durmaya çalışacağız.

² İİD, 13.6.1967, E.5855, K.5959 (RKD, 1967, II/2, s. 270); TD, 18.3.1971, E. 570, K. 2103 (Eriş, C. II, s.472, no.865); 11. HD, 22.6.1984, E. 2557, K. 3639 (Başbuğoğlu, C. II, s. 2046 vd; ayrıca Reisoğlu, VII. Sempozyum,s.19 vd); 17.6.1986, E. 86/3468, K. 86/3598 (Başbuğoğlu, C.I, s. 863 no. 937); 11.HD, 1.10.1991, E.5995, K. 4954 (Eriş, C. I, s. 151 vd no.78); 19.11.1991, E. 1990/4233, K. 1991/6174 (Yasa 1992, s.150); 27.12.1991, E. 5504, K. 6907 (YKD 1992, s. 230).

³ Poroy/Tekinalp, s.197; İmregün, s.566; Domaniç, s.261 vd,445 vd; Karayalçın, TS, s.177, 189 vd+dn.4, 192+dn.12; Bozer, s. 106,107; Tekil, s.156; Başbuğoğlu, C.I, s.829,862.0,632

⁴ BK.m.103'e göre temerrüt faizi oranı %5, TTK.m.9/2'ye göre ise temerrüt faizi oranı %10 idi.

⁵ Poroy/Tekinalp, s.197; İmregün, s.567; Bozer, s.107 dn.38; Reisoğlu,VIII. Sempozyum, s.20; 11. HD, 13.9.1988, E. 530, K.4966 (Batider, C. XIV, S.3, s.123-124); 27.12.1991, E. 5504, K. 6907 (YKD, C.18, S. 2, s. 229-230).

Bilindiği üzere,- ister tarafların iradesi, isterse kanun hükmü ile belli olsun-, söz konusu olacak ifa yerleri bakımından verme borçları, doktrinde , “aranılacak borçlar”, “götürülecek borçlar” ve “gönderilecek borçlar” olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁶.

Poliçe ve bono borcunun da bu bakımdan “aranılacak borç” olduğu tereddüt-süz kabul edilmektedir⁷. Zira hamil, senette ihtiva olunan alacağını, borçlunun ticaret yerinde ve eğer böyle bir yer yoksa (borçlunun) meskeninde yahut da (şartları gerçekleşmişse) paranın tevdi edildiği noterde bizzat veya mümessili vasıtasıyla poliçe veya bonoyu ibraz etmekle elde edebilir. Yani poliçe ve bono borcu, borçlunun ya da paranın bulunduğu yerde ifa edilecek bir borçtur.

Aranılacak borçlarda ise, taraflarca kararlaştırılmış olan vadenin gelmesine rağmen veya usulüne uygun bir şekilde (BK.m.101/I,II ve TTK.m.20/III) borçluya borcun ifası ihtar edilmiş olmasına rağmen, alacaklı edimi almaya gelmezse, borçlu temerrüde düşmez⁸.

Ayrıca bilindiği gibi, para borçlarında temerrüt faizi, borçlunun temerrüde düşmesiyle başlar ve borcun ödenmesine kadar (istisnası; İc.İf.K.m.143/f.4 uyarınca, şayet borçlu aciz halinde ise, aciz vesikasında yazılı alacak için artık faiz işlemez) devam eder. Bu hususta da doktrinde ve uygulamada görüş birliği vardır⁹.

Demek ki, poliçe ve bono borçlusunun (burada poliçede kabul etmiş muhatap, bonoda ise keşideci kast edilmektedir) temerrüt faizinden sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce temerrüde düşmüş olmaları gerekir. Aksi takdirde zikredilen borçlulardan temerrüt faizi dava yolu ile istenemez, bu hukuken mümkün değildir.

O zaman bonoda keşideci borçlu ne zaman temerrüde düşer sorusu doğal olarak karşımıza çıkar. Bu sorunun cevabı “**vadesi geldiğinde (daha doğrusu borç muaccel olduğunda) hamilin ibrazına rağmen ödeme yapılmadığı zaman**”

⁶ Borçlunun ikametgahında veya malın bulunduğu yerde ifa edilecek borçlar için “aranılacak borçlar” denilmektedir. Alacaklının ikametgahında yahut ifa yeri olarak tayin edilen yere borçlu tarafından götürülecek veya hasar ve masrafı borçluya ait olarak nakledilecek şeylere ilişkin borçlara “götürülecek borçlar” denilmektedir. İfa yeri borçlunun ikametgahı veya malın bulunduğu yer olmasına rağmen borçlu, hasar ve masrafı alacaklıya ait olmak üzere malı alacaklının göstereceği yere gönderme mükellefiyetini kendi üzerine almışsa, bu durumda da “gönderilecek borç” sözkonusu olur.

⁷ Türk, XI. Sempozyum, s. 223, dn.32

⁸ Oğuzman/Öz, s. 291

⁹ Barlas, s. 126-127; Oğuzman/Öz, s. 380; Uyar, s. 304; Türk, X. Sempozyum, s. 139; 11.HD, 31.10.1986, E. 1986/4153, K. 1986/5657 (YKD) 1987, s.572).

şeklinde olacak. Yalnız böyle bir ibraz üzerine keşideci borçlu mütemerrit olabilir, yoksa salt vadenin gelmesiyle borçlu mütemerrit olmaz¹⁰.

Durum böyle olmasına rağmen, Yargıtay yerleşmiş bir şekilde bononun vadesinde hamil tarafından ibraz olunmadığı hallerde bono bedelini notere tevdi etmeyen keşideci borçluyu vadeden itibaren temerrüt faizinden sorumlu tutmakta¹¹ ve buna gerekçe de olarak TTK.m.624 ve 637/2’i göstermektedir.

Kanaatimizce, böyle bir görüşün hukuki dayanağı yoktur.**Öncelikle**, TTK.nun 637.maddesi müracaat (rücu) hakkı sahibi olan senet hamilinin haklarını düzenlemektedir. Bono hamilinin rücu hakkına sahip olabilmesi, rücu hakkının doğumu için gerekli olan şartların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Söz konusu şartların en önemlilerinden bir tanesi de hamil tarafından ödememe protestosunun çekilmiş olmasıdır (TTK.m.642). Ödememe protestosunun çekilebilmesi için de hamilin ödeme gününde veya onu takip eden iki iş günü içinde ödenmek üzere ibraz etmiş olması gerekir (TTK.m.620). Aksi takdirde, protesto çekemez ve dolayısıyla da müracaat (rücu) hakkına sahip olamaz. Bundan başka, ortada protestodan muafiyet durumu söz konusu olsa bile, hamil süresinde ödeme için ibraz etmezse, rücu hakkını yine kaybeder (TTK.m.642,b.3). Sonuç olarak, süresi içinde ödeme için ibraz etmeyen hamil, TTK.m.637/2’ye dayanarak **vadeden itibaren** keşideci borçludan temerrüt faizi isteyemez. Zira söz konusu 637. madde, müracaat hakkına sahip olan ve dolayısıyla da süresinde ödenmek için ibraz yapmış olan (böylece keşideci borçluyu TTK.m. 620’de öngörülen süre içerisinde temerrüde düşüren) hamiller bakımından hüküm ifade eder.

İşte bu sebeple olsa gerek ki, Yargıtay, ele aldığımız kararında bono keşidecisini vadeden itibaren sorumlu tutarken, bunu “vadesinde ödenmek için ibraz olunup da ödenmeyen bono hamilinin TTK.nun 637/2 maddesi gereği vadeden itibaren temerrüt faizi isteyebilme hakkına dayandırmak zorunda kalmıştır. Yani sonuçta karara konu teşkil eden uyuşmazlık konusu olayda hamil, bonoyu vadesinde ödenmek için ibraz etmediği halde, Yargıtay, yapmış gibi telakki etmiş ve buna göre de keşideci borçluyu vadeden itibaren temerrüt faizinden sorumlu tutmuştur.

İkincisi, TTK.nun 624. madde hükmü, borçluya herhangi bir yükümlülük getirmemekte, aksine borçluya borcundan (temerrütten değil, zira ortada temerrüt durumu yok ki, ondan da kurtulama söz konusu olsun) kurtulabilmesi için bir imkan tanımaktadır. Kanımızca, kanunda senet borçlusuna böyle bir imkan tanınmasının nedeni,hamili alacaklı temerrüdüne düşürmektir. Bilindiği üzere,

¹⁰ Poroy/Tekinalp, s. 191

¹¹ 12.HD, 30.1.1978, E. 456, K. 643 (Yasa, Eylül 1/78, s. 1593-1594); 11.HD, 29.11.1983, E. 5216, K. 5339 (Eriş, C.II, s.453); 12.HD, E. 6247, K. 7201 (YKD, C.26, S.12, s. 1840-1841)

alacaklının bir malı teslim almak üzere muayyen bir tarihte bir yere gelmesi icap ederken alacaklı söz konusu tarihte malı teslim almaya gelmezse temerrüde düşer¹². Zira bu durumda alacaklının ifanın gerçekleşmesi hususunda yapması gerekeni yapmaktan kaçınması söz konusudur¹³.

Bilindiği gibi, BK'da alacaklı temerrüdü hallerinde borçluya borçtan kurtulabilmesi için duruma göre çeşitli imkanlar tanınmıştır. Bunlardan bir tanesi de verme borçları bakımından anılan kanunun 91. maddesinde öngörülmüş bulunan tevdi imkanıdır. İşte TTK.nun 624. maddesinde de senet borçlusuna bu bakımdan (tevdi edilecek yer bakımından BK'da öngörülen şartlar aranmaksızın) ek olarak, özel bir tevdi imkanı tanınmıştır. Eski bir Yargıtay kararında da TTK.nun 624. maddesinde yer alan hükmün senet borçlusuna BK.nun 91. maddesi hükmünden yararlanmasına mani olmadığı belirtilmiştir¹⁴. Gerçi Yargıtay'ın bu görüşü öğretide bazı yazarlar¹⁵ tarafından eleştiri konusu olmuştur. Bunlara göre, senedi ibraz etmeyen hamil, alacaklı temerrüdüne düşmez, çünkü hamil senedi süresinde ibraz etmezse, TK.m. 624 hükmü uygulanacaktır.

Kanaatimizce, ilgili kanun hükümleri bu görüşte olanları destekleyici mahiyette değildir. Zira biraz yukarıda da belirtildiği üzere, TTK.nun 624. maddesinde öngörülmüş olan tevdi imkanı hamilin alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucu (BK.m.91'de olduğu gibi) senet borçlusuna borcundan kurtulabilmesi için tanınmış olan özel bir imkandır, yoksa bir yükümlülük değildir. Zaten bu yüzden de kanuni ifade "etmelidir" şeklinde değil, senet borçlusunun ihtiyarına kalmış bir sorun olarak "edebilir" şeklindedir.

Şimdi sonuç olarak, (poliçe ve) bonoda vadeden sonra ibraz halinde temerrüt faizi hangi tarihten itibaren işlemeye başlar? Doktrinde de bazı yazarların¹⁶ haklı olarak belirttiği üzere, poliçe ve bono borcu "aranılacak borç" olduğuna göre, temerrüt faizi senedin ibrazı tarihinden itibaren hesap edilmesi gerekir. Gerçekten de zamanaşımı süresinin son günlerinde ibraz edilecek bir bono için keşideci borçludan vade tarihinden itibaren temerrüt faizinin ödenmesi yönündeki bir talep hukuki dayanaktan yoksun bulunduğu gibi, adil de değildir. Yargıtay kararına konu teşkil eden uyuşmazlık konusu olay bu bakımdan verilebilecek güzel bir örnektir. Şöyle ki, uyuşmazlık konusu olayda iddia edildiği gibi, keşideci borçlunun beyaz bir bono düzenleyerek birisine teslim ettiğini ve bunun üzerine

¹² Oğuzman/Öz, s. 271.

¹³ Geniş bilgi için bk. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 839; Tunçomağ, s. 759; Eren, C.III, s.175,176.

¹⁴ İİD., 2.2.1968, E. 808, K. 1005 (Moroğlu/Moroğlu, s. 372)

¹⁵ Poroy/Tekinalp, s. 193

¹⁶ Karayalçın, s. 176,177 vd; Öztan, s. 412,dn.85; Aynı yönde değişik bir ifade ile Türk, XI. Sempozyum, s.225,dn.36.

de senet hamilinin tanzim ve vade tarihini geçmişe dönük olarak yazdığını varsayalım. Böyle bir durumda keşideci borçlu, vadeyi de bilemeyeceğine göre, TTK.nun 624. maddesinde öngörülen şekilde senet bedelini notere tevdi edebilmesi de (hele hele senet bedeli de sonradan yazılmışsa) mümkün olamayacaktır. Fakat bütün bunlara rağmen Yargıtay'ın görüşü benimsenecek olursa, keşideci borçlu gene de geçmişe dönük olarak yazılmış olan vadeden itibaren temerrüt faizinden mesul olacaktır. Böyle bir çözüm, senet bedeli yabancı para ile gösterildiği takdirde keşideci borçlu bakımından daha ağır sonuçlara neden olabilir. Bundan başka, bu çözüm (özellikle senet bedeli yabancı para ile - örn. ABD doları ile gösterilmişse ve hele hele ortada cirantalar da yoksa) senet hamilini ibrazdan kaçınmağa teşvik eder.

Son olarak (yukarıda yapılan açıklamalar ışığında), açık bonoyu tamamlama yetkisine aykırı olarak doldurulduğunun (Yargıtay'ın kökleşmiş içtihadı gereğince) yazılı belge ile isbat şartı somut olayda temerrüt faizi başlangıcının tayini açısından aranmaz. Çünkü, yazılı belge ile isbat şartı bonoda yazılı hususlar bakımından aranmaktadır. Dolayısıyla da salt bonoda yazılı vadenin gelmesiyle keşideci borçlu mütemerrit olmayacağına¹⁷ (ve temerrüt faizi de borçlunun mütemerrit olduğu andan itibaren işleyeceğine) göre, senet borçlusunun temerrüde düşme anının isbatı bonoda yazılı olanlar dışındaki bir hususa ilişkindir ve ayrıca hamil tarafında isbat edilmesi gereken bir husustur. Zira keşideci borçlunun temerrüde düştüğünü ve dolayısıyla da temerrüt faizinden sorumlu bulunduğunu iddia eden hamildir. Usul hukukunun meşhur kaidesi gereğince de, iddia eden iddiasını isbatla mükelleftir.

Yukarıda anılan nedenlerle, Yargıtay'ın hamil tarafından bononun TTK.nun 620. maddesinde öngörülen müddet zarfında ödeme için ibraz edilmediği hallerde bono bedelini notere tevdi etmeyen keşideci borçlunun vadeden itibaren temerrüt faizinden sorumlu olduğu yönündeki görüşüne katılma olanağı yoktur.

¹⁷ Bk. s. 10

tez özetleri

kamu hukuku

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI*

F. Kerim ANADOLU**

GİRİŞ

Türkiye, Avrupa Birliğine 14 Nisan 1987 tarihinde tam üyelik başvurusunu yapmış bulunmaktadır.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyeliği durumunda uyum çalışmaları yanında hukuki sorunlarla karşılaşmaması için Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'m kendine özgü bir hukuki yapıya sahip olduğunu, uygulamada bu niteliğin¹ daima gözönünde bulundurulması gerektiğini burada vurgulamak gerekir.²

Bu nedenle, Avrupa Birliği hukukunu, Avrupa Birliği temel hukuk normlarını içeren "Avrupa Birlik Hukuku" ve Yargılama Usul hükümlerini kapsayan "Avrupa Birliği Adalet Divanı" hukuku olmak üzere iki ayrıma tabi tutarak incelemek mümkündür.

Avrupa Birliği hukuku; Birliğin hukuki yapısı; Birlik hukuku kaynaklarından Tüzüğün iç hukuktan önce uygulanması³, Direktiflerin niteliği⁴, diğer birlik

* Bu çalışmamız Doç. Dr. Tugrul ARAT danışmanlığında 1993-1994'te hazırlanıp savunulmuş ATAUM Temel Eğitim Uzmanlık tezi özetidir

** Dr., Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Öğretim Elemanı

¹ Uluç, ÖZÜLKER, Avrupa Toplulukları Kurumları Hukuku. Ankara, 1988 s. 1

² İlhan, AKİPEK, Devletler Hukuku (Devlet), Ankara, 1964, s. 7

³ Seza REİSOĞLU, Ortak Pazar Hukuku, Ankara, 1973, s.29

⁴ Ergun, ÖZSUNAY, AET Hukukunun Koordinasyonu... İstanbul, 1979, s.1

hukuku kaynaklarından, Kararlar, Tavsiyeler, Görüşler, Açıklamalar Birlik hukukunun bazı ortak kurallar tespiti ile milli hukuka standardizasyonu⁵ ve Birlik hukukunun Primer ve sekonder etkisi⁶ ve Birlik hukukunun supranasyonel özelliđi⁷ ve Birlik hukukunun supranasyonelitesinin bütünüyle kurucu anlaşmalardan kaynaklanması... gibi konuları kapsamaktadır.⁸ Ancak, bunlar ayrı bir inceleme konusu yapılabilecek nitelikte olduğundan konumuzun dışında bırakılmıştır. Bizim inceleme konumuz, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'dır. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Avrupa Kömür Çelik Topluluğu (AKÇT), Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom Enerji Topluluğu (AAET)'nin yargı organıdır. Bu üç topluluğu Avrupa topluluğu denmekte ve bu toplulukların gelişimi ve birleşimi sonucu Avrupa Birliği oluşmuş bulunmaktadır. Avrupa Birliğinin asıl organları, Konsey (Yasama), Komisyon (Yürütme), Parlamento (Denetim), Adalet Divanı (Yargı) dır. Ekonomik ve Sosyal Komite, Avrupa Yatırım Bankası, Avrupa Sayıştay'ı yardımcı organlarıdır.⁹

Bu çalışmamızda Avrupa Birliği asıl organlarından Adalet Divanı (ABAD)'ın Teşkilat Yapısı ve Yetkisine değinildikten sonra, Gördüğü Davalar açıklanmaya çalışılmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın gördüğü davalar üzerinde durulmak suretiyle, Birlik anlaşmalarının uygulanması ve yorumunda hukuka saygıyı sağlamakla görevli¹⁰ Divanın Teşkilat Yapısı ve Yetkisinin önemi daha iyi anlaşılmiş olacaktır.

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DIVANI (ABAD)

I. TEŞKİLAT YAPISI

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'m, Teşkilat Yapısını Mahkeme (Yargıçlar) ve Yardımcı Birimler olmak üzere ikiye ayırma yolu ile incelemek mümkündür.

⁵ John, Temple, LANG, İktisadi Kalkınma Vakfı Der. 19.12.1987, s.6

⁶ Ayşe Fusun, ARSAVA, Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, Ankara, 1989, s.10; Cenk Alp, DURUK, Birincil ve İkincil Topluluk Kuralları, Avrupa Topluluk Hukukun Kaynakları, adalet Dergisi, Temmuz, Ağustos. Ankara, 1989, Sayı:4, s.122

⁷ ARSAVA, a.g.e., s.4

⁸ Haluk, GÜNUĞUR, Topluluk Hukuk Düzeni ve Egemenlik Kavramı "Türkiye İktisat Dergisi, Ağustos, 1988 Sayı:2, s.6

⁹ Ömer, BOZKURT, Avrupa Topluluğu ve Türkiye, TODAİE Yayın, Ankara, 1987. s.20 Hamza EROĞLU, Devletler Umumi Hukuku, Ankara, 1984, s.97

¹⁰ Musa SIVACIOĞLU, "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi" Adalet dergisi, 1990, s. 109- 110

A- Mahkeme Teşkilatı

Avrupa Birliği Adalet Divanı uluslararası nitelik taşır.¹¹ ABAD'ın geçici merkezi Luxemburg'da bulunmaktadır.¹²

Mahkeme 6 yıl için seçilen bağımsız, güvenceli, daimi görevli yargıçtan oluşmaktadır. Her üye ülkeden bir yargıcın yanı sıra genellikle¹³, İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya'dan dönüşümlü olarak seçilen bir yargıç bulunmakta ve üç yılda bir kısmen yenilenmektedir¹⁴. Hakimlerin seçiminde vatandaşlık koşulu zorunlu değildir.¹⁵

Ayrıca, 1987 de Tek senedi ile Avrupa Birliği ilk Derece mahkemesi kurulmuş ve bunun kararları, Avrupa Birliği Adalet Divanınca Temyiz yolu ile inceleme konusu yapılmaktadır¹⁶.

B- Yardımcı Birimler

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Yardımcı Birimleri ise; Hukuk Sözcüleri, Başkatip, Yardımcı raportörler, Hukuk Araştırma Görevlileri, yazı işleri, Kütüphane ve Dökümantasyon, Arşiv Hizmetleri, Dil Hizmetleri, Enformasyon Birimleri ve diğer memur ve görevlilerden oluşmaktadır.¹⁷

II-AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN YETKİSİ

A- Genel Olarak

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) genellikle üye devletlerin birbirleri ve Komisyonunun üye devletler aleyhine açtığı davalar ile, Birlik kurumlarına karşı açılan davalara bakmaktadırlar. Bunun dışında açılan ve statüsünde belirtilen davalar tali derecededirler.¹⁸

¹¹ Hüseyin PAZARCI, Uluslar arası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap, Ankara, 1 985, s:XXIV

¹² Haluk GÜNUĞUR, Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Anlaşma, Ankara, 1988; AET Anlaşması, md. 216

¹³ Tuğrul ARAT, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Ankara, 1989, s. 13

¹⁴ Avrupa Topluluğu ve Türkiye, 2.Baskı, Ankara, 1993 s. 283, ARAT, s. 13

¹⁵ Tuğrul ARAT, Topluluklarda Yargı Denetimi, Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 49, Ankara, 1990, s. 127; ARAT, ATAD, a.g.e. s. 15-28; Hilmi DURSUN, Avrupa Topluluğu ve Türkiye AET İlişkileri, Ankara, 1984, s. 33

¹⁶ Tuğrul, ARAT, Avrupa Topluluğu Hukuku, Yayınlanmamış Ders Notları, 22.10.1993

¹⁷ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 15-28

¹⁸ AET, Anlaşması m. 188, 44. Nuri TORTOP, Yönetim Hukuku, Ankara 1983

Anlaşmaların ve Birlik organlarının kararlarının uygulanmasında ve yorumlanmasında "Önkarar" yöntemiyle karar verilmektedir.¹⁹

Buna göre, Milli seviyedeki uyuşmazlıklar, Milli Mahkemelerde çözümlenmektedirler.

Topluluk, diğer bir deyişle, Birlik arası ÷lkelerdeki uyuşmazlıklar ise, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'ça çözümlenmektedir. ABAD yetkisi dışındaki ihtilaflar ise, ÷lkelerin Milli Mahkemelerince çözümleneceği kabul edilmiş bulunmaktadır.²⁰

B- ABAD'ın Yargı Yetkisi

I- Yargı Yetkisinin Subransiyonal Niteliği

Birlik hukuku iki hukuk kaynağına dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, Birlik Kurucu anlaşmaları, ikincisi ise, anlaşmaların çizdiği çerçevede yetkili organ tarafından ihdas edilen hukuktur.

Birlik anlaşmalarının oluşturduğu hukuk "Primer hukuk", "Asli hukuk" anlaşmaların verdiği yetkiye istinaden ihdas edilen hukuk Sekunder (ikinci derecede hukuk) denilmektedir.²¹

Divanın yargı yetkisi ve topluluk hukuku kurallarından kaynaklanmaktadır. Topluluk hukukunun kurucu anlaşması olan Roma Anlaşmasında açıkça belirtilmemişsede supransiyonal özelliğe sahip olduğu vurgulanmaktadır.²² Topluluk hukukunun subransiyonalitesi bütünüyle kurucu anlaşmalardan kaynaklanmaktadır. Birlik tasarrufları Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi değildir. Milli kanunların ve Anayasa değişikliklerinin topluluk hukukunu ortadan kaldıramaması ve Birlik hukukunun münhasıran Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından yorumlanabilmesi, Birliklerin kendine özgü karakterinden kaynaklanmaktadır.

²⁰ Tuğrul ARAT, Avrupa Topluluğu Yayınlanmamış Ders Notları, 1.11.1993

²¹ Ayşe Fusun ARSAVA, Avrupa Toplulukları Hukuku. Ankara, 1983, s. 10

¹⁹ Avrupa Topluluğu ve Türkiye, Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Yayını, 2.Baskı, Ankara, 1993, s..283

²⁰ Tuğrul ARAT, Avrupa Topluluğu Yayınlanmamış Ders Notları, 1.11.1993

²¹ Ayşe Fusun ARSAVA, Avrupa Toplulukları Hukuku. Ankara, 1983, s. 10

²² Roma Anlaşması, md. 15,23,113,176,138,169,177,148 ve 189. Haluk GÜNUĞUR, Topluluk Hukuk Düzeni ve Egemenlik Kavramı Türkiye İktisat Der. / Ağustos, 1988, Y.I.S.2 s.2: N. Yüksel TALAYMAN" T.C. Anayasası'nın Milletlerarası anlaşmalara Bakış Açısı ve AT Hukukunun, Anayasa çerçevesinde Uygulanabilme İmkanı," Adalet Dergisi, Mart-Nisan 1989, Ankara, s. 24

Milli hukuk AB hukuk ile karşılaşırsa, topluluk hukuku öncelikle uygulanır. Ancak, her iki hukuk kuralı da varlığını koruyacaktır. Topluluk dışındaki üçüncü ülkelerin vatandaşlarına bu milli hukuk kuralları uygulanabilecektir.²³

2- Yargı Yetkisinin Kaynakları

Yargı yetkisinin kaynakları; Kurucu anlaşmalar²⁴, Avrupa Ekonomik Birliği Adalet Divanı Statüsünde Dair Protokol²⁵ ve ABAD Usul kurallarıdır.²⁶

3- Yargı Yetkisinde Ölçü

ABAD Birlik düzeninin yargı organıdır. Birlik düzenine ilişkin uyuşmazlıkları, Birlik hukukunu uygulamak suretiyle çözümlenmektedir. Bunun sonucu olarak, kural olarak üye devletlerinin milli yargı düzenlerine ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlamak konusunda yetkili bulunmamaktadır. Öte yandan, üye devletlerin milli hukukların uygulanmasını gerektiren uyuşmazlıkları çözmekte ABAD'ın yetkisi dışında bulunmaktadır.

Egemen devletler ülkesinde kendi hukukunu uygular. Avrupa Birliği ise, hem kendi milli hukuk düzenini ve hemde, Avrupa Birliği, hukuk düzenini uygulamaktadır. Avrupa Birliği hukuk düzeni gelişmekte olan bir hukuk düzenidir. Devletlerin aleyhine bir icra yetkisi yoktur. Divan, Birliğin yüksek mahkemesidir. Birlik kurucu anlaşmalarından organlara verilen yetkilerden doğan uyuşmazlıklara Divan bakar. Devletler kendi yetki alanını sınırlamış, bu yetkisini anlaşmalarla Avrupa Birliğine devretmektedirler. Birlik Kurucu anlaşmalarında açıkça belirtilen davalara Divan bakmaktadır. Avrupa Birliği kuruluş anlaşmalarında bu konu açıkça belirtilmemişse, buna ilişkin uyuşmazlık Divanda görülmez. Milli Mahkemelerde görülür. Eğer Kurucu anlaşmalarda belirtilmişse, bu Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi ve Divanda görülür.²⁷

Milli Mahkemelerde Birlik hukukuna ilişkin davaları görebiliyor. Ancak, iki konuda Milli Mahkemeler yetkili değildir. Bunlardan birincisi, Avrupa Birliği Kurallarının yorumu, ikincisi ise, Avrupa Birliği organlarının işlemleri ve tasar-

²³ Tuğrul ARAT, Avrupa Topluluğu Hukuku, yayınlanmamış Ders Notları, 1.11.1993

²⁴ AET Anlaşması, md. 164-168; AAET Anlaşması, ~. 136-160; AKÇT Anlaşması, m. İ. 31-34; ALİEFENDİOĞLU, "Adalet Divanı Kararları... s. 25

²⁵ 3 Mart 1959 da kabul edilmiş ve AT Resmi Gazetesinde 18.1.1960 tarihinde yayımlanmıştır.

²⁶ 3 Mart 1959 da kabul edilmiş ve AT Resmi Gazetesinde 18.1.1960 tarihinde yayımlanmıştır

²⁷ ARAT, AT Hukuku, 1.11.1993 İşıl, ÖZBAKAN, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi. Avrupa Topluluğu Konusunda Araştırmalar, MGB. Yayını Eylül Ankara, 1988, s.1vd.

ruflarının iptali için açılan davalardır. Buna ilişkin uyuşmazlıkları milli mahkeme istese de yapamaz. Bu davalara bakmaya ilk derece ve bunun vereceği kararı temyizen incelemeye Divan yetkilidir. Divan bir tür Anayasa Mahkemesine, bir tür idare mahkemesine benzer. Tek dereceli mahkemedir. 1987 Tek senedin kabulü ile ilk derece mahkemesi kuruldu. Bu durumda, ABAD kararı üzerine temyizen Divana gidilmektedir. Anlaşmalarla Divanın göreceği davalar belirlenmiştir.²⁸ Ayrıca AET Anlaşmasına göre²⁹ işbu anlaşma tarafından Adalet Divanına verilen yetkiler saklı kalmak üzere, birliğin taraf olduğu uyuşmazlıklar, bu nitelikleriyle ulusal yargı organlarının yetkisi yalnız ABAD'a verilmeyip, milli mahkemelerde bu konuda yetkili kılınmış bulunmaktadır.

Öte yandan, divanın bir konuda yetkili olduğunun kabul edilebilmesi için, o konudaki yetkisinin varlığı, kurucu anlaşmalarda açıkça vurgulanması gerekmektedir. Divanın bu biçimde yetkisinin varlığının öngörülmemiş olduğu uyuşmazlıklar, Birlik hukukunun uygulanmasını gerektirirse de, milli mahkemelerce görülüp karara bağlanacaktır.³⁰ Fakat ABAD'ın yargı yetkisinin sınırlı yetki olmasına karşılık, bu yetki ilke olma özelliğini de taşımaktadır. Yani, Divan yetkisine giren konulara ilişkin davalar, milli veya milletlerarası nitelikte olsun Divan dışında başka bir yargı tarafından bakılıp, karara bağlanamamaktadır.

Görülüyor ki, bu açıklamalar sonunda ABAD'ın; Birlik Düzenine ilişkin bütün uyuşmazlıklarda ve Birlik hukukunun uygulama alanına giren bütün sorunlarda, prensip olarak, genel ve kapsamlı yetkiye sahip bir yargı organı olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü; Birlik hukuk düzeninde, Birlik kurumlarının yetkilerinin sınırlılığı ilkesi geçerlidir.³¹

AET Anlaşmasında yer alan "Her kuruluş iş bu anlaşma tarafından kendisine tanınan yetkilerin sınırları içinde hareket eder" düzenlenmesi uyarınca Birlik kurumlarının bir konuda tasarrufta bulunmaları, o konunun ait olduğu antlaşmada özel bir hükümle yetkilendirilmiş olmalarına bağlıdır.³²

Üye devletler arasında, kurucu anlaşmanın konusuna ilişkin uyuşmazlıklar ve ABAD'ın tahkim Şartı uyarınca yetkili kılınması, ABAD'nın ihtiyari yetkisine girmekte olup mecburi yetkisinin iki istisnasını teşkil etmektedir.³³

Tarafların arzularına tabi olmayan yetkiye mecburi, tarafların iradeleri ile belirlenen yetkiye ise, ihtiyari yetki denildiğini vurgulamak gerekir.³⁴

²⁸ Tuğrul, ARAT, Avrupa Topluluğu Hukuku Yayınlanmamış Ders Notları, 22.10.1993

²⁹ AET, Anlaşması, m. 183

³⁰ AET, Anlaşması, m. 183

³¹ Musa SIVACIOğLU, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Yargı Yetkisi, Adalet Dergisi, 1990, Sayı: 2, s. 98

³² SIVACIOğLU, a.g.e. s. 98

³³ ARAT, ATAD, s. 38-39

Üye devletler Birlikle ilgili anlaşmazlıkları sadece ABAD'a götürebilirler. Bunun dışında Uluslar arası Adalet Divanı gibi yargı organlarına götüremezler.³⁵

4- ABAD Görevleri

ABAD'ın görevi, Avrupa Birliği Antlaşmalarının uygulanmasında ve yorumlanmasında hukuka uyulmasını sağlamaktadır.³⁶ ABAD'ın kararları bağlayıcıdır. Ancak, ABAD'ın milli hukukları kararlarında bağlayıcı hukuk kaynağı olarak kullanamaz.³⁷ Çok nadiren uyuşmazlıklarda milli hukukun uygulanması istenebilir.³⁸

Divan, Kurucu Antlaşmalarda Avrupa birliği hukukunun etkinliğini sağlamakla doğrudan doğruya görevlendirilmişlerdir. Adalet Divanı böylece Birlik içerisinde meydana gelen faaliyetlerin Birlik hukukuna uygun olarak yürütülmesini sağlayan yargı organı konumunda bulunmaktadır.³⁹

Diğer taraftan Birlik hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında, birliğin korunmasında ABAD'ın görevleri arasında kabul edilmektedir.

Bu arada Birlik hukuk düzeni içerisinde oluşan hukuki uyuşmazlıkları Birlik kurallarına uygun olarak çözümlenmek de ABAD'ın görevleri içerisinde bulunmaktadır.

Hüküm ve yorumları ile Adalet Divanı; Birlik kurumları, üye ülkeler, ulusal mahkemeler ve özel vatandaşlara uygulanabilecek gerçek bir Birlik hukukunu oluşturmaktadır.⁴⁰

Nitekim AET Anlaşmasına göre, Adalet Divanı işbu Antlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlar. Diğer kurucu anlaşmalarda da aynı anlamda hükümler yer almış bulunmaktadır. Bu da gösteriyor ki, her kuruluş da olduğu gibi, Avrupa Birliğinin de temelini hukuk, adalete saygı teşkil etmektedir.

³⁴ Baki KURU, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, A. Ü. Hukuk Fak. Yay. No: 469, 4. Baskı, Ankara, 1983 s. 117

³⁵ AET. Anlaşması, m. 219, AAET Anlaşması, m. 193, AKÇT. Anlaşması, m. 87 89/1

³⁶ AET. Antlaşması, m. 164, AAET Antlaşması m. 136, AKÇT. Antlaşması, m. 31

³⁷ Yüksel, İNAN-Sertaç BAŞEREN, "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi" "Amme İdaresi Dergisi Eylül 1986, Cilt: 19, Sayı: 3, s. 100

³⁸ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, AT. Divanı Kararları ve T.C. Anayasa'sında Yargı Yönünden Uyumu Sorunu" Amme İdaresi Dergisi, Haziran 1990, Cilt: 23, Sayı: 2, s.25

³⁹ ARSAVA, Avrupa Toplulukları Hukuku, a.g.e., s. 4 vd. ve 10

⁴⁰ The Institutions of the Eurplan Community European Fille (14/84) November, 1984, s. 7

Zira, "Adalet Mülkün Temelidir". Bu temel felsefeye aykırı bir kurum sürekliliğini koruyamayacağında öğretide birleşilmiştir.⁴¹

Bu amaca ulaşmak için Avrupa Birliği Adalet divanı Yorum davalarına bakma, Birlik düzeni hukuki uyumazlıkları çözme ile görevlendirilmiştir. Bu görev üye ülkeler ve Birlik ülkesi çerçevesinde yetki alanı içerisinde olup geçerlidir.

a) Yorum Davalarına Bakma

Divan antlaşmanın uygulanmasında ve yorumlanmasında yukarıda da değiştirildiği üzere hukuka saygıyı sağlamaktadır. Roma Antlaşmasına göre Antlaşmanın yorumu, Birlik kuruluşlarınca yapılan tasarrufların geçerliliği ve yorumu, Konsey tasarrufu ile kurulan kurumların statülerinin yorumu ile ilgili olarak "Önkarar (Preliminaryruling)" yöntemiyle karar vermeye yetkili bulunmaktadır.⁴²

b) Birlik Düzeni Hukuki Uyumazlıkları çözme

Divan kararı temyiz edilemeyen ve bağlayıcı olan bir adli mercii sıfatıyla, Birlik hukuk düzeni içerisinde oluşan hukuki uyumazlıkları, hukuk kurallarına ve adalete uygun olarak çözme işlevini de yüklenmiş bulunmaktadır.⁴³

Adalet Divanı bu görevlerini üç Avrupa Topluluğu bakımından gördüğünden, görev alanına son derece geniş bir sorunlar yelpazesi girmektedir.

Divan'ın bu görev alanını üç başlık altında incelemek mümkündür.

aa) Üye Devletlerin Diğer Üye Devletlere Karşı Açtığı Davalara Bakma

Roma Antlaşmasına göre, üye devletlerden birisi, diğer bir üye devletin yükümlülüklerini yerine getirmediği kanaatine varırsa Divana başvurabilmektedir. Ancak öncelikle meseleyi, diğer bir anlatımla konuyu Komisyona sunmak zorundadır. Böylece, komisyona gerekçeli görüş belirtme imkanı sağlanmaktadır.⁴⁴

bb) Komisyon'un Üye Devletlere Karşı Açtığı Davalara Bakma

Komisyon bir üye Devletin Antlaşmalardan doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği kanısına varırsa, o devleti savunmasını yapmaya çağırmakta, ko-

⁴¹ ARAT, ATAD, a.g.e. s.29

⁴² AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRKİYE, Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Koordinasyon Genel Müdürlüğu, 2.Baskı, Ankara, 1993 s. 17

⁴³ Roma Antlaşması m. 177 AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRKİYE a.g.e. s. 16

⁴⁴ Roma Antlaşması, m. 195, AET. m. 169, m. 141

nuyla ilgili gerekçeli görüşünü bildirmekte, ilgili Devlet belirli süre içinde bu görüşe uymazsa, Divana başvurmaktadır.⁴⁵

cc) Topluluk Kurumları Aleyhine Açılan Davalara Bakma

Topluluk kurallarının hukuken bağlayıcı olanlarına karşı itiraz edilebilmektedir. Roma Antlaşmasına göre, Konsey ve Komisyon'un tavsiye ve görüşleri dışındaki işlemlerinin iptalleri talep edilebilir. İptal davası, Birlik organları, üye devletler, gerçek ve tüzel kişiler, tarafından açılabilir. Aynı çerçevede, Birlik kurumlarının ve memurlarının hizmet kusuru veya kişisel kusur sonunda oluşan zararların tazmini de talep edilebilmektedir.⁴⁶

Bunların dışında Birlik ile personeli arasında, personel rejimine ilişkin davalar, Avrupa Yatırım Bankasına ilişkin davalar, Konsey Tüzüklerinde öngörülen para cezalarının uygulanmasına karşı açılan davalar da Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın görevleri ve görev alanı içerisine girmektedir.⁴⁷

dd) Temyiz Davalarına Bakma

Divan, Temyizen ilk Derece Mahkemesi kararlarını incelemekte, bozma veya kabul kararı ile uyuşmazlığı esastan inceleyerek sonuçlandırmaktadır. Zira, Avrupa Tek Senedi ile kurulan ve çalışmaya başlayan ilk derece mahkemesi kararlarını temyizen inceleme, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın görevleri arasında bulunmaktadır.⁴⁸

ee) Diğer Görevine Giren Davalara Bakma

Avrupa Birliğinde görülen davaları bir idari dava olarak sınıflandıranların yanında ABAD'ın davadaki yetkisine göre; uluslararası mahkeme olarak gördüğü davalar, Anayasa mahkemesi olarak gördüğü davalar, idare mahkemesi olarak gördüğü davalar, Medeni hukuk davalarına bakan mahkeme şeklinde gördüğü davalar, şeklinde sınıflandırıp, bu davalara ABAD'ın bakma görevinde olduğunu kabul edenlere de rastlanılmaktadır.⁴⁹

⁴⁵ AVRUPA TOPLULUGU VE TÜRKİYE, a.g.e. s. 17, Roma Antlaşması, m. 173 A.Şeref GÖZÜBÜYÜK; Yönetmelik Yargı, Ankara, 1982, s. 1 vd.

⁴⁶ AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRKİYE, a.g.e., s. 17, İNAN-BAŞEREN, Avrupa Toplulukları Divanı Yetkisi, a.g.m. s. 117

⁴⁷ BAŞEREN-İNAN, a.g.m. s. 117., 1 Kasım 1989 da Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi görev başlamıştır.

⁴⁸ Wyerner, FİELD-M. Zeki GENÇ, "ATAD'ın Yetkileri ve İşleyişi" İstanbul Barosu Dergisi, Şubat-Mart, 1989, Sayı: 1, s. 69

⁴⁹ BAŞEREN-İNAN, a.g.m. s. 117

ABAD'ın bütün bu davalar yanında Disiplin Mahkemesi olarak gördüğü komisyonunda çalışan kişilerin görevlerini yerine getirirken işledikleri Disiplin suçları nedeniyle başka bir dava türünü de burada vurgulamak gerekir.⁵⁰

Divan ayrıca, tarafların uygun bulması durumunda, üye devletler arasındaki anlaşmazlıklarda da yetkili kılınabilmektedir.

III. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANı'NIN GÖRDÜĞÜ DAVALAR

A. Genel Olarak

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın gördüğü davalar, "Avrupa Birliği Adalet Divanı Yargılama Usulu"nın inceleme konusunu oluşturacak kadar geniş kapsamlıdır. Ancak, biz burada Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın gördüğü davaları idari dava ölçütüne göre, yetkiye göre, tarafların anlaşmalarına göre, Disiplin mahkemeleri ve temyiz davaları olmak üzere sınıflandırma suretiyle inceleyeceğiz.⁵¹

Ayrıca, Yargılama usulüne ve Kararların uygulanması konusuna da kısaca değinmekle yetinmek amacındayız.⁵²

B. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Gördüğü Davalar

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın gördüğü davaları aşağıdaki ölçütlere göre sınıflandırma yoluyla incelemek mümkündür:

1- İdari Dava Ölçütüne göre Açılan Davalar

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) idari dava ölçütüne göre açılan davalar; iptal davaları, ihmal (hareketsizlik) davaları, tazminat (tam yargı) davaları, ihlal davaları, Avrupa Yatırım Bankası ile ilgili davalar, personel davaları, para cezalarına ilişkin davalar, ön karar yöntemi ile açılan davalar, yürütmenin durdurulması... davalarıdır.⁵³

⁵⁰ Roma Antlaşması, m. 182, AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRKİYE, a.g.e., s. 16

⁵¹ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, Ankara, 1982; Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, Ankara, 1982; Tuğrul ARAT, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Ankara, 1989; Ali Ülkü AZRAK, Avrupa Topluluğunda İdare Yargımın Genel Esasları, İstanbul, 1982; Enver BOZKURT – Mehmet ÖZCAN – Arif KÖKTAŞ, Avrupa Birliği Hukuku, Ankara, 2002, s.92-101

⁵² ARAT, ATAD, a.g.e., s.II vd.

⁵³ Weyner FİELD-M.Zeki GENÇ, "ATAD'ın Yetkileri ve İşleyişi" İstanbul Barosu Dergisi, Şubat-Mart 1989, Sayı: 1 İstanbul, 1989 s. 69

a) İptal Davaları

Birlik organları aleyhine tasarruflarının iptali için açılan davalardır.⁵⁴

b) İhlal Davaları

Komisyon ve diğer üye Devletler tarafından, Birlik Hukukundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirmekte direnen Devlet aleyhine açılan davalardır.⁵⁵

c) Tazminat Davaları

Birlik aleyhine açılan akçalı davalardır.⁵⁶

d) İhmal (Hareketsizlik) Davaları

Yapılması gereken bir işlemi yapmamakta direnen birlik kurumunu hukuka uygun davranmaya sevk etmek için açılan davalardır.⁵⁷

e) Personel Davaları

Birlik ile çalışanları arasında, hizmet ilişkilerini veya personel rejimini konu alan davalardır.⁵⁸

f) Para Cezalarına İlişkin Davalar

Konsey Tüzüklerinde öngörülen para cezalarının uygulanması yönünden verilen kararlara karşı açılan davalardır.⁵⁹

g) Avrupa Yatırım Bankasına İlişkin Davalar

Avrupa Yatırım Bankasının ilgili bulunduğu bazı uyuşmazlıklara ilişkin davalardır.⁶⁰

h) Yorum Davaları

⁵⁴ ARAT, ATAD, a.g.e. s. 40, DURAK, a.g.e. s. 122, C.H. CHURCH – David PHİNEMORE, European Union and European Community Prentice Hall, London 1994 s. 282, Nanette, A.Em.NEUWAHL 1996 “Article, Paragraph 4. EC. Past Present and Possiple Future 21 February G.M.L. Rev. S. 17

⁵⁵ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 40

⁵⁶ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 40

⁵⁷ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 40 -

⁵⁸ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 40

⁵⁹ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 40

⁶⁰ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 40: ÖZBAKAN, a.g.e., s. 7

Bunlar önkarar yöntemi ile açılan davalardır. Bu davalar Milli Mahkemele-
rin ön karar sistemi ile ABAD'na başvurmaları durumunda, Divan önüne getiri-
len sorunların karara bağlanmasını sağlamaktadır.⁶¹

i) Yürütmenin Durdurulması Davaları

Esas Dava ile birlikte açılan veya sonradan istemde bulunan tedbir niteliğın-
deki davalardır.

Uygulamanın telafisi imkansız sonuçlar doğurmasını önlemek amacını taşı-
maktadır.⁶²

2- ABAD'ın Davadaki Yetkisine Göre Açılan Davalar

Yukarıda vurgulanan davalar genel olarak ABAD'ın idari dava türü olarak
gördüğü davalardır. ABAD'da görülen davaları birer idari dava türü olarak sınıfl-
landırılanların yanında ABAD'ın yetkisine göre davaları sınıflandıranlara da rast-
lanılmaktadır. Bu ölçüte göre ABAD'ın gördüğü davalar aşağıda olduğu şekilde
sınıflandırılmaktadır.⁶³

a) Uluslararası Mahkeme Olarak Gördüğü Davalar

b) Anayasa Mahkemesi Olarak Gördüğü Davalar

c) İdare Mahkemesi Olarak Gördüğü Davalar

d) Medeni Hukuk Davalarına Bakan Mahkeme Olarak Gördüğü Davalar

3- Disiplin Mahkemesi Olarak Gördüğü Davalar

ABAD'ın gördüğü davalar arasında Disiplin Mahkemesi olarak gördüğü da-
vaları belirtmek gerekir. Bu davalar ile komisyonda çalışan kişiler arasında disip-
lin yönünden oluşan uyuşmazlıklar giderilmektedir.⁶⁴

4) Temyizen Görülen Davalar

ABAD'da, Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi kararları temyizen incele-
nerek karara bağlanmaktadır.⁶⁵

⁶¹ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 40; Clive H. CUHURCH – David PHİNEMORE s. 282

⁶² AET. Antlaşması, m. 185, 5, 169, 170; GÖZÜBÜYÜK, İdari Yargı, s. 359

⁶³ FİELD-GENÇ: "ATAD'ın Yetkileri ve İşleyişi" a.g.m., s. 69

⁶⁴ Yüksel İNAN-Sertaç BAŞARAN, "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi"
Amme İdaresi Dergisi, Eylül, 1986, Cilt: 19, Sayı: 3, s. 117

C- Yargılama Usulü

1- Genel Olarak

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Yargılama Usulü⁶⁶ Kontinental Kara Avrupası hukuk sistemine benzer bir biçimde yapılmaktadır.

Yargılama usulü tekniği yönünden, Avrupa Demir, Çelik ve Kömür Birliği kurulurken genellikle Fransız İdare hukuku ve yargılama usulünü benimseyen Türkiye idari yargılama Usulünden yararlanılmış bulunmaktadır. Fransız yargılama usulü, Fransız idari yargılama çalışma usulü Avrupa Birliği Adalet Divanı Yargılama Usulüne de uygulanmaktadır. İngilizler de bu yargılama usulüne daha yakındır. Türk idare hukuku ve Türk idari yargılama usul hukuku Fransa'dan alındığından, Türk hukukçularının ve yargıçlarının, ABAD, yargılama usulüne daha iyi intibak edecekleri söylenebilir.⁶⁷

2- Yargılama Usulü

Yargılama Usulü; Yargılamanın safhaları, yazılı safha, sözlü safha, tahkikat, oturumlar, kararlar, görüşmelerin yapılması, hüküm, dil sorunu, delillerin incelenmesi, tarafların temsili, davaya müdahale, gıyap hükümleri, olağan ve olağan üstü kanun yolları, yargılamanın yenilenmesi, üçüncü kişilerin itirazı, son kararın yorumu, eski hale getirme, ön karar koşulları, konusunda istenen kararın yorumu, ön karar başvuruları konusunda izlenen usul, ABAD'ın görüş bildirmesi sırasında izlediği usul, yargılamaya hakim olan ilkeler; kendiliğinden araştırma ilkesi, yargılamada sözlülük ilkesi, yargılamada açıklık ilkesi, yargılamada dolaysızlık ilkesi, yargılamanın mahkeme tarafından yönetilmesi ilkesi, ABAD kararlarının etkisi; Divan kararlarının bağlayıcılığı, Divan kararlarının kesin hüküm niteliği, Divan kararlarının icrası gibi konuları içermektedir.

Sözü geçen idari yargılama konuları ise, geniş bir inceleme konusu olabilecek nitelik taşımaktadır.⁶⁸

Bu nedenle, kısaca vurgulamak gerekirse, Divan Yargılama usulü; yazılı

⁶⁵ İNAN-BAŞARAN, a. g. e. 117 ; Tuğrul ARAT, "Topluluklarda Yargı Denetimi "Avrupa Topluluğu Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara, 1990, s. 127. GÖZÜBÜYÜK, İdari Yargı, s. 38, 385-397

⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, a.g.e., s.. 277-425

⁶⁷ ARAT, AT Hukuku, a.g.e. 22.10.1993

⁶⁸ ARAT, ATAD, a.g.e., s. 70.; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, a.g.e, 277 vd. AZRAK, Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, a.g.e., s. 124; Cenk Alp DURAK, "Birincil ve İkincil Topluluk Kuralları" Adalet Dergisi, Temmuz, Ağustos, Ankara, 1989, sayı: 4, s. 122

aşama, soruşturma aşaması (yazılı hazırlık dđnemi) ve sđzlđ aşamadan oluşmaktadır.

Yazılı aşamada tarafların iddiaları ve bu iddiaların dayanakları alınır. Bunun sonucu Divan soruşturmaya gerek gđrurse, taraflar ve tanıklar dinlenilmek üzere, Mahkeme önüne çıkar veya kanıt ve belgeleri inceler. Sđzlđ aşamada, taraflar bizzat ya da Avukatları aracılığıyla temsil edilirler. Bundan sonra yargıçlar karar alırlar. Karar açık bir celse ile açıklanır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) nihai, son yargı organı olup, kararlarının temyizi mümkün değildir.⁶⁹

D- Divan Kararlarının Uygulanması

Divan kararları o ülkenin icra organlarınca Anlaşma hükümlerine göre, yerine getirilir.⁷⁰

Bu o ülkenin tenfiz makamının uygun bulunmasına bağlıdır. Yoksa, Divan kararlarının zorla icra gücü bulunmamaktadır. Dolayısı ile zorla icra edecek bir makamda söz konusu değildir.

Ancak bazı durumlarda Divan kararları, tenfiz kararı vermek suretiyle zorla icra edilebilir.

Genellikle tenfiz makamı, Dış İşleri ve Adalet Makamlarıdır.

Tenfiz makamı Divan kararının icrası uygundur, derse; imza ve mühür basarsa, uygulanmak üzere icraya götürülür. Devletler aleyhine bir uygulama yoktur.⁷¹

Divan kararları ancak milli devletlerin tenfiz makamlarının uygun bulmaları ile, antlaşma hükümlerine göre, milli makamlarca ve mahkemelerce icra olunabilecektir.⁷²

S O N U Ç

Konsey, Komisyon, Parlemeto gibi Avrupa birliği asli organlarından sayılan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Birlik antlaşmalarının uygulanması ve yorumunda hukuki saygınlığı sağlamakla görevlendirilmiş ve üye ülkeden se-

⁶⁹ AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRKİYE, Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Koordinasyon Genel Müdürlüğü, 2. Bası. Ankara, Ocak, 1993, s. 16

⁷⁰ AET. Anlaşması, m. 192

⁷¹ Tuğrul, ARAT, Avrupa Topluluğu hukuku, yayınlanmamış DersNotları, Ankara, 1.11.1993

⁷² AET, Antlaşması m. 182, 197; Ata şAKMAR, "AET.nda Üye Devletlerin Birinde verilen mahkeme Kararlarının Diğer Devletlerde tanınması ve Tenfizi" Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul, 1979, s. 91

çilmiş hakimlerden oluşan uluslar üstü bir mahkemedir.

Yargı görevi yapan bu mahkeme, yargıçlar ve diğer birimlerden oluşmaktadır. Kararları Divanca temyizen incelenen ve Divanın yükünü hafifleten ve 1987 tarihli Tek Senetle kurulan İlk Derece Mahkemesi teşkilatı Divanın teşkilatı dışında ve onun çalışmalarını tamamlayan alt derecede bir yargısal örgüttür.

Topluluk hukuki ihtilaflarından milli seviyedeki, uyuşmazlıklar ilgili ülkenin milli mahkemelerince de çözümlenebilmektedir. Ancak, Birliğe üye ülkeler arasındaki uyuşmazlıkların ve Birlik işlem ve tasarrutlarına ilişkin uyuşmazlıkların Divanca (ABAD), bunların dışındaki uyuşmazlıkların ise, milli mahkemelerde çözümlenebildikleri görülmektedir. Buna göre, milli mahkemeler de Birlik hukukuna ilişkin davaları görebilmektedir. Ancak, iki konuda milli mahkeme yetkili bulunmamaktadır. Bunlardan birincisi: Millî mahkeme Avrupa Birliği anlaşmaları hakkında yorum yapamaz. Bu konuda Divan yorum yapar. İkincisi: Birlik organları, işlemleri ve tasarrufları iptali konusu olursa Divan (ABAD) karar vermektedir. Avrupa birliği hukuku kaynaklarının yorumu ve bu kaynakların iptali, milli mahkemelerden istenilse de bunu milli makam ve mahkeme yapamaz. Divan bir tür Anayasa Mahkemesine, bir tür idare mahkemesine benzetilmektedir. Avrupa Tek Senedi ile kurulan ilk derece mahkemesi kararlarını temyizen incelemektedir.

Divan, ilk derece mahkemesi ve temyizen divanın yetkisine giren konulara ilişkin olarak açılan; iptal, ihmal, tazminat (tam yargı), ihlal, yatırım Bankasına, personele, para cezaları, ön karar, yürütmeyi durdurma davalarını çözümlenmekte ve bunun dışında ilk derece mahkemesinin kararlarını temyizen incelemekte, disiplin mahkemesi olarak görev yapmakta ve diğer Avrupa Birliği hukuku kaynaklarına göre, yetkisine giren diğer davalara bakmaktadır. Divanca verilen kararlar kesin hüküm niteliğinde olup, bu kararlar, fertleri, kurumları, milli mahkemeleri, yürütme, yasama ve yargı organlarını bağlayıcı nitelik taşımaktadır.

Divanda açılan davaların yargılama usulünde, Fransa ve Fransa İdarî yargılama uygulamasından esinlenen Türkiye İdarî Yargılama usul ve tekniğinden geniş ölçüde yararlandığı görülmektedir.

Divan kararlarının uygulanması, milli makam, merci, mahkemelerinin onayı ile mümkün olabilmektedir. Tenfiz makamının onayı ile uygulanabilmektedir. Zorla icra gücü bulunmamaktadır.

Yayın Şartları

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinde pozitif hukuk, hukuk teorisi, uluslararası hukuk, vergi, ekonomi-maliye, siyaset bilimi, siyaset teorisi, kamu yönetimi ve akraba alanlarda, bilimsel nitelikli, özgün, daha önce başka bir yerde yayınlanmamış, yayın hakları devredilmemiş makaleler, araştırma-inceleme yazıları, konferans, seminer, sempozyum gibi bilimsel toplantı metinleri ve bu tür çalışmaların çevirileri ile kısa mevzuat metinleri, Türk veya Yabancı Mahkeme Kararları, karar tahlilleri, tez özetleri ve benzeri akademik çalışmalar yayınlanır.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi prensip itibarıyla yılda dört sayı olarak yayınlanır. Her sayı için öngörülen yayın ayları sırasıyla, Mart, Haziran, Eylül ve Aralıktır. Her hangi bir sayının yayınında elde olmayan nedenlerle gecikme söz konusu olursa iki ya da daha fazla sayı birleştirilerek yayınlanabilir.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Hakem heyeti altı farklı Türk üniversitesi öğretim üyeleri arasından seçilmiş bulunmaktadır. Yayın ilkesi gereği, (30.3.2000 tarih ve 5 sayılı Fakülte Yönetim Kurulu Kararı ile genişletilmiş bulunan) Akademik hakem heyeti üyelerinin isimleri gizli tutulmaktadır.

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemin olumlu görüşü alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. (Yazıların hakeme gönderilmesinde akademik unvanlar dikkate alınmakta, hakemin yazardan daha üst akademik unvana sahip olması ya da eğer aynı unvan söz konusu ise, daha kıdemli olmasına özen gösterilmektedir.)

Dergide yayınlanması istenen yazılar, her sayı için, o sayının yayın Periyodundan en az iki ay önce A4 çıktısı ve.doc (word belgesi) ve.rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya içeren diskette gönderilmelidir.

Dergide yer alan yazılardan doğacak her türlü sorumluluk yazarına aittir.

Yazıların teknik olarak düzenlenmesinde şu hususlara dikkat edilmesi önerilmektedir: a) Yazılar bilgisayar ortamında **Winword** programı kullanılarak **Times New Roman** yazı karakteri, **10,5** punto, **Tek** satır aralığı, **1 cm girintili** paragraf, paragraf arası boşluklar **öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere **iki yandan hizalı** yazılmalıdır. b) Yazıların sayfa boyutu, A4 kağıt için ayarlanmalıdır. Kural olarak yazılar 25 sayfadan daha fazla olmamalıdır. c) Yazıdaki başlıklar, kullanılan başlık düzeyine uygun olarak Winword menüsündeki (veya araç çubuğundaki) başlık biçimleri kullanılarak (başlık 1, başlık 2, başlık 3 vd.) yazılmalı, **Başlık 1** biçimi sadece yazının ana başlığı (adı) için kullanılmalı, metin içerisindeki diğer tüm başlıklar **Başlık 2** biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. c) Yazar adı yazının ana başlığı altına sağa dayalı olarak Adı SOYADI biçiminde yazılmalıdır. Yazar ismi yanında akademik unvan haricinde hiçbir açıklama yapılmamalı, gerekli olan açıklamalar (yazarın kurumu, görevi, uzmanlık dalı, anabilim dalı vs.) yazar isminden sonra * imi kullanılarak verilecek dipnotta sayfa altında yapılmalıdır. d) Yazıda kullanılacak tablolar, Winword **Tablo** menüsü kullanılarak hazırlanmalıdır. (Ancak zorunlu hallerde **Excel tabloları** da kullanılabilir.) Yazılarda kullanılan görsel materyalin aslı ya da çok temiz bir fotokopisi yazı ile birlikte gönderilmelidir. e) Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak kitaplarda; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), *Kitap Adı (italik)*, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) Adı Soyadı, Basım yeri, yılı ve sayfa; makalelerde; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), *Yayın Adı (italik)*, (Varsa, Editör Adı Soyadı) Cilt, Sayı, Basım yeri, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir. Dipnotlar, **Times New Roman** yazı karakteri, **9** punto, **Tek** satır aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır.