



UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

ISSN: 2147-8376

SAYI: 9 • HAZİRAN 2017

Dergide yayımlanan makaleler yazarların kendi kişisel görüşleri olup, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Eserde yer alan görüş ve değerlendirmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi'ni bağlayacak mahiyette resmî bir yorum olarak kabul edilemez.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

*

Sahibi

Nuri NECİPOĞLU
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

*

Editör

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Şafak ŞAKAR
Uyuşmazlık Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

*

Yayın Kurulu

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Dr. Birol KIRMAZ
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Dr. Abdullah TEKBAŞ
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Çetin AKKAYA
Yargıtay Tetkik Hâkimi

*

Yayın Yönetim Merkezi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek
Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
No: 4, 06805, Çankaya - Ankara / TÜRKİYE
Tel: 0312 489 82 04 - 07 • Faks: 0312 489 80 59
Web: dergi.uysmazlik.gov.tr - www.uysmazlik.gov.tr

*

Tasarım & Baskı



Oğuzlar Mah. 1396. Sk. 11/2 Balgat / Çankaya / ANKARA
Telefon: (0 312) 285 14 10
info@tayfunmedya.com.tr • www.tayfunmedya.com.tr

Basım yeri: Ankara
Basım tarihi: Haziran 2017
Yıl: 5 Sayı: 9

*

ISSN: 2147-8376

YAZIM KURALLARI VE YAYIN İLKELERİ

1. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ULAKBİM tarafından taranan ve “Hakemli Dergi” statüsünde altı ayda bir yayımlanan dergidir.
2. Daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş eserler kabul edilir.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde özetlerin yine Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde Makale ismi ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
4. Yayımlanan makalelerden kaynaklanan her türlü sorumluluk yazarlarına aittir.
5. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 16x24 ebadında, sayfanın üst tarafından 3 cm, alt, sağ ve sol taraflarından 2,5 cm kenar boşlukları bırakılmış, 10,5 punto Palatino Linotype karakteriyle, dipnotlar 8 punto Palatino Linotype karakteriyle, 13,2 mm satır aralığı ve paragraflarında 5 mm girinti bırakılarak yazılmış olmalıdır.
6. Yayımlanması talep edilen makalelerin uyusmazlikmakale@hotmail.com adresine e-posta ile gönderilmesi gerekmektedir.
7. Gönderilecek eserlerin ilk sayfasında yazar(lar) hakkında aşağıdaki bilgiler bulunmalıdır: *Ad-soyad, ünvan, çalışılan kurum, telefon, e-posta ve yazışma adresi bilgileri.
8. Gönderilen makalelerin başlığı metne uygun; kısa ve açık ifadeli olmalıdır.
9. Eserlerde kullanılacak tüm referanslar, Tablo ve Şekiller APA 5. Basım sítili (APA Style 5th edition) kullanılarak düzenlenmelidir. APA hakkında daha fazla bilgi için lütfen <http://owl.english.purdue.edu/owl/resource/560/01/> internet sitesini ziyaret ediniz.
10. Başlıklardan sonraki ilk satırda paragraf girintisi kullanılmaz, sola yaslı olarak paragraf başlatılır. Sonraki paragraflar için paragraf girintisi kullanılmalıdır.
11. Eserde irdelenen konuyla doğrudan ilgisi olmayan ancak açıklanmak veya detay bilgi verilmek istenen kısımlar dipnot yöntemiyle esere eklenmelidir.
12. Eserlerin sonunda APA referans sistemine göre hazırlanacak alfabetik biçimde dizilmiş bir kaynakça bulunmalıdır.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Haliç Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK

Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Antalya Akev Üniversitesi İktisadi ve
İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Atila ÖZER

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erol ULUSOY

Alman Türk Hukuk Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Faruk AŞICIOĞLU

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gürcan ALTUN

Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Türk Alman
Üniversitesi

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fatih YAVUZ
İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nasi ASLAN
Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT
İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nur CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin SOMER
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan GÖKBUNAR
Celal Bayar Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Rauf KARASU
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Salih CENGİZ
İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü

Prof. Dr. Selami KURAN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selma ÇETİNER
Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serap AKİPEK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER
Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yüksel METİN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ziya AKINCI
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Doç. Dr. Elif Sibel ÇAKAR
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ
Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi

Doç. Dr. İlke GÖÇMEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İştahar CENGİZ
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Müslüm AKINCI
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Adnan KÜÇÜK
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan FURTUN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Sinan BAYINDIR
Doğuş Hukuk Fakültesi

Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay 13. Dairesi Üyesi

ÖN SÖZ

Uyuşmazlık Mahkemesi çeşitli adlar altında da olsa yargı ayrılığı sistemine geçtiğimiz 1868 yılından beri var olan bir kurumdur. Farklı yargı kolları arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmek üzere Fransa sistemi örnek alınarak 09/07/1945 tarihli ve 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kurulması Hakkında Kanun'la Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuş, 1961 Anayasası'nın 140. maddesi ile de yüksek mahkeme olarak düzenlenmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, yetmiş iki yıldır diğer yargı kollarından ayrı, bağımsız ve kendi usul kanununa göre görev icra eden köklü bir yargı organıdır.

6771 sayılı Kanunun 13. maddesi ile; 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 142. maddesine "Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş hâlinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir." fıkrası eklenmiş, aynı kanunun 17. maddesi ile eklenen geçici 21. maddenin (e) fıkrası uyarınca da Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Askerî Mahkemeler kaldırılmıştır. Yapılan bu düzenlemeler uyarınca Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu'nda da buna uygun düzenlemelerin yapılması gerekmekte olup, yapılacak yasal değişiklikler ile Uyuşmazlık Mahkemesi; yeni yapısı, dinamizmi, köklü geçmişi ve birikimiyle Anayasa ve Kuruluş Kanunu'nun kendisine verdiği yetki çerçevesinde görevini ifa etmeye devam edecektir.

Görevlendirmeye uygun olarak her alanda hukuki konunun yer aldığı Ulusal Hakemli Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, düzenli olarak yayımlanmaktadır. Kısa zamanda büyük prestij kazanan dergimizin 9. sayısını çıkarmanın mutluluğunu ve gururunu yaşıyoruz.

Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi'nin 9. sayısında kıymetli yazarlarca kaleme alınan on üç adet bilimsel inceleme yer almaktadır. Dergide yayımlanmak üzere makale göndererek bizleri destekleyen ve yalnız bırakmayan değerli yazarlarımıza, hakem olarak görev yapanlara, danışma kurulu ve yayın kurulumuzda görev alanlara şükranlarımı sunuyor, derginin hukuk camiasına faydalı olmasını diliyor ve derginin hazırlanmasında büyük emek sarf eden başta Genel Sekreterimiz Mevlüt DÖNERTAŞ olmak üzere mahkeme personeline şahsım ve mahkememiz adına teşekkür ediyorum.

Nuri NECİPOĞLU
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı





İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA - AİHM'nin AB Divanını İkâme Etmesi	1
Bahar AKBAŞ AYGÜN - İflasın Ertelenmesinin Koşulları ve Yeni Bir Koşul Olarak Olağanüstü Hal	11
Dr. Ekrem ÇETİNTÜRK - Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi	39
Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA - Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri)	181
Dr. (Jur.) Hasan DURSUN - Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması	203
Serkan YOLCU/Salim IŞIK- Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bir Vaka İncelemesi: Şili'de Yargı Denetimi	247
Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ - Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü	281
Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN - Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu	383
Dr. Fatih ÖZKUL - Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu	397
Hüseyin ŞIK - Suçsuzluk Karinesi ve Savcı	427
Dr. Aydın TURHAN - Avrupa Birliği'nin Gelişim Sürecinde İnsan Hakları	453
Akif YILDIRIM - Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi	491
Yunus Emre YILMAZOĞLU - Yürütmenin Durdurulması Kararının Uygulanmamasının Hak Arama Hürriyetine Etkisi	519



AİHM'NİN AB DİVANINI İKÂME ETMESİ

(ECHR Substitution for European Court of Justice)

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA¹

ÖZ

AİHM içtihatları üzerinden şekillenen AİHM ve AB Divanı arasındaki ilişkide 2012 tarihli Michaud-Fransa davasında AİHM'nin verdiği karar bir dönemeç teşkil etmektedir. Michaud-Fransa davasında 2005 tarihli Bosphorus-İrlanda davasında kabul edilen varsayımı reddeden AİHM gerekçesini Birlik temel hak koruma sisteminin yetersizliğine istinat ettirerek AB direktifini iç hukukta düzenleyen Fransız kanununu denetlemiş ve bu tutumu ile AB Divanını ikame etmiştir.

Makale, AB temel hakları koruma sisteminin AİHK hakları koruma sistemi ile eşdeğerliliği tartışmaları bağlamında Michaud-Fransa davası örneğinde AİHM'nin içtihat hukuku gelişimine ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: AB temel hakları koruma sistemi, AİHK'nun temel hakları koruma sistemi, Bosphorus-İrlanda davası, AB'nin AİHK'na katılımı.

ABSTRACT

The case of Michaud-France dated 2012 is milestone for relationship between ECHR and European Court of Justice that formalised by ECHR jurisprudence. In the case of Michaud-France, ECHR refused the fiction that had been accepted in the case of Bosphorus- Ireland dated 2005. ECHR justification is on inadequacy of protection system of fundamental right of European Union. Within this scope ECHR substituted for European Court of Justice by supervision of French law that regulates EU directive in national law.

This article sets light on ECHR jurisprudence in the context of equivalence of EU protection system of fundamental rights and ECHR protection system of fundamental rights by example of the case of Michaud – France.

1 Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ♦ mahmutarsava@hotmail.com

Keywords: EU protection system of fundamental rights, ECHR protection system of fundamental rights, the case of Bosphorus- Ireland, partake in ECHR of EU.

GİRİŞ

AB Divanı ve AİHM ilişkisi büyük ölçüde AİHM içtihatları ile şekillenmektedir. Michaud-Fransa davasına ilişkin olarak verilen karar, Strasburg mahkemesinin şimdiye dek AB'ye ve AB Divanına karşı çekimsiz tutumuna son verdiğini ve içtihat oluşturma görevini ciddiye aldığını göstermektedir.

AB'nin AİHK'na katılımı üzerinden bir pozitif hukuk şekilleninceye kadar iki mahkemenin yetki alanlarını birbirinden ayırma görevinin ağırlıklı olarak kendisine düştüğü konusunda AİHM (Strasburg mahkemesi) şimdiye dek herhangi bir tereddüt ifade etmemekle beraber, AİHM'nin geçmişte bu görevin bilinci içinde görevinin gereğini tüm kapsamı ile yerine getirmediği görülmektedir.²

Bu tutum karmaşık ve mütecanis olmayan, bir içtihat tablosunun oluşumuna yol açmıştır. Bu çerçevede AİHM bakımından AB Adalet Divanı (Lüksemburg mahkemesi) ile yetki çatışmasına ve uyuşmazlığa düşmemek ve aynı paralelde kendi yetkilerinin aşınmasını önlemek en önemli ölçü olmuştur. Aralık 2012 tarihli Michaud-Fransa davası ile AİHM ilk kez AB Divanının yetki alanına girmiştir.³ Bir avukat olan davacı AİHM'de açtığı davada avukatların kara parayı aklama ile mücadele bağlamında ihbar mükellefiyetinin AİHK'nun 8.maddesinde temin edilen avukat ile müvekkili arasındaki ilişkiyi de kapsar şekilde özel yaşama saygı hakkını ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Fransız hukukuna göre avukatlar müvekkilleriyle olan görüşmeler sonucu kara parayı aklama şüphesi edindikleri takdirde baroya ihbar ile mükellef kılınmıştır. Bu bilgiler daha sonra barolar tarafından resmi makamlara iletilecektir.

2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire kararları için bkz.: Karar 18.2.1999, 24833/94 Matthews/Vereinigtes Königreich, **EuGRZ** 1999, s.200; Karar 30.6.2005, 45036/98 (Bosphorus/İrland, **NJW** 2006, s.197; Karar 20.1.2009, 13645/05 (Kokkelvisseri/Niederlande), **ÖJZ** 2009, 829; Karar 9.12.2009, Nr.13762/04 (Biret/15 Mitgliedstaaten der EU); Karar 9.12.2009, Nr.73274/01 (Connolly/15 Mitgliedstaaten der EU); Karar 4.7.2000, 51717/99 (Société Guérin Automobiles/15 Mitgliedstaaten der EU); Karar 23.5.2002, Seg. U.a./15 Mitgliedstaaten der EU), 6422/02 u.9916/02; Karar 13.1.2005; 62023/00 (Emesa Sugar/Niederlande); Karar 3.4.2012, 37937/97 (Lechouritou/27 Mitgliedstaaten der EU), **EuGRZ** 2013, s.26ff.)

3 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı 6.12.2012, 12323/11 (Michaud/Frankreich)



Dava konusu ihbar mükellefiyetini Fransa AB'nin kara para aklama ve bu paranın terörizmin finansmanı amacıyla kullanılmasını önlemek amacıyla ihdas ettiği direktif muvacehesinde iç hukukunda kanunla düzenlemiştir. İç hukukta iç hukuk yollarının tüketilmesi bağlamında avukat Michaud Conseil d'Etat'da görülen dava esnasında kara paranın aklanmasını önleme direktifinin özel yaşama saygı hakkına uygunluğu konusunda AB Divanından ön karar alınması talebi yapmıştır. AB Divanı şimdiye kadar bu çerçevede sadece AİHK'nun 6. maddesi muvacehesinde adil yargılanma hakkı konusunda karar vermiştir.⁴ Nihai mahkeme Conceil d'Etat, diğer gerekçeler yanı sıra Lüksemburg mahkemesinin ordre des barreaux francophones kararına yaptığı atıfla avukat Michaud'un talebini reddetmiş, direktifin AİHK'nun 8.maddesine uygun olduğunu kendisi karara bağlamıştır.

Şikâyetçi AİHM nezdinde yaptığı başvuruda ulusal tasarrufların prensip olarak AİHK'na uygun olduğuna ilişkin 2005 tarihli Bosphorus-İrlanda kararına esas olan varsayımın burada kabul edilemeyeceğini, zira AB'de temel hakların himayesi için öngörülen sistemin AİHK'da temel hakların himayesi için öngörülen sistemle gerekli eşdeğerliliğinden kara paranın aklanmasını önleme direktifi çerçevesinde AİHK'nun 8.maddesi muvacehesinde bir denetime izin verilmemesi nedeni ile söz edilemeyeceğini iddia etmiş ve ayrıca söz konusu ihbarı mükellefiyeti öngören Fransız kanununun AB üyesi devletlere hareket alanı bırakan bir AB direktifi çerçevesinde ihdas edildiğine, AB hakları himaye sisteminin AİHK'dan farklı olarak bireylerin AB Divanına doğrudan başvuru olanağı tanımadığına dikkat çekmiştir.

I. AİHM'İN KARARI VE KARARINA ESAS OLAN GEREKÇELER

AİHM kararı, avukatların ihbar mükellefiyetinin AİHK'nun 8. maddesi muvacehesinde savunulmasının mümkün olup olmadığı sorusunun cevabına yoğunlaşmıştır. AİHM verdiği kararda, Konvansiyonun 8. maddesine yapılan müdahale ile takip edilen amacın kara parayı aklamayı önlemeye, kamu düzenini korumaya ve AİHK'nun 8. madde, 2. fıkrası muvacehesinde suçların önlenmesine matuf olduğunu, bu nedenle de meşru bir amaca hizmet ettiğini vurgulamış, ayrıca Bosphorus – İrlanda davasında verilen karara yaptığı atıfta, Birlik hukukuna riayetin genel çıkarlara hizmet eden meşru bir amacı gerçekleştireceğine işaret

4 Avrupa Birliği Adalet Divanı Büyük Daire kararı 26.7.2007, Rs. C-305/05 (ordre des Barreaux francophones)



etmiştir.⁵ Mahkeme, bu bağlamda söz konusu amaçların gerçekleşmesi için uyumsuzluk konusuna da eğilerek, Bosphorus- İrlanda davasında verilen kararda yer alan esasları değerlendirmiştir. Buna göre, AİHK tarafı devletlerin, egemenlik hakkı devrettikleri uluslararası örgütlere üyeliklerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirirken AİHK'na bağlılıkları devam etmektedir. Söz konusu uluslararası örgütler Konvansiyon sistemi ile karşılaştırılabilir bir temel hak koruması sağladıkları nispette, uyumsuzluk konusu tasarrufun Konvansiyona uygunluğu varsayımı esas olacaktır.

AİHM ancak bu varsayımının devletlerin kendi takdir alanlarına bırakılan tasarruflar bakımından geçerli olmayacağını vurgulamıştır.⁶ Bunun dışında söz konusu varsayım aynı şekilde Konvansiyonda öngörülen haklara sağlanan koruma somut durumda açık şekilde yetersiz ise geçerli olmayacaktır. AB'nin temel hakları koruma sistemi ile AİHK'nun hakları koruma sisteminin eşdeğerliliği varsayımı devletleri birbirine ters düşen uluslararası yükümlülüklerle tabi olma baskısından kurtarmaya hizmet etmektedir. AB temel hak himayesi gerek maddi hukuk içeriği, gerekse usul hukuku bakımından prensip olarak Konvansiyon sistemi ile eşdeğerdir. AB temel hak himayesinin maddi hukuk anlamında Konvansiyon sistemi ile eşdeğerliliğine ilişkin olarak Bosphorus – İrlanda davasında verilen kararda yapılan saptama AB Temel Haklar Şartı'nın 2009'dan itibaren bağlayıcılık kazanması nedeniyle güç kazanmıştır. AİHM ayrıca bireylerin AB Divanına başvuru olanağının AB'de hernekadar bireylerin AİHM'e başvuru olanağına nazaran sınırlı olsa da, önkarar prosedürünün birey haklarının korunmasına matuf olarak Konvansiyon sistemi ile eşdeğer bir olanak sunduğuna dikkat çekmiştir.⁷

Söz konusu prensiplerin Michaud-Fransa davasına uyarlanması bağlamında AİHM Bosphorus – İrlanda davasında verdiği karara esas olan hususlardan iki konuda ayrılmıştır. AİHM ilk olarak dava konusu uyumsuzluğa bir tüzüğün iç hukukta uygulanmasının değil, bir direktifin iç hukukta düzenlenmesinin neden olduğunu, bu nedenle de Fransa'nın Birlik hukukunun gereği bakımından bir takdir alanına sahip olup olmadığını bu çerçevede önemli olduğunun altını çizmiştir. AİHM ikinci olarak, Birlik hukukunda öngörülen denetim mekanizmasının

5 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı 6.12.2012, 12323/11 (Michaud/Frankreich), Rn.99-100

6 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı 21.1.2011, 30696/09 (M.S.S./Belgien und Griechenland), EuGRZ 2011, s.234vd.

7 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı 6.12.2012, 12323/11 (Michaud/Frankreich), Rn.111



somut uyuşmazlık bağlamında tam olarak uygulanmadığına dikkat çekmiştir. Conseil d'Etat direktifin AİHK'nun 8. maddesine uygunluk denetimi bağlamında AB Divanına (Divan hernekadar şimdiye dek bu soruna ilişkin bir karar vermemiş olsa da) ön karar başvurusu yapılması talebini reddetmiştir. Bu nedenler muvacehesinde AİHM sonuç olarak Bosphorus – İrlanda davasında kabul edilen varsayımın bu davaya esas alınamayacağını *“The Court is therefore obliged to note that because of the decision of the Conseil d'Etat not to refer the questions before it to the Court of Justice for a preliminary ruling, even though that court had never examined the Convention rights in issue, the Conseil d'Etat ruled without the full potential of the relevant international machinery for supervising fundamental rights – in principle equivalent to that of the Convention – having been deployed. In the light of that choice and the importance of what was at stake, the presumption of equivalent protection does not apply”* şeklinde ifade etmiştir.

AİHM, yaptığı saptama muvacehesinde, uyuşmazlık konusu Fransız kanununu Konvansiyon ışığında denetlemiş ve kara paranın aklanması ile mücadele kanununda öngörülen avukatların ihbar mükellefiyetini AİHK'nun 8. maddesine orantılı bir müdahale olarak kabul ederek, Fransa'nın Konvansiyonu ihlâl ettiği iddiasını reddetmiştir.⁸

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Michaud-Fransa davası, AİHM'nin Bosphorus – İrlanda davasında verdiği 2005 tarihli kararında kabul ettiği AİHK'na uygunluk varsayımına AB tasarruflarını iç hukukta düzenleyen ulusal tasarruflar bağlamında istisna getirmeye hazır olduğunu göstermiştir. Bu varsayımın AİHM tarafından şimdiye dek kabul edilmesi bu varsayımı mutlak bir prensibe dönüştürmemiştir. Bunun tersine olarak AİHM Birlik hukuku bağlamında Bosphorus – İrlanda kararında dile getirilen varsayımaya dayanan itirazları caiz kabul etmeyerek reddetmiştir. Bunun sonucu olarak da AİHM'nin denetim yükü önemli ölçüde artmıştır.⁹

AİHM, Michaud-Fransa davasında da AB'de temel hak himayesinin yetersizliğini açık şekilde saptamaktan kaçınmıştır. Ancak sonuç olarak söz konusu bu davada AİHM Bosphorus – İrlanda davasında kabul ettiği varsayımı bu davada esas almamasını, uygulamamasını literatürde

8 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı 6.12.2012, 12323/11 (Michaud/Frankreich), Rn.117-132

9 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı 20.1.2009, 13645/05 (Kokkelvisseri/Niederlande), ÖJZ 2009, s.829 ff; Karar 10.10.2006, 16931/04 (Mayenner/15 Mitgliedstaaten der EU; Karar 9.12.2009, 13762/04 (Biret/15 Mitgliedstaaten der EU; Karar 3.4.2012, 37937 (Lechouritou/27 Mitgliedstaaten der EU, EuGRZ 2013, s.26 ff)

ileri sürülen kimi görüşlerden¹⁰ farklı olarak, Conseil d'Etat'nın ön karar başvuru mükellefiyetini yerine getirmemesine, diğer bir ifade ile Conseil d'Etat'nun acte-clear doktrinini geniş yorumlayarak AB Divanına başvurmamasına değil, ön karar başvuru mükellefiyetinin bir istisnasının söz konusu olup olmadığından bağımsız olarak, AB Divanının şimdiye dek kara paranın aklanması ile mücadele direktifini AİHK'nun 8. maddesi muvacehesinde denetleme olanağına sahip olmamasına istinat ettirmiştir. AİHM'nin kullanmış olduğu üslup da (Birlik hukukunun hakları koruma mekanizmasının tam olarak kullanılması) onun için ön karar başvuru mükellefiyetinin yerine getirilmesinin değil, Birlik hukuk sisteminin hakların korunmasında bireylere sunduğu minimum ölçünün esas olduğunu göstermektedir. AİHM bakımından önemli olan Birlik hukuk sisteminde birey haklarının korunmasına matuf olarak öngörülen olanakların kullanılabilmesidir. AİHM bu şekilde Birlik temel hak koruma sisteminin en hassas noktasına parmak basmıştır; bireyler AB Divanına ön karar başvurusu için zorlama yapamadıkları gibi, ön karar başvurusunun içeriğini de belirleme olanağına sahip değildir.

İlk bakışta Michaud kararı ilk kez olarak AB sekonder hukukunun AİHM tarafından kapsamlı bir şekilde dolaylı denetimi örneğini vermektedir. Şüphesiz mahkeme içerik bakımından yaptığı denetime münhasıran Fransa'nın iç hukuk düzenlemesini esas almış ve denetim konusunun ihbar mükellefiyeti öngören Fransız kanunu olduğunu vurgulamıştır (kara paranın aklanmasının önlenmesi direktifine kararda sadece bir yerde, bu tür eylemlerin ciddi bir demokrasi tehdidi oluşturduğu ifadesi çerçevesinde yer verilmiştir). Somut denetim olarak cereyan eden Konvansiyon prosedüründe AİHM'nin uyuşmazlığa esas olan normu söz konusu üslupla dile getirmesi prensip olarak alışılmış bir durum değildir.¹¹

AİHM, bu üslubu kullanırken AB direktifini AİHK muvacehesinde değerlendirmekten kasten kaçınma iradesini ortaya koymuştur. AİHM, yine aynı istikamette bir tutum olarak kararında Fransa'nın ihbar mükellefiyetini değerlendirirken, AB hukukunun gereğini yapıp yapmadığı ve Fransa'nın bir takdir alanı içinde hareket edip etmediği konusunu açık bıraktığı görülmektedir. Bu tablo AİHM'nin mülâhazalarından AB direktiflerinin AİHM'nin denetimine tabî olup olmayacakları konusunda bir sonuç çıkarmanın zor olduğunu ortaya koymaktadır.

10 Matthias Kottmann, Beihilferecht: Kürzung von Emissionsberechtigungen keine Beihilfe, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 10.10.2012 - 7 C-11.10, **EuZW** 2013, s.274,280

11 bknz.: Stefanie Schmahl, Pilot-Urteile des EGMR als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, **EuGRZ** 2008, s.369 vd.)



III. AİHM VE AB DİVANİ İLİŞKİSİ

AB temel hakları koruma sisteminin ve AİHK hakları koruma sisteminin Bosphorus – İrlanda davası varsayımı muvacehesinde eşdeğer olarak kabul edilmesinin bir sonuç olarak hak ihlallerinde AİHM'ne paralel olarak AB Divanına başvuru olanağını beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir.¹² Bosphorus – İrlanda davasında Alman yargıç Ress, “manifestly-deficient” eşliğinin, AB Divanının yetkisinin kabul edilmemesi yahut bireylerin başvurusunun çok dar yorumlanması halinde aşılabileceğini dile getirmiştir.¹³

AİHM, denetim yetkisinin kapsamının, AB Divanının rolünü oynamasına bağlı olduğu görülmektedir.¹⁴ AİHM, şimdiye dek ilk ve yegâne AB hukuk denetimini 1999'da Matthews-İngiltere Krallığı davasında yapmış¹⁵ ve AB üyesi devletlerin AB primer hukuku muvacehesinde Konvansiyon hukuku sorumluluğunu vurgulamıştır. Bu meyanda AİHM, açık şekilde AB Divanının bu çerçevede yetkisinin olmadığını tespit etmiştir. AİHM, Michaud davası ile ilk kez olarak AB Divanının orijinal yetki alanına girmiş, diğer bir ifade ile AİHM AB Divanının rolünü üstlenmiştir. Şüphesiz Bosphorus-İrlanda davası kararında yer alan varsayımının Michaud-Fransa davasında uygulanmaması, direktifler bakımından açık bir sonuç doğurmamaktadır. AİHM'nin söz konusu içtihadının AB Divanının günün birinde kara para aklanması ile mücadele direktifinin özel yaşama saygı hakkına uygulana ilişkin bir kararı ile tartışmaya açılması olanak dışı değildir.

SONUÇ: AB'nin AİHK'na katılımı ertesinde ortaya çıkabilecek tablo

AB'nin AİHK'na katılımından sonra AB'nin AİHK'na katılımına ilişkin anlaşma tasarısı bağlamında AB Divanı tarafından verilen görüş, AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 218. madde, 11. fıkrasına istinat ettirilmiştir. Divan görüşünde AB'nin konvansiyon sistemine tabî olmasının sadece temel hakların korunması bakımından değil, AİHM ve AB Divanı ilişkisi bakımından da sonuçlar doğuracağına dikkat çekmiştir.¹⁶

12 Dieter Kraus, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, bkzn.: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2006, Kap.3, Rn.23; krş. Christoph Schönberger, Der Rahmenbeschluss-Unionssekundärrecht zwischen Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht, *ZaöRV* 67 (2207), s.1107,1134

13 bkzn.: karar 30.6.2005, Nr.45036/98 (Bosphorus/İrlanda), *EuGRZ* 2007, s.669 vd., Rn.3

14 Julie Vondung, *Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK*, Tübingen 2012, s.123 vd.

15 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire kararı 18.2.1999, 24833/94 Matthews/Vereinigtes Königreich), *EuGRZ* 1999, s.200 vd.

16 Julie Vondung, *Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK*, Tübingen 2012, s.123 vd.; AB Adalet Divanı 18.12.2014 tarihli görüşü ile

AB'nin AİHK'na katılımı durumunda maddi hukuk açısından Bosphorus – İrlanda kararında yer alan varsayımın uygulanması sorunu AİHM'nin üye devletlerin AB hukukunu iç hukukta düzenleyen tasarruflarını daha kapsamlı denetleme olanağı elde edeceği için daha az gündeme gelecektir.¹⁷ Diğer taraftan AİHK'na katılım anlaşma tasarısı¹⁸ Michaud-Fransa davası gibi durumlarda AB Divanının AİHM'ne AB tasarrufunun temel haklara uygunluğu konusunda görüş bildirmesine matuf bir prosedür öngörmektedir (prior-involvement procedure; katılım anlaşma tasarısının 3. md., 6. fıkrası). Bu prosedüre göre AİHM, AB Divanına uyuşmazlık konusu ulusal tasarrufa esas olan AB tasarrufunun AİHK'na uygunluğu konusunda, bu konuda henüz bir Divan kararı yoksa görüş bildirme olanağı bulacaktır. Şüphesiz Strasburg mahkemesi AB Divanının vermiş olduğu kararla bağlı olmayacaktır. Bununla beraber AB Divanının kararı AİHM nezdinde yapılan başvurunun geçerliliği bakımından etkili olacaktır.¹⁹

Literatürde prior-involvement prosedürünün AİHK muvacehesinde AB için bir ayrıcalık oluşturup oluşturmadığı ve bu prosedürün AİHK taraflarının eşitliği prensibine ters düşüp düşmediği yahut AB için doğan dezavantajların bu şekilde telâfi edilip edilmediği konusunda farklı görüşler dile getirilmektedir.²⁰ Bu prosedürün anlaşma tasarısına alınması AB Divanının önerisine istinat etmemektedir. Bu öneriyi AİHM yapmıştır.

Şüphesiz prior-involvement prosedürü AB Divanının görüşünü ortaya koyma olanağına sahip olmadığı (örneğin dış politika ve güvenlik alanı), AİHM'nin Birlik hukukunun Konvasiyona uygunluğunu denetlediği diğer durumlarda bir işleve sahip olmayacaktır. AİHM'nin Michaud davasında ortaya koyduğu eleştirel yaklaşım, AB hakları himaye sisteminin her konuda AİHK'nun yargı ve usul hukukunun esaslarını yerine getiremediğinin tespiti yönünde ilk işaret olarak görülmektedir. AİHM ve AB Divanı arasındaki ilişki AB'nin AİHK'na katılmasından sonra da tartışma konusu olmaya devam edecektir.

AB'nin AİHK'na katılımı konusunda olumsuz görüş bildirmiştir, bkz.: EuGH Gutachten 2/13; Carmen Thiele, *Der vorerst gescheiterte Beitritt der EU zur EMRK*, 22.Frankfurter Newsletter zum Recht der Europäischen Union

17 Walter Obwexer, *Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen*, **EuR** 2012, s.115,147

18 bkz.: Jörg Polakiewicz, *Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, **EuGRZ** 2013, s.472 vd.

19 Theodor Schilling, *Der Beitritt der EU zur EMRK – Verhandlungen und Modalitäten. Fast eine Polemik*, **HFR** 2011, s.83,94 vd.

20 Robert Uerpmann-Witzack, *Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK*, **EuR-Beiheft** 2/2012, s.167; Walter Obwexer, *Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen*, **EuR** 2012, s.132



KISALTMALAR:

- BVerfG** : Bundesverfassungsgericht
EGMR : Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ : Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR : Europarecht
EuZW : Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
HFR : Humboldt Forum Recht
ÖJZ : Österreichische Juristen Zeitung
ZaÖRV : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht



KAYNAKLAR

Christopf Schönberger Der Rahmenbeschluss-Unionssekundärrecht zwischen Völkerrecht und Gemeinschafts-recht, ZaöRV 67 (2207)

Dieter Kraus Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, bkz.: Rainer Grote/thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006, Kap.3, Rn.23

Jörg Polakiewicz Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 2013

Julie Vondung Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, Tübingen 2012

Matthias Kottmann Beihilferecht: Kürzung von Emissionsberechtigungen keine Beihilfe, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 10.10.2012 - 7 C-11.10, EuZW 2013

Robert Uerpmann-Witzack Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, EuR-Beiheft 2/2012

Stefanie Schmahl Pilot-Urteile des EGMR als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, EuGRZ 2008

Theodor Schilling Der Beitritt der EU zur EMRK – Verhandlungen und Modalitäten. Fast eine Polemik, HFR 2011

Walter Obwexer Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012

İFLASIN ERTELENMESİNİN KOŞULLARI VE YENİ BİR KOŞUL OLARAK OLAĞANÜSTÜ HAL

*(Conditions Of Postponing Bankruptcy And State Of Emergency
As A New Condition)*

Bahar AKBAŞ AYGÜN¹

ÖZ

İflasın ertelenmesi, borca batık haldeki sermaye şirketleri veya kooperatifler için tanınmış bir kendine özgü geçici hukuki çaredir. İflasın ertelenmesinin önemli bir koşulu olan borca batıklık hali, şirketin mevcudunun pasiflerini karşılayamamasıdır. Ticaret mahkemesince iflasın ertelenmesine re'sen karar verilememekte, borca batık olan bir sermaye şirketinin bu yönde bir talebinin bulunması gerekmektedir. İflasın ertelenmesi talebini inceleyen ticaret mahkemesi öncelikle borca batıklığı tespit etmelidir. Sermaye şirketi veya kooperatif hakkında iflasın ertelenmesine karar verebilmek için aynı zamanda sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşme ümidinin varlığı da gereklidir. Bununla birlikte iflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için yeni bir koşul olarak olağanüstü hal ilanının sona ermesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: İflas, iflasın ertelenmesi, borca batıklık, olağanüstü hal, sermaye şirketleri.

ABSTRACT

Postponing bankruptcy is a legal provisional remedy, which has been legitimatised for insolvency corporations or cooperatives. Insolvency being an importance condition of postponing bankruptcy is liabilities of company are more than assets. Postponing bankruptcy has been not ruled ex officio by commercial court. Instead, it must be applied to commercial court to determine postponing bankruptcy. Commercial court examining application of postponing bankruptcy must firstly determine insolvency. It is necessity that expectation of recovery of financial condition Of Corporation or cooperative to decide postponing bankruptcy about

1 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Adalet Uzman Yardımcısı, Çankaya Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD Yüksek Lisans Öğrencisi ♦ baharakbas19@hotmail.com

Corporation or cooperative. In addition to this, state of emergency must be ended to determine postponing bankruptcy.

Keywords: Bankruptcy, postponing bankruptcy, insolvency, state of emergency, corporations.

GİRİŞ

İflasın ertelenmesinin koşulları ve yeni bir koşul olarak olağanüstü hal başlıklı çalışmamız Türk Ticaret Kanunu 377'nci madde ve İcra ve İflas Kanunu 179'uncu madde çerçevesinde şekillenmiştir.

İcra ve İflas Kanununda 4949 sayılı Yasayla değişiklik yapılmadan önceki dönemde iflasın ertelenmesi kurumu esas olarak Türk Ticaret Kanununda düzenlenmişti. Ancak İcra ve İflas Kanununda 4949 sayılı Yasayla değişiklik yapılarak İflasın ertelenmesi kurumu Türk Ticaret Kanunundaki düzenlemeler de yürürlükte kalmak koşuluyla İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş ve daha açık ve uygulanabilir hale gelmiştir.

Türk Ticaret Kanunu 377'nci maddede ve İcra ve İflas Kanunu 179'uncu maddede düzenlenen iflasın ertelenmesi kurumu, borçlu sermaye şirketi veya kooperatif hakkında uygulanabilmesi için başka bir deyişle, borçlunun bu geçici hukuki korumadan faydalanabilmesi için bir takım koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda, iflasın ertelenmesinin koşulları üzerinde durulmuş; iflasın ertelenmesinin öncelikle şekli koşulları belirlenmiş ve devamında iflasın ertelenmesinin maddi koşulları ile olağanüstü hal kapsamında getirilen düzenleme değerlendirilmiştir.

I. İFLASIN ERTELENMESİNİN ŞEKLİ KOŞULLARI

A. Bir Sermaye Şirketi veya Kooperatifin Bulunması

Kanun, iflasın ertelenmesi imkânını iflasa tabi bütün şahıslar bakımından değil, tüzel kişi tacirlerden alacaklılarına karşı sadece şirket malvarlığı ile sınırlı bir sorumluluğun söz konusu olduğu sermaye şirketleri (anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit² ve kooperatifler) bakımından kabul edilmiştir³. Kanun iflasın ertelenmesi kurumundan faydalanacak olanları sınırlı sayı ilkesi ile saydığından bunların

2 İMREGÜN Oğuz, *Kolektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar*, Yasa Yayınları, İstanbul 1989, s.180; ERİŞ Gönen, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku Açıklamalar ve İçtihatlar*, Aydın Yayınları, Ankara 1991, s. 412.

3 MUŞUL Timuçin, *İflasın Ertenmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 34.

dışındaki (anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve kooperatifler) gerçek veya tüzel kişi tacirler iflasın ertelenmesi kurumundan faydalanamazlar.

Tüzel kişi tacirler, şahıs ve sermaye şirketleri olmak üzere iki kısma ayrılırlar. Kolektif ve komandit şirketler şahıs şirketleri olduğu halde anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve kooperatif şirketler sermaye şirketleridir⁴.

B. İflasın Ertelenmesi Talebi

Sermaye şirketleri veya kooperatifler hakkında, diğer koşullar da gerçekleştiği takdirde, iflasın ertelenmesi kararı verebilmek için, öncelikle bu yönde bir talebin bulunması gerekmektedir; mahkeme iflasın ertelenmesine re' sen karar verememektedir^{5,6}.

İflasın ertelenmesini talep yetkisi İcra ve İflas Kanunu 179. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu 377'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre anonim şirketlerin iflasının ertelenmesini talep yetkisi yönetim kurulu ve alacaklılara tanınmış iken, İcra ve İflas Kanunu 179. maddesinde talep konusunda ortak bir düzenleme yaparak, sermaye şirketleri

4 MUŞUL, s. 34.

5 ÜSTÜNDAĞ Saim, "Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler", *Günümüzde Yargı*, 1980/47, s.18. ("Düşünceler"); ATALAY Oğuz, *Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007, s.66 ("Borca Batıklık"); ATALAY Oğuz, "İflasın Ertelenmesi", *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2004, s. 54 ("Armağan"); PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZKAN Meral S./ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 s..326; TÜRK Ahmet, *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçlar*, Nobel Yayınları, Ankara, 1999, s 328; ÖZTEK Selçuk, *İflasın Ertelenmesi*, Arıkan Basım, İstanbul,36, ("Erteleme"); ÖZEKES Muhammet, "İflasın Ertelenmesi", *LEGAL Hukuk Dergisi*, Eylül 2005/ 33, s.3268; SAYHAN İsmet, " Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılığının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelenmesi", *BATİDER*, 2005, S. 11, C. XXIII, s 100; DELİDUMAN Seyithan, *İflasın Ertelenmesinin Etkileri*, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Kocaeli, 2008, s 32; ERMENEK İbrahim, *İflasın Ertelenmesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.154; KAYAR İsmail, *Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*, Mimoza Yayıncılık, Konya 1997, s.242; ÖÇAL Akar, " Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuki Sorunlar" *ATOD* 1975 / 6, s. 16; PEKCANITEZ Hakan, *Anonim Ortaklıkların İflası*, Ankara 1991, s.49 ("İflas"); FRANKO Nişim, "Sermaye Şirketlerinde - Özellikle anonim Şirketlerde-İflas ve Tehiri", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara 1990), s. 426; ÇAVDAR Seyit/BİÇKİN İnci, *İflas ve iflasın Ertelenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 81; KURU, Baki, "Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası", *Makaleler*, İstanbul 2006,s.826, ("Şirketlerin İflası")

6 Karşı görüş için Bkz. DOMANIÇ Hayri, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi, C. II, İstanbul 1988; Yazara göre, bir şirketin iflasının birçok kişilerin menfaatini alakadar etmiş olması dolayısıyla, iflas müessesesinde bir amme intizamı mahiyeti olduğun ve bu sebeple, hiçbir talep mevcut olmazsa dahi amme intizamını korumak için mahkeme re' sen iflasın ertelenmesine karar verebilmelidir.

ve kooperatiflerin iflasının ertelenmesini talep yetkisini şirket veya kooperatifi idare ve temsille yetkili kimseler ile alacaklılara tanımıştır.

Anonim şirket yönetim kurulu, iflasın ertelenmesi talebini en az oyçokluğu ile alacağı karara dayandırmak zorundadır⁷. Yönetim kurulu üyeleri şirketi tek imza yetkisi ile borç altına sokma ve / veya şirkete hak sağlamayı haiz olsalar dahi, iflasın ertelenmesini tek başına yapmaya yetkili değildir⁸.

Limited şirkette ise, iflasın ertelenmesini talep yetkisi müdür veya müdürler kurulundandır⁹. Kooperatiflerde kooperatif yönetim kurulu; sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ise anonim şirketlerde olduğu gibi yönetim kurulundandır¹⁰.

Bu noktada değinilmesi gereken diğer bir husus ise, ekonomik yönden bütünlük arz eden veya aynı gruba dahil birden çok şirketin, iflasın ertelenmesini birlikte talep edip edemeyeceğidir. Gerek doktrinde gerekse Yargıtay'da aynı gruba dahil şirketlerin birlikte iflasın ertelenmesinin talep edebileceği görüşü hakimdir. Bu görüşe göre, aynı gruba dahil birde fazla şirketin aynı dilekçe ile iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilmesi çelişkili kararlarla karşı karşıya kalınmaması ve şirketlerin ekonomik bütünlük arz etmeleri nedeniyle, borca batık hale gelmeleri genellikle aynı sebeplere dayanmaktadır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda "... Davacı anonim şirketler aynı guruba dahil şirketler olmaları nedeniyle aralarında organik bağ bulunduğunu ileri sürülerek birlikte dava açmışlar, mahkeme birlikte açılan dava ile iflasın ertelenmesine ilişkin talebin usule aykırı bulunmadığı gerekçesiyle davalar birlikte sonuçlandırılmıştır. Birden fazla kişi tarafından açılan ve birden fazla kişi hakkında açılan davada benzer olaylara ve hukuki sebeplere dayanılması halinde ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olup olmadığı yönünden açık bir düzenleme bulunmamaktadır. HUMK. nun 45/3 maddesinde davalılardan biri hakkında verilecek hükmün diğerlerini etkileyecek nitelikte olması halinde davaların birleştirilebileceği kabul edilmiştir. İhtiyari dava arkadaşlığı davaların birleştirilmesi yoluyla da mümkün olduğundan..., birbiri ile ilgisi olan davaların benzer sebep kavramı içerisinde değerlendirilerek bağlantı varlığı kabul edilmeli ve bu davalar birlikte görülebilmelidir. Zira bu durumun yargılamayı çabuklaştıracağından, yargılama giderlerini azaltacağından ve çelişkili kararların önüne geçileceğinden

7 ATALAY, *Armağan*, s.54; ATALAY, *Borca Batıklık*, s.84.

8 ÜSTÜNDAĞ, *Düşünceler*, s. 18; ATALAY, *Armağan*, s. 55; PEKCANITEZ, *İflas*, s. 50.

9 ATALAY, *Armağan*, s. 55; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 84.

10 ATALAY, *Armağan*, s.55; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 84.



usul ekonomisine de uygun düşmektedir. İflasın ertelenmesi talebinde bulunan birden fazla sermaye şirketinin ayrı ayrı değerlendireceğinden ve erteleme koşullarının talepte bulunan her şirketin kendi mali yapısı içinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği aranacağından talep HUMK. nun 43. maddesine uygundur.¹¹ Demek suretiyle, aynı taleple birden fazla şirketin iflasının ertelenmesini talep edebileceğine karar vermiştir. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken nokta, aynı gruba dahil birden fazla şirketin aynı dilekçeyle talepte bulunulmasında şirketin merkezinde bulunan ve kesin yetkili mahkemenin yetkisi göz önünde bulundurulmalıdır¹². Keza buradaki mahkeme kesin yetkili mahkeme olduğunda yetkisi kamu düzenindedir (İİK. m.158, HMK. m. 7/2, HUMK. m. 9/2)¹³. Öte yandan aynı gruba mensup birden fazla şirketin aynı dilekçeyle yaptığı iflasın ertelenmesi talebi reddedilirse veya kabul edilir ancak erteleme başarısız olursa, talep sahibi şirketlerin borca batıklık nedeniyle iflasına karar vermek lazım gelecektir¹⁴. Bu durumda aynı kararda birden fazla şirketin iflas kararının önüne geçilebilmesi için iflas taleplerinin ayrılmasına karar verilmelidir¹⁵

İflasın ertelenmesini talep etmekle ilgili olarak üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, iflasın ertelenmesini şirket veya kooperatifi idare ve temsille yetkili olanların şartların mevcudiyeti halinde talep etmelerinin zorunluluk olup olmadığıdır. Her şeyden önce İcra ve İflas Kanunu madde 179 da “iflasın ertelenmesini isteyebilir” düzenlemesi mevcuttur. Dolayısıyla burada bir yükümlülüğün değil bir haktan bahsetmek gerekir. Ayrıca iflasın ertelenmesini talep yetkisi alacaklıya da tanınmış bir hak olduğundan, iflasın ertelenmesini talep etmeyen şirket yönetim kuruluna herhangi bir sorumluluk izafe edilmemelidir¹⁶.

İflasın ertelenmesi talebi, sermaye şirketi veya kooperatifi temsil ve yetkili olanlar tarafından borca batıklık bildiriyle birlikte yapılabileceği gibi, iflas kararının verilmesine kadar yapılabilir¹⁷. Aynı şekilde

11 Y. 19. HD. 07.04.2005 T. 2005/448 E. 2005/3753 K sayılı kararı (ÖZTEK, *Erteleme*, s.34).

12 ÖZTEK, *Erteleme*, s.35.

13 ÖZTEK, *Erteleme*, s.35.

14 ÖZTEK, *Erteleme*, s.35

15 ÖZTEK, *Erteleme*, s.35;

16 PEKCANİTEZ, *İflas*, s. 41; BALCI Şakir, “İflasın Ertelenmesi (Özellikle Usul Açısından Değerlendirmeler)” **Manisa Barosu Dergisi**, Temmuz 2005, S. 94, s.245; ATALAY, *Armağan*, s.55; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 85; TORAMAN Barış, **İcra ve İflas Kanunu’na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin İflasın Ertelenmesi Talebi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.54.

17 OSKAY Mustafa/DEYNEKLİ Adnan /KOÇAK Coşkun/ DOĞAN Ayhan, **İİK Şerhi, C.IV**, Vedat Kitapçılık, Ankara 2007, s. 4616; ÜSTÜNDAĞ, *Düşünceler*, s. 19; PEKCANİTEZ Hakan, “İflasın Ertelenmesi” **İBD**. 2005, C. 79, S. 2, s. 336; (“İflasın Ertelenmesi”).

alacaklılarda iflasın açılmasına karar verilmeye kadar iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilirler.

C. Borca Batıklık Bildirimi

İflasın ertelenebilmesi için, mali durumunun iyileşmesi ümidi olan, borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatifin bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, sermaye şirketlerinde veya kooperatiflerde, idare ve temsille yetkili kişiler veya bir alacaklı tarafından ticaret mahkemesine borca batıklığın bildirilmiş olması ve iflasın istenmiş¹⁸ olması lazımdır¹⁹. Zira iflasın ertelenmesi, sermaye şirketi veya kooperatifin borca batık hale gelmesi üzerine, zorunlu olarak iflas kararı verileceğini ön gören hükmün istisnasını oluşturan bir düzenlemedir²⁰. Kanun, Türk Ticaret Kanunu madde 377 ve İcra ve İflas Kanunu madde 179 da sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin sadece borçlarının aktiflerinden fazla olması (borca batıklık) maddi iflas sebebine dayanan takipsiz (doğrudan) iflas hali için ve belirli şartlarla iflasın ertelenmesi imkânı tanıdığından, diğer takipli veya takipsiz iflas hallerinde iflasın ertelenmesine karar verilemez²¹. Böylelikle kanun koyucu, sermaye şirketlerine veya kooperatiflere, borca batıklık sonucu iflas ve infisah etmekten kurtulabilme imkânı tanımıştır²².

Doktrinde takipli iflas veya takipsiz iflas hallerinden biriyle iflas davası devam ederken gerek bu davada gerekse bu davadan ayrı olarak iflasın ertelenmesinin talep edileceği veyahut borca batıklık bildirim ile iflasın ertelenmesi talep edilmişken, alacaklıların başka bir nedenle iflas davası açarsa açılan bu davanın incelenmesi ne şekilde olacağı hususunda değişik görüşler mevcuttur. Bir görüşe²³ göre alacaklı tarafından açılan iflas davasında iflasın ertelenmesini talep etmek mümkün değildir. Dayanak noktası olarak ise iflasın ertelenmesinin sadece borca batıklık haline ön görülmüş bir imkân olmasını göstermektedir²⁴.

18 İflas talep edilmemiş olsa dahi borca batıklığı tespit eden mahkeme iflasın açılmasına karar verecektir. FRANKO, s. 412; Kuru, *Şirketlerin İflası*, s. 629; ÜSTÜNDAĞ Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 2004, ("İcra"), s. 42; DOMANIÇ, s. 545; İMREGÜN, s.161.

19 FRANKO, s. 412; ÜSTÜNDAĞ, *Düşünceler*, s. 18.

20 ATALAY, *Armağan*, s. 52.

21 MUŞUL, s. 35.

22 ATALAY, *Armağan*, s. 52.

23 ERMENEK, s. 161.

24 ERMENEK, s. 161.



Diğer görüş²⁵e göre ise, şirket yetkililerinin borca batıklık bildiriminde bulunmak koşuluyla, takipli veya takipsiz her türlü iflas yargılamasında dava devam ederken alacaklılardan biri veya şirketi idare ve temsille yetkili olanların mahkemeden iflasın ertelenmesini talep edebilirler. Zira alacaklıların iflasın ertelenmesi talebi üzerine, bu talebin incelenmesinde menfaatleri tehlikeye düşmemektedir. Kanaatimizce de bu görüş daha isabetlidir. Keza iflas kararında iflası talep eden veya birkaç alacaklı menfaati dikkate alınır iken; iflasın ertelenmesinde tüm alacaklıların menfaati yanı sıra kamunun menfaati de ön plandadır.

Diğer bir nokta ise borca batıklık bildirimini üzerine bir iflas yargılaması devam ederken alacaklılardan birinin veya birkaçının başka bir nedenle (takipli veya takipsiz) iflas davası açmasıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüş²⁶e göre, borca batıklık bildirimine dayalı bir iflas yargılaması ve bu yargılama içerisinde talep edilen iflasın ertelenmesi, borçlu sermaye şirketi veya kooperatif hakkında alacaklıların açacakları iflas davasına engel değildir. Ancak sonradan açılan iflas davasına bakan mahkemenin, iflasın ertelenmesi talebinin incelenmesi neticesine kadar bu davayı bekletici mesele yapması gerekir²⁷. Ayrıca açılan ikinci davanın hukuki yarar ve usul ekonomisi açısından değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, ikinci davanın açılmasında zaman aşımı ve hak düşürücü süreler açısından hukuki yararın bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak hem hukuki yarar hem de usul ekonomisi²⁸ açısından ikinci davaya devam etmekte fayda yoktur. Çünkü her iki iflas yargılaması farklı nedenlere dayanıyor olsa da yargılamanın sonunda iflasın açılmasına karar verilmişse; temeldeki iflas yargılamasından bağımsız olarak tasfiye neticesinde bütün alacaklılar eşit olarak yararlanacaktır²⁹. Kanaatimizce de hâkim ikinci açılan iflas davasında çelişik hükümlere meydan vermemek ve usul ekonomisi açısından ilk davanın iflasın ertelenmesi talebinin neticesini bekletici mesele yapmalıdır.

D. Bilânçonun Mahkemeye Verilmesi

Yukarıdaki başlıkta³⁰ izah ettiğimiz üzere iflasın ertelenmesi talebi için sermaye şirketi veya kooperatifin borca batıklığının tespiti önem

25 ATALAY, *Armağan*, s. 53; ATALAY, *Borca Batıklık*, s.87; FRANKO, s.426-427; PEKCANITEZ, *İflasın Ertelenmesi*, s. 340; PEKCANITEZ, *İflas*, s. 51; ÜSTÜNDAĞ, *Düşünceler*, s. 18.

26 ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 92.

27 ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 92.

28 HMK. m. 30: Hâkim, yargılamanın makul süre içerisinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini, gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

29 ERMENEK, s.163.

30 Bkz.Yuk. (Başlık, C.Borca Batıklık Bildirimi).

arz etmektedir. İşte borca batıklığın tespiti için şirketin tüm aktiflerinin rayiç değeri ile pasiflerin belirlenmesi gerekir³¹. İflasın ertelenmesi talebi üzerine anonim şirket, mali durumunun düzelme ihtimalini gösteren belgelerle birlikte anonim şirket bilançosunu da mahkemeye ibraz etmelidir³². Aslında anonim şirket yönetim kurulu, borca batıklık bildirimini ile iflas talep etmesi sırasında, şirketin aktiflerinin satış değeri üzerinden hazırlayacağı ara bilanço (borca batıklık bilançosu) mahkemeye verecektir³³.

Sermaye şirketi veya kooperatifin “borca batıklık”, diğer bir deyişle “borçlarının aktifinden fazla” (İİK. m. 179/II) olduğu ya da Türk Ticaret Kanununun 376’ncı maddesinin üçüncü fıkrasındaki ifadesiyle “şirketin aktifleri(nin), şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği” şirket aktiflerinin piyasadaki cari satış fiyatları esas alınmak suretiyle malvarlığını tespit amacıyla hazırlanan bu sebeple de aktif ve borçlarıyla şirketin gerçek malvarlığı durumunu gösteren ara bilançodan (borca batıklık bilançosundan) anlaşılır³⁴. Borca batıklık bilançosu şirketin mali durumunun hazırlandığı andaki malvarlığı değerlerinin gerçek durumunu göstermesi gerekir. Dolayısıyla aktif ve pasiflerin bilanço tarihidaki cari fiyatları üzerinden yapılmalıdır.

Mahkeme, sunulması gereken borca batıklık bilançosu ile sermaye şirketi veya kooperatifin borca batıklık durumu ve daha sonra sunulacak olan iyileştirme projesi ile de mali durumun ıslahının mümkün olup olmayacağını takdir edecektir³⁵. Bu değerlendirmeyi yaparken mahkeme

31 “Borçlu şirketin iflasın ertelenmesi talebinde bulunduğuna göre öncelikle borca batık halinin mevcut olup olmadığı saptanmalıdır. Bu durumda düzenlenecek borca batıklık bilançosunun anonim şirketin gerçek malvarlığı değerini yansıtmaması gerekir. Borca batık halinin tespiti için tüm aktiflerin paraya çevirme değerleri yani piyasadaki satış sırasında gerçekleşebilecek fiyattan bilançoya geçirilmelidir. Aktif bu şekilde saptandıktan sonra borca batıklık durumu saptanmalı, şirket borca batıklık değilse talep reddedilmelidir... Y. 19. HD. 10.03.2005 T. 2004/9014 E. 2005/2429 K (ÖZTEK, Erteleme, s.43.)

32 PEKCANITEZ, *İflas*, s.53; ÜSTÜNDAĞ, *Düşünceler*, s. 20.

33 ATALAY, *Armağan*, s. 57; ÖZBEK Mustafa, “Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin İflâsının Ertelenmesiyle Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Y. 2008/1, S. 9, s. 23; KURU Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul 2013, s. 1171 (“*El Kitabı*”).

34 MUŞUL, s. 37.

35 ÇAVDAR/ BİÇKİN, s. 90; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 92; GÜNEL Y.Mete: **İflâs Davaları ve İflâsın Ertelenmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.187; GÖREN Ömer, “İflâsın Ertelenmesi Kurumunda Kavramların Amaca Uygun Yorumlanmasına Dair Bir Öneri”, *ABD*, K15 2007/1, s. 196; OSKAY/DEYNEKLİ/KOÇAK/DOĞAN, s. 4617; PEKCANITEZ, *İflas*, s. 53; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 427; ÖZEKES, s.3269; ÖZTEK, *Erteleme*, s.42; SAYHAN, s.100; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 309; TÜRK Ahmet, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler”, *DEÜHFD*, C. VI, 2004/1, (“*Değerlendirmeler*”), s. 302; ÜSTÜNDAĞ, *Düşünceler*, s. 20.

bilirkişiden yararlanacaktır³⁶. Bu bağlamda borca batıklık bilânçosunun mahkemeye sunulması bir zorunluluk arz etmektedir. Zira mahkeme her şeyden önce borca batıklığı tespit edebilmek için bu bilânçodan faydalanacaktır.

Borca batıklık bilânçosunun asıl ve birincil fonksiyonu borca batıklığın tespitine yönelik olmasıdır. Ancak özellikle iflasın ertelenmesinin de talep edildiği hallerde, borca batıklık bilânçosunda yer alan belgeler sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun düzelme ihtimalinin varlığı bakımından da önemlidir³⁷. Bu önem arz eden özellikleri nedeniyle, iflasın ertelenmesinde borca batıklık bilânçosunun doğruluğu konusunda şüphe hâsıl olduğunda mahkeme yeniden bir bilânçonun hazırlanmasını istemelidir.

E. İyileştirme Projesinin Sunulması

İflasın ertelenmesi talebini inceleyecek olan mahkemenin, sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşme ümidinin olup olmadığı konusunda bir kanaate varabilmesi için uygulanacak iyileştirme tedbirlerinin neler olduğunu ve bu tedbirlerin ne şekilde mali durumun düzeltilmesini sağlayacağına ilişkin bilgileri içeren bir iyileştirme projesi ile bu projenin ciddi ve inandırıcı olduğunu ispata yarayan bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulması zorunludur³⁸. İyileştirme projesinin hizmet ettiği birincil amaç iflasın ertelenmesidir.

İyileştirme projesi, sermaye şirketi veya kooperatifin içinde bulunduğu borca batıklık halini hangi yöntemlere başvurarak aşmayı düşündüğünü açıklayan bir ön görüden ibarettir³⁹. Mahkemenin borca batık haldeki bir sermaye şirketi veya kooperatifin talep halinde

36 *Borca batıklık durumunun varlığı ve mali durumun iyileştirilmesinin mümkün olup olmadığı özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu konularda uzman bilirkişi görüşü alınmalıdır. Bilirkişinin oy ve görüşü hâkimi bağlamaz ise de bu tür davalarda hâkimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi usule aykırıdır. Açıklanan hususlar dikkate alınmadan yerel mahkemece iflasa karar verilmesi hatalıdır.*(Y. 19. HD. 09. 10. 2008 T. 2008/1591 E. 2008/ 9654 K, www.rahmiofluoglu.wordpress.com erişim tarihi; 01.02.2017).

37 *ERMENEK, s. 187; "Aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesi, faaliyetine devam edecek bir işletme esas alınarak değerlendirme yapılması demektir. Böyle bir değerlendirme işletmenin borca batık olma durumuna rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını ortaya koyar. Mesela, bir şirketin kuruluşuna ilk yıllarında yaptığı yatırım dolayısıyla borca batık olmasına karşılık ileriki yıllarda kâr edilebileceği olasılığının yüksek olması dolayısıyla uzman bir işletmeci tarafından farklı değerlendirilebilir. Bu tür bir değerlendirme yatırımların sonuçlarını da hesaba katar".* (TTK m. 376'nın gerekçesi).

38 *ATALAY, Armağan, s. 57.*

39 *ATALAY, Armağan, s. 57; ÇAVDAR/ BİÇKİN, s. 90; ERMENEK; s. 188; PEKCANITEZ/ ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 428.*

iflasının ertelenmesine karar verebilmesi için sunulan iyileştirme projesini ciddi ve inandırıcı bulması lazımdır (İİK. m. 179a/son). Başka bir ifade ile sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun düzelme ümidinin ve ihtimalinin iyileştirme projesine göre mümkün, iyileştirme projesinin ise gerçekleşme ihtimalinin ciddi ve inandırıcı olması gerekir⁴⁰.

İflasın ertelenmesi talebinin borçlunun (sermaye şirketi veya kooperatifin) yanı sıra alacaklılarında talep hakkı olduğu İcra ve İflas Kanunu madde 179 da düzenlenmiştir. Bu noktada üzerinde durulması gereken alacaklı tarafından talep edilen iflasın ertelenmesi halinde iyileştirme projesinin nasıl hazırlanacağıdır. Bu durumda mahkemenin borçluya (şirket veya kooperatife) iyileştirme projesini hazırlayıp mahkemeye sunması için makul bir süre vermesi gerekir⁴¹.

İflasın ertelenmesinin alacaklı tarafından talep edildiği durumlarda, sermaye şirketi veya kooperatifin yönetimi, bu talebin reddi yönünde açıkça görüş bildirir ve/veya proje hazırlamaktan kaçınır ise iflasın ertelenmesine karar vermemek gerekir⁴². Zira şirket (veya kooperatif) yönetimin katılmadığı bir iyileştirme prosedüründen söz etmek hayalcilik olur; şirkete rağmen iyileştirme mümkün değildir⁴³.

F. Masrafların Ödenmesi

Bildirilen borca batıklığın mahkemece tespiti hâlinde sermaye şirketi veya kooperatif hakkında şartların varlığı hâlinde iflasın ertelenmesi kararı verileceğinden ve İcra ve İflas Kanununun 181'inci maddesi 160'uncü maddeye atıf yaptığından, iflas masrafları ile iflasın ertelenmesi talebi masrafları mahkeme veznesine peşin olarak yatırılmalıdır⁴⁴.

40 "Davacı vekili, müvekkili şirketin geniş ve modern makine parkına sahip olduğunu, ülke ekonomisindeki genel durgunluk, faiz gibi ve tahsil edilemeyen alacaklar nedeniyle şirketin mali durumunun bozulduğunu, işletme sermayesinin azalması nedeniyle kredi ve finans kurumlarından kredi kullanan şirketin borçlarını ödeyemez hale geldiğini, borca batık durumdaki şirketin aktif pasif dengesinin mevcut kapasitesi ile sağlayacak durumda olduğunu, ileri sürerek iflasın 1 yıl süreyle ertelenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Sermaye artırım konusunda somut bilgi ve belge sunulmadan sadece taahhütte bulunulması iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcılığı için yeterli değildir." (Y. 19. HD. 23.10.2008 T. 2008/ 6818 E. 2008/9883 K; www.rahmiofluoglu.wordpress.com erişim tarihi; 01.02.2017.)

41 ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 94; ATALAY, *Armağan*, s. 58; ÖZTEK, *Erteleme*, s. 51; SAYHAN, s. 101.

42 ATALAY, *Armağan*, s. 58; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 94.

43 ATALAY, *Armağan*, s. 58; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 94.

44 ATALAY, *Armağan*, s. 58; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 95; FRANKO, s. 427; MUŞUL, s. 112; ÖZTEK, *Erteleme*, s. 50; PEKCANITEZ, *İflasın Ertelenmesi*, s. 334; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 428.



Ertelemenin gerektireceği masraflar; iflasın ertelenmesi talebinin ilanına ilişkin masraf, verilecek erteleme kararının ilanı (İİK. m. 179a/ son) ile gerekli yerlere bildirilmesi masrafı (İİK. m. 179a/IV), erteleme kararı veren mahkemenin şirket malvarlığını korumak için alacağı tedbirlerin uygulanmasının gerektirdiği masraflar (İİK. m. 179a/II) ve mahkemece görevlendirilen kayyımın (İİK. m. 179a/I) takdir edilecek ücretine ilişkin avanstır⁴⁵.

İflasın ertelenmesini talep eden sermaye şirketi veya kooperatif ya da alacaklı, bu kararın ilanı, gerekli yerlere bildirim, atanacak kayyım için belirlenecek ücretin bir kısmı ve alınacak erteleme tedbirlerinin uygulanabilmesi için gereken masrafları mahkeme veznesine peşin olarak yatırmadıkça, iflasın ertelenmesinin karar verilemez. Bu durumda, talepte bulunana kesin bir süre verilmeli ve bu süre içinde masraflar yatırılmadığı takdirde mahkeme iflasın ertelenmesi talebini reddederek iflas kararı vermelidir⁴⁶. Zira iflasın ertelenmesi masraflarını dahi ödeyemeyen sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun ıslahını düşünmek yersiz olacaktır⁴⁷.

G. Fevkalade Mühletten Yararlanmamış Olma

Talep hâlinde borca batık sermaye şirketi veya kooperatif hakkında iflasın ertelenmesi kararı verebilmek için aranan şartlardan bir diğeri de, İcra ve İflas Kanunu madde 329a da belirtildiği gibi fevkalade mühletten yararlanılmamış olmaktır. İcra ve İflas Kanunu madde 329a/I, “bir sermaye şirketi veya kooperatif fevkalade mühlet elde ettiği takdirde, mühlet bitiminden itibaren bir yıllık süre içinde 179 ve davamu maddeleri uyarınca iflasın ertelenmesinden yararlanamaz.” şeklindedir.

Doktrinde maddenin bu şekilde düzenlenmesi eleştirilmektedir. *Atalay’ a* göre, “bu düzenleme, iflasın ertelenmesi kurumunun amacıyla bağdaşmayan bir düzenleme olmuştur. Zira fevkalade mühlet, Bakanlar Kurulu kararına göre, kapsama giren tüm borçlulara sağlanan bir imkândır ve bu imkândan faydalanmak isteyen bir şirketin borca batık halde olup olmadığı ile ilgili bir husus değildir. Fevkalade mühlet talep edilebilmesinin koşulu, Bakanlar Kurulunca belirlenen bölgelerde, İİK m. 317 de gösterilen haller sebebiyle kusuru olmaksızın taahhütlerin

45 MUŞUL, s. 112.

46 ATALAY, *Armağan*, s. 59; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 95.

47 *İki kez verilen mehile rağmen keşif avansını yatırmayan, şirket defterlerini kayyuma vermekten kaçınan, kayyumların ücretini ödemeyen şirketin iflas erteleme talebinde samimi olduğu kabul edilemez.* (Y. 19. HD. 26.02. 2009 T. 2008/ 11116 E. 2009/ 1511 K; www.rahmiofluoglu.wordpress.com erişim tarihi; 01.02.2017).

ifa edilememesi ve mühlet sonunda borçların tamamının ödenebileceği ümidinin varlığıdır.”⁴⁸

Kanaatimizce, fevkalade mühletten yararlanmanın şartları ve zamanı ile iflasın ertelenmesinin şartları ve zamanı bir birinden farklılık arz etmekte ve dolayısıyla bu iki kurum bir birinden ayrılmaktadır. Bu iki kurumdan birinden faydalanılmış olmasının diğerinden faydalanmaya geçici bir süre de olsa engel olması mümkün olmamalıdır. Zira fevkalade mühletten yararlanmış bir sermaye şirketi veya kooperatifin, mühlet bitiminden bir yıl içinde borca batık hale gelmesi ve iyileşme ümidinin bulunması hâlinde bu engel olunmasında alacaklının menfaatini⁴⁹ ihlal eden bir durum söz konusu değildir.

II. İFLASIN ERTELENMESİNİN MADDİ ŞARTLARI

A. Borca Batıklık

İflasın ertelenmesine karar verebilmek için daha önceden⁵⁰ belirttiğimiz gibi, sermaye şirketi veya kooperatifin borca batık olması gerekir. Borca batıklık hali sermaye şirketi veya kooperatif için ön görülmüş bir doğrudan iflas nedenidir. Bu nedenle borca batıklık bildirimini üzerine mahkemenin bu durumu doğrudan ve öncelikle tespit etmesi gerekmektedir. Borca batıklık bildirimini ile iflasın ertelenmesi talep edilmiş ise ve mahkemece yapılan inceleme sonucu, sermaye şirketi veya kooperatifin aktiflerinin borçlarını karşılamaya yetecek düzeyde olduğu tespit edilirse, bu durumda iflasın ertelenmesi kararı değil, iflas talebinin reddine karar verilmesi gerekir⁵¹. İflasın ertelenmesi münhasıran borca batık durumdaki sermaye şirketi veya kooperatif için tanınmış bir imkândır.

Borca batıklık, iflasa tabi tüm borçlular için değil sadece sermaye şirketleri için özel bir iflas nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu durum, şirketlerin alacaklılarına karşı sorumluluğunun malvarlığı ile sınırlı

48 ATALAY, *Armağan*, s. 59.

49 4949 sayılı kanununun 88. maddesinin gerekçesinde, alacaklı ve borçlu arasındaki hak ve menfaat dengesinin bozulmaması belirtilmiştir.

50 Bkz. Yuk. (Başlık, C.Borca Batıklık Bildirimi).

51 “İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık olması, borca batık durumdaki şirketin ıslahının mümkün olması gerekir. Erteleme talebinde bulunan şirketin mali durumunu iyileştirmesi mümkün değil ise iflasa karar verilir. Erteleme talebinde bulunan şirketin malvarlığı borçlarını karşılamaya yetiyorsa, bu durumda borca batık olmadığına tespitine ve erteleme talebinin reddine karar verilmekle yetinmek gerekirken iflasa karar verilmesi hatalıdır.” (Y. 19 HD. 20.03.2008 2008/9249 E. 20082683 K www.rahmiofluoglu.wordpress.com erişim tarihi; 01.02.2017); Y. 11. HD. 05.03.1986 1986/ 838 E. 1986/ 1173 K. (ERİŞ, s. 942.).

olmasından kaynaklanmaktadır⁵². Kanun koyucu borca batıklığa asıl ve birincil sonuç olarak iflası; sermaye şirketleri ve kooperatifler için istisnai olarak ise iflasın ertelenmesini bağlamakla birlikte borca batıklığın tanımını yapmamıştır. Ancak gerek Türk Ticaret Kanununda gerek İcra ve İflas Kanununda gerekse de Kooperatifler Kanununda değişik şekilde kaleme almıştır. Bunlar, “ sermaye şirketleri veya kooperatiflerin borçlarının aktiflerinden fazla olması” (İİK.m . 179), “şirket aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılama yetmemesi” (TTK. m. 376/ III), ve “kooperatif varlığının yarısının karşılıksız kalması” (Koop. K. m. 63/ II) şeklindedir. Doktrinde borca batıklığın değişik tanımları yapılmıştır⁵³. Hakim tanım; şirketin pasiflerinin (borçlarının), aktiflerinden (alacak ve mevcudundan) fazla olması şeklindedir⁵⁴. Borca batıklığı belirlediğimiz şu noktadan sonra benzer kurumlarla karşılaştırmasına geçelim.

1. Borca Batıklığın Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

a. Borca Batıklık ve Ödemededen Aciz Hali

Borca batıklık hâli ile en çok karıştırılan kurumların başında ödemededen aciz hâli gelmektedir. Ancak bu iki kavram bir birinden farklı kurumları ifade etmektedir. Ödemededen aciz hâli; borçlunun ödeme araçlarındaki geçici olmayan yoksunluk nedeniyle muaccel borçlarını ödeme konusundaki iktidarsızlığıdır⁵⁵. Aciz hâlinin en başta gelen nedeni likidite yetersizliği sebebiyle, süreklilik gösteren ve muaccel borçların önemli bir bölümünün ifa edilememesidir⁵⁶. Ödemededen aciz halinde süreklilik gösteren bir likidite sorunu vardır. Bu noktada ödemededen aciz hâlinde mevcut likidite ile muaccel borçlar arasındaki ilişki ön plandadır⁵⁷. Bu ilişkide kısa vadede paraya çevrilemeyecek olan duran varlıklarla henüz vadesi gelmemiş

52 POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 325; KAYAR, s. 25; DELİDUMAN, s. 49.

53 Değişik tanımlar, “malvarlığındaki aktif değerler toplamının pasifleri karşılayamaması” (UMAR Bilge, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973, (“Teori”); “malvarlığını aşan ölçüde borç altına girmek” (TÜRK- *Sermaye Kaybı*, s. 33).

54 KURU, *El Kitabı*, s.1171; KURU, *Şirketlerin İflası*, s.625; OSKAY/DEYNEKLİ/ KOÇAK / DOĞAN, s.4614; PEKCANİTEZ, *İflas*, s. 31; KAYAR, s. 126; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 20; MUŞUL, s. 34.

55 ATALAY Oğuz, *Anonim Şirketlerin İflası*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1996, (“Anonim Şirketler”), s. 21; ERMENEK; s. 206; KURU, *El Kitabı*, s. 990; GÜNEL, s. 186; PEKCANİTEZ, *İflasın Ertelemesi*, s. 328; PEKCANİTEZ, *İflas*, s. 26; ÖZEKES, s. 3261; SAYHAN, s. 81; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 336; UMAR, *Teori*, s. 28; UMAR Bilge, “Aciz Hali - Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık”, *YÜHFD*, C. I, 2004/1, (“Aciz Hali”), s. 320.

56 DELİDUMAN, s. 51.

57 ERMENEK; s. 206; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 37.

borçlar önem arz etmez; borca batıklıkta ise sermaye şirketi veya kooperatifin toplam malvarlığı ile toplam borçları karşılaştırılır⁵⁸.

İcra ve İflas Kanunu aciz halini de bir doğrudan doğruya iflas nedeni olarak düzenlemiştir (İİK. m. 178). Ancak borca batıklık halindeki gibi mecburi bir iflas nedeni değildir. Borca batıklık hâli sermaye şirketleri ve kooperatiflere tanınmış bir doğrudan iflas nedeni iken aciz hâli iflasa tabi tüm borçlulara tanınmış bir iflas nedenidir. Bununla birlikte, kanun koyucu aciz haline iflasın ertelenmesinden faydalanma imkânı tanımamıştır.

b. Borca Batıklık ve Ödemelerin Tatili

Ödemelerin tatili, borçlunun vadesi gelmiş ve çekişmesiz borçlarını geçici bir duruma dayanmaksızın ödeyememesini, ödemelerini sürekli olarak durdurmasıdır⁵⁹. Ödemelerin tatil edilmiş olması ve bunun borçlunun iş çevresinde açıkça anlaşılır ve bilinir olması, borçlunun aciz halinin açık bir göstergesidir. Ancak aciz hâlinin tek göstergesi, ödemelerin tatil edilmiş olması değildir⁶⁰. Bununla birlikte, ödemelerin tatili ile aciz hali üçüncü kişilerce daha rahat bir şekilde görüldüğünden, ödemelerin tatili aciz hâlinin somutlaşmış halidir⁶¹. Borca batıklık ise borçlunun aktiflerinin pasiflerini karşılayamamasıdır. Yani salt ödeme güçlüğü ile alakalı değildir. Nitekim kredi bulabilen bir şirket ödeme güçlüğüne düşmeyebilir ama borca batık hâlde olabilir. Ayrıca bazen ödemelerin tatili ödeme steksizliğinin sonucu bile olabilir⁶².

Borca batıklık hâlinde sermaye şirketi veya kooperatifi idare ve temsille yetkili olanlar durumu mahkemeye bildirmek zorundadır. Oysaki ödemelerin tatili hâlinde böyle bir mecburiyeti yoktur. Ancak ödemelerin tatili aynı zamanda aciz hâlini de gösteriyorsa iflas istenebilir fakat bildirimde bulunulmaması herhangi bir yaptırımı gerektirmez. Aksine borca batıklık halinde bildirimde bulunulmaması İcra ve İflas Kanunu madde 345 ve 345/a gereği yaptırımı bağlanmıştır⁶³. Ayrıca ödemelerin tatili iflasın ertelenmesi imkânından faydalanma hakkı tanımaz.

58 ERMENEK; s. 206; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 37.

59 ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 24; ATALAY, *Anonim Şirketler*, s. 24; ÜSTÜNDAĞ Saim, **İflâs Hukuku Esasları**, İstanbul 2002, (“İflâs”), s. 41; KAYAR, s. 119; KURU, *El Kitabı*, s. 984; KURU, *İcra*, C III, s.2765; MUŞUL, s. 49; PEKCANITEZ, *İflas*, s. 24; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 97; UMAR, *Teori*, s. 19; UMAR, *Aciz Hali*, s. 322

60 ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 22; ERMENEK; s. 209; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 38; UMAR, *Teori*, s. 19; UMAR, *Aciz Hali*, s. 322.

61 ATALAY, *Borca Batıklık*, s.22; ERMENEK; s. 209; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s.38; UMAR, *Teori*, s. 19; UMAR, *Aciz Hali*, s. 322.

62 ERMENEK; s. 209; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 38.

63 ERMENEK; s. 210.

c. Borca Batıklık ve Sermaye Kaybı

Borca batıklık hali ile sermaye kaybı da farklı kavramlardır. Türk Ticaret Kanunu madde 376/I; “Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar.” şeklindedir. Devamı fıkralar ise; son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer (TTK. m.376/II) Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister (TTK m.376/III) şeklindedir. O halde sermaye kaybı, şirketin esas sermayesinin en az yarısının karşılıksız kalmasıdır. Bunun tespiti ise yıllık bilânço veya ara bilânçoyla mümkündür⁶⁴. Borca batıklığın tespiti ise, sermaye şirketi veya kooperatifin aktiflerinin satış fiyatı üzerinden düzenlenecek bir ara bilânço ile yapılır. Ayrıca diğer hallerde olduğu gibi sermaye kaybının da mahkemeye bildirme zorunluluğu yokken borca batıklığın mahkemeye bildirme zorunluluğu vardır.

Kanun koyucu sermaye kaybı olan bütün hallere değil sadece borca batıklık haline iflas sonucunu bağlamıştır⁶⁵. Sermaye kaybını diğer bir görünüm biçimi olan şirket esas sermayesinin yarı mevcudunun karşılıksız kalması halinde ise yönetim kurulu derhal toplanarak durumu genel kurula bildirme yükümlülüğü altına almıştır⁶⁶.

B. İyileştirmenin Mümkün Olması

İcra ve İflas Kanunu madde 179/I’ de “mali durumun iyileşme ümidinin varlığı” ifadelerinden anlaşılacağı üzere sermaye şirket veya kooperatifin iflasının ertelenmesine karar verebilmek için mali durumun iyileşme ümidinin var olması gerekir⁶⁷. Ancak kanunu koyucu atf yaptığı bu mali

64 ERMENEK, s.210; MUŞUL, s. 46; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 39.

65 ERMENEK, s.211.

66 ERMENEK, s.211.

67 ATALAY, *Armağan*, s.60; ATALAY, *Borca Batıklık*, s.98; FRANKO, s.423; ERMENEK, s. 211; KURU, *El Kitabı*, s.998; OSKAY/DEYNEKLİ KOÇAK /DOĞAN, s. 4619; ÖÇAL, s. 291;

durumun iyileştirme kavramının gerek Türk Ticaret Kanununda gerek İcra ve İflas Kanununda gerekse de Kooperatifler Kanununda herhangi bir tanımını yapmamıştır. Mali durumun iyileşme ümidi, iflasın ertelenmesinin bir şartı olarak İcra ve İflas, Kooperatifler Kanunlarında yer alması, bu kavrama hukuki bir anlam yükleme sebebi olabilir⁶⁸. Ancak hiç kuşku yoktur ki, mali durumun iyileştirilmesi kavramına hukuki bir anlam yüklenmesi bu kavramın asıl olarak işletme ekonomisi karakterli bir kavram olma niteliğini ortadan kaldırmaz⁶⁹. Her ne kadar iflasın ertelenmesinde iyileştirmeden söz edilirken ekonomik yönden ve hukuki yönden olmak üzere iki farklı kavram çıksa da; aslında iyileştirme ekonomik bir sorun olmakla birlikte hukukun bunun yöntem ve kurallarını düzenlediği kabul edilmelidir⁷⁰.

Ekonomik açıdan iyileştirme, bir işletmenin içinde bulunduğu nakit yoksunluğu, zarar bilânçosu hali veya borca batıklık halini bertaraf etmek ve aynı zamanda işletmenin karlılığını tekrar kazandırmak amacına yönelik olan, gerekli tüm yapısal ve mali tedbirlerin alınması anlamına gelir⁷¹. Hukuki yönden iyileştirme ise ticaret hukuku ve iflas hukuku bakımından iki farklı iyileştirme kavramından söz edilebilir. Bunlar;

İflas hukuku açısından iyileştirme, iflasın açılmasının önlenmesi veya iflas sonuçlarının konkordato gibi hafifletilmesidir⁷². Bu görüş iflasın ertelenmesinin sadece alacaklıların menfaatini koruduğu noktasından hareket etmektedir. Ancak iflasın ertelenmesi kurumu salt alacaklı menfaatlerine hizmet etmez bu nedenle bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bununla birlikte konkordato ve iyileştirme özdeş kurumlar olmadığından ve özellikle malvarlığının terki suretiyle konkordato bir iyileştirme değil, tasfiye niteliğindedir⁷³.

Ticaret hukuku anlamında mali durumun iyileştirilmesi ise iflasın ertelenmesi süresi bittiğinde borçlu sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun borca batıklık haline nazaran daha iyi bir duruma

ÖZTEK Selçuk, "İflasın Ertelenmesi", *Bankacılık Dergisi*, Yıl: 2005 Sayı: 53, s.42, ("Makale").
ÖZTEK, *Erteleme*, s.22; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 431; PEKCANİTEZ, *İflasın Ertelenmesi*, s. 329; SAYHAN, s.102; TAŞPINAR AYVAZ Sema, *İcra- İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma*, Yetkin Yayınları, 2006, Ankara, s. 208; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s.321; ÜSTÜNDAĞ, *Düşünceler*, s. 18.

68 ERMENEK, s. 212.

69 ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 58; ERMENEK, s. 212.

70 DELİDUMAN, s. 53.

71 ATALAY, *Armağan*, s. 61; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 98; ÖZEKES, s.3264.

72 ERMENEK, s. 213.

73 ATALAY, *Armağan*, s. 62; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 59; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 61; TANRIVER SÜHA, *Konkordato Komiseri*, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.20; SAYHAN, 103.



gelmesini ifade eder⁷⁴. Bu görüş daha çok sermaye şirketi veya kooperatifin, menfaatini korumaktadır. Oysaki daha öncede belirttiğimiz gibi iflasın ertelenmesinde asıl olan kamu menfaatidir. Sermaye şirketi veya kooperatifin bir işletme olarak kalıcı, verimli ve istikrarlı bir şekilde varlığını devam ettirmesi önemlidir⁷⁵. Keza şirket istikrarlı ve verimli bir şekilde faaliyetlerine devam edemezse, kar etmiyorsa kısa bir süre sonra tekrar mali durumun bozulması kuvvetle muhtemeldir⁷⁶.

Yukarıdaki değerlendirmelerden sonra, mali durumun iyileştirilmesi işletme ekonomisine ait ekonomik bir kavram olduğu ortadadır. Bununla birlikte hukuk, mali durumun iyileştirilmesi için sermaye şirketi veya kooperatifi zorlar, iyileştirmenin yöntem ve usullerini belirler ve iyileşme ortamını sağlamaya çalışır⁷⁷. Sermaye şirketi veya kooperatifin nasıl iyileştirileceğinin içeriği ile ilgilenmez⁷⁸

İflasın ertelenmesi kararı verebilmek için, borca batık sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşme ümidi aranmaktadır. Başka bir deyişle, sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşme ümidi yoksa borca batıklıktan kurtulamayacaksa, bu durum objektif olarak belli ise iflasın ertelenmesi kararı verilemez⁷⁹. Mahkeme iflasın ertelenmesi kararı verebilmesi için sermaye şirketinin borca batıklıktan kurtulacağı kanaatine varması gerekir. Bu kanaatin oluşması için aranan ispat tam değil yaklaşık ispattır⁸⁰. İyileştirme ümidi ise alacaklıların iflasın ertelenmesinden sonra erteleme olmaksızın iflasın açılması durumuna nazaran daha yüksek oranda tatmin edilmesinin mümkün olması veya en azından daha kötü duruma düşmemelerinin beklenmesi yolunda yüksek bir ihtimalin varlığı ile şirket veya kooperatifin ticari hayatta devamının mümkün olmasının yüksek ihtimal dâhilinde olmasıdır. Şirketin devamı için gerekli maddi koşulların bulunmaması, yani mali durumun düzelmesinin mümkün olmaması veya sermaye şirketi veya kooperatif de faaliyetlerine devam etme iradesinin bulunmaması durumunda mahkeme, erteleme talebini reddedip iflasın açılmasına karar vermelidir⁸¹.

74 ERMENEK, s. 214; KAYA, s. 291; ÖZEKES, s. 3264.

75 ERMENEK, s. 214.

76 ATALAY, *Borca Batıklık*, s.99; ERMENEK; s. 214; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 432; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 322.

77 Aynı yönde; ERMENEK; s. 214.

78 ERMENEK; s. 215.

79 ATALAY, *Armağan*, s. 64; ATALAY, *Borca Batıklık*, s. 99; DELİDUMAN, s. 54.

80 DELİDUMAN, s. 54.

81 ATALAY, *Armağan*, s. 66.

C. Alacaklı Haklarının Korunması

İflasın ertelenmesi kurumunun amacı, sermaye şirketi veya kooperatifin devamını sağlayarak, borçlu, alacaklı ve devlet (vergiler açısından) ile diğer ekonomik aktörlerin menfaati olduğundan, kamu menfaatidir. İflasın ertelenmesi sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşme ümidinin varsayımına dayalı bir imkân olduğundan, bu varsayım gerçekleşmemesi halinde alacaklıların aleyhine, icra iflas hukukundaki borçlu – alacaklı dengesi bozulmuş olacaktır. İşte bozulan bu dengenin sağlanması için iyileştirme projesinde alacaklıların menfaatinin korunması gerekmektedir⁸². Alacaklıların menfaatinin korunması, iflasın ertelenmesi süreci sonucunda iflasın derhal açılmasına nazaran daha iyi oranda alacaklarına kavuşmalarıdır. Yoksa alacaklıların alacaklarına tamamen kavuşmaları gibi bir şart gerekli değildir⁸³. Zira borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi, çoğunlukla sermaye şirketi veya kooperatifin alacaklılarının, alacaklarının belirli bir bölümünü gözden çıkarmaları sonucunu doğurur⁸⁴.

İflasın ertelenmesinde, alacaklı haklarının korunması ayrı bir şart olmanın ötesinde, mali durumun iyileştirilmesi içerisinde değerlendirilmesi gereken bir unsurdur ve iyileştirme projesi içerisinde değerlendirilmesi gerekir⁸⁵. Ayrıca iflasın ertelenmesi ile alacaklıların haklarının korunacağına iyileştirme projesinde belirtilmiş olması yeterli olmayıp, iflasın ertelenmesine karar verilmesinin alacaklıların haklarına etkisinin ne olacağına, başvuru bilirkşi tarafından hazırlanan raporda da açıkça ve gerekçeli olarak ortaya konulması gerekir⁸⁶. Kanuni öncelikler ve iflasın ertelenmesi kurumunun amacının gerekleri dışında tüm alacaklılar arasında eşit davranılacağına iyileştirme projesinde yer alması gerekir ve bu durum kayyım tarafından gözetilip denetlenmelidir⁸⁷.

III. OLAĞANÜSTÜ HALLERDE İFLASIN ERTELENMESİ

Çağdaş hukuk sistemlerinde meydana gelen ve olağan yönetimlerle üstesinde gelinemeyecek şiddet, salgın, bunalım veya benzeri olayların

82 ERMENEK, s. 222.

83 ERMENEK, s. 222; PEKCANITEZ, *İflas*, s. 329; ÖZEKES, s.3265; ÖZTEK, *Erteleme*, s. 68; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s. 336; SAYHAN, s. 104; ÖZBEK, s. 22.

84 ATALAY, *Armağan*, s. 69.

85 ERMENEK, s. 221; DELİDUMAN, s. 55; TÜRK, *Sermaye Kaybı*, s.327.

86 DELİDUMAN, s. 55.

87 DELİDUMAN, s. 56.

bertaraf edilmesi için olağanüstü yönetim usullerine başvurulur. Bu yönetim usulleri ortaya çıkan fevkalade durumları atlatmak ve biran önce olağan döneme geçmek için benimsenmiş yönetim usulleridir. Ülkelerin hukuk sistemlerinde bu yönetim usullerinin kabul edilmesi zorunluluk nedeniyledir. Ancak demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir⁸⁸.

1982 Anayasasında üç çeşit olağanüstü yönetim biçimine yer verilmiştir. Bunlardan ilki, Anayasa'nın 119'uncumaddesine göre, tabi afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden azla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere ilan edilen olağanüstü haldir. İkincisi ise Anayasa'nın 120'ncimaddesinde düzenlenmiştir. Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi biçimde bozulması üzerine ilan edilecek olan olağanüstü haldir. Sonuncusu olağanüstü yönetim biçimi ise sıkıyönetimdir. Anayasa'nın 122'nci maddesine göre, Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet olaylarının yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemleri bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleriyle, yurdun bir bölgesinde ya da tamamında sıkıyönetim ilan edilebilir.

88 *"Olağanüstü yönetim usullerine iç karışıklık, ayaklanma, savaş tehlikesinin baş göstermesi, savaş hâli, doğal afet, ağır ekonomik bunalım ve bunlara benzer nedenlerle devletin ve toplumun güvenliğini büyük ölçüde sarsan durumlara karşılaşıldığında başvurulur. Bu durumların, devletin ve toplumun varlığı ve güvenliği bakımından büyük bir tehlike oluşturduğu kuşkusuzdur. Olağan yönetimlerin ve olağan hukuk kurallarının bu tehlikelerin giderilmesinde yetersiz kalması nedeniyle çağdaş hukuk sistemlerinde olağanüstü yönetim biçimleri benimsenmiştir. Bir başka ifadeyle olağanüstü yönetim usulleri bir zaruretten kaynaklanmakta olup demokratik anayasal düzenin korunması ve sürdürülebilmesi için bu yönetim usullerine başvurulması zorunluluğu ortaya çıkabilmektedir. Bu bağlamda olağanüstü yönetimlere neden olan tehlikelerin bertaraf edilebilmesi, olaylar karşısında ivedi önlem ve karar alabilme gereksimini içerisinde bulunan yürütmenin yetkilerinin artırılmasını gerektirebilmektedir.*

Bununla birlikte demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın sonuçta hukuki bir rejimdir".(AYMK, K.T. 2.11.2016, E. 2016/171, K. 2016/164).

24.11.2016 tarihli ve 29898 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6756 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesi Hakkında Kanun ile iflasın ertelenmesi müessesesi, olağanüstü hal ilanı süresince uygulanamayacaktır⁸⁹. Anılan Kanun, 669 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi’nin TBMM tarafından onaylanmasıdır. Böylece olağanüstü hallerde iflasın ertelenmesi müessesesi işletilemeyecektir. Getirilen düzenleme ile oluşturulan yasağın Anayasaya uygunluğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

Olağanüstü yönetimde temel hak ve hürriyetlerin nereye kadar sınırlandırılacağı ya da kullanılmasının durdurulacağı sınırını Anayasa’nın 15’inci maddesi belirlemiştir. Olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ise Anayasa’nın 13’üncü maddesine göre olacaktır. Bu anlamda 1982 Anayasasının iç içe iki anayasayı barındırdığı ve bunlardan biri normal dönemleri düzenlemekte iken diğeri ise olağanüstü yönetim usullerini birinciden ayrı ve bağımsız olarak farklı bir rejime tabi tuttuğu söylenebilir⁹⁰. Diğer bir ifade ile 1982 Anayasası, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında 15’inci maddesinde, 13’üncü maddenin dışında ve ötesinde başka bir sınırlandırma sistemi öngörmüştür⁹¹.

89 “MADDE 4- (1) Olağanüstü halin ilanından itibaren ve devamı süresince, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 179 uncu maddesi uyarınca sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamaz; bu yönde yapılan talepler mahkemelerce iflasa ilişkin araştırma yapılmaksızın derhal reddedilir.

(2) Olağanüstü halin ilanından önceki dönemde yapılan iflasın ertelenmesi talepleriyle ilgili olarak;

a) Olağanüstü hal süresince iflasın ertelenmesine karar verilemez.

b) Olağanüstü halin ilanından sonra ve devamı süresince herhangi bir tedbir kararı verilemez, verilmişse derhal kaldırılır.

c) Olağanüstü halin ilanından önceki dönemde 2004 sayılı Kanunun 179/a maddesi uyarınca verilmiş olan tedbir kararları, mahkemece ivedilikle ele alınarak, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti ve iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu iddiasıyla 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133 üncü maddesi uyarınca kayyım atanan veya hakim ortakları ya da yöneticileri hakkında adli soruşturma yürütülen sermaye şirketleri ile kooperatifler lehine verildiği anlaşılan tedbir kararları derhal kaldırılır.”

90 SAĞLAM Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, **Anayasa Yargısı**, Ankara Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 262.

91 GÖZLER Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1990, S. 4, s. 565; DERDİMAN R. Cengiz/ ŞAHİN Ayşe, “Olağandışı Yönetimler KHK’lerinin Hukuki Rejimi ve Anayasa Karşısındaki Konumları”, **Türk İdare Dergisi**, Y. 2006, S. 451, s. 169.



Anayasa'nın 15'inci maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulmasının sınırı şu ilkelere uygun olarak yapılmalıdır; 1) Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi şartı. 2) Durumun gerektirdiği ölçü (ölçülülük ilkesi). 3) Çekirdek alana dokunulmaması.

Olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ya da Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi, Anayasa'nın 15'inci maddesinin birinci fıkrasında, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi şartına bağlanmıştır. Milletlerarası hukukun genel ilkeleri ile devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri oluşturur⁹².

Anayasa'nın 15'nci maddesinde, olağanüstü hallerde, *durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceği* belirtilmiştir. Bu kıstas doktrinde ölçülülük ilkesi olarak adlandırılmıştır. Ölçülülük ilkesi, anayasa yargısının kurulması ve gelişmesinden sonra anayasa hukukunda giderek yaygınlık kazanmış ve en çok kullanılan anayasal denetim ölçütlerinden biri haline gelmiştir. İlkenin temelinde, hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi fikri vardır⁹³.

Ölçülülük ilkesinde genel olarak şu üç unsur önemlidir: Bir amacın izlenmesi, bu amaca ulaşmak için bir araç kullanılması ve bir değer ölçüsüne uyulmasıdır. Buna göre ölçülülük ilkesi, amaç, araç ve ölçü arasındaki ilişki olarak kavranabilir⁹⁴. Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın makul bir oran içerisinde bulunması anlamına gelir⁹⁵.

Anayasa'nın 15'nci maddesinin ikinci fıkrasında mutlak koruma altındaki hak ve ilkeler sayılmıştır. Buna göre, savaş, seferberlik ve sıkıyönetim durumları ile olağanüstü hallerde dahi müdahale edilemeyecek bazı temel hak ve ilkelerden oluşan bir çekirdek alan mevcuttur. Bu alan içerisinde yer alan temel hak ve ilkeler ise şunlardır:

“Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz.”

92 TANÖR Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 160; GÖZLER, s. 571.

93 METİN Yüksel, **Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.19.

94 METİN, s. 20-21.

95 ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 116.

“Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz.”

“Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez.”

“Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Olağanüstü hal süresince iflasın ertelenmesi müessesinin kullanılmayacağı yönünde getirilen kanuni düzenleme, Anayasa’da güvence altına alınmış, mülkiyet hakkı başta olmak üzere bazı temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil etmektedir. Ancak Anayasanın 15. maddesinde belirtilen ve yukarıda izah edilen sınırlamalara da aykırı olduğu söylenemez. Olağanüstü yönetim biçimlerinde temel hak ve hürriyetlerin Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı olarak sınırlandırılabilmesi yine Anayasa’da düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu sınırlandırma öne açık ve sınırı olmayan bir yetki değildir. Fakat iflasın ertelenmesi müessesinin kullanılmasına izin vermeyen düzenleme ise bu sınırlar dâhilindedir. Keza Anayasa’nın 15’nci maddesinde belirlenen sınırlamalar ve çekirdek alanı ihlal eden bir düzenleme ihtiva etmemektedir.

SONUÇ

Ekonomik hayatın zorunlu ve vazgeçilmez unsurları olan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflası halinde ortaya çıkan domino etkisi de dikkate alınarak kanun koyucu tarafından sermaye şirketi veya kooperatifin ticari hayatta devam etme ümidinin bulunması şartıyla onlara iflasın ertelenmesinden faydalanma imkânı verilmiştir. Bu sayede sermaye şirketi veya kooperatifin iflası önlenmiş olacak dolayısıyla ticari hayatta devamı sağlanmış olmakla borçlu sermaye şirketi veya kooperatifin, alacaklıların ve dolayısıyla kamunun menfaatini korumuş ve düşülmüştür.

İflâsın ertelenmesi borca batık durumdaki bir sermaye şirketi veya kooperatifin iflasının kanunda düzenli şartların yerine gelmesi koşuluyla geçici olarak ve süreli bir şekilde ertelenmesini düzenleyen hukukî bir imkândır. İflasın ertelenmesi kararı niteliği gereği iflas hukukuna ilişkin geçici bir hukukî koruma tedbiri olarak nitelendirilebilir. İflasın ertelenmesi kurumunun hizmet ettiği menfaat grupları (alacaklı, borçlu ve kamu) dikkate alındığında, amacının şirket veya şirketten alacaklı olanlar gibi belli bir menfaat grubunun korunması değil, geniş plânda, şirketin iyileştirilmesinde çıkarı olan tüm menfaat gruplarını korunmasıdır.

İflasın ertelenmesi kurumu sermaye şirketi veya kooperatifin borca batıklık haline özgü tanınmış bir hukuki çaredir. Bu nedenle borca batıklık ile iflasın ertelenmesinde sıkı bir ilişki vardır. Borca batıklık halinde sermaye şirketi veya kooperatifi idare ve temsille yetkili olanlar zorunlu olarak bu durumu mahkemeye bildirmek durumundadırlar. Borca batıklık durumu İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş bir zorunlu iflas nedenidir. Kanunun koyucu bu hale iflasın ertelenmesinden faydalanma imkânı tanıyarak İcra ve İflas Kanununun temel prensibi olan borçlu alacaklı arasındaki hak ve menfaat dengesini gözetmiştir.

İflasın ertelenmesi borca batık haldeki sermaye şirketi veya kooperatif hakkında ancak talep üzerine verilebilecek bir karardır. Erteleme talebinde bulunan borçlu veya alacaklı, erteleme talebiyle birlikte gerekli iyileştirme projesini, ayrıca gerekli olan her türlü bilgi ve belgeyi mahkemeye sunmalıdır. Bunun dışında erteleme masrafları da mahkeme veznesine depo edilmelidir.

İflasın ertelenmesi talebi sermaye şirketi veya kooperatifin muamele merkezinde bulunan ticaret mahkemesince kabul edilebilmesi için, borca batık haldeki sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun düzelme ümidinin bulunması gerekir. Bununla birlikte sermaye şirketi veya kooperatifin alacaklılarının menfaatleri de erteleme kararının amacı göz önünde tutulduğunda önemlidir. Burada alacaklıların menfaatleri iflasın ertelenmesi kararı ile derhal iflas halinde yapılacak bir değerlendirmede iflasın ertelenmesi sonunda alacaklıların alacaklarına daha az oranda kavuşması durumunun önüne geçilmesi için önemlidir.

İflasın ertelenmesi münhasıran borca batık haldeki sermaye şirketi veya kooperatifler için ön görülmüş geçici bir hukuki çaredir. Dolayısıyla borca batıklık hali ile iflasın ertelenmesi kurumu arasında önemli bir bağlantı vardır. Borca batıklık hali, şirketin mevcudunun pasiflerini karşılayamamasıdır. Bu nedenle borca batıklık hali diğer sermaye kaybı hallerinden ayrılır. İflasın ertelenmesi talebini inceleyen ticaret mahkemesi öncelikle borca batıklığı tespit etmelidir. Borca batıklık bir takım ticari defterlerden ve muhasebe işlemlerinden anlaşılacağı için buradaki ispat tam ispattır. Ancak sermaye şirketi veya kooperatifi hakkında iflasın ertelenmesine karar verebilmek için aynı zamanda sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşme ümidinin varlığı da gereklidir. İşte sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşme ümidini varlığı da iflasın ertelenmesi talebini inceleyen mahkemece kabul edilmesi gerekir. Bunun için yani iyileşme ihtimalinin varlığı için tam değil yaklaşık ispat yeterlidir. Ancak buradaki yaklaşık ispat, iflasın ertelenmesi kurumu



niteliği ve sonuçları açısından önemli bir kurum olması nedeniyle, mali durumun iyileşmesi ümidinin ispatı basit bir ihtimalle kalmamalı; sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşeceği kuvvetle muhtemel olmalıdır.

Olağanüstü hal süresince iflasın ertelenmesi ise talep edilemeyecektir. Bu durum, esasında 6756 sayılı Kanun'la getirilen iflasın ertelenmesinde aranacak bir olumsuz koşuldur. Olağanüstü yönetim biçimlerinde temel hak ve hürriyetlerin olağan dönemlere nazaran daha da fazlaca sınırlandırılabilceği Anayasada belirtilmiştir. Yine bununu sınırları da Anayasa'nın 15'ncimaddesinde düzenlenmiştir. Bu sınırlama durumları dikkate alındığında iflasın ertelenmesinin olağanüstü hal süresince kısıtlanmasının Anayasa'ya uygun olduğu söylenebilir.

İflâsın ertelenmesi, konkordato ve yeniden yapılandırma kurumlarıyla, özellikle borçlunun borçlarını ödemesinde kolaylıklar sağlaması yönlerinden benzerlikler taşımakta ise de iflâsın ertelenmesinin talep edilmesinde ve erteleme talebinin kabulünde varlık gösteren kolaylıklar ve iflasın ertelenmesi kurumunun diğer kurumlardan daha etkin sonuçlar doğurması, iflasın ertelenmesini bu diğer kurumlardan ayırmaktadır.



KAYNAKLAR

ATALAY Oğuz, **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007.

ATALAY Oğuz, **Anonim Şirketlerin İflâsı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1996.

BALCI Şakir, "İflasın Ertelenmesi (Özellikle Usul Açısından Değerlendirmeler)" **Manisa Barosu Dergisi**, Temmuz 2005.

ÇAVDAR Seyit/BİÇKİN İnci, **İflas ve iflasın Ertelenmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

DELİDUMAN Seyithan, **İflasın Ertelenmesinin Etkileri**, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Kocaeli, 2008.

DERDİMAN R. Cengiz/ŞAHİN Ayşe, "Olağandışı Yönetimler KHK'lerinin Hukuki Rejimi ve Anayasa Karşısındaki Konumları", **Türk İdare Dergisi**, Y. 2006, S. 451.

DOMANIÇ Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, TTK Şerhi, C. II, İstanbul 1988.

ERİŞ Gönen, **Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku Açıklamalar ve İçtihatlar**, Aydın Yayınları, Ankara 1991.

ERMENEK İbrahim, **İflasın Ertelenmesi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

FRANKO Nişim, "Sermaye Şirketlerinde - Özellikle anonim Şirketlerde-İflas ve Tehiri" , **Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990.

GÖREN Ömer, "İflâsın Ertelenmesi Kurumunda Kavramların Amaca Uygun Yorumlanmasına Dair Bir Öneri", **ABD**, Kış 2007/1.

GÖZLER Kemal, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukukî Rejimi", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1990, S. 4

GÜNEL Y. Mete, **İflâs Davaları ve İflâsın Ertelenmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

İMREGÜN Oğuz, **Kolektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar**, Yasa Yayınları, İstanbul 1989.

KAYAR İsmail, **Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler**, Mimoza Yayıncılık, Konya 1999.



KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul 2016.

KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul 2013.

KURU, Baki, “Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası”, **Makaleler**, İstanbul 2006.

METİN Yüksel, **Ölçülülük İlkesi**, Seçkin, Ankara 2002.

MUŞUL Timuçin, **İflasın Ertelenmesi**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

OSKAY Mustafa/DEYNEKLİ Adnan / KOÇAK Coşkun / DOĞAN Ayhan, **İİK Şerhi, C.IV**, Vedat Kitapçılık, Ankara 2007.

ÖÇAL Akar, “Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuki Sorunlar” **ATOD**, 1975/6.

ÖZBEK Mustafa, “Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin İflâsının Ertelenmesiyle Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri” **MİHDER** 2008/1.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ÖZEKES Muhammet,” İflasın Ertelenmesi”, **LEGAL Hukuk Dergisi**, Eylül 2005/ 33.

ÖZTEK Selçuk, **İflasın Ertelenmesi**, Arıkan Basım, İstanbul 2007.

ÖZTEK Selçuk, “İflasın Ertelenmesi”, **Bankacılık Dergisi**, Yıl: 2005 Sayı: 53, s.42.

PEKCANITEZ Hakan, **Anonim Ortaklıkların İflası**, Ankara 1991.

PEKCANITEZ Hakan, “İflasın Ertelenmesi” **İBD**. 2005, C. 79, S. 2.

PEKCANITEZ HAKAN/ATALAY OĞUZ/ÖZKAN Meral S./ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

SAĞLAM Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1984.



SAYHAN İsmet, **Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

SAYHAN İsmet, "Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılığının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelenmesi", **BATİDER**, 2005, S. 11, C. XXIII.

TANÖR Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul 2015.

TAŞPINAR AYVAZ Sema, **İcra- İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

TORAMAN Barış, **İcra ve İflas Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin İflasın Ertelenmesi Talebi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

TÜRK Ahmet, **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçlar**, Nobel Yayınları, Ankara, 1999.

TÜRK Ahmet, "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler", **DEÜHFD**, C. VI, 2004/1.

UMAR Bilge, **İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi**, İzmir 1973.

UMAR Bilge, "Aciz Hali - Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlılık", **YÜHFD**, C. I, 2004/1.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İflâs Hukuku Esasları**, İstanbul 2002.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul 2004.

ÜSTÜNDAĞ Saim, "Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler", **Günümüzde Yargı**, 1980/47.



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE SUÇ VE CEZA KONULAMAZ İLKESİ

*(The Principle Of Restriction On Defining Crime And Setting Punishment By
Administrative Rules In The Light Of The Decisions Of The Constitutional Court)*

Dr. Ekrem ÇETİNTÜRK¹

ÖZ

Devlet karşısında bireyin güçlenmesi, insan haklarına bağlı hukuk devleti algısının kabul görmesi ve idarenin gücünün sınırlanmasıyla ortaya çıkan aydınlanma devrinin ceza hukukuna en büyük katkısı olan suç ve cezada kanunilik ilkesi, modern ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Temel hak ve özgürlüklere en fazla müdahalede bulunan ve sosyal hayatta kişilerin karşılaşacağı en ağır durum olan ceza hukuku uygulamasında, temel hak ve hürriyetleri güvence altına almak amacıyla bulunan çözümlerin başında gelen bu ilke, anılan özelliği nedeniyle “ceza hukukunun güvence fonksiyonu” içinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, bireyin özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmesine ve davranışlarını buna göre yönlendirmesine imkân sağlamak, bireyin keyfi olarak cezalandırmasını engellemek ve kişi hak ve hürriyetlerinin siyasi iktidara, diğer bir deyişle yürütme organına karşı korunmasını sağlamak şeklinde bu ilkenin üç temel fonksiyonu olduğu görülmektedir.

Mezkûr ilkeye göre, suç teşkil eden fiiller ve bu fiillere uygulanacak cezalar, toplumu temsil eden yasama organı tarafından çıkarılan ve “kanun” adı verilen normatif metinlerle düzenlenmiş olmalıdır. Buna göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ceza hukukunun kaynağı bakımından “kanununun tekelciliği ilkesi” benimsenmiştir. Anılan ilke genel itibarıyla hukukun kaynaklarından farklı olarak, ceza hukukunda salt yazılı olmayan kaynakları değil, kanun haricindeki yazılı düzenlemeleri, yani idarenin düzenleyici işlemlerini de ceza hukukunun kaynakları dışında tutmayı, böylece ceza hukukunun kaynaklarını yalnızca kanunla sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Ceza hukukunun güvence fonksiyonu kapsamında “kanun” kavramıyla ifade edilen husus, ülkedeki

1 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü ♦ ecetinturk@adalet.gov.tr



anayasal düzen açısından teknik olarak kanun niteliği taşıyan yasama tasarrufları kastedilmektedir. Ancak ceza normlarına bakıldığında, suç ve cezada kanunilik ilkesinin çok katı bir şekilde uygulanmadığını, yürütme organına sınırlı da olsa suç ve cezaların belirlenmesi noktasında bir takım yetkiler verildiği görülebilmektedir.

Kanun koyucu kimi zaman suç teşkil eden fiili açıkça düzenlemeyerek, belirlediği çerçeve içinde düzenleme yetkisini idareye bırakmakta ve bu fiil için uygulanacak yaptırımını düzenleyebilmektedir. Diğer bir ifadeyle yasak fiillerin nelerden ibaret olduğunun belirleme yetkisini idareye bırakarak, idarenin suç ihdas etmesine izin vermektedir. Öğretide bunlara “açık, beyaz veya kör ceza kanunları” adı verilmektedir. Ülkemizde suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından en tartışmalı alanlardan birisini bu şekilde hazırlanan ve suç ve cezanın belirlenmesinde idareye takdir hakkı bırakan düzenlemeler oluşturmaktadır.

Kişi hak ve özgürlükleri için güvenli bir ortam tesisi bakımından kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, yürütme organının düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilmesinin kanunilik ilkesini ihlâl edip etmediği konusunda Anayasa Mahkemesi'nin farklı kararları olduğu gibi doktrinde de farklı görüşler bulunmaktadır. Bu makalede, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları ve öğretide ifade edilen görüşler de dikkate alınmak suretiyle, yürütme organının düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas etmesinin kanunilik ilkesini ihlal edip etmediği konusu detaylı bir şekilde ele alınmış ve tartışmalar çerçevesinde bu alanda yaşanan sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kanun, ceza hukukunun güvence fonksiyonu, kanunilik ilkesi, suç ve cezada kanunilik ilkesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası

ABSTRACT

The principle of “Nulla poena sine lege” is the most significant contribution of the enlightenment to the criminal law which emerged with the strengthening of human against the state, the recognition of the constitutional state based on human rights and restriction on the power of the administration and also is one of the fundamental principles of modern criminal law. This principle is the main solutions for the protection of fundamental rights and freedoms in the practice of criminal law which restricts the fundamental rights and freedoms most and is the most severe situation that people can face in social life and it is considered,



for its mentioned feature, within the scope of “the guarantee function of criminal law”. In this regard, it is observed that this principle has three functions; allowing the individual to know the limits of his freedom and direct his behaviours accordingly, preventing the arbitrary punishment and protecting the individual rights and freedoms against the political power, in other words against the executive body.

According to the aforementioned principle, the acts constituting crime and the sentences to be imposed with regard to these acts are required to be governed by the normative texts drawn up by the legislative body and specified as “laws”. Accordingly, as a result of the principle of *nulla poena sine lege*, “the principle of exclusivity of the laws” has been adopted with regard to the source of criminal law. This principle aims, unlike the sources of the laws generally, to *restrict not the uncodified resources of criminal law, but the codified regulations except the laws*, in other words to exclude the regulatory rules of the administration from the resources of criminal law and therefore to restrict the resources of criminal law with the laws. The issue which is dealt with the concept of “law” within the scope of the guarantee function of criminal law refers to legislative acts which are technically in the nature of laws with regard to the constitutional order. However, when criminal norms are considered, it may be observed that the principle of *nulla poena sine lege* is not implemented in a very strict way and, the executive body is granted, even if limited, some kind of power to define the crimes and set the punishments.

While legislator sometimes does not define explicitly the act constituting crime, it grants the authority of defining to the administration within the specified framework and only sets the sanction to be implemented with regard to this act. In other words, granting the authority to define the scope of the prohibited acts, the legislator allows the administration to create the definition of the crimes. In doctrine, these are specified as “*explicit, white or blind criminal codes*”. One of the most contradictive areas in Turkey with regard to the principle of *nulla poena sine lege* is the regulations giving the discretion of defining the crime and setting the punishment to the administration.

It is a generally recognized fact that, with regard to constitution of a safe environment for the individual rights and freedoms, the principle of no crime and punishment without law is required to be implemented strictly. Besides, there are different opinions in the doctrine, as in the decisions of the Constitutional Court, concerning the issue whether defining crimes and setting punishments through the regulatory rules of the executive



body violates the principle of legality. This article evaluates in details whether defining crimes and setting punishments through the regulatory rules of the executive body violates the principle of legality, taking into account the decisions of the Constitutional Court and the opinions set forth in the doctrine and it is tried to suggest solutions, in the framework of the discussions, for the problems encountered in this area.

Keywords: Law, guarantee function of criminal law, principle of legality, *nulla poena sine lege*, creation of crimes and setting punishments by the administrative rules

I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında “*Anayasa hukukunun temel ilkelerinden olan suç ve cezada yasallık, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü hukuk devletinin de esas aldığı değerlerden olup, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır.*”² şeklinde ifade edilen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, modern ceza hukukunun dayandığı temel ilkelerinden biridir. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalelerde bulunulmasını engelleyerek, temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan bu ilke, anılan özelliği nedeniyle “ceza hukukunun güvence fonksiyonu” içinde değerlendirilmektedir³.

Temel hak ve özgürlüklere en fazla müdahalede bulunan ve sosyal hayatta kişilerin karşılaşacağı en ağır durumlardan biri olan ceza hukuku uygulamasında, özgürlükleri güvence altına almak amacıyla bulunan çözümlerin başında “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi gelmektedir. Kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malvarlıkları üzerinde en ağır müdahale niteliğinde olan suç ve cezanın, kanunla belirlenmiş olması gerektiğini ifade eden bu ilke, bireysel özgürlüklerin güvencesi olduğu kadar, toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında ve sürdürülmesinde önemli bir fonksiyon ifa etmektedir⁴. Mezkûr ilke, en basit anlatımla, suç teşkil eden fiillerin ve bunlara uygulanacak

2 Esas Sayısı: 2005/69, Karar Sayısı: 2009/61, Karar Günü: 7.5.2009.

3 ÖZGENÇ İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 105; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 51.

4 İÇEL Kayıhan/SOKULLU-AKINCIFüsun/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜERAdem/MAHMUTOĞLU Fatih S./ÜNVER Yener: **İçel Yaptırım Teorisi**, Beta, İstanbul, 2002, s. 6.



cezaların, fiilin gerçekleştirilmesinden önce toplumu temsil eden yasama organı tarafından hazırlanan ve “kanun” adı verilen hukuki metinlerde düzenlenmiş olmasını ifade eder⁵.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi hukuk devletinin en temel unsurlarından birini oluşturduğu gibi, tüm hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında temel güvence oluşturması nedeniyle ceza hukuku bakımından da özel bir önemi haizdir. Ceza hukukunun diğer hukuk dalları arasında insan davranışlarını biçimlendirme ve kontrol etmeyle en fazla ilgili hukuk dalı olması, devletin empoze ettiği davranış değerlerinin en önemli uygulama alanı olması ve insan davranışlarına karşı en ağır yaptırımları uygulaması nedenleriyle bu hukuk dalı için öngörülen güvencelerin önemi daha da artmaktadır⁶. Cezalandırma şeklindeki özgürlüklere ve insan onuruna en ağır müdahalenin ne zaman ve ne ağırlıkta yapılacağı işin esasını teşkil etmektedir. Bu sorunun cevabını kuvvetler ayrılığı sitemi vermektedir. Buna göre, yürütmeye bu yetkinin tanınması suçların siyasallaşması ve yürütmenin otoriteleşmesi riskini taşımaktadır. Bu yetkinin yargı organlarına verilmesi, muhakemenin olmazsa olmaz şartı olan bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğini ihlal edecektir. Bu nedenle demokratik ülkelerde kanun yapma yetkisi halkın iradesinin temsilcisi olan ve meşruiyetini halktan alan yasama organına verilmiştir. Bu nedenle yasama organı tarafından kabul edilen ceza kanunları, özgürlüklerin toplumsal bir mutabakat çerçevesinde sınırlanması anlamına gelmektedir⁷.

Devlet karşısında bireyin güçlenmesi, insan haklarına bağlı hukuk devleti algısının kabul görmesi ve idarenin gücünün sınırlanmasıyla ortaya çıkan Aydınlanma Devrinin ceza hukukuna en büyük katkısı kanunilik ilkesidir⁸. Bu nedenle, suçta ve cezada kanunilik ilkesi toplumsal kültürün ve bilincin gelişmesinin bir sonucudur. Hukuk devleti fikrinin

5 SAĞLAM Mehmet, **Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003, s. 87.

6 BOYAR Oya/İNCEOĞLU Sibel (Editör), **Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 1. Baskı, Avrupa Konseyi, 2013, s. 287.

7 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 9.

8 MAHMUTOĞLU Fatih Selami/ KARADENİZ Sera: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta, İstanbul, 2017, s. 6; “Devletin, cezalandırma fonksiyonunun icrası vesile ve bahanesiyle fert hak ve hürriyetlerine yapabileceği muhtemel lüzumsuz ve aşırı müdahalelere mani olmak lâzımdır. «Kanunsuz suç ve ceza olmaz» şeklinde ifade edilen suç ve cezaların kanuniliği prensibi bu düşüncenin mahsulü olmuştur. Gerçekten, XVIII. asrın hâkim fikir cereyanı ferdiyetçi felsefenin insan hürriyetine atfettiği büyük değer, onun teminatını arama gayretine hız vermiş ve prensip bu gayretin neticesinde belirmiştir.” (ALACAKAPTAN Uğur: **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayını, Ankara, 1958, s. 3)



ortaya çıkmasıyla birlikte, bireylerin keyfi cezalandırılmasının önüne geçmek amacıyla hiç kimsenin kanunlarda öngörülen cezalar dışında cezalandırılmayacağı fikri temel bir ilke olarak kabul edilmiştir⁹. Ancak, bu ilkenin Kıta Avrupasında yaygın bir şekilde tanınması için uzun yıllar gerekmiştir¹⁰. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi modern hukuktaki anlamıyla, kuvvetler ayrılığı fikriyle beraber ilk defa Fransız düşünür Montesquieu tarafından ortaya konulmuş ve Fransız İnsan ve Yurttaşlık Hakları Bildirisine de iktibas edilmiştir¹¹. Montesquieu, devlet kudreti ile bireyin özgürlüğü arasındaki sınırın ancak kanun tarafından çizilebileceği ve bireyin kanunun yasaklamadığı her şeyi yapabileceği yolundaki görüşüyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin esasını oluşturan fikri dile getirmiştir¹². Yine kanunilik ilkesini ilk ifade eden düşünürlerden biri olan Beccaria ‘Suçlar ve Cezalar’ adlı eserinde, suçların cezasının ancak toplumu temsil eden kanun koyucu tarafından yapılan kanunlarla belirlenebileceğini ve hâkimin kanunun daha önceden öngörmediği bir cezaya veya daha ağır bir cezaya hükmedemeyeceğini belirtmiştir¹³.

İlk defa pozitif hukuk metni olarak 1776 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1. maddesinde, Avrupa’da 1787 tarihli Avusturya

9 İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 6.

10 “‘Kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi, insanlık tarihinde oldukça uzun bir gelişmeden sonra kabul edilmiştir. Eski ve orta çağlarda yasada suç sayılmayan bir fiilin cezalandırılmasına veya hâkimin faili yasada mevcut cezalardan kendisine en uygun görüneni ile cezalandırmasına bir tepki olarak ortaya çıkan ilkenin gerekleri önceleri kiskançlıkla uygulandı. Her suç için sabit cezalar konarak hâkime takdir hakkı tanınmadı.” (ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan kitapevi, 5. Bası, Ankara, 2011, s. 108); İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU./ÜNVER, s. 9.

11 “Kaideyi Avrupa’da ortaya ilk koyan Montesquieu olmuştur. Montesquieu’ye göre ferdi hürriyetin teminat altına alınabilmesi, Devlet müdahalesinin sınırlarının tespiti ile mümkün olur. Başka bir deyişle, ferdin serbestisine vazedilecek kayıtlamalar kanunlarla belirtilmelidir. Kanunî takyitler dışında fert serbesttir, kanunun menetmediği her şeyi yapabilir. Müellif, böylece, kaideye esas teşkil eden fikri belirtmiş oluyordu. Diğer taraftan, mumaileyhin «Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesi» de suç ve cezaların kanuniliği prensibini zarurî kılıyordu.” (ALACAKAPTAN, s. 4); ÖZGENÇ, s. 105; “Güçler ayrılığını savunduğu ünlü eseri ‘Kanunların Ruhunda’ Montesquieu şöyle demektedir: Felsefi anlamda özgürlük, kişinin istediğini yapabilmesi ya da hiç olmazsa istediğini yapabildiği kanusunu taşımasıdır. Siyasi anlamda özgürlük, kişinin güvenliğidir, hiç olmazsa güvenlik içinde yaşadığı kanusunda olmasıdır. Hiç bir şey bu güvenliği, genel ya da özel suçlamalar kadar bozamaz. O halde, birey özgürlüğünün başlıca dayanağı, ceza yasalarının iyi niyetidir. Bireylerin suçsuzluğu güven altına alınmazsa, özgürlükte güven altına alınmış sayılmaz.” (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 48); BOSTANCI Gülşah: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 17 vd.

12 Kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: BOSTANCI, s. 17 vd.

13 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 48.



Kanununda, 1791 ve 1793 tarihli Fransız Anayasalarında kendine yer bulan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hemen hemen bütün ceza kanunları ve anayasalarda çeşitli şekillerde yer aldığını görmekteyiz¹⁴. Örneğin Belçika Ceza Kanununun 2. maddesi, Bulgaristan Ceza Kanununun 64. maddesi, Fransız Ceza Kanununun 4. maddesi, İtalyan Ceza Kanununun 2. maddesi, Belçika Anayasasının 14. maddesi, Fransa Anayasasının 68. maddesi, İtalya Anayasasının 25. maddesi, Yunanistan Anayasasının 75. maddesi, Hollanda Anayasasının 16. maddesi, İspanya Anayasasının 25. maddesi, İsveç Anayasasının 10. maddesi ilkeye açık bir şekilde yer vermiştir. Hatta bu anayasalardan bazılarının madde başlıkları, mezkûr ilkenin Latince ifadesi olan “nullum crimen sine lege nulla poena sine lege” şeklinde düzenlenmiştir¹⁵.

Ceza hukukunun bu önemli ilkesi, pek çok ülkenin kanunlarında ve anayasalarında zikredildiği gibi, 10/12/1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 4/11/1950 tarihli İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi gibi insan haklarına ilişkin temel uluslararası sözleşmelerde de kendine yer bulmuştur. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hiç kimse, işlediği zaman ulusal ya da uluslararası hukuk çerçevesinde suç oluşturmayan herhangi bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu sayılamayacaktır. Bunun gibi, suçun işlendiği zaman uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza da verilemeyecektir. Bu uluslararası belgeler haricinde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinde ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının 7. maddesinde ilkeye yer verildiği görülmektedir.

B. İLKENİN KAPSAMI VE FONKSİYONU

Kanunilik ilkesi gereğince, bir fiilin suç olup olmadığını anlamak için kanuna bakılması gerekmektedir. Fiilin, kanunda açıkça suç sayılması da yeterli olmayıp, cezasının da kanunda açıkça belirlenmesi gerekmektedir¹⁶. Buna göre, ilkenin *suçlara* ve *cezalara* ilişkin olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. *Suçta kanunilik (nullum crimen sine lege) ilkesine* göre, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. Yine, kanunun açıkça cezayı arttırıcı bir neden olarak öngörmediği bir husustan dolayı kimsenin cezası arttırılmaz. *Cezada*

14 DEMİRBAŞ Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s. 103; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 10.

15 BOSTANCI, s. 27-28; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 110-111.

16 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.107.



kanunilik (nullum poena sine lege) ilkesine göre ise, hiç kimse belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmeleyen bir cezayla veya kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir cezayla cezalandırılmaz¹⁷.

Mezkûr ilkenin başlıca dört temel fonksiyonu olduğu ifade edilmektedir. Bu ilke, ilk olarak bireyin, özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmesine ve davranışlarını buna göre yönlendirmesine imkân sağlayarak, bireysel özgürlüğün güvencesi olmaktadır¹⁸. Diğer bir deyişle bu ilke sayesinde kişiler, yaptıkları hareketlerin sonuçlarını önceden öğrenerek, hangi hareketleri yapmakta özgür olduklarını ve hangi davranışlarının cezalandırılacağını bilme imkânına sahip olmaktadırlar. Ayrıca bu ilkenin bireye yönelik yansımaları fiilin haksızlık değerine ilişkin bir yargı oluşturulması bu kişiye fiili gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusunda seçim fırsatı verilmesidir¹⁹. Yargılama makamlarına yönelik olarak ise, kanunla suç hâline getirilmemiş ve ceza öngörülmemiş bir fiil nedeniyle bireyler hakkında kamu davasının açılmaması ve hâkime, failin daha önce bir kanun ile suç olarak düzenlenmemiş bir fiilinden dolayı cezalandırma yetkisi tanınmaması ve ceza adaletinin keyfi uygulamalara terk edilmemiş olması anlamına gelecektir²⁰. Buna göre ikinci olarak, bu ilke sayesinde hem bireyin keyfi olarak cezalandırılması engellenmekte hem de kanunda yer almayan şekilde cezaların ağırlaştırılmasının önüne geçilmektedir²¹.

17 ÖZGENÇ, s. 106; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 107; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 9; DEMİRBAŞ, s. 102-103; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 52; “Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konular” kuralına yer verilerek “cezanın yasallığı” ilkesi benimsenmiştir.” (Esas Sayısı: 2005/69, Karar Sayısı: 2009/61, Karar Günü: 7.5.2009).

18 “Bu husus ferdi hürriyetin korunması bakımından son derece ehemmiyetlidir. Diğer taraftan suçların kanun tarafından belirtilmesi ile pratik bir neticeye de ulaşmak mümkün olur. Yasak olmayı serbestçe yapabilmek için fertlerin nelerin yasak olduğunu bilmeğe hakları vardır. Suçların kanunlarda sarahaten gösterilmeleri onlara bu imkânı sağlar” (ALACAKAPTAN, s. 7); “Suçta ve cezada yasallık ilkesi, yurttaşların ceza gerektiren fiilleri ve bu fiillerin gerçekleştiği tarihteki hukuku bilmelerini sağlayarak, öngörülebilir bir yaşam alanı yaratmakta ve surette kişi haklarını korumaktadır.” (BOYAR, s. 287); KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 51-52.

19 İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU./ÜNVER, s. 7; “Çünkü işlediği fiilin suç olup olmadığını ve dolayısıyla ceza gerektirip gerektirmediğini önceden bilmeyen birey tereddüt içinde kalacak, hareketlerinde özgür olamayacaktır.” (ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.107-108).

20 “Birey bakımından yasanın suç haline getirip cezalandırmadığı bir fiilin işlenmesinden dolayı, kamu davası açılması olanağı ve yargıca failin beklemediği bir cezaya hükmedebilme yetkisi tanınırsa, ceza adaleti rastlantılara, keyfi ihtiraslara terk edilmiş olur. Böyle bir durum kişi özgürlüklerini tehlikeye sokar.” (ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.107); ; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 6; CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Beta, İstanbul, 2008, s. 46.

21 BOSTANCI, s. 16.



Diğer bir ifadeyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle, ceza hukuku uygulamasında devletin bireye karşı keyfi muamelede bulunmasının önlenmesi amaçlanmaktadır²². Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin *üçüncü temel fonksiyonu*, suç ve cezaların halkın temsilcisi durumundaki yasama organı tarafından belirlenmesi yoluyla kişi hak ve hürriyetlerinin siyasi iktidara, diğer bir deyişle *yürütme organına karşı korunmasıdır*²³. Hangi alanda idarenin müdahalesiyle karşılaşacağını bilmeyen kişi, tepkisiz kalmaya mahkûm olacak, tepki gösterme hakkının engellenmesi ise devletin daha da otoriterleşerek keyfi uygulamalara başvurmasına neden olabilecektir²⁴. Son olarak bu ilkenin anlamı sadece suç ve cezanın kanunsuz olmayacağı değil, kanun koyucunun *insan haklarını ve demokratik anayasal hakları ihlal eden ceza kanunları yapmamakla yükümlü* olduğunu da içermektedir²⁵.

C. TÜRK HUKUKUNDA İLKENİN DÜZENLENİŞİ

1. Anayasal Olarak

Türk hukuk tarihinde 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu örtülü biçimde cezada kanunilik ilkesinden söz edilen ilk metin olmuştur. Daha sonra yürürlüğe giren 1256 ve 1267 tarihli ceza kanunlarında ise suçta kanunilik ilkesine yer verilmemiştir. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun 1. maddesi suçta kanunilik, 2, 3, 4 ve 5. maddeleriyle de cezada kanunilik ilkesinin kabul edildiği söylenebilir. Suçta kanunilik ilkesi 1876 tarihli Kanun-i Esasiyle de anayasal bir değere sahip olmuştur. 10. maddede, *"Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz."* şeklindeki hükme yer verilmiştir. Ancak, 1909 yılında yapılan değişiklikle şer'i hukuka dâhil edilen ilke, hayata geçmesi konusunda temenni derecesinde kalmıştır²⁶.

1961 Anayasasından önce yürürlükte bulunan 1924 Anayasasında kanunilik ilkesine yer verilmemiştir. 1924 Anayasasının 72 ve 76. maddelerinde

22 ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, İstanbul, 1991, s. 109.

23 SAĞLAM, s. 87. "... suç ve cezada yasallık ilkesinin kişi hakları açısından asıl önemi, devlet egemenliğinin ve devletin zorlayıcı gücünün keyfi kullanımını engellemesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Ceza hukukunda açıkça suç oluşturmayan fiiller bireyler için serbest olmakta, bu surette 'özgürlük kuralı, sınırlama istisnadır' şeklinde belirtilen temel insan hakları hukuku maksimum hayata geçebilme imkânı bulmaktadır." (BOYAR, s. 288).

24 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 9.

25 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 46.

26 DEMİRBAŞ, s. 104; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 7; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 52; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 111-112.



kanununda yazılı hâller haricinde hiç kimsenin yakalanamayacağı, tutuklanamayacağı, konutuna girilemeyeceği ve üstü aranamayacağı düzenlenmiştir. Yine, 68. maddenin üçüncü fıkrasında, “*Hukuku tabiyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tespit ve tayin edilir.*” şeklindeki hüküm, özgürlüklere sadece kanunla müdahale edilebileceğini belirlemiştir. Ancak, 1924 Anayasasında şekli ceza hukukuna ilişkin bu ilkeler ve özgürlüklerin sınırının kanunla belirleneceğine ilişkin hüküm dışında, cezaların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin açık bir hüküm yer almamıştır²⁷.

1961 Anayasasının “Cezaların kanuni ve şahsi olması; zorlama yasağı” başlıklı 33. maddesinin birinci fıkrasında “*Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.*”, ikinci fıkrasında “*Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.*” ve üçüncü fıkrasında “*Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*”²⁸ şeklinde hükümlere yer verilerek, kanunilik ilkesi ilk kez açıkça kabul edilmiştir.

1982 Anayasasının “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesinin birinci fıkrasında “*Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” ve üçüncü fıkrasında “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*” şeklinde hükümlere yer verilerek, 1982 Anayasası döneminde de kanunilik ilkesi açıkça düzenlenmiştir²⁹.

Öte yandan, 1982 Anayasasında suç ve cezaların kanunla düzenleneceğine ilişkin tek hüküm 38. maddedeki hüküm değildir. Tüm temel hak ve hürriyetler bakımından geçerli olan genel sınırlama sebeplerinin düzenlendiği Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve

27 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 57; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 7.

28 YÜZBAŞIOĞLU Nemci: **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, Beta, 5. Baskı, İstanbul, Eylül 2008, s. 46.

29 Bu hükmün gerekçesi şu şekildedir:

“ ... fıkrada herkesçe bilinen ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesini koymuştur. Günümüzde, ceza yerine bazen, failin kişisel durumuna uygun düşecek bir ‘güvenlik tedbiri’ uygulandığı için bunlar da ‘ceza’ hükmünden sayılmaktadır. Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarrufuyla konulabilecektir. Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun, ‘açık suç hükmü’ koymasına; yani ‘fiili’ bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de ‘kanunsuz suç olmaz’ ilkesi ihlal edilmiştir.” (AKAD Mehmet/DİNÇKOL Abdullah: **1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, Alkım, İstanbul, 1998, s. 173).



hürriyetler ancak “kanun”la sınırlanabilecektir. Buna göre kural olarak idarenin düzenleyici işlemleriyle (Anayasanın 91. maddesine göre; kanun hükmünde kararnameyle düzenlenebilecek sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler hariç) temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi mümkün değildir. Bu durumda, Anayasanın 38. maddesindeki hüküm bulunmasaydı da, temel hak ve hürriyetlere en derin müdahalede bulunan suç ve cezaların kanunla düzenlenmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle birlikte değinilmesi gereken bir konuda, Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*” şeklindeki hükümdür. “*Yasama yetkisinin devredilmezliği*” şeklindeki anayasal ilkenin dayanağını oluşturan bu hükme göre, kanun adı altında veya bu adı taşımasa da kanunla eşdeğerde ya da kanun gücüne sahip hukuki işlemler yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir³⁰. Anayasanın anılan hükmü, bu yetkinin devredilmesini yasaklamaktadır. Buna göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin bir kanunla idareye suç ve ceza düzenleme yetkisi verebilmesi de mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında Anayasanın 38. maddesindeki “kanunsuz suç olmaz” ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına kanunla belirlenmesinin zorunlu olduğuna, idareye yetki verilerek idarî düzenlemelerle suç oluşturulmasının yetki devri niteliğinde olduğuna ve bu durumun Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir³¹. Yine bu ilkenin bir sonucu olarak, Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezaların “kanunla” düzenleneceğine açıkça yer verilmiş olduğundan, suç ve cezaların idare tarafından düzenlenmesi yasama yetkisinin idare tarafından gaspı anlamına gelecektir.

30 ÖZBUDUN, s. 193; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 17.

31 Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996

“Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir.

Buna göre, Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Anayasa’nın 38. maddesindeki “kanunsuz suç olmaz” ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına kanunla belirlenmesi zorunludur. İtiraz konusu kuralla kimi malların ithali konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki verilerek idarî düzenlemelerle suç oluşturulmasına olanak tanınması yetki devri niteliğinde olduğundan Anayasa’nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”



2. Yasal Olarak

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 1. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmişti. Söz konusu madde şu şekildedir:

“Kanunun sarîh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi 5237 sayılı Türk ceza Kanununda ise “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddede düzenlenmiştir.

“(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”³²

32 Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir:

“Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır.

Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.

Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus “ceza kanunları dar yorumlanır” biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.”



3. Değerlendirme

Gerek 1961 ve 1982 Anayasalarında gerek 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda hem suçta hem de cezada kanunilik ilkesinden açıkça bahsedilmiştir. Buna göre 1961 ve 1982 Anayasalarında kanunilik ilkesi geniş bir çerçevede Anayasal bir ilke statüsünde düzenlenmiştir. Söz konusu ilkenin zaman bakımından lehe uygulanabilecek hâllerini de düzenleyen 1982 Anayasasının konuyu daha detaylı ve sistematik olarak düzenlediği görülmektedir³³.

Bununla birlikte, her iki Anayasada kanunilik ilkesinin “güvenlik tedbirleri” bakımından da uygulanmasını kabul etmiştir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda buna ilişkin bir hüküm olmamasına karşılık, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Anayasayla paralel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, işlenen bir suç nedeniyle kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için bu güvenlik tedbirinin kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir³⁴.

Mezkûr ilke bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda mevcut olmayan bir hükme yer verilmiştir. Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre; *idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacaktır*. Bu hükümlerle suç ve ceza koyma yetkisinin sadece *yasama organına ait* olduğu, kanun teriminden de şekli anlamda kanunun anlaşılması gerektiği yasal olarak açıkça düzenlenmiştir³⁵. Aslında bu hüküm suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucudur. Kanımızca, Ülkemizde kanunilik ilkesinin hayata geçirilmesinde yaşanan sıkıntılar nedeniyle bu şekilde açık bir hükme yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde de “*Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından*

33 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 7.

34 Esas Sayısı: 1970/42, Karar Sayısı: 1971/30, Karar Günü: 9/3/1971

“Emniyet tedbirleri, suçlunun düzeltilmesi ve uslandırılması yolu ile toplum yararını sağlamak üzere uygulanır. Böylece, bir tehlike haline karşı uygun tedbirlerle önleyici bir tepki göstermek amacı güdülür. Anayasa’nın 33. maddesinde “Cezalar ve ceza tedbirleri - yani emniyet tedbirleri - ancak kanunla düzenlenir” denildiğine göre, ülkemizde cezalarla emniyet tedbirleri konusunda, kanunilik, eşitlik, şahsılık ve bireyleştirme yönlerinden dahi bir ayırma yapma olanağı yoktur. O halde, emniyet tedbirleri de cezalar gibi, kanunca saptanır. Kanunilik eşitlik ve şahsılık ilkelerinin izlediği süreç, ulaştığı evre ve düzey, emniyet tedbirleri bakımından öncelikle gözönünde bulundurulur ve geçerlidir.”

35 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 112.



yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır. Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.” şeklindeki açıklamayla bu konuya özel bir vurgu yapılmıştır. Bu makalenin konusu da idarenin düzenleyici işlemeleriyle suç ve ceza konulması konusundaki doktrinde yaşanan tartışmalar ve Anayasa Mahkemesinin konuya bakışı olacaktır.

Keza, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan farklı olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında *kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı ve suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı* düzenlenmiştir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri ve kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan “kıyas yasağının” düzenlendiği bu hüküme, 1961 ve 1982 Anayasalarında açıkça yer verilmemiştir.

D. İLKENİN İDAREYE DÜZENLEME YASAĞI GETİRME BOYUTU (KANUNUN TEKELCİLİĞİ İLKESİ)

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ceza hukukunun kaynağı bakımından “*kanununun tekelciliği ilkesi*” benimsenmiştir. Bu ilke genel olarak hukukun kaynaklarından farklı olarak, ceza hukukunda sadece yazılı olmayan kaynakları değil, kanundan başka yazılı kaynakları, yani *idarenin düzenleyici işlemlerini de ceza hukukunun kaynakları dışında tutmayı, böylece ceza hukukunun kaynaklarını yalnızca kanunla sınırlandırmayı amaçlamaktadır.* Ceza hukukunun güvence fonksiyonu kapsamında “kanun” kavramıyla ifade edilen husus, ülkedeki anayasal düzen açısından teknik olarak kanun niteliği taşıyan yasama tasarruflarıdır³⁶.

Ayrıca Anayasanın, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin 13. maddesi, kanun hükmünde kararnamelerle temel haklara ilişkin düzenleme yapılamayacağına ilişkin 91. maddesi, Anayasanın 13. maddesindeki kanunsuz suç ve ceza konulamayacağına ilişkin 38. maddeyi hem teyit etmekte hem de güçlendirmektedir³⁷. Bu

36 ÖZGENÇ, s. 106.

37 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 62.



kapsamda konumuzla doğrudan ilgili bir konu da “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesidir. 1961 Anayasasının 5. maddesinde olduğu gibi, 1982 Anayasasının 7. Maddesinde de yasama yetkisinin devredilemeyeceği düzenlenmiştir. Üstelik Anayasanın 6. maddesi, hiç bir organın, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını belirtmektedir. Buna göre şekli kanun yetkisi başka bir mercie devredilemez. Diğer bir ifadeyle, şekli kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenlemenin, başka bir merci tarafından yapılması mümkün değildir³⁸. Anayasası 38. Maddesinde, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağını ve cezanın ancak kanunla konulacağını düzenlenerek, suç ve ceza koyma konusunda düzenleme yapma yetkisi münhasıran yasama organına verilmiştir.

Yasama-yürütme organı ayırımın kabul edildiği tarihten itibaren kanun çıkarma yetkisi yasama organının tekelinde bir görevdir. İdari makamlara hiç bir surette suç ve ceza koyma yetkisi verilemez. Kanun koymak suretiyle hangi hâllerde suçun sübut edeceğinin ve o suç için hangi cezanın belirlenme iradesi sadece yasama organına aittir³⁹. Kanunun tekelciliği ilkesi, yukarıda belirttiğimiz gibi, bireyin, özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmesine ve davranışlarını buna göre yönlendirmesine imkân sağlamakta ve ayrıca yazılı olmayan kaynakları reddederek hâkimi kanuna tabi kılarak yargılama gücünün keyfiliğini ve yasama dışı kaynakları reddederek yürütme gücünün keyfiliğini önlemektedir⁴⁰. Ayrıca bu ilke ceza hukukunun meşruluğunun sağlanmasına da hizmet etmektedir. Suç ve cezaların neler olacağına seçilmiş bir kurumun karar veriyor olması, devletin cezalandırma yetkisinin kullanılmasında temsili bir meşruluk sağlamaktadır⁴¹.

Buna göre devletin üç farklı erki bakımından bu ilkenin farklı yansımaları bulunmaktadır. Bu ilke *yasama organına* daha belirli ve öngörülebilir kanunlar çıkarma, *yürütme organına* düzenleyici işlemlerle suç ve ceza düzenlememe, *yargıya* ise kanunun suç saymadığı veya kanunun suç

38 “Eğer bir devlet organı, anayasanın kendisine verdiği bir yetkiyi, anayasanın öngörmediği bir şekilde, bir başka devlet organına devrederse, anayasa tarafından kurulmuş anayasal sistem değişmiş olur. Bu nedenle, devletin diğer kurulmuş organları gibi yasama organı da, anayasanın kendisine verdiği bir yetkiyi, anayasanın öngörmediği şekilde bir devlet organına devredemez. Buna göre, anayasa ile kendisine verilen kanun yapma yetkisini, yasama organı, anayasanın kendisi öngörmediği biçimde, hükümete devredemez.” (GÖZLER, Cilt I, S. 824); TEZİÇ, s. 14-15.

39 İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU./ÜNVER, s. 6.; MAHMUT OĞLU/ KARADENİZ s. 17.

40 TOROSLU Nevzat: **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1990, s. 20.

41 BOYAR, s. 288.



sayıp da cezasını öngörmediği bir fiilden dolayı ceza kanunlarında yer alan suçların kapsamını genişleterek (kıyas yaparak) ceza vermeme yükümlülüğü yüklemektedir⁴². Buna göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi esas itibarıyla kanun koyucuya ve yürütme organına hitabeden bir ilkedir. İlke, yasama organına suç ve cezaları sadece sen düzenleyebilirsin derken, diğer yandan yürütme organına suç ve ceza niteliğindeki düzenlemeleri yapamazsın demektir. Bu noktadan bakıldığında, ilkenin çok açık ve uygulaması kolay bir ilke olduğu söylenebilir. Ancak ceza normlarına bakıldığında, suç ve cezada kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmadığı, yürütme organına sınırlı da olsa suç ve cezaların belirlenmesi noktasında bir takım yetkiler verildiği görülebilmektedir.

Pek çok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de suç ve cezaların kanuniliği ilkesi kabul edilmiştir. Kanunla bir fiilin suç hâline getirilmesi ve kanunla cezasının belirlenmesine “*tam ceza kanunu*” adı verilmektedir. Ancak, bazen kanun koyucu suç teşkil eden fiili açıkça düzenlemeyip, belirlediği çerçeve içinde düzenleme yetkisini idareye bırakmakta ve bu fiil için uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle yasak fiillerin nelerden ibaret olduğunu belirleme yetkisini idareye bırakarak, idarenin suç ihdas etmesine izin vermektedir. Öğretide bunlara “açık, beyaz veya kör ceza kanunları” adı verilmektedir⁴³.

Yürütme organının düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas etmesinin kanunilik ilkesinin ihlal edip etmediği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Çoğunlukla kabul edilen görüş, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin kişi hak ve özgürlükleri bakımından teminat oluşturması nedeniyle katı bir şekilde uygulanması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁴. Bununla birlikte kimi yazarlar ise suç ve cezanın sadece kanun tarafından konulabileceğine ilişkin ilkenin, çok katı bir şekilde uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş sahipleri, yürütme organına yetki verilmesi gerekliliğini çeşitli gerekçelerle izah etmektedirler. Bu gerekliliğe genellikle teknolojik gelişmeler, bazı konuların uzmanlık gerektirmesi, yeni suç tiplerinin ortaya çıkması veya ekonomi gibi dinamik alanlarda hızlı karar alınması gerekirken yasama organının yavaş çalışması gibi hususlar gerekçe gösterilmektedir⁴⁵. Bu gerekçelerin söz

42 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.125-127; BOYAR, s. 288.

43 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 116.

44 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 56.

45 “XVIII. yüzyılın sonlarına doğru yapılan ihtilaller sonucu anayasalar geçmişe bir reaksiyon olarak suç ve cezanın sadece kanun tarafından konulabileceğini derpiş etmişler ve uygulama uzun süre bu yönde olmuştur. Ancak bu sert uygulama zamanla çeşitli nedenlerle şiddetini kaybetmiştir. Gerçekten teknolojik gelişmeler, yeni suç tiplerini doğurmuş, bunlarla

konusu durumlarda kanunilik ilkesinin esnetilmesi bakımından iki şartın daha aranması gerektiği ifade edilmektedir. Bunlardan birincisi, idarenin kullanacağı yetkinin sınırlarının kanunla açıkça belirlenmesi, ikincisi ise cezanın kanunda açıkça belirlenmesidir. Bu şartlarla kanun koyucunun yetki vermesi durumunda ('beyaz', 'açık' veya 'çerçeve' kanun) idare tarafından suç ihdas edilmesi mümkündür⁴⁶.

Bununla birlikte, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suçta ve cezada belirlilik, örf ve adetle suç ihdası yasağı ve kıyas yasağı ilkeleriyle de yakından ilgilidir. Ayrıca bu ilkenin diğer bir zorunlu sonucu, hiç kimsenin işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı veya kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceğine ilişkin "zaman bakımından uygulama"ya dair ilkedir. Ancak, ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanma ilkesi ile kıyas yasağı bu Makalede değerlendirilmemiş, esas itibarıyla kanunilik ilkesi suçta ve cezada belirlilik ilkesiyle yakından ilişkili olan "kanununun tekelliliği ilkesi" boyutuyla incelenmiştir. Suçta ve cezada belirlilik ilkesinin "kanunda açıkça düzenlenme"nin bir başka boyutunu oluşturan, suç ve ceza hükümlerinin anlaşılır şekilde yazılması, net ve açık olması, muğlâk ve çok kapsamlı ifadeler içermemesi⁴⁷ hususları da çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Daha önce de ifade edildiği üzere çalışmanın esas konusunu "beyaz hüküm" veya "açık ceza normu" olarak nitelendirilen, kanun koyucunun suçun unsurunun veya cezanın

mücadele ve mahalli ihtiyaçlar idarenin tanzim yetkisinin artırılmasını gerekli kılmıştır. Parlamentonun yavaş işleme ve kanun yapmanın zaman alması suçlulukla mücadeleyi geciktirmiştir.

Bazı ihtisası gerektiren konuların düzenlenmesinin bürokratlara ve meslek kuruluşlarına bırakılması zorunlu olmuştur. Sosyo ekonomik gelişmeye paralel olarak ekonomik ve ticari ceza hukukunun doğusu, bu alanda idareye yetki verilmeyi gerektirmiştir.

...

Tüm bu nedenlerle yasama organı cezasını kendi tespit ederek yürütme organına önce tüzük, yönetmelik gibi tasarruflarla, daha sonra da tedbir, karar, kararname gibi tasarruflarla konu ve sınırlarını kendi belirterek suç ihdas yetkisi vermiştir.

Demek ki, yasama organı yürütme organına veya idareye cezasını kendisi bizzat koyarak yetki vermemiş ise, yürütme organı suç ihdas edemez veya suç normunu tamamlayan düzenleme yapamaz." (SOYASLAN, s. 103-104).

46 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 57.

47 "Maddedeki 'açıkça' sözcüğü, belirlilik ilkesi ile kıyas yasağına işaret etmektedir. Belirlilik ilkesi uyarınca, suçta kanunilik ilkesinin kabul edilmesi ceza hukukunun güvence fonksiyonunun icra edilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda kanunda yer alan suç tanımlarının açık ve seçik olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bireyler hangi eylemlerinin suç oluşturduğunu kanun metninden açık bir şekilde anlayabilmelidir. Bu itibarla kanun metinleri çok açık ve herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde kaleme alınmalıdır." (ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 112-113); KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 55.



belirlenmesinde idarenin düzenleyici işlemleriyle yürütme organına yetki veren düzenlemeler oluşturmaktadır. Nitekim Türk Ceza Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasında “kanunun açıkça suç saymadığı” bir fiilden dolayı ceza verilemeyeceği ifade edilerek “belirlilik ilkesine” ve “kıyas yasağına” vurgu yapılmış, aynı maddenin ikinci fıkrasında “idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” şeklindeki hükümlerle kanunilik ilkesinin, “belirlilik ilkesi”nden farklılık gösteren yönü ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu nedenle, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilemeyeceğine ilişkin ilke, kimi yazarlar tarafından belirlilik ilkesi içinde incelenirse de, bu Makalede belirlilik ilkesinden bağımsız bir şekilde ele alınmıştır. Nitekim doktrinde de idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulup konulamayacağına ilişkin değerlendirmeler, çoğunlukla “kanunilik ilkesi” başlığı altında ancak “belirlilik ilkesi”nden ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır.

II. İLKENİN KAPSAMINI BELİRLEYEN KANUN KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin açıklığa kavuşturulması ve kapsamının belirlenmesi bakımından öncelikle ele alınması gereken husus, “kanun” kavramıyla neyin ifade edildiğidir. Ayrıca kanun kavramının açıklığa kavuşturulması, “idarenin düzenleyici işlemleri” ile kanunun farkını ortaya koymak bakımından da önem taşımaktadır.

Ceza hukukunun güvence fonksiyonu kapsamında “kanun” kavramıyla, ülkedeki anayasal düzen açısından teknik olarak kanun niteliği taşıyan yasama tasarrufları kastedilmektedir⁴⁸. 1982 Anayasasının 87. maddesinde “Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak” olarak ifade edilmiş, ancak Anayasada “kanun” kavramının tanımını yapılmamıştır⁴⁹. Kanunlar, Anayasanın öngördüğü yetkili organ tarafından, yine Anayasada düzenlenen usule uygun şekilde kabul edilerek yürürlüğe konulan

48 ÖZGENÇ, s. 106.

49 “Kanun 1982 Anayasasının 87-91 maddeleri ile Meclis İhtizük hükümlerine göre T.B.M. Meclisi tarafından yapılan, Resmi Gazete ile yayımlanmakla veya yayından belli bir süre sonra yürürlüğe giren, kural olarak objektif, gayri şahsi bir tasarruftur. Ancak Cumhuriyet döneminde kanun her zaman T.B.M. Meclisi gibi seçilen bir organın tasarrufu olmamış, 27 Mayıs 1960 döneminde 12.6.1960 tarih ve I sayılı Kanun ile T.B.M. Meclisinin fonksiyonunu icra eden Millî Birlik Komitesi, 12 Eylül 1980 döneminde 12.12.1980 tarih 2356 sayılı Kanun ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosuna ait görev yetkileri üstlenen Millî Güvenlik Konseyi gibi kuruluşlarda kanun isimli tasarruflar çıkmışlardır.” (SOYASLAN Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 98-99).

yazılı hukuk kurallarıdır. Kanun, organik-şekli ve maddi kanun olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Şekli kanun anlayışına göre, içeriği ve kapsamına bakılmaksızın yasama organınca yapılan her türlü işlem kanundur. Maddi kanun anlayışına göre ise, bir metnin kanun niteliğinde olması için genel, soyut ve kişisel olmayan kurallar içermesi gerekmektedir⁵⁰.

Bu bağlamda, pozitif Türk hukukunda, kanun kavramıyla kastedilen, sadece maddi anlamda yani kural-işlem niteliğindeki yasama tasarrufları (maddi kanun anlayışı) mıdır, yoksa Türkiye Büyük Millet Meclisinin kanun olarak kabul ettiği bireysel işlemler de (şekli kanun anlayışı) kanun olarak kabul edilmekte midir? Bu konuda doktrinde kabul edilen görüş; 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da kanunun mutlaka bir kural-işlem olmasını gerektiğini gösteren herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle şekli kanun anlayışının benimsenmiş olduğudur. Yani pozitif anayasa hukukuna göre, kanunun, genel, objektif, kişilik-dışı ve geleceği düzenleyici bir işlem olması gerekmekte, bireysel ve sübjektif işlemlerin de kanun olarak tanımlanabilmesi mümkündür⁵¹. Kanunla idarenin diğer düzenleyici işlemlerini ayıran husus, bunların maddi mahiyetleri değil, aralarındaki hiyerarşi farkıdır. Buna göre, kanun ancak şekli-organik kritere göre tanımlanabilecektir. Buna göre yasama organı tarafından kanun adı altında ve belirli yasama usulleri uygulanarak yapılan her türlü işlem, kanun olarak kabul edilecektir⁵². Şekli kanun anlayışına göre, yasama ve yürütme fonksiyonlarının birbirinden ayrılması kolaydır. Yasama organının işlemleri, yasama fonksiyonunu,

50 TEZİÇ Erdoğan: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Beta, İkinci Baskı, İstanbul, 1991, s. 10; Maddi kritere göre, "Yasama fonksiyonu (fonction legislative) kural koymak, yani genel, objektif, kişisel olmayan işlemler yapmak demektir. Devlet hangi organıyla olursa olsun, kural-işlem (acte-regle) yaptığı zaman ... her zaman yasama fonksiyonu icra etmektedir." Şekli veya organik kritere göre, "... yasama fonksiyonu, yasama organının yaptığı işlemlerden oluşur." (GÖZLER Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Ekin, 1. Baskı, Haziran 2011, s. 817, 820); ATAR Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku, Mimoza**, 6. Baskı, Konya, 2011, s. 167.

51 "Türk pozitif hukukunda, kanunun maddi anlamda bir tanımlaması yapılmış değildir. Şekli kanunla yapılan her işlem yasama işlemidir. Anayasadaki, 'yasama yetkisini Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.' (m. 7) kuralı, bir ayırım yapmadan, kanunun şekli ve maddi anlamlarını kapsamaktadır. ... başka anlatımla, 1982 Anayasasında, kanun şekli anlamdadır, yani yasama organı tarafından belli bir usulle yapılan işlemdir." (TEZİÇ, s. 11-12).

"Şüphesiz ki, gerek 1961 gerek 1982 Anayasalarına göre, maddi anlamda kanunların yanında şekli anlam da kanunlarda vardır. Diğer bir deyimle, kural-işlem olmadığı, bir objektif hukuk kuralı koymadığı halde, kanun adını taşıyan, maddi kanunlarla aynı usuller içerisinde yapılan, aynı hukuki güze sahip olan ve aynı yargısal denetim rejimine tabi bulunan birçok işlemler mevcuttur." (ÖZBUDUN, s. 188).

52 ÖZBUDUN, s. 190; GÖZLER, Cilt I, s. 825.



yürütme organının işlemleri ise yürütme fonksiyonunu oluşturmaktadır. Buna göre, yürütme organının işleminin genel, soyut, objektif ve kişilik dışı olması, onu yasama işlemi yapmamaktadır. Aynı şekilde yasama organının işleminin bireysel, somut ve sübjektif bir duruma ilişkin olması da onu idari işlem yapmamaktadır⁵³. Ayrıca, yasama yetkisinin asli bir yetki olması, diğer bir ifadeyle yasama organının Anayasaya uygun olmak şartıyla gerekli gördüğü her konuyu düzenleyebilecek olması şekli kanunun anlayışının kabul edildiğini göstermektedir⁵⁴.

Şekli kanun anlayışının kabul edilmesi, kanun koyucunun suç veya ceza düzenlemek konusunda *kanunla yapmak şartıyla sınırsız özgür olduğu anlamına mı gelmemektedir?* Örneğin belli bir kişi veya somut bir olay için suç ve ceza öngören bir kanun yapma konusunda kanun koyucu özgür müdür? Şekli kanun anlayışının kabul edilmesi durumunda da yasama organının her türlü hukuki işlemi kanun biçiminde yapamayacağı kabul edilmektedir. Bu kapsamda belli bir kişiye *mükellefiyet yükleyen düzenlemelerin* kanunla yapılması mümkün değildir⁵⁵. Buna göre, belli bir kişi veya somut bir olay için suç ve ceza öngören bir kanun yapılması mümkün olmamalıdır. Ancak, bunun gerekçesi kanunların kural-işlem niteliği taşıması gerektiği değil, Anayasanın hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik gibi diğer ilkeleridir. Belli bir kişi veya somut bir olay için suç ve ceza öngören bir kanununun Anayasanın hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik gibi ilkelerini zedeleyeceği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Buna göre şekli kanun anlayışı da, kanunla düzenlense dahi *suç ve ceza alanında kanun koyucunun sınırsız bir düzenleme yetkisini haiz olduğu anlamına gelmemektedir*.

Öteyandan, *kanunların genelliği ve soyutluğu* devletin keyfi davranışlarına karşı en etkin korunma yolu olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Kanunların genel ve soyut olması, siyasi iktidarı elinde bulunduranların, belli somut olaylar karşısında, keyfi uygulamalar yapmasını büyük oranda azaltmaktadır. Temel hak ve hürriyetlere müdahalenin en yoğun olduğu ceza hukuku alanında, kanunların genel ve soyut olması daha da önem taşımaktadır. Bu nedenle kanunımızca, ceza hukuku alanında şekli nitelikteki kanunlar kanunilik ilkesini karşılasa da, ceza hukukunun diğer temel ilkeleri dikkate alındığında belli bir kişiyi veya somut durumu göz önüne alan (şekli kanun anlayışı) kanunlarla suç ve ceza düzenlenmesi hukuk devleti,

53 GÖZLER, Cilt I, s. 821.

54 TEZİÇ, s. 11-12.

55 ÖZBUDUN, s. 202; ATAR, s. 169.

56 ÖZBUDUN, s. 190.



hukuk güvenliği, kanun önünde eşitlik gibi ilkelere uygun olmayacaktır. Nitekim belli bir kişiyi veya somut durumu göz önüne alarak ceza normu düzenlenmesinin önüne geçilmesi amacıyla ceza hukuku alanında, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği, yani ceza kanunlarını geriye yürütmeyeceği anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir. Ancak kanımızca, yasama organının belli bir kişi veya somut bir olay için kanunla suç ve ceza düzenlemesi durumunda, bu kanun Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı bulunup iptal edilmedikçe yürürlükte olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira bir kanunun Anayasaya uygunluğunu denetleyebilecek tek makam, Anayasa Mahkemesidir⁵⁷.

B. SÜRELİ VEYA GEÇİCİ KANUNLAR

Kanunlar kural olarak ne kadar yürürlükte kalacaklarına ilişkin bir hüküm içermediklerinden, yürürlükten kaldırılmadıkları sürece uygulanmaya devam ederler. Yürürlük süresini sonlandırıcı olacak şekilde açık bir tarih veya devam eden durumun sonlandırılması gibi bir sınırın belirlenmediği kanunlar *sürekli kanunlar* olarak adlandırılır. Ancak yürürlük süresi iki yıl olarak belirlenen 4.3.1935 tarihli Takriri Sükun Kanunu gibi bazı kanunların mülga olacakları tarih önceden belirlenmiş olarak *sürelî* olarak yürürlüğe konulduğunu görmekteyiz. Bu tür kanunlar söz konusu tarih geldiğinde başka bir müdahaleye gerek olmadan kendiliğinden yürürlükten kalkmaktadır. Yine Sıkıyönetim Kanunu ve Olağanüstü Hal Kanunu gibi bazı kanunlarda belirli bir olgu veya durumun varlığına bağlı olarak, uygulanacağı süre önceden kesin olarak belli olmadan, belirli dönemler için *geçici* olarak yürürlüğe girmektedir⁵⁸.

Sürelî veya geçici nitelikte de olsa söz konusu kanunlar teknik olarak yasama tasarrufu niteliğinde olduğundan, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından kanunun sürelî veya geçici olmasının olumsuz bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenle bir kanun sürelî olarak veya geçici olarak yürürlüğe konmuş olsa da, bu kanunlarla suç ve ceza konması mümkündür. Nitekim yukarıda ifade edilen kanunlarda da suç ve ceza içeren hükümler yer almaktadır. Üstelik Türk Ceza Kanununun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında “Geçici ve sürelî kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına

57 “... bir kanun bir anayasaya ne kadar aykırı olursa olsun, bu kanunun anayasaya aykırı olduğu tespit edilip, ilan edilmedikçe, bu kanun geçersiz hale gelmez ve bu kanun uygulanmaya devam edilir.” (GÖZLER Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Ekin, 1. Baskı, Haziran 2011, s. 703).

58 DEMİRBAŞ, s. 102; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 97.



devam edilir.”⁵⁹ şeklindeki hükümlerle, hem bu kanunlarla suç ve ceza düzenlenebileceği zımnen kabul edilmiş hem de yürürlük süreleri bittikten sonrada yürürlük tarihinde işlenen suçlar bakımından uygulanmaya devam edilecekleri açıklığa kavuşturulmuştur.

C. OSMANLI İMPARATORLUĞU DÖNEMİNDEN KALMA “NİZAMNAME” VE “KANUNU-U MUVAKKATLAR”

Yasama organı tarafından kanun adı altında ve belirli yasama usulleri uygulanarak yapılan her türlü işlem, kanun olarak kabul etmekle birlikte, *Osmanlı İmparatorluğu döneminde kanun veya kanuna eş değer nitelikte uygulanmak üzere çıkarılmış olan düzenlemelerden, adı ne olursa olsun bugün yürürlükte olanlar kanun niteliğinde ve kuvvetindedir*⁶⁰. O nedenle, Osmanlı İmparatorlu Meşrutiyet döneminden kalma “I. Meşrutiyet dönemi nizamnameleri” ile “II. Meşrutiyet dönemi Kanun-u Muvakkatları” yürütme organı tarafından yapılmış düzenleyici işlemler olmasına rağmen, kanunlara eşdeğer işlemler olarak kabul edilmektedir⁶¹. Nitekim 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi verdiği bazı kararlarında kanun kavramının kapsamını genişleterek, teknik anlamda kanun niteliğinde olmayan bu düzenlemelerin kanun niteliğinde olduğuna ve bu düzenlemelerle yapılan suç ihdaslarının suç ve cezanın kanuniliği ilkesini ihlal etmediğine hükmetmiştir.

59 Söz konusu fıkrayı gerekçesi şu şekildedir:

“ Süreli ve geçici kanunların bu madde kapsamında içinde olmamasının, adalet, sosyal yarar ve kanunun etkinliği gereği bulunduğu kabul edildiğinden, son fıkraya metinde yer verilmiş ve böylece süreli ve geçici kanunların etkinliğinin ve adaletin sağlanması istenilmiştir. Bilindiği gibi bir kısım ceza kanunları, olağanüstü halleri ve geçici durumları karşılamak amacıyla ve dolayısıyla nitelikleri yönünden geçici olarak veya kanun metninde açıkça belirtilen süre kadar yürürlükte kalmak üzere meydana getirilirler. Bu tür kanunların, nitelikleri gereği, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş bütün suçlar hakkında uygulanmaları zorunludur. Aksi takdirde söz konusu kanunların caydırıcı etkileri kalmaz veya azalır. Oysa, çeşitli nedenlerle suçların failleri ele geçirilememekte ve örneğin iştirak halinde işlenen bir suçta kaçan fail, kanunun uygulama süresi geçtiğinde hiçbir yaptırım ile karşılaşmamaktadır. Bu nedenle maddenin son fıkrasıyla, bu maddenin geçici ve süreli kanunlar hakkında uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir. Zamanasımı hükümleri ise, elbette ki, bu suçlar bakımından da geçerlidir.”

60 ATAR, s. 179.

61 “Nizamnamelerin kanun niteliğinde oluşları, yapıldıkları I. Meşrutiyet döneminde, Osmanlı Parlamentosunun dağılımı ve yasama yetkisinin fiilen padişaha ait olmasıyla açıklanabilir. Çünkü, kanun kavramı, ancak yasama ile yürütmenin birbirinden ayrıldığı rejimlerde bir anlam ifade eder. Bu dönem çıkarılan ‘Nizamname’ adı altındaki işlemler, kanun niteliğindedir. ... 1876 Kanunu Esasiye göre (m. 36), Heyati Vükala (Bakanlar Kurulu) tarafından, meclisin tatili sırasında, acele ve olağanüstü hallerde, sonradan Meb’usan ve Ayan meclislerinin onayına sunulmak üzere alınan kararlar, ‘muvakkaten’ kanun hükmündedir. ... Meclis onaylamadığı takdirde, Kanunu Muvakkatler yürürlükten kalkardı.” (TEZİÇ, s. 22-23).

Mahkeme, Anayasanın 33. maddesinin ikinci fıkrasına göre cezaların ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulacağına ilişkin hüküm olmasına karşılık, Zabitaî Saydiye Nizamnamesinin 25. maddesine göre yasak süre içinde balık avlayanlara verilecek para cezasının kanunda değil bir nizamname içinde yer almış olmasının suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal ettiği iddiasıyla açılan iptal davasında, 18 Sefer 1299 günlü Zabitaî Saydiye Nizamnamesinin yasama yetkisini de elinde bulunduran o zamanın hükümdarı tarafından 1882 yılının başında çıkarıldığı ve adı nizamname olmakla birlikte toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar kapsadığı; yani kanun değer ve gücünde olduğu gerekçesiyle Zabitaî Saydiye Nizamnamesi kanun niteliğinde olduğuna ve bu Nizamnamenin 25. maddesiyle ceza hükmü getirmesinin Anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir⁶². Keza 10 Nisan 1322 günlü Asarı Atıka Nizamnamesinin 11 inci maddesinde, bu Nizamnamenin 10 uncu maddesine aykırı hareket edenler hakkında ceza öngörülmesinin Anayasanın 32. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu iddiasıyla açılan diğer bir iptal davasında Anayasa Mahkemesi, Asarı Atıka Nizamnamesinin de kanun niteliğinde olduğuna ve Nizamnamenin ceza hükmü öngörmesinin Anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir⁶³.

62 Esas No: 1966/4, Karar No: 1966/25, Karar günü: 3/5/1966.

“18 Sefer 1299 günlü Zabitaî Saydiye Nizamnamesi yasama yetkisini de elinde bulunduran o zamanın hükümdarı tarafından 1882 yılının başında çıkarılmıştır. Adı nizamname olmakla birlikte toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar kapsar; yani kanun değer ve gücündedir. Nizamname adını taşımasının, o çağda kanunla nizamname arasındaki ayırımın kesin olarak belirmemiş ve tüzük (nizamname) deyiminin henüz bu günkü anlam ve kavramıyla yerleşmemiş bulunmasından ileri geldiği söylenebilir. Zabitaî Saydiye Nizamnamesi, daima bir kanun niteliği ile uygulanmış; kimi hükümlerinin değiştirilmesi veya kaldırılması yahut yeni hükümler eklenmesi hep kanun çıkarılması yoluyla sağlanmıştır. (Sözgelimi; 16/4/1338 günlü ve 218 sayılı Kanun 24/4/1936 günlü ve 2956 sayılı Kanun v.b) mevzuatımızda kanun 18/1/1926 günlü ve 721 sayılı kanun, 22/4/1926 günlü ve 820 sayılı kanun, adını taşımamakla birlikte kanun niteliğinde metinler bulunduğu gerçeği 44 sayılı ve 22/4/1962 günlü Kanunun geçici 5 inci maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü ile de açığa vurulmaktadır. Öte yandan itirazda bulunan mahkeme, Zabitaî Saydiye Nizamnamesinin kanun niteliğinde olduğu kabul etmediği halde Anayasa'nın ancak Kanunlar için tanıdığı 151. maddesinde yazılı yoldan yararlanarak Anayasa Mahkemesine başvurduğu için bir de gelişmeye düşmüştür.

Özetlenecek olursa Zabitaî Saydiye Nizamnamesi kanun niteliğindedir 25 inci maddesiyle ceza hükmü getirmesinde Anayasa'ya aykırılık yoktur.”

63 Esas No: 1965/16, Karar No: 1965/41, Karar tarihi: 6/7/1965

“10 Nisan 1322 günlü Asarı Atıka Nizamnamesinin 11 inci maddesi, bu Nizamnamenin 10 uncu maddesine aykırı hareket edenler hakkında ceza tâyin etmektedir. Anayasa'nın 149 uncu ve 151 inci maddeleriyle, kanunların Anayasa'ya aykırılığını denetlemek görevi, Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Önce Asarı Atıka Nizamnamesinin kanun niteliğinde olup olmadığının çözümlenmesi gerekir. Nizamname yurt içinde bulunmuş ve bulunacak eski eserler hakkında ne işlem yapılacağını ve bunların mülkiyetinin kime ait olacağını göstermektedir. Asarı Atıka Nizamnamesi bir kanunu uygulama maksadıyla düzenlenmiş olmayıp konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar koymakta ve bu niteliği



Bu kararlar karşısında, Osmanlı İmparatorluğu döneminde yapılan bu düzenlemelerle getirilen suç ve ceza hükümlerinin *kanunilik ilkesine uygun olduğunun* kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁴.

D. ÖZEL KANUNLAR

Burada ele alınması gereken bir konuda, suç ve ceza düzenlemesi yapılabilecek kanunların özel bir nitelik taşıması gerekir gerekmediği hususudur. Türk Ceza Kanunu ceza hukukunun temel kaynağı olmakla birlikte, farklı konu ve alanlarda suç ve ceza düzenlemesi yapan özel kanunlar da bulunmaktadır⁶⁵. Anayasa suç ve cezanın sadece kanunla düzenlenebileceğini ifade etmekte, ancak suç ve ceza düzenlenebilecek kanun bakımından özel bir nitelik aramamaktadır. Türk Ceza Kanununun 5. maddesinde ise “özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar”dan bahsedilmektedir. Buna göre, suç ve ceza düzenlemesi yapılabilmesi için kanunun özel bir nitelik taşımasına gerek bulunmamaktadır. Suç ve cezaların Türk Ceza Kanununda veya diğer özel kanunlarda düzenlenmesinin, kanunilik ilkesi bakımından bir farkı bulunmamaktadır⁶⁶.

“bakımından Anayasa’nın 107 nci maddesinde sözü edilen ve kanunun uygulama şeklini belirten veya kanunun emrettiği işleri açıklayan tüzüklerden ayrı bir durum göstermekte ve yürürlüğünden önceki mevzuatı ortadan kaldırmaktadır.

Gerçekten Nizamnamenin yürürlüğe girdiği günde Mebusan Meclisi süresiz kapatılmış, böylece yasama ve yürütme erki Devleti temsil eden padişahın elinde toplanmış ve onun iradesi kanun kudretinde bulunmuştur. Yüksek iradenin onayı ile yürürlüğe konulan ve o günden beri uygulanana gelen bu Nizamnamenin kanun niteliğinde olduğunun kabulü ve bu sebeple de Anayasa’ya aykırılık itirazının incelenmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Yukardaki fıkralar kanun adını taşımamakla beraber kanun mahiyetindeki sair metinler için de uygulanır.” hükmü de bu düşünceyi doğrulamaktadır. Böylece kanun niteliğini taşıyan Asarı Afika Nizamnamesinin ceza hükmü koymasında Anayasa’nın 33 üncü maddesine aykırı bir yön yoktur.”

64 “... kanun ve nizamname ayırımının henüz kesin bir şekilde yapılmadığı Osmanlı döneminden kalma ‘nizamname’ ancak kanun hüküm ve kuvvetinde olan ceza normu içeren Zabıtai Saydai Nizamnameleri gibi nizamnameleri de zikretmek mümkündür.” (SOYASLAN, s. 99).

65 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 75.

66 “Maddi ceza hukuku alanında en önemli ve en kapsamlı herkese uygulanabilen müşterek kaynak 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunudur. T.C. kanunundan başka ceza hükmü içeren birçok özel kanun vardır. Bu özel kanunlar ya belli görevleri ifa eden kişilere veya belli yaş grubunda suç işleyenlere veya belli bir fiili icra eden failere veya belli bir konu veya alana ilişkindir. Bunlar Askeri Ceza Kanunu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Millî Korunma Kanunu, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu, Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun gibi kanunlardır.” (SOYASLAN, s. 99).



E. BÜTÇE KANUNU VE KESİN HESAP KANUNU

Bütçe Kanunu, bir kural-işlem olmayıp, devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine kamu harcamalarında bulunmak ve kamu gelirlerini toplamak konusunda belli bir süre için yetki veren bir şart-işlemdir. Ancak Anayasanın 161. maddesi “bütçe kanunu” bakımından özel bir hükme yer vermiştir. Buna göre, bütçe kanununa, bütçeyle ilgili hükümler dışında her hangi bir hükmün konulması mümkün değildir. Yine aynı şekilde bu hüküm, bütçe kanunlarıyla mevcut ceza hükmü içeren hükümlerde açık veya zımni değişiklik yapılmasını veya bu hükümlerin yürürlükten kaldırılmasını da yasaklamaktadır⁶⁷. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında bütçe kanunu ile diğer kanunlarda değişiklik yapılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur⁶⁸. Yasama organı bütçe kanununu kabul ettiği gibi, bu kanunun uygulanışını da denetleme yetkisine sahiptir. Buradaki denetim, Sayıştay tarafından hazırlanan genel uygunluk bildirimini üzerinden kesin hesap kanunu tasarılarını kabul etmek suretiyle yapılmaktadır. Buna göre, bütçe kanunları gibi kesin hesap kanunları da kanun biçiminde kabul edilmek ve kanun statüsüne sahip olmakla birlikte, hukuk normu oluşturan maddi anlamda kanunlar değildirler⁶⁹. Bu açıklamalar karşısında, kanun niteliğinde yasama tasarrufu olmalarına rağmen, özel bir hukuki statüye sahip bütçe kanunu ve kesin hesap kanunuyla suç ve ceza düzenlenmesi mümkün görülmemektedir.

67 ÖZBUDUN, s. 205.

68 Esas No: 1998/56, Karar No: 1998/89, Karar günü: 28/12/1998

“Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, Anayasanın 87. maddesinde belirtilirken genelde yasaları koymak, değiştirmek ve kaldırmak yanında özel bütçe yasa tasarılarını görüşmek ve kabul etmek biçiminde bir ayırım yapılmıştır. Anayasanın bu ilkesi karşısında yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe yasası ile düzenlenmesine ve bir yasada yer alan bir hükmün bütçe yasaları ile değiştirilmesine ve kaldırılmasına olanak yoktur... Anayasa birbirinden tamamen ayrı ve değişik biçimde düzenlenen bu iki yasalştırma yönteminin doğal sonucu olarak, birinin konusuna giren bir işin, ötekisiyle ilgili yöntemin uygulaması ile düzenlenmesi, değiştirilmesi ve kaldırılması olanaklı değildir... Anayasanın 161. maddesinin getiriliş amacı, bütçe yasalarında, yıllık bütçe kavramı dışındaki konulara yer vermemek böylece bütçe yasalarını ilgisiz kurallardan uzak tutarak kendi yapısı içinde bütünleştirmektir.”

69 ÖZBUDUN, s. 204-207.



F. PARLAMENTO KARARLARI VE İÇTÜZÜK

Bu bölümde değinilmesi gereken bir konu da, kanun niteliğinde olmayan “parlamento kararlarıyla” suç ve ceza düzenlenip düzenlemeyeceğidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin kanun dışındaki bütün işlemleri olarak tanımlanan *parlamento kararları*⁷⁰ konu yönünden çok farklı kararları içermektedir. Parlamento kararlarının önemli bir bölümünü İçtüzüğün yapılması ve değiştirilmesi, Başkanın ve Başkanlık Divanının seçilmesi, komisyonların seçimi, meclisin tatile girmesi, dokunulmazlığın kaldırılması veya üyeliğin düşmesi gibi *yasama organının iç örgütlenmesine ve çalışmasına ilişkin kararlar* oluşturmaktadır. Parlamento kararlarının diğer bir bölümünü de meclis soruşturması açılması, Yüce Divana sevk kararı, güvenoyu, genel görüşme veya meclis araştırması açılmasına karar verilmesi gibi yasama organının *yürütme organıyla ilişkilerine* ilişkin kararlar oluşturmaktadır. Bu kararlardan sadece *ıçtüzük*, dokunulmazlığın kaldırılması veya üyeliğin düşmesine ilişkin kararlar yargı denetimine tabi kılınmıştır⁷¹. Bir çeşit parlamento kararı olan “ıçtüzük” amacı, Anayasanın 95. maddesinin birinci fıkrasına göre, Meclisin çalışmalarının düzenlenmesidir⁷². İçtüzük, meclisin düzenini ve çalışma yöntemini belirleyen genel nitelikteki hükümler olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle içtüzüğe meclis çalışmalarıyla ilgili olamayan hükümlerin konulması mümkün değildir⁷³. Bu nedenle, içtüzük sadece yasama üyelerini bağlar ve meclis dışında uygulanma alanına sahip değildir. Çünkü gerek parlamento kararlarıyla gerekse de içtüzükle *vatandaşlar için uyulması zorunlu veya yükümlülük getirici* genel hukuk kuralları koyulamamaktadır. Ayrıca, kanun konusu olabilecek bir alanın parlamento kararı niteliğinde olan İçtüzükle düzenlenmesi de mümkün değildir⁷⁴. Böyle bir durum, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılabilmesine

70 “Parlamento kararları, parlamentoların iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olarak veya parlamentoların yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlardır.” (GÖZLER, Cilt I, s. 829).

71 ÖZBUDUN, s. 215-217.

72 TEZİÇ, s. 53-54.

73 Esas Sayısı: 1977/6, Karar Sayısı: 1977/14, Karar günü: 22/2/1977

“Anayasanın 85. maddesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin ve Meclislerin çalışmalarını, kendi yaptıkları içtüzüklerin hükümlerine göre yürütecekleri kuralını koymaktadır. Buna göre bir konunun içtüzükle düzenlenebilmesi için onun, Meclisin çalışma alanı içinde olması gereklidir. Meclislerin Anayasa gereği olarak görev ve yetkileri içinde olmayan konulara ilişkin çalışmaların içtüzük hükümleriyle düzenlenmesi ve o yoldan Meclislerin görev alanı içine sokulması olanaksızdır.”

74 TEZİÇ, s. 55; GÖZLER, Cilt I, s. 829; ATAR, s. 183.

ilişkin Anayasanın 13. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olacaktır⁷⁵. Parlamento kararlarının bu niteliğinden dolayı Anayasa, içtüzük ile yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düşmesine ilişkin kararlar dışında parlamento kararları yargı denetimine tabi tutmamıştır⁷⁶. Bu açıklamalara göre, ne parlamento kararlarıyla ne de içtüzükle (yalnızca meclis üyelerine uygulanacak disiplin hükümleri hariç⁷⁷) *suç ve ceza düzenlenemeyeceği* konusunda bir tereddüt bulunmaktadır.

G. ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 1961 Anayasası ile kabul edilen ve günümüzde de geçerli olan kurala göre, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” uluslararası andlaşmaların “kanun hükmünde” sayılması gerekmektedir. Mezkûr hüküm, “*bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz*” ifadesiyle güçlendirilmiştir⁷⁸. Bu fıkra aynı zamanda, uluslararası andlaşmaların Anayasaya uygunluğunun gerek soyut gerek somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesine engel oluşturmaktadır⁷⁹. O nedenle, söz konusu andlaşmaların kanun üstü nitelikte olduğu ve yürütme ve yargı organlarını bağladığı ifade edilmiştir⁸⁰.

75 ÖZBUDUN, s. 222.

76 Ancak Anayasa Mahkemesi Türkiye Büyük Millet Meclisinin yaptığı bir işlemi Meclisin nitelendirmesiyle kendini bağlı görmeyerek, eğer işlem kanun niteliğindeyse bu işlemi Anayasa uygunluk yönünden denetlemektedir: KARAR 77/14

77 ÖZBUDUN, s. 222-223.

78 AYBAY Rona, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, Sayı 70, 2007, s. 211-212; “Ceza hükmü içeren, usulüne göre yürürlüğe konmuş olan uluslararası anlaşmalar da ceza hukukunun kaynakları arasındadır. Aslında bunlarında dayanağı Anayasadır. Anayasanın izniyle varlık kazanmaktadırlar.

...

Uluslararası anlaşmalar ile devletler uluslararası düzeni bozan birçok fiil ve hareketi suç sayarak bunları cezalandırmak için mevzuatlarında gerekli değişiklikleri yapmayı birbirlerine karşı üstlenmişlerdir.” (SOYASLAN, s. 100-101). “

79 “Bu yasaklayıcı hükmün, bir yandan devletin milletlerarası sorumluluğuna meydan vermemek; öte yandan Türkiye’nin, devletler üstü (supranational) nitelik taşıyan, dolayısıyla Anayasamızın bazı hükümleriyle çelişebilecek olan milletlerarası kuruluşlara girebilmesini sağlamak gibi iki düşünceden kaynaklandığı söylenebilir.” (ÖZBUDUN, s. 212).

80 “ ‘Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir’ kuralı, kanun ile milletlerarası antlaşmanın eş düzeyde oldukları anlamına gelmemektedir. Bu ifadeden böyle bir sonuç çıkarmak hukuken doğru değildir ve asıl anlamı, bir milletlerarası antlaşmaya dayanarak uyuşmazlığı çözme durumunda kalan mahkemeleri kuşkudan kurtarmaktır. ... kanun ile



Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar Türk ceza hukukuna da kaynaklık etmektedir. Bu andlaşma hükümlerinden bir kısmı, ayrıca iç hukukta bir kanuni düzenlemeye gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Ancak, bazı andlaşma hükümlerinin uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla, ayrıca kanuni düzenlemeler yapılmasına gerek duyulmaktadır⁸¹.

Yukarıda açıklandığı üzere, suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde ifade edilen “kanun” kavramı, ülkedeki anayasal düzen açısından teknik olarak “kanun” niteliği taşıyan yasama tasarrufları olduğuna ve uluslararası andlaşmalar da Anayasal olarak kanun niteliğinde olduğuna göre, uluslararası sözleşmelerle suç ve ceza düzenlenmesi mümkün olabilecek midir? Bu sorunun cevabı uluslararası sözleşmelerde suç ve cezaya ilişkin hükümlerin *doğrudan uygulanma imkânı olup olmadığıyla* yakından ilgilidir.

Uluslararası andlaşmalara bakıldığında, andlaşmanın etkin bir şekilde uygulanmasını temin amacıyla bazı ihlallerin cezai yaptırıma bağlanmasının istenmesi durumunda, bu ihlallerin taraf devlet tarafından cezai yaptırıma bağlanması konusunda emredici nitelikte bir hüküm içerdiği görülmektedir. Ancak cezai yaptırım gerektiren fiilin ne şekilde düzenleneceğini ve bu fiil için öngörülecek cezanın miktarı taraf devletin iç hukukuna bırakılmaktadır. Diğer bir ifadeyle uluslararası anlaşmalar iç hukuktaki gibi doğrudan uygulanma kabiliyeti olan, suçta ve cezada belirlilik ilkesini karşılayan ceza normları içermemektedir.

Örneğin, terörizmin finansmanı suçu, 1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin (10.1.2002 tarihli ve 4738 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur) uygulanması amacıyla 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Sözleşmenin 4. maddesi, her taraf devletin, Andlaşmanın 2. maddesinde belirtilen *fiillerin*⁸² *iç hukuku uyarınca*

antlaşma arasında çatışma olduğunda, mahkemeler milletlerarası antlaşma hükümlerine göre karar vermelidirler. Bu bakımdan Türk hukuk düzeninde milletlerarası antlaşmalar kanunlara eş değerde değil, fakat kanunlardan üstün bir durumdadır.” (TEZİÇ, s. 8-9); CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 78.

81 ÖZGENÇ, s. 49.

82 “1. Herhangi bir kişi, her ne suretle olursa olsun, tümüyle veya kısmen, aşağıda tadat edilen eylemlerin gerçekleştirilmesinde kullanılması niyetiyle veya kullanılacağını bilerek, doğrudan veya dolaylı olarak, yasa dışı bir şekilde ve kasten, fon sağlamakta veya toplamakta ise, bu Sözleşmeyi ihlâl eder:

a) Ekte tadat olunan andlaşmaların herhangi biri kapsamında ve vazettiği tanım çerçevesinde suç teşkil eden eylem,

b) Niteliği veya kapsamı itibarıyla, bir halkı korkutmak, ya da bir hükümeti veya uluslararası

cezai kovuşturma gerektiren suç kapsamına alınması ve bu fiillerin ağırlığını göz önünde bulundurarak uygun şekilde cezalandırmalarının sağlanması için gerekli önlemleri almasını gerekli kılmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda Andlaşmada yasaklanan fiiller dikkate alınmak suretiyle 6415 sayılı Kanunun 3. maddesi düzenlenmiş⁸³, 4. maddede 3. madde kapsamında

örgütü herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacını gütmesi halinde, bir sivilin ya da bir silâhli çatışma durumunda muhasemata doğrudan katılmayan herhangi başka bir kişiyi öldürmeye veya ağır şekilde yaralamaya yönelik diğer tüm eylemler.

2. a) İşbu maddenin 1 inci paragrafının (a) bendinde sözü geçen ekte yer alan bir Andlaşmaya taraf olmayan bir Taraf Devlet onay, kabul, uygun bulma ya da katılma belgesini tevdi ederken, bu sözleşmenin o Taraf Devlete uygulanması halinde, bahse konu andlaşmanın anılan ekte yer almaması gerektiğini beyan edebilir. Bu beyan, söz konusu andlaşma Taraf Devlet için yürürlüğe girdiği anda geçerliliğini yitirir ve Taraf Devlet bu hususu depoziter Devlete bildirir;

b) Bir Taraf Devlet ekli listede yer alan andlaşmalardan herhangi birine taraf olmaktan çıktığında, söz konusu andlaşma konusunda işbu maddede öngörülen beyanda bulunabilir.

3. Bir eylemin 1 inci paragraf anlamında bir suç oluşturması için, fonun, işbu maddenin 1 inci paragrafının (a) ve (b) bentlerinde yer alan bir suçun işlenmesi için fiilen kullanılmış olması gerekli değildir.

4. İşbu maddenin 1 inci paragrafında yer alan suçların herhangi birini işlemeye teşebbüs eden herhangi bir kişi de suç işlemiş sayılır.

5. Herhangi bir kişi aşağıdaki durumlarda da suç işlemiş sayılır:

a) İşbu maddenin 1 inci veya 4 üncü paragrafları anlamındaki bir suça, suç ortağı olarak iştirak etmesi,

b) İşbu maddenin 1 inci veya 4 üncü paragrafları anlamındaki bir suçun işlenmesini örgütlemesi veya başka kişilere bu suçun işlenmesi yönünde talimat vermesi,

c) İşbu maddenin 1 inci veya 4 üncü paragrafları anlamındaki bir veya birden fazla suçun birlikte hareket eden bir grup tarafından işlenmesine katkıda bulunması. Bu katkı kasıtlı olmalı ve,

i) Ya eylem ve amacı işbu maddenin 1 inci paragrafı kapsamındaki bir suçun işlenmesini gerektiren bir grubun bu suç teşkil eden eylemini kolaylaştırmaya veya amacına hizmet etmeye yönelik olmalı,

ii) Ya da grubun, işbu maddenin 1 inci paragrafı kapsamında bir suç işleme niyetinde olduğunu bilerek yapılmış olmalı,”

83 “Fon sağlanması veya toplanması yasak fiiller

MADDE 3 – (1) Aşağıda sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi amacıyla fon sağlanması veya toplanması yasaktır:

a) Bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükümeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla, kasten öldürme veya ağır yaralama fiilleri.

b) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak kabul edilen fiiller.

c) Türkiye'nin taraf olduğu;

1) Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında Sözleşme,

2) Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme,

3) Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme,



suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişinin, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını düzenlenmiştir. Bu şekilde hem suç teşkil eden fiiller hem de bu fiillerin ihlali durumunda uygulanacak yaptırım, suçta ve cezada belirlilik ilkesini de karşılayacak şekilde açıkça düzenlenmiştir. Keza 14.1.2014 tarihli ve 5065 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi”nin 19. Maddesinde, *“Bu Sözleşme gereğince düzenlenen suçların vahameti dikkate alınarak, Taraflar, 2 ila 14. maddelerde düzenlenen suçlara ilişkin olarak, bunların gerçek kişiler tarafından işlenmeleri hâlinde, iadeye cevaz verecek hürriyeti bağlayıcı cezaları da içeren etkin, orantılı ve caydırıcı cezai ve cezai olmayan yaptırımlara tabi önlemleri öngörürler.”* şeklinde hükme yer verilmiştir.

Keza, 21.4.1988 tarihli ve 3441 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletlerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmenin *“İşkenceyi cezalandırma yükümlülüğü”* başlıklı 4. maddesi *“Her bir Taraf Devlet bütün işkence fiillerini kendi ceza kanunda suç olarak düzenler. İşkence fiilini işlemeye teşebbüs ile herhangi bir kimsenin işkenceye iştirak etme veya katılma oluşturan fiilleri de aynı şekilde suç olarak düzenlenir. Her bir Taraf Devlet bu fiillerin aşırılıklarını göz önünde tutarak uygun cezalar ile cezalandırır.”* şeklinde hüküm içermektedir. Sözleşme hükümlerine uygun şekilde işkence suçu, nitelikli hâlleri ve cezaları Türk Ceza Kanununun 94 ve 95. maddelerinde düzenlenmiştir.

Öte yandan, uluslararası andlaşmalar genellikle yaptırımın türü bakımından üye devletleri bağlayıcı hükümler içermemektedir. Bu andlaşmalar yasaklanan fiili genel çerçevesini belirledikten sonra, üye devletlere, bu fiili işleyen kişilere uygulanacak yaptırımın adli veya idari

4) Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşmede,

5) Nükleer Maddelerin Fiziksel Korunması Hakkında Sözleşmede,

6) Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye Munzam, Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarında Kanun Dışı Şiddet Olaylarının Önlenmesine İlişkin Protokolde,

7) Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmede,

8) Kıta Sahanelğinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Protokolde,

9) Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşmede, yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiiller.”

olması konusunda seçim hakkı vermektedir. Örneğin, 25.11.2004 tarihli ve 5261 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesinin “çocuklara ve çocuklar aracılığıyla satış yapılması” başlıklı 16. maddesinin⁸⁴ altıncı fıkrasında “ *Taraflar işbu maddenin 1. ve 5. fıkraları arasında belirtilen yükümlülüklerle uyulmasını sağlamak için satıcı ve dağıtımıcılara karşı cezalandırmayı da içeren etkili yasal, icrai, idari veya diğer önlemleri alacak ve uygulayacaklardır.*” şeklindeki hükümle yaptırım konusunda taraf devletlere seçim hakkı tanımıştır.

Bu bağlamda, uluslararası andlaşmalar Anayasal olarak kanun niteliğinde kabul edilmesine rağmen, uluslararası andlaşmalarda *suçta ve cezada belirlilik ilkesini karşılayacak şekilde suç ve ceza düzenlenmediğinden*, bu andlaşmaların gerekliliğinin iç hukukumuzda özel bir kanunda düzenlenmeden ceza hukuku alanında doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

84 “1. Her bir Taraf, 18 yaşından küçüklere veya ulusal kanunlarla belirlenen yaşın altındakilere tütün ürünlerinin satılmasını önleyecek yasal, icrai, idari veya uygun resmi düzeyde diğer önlemleri alacak ve uygulayacaktır. Bu önlemler aşağıdaki hususları içerebilir:

(a) Tütün ürünü satıcılarının, satış noktalarına, küçüklere tütün satışının yasak olduğunu gösteren açık ve belirgin bir işaret koymalarının ve kuşkulu durumlarda satın alan kişiye kimlik sorulmasının sağlanması; (b) Tütün ürünlerinin, market rafları gibi doğrudan ulaşılabilir yerlerde satılmasının yasaklanması;

(c) Küçüklere hitap eden şeker, çerez, oyuncak veya başka nesnelerin tütün ürünleri şeklinde üretilmesinin ve satılmasının yasaklanması;

(d) Otomatik tütün satış makinelerine çocuklar tarafından ulaşılmasının ve çocuklara tütün ürünleri satışının özendirilmemesinin sağlanması,

2. Taraflar, topluma ve özellikle de çocuklara ücretsiz tütün ürünü dağıtılmasını yasaklayacaklar ya da yasaklanmasını teşvik edeceklerdir.

3. Taraflar, sigaraların çocuklar tarafından satın alınmasını mümkün kılacak şekilde tek olarak veya küçük paketler halinde satılmasını yasaklamak için gayret sarf edeceklerdir.

4. Taraflar, küçüklere tütün ürünü satılmasını önleyecek önlemlerin etkilerinin artırılması için, bu önlemlerin, gerektiğinde Sözleşme’de yer alan diğer hükümlerle birlikte uygulanması gerektiğini kabul ederler.

5. Taraflar Sözleşme’yi imzalar, onaylar, kabul eder, uygun bulur ve resmen teyid eder ya da katılırken, veya sonraki herhangi bir zamanda, bağlayıcı bir yazılı bildirim yapmak suretiyle, egemenlik alanı içerisinde otomatik tütün satış makinelerinin girişini yasaklama, ya da gerekirse, bu makinelere tam bir yasak getirme taahhüdünde bulunabilirler. İşbu maddeye uygun olarak yapılan bildirim, Depoziter tarafından Sözleşme’ye taraf ülkelere iletilmelidir.

6. Taraflar işbu maddenin 1. ve 5. fıkraları arasında belirtilen yükümlülüklerle uyulmasını sağlamak için satıcı ve dağıtımıcılara karşı cezalandırmayı da içeren etkili yasal, icrai, idari veya diğer önlemleri alacak ve uygulayacaklardır.

7. Taraflar, gerekirse, 18 yaşın ya da ulusal kanunlarla belirlenen yaşın altındakilere tütün ürünlerinin satılmasını önleyecek yasal, icrai, idari veya diğer önlemleri almalı ve uygulamalıdır.”



H. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE KANUN KAVRAMI

Ülkemiz bakımından doğrudan uygulanma imkânına sahip olan ve ihlal edildiği takdirde ilgililerin bireysel başvuru hakkı bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin öngördüğü kanunilik ilkesine göre “kanun” kavramının kapsamının belirlenmesi de konumuz bakımından önem taşımaktadır.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 7. maddesi kanunilik ilkesini düzenleyerek, ilkenin uluslararası hukuktaki genel prensipler içindeki yerini daha da güçlendirmiştir. Sözleşmenin 7. maddesine göre, hiç kimse, işlendiği zaman *ulusal ve uluslararası hukuka* göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemeyecektir. Yine maddenin devamında, hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Ancak, bu madde, işlendiği zaman *uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmâl* ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

Sözleşmenin 7. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin pek çok kararında vurguladığı gibi, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birini garanti altına almaktadır. Bu ise, hiç kimsenin “daha önce mevcut olan bir normu” (pre-existing norm) ihlal etmedikçe suçlu bulunamayacağı veya cezalandırılmayacağı şeklindeki ilkeye dayanmaktadır. Bu koruma özellikle, Sözleşmenin 15. maddesinin ikinci fıkrasının, olağanüstü durumlarda dahi 7. maddenin askıya alınmasına izin vermemesi nedeniyle oldukça güçlüdür. Bu nedenle, ülkeyi tehdit eden acil durumlarda dahi taraf ülkeler kanunilik ilkesini uygulamayı veya bu ilkeye uygun hareket etmeyi askıya alamazlar. Diğer bir ifadeyle kamu otoriteleri hukuk dışında karar veremezler. Mahkemeye göre bu ilke, keyfi soruşturma, mahkumiyet veya cezalandırmaya karşı temel bir görev ifa etmektedir⁸⁵.

Maddede, Sözleşmenin 8/2, 9/2, 10/2 ve 11/2. maddelerinde olduğu gibi “kanun” (statute, code, act) terimi yerine “hukuk” (law) terimi tercih edilmiştir. “Hukuk” terimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından “parlamento çekincesi” (kuralın mutlaka parlamento tarafından

85 FRIAS Ana Salinas de: Counter- terrorism and human rights in the case law of the European Court of Human Rigts, Council of Europe Publishing, 2012, s. 115; TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKTAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat: **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 345-346.



kabul edilmesi zorunluluğu) olarak anlaşılmasında, Common-Law uygulamasında kendine yer bulan “yazılı olmayan hukuku” da içerdiği kabul edilmektedir⁸⁶. Ayrıca Sözleşme eylemin sadece ulusal hukukta düzenlenmesini aramamakta, ulusal hukukta suç olarak düzenlenemeyen bir fiilin uluslararası hukukta suç olarak düzenlenmiş olmasını da bu ilke bakımından yeterli saymaktadır.

Mahkemeye göre, 7. maddedeki “hukuk” terimi Sözleşmenin diğer maddelerindeki “hukuk” terimleriyle aynı anlamda kullanılmaktadır. Mahkeme “hukuk” terimini, şekli olarak değil, maddi içeriği itibarıyla tanımlamakta ve ulusal mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükteki mevzuatı kapsamına almaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, kanunlar yanında içtihat hukukunu, kanunların altındaki düzenlemeleri, idarenin düzenleyici işlemlerini ve yazılı olmayan hukuku da “hukuk” kavramı içinde kabul etmektedir. Buna göre, Mahkeme şekli anlamda değil, maddi anlamda bir kanunun varlığını yeterli görmektedir. (Büyük Dairenin 12/2/2008 tarihli Kafkaris/Kıbrıs Kararı, paragraf 139) Ancak Mahkemeye göre bu kavramın “ulaşılabilirlik” ve “öngörülebilirlik” şeklinde iki temel unsuru da karşılaması gerekmektedir⁸⁷. Buna göre, Sözleşmede kullanılan “hukuk” kavramının, Anayasanın ve Türk Ceza Kanununun öngördüğü suçta ve cezada kanunilik ilkesinin öngördüğü “kanun” kavramıyla örtüştüğü söylenemez. Bu durumun gerekçesinin Sözleşmenin uluslararası bir metin olması nedeniyle, tüm hukuk sistemlerini kapsayacak şekilde bir düzenleme yapmak istemesi olduğu söylenebilir.

Öte yandan, Mahkeme, özerk sözleşmesel yorum ilkesi gereğince suç ve ceza kavramlarının kapsamını da kendisini belirlemektedir. Buna göre adli anlamda suç ve ceza olarak kabul edilmeyen bazı fiiller ve bu fiiller için öngörülen cezalar da Sözleşmenin 7. maddesi başlığı altında incelenebilmektedir. Bu şekilde suç ve ceza kavramlarının geniş yorumlanmasının nedeni üye devletlerin iç hukuklarında adli nitelikteki suç ve cezaların kapsamını dar tutarak Sözleşmenin uygulama alanının

86 TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKTAR Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s. 219; TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK, s. 347; “... Sözleşme açısından, suç tanımının yazılı hukuk kurallarıyla ifade edilmiş olması gerekli değildir. Örneğin, COMMON Law gibi örf ve adet hukuku da geçerlidir. Bu konuda önemli olan, suçun unsurlarının mahkeme içtihatlarıyla kesin biçimde saptanmış ve cezanın çerçevesinin açıkça sınırlandırılmış olmasıdır.” (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 51).

87 FRIAS, s. 117; TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK, s. 347; DOĞRU Osman/NALBANT Atilla: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Avrupa Konseyi, Ankara, 2012, s. 858.



daraltılmalarının engellenmesidir⁸⁸. Buna göre Mahkeme, Sözleşmenin 7. maddesi bağlamında suç ve cezayı ve bunların düzenlenebileceği hukuki metinleri belirlerken, düzenlemenin yapıldığı yer itibarıyla şekli bir kıstas koymak yerine, düzenlemenin içeriğine bakan esasa ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır⁸⁹.

Engel/Hollanda davasında Mahkeme, Sözleşmeye göre bir suçun mevcudiyetinden bahsedebilmesi için; fiilin iç hukuktaki sınıflandırılış şekline, fiilin niteliğine ve fiil için öngörülen cezanın ağırlığı ve türüne bakılması gerektiğine karar vermiştir. Öncelikle, eğer bir fiil iç hukukta suç olarak tanımlanıyorsa, Mahkeme de bu fiili suç olarak kabul etmektedir. Ancak fiilin suç olarak tanımlanmadığı durumlarda Mahkeme, fiilin niteliğine ve fiil için öngörülen cezanın ağırlığına göre karar vermektedir. Fiilin niteliğini değerlendirirken, bu fiilin Avrupa ülkelerinde nasıl düzenlendiği, fiilin ceza kanunda yer alan suçlarla benzerliği ve uygulanan yargılama usulü gibi hususları değerlendirmektedir. Cezanın ağırlığının değerlendirilmesi amacıyla Mahkeme, önleme amacına vurgu yapmaktadır. *Öztürk/Almanya* davasında uygulanan para cezasının amacının önleme olduğundan bahisle fiilin cezai özelliği olduğuna karar verilmiştir. Yine Mahkemeye göre yapılan soruşturma sonunda kişiye hapis cezası verilmesi ihtimali varsa, fiil ceza hukuku anlamında suç olarak kabul edilmektedir⁹⁰. Buna göre, 7. madde cezaya benzeyen elkoyma kararı için veya para cezasının ödenmemesi durumunda hükmedilen hapis cezası bakımından da uygulanabilecektir. Keza, güvenlik tedbiri niteliğinde uygulanan bir yaptırım da ceza kabul edilebilecektir (7/1/2016 tarihli *Bergmann/Almanya* kararı)⁹¹. Keza, *S.W./Birleşik Krallık* davasında o dönemde Birleşik Krallık hukukuna göre eşe karşı cinsel saldırı fiilinin suç olarak düzenlenmediği gerekçesiyle yapılan başvuruda, fiilin ceza hukuku anlamında bir cinsel saldırı olduğunu tespit ettikten sonra, bu fiilin onur kırıcı niteliğine de vurgu yaparak cezasız kalmaması gerektiğine hükmetmiştir⁹².

Mahkeme Sözleşmeye göre bir cezanın mevcudiyetinden söz edebilmesi için de bir takım ölçütler getirmiştir. Mahkeme, *Welch/Birleşik Krallık*

88 BOYAR, s. 288-289.

89 Nitekim bu husus ülkelerin anayasal sistemleriyle doğrudan ilgili bir konudur. "Ülkenin anayasal sitemi yürütme organı ve yasama organını birbirinden ayırmamakta ya da yasama organının yanı sıra yürütme organına da kanun yapma yetkisini vermekte ise, yürütme organının kanun adı altında yapmış olduğu düzenlemeler ile de suç ve ceza yaratması mümkün hale gelir ve bu durum kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz." (İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU./ÜNVER, s. 12).

90 BOYAR, s. 289.

91 TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK, s. 347.

92 DOĞRU/NALBANT, s. 859.



davasında, bir tedbirin ceza olup olmadığına karar vermek için öncelikle bu tedbirin bir suç isnadına ilişkin mahkûmiyet kararının ardından alınıp alınmadığına bakılması gerektiğini ve bununla birlikte söz konusu tedbirin amacı ve niteliğinin, iç hukuktaki yerinin, tedbirin alınması ve uygulanması sırasında uygulanan usulün ve tedbirin ağırlığının göz önünde tutulması gerektiğine karar vermiştir. Bu bağlamda, güvenlik tedbiri genel olarak ceza kabul edilmezken, bazı koşullarda müsadere Sözleşme kapsamında ceza olarak kabul edilmiştir. *Welch/Birleşik Krallık* davasında, müsadere uyuşturucu satışından elde edilen gelire yönelik olmasının, müsadere kararı verilirken sanığın suç işleme kastının dikkate alınmasının, müsadere miktarının ödenmemesi durumunda sanık hakkında hapis cezası verileme olasılığının birlikte değerlendirilmesi durumunda bu tedbirin bir ceza rejiminin varlığına işaret ettiğine karar vermiştir. *Jamil/Fransa* davasında, para cezasının ödenmemesi durumunda öngörülen hapis cezası, Sözleşmenin 7. maddesine göre ceza olarak nitelendirilmiştir⁹³. Mahkeme infaza ilişkin işlemler ile cezaları birbirleriyle ayırmakla birlikte, bazı durumlarda infaza ilişkin bir sorunu 7. madde kapsamında değerlendirebilmektedir. *Kafkaris/Kıbrıs* kararında, yirmi yıl olarak infaz edilen müebbet hapis cezasının daha sonra mahkeme kararıyla ölünceye kadar hapis olarak değiştirilmesini, infaza ilişkin bir sorun olarak tespit ettikten sonra, olayda uygulanacak hukukun öngörülebilir olmaması nedeniyle 7. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir⁹⁴.

Öte yandan, 7. madde, işlendiği zaman *uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan* bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmayacağı şeklindeki hükümlerle de kanunilik ilkesinin bu durumlarda katı bir şekilde uygulanmayacağını açıkça düzenlemiştir. *Strelentz, Kessler ve Krenz/Almanya* davasında, Doğu Almanya'da yönetici olan başvuranların Almanya'dan kaçışları engellemek amacıyla sınır boyunca öldürülen kişilerle ilgili aldıkları mahkûmiyetlerin, fiillerin işlendiği tarihte Demokratik Alman hukukuna ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmadığı gerekçesiyle Sözleşmeye aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, sınır güvenliğini korumak amacıyla kurulan sınır güvenliği rejiminin, gerek kendi Anayasalarında ve mevzuatlarında gerekse de uluslararası belgelerde korunan yaşama hakkını göz ardı ettiği gerekçesiyle bu fiillerin gerek Doğu Alman hukuku gerekse de insan haklarını korumaya dair uluslararası belgelerdeki kurallar açısından ulaşılabilir ve öngörülebilir

93 BOYAR, s. 289-290.

94 BOYAR, s. 290.



şeklide tanımlanmış suç oluşturdukları sonucuna varmıştır⁹⁵. Yine, İkinci Dünya Savaşından sonra savaş suçlularını yargılayan Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinde gerçekleştirilen fiilleri daha çok hukukun genel ilkelerine göre suç saymış, bu fiillerin daha önce tanımlanmadığı ve cezalarının gösterilmediği şeklindeki itirazlar kabul edilmemiştir⁹⁶.

III. BİÇİMSEL KANUNİLİK İLKESİ VE ÖZE İLİŞKİN KANUNİLİK İLKESİ AYRIMI

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi hemen hemen tüm ülkelerin ceza kanunları ve anayasalarda çeşitli şekillerde yer almasına rağmen, bu ilkenin aleyhinde bir takım görüşler de bulunmaktadır. Bu ilkenin, kamu düzenini bozan fiillerin hepsinin önceden bilinmemesi nedeniyle, bazı toplum açısından tehlikeli fiilleri işleyen kişilerin cezasız kalmasına neden olabileceği ifade edilmekte ve bunun da günümüzde daha planlı ve örgütlü işlenen suçlarla mücadeleyi olumsuz etkileyeceği söylenmiştir. Nitekim, kanunda tanımlanmış suçlara tıpa tıp uymasa da, nitelikleri, etkileri ve faillerdeki ahlaki kötülüğü belirtmeleri bakımından suç teşkil edenlerden farkı olmayan fiillerde bulunmaktadır. Bu nedenle bu ilkenin biçimsel bir adalet sağlayarak kanunlardaki boşluklardan yararlanan suçluları koruduğu ve iyi niyetli kişilerin haklarını korumadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, kanunilik ilkesi kimi yazarlarca *biçimsel kanunilik ilkesi* ve *öze ilişkin kanunilik ilkesi* olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Biçimsel kanunilik ilkesine göre, fiile suç olma özelliğini veren kanunda açıkça öngörülmüş olmasıdır. Bunun sonucu olarak, anti-sosyal olsalar bile kanunun açıkça suç olarak öngörmediği fiiller cezalandırılmaz ve kanunun açıkça suç saydığı hareketler, sosyal yönden tehlikeli olmasalar bile cezalandırılırlar. *Öze ilişkin kanunilik ilkesine göre* ise, fiile suç olma özelliğini veren onun sosyal tehlikeliliğidir. Bunun sonucu olarak, kanun tarafından açıkça suç hâline getirilmemiş olmasa bile, sosyal yönden tehlikeli hareketler cezalandırılabilir ve kanun tarafından suç sayılsa bile sosyal yönden tehlikeli olmayan hareketler cezalandırılmaz⁹⁷. *Öze ilişkin kanunilik ilkesinin*, kanun tarafından suç hâline getirilmemiş olsa dahi anti-sosyal davranışları cezalandırmaya ve kanun tarafından suç hâline getirilmiş olsa dahi anti-sosyal olmayan hareketleri cezalandırmamaya imkân verdiği için, daha etkili bir sosyal savunma sağlayabileceği ifade edilmektedir⁹⁸.

95 DOĞRU/NALBANT, s. 860-861.

96 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 51.

97 TOROSLU Nevzat: **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1990, s. 15-16.

98 TOROSLU, s. 17.



Ancak öze ilişkin kanunilik anlayışının, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle telif edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira öze ilişkin kanunilik ilkesinin kabul edilmesi durumunda asıl sorun, hangi fiillerin suç olduğu, bu fiillere hangi cezanın verileceği konusudur. Bu durumda hukuki kesinliğin ve eşitlik ilkesinin sağlanması, keyfilik ve ayrımcılıkların önlenmesi mümkün değildir. Çünkü her somut olayda fiilin anti-sosyal bir davranış olup olmadığı sübjektif olarak hâkim tarafından belirlenecek ve bu da hâkimden hâkime değişen bir uygulamanın ortaya çıkmasına neden olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin temel amacı, ceza hukuku uygulamasında devletin bireye karşı keyfi muamelede bulunmasının önlenmesi olduğuna göre, ceza hukukunda öze ilişkin kanunilik ilkesinin kabul edilmesi mümkün değildir.

Öte yandan, biçimsel kanunilik ilkesinin suçluluğa karşı sosyal savunma yönünden aşılması mümkün olmayan bir engel oluşturduğu, yasal suçluluk ile gerçek suçluluk arasındaki kopukluğu meşrulaştırdığı şeklindeki eleştirilere⁹⁹ de katılmak mümkün değildir. Çünkü suçta ve cezada kanunilik ilkesine göre suç ve cezaları belirleme yetkisi toplumun temsilcilerinden meydana gelen yasama organına aittir. Yasama organının toplumun devamı bakımından hayati önem taşıyan toplumsal değerlerin ihlalini suç olarak görmemesi veya toplum tarafından suç olarak algılanmayan davranışları suç kabul etmesi oldukça zordur. Çünkü yasama organı belirli sürelerle topluma karşı yaptıklarından dolayı hesap vermektedir. Buna rağmen yasama organının keyfi bir takım davranışlarda bulunacağını kabul edilse bile bunun ortaya çıkaracağı toplumsal tehlike, öze ilişkin kanunilik ilkesinin taşıdığı toplumsal tehlikeye göre daha makul bir risk taşımaktadır. Bununla birlikte pozitif hukuka göre de, ülkemizde öze ilişkin kanunilik ilkesinin kabulü mümkün değildir. Çünkü Anayasanın 38. maddesinde ve Türk Ceza Kanununun 2. maddesinde suç ve cezaların ancak “kanunla” düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE SUÇ VE CEZA İHDASINA BAKIŞ

Normlar hiyerarşisine göre genel ilkeleri belirleyen Anayasa, asli düzenleme yetkisini kanunlara bırakmış, yani yasama organına vermiştir. Kanun hükmünde kararname dışında yürütme organının düzenleyici işlemlerinin kanunlara uygun olması zorunludur. İdare tarafından yapılan

99 TOROSLU, s. 17.



düzenlemeler kanunun çizdiği sınırlar içinde olmalıdır, diğer bir ifadeyle bu işlemler kanuna bağımlıdır ve kanuna aykırı olamaz. Ayrıca yürütme organı yasama tarafından kanunla düzenlenmemiş bir alanı doğrudan düzenleyici işlemlerle düzenleyemez. Bu nedenle yürütme organının yetkisi kanundan kaynaklanan ve kanunu izleyen bir yetkidir¹⁰⁰.

İdarenin düzenleyici işlemleri, içerik açısından kanuna benzeyen, yani kanun gibi genel, soyut ve objektif nitelikte kurallar koyan işlemlerdir. Yasama organın her konuyu düzenlemeye yetecek zamanı ve uzmanlığı bulunmaması nedeniyle idarenin düzenleyici işlem yapması zorunlu görülmektedir¹⁰¹. Kanunların genel düzenlemeler olması nedeniyle, *kanunlara aykırı olamamak şartıyla, kanunların uygulanmasını göstermek amacıyla alt düzenleyici işlemler yapılması* bir zorunluluktur. Nitekim, bu ihtiyacın varlığını kabul eden Anayasa 115. maddesinde tüzük, 124. maddesinde yönetmelik çıkarılabilmesi için yetki vermiştir¹⁰². Ancak, uygulamada tüzük ve yönetmelikler dışında kanunların verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan *kaide kararname*ler de bulunmaktadır¹⁰³. Yine yasama organın da çıkardığı kanunlarda yürütme organına alt düzenleyici işlem yapma konusunda yetki vermesi mümkündür. 17/02/2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde mevzuat, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı eki kararlar ve diğer düzenleyici işlemler olarak tanımlandığına göre kanun hükmünde kararname dışındaki idarenin düzenleyici işlemleri denilince akla gelmesi gereken düzenleyici işlemler, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı eki kararlar ve diğer düzenleyici işlemlerdir¹⁰⁴. Yine uygulamada yürütme organı kararname, genelge, yönerge, karar, sirküler, tebliğ, ilan, plan, tarife, ilke kararı, genel emir gibi adlar altında düzenleyici işlemler yapmaktadır ve bunlar “*adsız düzenleyici işlemler*” olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁵.

100 GÖZLER, Cilt II, s. 364-365; ATAR, s. 169.

101 GÖZLER, Cilt II, s. 366.

102 SOYASLAN, s. 102-103.

103 TEZİÇ, s. 57.

104 “... idarenin genel ve düzenleyici işlemleri, sürekli, soyut ve nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içeren işlemlerdir. Başka bir ifadeyle genel, soyut ve nesnel, süreli durumları belirleyen ve idare tarafından yapılan kural işlemler genel ve düzenleyici işlemlerdir. Bu nitelikteki işlemlerin kapsamına kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi Anayasada sayılmış düzenlemeler girdiği gibi, karar, kararname, genelge, tebliğ, sirküler, yönerge gibi adsız işlemler de dahildir.” (AKBULUT Berrin: Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 102).

105 TEZİÇ, s. 57; ATAR, s. 254.



işlemleriyle suç ihdas edilmesinin, devlet yaşamında bu konuda mutlak bir ihtiyaç bulunduğu, aksinin kabulünün devleti zayıf düşürebileceği gerekçesiyle, yasama organının yetkisini devretme anlamına gelmeyeceği, yasama organının cezayı belirlemek ve suçun da çerçevesini belirlemek şartıyla suç ihdasını idareye bırakabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca bu görüşlere gerekçe olarak 1961 Anayasasının, 1924 Anayasasının uygulamalarını değiştirme amacını gösterecek şekilde yürütme organının düzenleme yetkisinde farklı biçimde düzenleme yapmadığı söylenmiştir. Ancak bu dönemde Anayasanın idarenin düzenleyici işlemleriyle suç konmasına izin vermediği, bunun için Anayasanın değiştirilmesi gerektiği yönünde değerlendirmeler de yapılmıştır¹¹⁰.

1982 Anayasası döneminde ise, 91. maddede kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza düzenlenmesinin engellenmesi de etkisiyle, öğretide baskın görüş suç ve cezanın sadece kanunlarla ihdas edilebileceği, yasama organının işleyişinin ne kadar ağır olursa olsun idareye bu yetkinin devredilemeyeceği yönünde olmuştur¹¹¹. Anayasanın yürütme organına en geniş yetki sağlayan kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza koyma yetkisi vermemesine rağmen, düzenlenmesi bu kararnamelere oranla çok daha kolay olan ve sınırlı yetkiler içeren ve normlar hiyerarşisinde daha altta yer alan idarenin diğer düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konması mümkün olmamalıdır¹¹². Bu nedenle idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası Anayasaya aykırı olacaktır. Öğretideki bu genel yaklaşıma da uygun olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına, “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.” şeklinde

110 Centel/Zafer/Çakmut, s. 59.

111 “Doktrinde ‘beyaz hüküm’, ‘açık ceza normu’ veya ‘çerçeve kanun’ olarak adlandırılan bu tür hükümlerin, suçta kanunilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğunu belirtmek gerekir.” (Koca/Üzülmez, s. 62-63); “1982 Anayasasının hükümleri nazara alındığında yürütmenin düzenleyici tasarruflarıyla suç ihdas edilemeyeceği düşüncesi benimsenmelidir. ... Şu halde, ‘suç ve ceza’ ihtiva eden düzenlemelerin, temel hak ve özgürlüklerle irtibatları dolayısıyla kanunla yapılması anayasal bir kuraldır. Bu açıdan yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas etmesi, en başta AY.nun 7 nci maddesinde ‘yasama yetkisinin devredilemeyeceği ilke’sinin ihlalidir. ” (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 119-120).

112 “... belirlilik ilkesi herşeyden önce, kanun koyucunun cezasını belirlediği bir davranışın koşullarını idari makama bırakarak ‘beyaz hüküm’ veya ‘açık ceza normu’ niteliğinde düzenlemeler yapmasına engel olmaktadır. İdari makamlara suç ihdas etme yetkisi veren bir kanunun, bu yetkinin hangi konularda kullanılacağını ve bu yetkiye dayanılarak alınacak tedbirlere riayetsizliğin cezalandırılacağını belirtmesi ve verilecek cezaları göstermesi, suçların kanun tarafından belirlendiği anlamına gelmez. ... Bu nedenle Bakanlar Kurulunun kendisine kanunla verilen yetkiye dayanarak kararname veya tüzükle ya da bakanlık veya müsteşarlık tarafından çıkarılan yönetmelik, sirküler, tebliğ gibi düzenleyici işlemlerle suç ihdas edilmesi Anayasaya aykırıdır.” (Koca/Üzülmez, s. 54).

Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 120-121.



hüküm konmuş ve bu konu kanun düzeyinde açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak Türk Ceza Kanununun bu hükmü kanun koyucuyu bağlayıcı güçte olmadığından, Anayasada bu yönde açık bir düzenleme yapılmadıkça kanunlarla idareye suç ve ceza ihdası yönünde yetki verilmesi mümkündür. Üstelik genel kanı bu olmakla birlikte, bazı yazarlarca idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edebilmesinin mümkün olduğu yönünde değerlendirmeler hâla yapılmaktadır¹¹³.

Anayasana 38. maddesinde kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağını ve cezanın ancak kanunla konulacağını düzenleyerek, suç ve ceza koyma konusunda düzenleme yapma yetkisinin münhasıran yasama organına verilmiş olduğu söylenebilir. Bu nedenle, suç ve ceza alanında, diğer konularda olduğu gibi¹¹⁴, asli kuralların yasama organınca belirlenip, tali konuların idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılması mümkün olmadığı iddia edilebilir. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, ilkenin uygulamaya bu netlikle yansıdığı iddia etmek oldukça zordur. Kanımızca, uygulamadaki bu farklılığın temel nedeni, genel Anayasa teorisinde yasama organının yürütme organına düzenleme yetkisi vermesinin, yasama yetkisinin devri anlamına gelmediğidir¹¹⁵. Bu nedenle Anayasadaki “kanunla düzenleme” şartının sağladığı tek güvence, idarenin bu konularda kanuni bir dayanak olmadan, doğrudan düzenleme yetkisine sahip olmamasıdır. Bu bağlamda, bir kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması şartıyla, Anayasada “kanunla düzenleneceği” belirtilen alanlarda da yürütme fonksiyonunun kullanılması mümkün kabul edilmektedir. Bu nedenle Anayasadaki kanunla düzenlenemeye ilişkin hükümler, bu konuda bir kanun olmadıkça, bu alanın doğrudan yürütme organı tarafından sınırlandırılmayacağı şeklinde algılanmaktadır¹¹⁶. Anayasa Mahkemesi de kanunla düzenlenmesi gereken konularda, özellikle ihtisas ve idare tekniğiyle ilgili alanlarda, kanunla amaç ve hedefin açıklanması, temel kuralların koyulması, sınır ve çerçevesinin belirlenmesi, yürütme

113 Centel/Zafer/Çakmut, s. 61.

114 Anayasa Mahkemesi ihtisas ve idare tekniğiyle ilgili konularda, kanunla amaç ve hedefin açıklanması, temel kuralların koyulması, sınır ve çerçevesinin belirlenmesi, yürütme organınca alınacak önlemlerin objektif olması ve keyfi uygulamalara neden olacak şekilde çok geniş takdir hakkı verilmemesi koşullarıyla kanunla düzenlenmesi gereken konularda idareye düzenleme yetkisi verilebileceğine karar vermektedir. (TEZİÇ, s. 15).

115 GÖZLER, Cilt II, s. 359.

116 “Anayasanın 13’üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlanabilir. O halde kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik veya diğer yürütme işlemleriyle temel hak ve hürriyetler sınırlanamaz. ... genel olarak yürütmenin düzenleyici işlemleriyle, temel hak ve hürriyetler alanında hakların kullanılmasını kolaylaştıran veya sınırlamaları somutlaştıran düzenlemeler yapılabilir.” (ATAR, s. 120); GÖZLER, Cilt II, s. 356.



organınca alınacak önlemlerin objektif olması ve keyfi uygulamalara neden olacak şekilde çok geniş takdir hakkı verilmemesi koşullarıyla idareye düzenleme yetkisi verilebileceğine karar vermektedir¹¹⁷.

Bu bakış açısı, suç ve cezalara ilişkin kanun hükümleri bakımından da benimsendiği için, bu alanda idarenin düzenleme yetkisi kabul görmüştür. Buna göre Anayasanın bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmesi, o alanda idarenin hiç bir düzenleme yapamayacağı şeklinde algılanmamaktadır. Anayasanın suç ve cezaya ilişkin hükümlerin kanunla düzenlenmesini emreden hükmü, Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen “kanunla düzenleme” emrinden farklı bir anlam taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle Anayasa suç ve cezalara ilişkin düzenlemelere idarenin müdahalesini engelleyecek bir tedbir alma gereği duymamıştır. Hatta, Anayasanın 38. maddesine ilişkin Danışma Meclisinin “*Bu hüküm kanun koyucunun “açık suç hükmü” koymasına; yani “fiilî” bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Meselâ Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hâllerde ne yasama yetkisi devrilmiş ne de “kanunsuz suç olmaz” ilkesi ihlal edilmiştir.*” şeklindeki gerekçesinde idarenin bu yönde düzenleme yapabileceğini açıkça belirtilmiştir.

Öte yandan, bazı yazarlarca, kanunun tekelciliği ilkesi suç ve cezalar bakımından ayrı değerlendirilmeye tabi tutularak, ceza alanında bu ilkenin katı bir şekilde uygulandığı, suç alanında ise daha esnek uygulandığı

117 TEZİÇ, s. 15

Esas Sayısı: 2010/69, Karar Sayısı: 2011/116, Karar Günü: 7.7.2011

“Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.”

Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996

“Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.”



ifade edilmiştir¹¹⁸. Ancak aşağıda açıklandığı üzere, adli para cezasında yapılacak artış miktarının veya hapis cezasının paraya çevrilmesinde esas alınacak miktarın idare tarafından belirlenmesine imkân veren kanuni düzenlemeler, ceza bakımından da, kanunun tekelciliği ilkesinin katı bir şekilde uygulanmadığını göstermektedir.

V. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İDARENİN SUÇ VE CEZAYA MÜDAHALESİNE BAKIŞI

Ülkemiz mer'î kanunlarının bazılarında idareye düzenleme yapma konusunda yetki verildiği ve yine aynı kanunda bu yetki çerçevesinde yapılan düzenlemelere aykırı davranışta bulunanların cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümlere bakıldığında suç teşkil eden fiillerin açıkça tanımlanmadığı, hangi davranışın suç oluşturacağına idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlendiği görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu tür hükümlere “beyaz hüküm”, “çerçeve kanun” veya “açık, beyaz veya kör ceza kanunları” adı verilmektedir. Bu hükümler, suçta kanunilik ilkesinin dolanılması suretiyle Anayasanın ihlal edilmesi olarak görülmektedir¹¹⁹.

Somut düzenlemeler dikkate alındığında bir düzenlemenin kanunilik ilkesine uygun olup olmadığının tespiti her zaman kolay değildir. Suç ve ceza içeren düzenlemelerin kanunla düzenlenmesi her zaman kanunilik ilkesinin karşılandığı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, suç ve cezanın kanunla düzenlenmesi şeklindeki ilkenin, kanun metinlerinde yansımalarının değerlendirilmesi ve bu metinlerin bu ilkeye uygunluğunun saptanması, her düzenleme için ayrı bir değerlendirmeyi gerektirebilir.

Bir düzenlemenin kanunilik ilkesine uygunluğu konusunda değerlendirme yapılabilmesi için somut ölçütler veren en önemli belgeler Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Bu nedenle aşağıda Anayasa Mahkemesi kararları ışığında kanunilik ilkesi biraz daha somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Bu inceleme Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası dönemindeki ve 1982 Anayasası dönemindeki kararları olmak üzere *iki ana başlık* üzerine bina edilecektir. Anayasa Mahkemesinin konuya bakışı ve bu bakışta zaman içinde ortaya çıkan farklılıkların tam olarak ortaya konulabilmesi amacıyla, Anayasa Mahkemesinin kurulduğu tarihten bu güne değin idarenin suç ve ceza ihdası yetkisi konusunda verdiği tüm kararlar dikkate alınarak aşağıdaki değerlendirmeler yapılmaya çalışılmıştır.

118 SAĞLAM, s. 89.

119 ÖZGENÇ, s. 108.



A. 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE

1. GENEL OLARAK

1961 Anayasası döneminde idarenin suçun unsurlarına müdahale etmesine izin veren kanun düzenlemeleri konusunda Anayasa Mahkemesinin, aynı doğrultuda bir yaklaşımı olduğu görülmektedir. Bu dönemde Mahkemenin aldığı yedi farklı kararda konuya bakışı bu yönde olmuş ve idareye düzenleyici işlemlerle suç ve cezaya müdahale imkânı veren kanun hükümlerini Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi bu düzenlemelerin;

- Kanun koyucunun düzenleme alanının esaslarını tespit ve amacı tayin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere Bakanlar Kurulunu görevlendirmesi ve bu görev çerçevesinde Bakanlar Kurulunca alınan kararlara aykırı hareket edenlere ceza verilmesinin kanunilik ilkesini ihlal etmediği ve Bakanlar Kurulu kararının da Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla hangi fiillerin yasaklandığının duyurulduğu ve böylece kişiler için teminatın sağlandığı,¹²⁰

- Yasaklanan fiillerin Bakanlar Kurulunca tespit ve Resmî Gazete'de yayımlanıp ilân edilmesinin suçun ne olduğunu önceden bilinmesini (ve kanunilik ilkesini gereklerini) sağlayacağı ve bu durumun cezalandırma yetkisinin siyasal iktidarın tercih ve takdirine bırakılmış olduğu anlamına gelmeyeceği,¹²¹

- Kanunun atıfta bulunduğu fıkraların tatbikatı ile ilgili olarak iki bakanlıkça birlikte düzenlenip neşir ve ilân edilecek tebliğde suçun unsurlarının belirlendiği, tebliğin, Resmî Gazete'de ve mahallinde ilân edilmesi nedeniyle yasak eylemleri ve uyulmadığı takdirde cezalarının ne olduğunun gösterildiği bu nedenle suçta kanunilik ilkesinin ihlâl edilmediği,¹²²

- Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılara ilişkin hükümleri de belli etmek yetkisine sahip olmakla birlikte zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hâllerde; yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri belli ettikten sonra ihtisas ve idare tekniği ile ilgili olan konuların düzenlenmesi için yürütme organını

120 Esas No: 1963/4, Karar No: 1963/71, Karar tarihi: 28/3/1963.

121 Esas Sayısı: 1977/1, Karar Sayısı: 1977/20, Karar Günü: 5/4/1977.

122 Esas No:1962/232; Karar No:1963/9; Karar tarihi: 16/1/1963.



görevlendirmesinin yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına gelmeyeceği,¹²³

- Kanunlarda, çok ayrıntılı ve teknik hususlara yer verilemeyeceğinden amacın ve alınacak tedbirlerin sınırlarının belirtilmesiyle yetinilmesi ve teknik hususların düzenlenmesi konusunda, yürütme organına yetki tanınması zaruri olduğu, alınacak tedbirlerin, zamana ve tatbikatın gidişine göre, değiştirilmesi veya kaldırılması ihtiyacı zaman zaman duyulacak ve bu tedbirlerin tayin ve tespitini kanunlara bırakmak bunların vaktinde alınamaması, yeni tedbirler kanunlaşınca kadar geçecek zamanda, kanun koyucunun amacına uygunluğunu kaybeden veya artık yetersiz hâle gelen hükümlerin devamı neticesini doğuracağı, Kanun, hangi amaçlarla, hangi mallar hakkında ne gibi tedbirler alınması lâzım geldiğinin takdirini ve bu tedbirlerin alınmasını Bakanlar Kuruluna bıraktığına, bu durumun yasama yetkisinin, yürütme “organına devredilmesi anlamına gelmeyeceği ve kanunla ihdas edilmesi gereken suçun tüzükle ihdas edildiği iddiasının da yerinde olmadığı¹²⁴

Gerekçeleriyle Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Söz konusu kanun hükümlerinde, Bakanlar Kurulu kararlarıyla veya idarenin diğer genel düzenleyici işlemleriyle suçun unsurunun belirlenmesine yetki verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarda, suçta ve cezada kanunilik ilkesini, suçun bütün unsurlarının mutlak surette kanunla belirlenmesi şeklinde algılamamış, özellikle yasama organın da yavaş işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbir almasının zorluğunu da vurgulayarak, ayrıntılı, ihtisas gerektiren veya teknik konularda;

- Yasama organının esasları tespit ve amacı tayin etmesi
- İdareye yetkinin kanunla verilmesi,
- Yasaklanan fiillerin önceden Resmi Gazeteyle veya ilgililere tebliğ edilmek suretiyle duyurulması,

hâllerinde bu konuda idarenin suçun unsurlarının belirlenmesine müdahale edebileceğini kabul etmiştir.

Söz konusu kararlar aşağıda ayrıntılı olarak gösterilmiştir.

123 Esas No: 1963/298, Karar No: 1963/283, Karar tarihi: 29/11/1963; Esas No.: 1962/198, Karar No: 1962/111, Karar tarihi: 10/12/1962; Esas Sayısı: 1973/12, Karar Sayısı: 1973/24, Karar günü: 7/6/1973

124 Esas No.: 1962/281, Karar No.: 1963/52, Karar tarihi: 7/3/1963.



2. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanununun Anayasaya aykırılığına ilişkin verdiği kararda, kanun koyucunun düzenleme alanının esaslarını tespit ve amacı tayin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirebileceği ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun gördüğü; Kanununun 3. maddesinde ise, Bakanlar Kurulunca 1. maddeye istinaden itihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tayin edildiği; suçun kanunî unsurunun Bakanlar Kurulunun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmak olduğu; buna göre suçun unsurlarının kanunla belirtildiği; Bakanlar Kurulu kararının da, daha önce Resmî Gazete’de neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığının duyurulduğu ve böylece kişiler için teminatın sağlandığı gerekçeleriyle iptal istemini reddetmiştir¹²⁵.

3491 sayılı Toprak Mahsulleri Ofisi Kanununun 18. maddesinin (A) bendinin birinci ve ikinci fıkralarıyla aynı Kanununun 27. maddesinin (A) bendinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açılmıştır. İptali istenen hükümlere göre, haşhaş ekim bölgeleri içinde izin belgesi almadan veya belgesinde tespit edilen alandan fazla yere yahut gösterdiği yerlerden başka yerlere haşhaş ekenlere bu yerlerde ham afyon üretenle ekim bölgeleri dışında haşhaş ekimi yapanlarla ham afyon üretenlere hapis ve ağır para cezası verilecektir. Buna göre, haşhaş ekim bölgeleri Bakanlar Kurulunca tespit ve ilân edildiğinden ve ekim bölgeleri içinde izin belgesi almadan veya belgede gösterilen alandan fazla yere haşhaş ekmek ve ekim bölgeleri dışında bırakılan yerlerde haşhaş ekimi yapmak suç sayıldığından, suçun unsurlarının belirlenmesi Bakanlar Kuruluna bırakılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kurulunun bu konudaki kararı Resmî Gazete’de yayımlanıp ilân edileceği, ilgililerin

125 Esas No: 1963/4, Karar No: 1963/71, Karar tarihi: 28/3/1963.

“(Kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibi Anayasa’nın 33. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasında “kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” ve ikinci fıkrasında da “cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla alınır” denmektedir.

1567 sayılı kanunun 3. maddesi ise; “İcra Vekilleri Heyetince” 1. maddeye istinaden itihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tayin etmiştir. Bu hükümle; suçun kanunî unsuru “İcra Vekilleri Heyetinin” 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktır. Şu halde suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir.

Kaldı ki Bakanlar Kurulu kararı, daha önce Resmî Gazete’de neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin itiraz yerinde görülmemiştir.”



bundan haberdar olamayacaklarının öne sürülemeyeceği, Kanunda suçun ve cezasının açıkça belirtildiği, kişilerin de Kanunu ve uyulmadığı takdirde cezasının ne olduğunu önceden bildiği gerekçeleriyle iptal istemini reddetmiştir¹²⁶.

Diğer bir davada, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair ek 1. maddesinin birinci ve ek 2. maddesinin ikinci fıkralarının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir. İptal isteminin gerekçesinde 1918 sayılı Kanunun ek 1. maddesinin birinci fıkrası ile Bakanlar Kuruluna lüzum görülen yerlerde emniyet bölgesi kurma yetkisi tanınmasının, ek 2. maddesinin ikinci fıkrasıyla da cezası belirtilen suçun unsurlarını belli etmek yetkisinin yürütme organına bırakılmış olmasının Anayasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak ayrıntılara ilişkin hükümleri de belli etmek yetkisine sahip olmakla birlikte, zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hâllerde; yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri belli ettikten sonra ihtisas ve idare tekniği ile ilgili olan konuların düzenlenmesi için yürütme organını görevlendirmesinin yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına gelmeyeceği; kanun koyucunun kaçaklığın men ve takibi için lüzum görülen yerlerde emniyet bölgeleri kurulmasını ve kaçaklığı önlemek amacı ile bu bölgelerde bir kısım malların kontrole bağlı tutulması esaslarını kabul ettiği, ancak, bu bölgelerin yer ve sınırlarının ve kontrole bağlanacak malların cins ve nevelerinin belirtilmesi, zamanın gereklerine ve teknik ölçülere göre olacağından bu konuların yasama organınca

126 Esas Sayısı: 1977/1, Karar Sayısı: 1977/20, Karar Günü: 5/4/1977

“Anayasa’nın 33. maddesinde “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi yer almıştır. Bu ilkenin esası yasa tarafından suçun, diğer deyimle ne gibi eylemlerin yasaklandığının şüpheye yer verilmeyecek biçimde belirlenmesinden ve buna göre cezanın yasa ile saptanmış olmasından ibarettir. Kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi elbette gerekir. Bu hal kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu ilkeye göre 3491 sayılı Yasanın 27. maddesinin (A) bendinin birinci ve ikinci fıkralarında, Bakanlar Kurulunca tesbit ve ilân edilen ekim bölgeleri içinde izin belgesi almadan veya belgede gösterilen alandan fazla yere haşhaş ekmek ve ekim bölgeleri dışında bırakılan yerlerde haşhaş ekimi yapmak suç sayılarak ceza yaptırımı içine alınmıştır. Bakanlar Kurulunun bu konudaki kararı Resmî Gazete’de yayımlanıp ilân edileceğinden ilgililerin bundan haberdar olamayacakları da öne sürülemez.

Görülüyor ki; yasada suçun ne olduğu ve cezası açıkça belirtilmiş, kişiler de yasayı ve uyulmadığı takdirde cezasının ne olduğunu önceden bilmiş olduklarından mahkeme gerekçesinde ileri sürüldüğü gibi cezalandırma yetkisinin siyasal iktidarın tercih ve taktirine bırakılmış olduğu savı da yerinde bulunmamıştır.”



düzenlenmesindeki sakıncaları göz önünde tutarak bunların sağlanması için gereken hükümlerin konmasını yürütme organına bıraktığı ve yasama yetkisini böylece kullanmayı uygun bulduğu; bu maddenin kişilere uygulanabilmesi için; emniyet bölgesinin ve bu bölgede beyana bağlı mallarla beyan şartlarının idare makamlarınca daha önce alınacak kararlarla belli edilmesi ve kararların kişilere duyurulmasının gerektiği; bu durumda idarenin gelişi güzel suç unsurlarını belirttiği ve suçun kararname ile yaratıldığı gibi bir görüşe varmanın doğru olmayacağı; burada suç ve cezanın kanunla belirtilmiş olduğu gerekçeleriyle iptal istemini reddetmiştir¹²⁷. Anayasa Mahkemesi, aynı Kanunun aynı

127 Esas No: 1963/298, Karar No: 1963/283, Karar tarihi: 29/11/1963

“İtiraz konusu 1918 sayılı kanuna 6829 sayılı kanunla eklenen ek 1 inci maddenin birinci fıkrası ile ek 2 nci maddenin II sayılı fıkrasındaki hükümlere dayanılarak çıkarılan 9/2/1963 günlü ve 11330 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 18/12/1962 günlü ve 6/1208 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 2 nci maddesi ile Suriye, Irak, İran sınır çizgilerinden içeri doğru 5 kilometrelik bir sürekli emniyet bölgesi ile 5 kilometrelik ikinci bir geçici tedbir bölgesi kurulmuş ve bu maddenin; (B) fıkrası ile de; bu bölgeye girmesi izne bağlı hayvan ve maddelerin neler olduğu gösterilmiş ve maddenin (C) fıkrası ile de; (B) fıkrasında gösterilen hayvan ve maddelerin bakım ve ticaretleri ile uğraşan gerçek ve tüzel kişilerin, bildiri ile belli edilecek süre içerisinde tasarruf, nezaret ve muhafazaları altında bulunan bu hayvan ve maddelerin cins ve miktarını tebliğde belirtilen makamlara yazılı olarak bildirmeleri zorunluluğu konmuştur. Bu karara uyularak içişleri, Gümrük ve Tekel Bakanlıklarınca ortaklaşa hazırlanıp 22/2/1963 günlü ve 11341 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 9 sayılı tebliğin 3 üncü maddesi ile; bu beyanın mahallin en büyük mülkiye âmirine beyanname verilmek suretiyle yerine getirileceği ve 4 üncü maddesi ile de hayvanların miktarlarındaki doğumla olacak değişikliklerin en çok 5 gün ve ölüm, hırsızlık ve satış gibi olaylar yüzünden meydana gelecek değişikliklerin de 24 saat içerisinde, beyannamenin verildiği mülkiye amirliğine yazılı olarak bildirileceği esas konmuştur.

Mahkemeye açılan davanın konusu bu tebliğde belirtilen süre içerisinde hayvanların miktarlarındaki değişikliğin bildirilmemiş olmasıdır. Bu sebeple sözü edilen Bakanlar Kurulu kararı ile 9 sayılı tebliğin diğer hükümlerinin burada açıklanmasına lüzum görülmemiştir.

334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 5 inci maddesinde (Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.) 33 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, (Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.

Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.) 36 ncı maddesinin de birinci ve ikinci fıkralarında (Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar ancak kamu yararı amacı ile, kanunla sınırlanabilir) denmektedir.

İtiraz, Anayasa’nın, metinleri yukarıya çıkarılan, hükümlerine dayanmaktadır. Bu sebeple itiraza konu olan kanun hükümlerinin, Anayasa’nın koyduğu bu kurullarla çatışmakta olup olmadığı, diğer bir deyimle olayda yasama yetkisinin yürütme organına devri ve suçta kanunilik prensibinin bozulması ve mülkiyet hakkının kamu yararı dışında sınırlandırılmış olup olmadığına çözümlenmesi gerekir:

a) Kanun koyucu kaçakçılığın men ve takibi için lüzum görülen yerlerde emniyet bölgeleri kurmak ve bu bölgelerde belli edeceği malların kontrolünü sağlamak amacı ile beyana bağlı tutmakla yürütme organını görevlendirmiş ve yürütme organının bu konuda aldığı kararlara aykırı hareketi de suç saymış ve cezasını belirtmiştir.

Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak ayrıntılara ilişkin hükümleri de belli etmek yetkisine sahip olmakla birlikte zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre

maddelerinin iptali için açılan iki ayrı dava hakkında verdiği 16/1/1963 tarihli ve E. 1962/232; K. 1963/9 sayılı Kararda¹²⁸ ve 10/12/1962 tarihli ve E.

tekrar konmasına lüzum görülen hallerde; yasama organının yapısı bakımından ağır işleme ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri belli ettikten sonra ihtisas ve idare tekniği ile ilgili olan konuların düzenlenmesi için yürütme organını görevlendirmesinin yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına gelmeyeceği, ek 1 inci maddenin birinci fıkrası ile ek 2 nci maddesinin 1 sayılı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiası üzerine Mahkememizce verilen 10/12/1962 günlü ve 1962/198-111 sayılı kararda gerekçeleriyle açıklanmış ve ortada bu görüşü değiştirecek bir durum da bulunmamıştır.

İtiraz konusu hükümlerle de; kanun koyucu kaçaklığın men ve takibi için lüzum görülen yerlerde emniyet bölgeleri kurulmasını ve kaçakçılığı önlemek amacı ile bu bölgelerde bir kısım malların kontrole bağlı tutulması esaslarını kabul etmiş, ancak, bu bölgelerin yer ve sınırlarının ve kontrole bağlanacak malların cins ve nevelerinin belirtilmesi, zamanın gereklerine ve teknik ölçülere göre olacağından bu konuların yasama organına düzenlenmesindeki sakıncaları gözönünde tutarak bunların sağlanması için gereken hükümlerin konmasını yürütme organına bırakmış ve yasama yetkisini böylece kullanmayı uygun bulmuştur.

Yürütme organı, kanun koyucunun belirttiği bu esas ve amaca uygun olarak görevini yerine getirmek zorundadır. Kanunun emrine dayanarak yürütme organının bu konuda objektif kararlar alabileceğini kabul etmek idare hukuku esaslarına da uygun düşer. Kaldı ki idarenin bütün eylem ve işlemleri yargı mercilerinin denetimi altında olduğundan bu işlemleri yaparken kanunun gözettiği sınır ve maksat dışına çıkılmasının önlenmesi de mümkündür. Bu bakımlardan yasama yetkisinin yürütme organına devredildiği yolundaki itiraz yerinde görülmemiştir.

b) İtiraz konusu ek 2 nci maddenin II sayılı fıkrasında suçun ve cezasının ne olduğu gösterilmiştir. Buna göre; emniyet bölgelerinde üretimle yapılmış veya başka yollarla edinilmiş olan, yahut gerekli izin verilmiş bulunan mallar, elden çıkarılmış olsa da bunların tüketimi, kullanma ve satış gibi suretlerle sarf yerlerini talepte bildirilecek süre içinde ispat edemeyenlere maddede belirtilen ceza verilecektir. Bu maddenin kişilere uygulanabilmesi için; emniyet bölgesinin ve bu bölgede beyana bağlı mallarla beyan şartlarının idare makamlarınca daha önce alınacak kararlarla belli edilmesi ve kararların kişilere duyurulması gerekecektir. Bu durumda idarenin gelişi güzel suç unsurlarını belirttiği ve suçun kararname ile yaratıldığı gibi bir görüşe varmak doğru olamaz. Burada suç kanunla belirtilmiş ve temel hakların kayıtlandırılması da kanuna dayanmakta bulunmuştur. İdarenin alacağı karar da kanunun emrine uygun olacaktır. Bir an için idarenin kanunun emri dışına çıkmış olabileceği düşünülse bile bunun Anayasa ile ilgisi yoktur. Çünkü bu takdirde kararın kanuna aykırılığı söz konusu olur ki bu da yargı mercilerinin denetimi altındadır. Kararlar ve tebliğler Resmî Gazete ile yayımlanmakta ve ayrıca mahallerinde "ilân edilmekte olduğuna göre, kişi kanunla yükletilen zorunluluğun ne olduğunu, uyulmadığı takdirde ne ceza verileceğini önceden bilmekte ve böylece de kişi güvenliği sağlanmış bulunmaktadır. Bu sebeplerle sözü edilen hükmün suçta kanunilik prensibini bozduğu itirazı yersiz görülmiştir."

128 Esas No:1962/232; Karar No:1963/9; Karar tarihi: 16/1/1963

"İtiraz konusu kanun hükmünde yasaklanan eylemin, yani suçun ve cezasının ne olduğu gösterilmiştir. Burada suçun unsuru, kanunun atıfta bulunduğu fıkraların tatbikatı ile ilgili olarak iki Bakanlıkça birlikte düzenlenip neşir ve ilân edilecek tebliğde yer alan hükümlere, riayet etmemektir. Dava ile ilgili tebliğ, Resmî Gazete'de ve tebliğde şart koşulduğu üzere mahallinde ilân edileceğine göre, kişi, yasak eylemleri ve uyulmadığı takdirde cezalarının ne olduğunu, kanun hükmü ile bilmektedir. Bu duruma göre işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saydığı bir fiil ortada mevcut demektir. Bu itibarla suçta kanunilik prensibinin ihlâli de söz konusu olamaz.

Yukarıda açıklanan sebeplere dayanılarak, itirazın konusu kanun hükmünün, Anayasa'nın 5 ve 33 üncü maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varıldığından itirazın reddi gereklidir."



1962/198, K. 1962/111 sayılı Kararda¹²⁹ aynı yönde karar vermiştir.

129 Esas No: 1962/198, Karar No: 1962/111, Karar tarihi: 10/12/1962

“1- Burada yasama organının doğrudan doğruya kullanması gereken yetkilerini, yürütme organına devretmiş olup olmadığının ve başka bir deyimle ortada Anayasa’nın 5 inci maddesine aykırı bir hal bulunup bulunmadığının tartışılması, lüzumludur.

Şurasını önceden belirtmek yerinde olur ki; Yeni Anayasa’mız yasama yetkisini, yürütme görevini, yargı yetkisini ayrı ayrı organlara vermekle Anayasa Komisyonu raporundaki tabirle yumuşak kuvvetler ayrılığı esasını kabul etmiştir. Buna göre şüphesiz yasama organı kanun yapma kudretini başka ellere bırakamaz. Bu prensip, Anayasa’nın 5 inci maddesinde açıklanmıştır. Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işleme ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisas ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olamaz.

İtiraz konusu ek 1 inci maddenin 1 inci fıkrası ile ek 2 nci maddenin 1 sayılı fıkrasında kanun koyucu, emniyet bölgeleri ihdasını ve bu hususta Hükümete yetki verirken bunun ancak kaçakçılığı men ve takip maksadı ile lüzum görülen yerlerde uygulanacağını ve bu bölgeye girecek bir kısım madde ve eşyanın, kaçakçılığı önlemek için, kontrole tâbi tutulacağını ve bu kontrolün idare makamlarınca yapılacağını kabul etmekle maksat ve hedefini açıklamış ve esas hükümleri belirtmiş ve emniyet bölgeleri, bunların yer ve sınırları ve bu bölgeye girecek müsaadeye tabi malların cinsini tâyin meselesi zamana ve teknik ve ekonomik gereklere göre olacağından bu yönlerin belirtilmesini de Hükümete bırakmıştır. O kadar ki bir bakımdan kanun koyucunun bunları önceden tespit etmesi bazı sakıncalar doğurabilir. Nitekim, kaçakçılık yapılan bölgeler zamana ve günün ekonomik gereklerine göre sık sık değişebilir. Emniyet bölgesi olarak ayrılan alanda kaçakçılık hissedilmeyecek derecede azalıp başka yerlere kayabilir, yine kaçırılan madde ve eşyanın neveleri de aynı sebeple sık sık değişebilir veya önemsiz derecede azalabilir. Bu takdirde kamu yararı adına alınmış olan bu tedbirlerin hemen değiştirilmesi veya kaldırılması gerektiğinde kanunun değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması zorunluluğu doğar. Yukarıda işaret edildiği gibi yasama faaliyetinin ağır işleme sebebiyle bunun zamanında sağlanması mümkün olmaz. İşte bu düşüncelerdir ki; kanun koyucu esaslı hükümleri düzenleyerek alınacak tedbirlerin ihtiyaçlara uygunluğunu sağlamak için bazı hükümler konmasında, yürütme organına yetki vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur. Yürütme organının bütün eylem ve işlemleri, yargı mercilerinin denetimi altında olduğundan, bu işlemleri yaparken kanunun gözettiği sınır ve maksat dışına çıkmasının önlenmesi de mümkündür. Bu suretle yürütme organının görevlendirilmesi yasama yetkisinin devredildiği mânasını taşımadığından ortada Anayasa’nın 5 inci maddesine aykırılık da söz konusu olamaz.

2- Anayasa’nın 33 üncü maddesinde yer alan ve Türk Ceza Kanununun 1 inci maddesinde ifadesini bulan, (Kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibinin esası; kanun tarafından, suçun, yani ne gibi eylemleri yasaklandığının hiç bir şüpheye yer vermeyecek şekilde belirtilmesinden ve buna göre cezasının kanunla tâyin edilmesinden ibarettir. Kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir ve bu hal, kişinin temel hak ve hürriyetinin teminatıdır ve bu teminata, Anayasa’nın, kişinin hakları ve ödevlerine ait bulunan ikinci bölümünde (Madde: 33) yer verilmiştir.

Bu esaslara göre ek 2 nci maddenin 1 sayılı fıkrasındaki hükümler incelendiğinde; buradaki suç sayılan yasak, (Emniyet bölgelerine İcra Vekilleri Heyetince tespit ve ilân olunacak madde ve eşyanın Dahiliye ve Gümrük ve inhisarlar Vekâletlerince tayin edilecek mercilerden müsaade alınmaksızın sokulması) dır. Müsaadesiz sokulduğu takdirde cezasının ne olacağı



Anayasa Mahkemesi diğery bir kararını 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin birinci fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası üzerine vermiştir. Türk Ceza Kanununun iptali istenen birinci fıkrası şu şekildedir: *“Her kim, salahiyettar merciden kanun ve usul dairesinde verilmiş bir emre itaatsizlik eder veyahut ammenin istirahat ve selameti veya madelat mulahazası namına merciinden kanun dairesinde ittihaz edilmiş bir tedbire riayet etmezse bir aya kadar hafif hapse ve elli liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur.”* Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanununun 526. maddenin birinci fıkrasında suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın Anayasanın 33. maddesindeki *“kanunsuz suç ve ceza olamaz.”* ilkesine uymayan bir yönü olmadığına karar vermiştir.¹³⁰

Diğery bir kararda cezanın kanunda belirlenmesine karşılık suçun unsurlarının *tüzük*le belirlenmesine ilişkin bir düzenleme hakkında verilmiştir. 1705 sayılı Ticarete Tağşışın Men’i ve İhracatın Murakabesi ve Korunması Hakkındaki Kanunun, Anayasaya aykırı bulunduğu ileri

kanunda açıkça gösterilmiştir. Maddenin ceza yönünden uygulanması için Bakanlar Kurulunca belirtilecek emniyet bölgeleri ile tespit olunacak madde ve eşyanın önceden kişilere duyurulmak üzere yayınlanması şarttır. Nitekim 4/10347 sayılı kararla birinci ve ikinci emniyet bölgeleri ve bu bölgelere girecek madde ve eşyanın neler olduğu 29/5/1958 gün ve (9918) sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Yine bu kararda işaret edildiği üzere İçişleri ve Gümrük ve Tekel Bakanlıklarınca tayin edilen müsaade vermeye yetkili merciler de 31/7/1958 gün ve 9969 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan (1) sayılı tebliğde gösterilmiştir.

Görülüyor ki kanunda suçun ne olduğu ve cezası açıkça belirtilmiştir. Kişi; yaşamın ve uyulmadığı takdirde cezasının ne olduğunu da kanun hükmü ile bilmektedir. Mahkeme kararı gerekçesinde ileri sürüldüğü gibi mücerret kararla suç ihdas edilmiş değildir. Bu sebeplerle ortada Anayasa’nın 33 üncü maddesine aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Böylece her iki yönden de itirazın reddi gereklidir.”

130 Esas Sayısı: 1973/12, Karar Sayısı: 1973/24, Karar günü: 7/6/1973

“İtiraz konusu 526. maddenin birinci fıkrası kuralının, Anayasa’nın 5. maddesinde ver alan “Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olan yasama yetkisinin devredilemeyeceği” ve yine Anayasa’nın 33 maddesiyle Türk Ceza Kanununun 1. Maddesinde açıklanan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkelere aykırı düştüğünün öne sürülmesi de mümkün görülmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin 10/12/1962 günlü 1962/198 - 11 sayılı kararında (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi: Sayı 1. sayfa 29 - 36 ve 24/1/1963 günlü 11316 sayılı Resmi Gazete) da belirtildiği gibi yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurularak ayrıntı kuralları da saptamak yetkisi varsa da sık sık değışen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda Hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakması da yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu durum karşısında yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olamaz.

Bundan başka, yukarıda da değinildiği gibi 526. maddenin birinci fıkrasında suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 33. maddesi ile Türk Ceza Kanununun 1. maddesindeki *“kanunsuz suç ve ceza olamaz.”* ilkesine de uymayan bir yönü yoktur.”



sürülerek iptali istenmiştir. 1705 sayılı Kanunun l'inci maddesinde, dahilî ve harici ret menfaatlerini korumak ve ticaret malları üzerinde tağşiş ve hilelere mâni olmak üzere menşei nebatî, hayvanî, madenî, bilumum mevat ile bunların nimmamul ve mamullerini veyahut bunların terkibinden husule gelen mevadın ihzarına, imaline, tarihine, muayyen sınıf ve nevilere tefrikine, ambalajlarına, zarflarına alım-satım ve nakil ve muhafazalarına ve bu hususlarda tâbi olacakları usul ve şartlara ve bu gibi mevat için hususi veya millî muayyen alâmet ve izahat istimali mecburiyetine müteallik tedbirler almaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmış ve Kanunun 6. maddesinde de bu Kanun uyarınca Bakanlar Kurulunca çıkarılacak nizamnamelere aykırı hareket edenlerin muhtelif cezalarla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Kanunun, hangi amaçlarla, hangi mallar hakkında ne gibi tedbirler alınması lâzım geldiğinin takdirini ve bu tedbirlerin alınmasını Bakanlar Kuruluna bıraktığı; “Deri, Gön ve Kösele Murakabe Nizamnamesi”nin bu hükümlere uygun olarak düzenlendiği; Bakanlar Kurulunca Kanunun 1. maddesinin amaç ve kapsamı içinde çıkarılacak tüzük hükümlerine aykırı hareketler aynı Kanunun 6. maddesi gereğince suç sayılıp cezaları da maddede gösterildiği gerekçesiyle kanunla ihdas edilmesi gereken suçun, tüzükle ihdas edildiği iddiasının yerinde olmadığına ve iptal isteminin reddine karar vermiştir¹³¹.

131 Esas No: 1962/281, Karar No: 1963/52, Karar tarihi: 7/3/1963

“Kanunun çıkarılmasındaki amaç, Hükümet gerekçesinde etraflı bir şekilde izah edildiği gibi, (Türk malının istihsalinde tekemmül ve intizama, satışında itimadı ve istihlâkinde rağbet ve emniyeti temin) etmektedir. Bu yollardan, Türk mallarının haricî piyasalarda diğer mallarla rekabet edebilecek bir üstünlüğe ulaştırılması düşünülmüştür.

Bu amacın elde edilmesi, malların istihsalinden satışına ve teslimine kadar tabi olacağı şartları tâyin ve tespit etmekle ve bunlara aykırı hareketleri cezalandırmakla mümkündür.

Menşei, nebatî, hayvanî ve madenî bütün mallar, 1 inci maddenin kapsamına girmekte olduğundan, önce, malların sınıflandırılması sonra da her sınıftaki malların istihsal, imal ve satış sırasında tabi olacağı şartların tespiti çok geniş ve dağınık bir iştir. Kanunlarda, bu kadar etraflı ve teknik hususlara yer verilemeyeceğinden amacın ve alınacak tedbirlerin sınırlarının belirtilmesiyle yetinilmesi ve teknik hususların düzenlenmesi konusunda, yürütme organına yetki tanınması zaruridir. Çünkü alınacak tedbirlerin, zamana ve tatbikatın gidişine göre, değiştirilmesi veya kaldırılması ihtiyacı zaman zaman duyulacak ve bu tedbirlerin tâyin ve tespitini kanunlara bırakmak bunların vaktinde alınmaması, yeni tedbirler kanunlaşmaya kadar geçecek zamanda, kanun koyanın amacına uygunluğunu kaybeden veya artık yetersiz hale gelen hükümlerin devamı neticesini doğuracaktır.

Nitekim, Anayasa'nın 107 nci maddesindeki hüküm de bu zorunluluğun ve ihtiyacın ifadesidir. Bu hükmü göre Bakanlar Kurulunca Kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak şartıyla, tüzükler çıkarılabilir.

Olayda 1705 sayılı Kanun, hangi amaçlarla, hangi mallar hakkında ne gibi tedbirler alınması lâzım geldiğinin takdirini ve bu tedbirlerin alınmasını Bakanlar Kurulunca bıraktığına ve “Deri Gön ve Kösele Murakabe Nizamnamesi” bu hükümlere uygun olarak düzenlendiğine; Bakanlar Kurulunca 1705 sayılı kanunun 1 inci maddesinin amaç ve kapsamı içinde çıkarılacak tüzük hükümlerine aykırı hareketler aynı kanunun 6 ncı maddesi gereğince



B. 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE

1. GENEL OLARAK

Yukarıdaki açıklamalardan ve Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşılacağı üzere, 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde Anayasa Mahkemesinin konuya bakışı, suç ve ceza ihdası konusunda idareye yetki verilebileceği yönünde olmuştur¹³². Bu dönemde verilen tüm kararlarda yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Anayasa Mahkemesi idarenin suçun unsurlarının belirlenmesine imkân veren düzenlemeleri Anayasaya uygun bulmuştur. Ancak bu tutumun sadece 1961 Anayasası dönemiyle sınırlı olmadığı, 1982 Anayasası döneminde aynı bakış açısıyla verilmiş iptal kararları olduğu görülmektedir. Ancak bu dönemde, özellikle son zamanlarda verilen kararlara bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin konuya daha katı yaklaştığı, suç ve ceza ihdası konusunda idareye yetki veren yasal düzenlemeleri iptal ettiği anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya çıkan bu dönüşümün önemli bir nedeni de, Anayasanın kanun hükmünde kararnemelere ilişkin düzenlemesidir. Anayasanın 91. maddesi, kanun hükmünde kararnemeleri konu yönünden sınırlandırmıştır. Buna göre, sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hakların, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi hakların ve ödevlerin kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenmesi mümkün değildir. Buna göre, kanun hükmünde kararnemelerle, ancak, Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" düzenlenebilecektir¹³³. Kişi hak ve hürriyetleriyle doğrudan bağlantılı olduğu için, Anayasa kanun hükmünde kararnemelerle suç ve ceza ihdasına imkân tanımamaktadır¹³⁴.

suç sayılıp cezaları da maddede gösterildiğine göre yasama yetkisininin, Anayasa'nın 5 inci maddesine aykırı olarak yürütme "organına devredilmesi söz konusu olamayacağı gibi, Anayasa'nın 33 üncü maddesine aykırı surette, kanunla ihdas edilmesi gereken suçun, tüzükle ihdas edildiği iddiası da yerinde değildir."

132 "... Anayasa Mahkemesi kuruluşunun ilk yıllarında iki, kötü hukuk niteliğindeki kararda yürütmenin çerçeve kanunları niteliğindeki kanunları dayanak yaparak suç ve ceza yaratmasının kanunilik ilkesine aykırı olmayacağına karar vermiştir." (İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU./ÜNVER, s. 7.); CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 59.

133 ÖZBUDUN, 234; ATAR, s. 120; TEZİÇ, 28.

134 SOYASLAN, s. 105; ÖZGENÇ, s. 110; DEMİRBAŞ, s. 107; "... 1982 Anayasasının 91/1. maddesindeki açık hükmü, yürütmenin suç ve ceza yaratmak hakkının bulunmadığını kesin bir şekilde hükme bağlamaktadır. Yürütme Anayasanın birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel ve özgürlükler konusunda kanun hükmünde kararneme çıkarmak yetkisine sahip değildir." (İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU./ÜNVER, s. 8)



Anayasanın kanun hükmünde kararnamelere ilişkin söz konusu düzenlemesi, normlar hiyerarşisinde kanun hükmünde kararnamenin altında kalan idarenin diğer düzenleyici işlemlerle de suç ve ceza düzenlenemeyeceği yönünde hem doktrinde hem de Anayasa Mahkemesinde yeni bir bakış açısı gelişmesine neden olmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesi “Anayasa’nın 91. maddesinde TBMM’nce Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve KHK ile düzenlenemeyecek konular sayılmaktadır. “Anayasa’nın suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığını taşıyan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının KHK ile suç oluşturmasına Anayasa’da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK’lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan Anayasa kurallarına aykırı düşer.”¹³⁵ şeklinde verdiği çeşitli kararlarında bu bakış açısına vurgu yapmıştır.

Öte yandan Türk Ceza Kanununun 2. Maddesinin idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konamayacağına ilişkin hükmünün gerekçesinde de “Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararnama çıkarılmaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.” şeklindeki açıklamayla bu konuya özel bir vurgu yapılmıştır.

1982 Anayasası döneminde konuya Anayasa Mahkemesi’nin bakışı, bu dönemde Mahkemenin kararlarında özel bir yer tutan kanun hükmünde kararnameler ve idarenin diğer düzenleyici işlemleri olmak üzere *iki ana başlık* altında incelenecektir.

2. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

1982 Anayasasına göre, idarenin (yürütme organının) çıkarabileceği düzenleyici işlemlerden birisi, kanun hükmünde kararnamelerdir. Ancak kanun hükmünde kararnameler kanuna eş değerde bir işlem türü olup, olağan ve olağanüstü dönemlere özgü olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır.

135 Esas Sayısı: 1993/5, Karar Sayısı: 1993/25, Karar Günü: 6.7.1993; Esas Sayısı: 1993/42, Karar Sayısı: 1994/72, Karar Günü: 27.9.1994; Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996



a. Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri

aa. Genel Olarak

Anayasa kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini Bakanlar Kuruluna vermiştir. Ancak Bakanlar Kurulunun bu yetkiyi kullanabilmesi için (sıkıyönetim ve olağanüstü hal hariç) Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir kanunla yetki vermesi gerekmektedir. Anayasanın 91. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu yetki kanununa göre yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapabileceği gibi, daha önce yasama organının düzenleme yapmadığı alanlarda düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Bu nedenle Bakanlar Kurulunun yasama faaliyetinde bulunduğu ve kanun hükmünde kararnamelerin fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde ve kanunlara eş değer oldukları kabul edilmektedir¹³⁶.

Anayasanın 38. maddesinin üçüncü fıkrasındaki suçta ve cezada kanunilik ilkesine göre, suç ve cezalar ancak “kanun” niteliği taşıyan yasama tasarruflarıyla düzenlenebileceğinden, idari bir organ olan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza düzenlenmesi mümkün değildir. Kanun hükmünde kararnamelerin, kanunun hukuki gücüne sahip olması da, onun idari bir tasarruf olma özelliğini etkilememektedir¹³⁷. Yine kanun hükmünde kararnamelerin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılacak bir yetki kanununa dayanması da kanımızca bu durumu değiştirmemektedir. Çünkü kanun hükmünde kararname bir yetki kanuna dayansa da, o bir yasama tasarrufu değil bir idari tasarruf olmaya devam etmektedir.

Öte yandan, Anayasanın 91. maddesi, her alanda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermemektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasa kanun hükmünde kararnameleri konu yönünden sınırlandırmıştır. Buna göre, sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hakların, kişi haklarının ve ödevlerinin ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi hakların ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi mümkün değildir. Buna göre, kanun hükmünde kararnamelerle, ancak, Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan “sosyal ve ekonomik haklar

136 TEZİÇ, s. 28.

137 ÖZBUDUN kanun hükmünde kararnamelerin kanunun hukuki gücüne sahip olması nedeniyle maddi bakımdan bir yasama işlemi olduğunu ifade etmektedir. Kanun hükmünde kararnameler maddi bakımdan bir yasama işlemi olarak kabul edilse bile, Anayasanın kurduğu sisteme göre kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza düzenlenemeyeceği için konumuz bakımından sonuç değişmemektedir.



ve ödevler” düzenlenebilecektir¹³⁸. Kişi hak ve hürriyetleriyle doğrudan bağlantılı olduğu için, Anayasa kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza ihdasına imkân tanımamaktadır¹³⁹. Söz konusu Anayasa hükmü, Anayasanın 38. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hüküm olmasa da, kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza düzenlenmesine imkân vermemektedir. Üstelik, Anayasanın 13. maddesinin birinci fıkrasındaki temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin hüküm, bu sonucu teyit etmektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 8.6.1984 günlü, 219 sayılı “Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “Genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağı konur...” şeklindeki hükmü anayasa uygunluk bakımından değerlendirirken il veya ilçenin en büyük mülki idare amirinin tespit edeceği zaman dilimi içinde konulan sokağa çıkma yasağı usulünce halka ilan edildiğinde ve bu zaman diliminde sokağa çıkıldığında 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen yetkili mercilerin emir ve yasaklarına uymama suçunun oluşmasına ilişkin hükümle ilgili olarak, Mahkeme, dava konusu kuralla getirilen sokağa çıkma yasağının, Anayasanın 19. ve 23. maddelerde belirtilen sınırlamalar içinde yer almadığı gibi her iki kural da Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde, başka bir anlatımla Anayasa’nın 91. maddesi ile sıkıyönetim ve olağanüstü hâller dışında kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yapılamayacağı belirtilen yasak alanda yer aldığını, itiraz konusu 219 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi ile genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağı getirilerek, Anayasa’nın 19. ve 23. maddelerinde anlatımını bulan temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesinin, Anayasa’nın 91. maddesine aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir¹⁴⁰.

138 ÖZBUDUN, 234; ATAR, s. 120; TEZİÇ, 28.

139 SOYASLAN, s. 105; ÖZGENÇ, s. 110; DEMİRBAŞ, s. 107; “... 1982 Anayasasının 91/1. maddesindeki açık hükmü, yürütmenin suç ve ceza yaratmak hakkının bulunmadığını kesin bir şekilde hükme bağlamaktadır. Yürütme Anayasanın birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel ve özgürlükler konusunda kanun hükmünde kararname çıkarmak yetkisine sahip değildir.” (İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU./ÜNVER, s. 8)

140 Esas Sayısı: 2000/82, Karar Sayısı: 2002/193, Karar Günü: 26.11.2002

“Başvuru kararında, 219 sayılı KHK’nin 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinde, genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağı konulacağını belirtildiği, oysa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması anlamına gelen bu düzenlemenin Anayasa’ya göre ancak yasa ile yapılabileceği, Bakanlar Kurulunca çıkarılan KHK’lerle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanamayacağı belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 5., 6., 7., 11., 13., 17., 22., 23., 24., 38., 42., 49., 87. ve 91. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.



Anayasa Mahkemesinin aşağıdaki kararlardan da görüleceği üzere, olağan dönem kanun hükmünde kararnameyle suç ihdasına ilişkin bakışının net ve tutarlı olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi değişik kararlarında, “Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddenin Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı”¹⁴¹ gerekçesiyle kanun hükmünde kararnameyle suç ve ceza düzenlenemeyeceğine karar vermiştir. Hatta Mahkeme, son dönemde verdiği kararlarda daha hassas bir değerlendirmeye, yukarıda ayrıntılı

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 8.6.1984 günlü, 219 sayılı “Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”, 17.6.1982 günlü, 2680 sayılı Yetki Kanunu ile bu Kanun’un süresinin 2 yıl daha uzatılmasını öngören 2.12.1983 günlü, 2967 sayılı Yetki Kanunu’na dayanmaktadır.

Anayasa’da kimi konuların KHK’lerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi “Bakanlar Kurulu”na ancak yasak alana girmeyen belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasa’ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa’ya aykırılık kararı verebilir. Bu durumda, itiraz konusu kural ilgisini nedeniyle Anayasa’nın 19. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa’nın 19. maddesi kişi özgürlüğünü ve güvenliğini korumaya yönelik hükümleri içermektedir. Madde, sadece keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı bir güvenceden ibaret olmayıp, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan özgürlükler alanını kapsamakta ve bir kimsenin başkasına zarar vermeden, vücut ve hareket serbestisine sahip olması, dilediği gibi dolaşabilmesi ve yasayla belirlenen ve sınırlanan durumlar dışında hareket ve gidip-gelme özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını ifade etmektedir.

Herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğunun açık bir biçimde ifade edildiği Anayasa’nın 23. maddesi ile kişilerin gidip-gelme, dolaşma, hareket özgürlükleri güvenceye alınmakta ve bu özgürlüklerin sadece maddede belirtilen nedenlerle ve yasayla sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir.

Dava konusu kuralla getirilen sokağa çıkma yasağı, 19. ve 23. maddelerde belirtilen sınırlamalar içinde yer almadığı gibi her iki kural da Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde, başka bir anlatımla Anayasa’nın 91. maddesi ile sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yapılamayacağı belirtilen yasak alanda yer almaktadır.

İtiraz konusu 219 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi ile genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağı getirilerek, Anayasa’nın 19. ve 23. maddelerinde anlatımını bulan temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi, Anayasa’nın 91. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Kuralın iptali gerekir.”

141 Esas Sayısı: 2005/15, Karar Sayısı: 2008/2, Karar Günü: 3.1.2008; Esas Sayısı: 2005/57, Karar Sayısı: 2009/19, Karar Günü: 5.2.2009; Esas Sayısı: 2009/16, Karar Sayısı: 2009/46, Karar Günü: 12.3.2009



olarak açıklandığı üzere, *cezanın kanunla düzenlenmesine karşılık suçun unsurlarının kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesini* de kanunilik ilkesine aykırı görmüştür.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesine göre, Anayasada kanun hükmünde kararnamelerin kanunla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural bulunmadığından, bir kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğe girmesinden sonra, kanun hükmünde kararnamelerde kanunla ceza hükmü düzenlenmesi kanunilik ilkesine aykırı değerlendirmemiştir¹⁴².

Aşağıda Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin verdiği değişik kararlar ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

bb. Cezanın Kanunla Düzenlenmesine Karşılık Suçun Unsurlarının Kanun Hükmünde Kararnameyle Düzenlenmesi

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında cezanın kanunla düzenlenmesine karşılık, suçun unsurlarının kanun hükmünde kararnamede düzenlenmesinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olup olmamağına ilişkin farklı kararları bulunmaktadır. Bu konuda ilk kararını verdiği davada, 24.6.1995 tarihli 560 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 4128 sayılı Kanunla eklenen 18/A maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. 18/A maddesinde Kanun Hükmünde Kararnamelerinin değişik maddelerindeki yükümlülükler atıf yapmak suretiyle bunları ihlal edeceklerine uygulanacak hapis de dahil olmak üzere çeşitli yaptırımlara yer verilmiştir. Mahkeme, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesinin, Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığına, ancak ceza yaptırımları getiren itiraz konusu kuralı içeren 18/A maddesinin, 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye 4128 sayılı Kanunla eklenmiş olması nedeniyle bu konuda Anayasa'nın yasa ile düzenlenme gereği yerine getirildiğine hükmetmiştir¹⁴³.

142 Esas Sayısı: 2000/38, Karar Sayısı: 2003/66, Karar Günü: 18.6.2003

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa'nın cezaların yasa ile düzenlenmesi gereğine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır."

143 Esas Sayısı: 1999/32, Karar Sayısı: 2001/10, Karar Günü: 25.1.2001

"Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan bir kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, kimseye suçu işlediği zaman



Yine Mahkeme, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ilişkin 2003 yılında verdiği ilk verdiği kararında, suç ve cezanın kanunla düzenlendiği 61/A maddesinde, Kararnamenin kanunla düzenlenmemiş 61. maddesine yollama yapmak suretiyle bu maddede yaz yazılı fiillerden birini işleyenlere ceza verilmesini, “61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa’nın cezaların yasa ile düzenlenmesi gereğine uyulmuştur.” gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmamıştır¹⁴⁴.

kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez,” üçüncü fıkrasında ise, “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilmektedir.

Anayasa’nın 91. maddesinin ilk fıkrasında Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir. Ceza yaptırımları getiren itiraz konusu kuralı içeren 18/A madde ise, 560 sayılı KHK’ye 4128 sayılı Yasa ile eklenmiş olup, bu konuda Anayasa’nın yasa ile düzenlenme gereği yerine getirilmiştir.

Öte yandan Yasakoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken, anayasal sınırlar içinde ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde ceza yaptırımına bağlanacağı, hangi durumda davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır.

Bu nedenle, yasakoyucunun, toplum düzenini bozan ve önlenmesinde önemli yararlar gördüğü toplum sağlığıyla ilgili hususlarda kanunla kimi eylemleri suç sayarak bunlar için ceza yaptırımı öngörmesinde ve gıda maddeleri üretiminin insan sağlığı açısından taşıdığı önemi dikkate alarak cezanın önleyici ve caydırıcı etkisini artırmak amacıyla suçların tekrerrü halinde ceza artırımlarını TCK’nun 81. vd. maddelerinden farklı kurallara bağlı tutmasında Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa’nın 38. ve 91. maddelerine aykırı değildir. İstemin reddi gerekir.”

144 Esas Sayısı: 2000/38, Karar Sayısı: 2003/66, Karar Günü: 18.6.2003

“Başvuran Mahkeme, kanun hükmünde kararnamelerle yasalarla ceza hükümleri eklenmesinin normlar hiyerarşisine uygun olmadığını, 4128 sayılı Yasa’nın 5. maddesi ile 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen 61/A maddenin (c) bendinin, Anayasa’nın 7., 38. ve 87. maddelerine aykırı olduğunu belirterek iptalini istemiştir.

İtiraz konusu bentde, “61 maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüzmilyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur” denilmektedir.

Anılan Yasa’nın gerekçesinde de, Anayasa’nın 91 inci maddesine göre temel haklar, kişinin hakları ve ödevleri ile bunların korunmasına ilişkin hususların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek konulardan olduğu, bu alanların mutlaka kanunla düzenlenmesinin gerektiği, Parlamentonun normlaşma sürecinin her safhasına hâkim olduğu, mali ve diğer cezai hükümlerin kişilerin haklarına taalluk eden özelliklere sahip olduğu şeklindeki düşüncelerden hareketle, 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin etkin uygulanmasını temin bakımından ve onu tamamlayan bir düzenleme olarak söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddelerinde değişiklik yapılması ve



Ancak Mahkeme bir yıl sonra 2004 yılında yine 556 Kanun Hükmünde Kararnameye ilişkin verdiği diğer bir kararında, iki farklı değerlendirmede bulunmuştur. İlk değerlendirme 2003 yılında verdiği kararla aynı yöndedir ve 61/A maddesinin (c) bendinde 61. maddeye atıf yapılmasını “Kanun Hükmünde Kararname’nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa’nın cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38. maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa’da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır.” gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmamıştır. Ancak aynı kararda, 61/A maddesinin atıf yaptığı 61. maddenin (d) bendini “İtiraz konusu 556 sayılı KHK’nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.” gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁴⁵. Buna göre Mahkeme kanunla düzenlenen maddede kanun

muhtelif ceza hükümlerinin ortaya konmasını temin maksadıyla 4128 sayılı Yasa’nın çıkarıldığı belirtilmiştir.

Yasakoyucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemlerin etkisini artırmak ya da bunları hafifletmek veya ortadan kaldırmak yetkisi yasakoyucuya aittir.

Anayasa’nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa’nın cezaların yasa ile düzenlenmesi gereğine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa’da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, itiraz konusu (c) bendi Anayasa’nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Konunun Anayasa’nın 7. ve 87. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.”

145 Esas Sayısı: 2002/92, Karar Sayısı: 2004/25, Karar Günü: 2.3.2004

“61. maddenin itiraz konusu (d) bendinde, “marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek” marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında gösterilmiştir.



hükmünde kararnamenin diğer maddelerine atıf yapmak suretiyle suçun unsurlarının belirlenmesini Anayasaya aykırı kabul etmezken, suç ihdası amacıyla düzenlenmeyen kararnamenin diğer bir maddesinin atıf suretiyle suçun unsuru yapılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur.

Mahkeme bu bakış açısını daha sonra verdiği kararlarda da sürdürmüştür. Bu bağlamda Mahkeme daha sonra verdiği kararlarda da, cezanın kanunla düzenlenmesine karşılık, suçun unsurlarının kanun hükmünde kararnamede düzenlenmesinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olmadığına karar vermiştir. Mahkemenin bu konudaki kararları, yine sınıai mülkiyet haklarını düzenleyen kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa uygunluk bakımından incelemesi sırasında

61/A maddenin (c) bendinde de, “61 maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüzmilyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur” denilmiştir.

Yasakoyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılaşmalarını gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemlerin etkisini artırmak ya da bunları hafifletmek veya ortadan kaldırmak yetkisi yasakoyucuya aittir.

Anayasa’nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

İtiraz konusu 556 sayılı KHK’nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararnama ile yapılması olanaklı değildir.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnama’nın 61. maddesinin (d) bendi Anayasa’nın 91. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

...

2- 61/A Maddesinin (c) Bendinin İncelenmesi

Kanun Hükmünde Kararnama’nın 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa’nın cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38. maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa’da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır.”

...

Açıklanan nedenle, 556 sayılı KHK’nin 61. maddesinin (d) bendi yönünden incelenen itiraz konusu 61/A maddesinin (c) bendi Anayasa’nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”



ortaya çıkmıştır. Mahkeme cezanın 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A maddesinin “kanunla” düzenlenmesine karşılık, suçun unsurlarını oluşturan eylemlerin kanun hükmünde kararnamenin 9 ve 61. maddelerinde düzenlendiğini belirttikten sonra, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddenin Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılmasının olanaklı olmadığına ve bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesinin de bu sonucu değiştirmeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁶. Ardından mahkeme 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁴⁷ ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında

146 Esas Sayısı: 2005/15, Karar Sayısı: 2008/2, Karar Günü: 3.1.2008

“61. maddenin itiraz konusu (a) bendinde 9.maddenin ihlali, (c) bendinde ise “markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak” marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında gösterilmiştir.

9. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde “markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması”, ikinci fıkrasının (b) bendinde de, “işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması” marka tescilinden doğan hakların kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir.

Yasakoyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu alandaki takdir yetkisi sınırsız olmayıp yasakoyucu, Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağlıdır.

Anayasa’nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

556 sayılı KHK’nin itiraz konusu 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlemesi de bu sonucu değiştirmez.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddesinin anılan bentler yönünden incelenen (a) bendiyle (c) bendi Anayasa’nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

147 Esas Sayısı: 2005/57, Karar Sayısı: 2009/19, Karar Günü: 5.2.2009

“551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde, patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek, kısmen veya tamamen taklit suretiyle meydana getirildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla üretilen ürünleri satmak dağıtmak veya



Kanun Hükmünde Kararname¹⁴⁸ bakımından da aynı gerekçelerle iptal kararları vermiştir.

bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmamak veya uygulamaya koymak suretiyle kullanılmak eylemleri patentten doğan hakka tecavüz sayılmıştır. 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ise tasarım hakkı sahibinin izni olmaksızın tasarımın aynısını veya belirgin bir şekilde benzerini yapmak, üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme akdi için icapta bulunmak, kullanmak, ithal etmek ve bu amaçla depolamak veya elde bulundurmamak eylemleri tasarım hakkına tecavüz fiilleri olarak gösterilmiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında kimsenin, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, üçüncü fıkrasında ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen eylemlere bu Kanun Hükmünde Kararname'nin 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 73/A maddesinde, 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen eylemlere ise 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 48/A maddesinde ceza yaptırımını öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmez.

Bu nedenlerle, itiraz konusu 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden incelenen aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden incelenen aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

148 Esas Sayısı: 2009/16, Karar Sayısı: 2009/46, Karar Günü: 12.3.2009

“İtiraz konu 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) bendinde tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımlar veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran ya da çağrıştıran ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı, (c) bendinde ise ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede doğal veya esas nitelik ve özellikleri ile menşei konusunda yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi coğrafi işaretten doğan hakka tecavüz sayılmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında kimsenin, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, üçüncü fıkrasında da ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde belirtilen eylemlere bu Kanun Hükmünde Kararname'nin 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 24/A maddesinde ceza yaptırımını öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmez.

Bu nedenlerle, itiraz konusu 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden incelenen aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentleri Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”



cc. Kanun Hükmünde Kararnamede Suçun Unsurları ve Verilecek Ceza Bakımından Diğer Bir Kanundaki Düzenlemeye Atıf Yapılması

399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinin (b) bendinde yer alan “Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır.” ve (c) bendinde yer alan “Görevlerini yaptıkları sırada öğrendikleri gizli bilgileri, görevden ayrılmış olsalar bile, yetkili amirin izni olmadan açıklayamazlar. Aksi hâlde haklarında Türk Ceza Kanununun 229 uncu maddesi hükümleri uygulanır.” şeklindeki hükümlerin iptali istenmiştir. Söz konusu hükümlerin yürürlüğü, 60. maddede kanun hükmünde kararnamenin kanunlaşmasına bağlı tutulmasına rağmen, Mahkeme söz konusu düzenlemenin, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirlenen ve KHK çıkarmaya kesinlikle kapalı tutulan Anayasanın İkinci Kısımının İkinci Bölümünde yer alan “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddeyle ilgili olması nedeniyle Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁴⁹.

149 Esas Sayısı: 1990/12, Karar Sayısı: 1991/7, Karar Günü: 4.4.1991

“KHK’nin 60. maddesinde ceza ile ilgili düzenlemelerin yürürlüğü yasalaşma koşuluna bağlanmıştır. Bu nedenle öncelikle Anayasa’ya aykırılık bakımından inceleme yeteneğinin bulunup bulunmadığının saptanması gerekir.

Yukarıda ilgili bölümlerinde de belirtildiği üzere Anayasa’nın 148. maddesinde KHK’lerin şekil ve esas bakımından Anayasa’ya uygunluğunun denetleneceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre KHK’nin tüm maddeleri, yürürlükte olsun olmasın Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalıdır. Çünkü, 148. maddede yürürlük koşulu bulunmamaktadır.

KHK’nin bir maddesinin yürürlüğünün belli bir tarihe bırakılması ile yasalaşma koşuluna bağlanması arasında anayasal denetim açısından ayırım yoktur. Yürürlüğü yasalaşma koşuluna bağlanan madde anayasal denetime bağlı tutulmayacaksa, belli bir tarihte yürürlüğe girmesi öngörülen maddenin de Anayasa’ya uygunluk denetiminin yapılmaması gerekir. Oysa, belli bir tarihte yürürlüğe girecek maddenin anayasal denetiminin yapılması zorunludur. Çünkü, aksi halde bu maddeler soyut norm denetiminden kaçırılmış olur. Bu durumda yürürlüğü yasalaşma tarihine bırakılan maddenin Anayasa’ya uygunluğunun da incelenmesi kaçınılmazdır.

Söz konusu düzenleme, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirlenen ve KHK çıkarmaya kesinlikle kapalı tutulan Anayasa’nın İkinci Kısımının İkinci Bölümünde yer alan “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. madde ile ilgili olması nedeniyle Anayasa’ya aykırıdır.”

b. Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri

aa. Genel Olarak

Anayasanın 15 inci maddesinde, olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceği veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği, maddenin ikinci fıkrasında gösterilen istisnalarla birlikte hüküm altına alınmış; 121 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ise, olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarma yetkisi tanınmıştır. Keza, 91 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan “Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez” hükmü, olağanüstü hal dönemlerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler ile temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlerin de düzenlenebileceğini ortaya koymaktadır. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri aksine, Meclis tarafından bir yetki kanunuyla yetkilendirilmeye ihtiyaç bulunmayan olağanüstü hal döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler için konu ve kapsam sınırlaması bulunmadığı; olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda ihtiyaç duyulan gerekli tedbirlerin bu dönemde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerle alınabileceği değinilen hükümlerden açıkça anlaşılmaktadır. Anayasanın 121 ve 122. maddelerinde düzenlenen sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerin bir yetki devri söz konusu değildir. Çünkü bu durumda yürütme organının düzenleme yetkisi doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanmakta ve bir kanunla yetkilendirmeye ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁵⁰. Diğer bir ifadeyle normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde olan bu kararnameleri, yürütmenin düzenleme yetkisi kanundan değil, doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanmaktadır¹⁵¹.

Konumuz itibarıyla burada tartışılması gereken konu, Anayasanın 91. maddesine göre temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve

150 ÖZBUDUN, s. 198; TEZİÇ, s. 32; “Olağan hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler kaynaklarını kanundan, olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler kaynaklarını güçlü yürütme kavramından ve pozitif kural bazında Anayasanın 8. maddesinden almaktadır. Gerçekten söz konusu maddede, 1961 Anayasasından farklı olarak yürütme yetki ve görevinden söz edilmektedir.” (SOYASLAN, s. 105).

151 GÖZLER, Cilt II, s. 406-407.



ödevler sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle düzenlenebileceğine göre, bu tür kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza düzenlenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde kimi yazarlar olağanüstü hâllerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin konu olarak sınırlanmadığı gerekçesiyle, bu kapsamda ceza normu da konulabileceğini kabul etmektedir¹⁵². Ancak bu görüşü kabul etmeyen ve aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır¹⁵³.

Hiç şüphesiz ki, bu konudaki nihai karar, Anayasa Mahkemesinin bu kararnamelerin denetimi bakımından ortaya koyduğu bakış açısına göre şekillenecektir. Şu ana kadar, Anayasa Mahkemesi, Anayasasının 148. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağını öngören hükmü¹⁵⁴ dikkate almak suretiyle iki farklı değerlendirmede bulunmuştur.

bb. Anayasa Mahkemesinin 1991 Tarihindeki Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi işlemin hukukî niteliğini göz önünde tutarak yargı denetimine tabi olup olmadığını kendisinin belirleyeceği yolundaki içtihadını yineleyerek, 1991 yılında 425 ve 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler hakkında verdiği kararlarda¹⁵⁵, söz konusu Kanun

152 “Olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararname: Konusunda herhangi bir kısıtlama yoktur. O halde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu herhangi bir konuyu düzenleyebileceğinden ceza normu da koyabilecektir. Demek ki, kanunilik ilkesi ihtiyaçlar nedeniyle eski katılığından çok şey kaybetmiş, anlam değiştirmek zorunda kalmış, hatta olağanüstü hallerde ilkedan tamamen vazgeçmiştir.” (SOYASLAN, s. 106).

153 “Anayasada “sıkıyönetim ve olağanüstü hal” bakımından bir sınırlama getirilmişse de, Anayasanın 91. maddesinin amaçsal yorumu, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ışığında sıkıyönetim ve olağanüstü hal durumlarında da kanun hükmünde kararname ile suç yaratılmaması gerekir.” (ARSLAN Çetin/ÖZKUL Fatih: **Yargı Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi**, TAAD, Yıl: 4, Sayı: 15 (Ekim 2013), s. 49).

154 “Yukarıda gördüğümüz gibi olağan dönem KHK’leri Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbidir. Buna karşılık, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK’leri üzerinde herhangi bir yargısal denetim yoktur. Anayasamızın 148’inci maddesine göre “olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan KHK’lerin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz”. Bu denetim yasağı birçok yazar tarafından eleştirilmiştir. Ama eleştirilmiş olması bu yasağın mevcudiyetini engellemez.” GÖZLER Kemal: “KHK’ler”, www.anayasa.gen.tr/khk-bilgi.htm (5.3.20017).

Kanun Hükmünde Kararnameler, Türk Anayasa Hukuku Sitesi, s. 5.

155 Esas sayısı: 1990/25, Karar sayısı: 1991/1, Karar Tarihi: 10.1.1991; Esas sayısı: 1991/6, Karar sayısı: 1991/20, Karar Tarihi: 3.7.1991.

“Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya



Hükmünde Kararnamelerin gerçekten Anayasanın 148. maddesindeki yargı denetimi yasağı kapsamına giren kanun hükmünde kararname niteliğinde olup olmadıklarını araştırma gerekçesiyle kararnameleri esas yönünden deęerlendirmiştir¹⁵⁶. Mahkemeye göre, Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturacaktır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında verdiği kararlarda 425 ve 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameleri nitelendirmeden önce, genel olarak, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin neden, amaç ve konu öğelerini ve bunlar arasındaki ilişkileri açıklığa kavuřturmuřtur¹⁵⁷. Böylece Mahkeme, olağanüstü hâlin

yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi "olağanüstü hal KHK'si" adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir "olağanüstü hal KHK'si" niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur."

- 156 ÖDEN Merih, Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.3, 2009, s. 662.

"Yargısal denetime ilişkin olarak şunu da belirtelim ki, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK'leri hakkındaki denetim yasağı, Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen aşılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa Mahkemesi, önüne getirilen metnin Resmî Gazetede konulan adıyla bağlı değildir. Bu metnin hukukî tavsifini serbestçe yapabilir. Gerçekten, bu metnin bir "olağanüstü hâl KHK'si" olup olmadığını araştırabilir. Bu araştırma sonucu incelediği kararnamenin gerçekten olağanüstü hâl KHK'si olmadığı kanısına varırsa, bu kararnameyi "dönüştürme kuramı" uyarınca, bir "olağan dönem KHK'si" olarak kabul edip denetleyebilir. Uygulamada Anayasa Mahkemesi 425 ve 430 sayılı KHK'leri olağanüstü hâl bölgesi ve süresi dışına taşan hükümlerini bir "olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi" değil, ama bir "olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi" olarak kabul edip denetlemiş ve bu hükümleri iptal etmiştir" (GÖZLER Kemal: "KHK'ler", www.anayasa.gen.tr/khk-bilgi.htm (5.3.20017)).

"Sıkıyönetim ve olağanüstü hal KHK'lerinin Anayasaya uygunluğunun denetlenmemesi, bu güvencenin (Anayasanın 15. maddesindeki mahfuz alanının) etkinliğini azaltmakta ve KHK'ler yolu ile sözü edilen mahfuz alanın ihlal edilebilmesi tehlikesini ortaya çıkarmaktadır." (ÖZBUDUN, s. 242).

""

- 157 Esas sayısı: 1990/25, Karar sayısı: 1991/1, Karar Tarihi: 10.1.1991; Esas sayısı: 1991/6, Karar sayısı: 1991/20, Karar Tarihi: 3.7.1991.

"...Olağanüstü hal KHK'si çıkarabilmek için öncelikle Anayasa'nın 119. veya 120. maddelerine göre ilân edilmiş bir olağanüstü hal olmalıdır. Olağanüstü hal KHK'leriyle getirilen düzenlemeler olağanüstü halin amacını ve sınırlarını aşmamalıdır... Olağanüstü hal KHK'leri, Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içersinde "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özğü kimi önlemler alınabilir... Bu tür KHK'lerin düzenleme alanları, Anayasa'nın



ilân edilmiş neden ve amacının Anayasanın 121. maddesine dayanılarak çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin neden ve amacını belirlediği gibi, konusunu da sınırladığını ifade etmiştir. Genel olarak, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin nedeni Anayasanın 121. ve 122. maddelerinde gösterilen durumlar, amacı ise bu durumların yarattığı tehlikeleri gidermek ve olağan durumları geri getirmektir. Bu tür kanun hükmünde kararnamelerin konusu da, Anayasanın 121. ve 122. maddelerinde gösterilen durumlarda, beliren tehlikeleri giderip olağan durumları geri getirmek için başvurulacak somut önlemlerdir¹⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin değerlendirme sırasında da bu kanun hükmünde kararnamelerin içeriğine ilişkin bazı ölçütler getirmiştir. Mahkemenin getirdiği ilk ölçüt *olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin konusuna* ilişkindir. Mahkemeye göre, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içersinde “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür kanun hükmünde kararnamelerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir. Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. Şu durumda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir¹⁵⁹. Mahkemenin

121. maddesinin üçüncü ve 122. maddesinin ikinci fıkraları gereğince “olağanüstü halin veya sıkıyönetim halini(n) gerekli kıldığı konular”la sınırlıdır. Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hal KHK'leriyle düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. İlan edilmiş olan olağanüstü halin nedeni, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır. Olağanüstü halin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Başka bir anlatımla, olağanüstü halin varlığını gerektiren nedenler saptandığında, amaç öğesi de gerçekleşmiş demektir. Şu durumda olağanüstü hal KHK'lerinin “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir”

158 “Gerek olağanüstü, gerekse sıkıyönetim rejimlerinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun çıkaracağı KHK'ler, ‘halin gerekli kıldığı konularla’ ilgili olabilir” (TEZİÇ, s. 31); ÖDEN, s. 672

159 Esas sayısı: 1990/25, Karar sayısı: 1991/1, Karar Tarihi: 10.1.1991; Esas sayısı: 1991/6, Karar sayısı: 1991/20, Karar Tarihi: 3.7.1991.

“Buna göre Anayasa, ikinci fıkrada sayılan belirli konuların Olağanüstü Hal Yasasında düzenlenmesini zorunlu görmektedir. Başka bir anlatımla ikinci fıkrada sayılan konular KHK'lerle düzenlenemeyecektir. Olağanüstü hal KHK'leri Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içersinde “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir.

getirdiği ikinci ölçüt kanun hükmünde kararnamelerin uygulanacağı yer ve zamana ilişkindir. Mahkemeye göre, Anayasa'nın 119, 120. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü yönetimlerin tümü süre ve yer bakımından sınırlıdır. Olağanüstü hal ülkenin tümü için değil yalnızca bir bölgesi için de ilân edilebilir. Bu durumda, 121. maddeye göre yürürlüğe konulacak kanun hükmünde kararnamelerle getirilen önlemlerin sadece olağanüstü hal ilân edilen bölge için geçerli olması bölge dışına taşırılmaması gerekir. Keza, olağanüstü yönetimler belirli bir süreyle de sınırlıdır. Olağanüstü halin veya sıkıyönetimin, gerekli kıldığı konularda çıkartılan kanun hükmünde kararnameler, bu hâllerin ilân edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Olağanüstü hâlin sona ermesine karşın, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır¹⁶⁰. Bu nedenle, olağanüstü hal kanun hükmünde

Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkartılabilecek KHK'lere Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte incelendiğinde başkaca işlevler yüklenemez. Bunun tersi bir anlayış; Anayasa ve Olağanüstü Hal Yasası dışında yeni bir olağanüstü hal yönetimi yaratmaya neden olur. Oysa, Anayasa, olağan anayasal düzenden ayrı ne gibi olağanüstü yönetimler kurulabileceğini saptamış ve bunların statülerinin de yasayla düzenlenmesini öngörmüştür. Olağanüstü yönetim usulleri; olağanüstü haller ve sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinden ibarettir. Anayasa, bu olağanüstü yönetimlerin hangi ilkelere göre düzenleneceğini açıkça göstermiştir. O halde, bu sayılanlar dışında farklı bir olağanüstü yönetim usulü, yasayla dahi düzenlenemez.

Ayrıca, tersi bir düzenleme Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne ve 7. maddedeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü, bu durumda Anayasa'ya göre yasama organının yapması gereken bir hukuksal işlem yürütme organı tarafından yapılmış olmaktadır. Yine böyle bir düzenleme, Anayasa'nın Başlangıç'ında belirtilen "Kuvvetler ayrımının. Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyecek, belli Devlet Yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı Medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" temel ilkesine ve 11. maddedeki Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır.

Olağanüstü hallerde Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasına göre çıkarılabilecek KHK'lerde konu sınırlaması yoktur. Ancak bu, olağanüstü KHK'lerin düzenleme alanının sınırsız olduğu anlamında değildir. Bu tür KHK'lerin düzenleme alanları, Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü ve 122. maddesinin ikinci fıkraları gereğince "olağanüstü halin veya sıkıyönetim halini gerekli kıldığı konular"la sınırlıdır.

Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hal KHK'leriyle düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. İlân edilmiş olan olağanüstü halin nedeni, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır. Olağanüstü halin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Başka bir anlatımla, olağanüstü halin varlığını gerektiren nedenler saptandığında amaç öğesi de gerçekleşmiş demektir. Şu durumda olağanüstü hal KHK'lerinin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir.

Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkartılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hal KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur."

160 "Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 2. maddesi uyarınca Cumhuriyetin temel bir niteliği olan demokratik hukuk devleti ilkesini korumak için, olağanüstü hal

kararnemeleriyle, yasalarda değişiklik yapılamaz¹⁶¹. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemeleriyle getirilen kuralların olağanüstü hal bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona etmesinden sonra da uygulanmalarının devamı isleniyorsa bu konudaki düzenlemenin kanunla yapılması zorunludur¹⁶².

- ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnemelerinin yargısal denetimini yasaklayan 148. madde hükmünü dar yorumlayarak sınırlandırmıştır.” (ÖDEN, s. 668); Aynı mahiyetteki görüş için bkz: TURHAN Mehmet: Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnemeler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 25, Sayı 3, Eylül 1992, s. 13-36.
- 161 “Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnemeleri, olağanüstü hal ve sıkıyönetimin uygulandığı yer ve süreyle sınırlı olduğundan, bu kararnemelerle kanunlarda değişiklik yapılamaz.” (ATAR, s. 250); “Olağanüstü hal, süre bakımından da sınırlıdır. ... Bu noktayla bağlantılı olarak, olağanüstü hal KHK’leri ile, kanunlarda değişiklik yapılamaz. ... Ayrıca, olağanüstü hal kanununda düzenlenecek konular, Anayasada (121/2) açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle olağanüstü hal Kanununda yapılacak değişikliğin kanunla yapılması zorunludur.” (ÖZBUDUN, s. 244); ATAR, s. 251.
- 162 Esas sayısı: 1990/25, Karar sayısı: 1991/1, Karar Tarihi: 10.1.1991; Esas sayısı: 1991/6, Karar sayısı: 1991/20, Karar Tarihi: 3.7.1991.

“Anayasa’nın 119., 120. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü yönetimlerin tümü süre ve yer bakımından sınırlıdır. 120. madde gereğince şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması durumunda Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu’nun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde olağanüstü hal ilân edebilir. Buna göre, olağanüstü hal ülkenin tümü için değil yalnızca bir bölgesi için de ilân edilebilir. Bu durumda, 121. maddeye göre yürürlüğe konulacak KHK ile getirilen önlemlerin sadece olağanüstü hal ilân edilen bölge için geçerli olması bölge dışına taşırılmaması gerekir. Olağanüstü hal KHK’lerinin uygulanacağı yer olağanüstü hal ilân edilen bölge veya bölgelerdir, ülkenin bir bölgesi için ilan edilen olağanüstü hal nedeniyle olağanüstü hal edilmeyen yerlerde olağanüstü hal KHK’lerine geçerlilik tanınmaz. Olağanüstü hal ilân edilmeyen bir bölgede olağanüstü hal KHK’leri ile kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması veya durdurulması dolayısıyla olağanüstü hal yönetimi uygulamasına Anayasa olanak vermez. Bir bölge için ilân edilen olağanüstü hal ülkenin tümünde olağanüstü hal yönetimin uygulanmasının nedeni olamaz. Olağanüstü hal ilân edilmeyen bölgelerde kişi hak ve özgürlükleri olağanüstü hal KHK’leri ile kısıtlanamaz.

Olağanüstü yönetimler belirli bir süreyle de sınırlıdır. Her iki olağanüstü hal (m. 119, m. 120) ile sıkıyönetim (m. 122) Bakanlar Kurulu’nca en fazla altı ay süreli ilân edilebilir. TBMM, olağanüstü hal ile sıkıyönetim sürelerini değiştirebileceği gibi Bakanlar Kurulu’nun istemi üzerine her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Olağanüstü Hal Yasası ile Sıkıyönetim Yasası, olağanüstü halin veya sıkıyönetimin ilân edildiği bölge veya bölgelerde olağanüstü halin veya sıkıyönetimin devamı süresince uygulanırlar. Bu hallerin kaldırılmasına karar verildiğinde bu yasaların o bölge veya bölgelerde uygulamaları sona erer. Olağanüstü halin veya sıkıyönetimin, gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK’ler, bu hallerin ilân edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Olağanüstü halin sona ermesine karşın, olağanüstü hal KHK’sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle, olağanüstü hal KHK’leri ile, yasalarda değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hal KHK’leri ile getirilen kuralların olağanüstü hal bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona etmesinden sonra da uygulanmalarının devamı isleniyorsa bu konudaki düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Çünkü olağanüstü hal bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular “olağanüstü halin -gerekli kıldığı konular” olamazlar.

Olağanüstü hal KHK’si çıkarma yetkisi olağanüstü hal süresiyle sınırlıdır. KHK ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü hal öncesine uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hal sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hal ilânı durumunda uygulanmak üzere geçerliklerini korumaları olanaksızdır.



Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı olarak çıkarılabileceği ve bu kararnamelerin olağanüstü halin veya sıkıyönetimin ilân edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabileceğine ilişkin 1991 yılında verdiği yukarıdaki kararlardaki esasa ilişkin gerekçeleri dikkate alındığında, sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle kanunlarda değişiklik yapılamayacağından suç ve ceza düzenlenemeyeceği, bu nedenle *olağanüstü hâllerde dahi suç ve cezaların kanunla düzenlenmesi gerektiği* sonucu ortaya çıkmaktadır.

cc. Anayasa Mahkemesinin 2016 Tarihinden Sonraki Yaklaşımı

15 Temmuz 2016 tarihinde FETÖ terör örgütü tarafından gerçekleştirilen darbe girişiminin ardından, Bakanlar Kurulu 21/7/2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir. Olağanüstü hal kararının ilan edilmesinden sonra, 23 Temmuz 2016 tarih ve 29779 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameyle başlayan süreçte son olarak (30.3.2017 tarihi itibarıyla) 688 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname olmak üzere şu ana kadar 22 kararname kabul edilmiştir.

Kararnamelerin içeriğine bakıldığında, bu süreçte çıkarılan kararnamelerin genel olarak “bazı tedbirler alınması” ve “bazı düzenlemeler yapılması” şeklinde iki kısma ayrıldığı görülmektedir. *Tedbirlere ilişkin kararnameler* genel itibarıyla olağanüstü hal ilanının amacına uygun olarak FETÖ terör örgütü unsurlarıyla irtibatlı ve iltisaklı gerçek ve tüzel kişiler ve özellikle Devlet içine sızmış olan kamu görevlileri hakkında gerekli işlemlerin tesis edilmesi ve demokratik olmayan yöntemlerle millet iradesine yönelik benzer saldırıları engelleyecek tedbirlerin alınması amacıyla çıkarılmıştır.

Bazı düzenlemeler yapılmasına ilişkin kararnamelerde ise aynı amaca matuf olmak üzere Ceza Muhakemesi Kanunu, Yargıtay Kanunu, Hâkimler ve Savcılar Kanunu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında

Bu nedenle, Anayasa’nın 148. maddesiyle Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlı tutulmayan olağanüstü hal KHK’leri, yalnızca olağanüstü hal süresince olağanüstü hal ilân edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK’lerdir. Bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde sayılamazlar ve Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlıdır.”



Kanun gibi *yargıya ilişkin olanlarda* dahil olmak üzere farklı pek çok kanunda kalıcı değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, şu ana kadar çıkarılan kararnameler de *kabahat nevinden fiillere ve uygulanacak yaptırımlara* ilişkin pek çok düzenleme yapılmıştır. Örneğin, 674 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 33. maddesiyle, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununda değişiklik yapılmak suretiyle insansız hava araçlarını süresi içinde kaydettirmeyenlere, kayıt sırasında gerçeğe aykırı beyanda bulunanlara veya belirlenen kurallara aykırı olarak insansız hava aracı uçuran kişilere *idari para cezası* verilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır¹⁶³. Keza 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesiyle¹⁶⁴ 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanununda ve 20 ve 21. maddeleriyle¹⁶⁵ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda kabahat

163 MADDE 33- 14/10/1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun mülga 144 üncü maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

“İnsansız hava araçları MADDE 144- İnsansız hava aracı satan şirketlerin sorumlu işleticileri ve yöneticileri, satılan araç bilgileri ile satın alanların kimlik bilgilerini usulüne uygun şekilde tutmak ve azami kalkış ağırlığı beşyüz gram (dahil) üzerindeki insansız hava araçları ile ilgili bilgileri, aynı gün içinde Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından oluşturulan kayıt sistemine kaydetmek zorundadır. Bu kayıtlar, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç soruşturmalarında kullanılmak üzere kolluk birimleriyle paylaşılır. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edenler ile yurtdışından bireysel olarak getirdiği veya yurtiçinde devraldığı aracı en geç üç gün içinde sisteme kaydettirmeyenlere beşbin Türk Lirası idari para cezası verilir.

Kayıt esnasında gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar veya veri girişi yapanlara onbin Türk Lirası idari para cezası verilir.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca belirlenen kurallara aykırı olarak veya mülki idare amirlerince belirlenen alanlar dışında insansız hava aracı uçuran kişilere bin Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

Yukarıda sayılanlar dışında kalıp da Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün insansız hava araçları ile ilgili koyduğu kurallara ve bu kapsamda sivil havacılığı düzenlemek amacıyla alacağı önlemlere uymayanlara bin Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

Belirlenen alanlar dışında insansız hava aracı uçuranlara uygulanacak idari para cezaları mahallin mülki idare amirince, diğer idari para cezaları ise Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından uygulanır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığı ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca müştereken çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

164 MADDE 12- 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bu Kanun kapsamına giren silahlar için verilen taşıma ve bulundurma ruhsatları yenileme harcı alınmak şartı ile beş yıl için geçerlidir. Ruhsatların verilmiş sebeplerinin ortadan kalkması halinde ruhsat sahibi durumu ruhsatı veren makama altı ay içinde bildirmekle yükümlüdür. Aksine hareket edenler ile süresi dolduğu halde altı ay içerisinde ruhsatını yenilemeyenlerin ruhsatları iptal edilir. Ancak, gerekli şartları haiz olan kişilere üçbin Türk Lirası idari para cezası ödemeleri kaydıyla tekrar ruhsat verilebilir. Bu fıkra hükmüne göre idari para cezası vermeye mülki amir yetkilidir.”

165 MADDE 20- 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 23 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

nevinden fillere ve yaptırımlarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bunlar örnek kabilinden sayılmış olup, bunun dışında kararnamelerde pek çok kabahat nevinden fiil ve yaptırımı düzenlenmiştir.

Maddi ceza hukukuna ilişkin olarak, Türk Ceza Kanununda herhangi bir değişiklik yapılmamakla birlikte, 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21. maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 131. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle, basılı kâğıtlar ve tescil plakalarının yetkilendirilenler dışında basımını veya dağıtımını yapan kişilerin Türk Ceza Kanununun 204 üncü maddesi hükmüne göre cezalandırılacakları düzenlenerek suç ve ceza düzenlemesi yapılmıştır¹⁶⁶.

Söz konusu kararnamelerle özellikle kanunlarda yapılan kalıcı nitelikteki değişikliklerin yukarıda açıkladığımız Anayasa Mahkemesinin 1991 yılında verdiği kararlara uygun olmadığı görülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi 668, 669, 670 ve 671 sayılı kararnamelerin iptali amacıyla açılan davalarda, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasaya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli olmadığı, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiği, Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı

"MADDE 23- Araç tescil belgesi ve tescil plakasının, araç üzerinde uygun durumda bulundurulması zorunludur.

Araç tescil belgesini araçta bulundurmayan veya tescil plakasını monte edilmesi gereken yerin dışında farklı bir yere takan sürücülere 92 Türk Lirası idari para cezası verilir. Araç bilgileri doğrulanıncaya ve plaka uygun yere takılıncaya kadar araç trafikten men edilir.

Yönetmelikte belirtilen nitelik veya ölçülere aykırı plaka takan, öngörülen sayıda plaka takmayan ya da farklı okunmasına veya okunamamasına neden olacak şekilde plakasında değişiklik yapan araç sahibine 412 Türk Lirası idari para cezası verilir, plakanın uygun duruma getirilmesi için 7 gün süre tanınır. Bu süre sonunda tescil plakalarını uygun duruma getirmeyenler hakkında 844 Türk Lirası idari para cezası verilir ve tescil plakası uygun duruma getirilinceye kadar araç trafikten men edilir.

Tescilli aracı plakasız kullanan sürücüye 1.698 Türk Lirası idari para cezası verilir ve tescil plakası takılıncaya kadar araç trafikten men edilir.

Başka bir araca tescilli veya sahte plakayı takan veya kullananlara 5.000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve araç trafikten men edilir. Ayrıca bu kişiler Türk Ceza Kanununun 204 üncü maddesi hükmüne göre cezalandırılır."

MADDE 21- 2918 sayılı Kanunun 131 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Basılı kâğıtlar ve tescil plakalarının yetkilendirilenler dışında basımını veya dağıtımını yapanlara 10.000 Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca bu kişiler Türk Ceza Kanununun 204 üncü maddesi hükmüne göre cezalandırılır."

166 MADDE 21- 2918 sayılı Kanunun 131 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Basılı kâğıtlar ve tescil plakalarının yetkilendirilenler dışında basımını veya dağıtımını yapanlara 10.000 Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca bu kişiler Türk Ceza Kanununun 204 üncü maddesi hükmüne göre cezalandırılır."

ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağına açık olduğu, buna rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasanın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle içtihat değişikliğine giderek, Anayasanın 148 inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "Ancak, olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz." hükmü uyarınca, kanun hükmünde kararnamelerinin hükümlerinin esasına geçilerek yargısal denetiminin yapılamayacağına, bu nedenle yetkisizlik nedeniyle taleplerin reddine karar vermiştir¹⁶⁷.

167 Esas Sayısı 2016/166, Karar Sayısı 2016/159, Karar Tarihi 12/10/2016

"12. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Kanun hükmündeki düzenlemeler, yargı denetimine konu yapılabildikleri ölçüde temel hak ve özgürlükler etkili şekilde korunmuş ve güvence altına alınmış olur. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlere göre daha fazla sınırlandırıldığı olağanüstü dönem KHK'larının da bir hukuk devletinde Anayasa'ya uygunluk denetimine açık olması gerektiği söylenebilir. Ancak bu durum, yargısal denetime istisna getiren anayasal hükümlerin varlığını ve uygulanmasını etkilemez. Anayasa'da, 90. maddenin beşinci fıkrası, 125. maddenin ikinci fıkrası, 159. maddenin onuncu fıkrası gibi yargı denetimini kısıtlayan kimi istisnai maddelere yer verilmiştir.

13. Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi de bu kapsamdadır. Nitekim anılan cümlede yer alan "... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz." hükmü ile olağanüstü dönem KHK'ları, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır.

14. Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'larının denetiminin yasama organı tarafından yapılmasını istediği açıktır. Nitekim Anayasa'nın 121. maddesinin gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir: "Olağanüstü haller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabii afet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararnama çıkartma yetkisi verilmiştir... Bütün tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir." Bu gerçek de denetim yetkisinin parlamentoya bırakıldığını göstermektedir.

15. Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan, olağanüstü hâl KHK'larını şekil ve esas bakımından yargısal denetime kapatan hükmün Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında yapılan açıklamalar da konuya ışık tutar niteliktedir. Bu hükmün Anayasa'nın 148. maddesine eklenmesine ilişkin önergeyi veren Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanının "Olağanüstü hâllerde çıkartılacak kanun hükmünde kararnameler, daha önce düzenlenen ve istisnaları olan kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak, fert hak ve hürriyetlerini ve diğer sosyal hakları da sınırlayabilecekler Onun içindir ki, bu denetime tabi tutulmamalıdır... Biz diyoruz ki, bu tip kanun hükmündeki kararnameler, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi değildir..." şeklindeki, kuralın gerekçesi mahiyetindeki açıklamaları, Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'larının yargı denetimi dışında bırakılmasını ve bu konuda sadece yasama meclisinin denetiminin varlığını amaçladığını ortaya koymaktadır.

16. Bu amaç çerçevesinde Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinde olağanüstü dönem KHK'larının Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulması ve bunların TBMM'ce onaylanmasına ilişkin süre ve usulün TBMM İçtüzüğü'nde belirlenmesi öngörülmüştür. Bu itibarla Anayasa, olağanüstü hâl süresince olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda olağanüstü hâl KHK'sı çıkarma yetkisini, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, bunları denetleme yetkisini ise yasama organına vermektedir.

17. Anayasa'nın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu hükmüne bağlanmıştır. Anayasa'nın 6. maddesinde de hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı belirtilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde Anayasa hükümlerinin, Anayasa Mahkemesini de bağladığı ve yargı yetkisinin kaynağını ve sınırlarını belirlediği hususunda kuşku bulunmamaktadır.

18. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK'larının şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında Anayasa'nın, anılan düzenlemelerin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu yapılması bakımından Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımadığı açıktır.

19. Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemi tesis eden organ ve başvuru usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre niteleme yapılabilir. Hangi kriter esas alınursa alınsın yapılan nitelemenin Anayasa'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkılması, başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmasını gerektirir.

20. Anayasa Mahkemesi bir konuda karar verirken, hiç kuşkusuz aynı konuda daha önce verdiği kararları da değerlendirmekte ve bunu yaparken içtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi dikkate almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, içtihat değişikliğine gittiğinde önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklamalı ve yeni görüşünü temellendirmelidir.

21. Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin olarak geliştirdiği içtihadında maddi kriteri esas alarak, bir olağanüstü hâl KHK'sının gerçekten Anayasa'nın 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu bakımından inceleme yapmıştır. Mahkeme, 10.1.1991 tarihinde oyçokluğuyla vermiş olduğu E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararında belirttiği ve E.1991/6, K.1991/20, E.1992/30, K.1992/36 ile E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararlarında sürdürdüğü içtihadında, "olağanüstü hâl KHK'sı" adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden de Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorunda olduğunu ifade ederek, olağanüstü hâl KHK'sından söz edebilmek için yer, zaman ve konu ölçütlerini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi bu ölçütler çerçevesinde olağanüstü hâl ilanının gerekli kıldığı konuya ilişkin olmayan veya olağanüstü hâlin geçerli olduğu yer ya da dönem hâricinde yürürlükte olacak düzenlemeleri, olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde görmeyerek bunların olağan dönem KHK'sı olduğunu değerlendirip yargı denetimine konu yapmış bulunmaktadır.

22. Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hâl KHK'sı şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır. Nitekim, 2003 yılında oyçokluğuyla verilen kararda, 10.7.1987 tarihli ve 285 sayılı KHK'nın 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen 7. maddesinde yer alan "Bu KHK ile Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılmasına ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz." biçimindeki hükmün Anayasa'nın 125. maddesiyle bağdaşmadığı iddiası ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi K.1991/1 sayılı kararında söz konusu kuralın olağanüstü hâl KHK'sı hükmü olduğunu, dolayısıyla yargı denetimine tabi olmadığını belirterek iptal talebinin reddine karar vermesine rağmen 2003 yılında verilen K.2003/42 sayılı kararda, aynı hükmün Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olması nedeniyle olağanüstü hâl KHK'sı değil olağan KHK olduğunu ifade ederek yargısal denetime tabi tutmuş ve yetki kanunu olmadığını gerekçesiyle Anayasa'nın 91. maddesine aykırı bularak anılan hükmü iptal etmiştir. Bu yaklaşım, Anayasa'nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. Zira olağanüstü hâl KHK'larının yargısal denetimi mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi, aynı incelemeyi yapacak ve kuralı Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bularak iptal edecekti. Bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmak mümkündür.

23. Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması



Anayasanın 121. maddesinin son fıkrasında, olağanüstü hal süresince, çıkarılan kararnamelerin, Resmî Gazete’de yayımlanacağı ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulacağı, bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usulün, İÇtüzükte belirleneceği düzenlenmiştir. İÇtüzüğün 128. maddesinde ise, Anayasanın 121 ve 122 nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnamelerin, Anayasanın ve İÇtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülüp ve karara bağlanacağı, komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnamelerin Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınacağı düzenlenmiştir. Buna göre, Anayasanın 121 inci maddesinin üçüncü fıkrasının amir hükmü gereği, olağanüstü hal döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, Resmi Gazetede yayımlanmakta ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmaktadır. Olağanüstü

gerekir. Anayasa’nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK’larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Anılan hükme rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa’nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa’nın 6. maddesiyle bağdaşmaz.

C. İptali Talep Edilen KHK Kurallarının Değerlendirilmesi

24. İptali talep edilen 669 sayılı KHK, ülkemizde 15 Temmuz 2016 gecesi Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde örgütlenmiş olan bir cunta tarafından demokratik anayasal düzeni cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırma teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında çıkarılmıştır. Cumhurbaşkanının başkanlığında 20.7.2016 tarihinde toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması ve şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra yurt genelinde, 21.7.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan etmiş ve bu karar 21.7.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Olağanüstü hâl ilan edilmesine yönelik söz konusu karar, TBMM’nin onayına sunulmuş ve Genel Kurulum 21.7.2016 tarihli ve 1116 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.

25. Olağanüstü hâlin ilan edilmesi ve bu kararın TBMM tarafından onaylanmasından sonra Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, 25.7.2016 tarihinde 669 sayılı KHK çıkarılmış ve 31.7.2016 tarihli ve 29787 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış ve aynı gün TBMM’nin onayına sunulmuştur. Dava konusu kuralları da içeren söz konusu KHK, Anayasa’nın 121. maddesine dayanılarak ve olağanüstü hâlin geçerli olduğu dönem içerisinde yurdun tamamında geçerli olmak üzere çıkarılmış olan bir olağanüstü hâl KHK’sidir.

26. Anayasa’nın 121. maddesi uyarınca çıkarılan dava konusu KHK hükümlerinin, Anayasa’nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “... olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekli ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” hükmü karşısında, esasa geçilerek yargısal denetiminin yapılması mümkün değildir.

27. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallara yönelik iptal taleplerinin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir.”

hal dönemlerinde çıkarılan ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin aynen veya değiştirilerek kabulü “meclis kararı” şeklinde değil “kanun” biçiminde olmaktadır. Onay kanunları diğer kanunlar gibi tarih ve sayı almakta ve kanun usulü izlenerek Cumhurbaşkanlığı onayı sonrasında Resmî Gazete’de yayımlanmaktadır.

23/7/2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun olarak onaylanmıştır. Ancak (3.3.2017 tarihi itibarıyla) sadece 5 kararnamenin (667, 668, 669, 671, 674 sayılı kararnameler) kanunlaşması mümkün olabilmıştır. Görüldüğü üzere ilk kararname olan 667 sayılı Kararnamenin kanunlaşması bile ancak üç ay sonra mümkün olabilmiş, ayrıca kararnamelerin büyük çoğunluğu henüz Meclis denetiminden geçirilerek kanunlaştırılmamıştır. Bu da İçtüzükte düzenlenen bu kararnamelerin ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülüp ve karara bağlanacağına şeklindeki hükmün düzenleyici nitelikte bir süre olduğunu, kararnamelerin hukuki varlığını etkilemediğini göstermektedir.

18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun ile diğer kanunlaşan kararnamelerin bazı hükümlerinin iptal ve yürürlüklerinin durdurulması talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur ve konu Mahkemenin gündeminde bulunmaktadır. Mahkemenin burada *iki farklı değerlendirmede* bululması mümkündür. *Birinci ihtimal*, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onay iradesinin kanun şeklinde tezahürünün, Anayasanın olağanüstü hal dönemlerinde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler için kurduğu hukukî zemin dışında Anayasaya aykırılık iddialarının ileri sürülebilmesi için bir imkân olarak anlaşılacağı yönünde yapılacak değerlendirmedir. Bir başka anlatımla, olağanüstü hal dönemi kanun hükmünde kararnameleri, onay süreci sonunda kanunlaşmış olsalar bile, *özü ve nitelikleri itibarıyla olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi vasfını devam ettirmekte* ve bunun sonucu olarak Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi kılınmayacaklardır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin, 12/10/2016 tarihli ve E. 2016/166, K. 2016/159 sayılı Kararında olduğu gibi, olağanüstü hâllerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına ilişkin Anayasa hükmü uyarınca, kanun hükmünde kararnamelerin hükümlerinin esasına geçilerek yargısal denetiminin



yapılamayacağı gerekçesiyle *yetkisizlik bakımından taleplerin reddine* karar vermesi beklenebilir. *İkinci ihtimal* ise, Anayasa Mahkemesinin 10/1/1991 tarihli ve E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı Kararında¹⁶⁸ belirttiği ve doktrinde genel kabul gördüğü gibi, Meclisin onayından geçen olağanüstü hal kararnamelerin kanuna dönüşeceği ve Anayasa Mahkemesinin denetimine açılacağı yönündeki değerlendirme olacaktır¹⁶⁹. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnamelerin esasına geçerek, Anayasaya uygunluk yönünden değerlendirecektir.

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesinin davanın esasına girerek, kararnamelerle yapılan söz konusu kanun değişikliklerini denetlemesi durumunda, bu değişikliklerde başka bir Anayasaya aykırılık bulunmaması durumunda, *sadece düzenlemelerin kararnameyle yapılmasını* Anayasaya aykırı bulmamalıdır. Çünkü, olağanüstü hal kararnameleri Meclisin onayından geçmesiyle birlikte yeni bir numara alarak *kanuna dönüşmektedir*. Artık suç ve ceza hükmü içeren kararname hükmü, kanun

168 Esas sayısı: 1990/25, Karar sayısı: 1991/1, Karar Tarihi: 10.1.1991; Esas sayısı: 1991/6, Karar sayısı: 1991/20, Karar Tarihi: 3.7.1991.

“... Anayasa’nın 121. ve 122. maddelerine uygun olarak ... çıkarılan kanun hükmünde kararnameler... Anayasa Mahkemesi’nin uygunluk denetimi dışındadır. Anayasa’ya göre sıkıyönetim ve olağanüstü hal KHK’leri üzerinde tek denetim, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin denetimidir. Anayasa’nın 121. ve 122. maddelerine göre bu kararnameler Resmî Gazete’de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayına sunulur; bunların Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce onaylanmasına ilişkin süre ve usul içtüzükle belirlenir... Böylece Anayasa koyucu olağanüstü hal KHK’lerinin daha çabuk bir yöntemle incelenmesini amaçlamaktadır. Meclis bu kararnameleri hemen görüşecek gerekli görürse değiştirecek ve bu kararnameler onaylanmış biçimleriyle diğer KHK’ler gibi yasaya dönüşecektir. Bu yasalar ise Anayasa Mahkemesi’nce denetlenebilecektir. Anayasa, denetim yasağını olağanüstü hal KHK’lerinin yasalasından önceki evresi için koymuştur”

169 “... sıkıyönetim ve olağanüstü hal KHK’leri Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayından sonra, diğer KHK’ler gibi kanuna dönüşeceğinden, bu kanunların Anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenebileceği doğaldır. Diğer bir deyimle Anayasa, denetim yasağını, ancak onaydan önceki safha için koymuştur.” (ÖZBUDUN, s. 245); “Olağanüstü KHK’ler, TBMM’nde görüşülüp karara bağlandıkları takdirde, kanuna dönüşecekleri için, öteki kanunlar gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacaktır.” (TEZİÇ, s. 33).

“Sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK’leri üzerindeki tek denetim, TBMM’nin denetimidir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlandıkları gün TBMM’nin onayına sunulurlar. TBMM bunları çok kısa bir sürede onaylarsa bunlar kanun haline dönüşürler. Kanun haline dönüşen sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK’lerinin ise Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi yapılabileceği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK’leri üzerindeki denetim yasağı onaydan önceki dönemi kapsar.” (GÖZLER Kemal: “KHK’ler”, www.anayasa.gen.tr/khk-bilgi.htm (5.3.20017)).

“Ancak, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri Meclisin onayından sonra kanuna dönüşeceğinden, bu safhada birer kanun olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olacaktır. Çünkü yargısal denetim yasağı Meclis onayından önceki safha için geçerlidir.” (ATAR, s. 251).



hükmüne dönüştüğünden Anayasa Mahkemesinin iptalini gerektiren bir aykırılık söz konusu değildir.

Meclisin onayından geçerek kanunlaşan kararnameler bakımından sorun çözümlüyor gözükse de, Meclisin onayında geçmeyen olağanüstü hal kararnameleri tarafından düzenlenen suç ve cezalara ilişkin hükümler Anayasaya uygunluk yönünden tartışılmaya devam edecektir. Suç ve cezaların düzenlenmesine ilişkin özel bir hüküm olan Anayasanın 38. maddesinin idari tasarruflarla suç ve ceza düzenlenmesini yasaklaması hususu dikkate alındığında, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle, olağanüstü hal durumundan sonrada kalıcı olarak uygulanacak şekilde suç ve ceza düzenlenmesi, Anayasaya aykırılık yönünden sürekli tartışılacaktır. Üstelik Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıkladığımız, bu kararnamelerin hükümlerinin esasına girilerek yargısal denetiminin yapılamayacağı gerekçesiyle kendini yetkisiz görerek taleplerin reddine karar vermiş olması da sorunu şimdilik hukuken çözümsüz kılmaktadır.

3. İDARENİN DİĞER DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

a. Genel Olarak

Anayasa mahkemesinin idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdasına ilişkin 1961 Anayasası dönemindeki kendi içinde tutarlı kararları, 1982 Anayasası döneminde devam etmemiş ve birbiriyle faklılık gösteren kararlara yerini bırakmıştır. 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, 1982 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi birtakım kararlarında suçta ve cezada kanunilik ilkesini, suçun bütün unsurlarının mutlak surette kanunla belirlenmesi şeklinde algılamamakta, bazı durumlarda bu konuda idarenin belli ölçüde müdahalesi olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bazı kararlarında ise bu esnekliği göstermeyerek, suçun ve cezanın belirlenmesinde idareye düzenleme veya takdir hakkı veren hükümlerin iptaline karar vermiştir.

Mahkeme düzenlemelerin *Anayasaya uygunluğuna* karar verirken;

- İşin niteliği gereği kanunla belirlenmesi mümkün olmayan suçun maddî unsurunun Bakanlar Kurulu kararı tespit edilmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı,¹⁷⁰

- Kanun koyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra

¹⁷⁰ Esas Sayısı: 2001/143, Karar Sayısı: 2004/11, Karar Günü: 10.2.2004.



ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesinin, kararla suç oluşturma anlamına gelmeyeceği, kanunilik ilkesini zedelemeyeceği ve Bakanlar Kurulu kararının daha önce Resmî Gazete’de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığının duyurularak kişiler için gerekli güvencenin sağlandığı,¹⁷¹

- Memurların görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuatta gösterildiğinden görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarının kanunilik ilkesini ihlal etmediği,¹⁷²

- Suçun unsurlarında yer alan ibarelerin yürürlükteki yasal mevzuat ve bunlara dayanılarak hazırlanan yönetmeliklerde açıkça tanımlanması nedeniyle söz konusu kuralın belirsiz olduğundan söz edilemeyeceği ve kanunilik ilkesine aykırılık bulunmadığı,¹⁷³

- Kanunla verilen yetkiyi kullanan idari organların emri ile mühür konulmasının, çerçevesi sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın idarenin düzenlemesine bırakıldığı anlamına gelmeyeceği ve itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığı,¹⁷⁴

- Para cezası miktarının, her yıl Aralık ayında Maliye Bakanlığınca Resmî Gazete ile ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılmasının, keyfî ve takdiri uygulamalara yol açmayacak biçimde çerçevesinin kanun koyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlendiğini; yeniden değerlendirme oranına göre yapılan artırmanın, yasama organı tarafından kanunla düzenlenmiş olan para cezaları üzerinden yapıldığını ve suç işlendiği zaman o suç için öngörülen cezanın, suç gününden önce belirgin hale geldiğini belirterek itiraz konusu kuralların kanunilik ilkesine aykırı bir yönü bulunmadığı,¹⁷⁵

- Özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesinde esas alınacak ölçünün yasada gösterilmiş olduğunu belirterek suç tarihinde geçerli olan ve iki yılda bir tespit edilen asgarî ücretin miktarını öğrenmek olanaksız ya da özel bir çaba gerektirmediği gibi, belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açacak nitelikte de olmadığı gerekçesiyle kuralın, Anayasada belirtilen cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmadığı,¹⁷⁶

171 Esas Sayısı: 1997/5, Karar Sayısı: 1998/62, Karar Günü: 8.10.1998.

172 Esas Sayısı: 2001/332, Karar Sayısı: 2002/106, Karar Günü: 21.11.2002.

173 Esas Sayısı: 2014/61, Karar Sayısı: 2014/166, Karar Tarihi: 7/11/2014.”

174 Esas Sayısı: 2012/77, Karar Sayısı: 2013/66, Karar Günü: 22.5.2013.

175 Esas Sayısı: 2000/24, Karar Sayısı: 2004/82, Karar Günü: 17.6.2004.

176 Esas Sayısı: 2001/353, Karar Sayısı: 2002/87, Karar Günü: 26.9.2002; Esas Sayısı: 2001/345, Karar Sayısı: 2002/86, Karar Günü: 26.9.2002.



- Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen asgari ücret tutarları Resmî Gazetede önceden yayımlanmakta olduğundan, asgari ücretin, cezanın belirlenmesinde ölçüt alınmasının belirsizliğe yol açmayacağı, alacak miktarı asgari ücretin altında kalan takiplerde disiplin ve taziyik hapisleri yönünden cezasızlık sebebi öngörülmesinde, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık bulunmadığı,¹⁷⁷

Şeklindeki gerekçeleri ifade etmiştir.

Mahkeme düzenlemelerin *Anayasaya uygun olmadığına* karar verirken;

- Toplu kaçakçılık suçlarında “hapis cezası ile birlikte para cezası” ya da sadece “para cezası” verilebilmesinin koşullarından olan mal veya eşyanın değerinin, Bakanlar Kurulunca yükseltilebileceğine ilişkin yetkinin ne zaman kullanılacağına belli olmadığı ve belli aralıklarla bu miktarı yükseltme zorunluluğu getirilmediği gerekçeleriyle cezada belirsizliğe yol açıldığını ve ayrıca Bakanlar Kurulu kararının Kanunda öngörülen cezanın niteliğini, para cezası veya özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak değiştirdiği,¹⁷⁸

- Anayasanın 38., Türk Ceza Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesini, kuralın “açık”, “anlaşılır” ve “sınırlarının belli olması”nı zorunlu kıldığı, böylece temel hak ve özgürlükler güvence altına alınacağı, suçun unsurunun Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararnemelere aykırı olarak herhangi bir madde veya eşyayı ülkeye ithal edenler ve ülkeden çıkaranlarla bu eylemlere teşebbüs edenler olarak belirlenmesinin, bu ilkeyi ihlal ettiği,¹⁷⁹

- Bakanlar Kurulunca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylemin suç oluştuğunu, böylece itiraz konusu kuralla suçun belirlenmediği, suç olma niteliğinin bu kuralla Bakanlar Kurulu kararına bırakıldığı, bu durumun ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen “suçun kanuniliği” ilkesine aykırı olduğu,¹⁸⁰

- Hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi,

177 Esas Sayısı: 2011/64, Karar Sayısı: 2012/168, Karar Günü: 1.11.2012.

178 Esas Sayısı: 2000/5, Karar Sayısı: 2003/65, Karar Günü: 18.6.2003.

179 Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996.

180 Esas Sayısı: 1993/42, Karar Sayısı: 1994/72, Karar Günü: 27.9.1994.



kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmesine rağmen, yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişinin cezalandırılacağına ilişkin kuralın sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanıdığı, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediği, kuralın, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun olmadığı,¹⁸¹

- Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ceza sorumluluğunu bireylerin bilinçli tercihlerine bağladığı ve birey özgürlüğünün güvence altına alınmasını amaçladığı, suçun unsurunu oluşturan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği, ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliğinin öngörülmediği, koruma bölge kurulları kararları için bir yayım zorunluluğu öngörülmediği, hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı,¹⁸²

- Hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi ve kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerektiği, suçun ana unsurlarından birini Türkiye Futbol Federasyonu tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında hareket etmek fiili oluşturduğu, hangi eylemin gerçekleşmesi hâlinde suçun oluşacağı yani suçun unsurlarının neler olduğunun belirlenmesinin Türkiye Futbol Federasyonunun takdirine bırakıldığı, böylece ceza yaptırımı uygulanmasını sağlayacak eylemlerin Kanunda belirtilmediği ve Türkiye Futbol Federasyonunun belirlediği usul ve esaslara bağlandığı,¹⁸³

- Kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malları üzerindeki en etkili kısıtlamaya yol açacak olan cezaların, kanunlarla belirlenmesi gereğini

181 Esas Sayısı: 2010/69, Karar Sayısı: 2011/116, Karar Günü: 7.7.2011.

182 Esas Sayısı: 2011/18, Karar Sayısı: 2012/53, Karar Günü: 11.4.2012.

183 Esas Sayısı: 2010/19, Karar Sayısı: 2011/6, Karar Günü: 06.01.2011.



ifade eden cezada kanunilik ilkesinin, suçlara uygulanacak yaptırım tür ve ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını da kanunla belirlenmesini zorunlu kıldığı, ruhsat harcına bağlı olarak uygulanan nispî nitelikteki ağır para cezasının yönetmelikte düzenlenen değerlere göre belirlenmesinin, Anayasaya aykırı olduğu,¹⁸⁴

- Uyuşmazlığın tarafı olan idare tarafından belirlenen değer, şüpheliye yapılacak önödeme tebligatındaki miktarın belirlenmesinde esas alınamayacağı,¹⁸⁵

şeklindeki gerekçeleri ifade etmiştir.

Yukarıdaki kararlardan da görüleceği üzere, 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi pek çok kararında suç ve cezaya ilişkin kanun hükümlerinde idareye yetki veren hükümleri iptal etmesine rağmen, bazı kararlarında 1961 Anayasası dönemindeki gerekçeleri de kullanmak suretiyle düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Özellikle bu kararlarda kullandığı;

- İşin niteliği gereği kanunla belirlenmesi mümkün olmayan,
- Uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konulara ilişkin düzenleme yapılması,
- Çerçevesinin kanun koyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlendiği,
- Alınan kararın Resmi Gazete’de önceden ilan edilmesi,

Durumlarında suç ve ceza ihdasında idareye yetki verilebileceğine ilişkin gerekçeler, suç ve ceza düzenlemesinde idareye bazı durumlarda yetki verilebileceğini göstermektedir. Kanımızca, bu kararlar ve gerekçeleri, kanun koyucunun suç ve ceza konusunda idareye yetki verme konusunda neden istikrarlı ve titiz bir tavır almamasının da temel nedenini oluşturmaktadır. Çünkü bu yönde yapılacak düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmayarak iptal edilmeme ihtimali, kanun koyucuyu bu konuda daha rahat hareket etmeye sevk etmektedir¹⁸⁶.

184 Esas Sayısı: 2005/99, Karar Sayısı: 2006/8, Karar Günü: 19.1.2006.

185 Esas Sayısı: 2006/47, Karar Sayısı: 2008/144, Karar Günü: 18.9.2008.

186 Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 152. maddesindeki; “Düzeltilici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak Madde 152 — Bu Kanunun 68, 69 ve 70 inci maddelerine ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesine göre, *Kurul veya Kurumca alınması istenen önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensupları*, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.



Anayasa Mahkemesinin idareye suç ve cezanın belirlenmesinde müdahale hakkı verdiği ve vermediği düzenlemelere ilişkin kararlar aşağıda açıklanmıştır.

b) Anayasa Mahkemesince Kanunilik İlkesine Uygun Bulunan Düzenlemeler

aa. Suçun Unsurunun Bakanlar Kurulu Kararlarıyla Belirlenmesi

17.2.2000 günlü, 4533 sayılı “Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu”nun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Kanunun itiraz konusu 6. maddenin itiraz konusu birinci fıkrasının (b) bendinde, milli park sınırları içinde “belirlenen yerler dışında” ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahallini terk etmek eylemi yasaklanmış, ikinci fıkrasında bu fiilleri işleyenlerin iki yıldan aşağı olmamak üzere hapis, yüzaltmış milyon liradan sekizyüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, suçun maddî unsurunun Bakanlar Kurulu kararı ile “belirlenen yerler dışında ateş yakmak” olarak tespit edilmesinin, suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgili olduğu ve *işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin kanunla belirlenmesinin de mümkün olmadığı* gerekçeleriyle itiraz konusu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir¹⁸⁷.

Birinci fıkrada belirtilen önlemleri almamak, bankanın nitelikli paya sahip ortaklarına veya bunların iştirak ve kuruluşlarına yarar sağlamak amacıyla yapıldığı takdirde dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasına ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmedilir.”

Şeklindeki hükmün alınacak tedbirlerin tadadi olarak sayılmaması olması nedeniyle kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı ve Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. (ÖZGENÇ, s. 112-113).

187 Esas Sayısı: 2001/143, Karar Sayısı: 2004/11, Karar Günü: 10.2.2004

“Anayasa’nun “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığını taşıyan 38. maddesinin birinci fıkrasında, “kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”, üçüncü fıkrasında ise, “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilmektedir.

Yasakoyucu, Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen ilkeler ile ceza hukukunun genel ilkelerini ve kamu yararını gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bu suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini, hangi cezaların nasıl uygulanacağını saptayabilir.

Kaldı ki, suçun maddî unsurunun Bakanlar Kurulu kararı ile “belirlenen yerler dışında ateş yakmak” olarak tesbit edilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü, idareye verilen bu yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgilidir. Esasen



Suçun unsurlarının Bakanlar Kurulu kararlarına bırakıldığı ve kanunilik ilkesi bakımından üzerinde en çok tartışmaların yaşandığı kanunlardan birisi, 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun oluşturmaktadır. Bu Kanun hem 1982 Anayasası döneminde hem de 1961 Anayasası döneminde Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Kanunun 1. maddesinde, *“Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına Bakanlar Kurulu salahiyetlidir.”* hükmü yer almaktadır. Bu Kanunun 3. maddesinde *“Bakanlar Kurulunca 1 inci maddeye göre alınan kararlara”* aykırı hareket edenlerin ağır para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmekteydi. 1567 sayılı Kanunun 3. maddesi ile Bakanlar Kuruluna suç ihdası yetkisi verildiği ve bunun da Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğunu ileri sürülerek iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise 1982 Anayasası döneminde verdiği kararda, 1567 sayılı Kanunun 3. maddesinin (a) bendinde, Bakanlar Kurulunca 1. maddeye dayanılarak alınan kararlara aykırı hareket edenler hakkında ceza yaptırımını öngörüldüğünü, suçun kanuni unsurunun Bakanlar Kurulunun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı davranmak olduğunu, bu nedenle, suçun kanuniliği ilkesine aykırılık bulunmadığını, kanun koyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra *ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesinin, kararlar suç oluşturma anlamına gelmeyeceğini* ve kanunilik ilkesini zedelemeyeceğini ve Bakanlar Kurulu kararının daha önce Resmî Gazete'de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığının duyurularak kişiler için gerekli güvencenin sağlandığını belirterek iptal talebini reddetmiştir¹⁸⁸. Anayasa Mahkemesi

coğrafi koşullara göre değişiklikler gösterebileceği gözetildiğinde işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin yasa ile belirlenmesi de mümkün değildir. Bu durumda itiraz konusu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenilen kurallar, Anayasa'nın 10. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İstemin reddi gerekir.”

188 Esas Sayısı: 1997/5, Karar Sayısı: 1998/62, Karar Günü: 8.10.1998

“Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” denilmektedir.

Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde, Anayasa'nın 38. maddesine koşut olarak düzenlenen, *“kanunsuz suç ve ceza olmaz”* ilkesinin esası, yasa tarafından, ne tür eylemlerin suç sayıldığına hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirtilmesi ve buna göre de cezanın yasayla belirlenmesidir. Kişinin suç sayılan eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi



Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanununun Anayasaya aykırılığına ilişkin 1961 Anayasası döneminde verdiği ilk kararda da, iptal istemini reddetmiştir¹⁸⁹.

bb. Suçun Unsurunun Genel İdari Düzenlemelerle Belirlenmesi

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinde düzenlenen “*yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur...*” un cezalandırılacağına ilişkin hükmün¹⁹⁰, kanunda suç sayılmayan hallerin cezalandırılmasına yol açtığı gerekçesiyle iptali istenmiştir. Maddeye göre, suçun maddi unsurunu, kamu hizmetini düzenleyen mevzuata aykırı davranılması belirlemektedir. Maddeye göre bu mevzuatın kanun olma zorunluluğu olmadığına göre memurun idarenin düzenleyici işlemlerine aykırı davranması durumunda bu suç oluşabilecektir. Anayasa Mahkemesi, suçun maddi unsurunun görevin kötüye kullanılmış olduğunu; *memurların görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini*

kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir.

1567 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (a) bendinde, “Bakanlar Kurulu” nca 1. maddeye dayanılarak alınan kararlara aykırı hareket edenler hakkında ceza yaptırımını öngörülmüştür. Buna göre, suçun yasal unsuru Bakanlar Kurulu'nun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı davranmaktır. Bu nedenle, suçun yasallığı ilkesine aykırılık görülmemiştir.

Yasakoyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntularla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kararla suç oluşturma anlamına gelmez ve yasallık ilkesi de zedelenmez. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmî Gazete’de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin güvencesi sağlanmaktadır. Ceza da yasa ile gösterildiğine göre kararname ile suç oluşturulması söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin sav yerinde görülmemiştir.”

189 Esas No.: 1963/4, Karar No.: 1963/71, Karar tarihi: 28/3/1963

“(Kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibi Anayasa'nın 33. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasında “kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” ve ikinci fıkrasında da “cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla alınır” denmektedir.

1567 sayılı kanunun 3. maddesi ise; “İcra Vekilleri Heyetince” 1. maddeye istinaden itihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tâyin etmiştir. Bu hükümlerle; suçun kanunî unsuru “İcra Vekilleri Heyetinin” 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktır. Şu halde suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir.

Kaldı ki Bakanlar Kurulu kararı, daha önce Resmî Gazete’de neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin itiraz yerinde görülmemiştir.”

190 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde, görevin kötüye kullanma suçunun maddi unsuru “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek” olarak düzenlenmiş, ayrıca bu unsura “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama” unsurları da eklenmiştir. Ancak, her ne kadar Anayasa Mahkemesi 240. maddedeki düzenlemeyi Anayasaya aykırı görmese de, kanımızca bu düzenlemeye yapılan itirazın, 5237 sayılı Kanunun 257. maddesindeki düzenlemeye de yapılması mümkündür.



düzenleyen mevzuatta gösterildiğinden her davada memurun, bu mevzuatla çizilen sınırları aşır aşmadığı saptanarak, görevi kötüye kullanma suçunun maddî unsurunun belirleneceğini belirterek iptali istenilen kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir¹⁹¹.

cc. Suçun Unsurunun İdare Tarafından Verilen Ruhsat veya İzne Göre Belirlenmesi

7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasında yer alan *ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenlere*, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası

191 Esas Sayısı: 2001/332, Karar Sayısı: 2002/106, Karar Günü: 21.11.2002

“İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Türk Ceza Kanunu’nun 240. maddesinde, “yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur...”un cezalandırılacağına öngörüldüğünü, bunun, yasada suç sayılmayan hallerin cezalandırılmasına yol açmak suretiyle yargı erkine ceza ihdas etme imkânı vereceğini belirterek Anayasa’nın 38. maddesindeki suçun yasallığı ile Anayasa’nın 2. maddesindeki Hukuk Devleti ilkelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” kuralına yer verilerek “cezanın yasallığı” ilkesi benimsenmiştir.

Anayasa hukukunun temel ilkelerinden olan suç ve cezada yasallık, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en geniş biçiminde gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü hukuk devletinin de esas aldığı değerlerden olup, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır.

Türk Ceza Yasası’nın bir çok maddesinde, memuriyet görevinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen özel nitelikteki suçlara ilişkin ceza kuralları bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak aynı Yasa’nın 194., 202., 209., 213 ve 228. maddeleri gösterilebilir. İtiraz konusu 240. maddede ise özel olarak düzenlenen suçlar dışında kalan genel anlamda görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmiştir. Buna göre, Yasa’da yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur, derecesine göre, bir yıldan üç yıla kadar hapsolünür, cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır ve memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır. Yasakoyucu bu düzenleme ile Türk Ceza Kanunu’nda özel olarak yer verilen zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, keyfî muamele gibi suçlar dışında kalan görevi kötüye kullanmaların da cezasız bırakılmasını önlemek istemiştir. Burada, suçun maddî unsuru görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Memurların görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuatta gösterildiğinden her davada memurun, bu mevzuatla çizilen sınırları aşır aşmadığı saptanarak, görevi kötüye kullanma suçunun maddî unsuru belirlenecektir. Bunun yanı sıra, kuşkusuz suçun oluşmuş sayılabilmesi için failin memur olması, eylemin memurun göreviyle ilgili bulunması ve manevî bakımdan kastın varlığı gibi suçun diğer unsurları da aranacaktır. Suçun cezası ise yasada gösterilmiştir.

Bu durumda, başvuru kararında ileri sürüldüğü gibi iptali istenilen kuralın, yasa ile suç sayılmayan hallerin cezalandırılmasına yol açtığı, bu bağlamda suç ve cezanın yasallığı ilkesi ile çeliştiği savı yerinde görülmemiştir.”



verileceğine ilişkin hükmün iptali istenmiştir. Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda yer alan “ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan” veya “yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler” ibarelerinin bu bağlamda suçun faili olabilecek kişiler ile sağlık hizmetinin ne zaman devamlılık arz etmiş kabul edileceğinin belirsiz olduğu, idari düzeni bozan bir eylem olan ruhsatsız olarak sağlık hizmeti verilmesi hakkında idari yaptırım uygulanması gerekirken bu eylemle ilgili olarak ağır bir ceza yaptırımının düzenlendiği, suçun tanımının, hekimlik mesleğinin özellikleri gözetilerek herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde ortaya konulmayarak kıyasa açık bir düzenleme yapıldığı belirtilerek, Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, sağlık hizmetlerinin yaşam hakkıyla doğrudan ilgisi nedeniyle önemini vurgulayarak, söz konusu hükmün sağlık hizmetlerinin bu konuda yetkin kişiler tarafından sunulmasını sağlamayı amaçladığını ve bu nedenle kanun koyucunun sağlık hizmetinin ruhsatsız şekilde sunulması ile yetkisiz kişilerce sunulmasının neticelerini dikkate alarak bu eylemlerin cezalandırılmasını benimsediğini belirtmiştir. Ayrıca, Mahkeme “ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunma” ve “yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirme” eylemleri suç olarak kabul edilerek, bu suçun unsurları ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza açıkça belirlendiğini ve bu ibarelerin yürürlükteki yasal mevzuat ve bunlara dayanılarak hazırlanan yönetmeliklerde açıkça tanımlanması nedeniyle söz konusu kuralın belirsiz olduğundan söz edilemeyeceğine ve kanunilik ilkesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir¹⁹².

192 Esas Sayısı: 2014/61, Karar Sayısı: 2014/166, Karar Tarihi: 7/11/2014.

“Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında sağlık hizmetinin ruhsatsız şekilde sunulması ile yetkisiz kişilerce sunulmasının neticelerini dikkate alarak bu eylemlerin cezalandırılmasını benimsemiş, ancak sağlık hizmetinin ertelenemez ve ikame edilemez özelliğini de dikkate alarak olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşıma ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmetini ceza müeyyidesinin kapsamı dışında tutmuştur. Dava konusu kuralın, kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili olan sağlık hizmetlerinin bu konuda yetkin kişiler tarafından sunulmasını sağlamaya yönelik olduğu açıktır. Kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak ve eylemin meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak düzenlediği dava konusu kuralın amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kuralın ölçüsüzce düzenlendiği söylenemeyeceğinden hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Dava konusu kuralda, “ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunma” ve “yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirme” eylemleri suç olarak kabul edilerek, bu suçun unsurları ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza açıkça belirlenmiştir. Dava dilekçesinde her ne kadar “ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunma” ve “yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirme” ile “olağanüstü durum” ibarelerinin belirsiz olduğu ileri sürülmüş ise de yürürlükteki yasal mevzuat ve

dd. Suçun Unsurunun İdare Tarafından Verilen Emirlere Bırakılması

Diğer bir başvuruda 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mühürü kaldıran veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki 203. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veya yetkili makamların emri uyarınca” ibaresinin iptali istenmiştir. İptal başvurusunda, kuralda yer alan ‘yetkili makam’ ibaresinin belirsiz olması nedeniyle idari makamlara çerçevesi belli olmayan, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanda düzenleme yapma imkânı sağlandığı belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, kanunla verilen yetkiyi kullanan idari organların, ‘bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için’ mühür konulması emrini verebileceği, burada mühürleme emrini verme yetkisinin dayanağının yine kanun olduğu, dolayısıyla, *mühürleme yetkisinin hangi makamlar tarafından kullanılacağı, kapsamının ve sınırlarının kanunlarla önceden belirlendiğini*, bu nedenle yetkili makamların emri ile mühür konulmasının, çerçevesi sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın idarenin düzenlemesine bırakıldığı anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir¹⁹³.

bu duruma dayanarak hazırlanan yönetmeliklerde bu ibarelere ilişkin açıklayıcı tanımlara yer verildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralın belirsiz olduğundan söz edilemeyeceğinden kanunilik ilkesine aykırılık yoktur.”

193 Esas Sayısı: 2012/77, Karar Sayısı: 2013/66, Karar Günü: 22.5.2013

“Mühür, kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulmaktadır. Mühürleme, kanun ya da yetkili makamların emri uyarınca yapılmaktadır. Kanunlarda, ‘bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için’ mühür konulması şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi durumunda, kanunun emriyle konulan mühür söz konusu olmaktadır. Bunun yanında idari organlar kanunlarla, bir iş veya işlemin yerine getirilmesi konusunda yetkili kılınabilirler. Kanunla verilen bu yetkiyi kullanan organlar, ‘bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için’ mühür konulması emrini verebilirler. Burada mühürleme emrini verme yetkisi dayanağını yine kanundan almaktadır.

İtiraz konusu kuralda yer alan yetkili makamlar, kendilerine kanunlarla verilmiş yetkiye dayanarak mühür koymaktadırlar. Bir başka ifadeyle, bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için kanunla yetkili kılınan makam, bu yetkisini ‘mühürleme’ yapmak suretiyle kullanmaktadır. Dolayısıyla, mühürleme yetkisinin hangi makamlar tarafından kullanılacağı, kapsamı ve sınırları kanunlarla önceden belirlenmiş olmaktadır. Bu durumda, yetkili makamların emri ile mühür konulması, çerçevesi sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın idarenin düzenlemesine bırakıldığı anlamına gelmez.”



ee. Adli Para Cezasında Yapılacak Artış Miktarının İdare Tarafından Belirlenmesi

Anayasa Mahkemesi adli para cezalarında yapılacak artışların idare tarafından tespit edilecek değerler üzerinden yapılmasını suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmamıştır. Mahkeme bu konudaki kararını 28.7.1999 tarihli ve 4421 sayılı Kanunla, Türk Ceza Kanunu ile Cezaların İnfazı Hakkında Kanunda yapılan değişikliklerin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davası üzerine verilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanuna 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanunla eklenen Ek 1 ve Ek 2. maddeleriyle, paranın belli bir ölçüde satın alma gücünü kaybetmesi karşısında suç ve ceza arasında bozulan dengeyi sağlamak ve para cezalarının caydırıcılığını temin etmek amacıyla katsayı sistemi getirilmişti. Kanunun getirdiği katsayı sisteminde, 1988 Yılı Bütçe Kanununda memur maaş katsayısı olarak öngörülen 84 sayısı esas alınmış ve bu katsayının her 75 puanlık artış, cezanın bir misli artırılmasına yol açacağı kabul edilmişti. Ancak, zamanla bu getirilen yeni sisteminde adil sonuçlar vermemesi nedeniyle para cezalarında yeniden düzenleme yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeler sonucunda para cezalarındaki artışların enflasyona paralel olarak makul bir düzeyde gerçekleşmesi amacıyla, para cezalarındaki artışın, 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranının baz alınarak belirlenmesine karar verilmiş ve bu amaçla 28.7.1999 tarihli ve 4421 sayılı Kanunla, Türk Ceza Kanunu ile Cezaların İnfazı Hakkında Kanunda değişiklik yapılmıştır. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesinde, yeniden değerlendirme oranı, yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dahil) bir önceki yılın aynı dönemine göre Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Genel Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranı olarak tanımlanmış ve bu oranın Maliye Bakanlığınca Resmi Gazete ile ilan edileceği düzenlenmiştir. İdari makamların her yıl çıkaracağı tebliğ esas alınarak ceza belirlemenin yasama yetkisinin devri anlamına geleceği, cezanın, yasama organı tarafından ve kanunla konulacağına ilişkin kuralın ihlal edileceği ve bu şekilde tespit edilen cezada kanunilik unsurunun bulunmadığı, gerekçeleriyle söz konusu 4421 sayılı Kanunun yeniden değerlendirme oranına ilişkin hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu belirtilerek iptalleri istenilmiştir.

Anayasa mahkemesi, itiraz konusu kuralların, daha önce kanunlarda var olan para cezalarının ve bunların alt ve üst sınırları

ile bir günün karşılığı olan para cezası miktarının, Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından bilimsel verilere dayalı olarak saptanıp, Vergi Usul Kanunu'nun 298. maddesi gereğince, her yıl Aralık ayında Maliye Bakanlığı'nca Resmî Gazete ile ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılacağına ilişkin olduğunu; bu hususun, *keyfi ve takdirî uygulamalara yol açmayacak biçimde çerçevesinin kanun koyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlendiğini*; yeniden değerlendirme oranına göre yapılan artırmanın, yasama organı tarafından kanunla düzenlenmiş olan para cezaları üzerinden yapılmakta ve suç işlendiği zaman o suç için öngörülen cezanın, suç gününden önce belirgin hale geldiğini belirterek itiraz konusu kuralların kanunilik ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü bulunmadığına karar vermiştir¹⁹⁴. Mahkemeye göre, her ne kadar idare tarafından belirlense de adli para cezalarının 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılmasına ilişkin düzenlemeler suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı değildir.

ff. Hapis Cezasının Paraya Çevrilmesinde Esas Alınacak Miktarın İdare Tarafından Belirlenmesi

4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesinin (a) bendinin son paragrafında yer alan "...yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır..." bölümünün, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların, 647 sayılı Kanun'un 4. maddesinin

¹⁹⁴ Anayasa'nın 7. maddesinde "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez*" denilmektedir. Artırılacak olan para cezalarının, daha önce kanunla düzenlenmiş olması, yeniden değerlendirme oranının niteliğinin ve uygulanış biçiminin de Yasama Organı tarafından sınırları çizilerek kanunla belirlenmesi nedeniyle yasama yetkisinin yürütmeye devrinden söz edilmesi mümkün değildir.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinde yer almıştır. Yasakoyucu, ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılanların hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılaşmaları gerektiği, nelerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu kurallar, daha önce yasalarda var olan para cezasının ve bunların alt ve üst sınırları ile bir günün karşılığı olan para cezası miktarının, Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından bilimsel verilere dayalı olarak saptanıp, Vergi Usul Kanunu'nun 298. maddesi gereğince, her yıl Aralık ayında Maliye Bakanlığı'nca Resmî Gazete ile ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılacağına ilişkindir. Bu husus, keyfi ve takdirî uygulamalara yol açmayacak biçimde çerçevesi yasakoyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlenmiştir. Kaldı ki yeniden değerlendirme oranına göre yapılan artırma, Yasama Organı tarafından kanunla düzenlenmiş olan para cezaları üzerinden yapılmakta ve suç işlendiği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirgin hale gelmektedir. İtiraz konusu kuralların kanunilik ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."



öngördüğü miktarlardan daha yüksek rakamlarla paraya çevrilmesini gerektirdiği gerekçesiyle Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu konuda verdiği iki ayrı kararda, 213 sayılı Kanunun 359. maddesinde *hangi eylemlerin suç teşkil ettiği belirtilmiş keza özgürlüğü bağlayıcı ceza saptanmış, özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesinde esas alınacak ölçü de yasada gösterilmiş olduğunu belirterek suç tarihinde geçerli olan ve iki yılda bir tespit edilen asgarî ücretin miktarını öğrenmek olanaksız ya da özel bir çaba gerektirmediği gibi, belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açacak nitelikte de olmadığı* gerekçesiyle kuralın, Anayasa'da belirtilen cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir¹⁹⁵. Ayrıca Mahkeme bu durumunun Anayasanın 7. maddesinde yasaklanan yetki devri anlamına gelmediğine de karar vermiştir¹⁹⁶.

Yine aynı içerikte bir hükmü içeren 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 360. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesi

195 Esas Sayısı: 2001/353, Karar Sayısı: 2002/87, Karar Günü: 26.9.2002; Esas Sayısı: 2001/345, Karar Sayısı: 2002/86, Karar Günü: 26.9.2002

“Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde “Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez, kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile kimse cezalandırılmaz” denilerek suç ve cezada yasallık ilkesi belirtilmiştir. Bu kural Anayasa'nın 38. maddesinde de yer almaktadır.

213 sayılı Yasa'nın 359. maddesinde (a) bendinin (1) ve (2) nolu alt bentlerinde sayılan eylemleri gerçekleştirenlere “...altı aydan üç yıla kadar hapis cezası...” öngörülmüştür. Hapis cezasının para cezasına çevrilmesi söz konusu olduğunda da “...yürürlükte bulunan asgarî ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı...”nın esas alınacağı belirtilmiştir.

Suç sayılan eylemler ve yaptırımı olan özgürlüğü bağlayıcı ceza madde hükmünde açıkça gösterilmiştir. Maddede suçun müeyyidesi özgürlüğü bağlayıcı ceza olmakla birlikte bu cezanın para cezasına çevrilebileceği de öngörülmüştür.

213 sayılı Yasa'nın 359. maddesinde hangi eylemlerin suç teşkil ettiği belirtilmiş keza özgürlüğü bağlayıcı ceza saptanmış, özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesinde esas alınacak ölçü de yasada gösterilmiştir. Suç tarihinde geçerli olan ve iki yılda bir tespit edilen asgarî ücretin miktarını öğrenmek olanaksız ya da özel bir çaba gerektirmediği gibi, belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açacak nitelikte de değildir.

Bu nedenle kural, Anayasa'da belirtilen cezaların yasallığı ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

196 Esas Sayısı: 2001/345, Karar Sayısı: 2002/86, Karar Günü: 26.9.2002

“Yasakoyucu, söz konusu kural yerine, Asgarî Ücret Tespit Komisyonu'nun belirlediği asgarî ücret miktarını her defasında esas almak suretiyle de düzenleme yapabilirdi. Böyle bir düzenlemede, idari nitelik taşıyan ve komisyonca tespit edilen ücret tutarının, hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde esas alındığı ileri sürülerek, yasakoyucunun yasama yetkisini idarî bir kurula devrettiğinden söz edilemeyeceğine göre, yasama işlemlerinin alacağı vakit, süratle değişen ekonomik değerlerin yarattığı gereksinimlerin karşılanma arzusu, cezaların önleme ve iyileştirme amaçları gözetilerek, Asgarî Ücret Tespit Komisyonu'nun 16 yaşından büyük işçiler için tespit ettiği asgarî ücretin brüt tutarının yarısının esas alınmasına ilişkin olmak üzere konulan kuralda, ceza belirlemesinin bu kurula bırakıldığı, bir başka anlatımla Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredildiği anlamı çıkmaz.”

durumunda, para cezasının hesabında, hapis cezasının her gününe karşılık sanayi sektöründe onaltı yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınacağına ilişkin kuralın Anayasaya aykırılı iddiasıyla açılan üç ayrı davada, Anayasa Mahkemesi, *suç işleyen kişi hakkında öngörülen cezanın, suç gününden önce belirlenmiş olmasını gerekçe göstererek itirazı reddetmiştir*¹⁹⁷.

197 Esas Sayısı: 1995/48, Karar Sayısı: 1995/39, Karar Günü: 6.9.1995

“Anayasa’nın 38. maddesinde, suç ve cezaların yasallığı ve ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesi benimsenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin bu ilkeler ceza hukukunun temel ilkeleriyle birlikte toplum ve bireyler yönünden en önemli güvenceleri oluşturmaktadır.

Bu çerçevede yasakoyucunun, değişen ve gelişen toplum yaşamından kaynaklanan yeni gereksinimleri karşılamak amacıyla suç ve ceza alanında yeni düzenlemeler getirmesi olağandır. Hangi eylemlerin suç sayılacağı ve o suç sayılan eylemlere ne tür ve oranda ceza verileceğini saptama yasama organının yetkisindedir.

İtiraz konusu kural uyarınca, kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesi durumunda, para cezasının hesabında, hapis cezasının her gününe karşılık sanayi sektöründe 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınacağından, suç işleyen kişi hakkında öngörülen ceza, suç gününden önce belirlenmiş olmaktadır.

Kuralın cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa’nın 38. maddesine aykırı bir yönü görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir.”

Esas Sayısı: 1995/21, Karar Sayısı: 1995/36, Karar Günü: 15.8.1995

“Anayasa’nın 38. maddesinde suç ve cezaların yasallığıyla ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesi benimsenmiştir. Suç ve cezalara ilişkin bu ilkeler toplum ve bireyler yönünden güvencedir.

Anayasa’nın başlıca birkaç ceza ilkesini belirtmekle yetinerek, bunların dışında kalan ceza konuları ve özellikle belli bir zamanda ne gibi eylemlerin suç sayılıp o suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini, hangi ceza ve güvenlik önlemlerinin ne yolda uygulanacağını saptama yetkisini bıraktığı yasakoyucu, bu konuda başta Anayasa’nın buyurucu ve yasaklayıcı kuralları ile koyduğu güvenceler olmak üzere, ceza hukukunun ilkeleri” toplum yaşantısının zorunlulukları ve yasalarının gereklerine bağlı kalarak takdirini kullanabilecektir.

Yasakoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa’nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır.

İptali istenen Yasa kuralı uyarınca, kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesi durumunda, para cezasının tutarının hesabında hapis cezasının her bir günü için sanayi sektöründe 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınacağından, kişiye suç işlediği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirlenmiştir. Bu düzenlemenin cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa’nın 38. maddesine aykırı bir yönü görülmemiştir.”

Esas Sayısı: 1993/31, Karar Sayısı: 1993/29, Karar Günü: 21.9.1993

“Anayasa’nın 38. maddesinde suç ve cezaların yasallığı ilkesi öngörülmüştür.

Yasa koyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa’nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul



gg) Hapis Cezası Uygulanamayacak (Cezasızlık Sebebi) Miktarın İdare Tarafından Belirlenmesi

9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "nafaka alacaklarına ilişkin takipler hariç, alacak miktarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında kalan takiplerde bu Kanunda öngörülen disiplin ve tazyik hapsi uygulanmaz." şeklindeki kuralın, belirlilik ilkeleri ile suç ve cezada kanunilik ilkesini zedelediği ve Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen *asgari ücret tutarları Resmî Gazete'de önceden yayımlanmakta olduğundan, asgari ücretin, cezanın belirlenmesinde ölçüt alınmasının belirsizliğe yol açmayacağı*, kuralda yer alan "alacak miktarı" ibaresinin, sadece "asıl alacağı" kapsadığının açık olduğu ve dolayısıyla anılan ibarenin de belirsiz olduğunun söylenemeyeceği, dava konusu kuralla, alacak miktarı belli tutarın altında kalan takiplerde disiplin ve tazyik hapsleri yönünden cezasızlık sebebi öngörülmesinde, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir¹⁹⁸.

edileceği konularında takdir yetkisine el atlamaz.

İptali istenen Yasa kuralı uyarınca kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesi durumunda, para cezasının tutarının hesabında hapis cezasının her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınacağından kişiye suç işlediği zaman o suç için öngörülen ceza suç gününden önce belirgindir. Bu düzenlemede cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yön görülmüştür."

198 Esas Sayısı: 2011/64, Karar Sayısı: 2012/168, Karar Günü: 1.11.2012

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz."; üçüncü fıkrasında, "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "suç ve cezada kanunilik ilkesi" düzenlenmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmakta olup, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde aynı ilkeye yer verilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, suç ve cezaya ilişkin kurallar belirli olmalıdır. Hukuk devletinin de temel ilkelerinden biri olan "belirlilik ilkesi", hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Anılan ilkelere uyulup uyulmadığının tespiti bakımından, kuralla getirilen cezasızlık sebebinde ölçüt alınan "alacak miktarı" ve "Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarı" ibarelerinin belirli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin daha önce kimi kararlarında belirttiği üzere, Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen asgari ücret tutarları Resmî Gazete'de önceden yayımlanmakta olduğundan, asgari ücretin, cezanın belirlenmesinde ölçüt alınması belirsizliğe yol açmaz.

Diğer taraftan, dava konusu kuralla ilişkin yasama süreci incelendiğinde, tasarıda, "toplam alacak miktarı" ibaresine yer verilmişken, Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen bir

c) Anayasa Mahkemesince Kanunilik İlkesine Uygun Bulunmayan Düzenlemeler

aa) Yaptırımın Nevinin (Hapis-Para Cezası) Bakanlar Kurulunca Belirlenmesi

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanununun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “Bu fıkradaki miktarı, Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayınlanan ‘Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeksi’ndeki artışlar oranında artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu kararlar Resmi Gazete’de yayımlanır” cümlelerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Maddeye göre, toplu kaçakçılık suçlarında “hapis cezası ile birlikte para cezası” ya da sadece “para cezası” verilebilmesinin koşullarından olan mal veya eşyanın “gümrüklenmiş piyasa değerinin otuz milyon lirayı geçmemesi”ne ilişkin kuralda yer alan otuz milyonluk miktarı, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayımlanan ‘Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeksi’ndeki artışlar oranında yükseltme yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kurulu’na verilen *bu yetkinin ne zaman kullanılacağına belli olmadığı ve belli aralıklarla bu miktarı yükseltme zorunluluğu getirilmediği* gerekçeleriyle cezada belirsizliğe yol açıldığını ve ayrıca Bakanlar Kurulu kararının Kanunda öngörülen *cezanın niteliğini, para cezası veya özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak değiştirdiği* gerekçeleriyle söz konusu hükmü iptal etmiştir¹⁹⁹.

önerge ile bu ifade şeklinin asıl alacak, faiz, vekâlet ücreti ve icra masraflarını da kapsadığı gerekçesiyle “toplam” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Buna göre, kuralda yer alan “alacak miktarı” ibaresinin, sadece “asil alacağı” kapsadığı açıktır. Dolayısıyla anılan ibarenin de belirsiz olduğu söylenemez.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Bu bağlamda, hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara ne tür ve hangi ölçüde cezai yaptırım uygulanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Dava konusu kuralla, alacak miktarı belli tutarın altında kalan takiplerde disiplin ve tazyik hapisleri yönünden cezasızlık sebebi öngörülmesinde, Anayasa’nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

199 Esas Sayısı: 2000/5, Karar Sayısı: 2003/65, Karar Günü: 18.6.2003

“Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza



bb) Suçun Unsurunun Bakanlar Kurulu Kararıyla Belirlenmesi

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanununun Ek 2. maddesinin III numaralı fıkrasının birinci bendinin, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir. Kanunun Ek 2. maddesinin III numaralı fıkrasının iptali istenen birinci bendine göre, Gümrük Kanununun 19 ve 20. maddelerine dayanılarak çıkarılan hükümet kararlarına aykırı olarak herhangi bir madde ve eşyayı memlekete ithal edenler veya memleketten çıkarılanlar veya bu fiillere teşebbüs edenler hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Gümrük Kanununun 19. maddesinde, kimi nedenlerle yurt dışından gelecek eşyanın giriş, çıkış, transit ve aktarma serbestliğini kısıtlama veya kaldırma, kimi eşyalarla ilgili özel hükümler koyma, Kanunda belirtilen eşyalarla ilgili muafiyet kısmen veya tamamen kaldırma veya tek ve maktu tarife uygulama konularında Bakanlar Kurulu'na yetki verilmektedir. Kanunun 20. maddesinde ise, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile ticaret andlaşması yapan veya yapılmış olan andlaşmayı süresinden önce tek taraflı olarak kısmen veya tamamen hükümsüz bırakan, Türk kara, hava ve deniz ulaşım araçlarına karşı yasak ve kısıntı koyan veya farklı işlemler uygulayan ülkelere karşılık olmak üzere, yasak ve kısıntılar koyma ve farklı işlem ve tarife uygulama konularında

yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek "cezanın yasallığı" ilkesi vurgulanmıştır.

Suç ve cezaların yasayla belirlenmesi, çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Günümüzde bu ilkeye uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir. İlkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılması da yeterli olmayıp kuralların kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir. Bu bağlamda cezanın yasallığı ilkesi, bir suç uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin hangi sınırlar içinde uygulanacağıının, nelerin hangi ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağıının da yasakoyucu tarafından kurala bağlanmasını gerekli kılar.

Toplu kaçakçılık suçlarında "hapis cezası ile birlikte para cezası" ya da sadece "para cezası" verilebilmesinin koşullarından olan mal veya eşyanın "gümrükleşmiş piyasa değerinin otuz milyon (31.316.000.000) lirayı geçmemesi"ne ilişkin itiraz konusu kuralda yer alan otuz milyonluk miktarı, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayımlanan "Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeks"indeki artışlar oranında yükseltme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Bununla yasakoyucunun ülkedeki enflasyonu dikkate aldığı kuşkusuzdur. Ancak, burada önemli olan husus, Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetkinin ne zaman kullanılacağıının belli olmamasıdır. Söz konusu düzenleme ile "Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeks"indeki artış oranına paralel olarak belli aralıklarla bu miktarı yükseltme zorunluluğu getirilmediğinden, Bakanlar Kurulu, istediği zaman artırma yetkisini kullanabilecektir. Böylece cezada belirsizliğe yol açılmış olacaktır.

Öte yandan, Bakanlar Kurulu Kararı ile suç yaratılmamakta veya bir eylem suç olmaktan çıkarılmamakta ise de, bunlar kadar önemli olan söz konusu suç için yasada öngörülen cezanın niteliği, para cezası veya özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak değiştirilebilmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."



Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. İptali istenen kuralda da, Gümrük Kanununa dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararlara aykırı olarak herhangi bir madde veya eşyayı ülkeye ithal edenler ve ülkeden çıkarılanlarla bu eylemlere teşebbüs edenlere verilecek cezalar gösterilmektedir. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralla, Bakanlar Kurulunca Gümrük Kanunu'nun 19. ve 20. maddelerine dayanılarak çıkarılan kararlara aykırı olarak bir eşyanın yurda ithalinin yasaklandığını, böylece, Bakanlar Kurulu kararıyla suç oluşturulduğunu belirterek kuralın Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir²⁰⁰. Ayrıca Mahkeme bu durumunun Anayasanın 7. maddesinde yasaklanan yetki devri anlamına geldiğine de karar vermiştir²⁰¹.

200 Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996

“İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Anayasa'daki “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi uyarınca suçların her yönü ile Yasa'da saptanması gerektiğini, bu nedenle yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç oluşturulmasına olanak sağlayan itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da, “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “Cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Bu ilkeler hukuk devletinin önde gelen unsurlarındandır.

Anayasa'nın 91. maddesinde TBMM'nce Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilirken KHK ile düzenlenemeyecek konular da sayılmaktadır. Anayasa'nın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığını taşıyan 38. maddesi de, bu yasak kapsamına girmektedir. Bu durumda suç ve cezaların KHK'lerle oluşturulmasına izin verilmediği halde, çıkarılmaları KHK'lere göre çok daha kolay olan idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması düşünülemez.

Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan “Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi”, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın “açık”, “anlaşılır” ve “sınırlarının belli olması”nı zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır.

İtiraz konusu kuralla, Bakanlar Kurulu'nca Gümrük Kanunu'nun 19. ve 20. maddelerine dayanılarak çıkarılan kararlara aykırı olarak bir eşyanın yurda ithali yasaklanmaktadır. Böylece, Bakanlar Kurulu kararıyla suç oluşturulmaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

201 Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996

“Mahkeme, itiraz konusu kuralla uygulanmasında bir malın ithalinin yasaklanması ya da bu kapsamdan çıkarılması hususunda idareye verilen yetkiyle suç oluşmasına olanak tanıdığını, bunun da yasama yetkisinin devri anlamına geldiğini, suçların ancak yasa ile konulup kaldırılacağını, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir.

Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da



Yine 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun bir diğer maddesinin de, suçun unsurları Bakanlar Kurulu kararıyla belirlendiği gerekçesiyle iptali istenmiştir. Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "...İthalat ve ihracat rejimi kararlarıyla..." ibaresinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kurulunca *bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylemin suç oluştuğunu, böylece itiraz konusu kuralla suçun belirlenmediğini, suç olma niteliğinin bu kuralla Bakanlar Kurulu kararına bırakıldığı*, bu durumun ise Anayasanın 38. maddesinde öngörülen "suçun kanuniliği" ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir²⁰². Ayrıca Mahkeme, Anayasa'nın 38. maddesindeki

öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Anayasa'nın 38. maddesindeki "kanunsuz suç olmaz" ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağı yasa ile belirlenmesi zorunludur. İtiraz konusu kuralla kimi malların ithali konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilerek idari düzenlemelerle suç oluşturulmasına olanak tanınması yetki devri niteliğinde olduğundan Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

202 Esas Sayısı: 1993/42, Karar Sayısı: 1994/72, Karar Günü: 27.9.1994

"Anayasa'nın suç ve cezaya ilişkin 38. Maddesindeki ilkelerden biri "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesidir. Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek "cezanın yasallığı" ilkeleri getirilmiştir. "Suç ve cezanın yasallığı" ilkesi; Anayasa'nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ilişkin olmasını zorunlu kılar.

Anayasa hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suç ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Günümüzde bu ilkeye uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir.

Anayasanın 38. maddesine göre hangi eylemlerin suç sayılacağı ancak yasayla öngörülebilir. Anayasa'nın 7. ve 87. maddeleri gereğince yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olup bu yetki devredilemez. Anayasadaki açıklık karşısında yürütmenin suç oluşturabilmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 91. maddesinde TBMM'nce Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve KHK ile düzenlenemeyecek konular sayılmaktadır. "Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlığını taşıyan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının KHK ile suç oluşturmasına Anayasa'da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK'lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idari düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan Anayasa kurallarına aykırı düşer.

Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin

“kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına yasayla belirlenmesinin zorunlu olduğunu, ancak ithal ve ihracı yasaklama yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulunun bu yolla eylemin suç sayılıp sayılmayacağını belirlemiş olmasının Anayasanın 7. maddesinde yasaklanan yetki devri anlamına geldiğine de karar vermiştir²⁰³.

güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir.

Tüm bunlar suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Yasayı bilmemenin özür sayılmayacağı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre yasanın herkesce anlaşılacak ölçüde açık olması da bunun doğal sonucudur. Nitekim, Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde “kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

Dava konusu kuralın suç ve cezada yasallık ilkesine aykırı olup olmadığı yukarıdaki açıklamalara göre değerlendirilmelidir.

Cezanın yasallığı ilkesi, bir suçta uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağına, yasanın ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağına yasakoyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

1918 sayılı Yasa'nın 27. maddesinin değişik dördüncü fıkrasında bu fıkra göre verilecek cezaların türü ve miktarı açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle fıkranın “cezanın yasallığı” yönünden Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savı yerinde değildir.

Bakanlar Kurulu'nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralla suç belirlenmemekte, suç olma niteliği bu kuralla Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa'nın 38. Maddesinde öngörülen “suçun yasallığı” ilkesine aykırıdır.”

203 Esas Sayısı: 1993/42, Karar Sayısı: 1994/72, Karar Günü: 27.9.1994

“İtiraz yoluna başvuran Mahkeme; itiraz konusu kuralın uygulanmasında bir malın yasaklanması da ya da bu kapsamdan çıkarılmasında idarenin yetkili olduğunu, bir malın ithalinin yasak olup olmamasına göre kaçakçılık cezasının değiştiğini, böylece yürütme organının sonuç olarak ceza koyma ya da kaldırma yetkisine sahip kılındığını, oysa suç ve cezanın ancak yasayla konulup kaldırılacağını, yürütmeye ancak yasaların uygulanması amacıyla düzenleme yetkisi verilebileceğini, bu nedenlerle söz konusu ibarenin yasama yetkisinin devri anlamına geleceğini ve bunun güçler ayrılığı sistemine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış 176. maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan “Başlangıç” bölümünde ise, güçler ayrılığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı yetkileri kullanacak organlar Anayasa'nın 7., 8. ve 9. maddelerinde gösterilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin TBMM'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer.



Anayasa Mahkemesi, kanunilik ilkesini ihlal ettiği iddiasıyla 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun hakkında bir karar daha vermiştir. Bu iptal davasının da gerekçesi, suçun unsurlarının Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenmesi olmuştur. Kanunun 25. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “...İthalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması” ibaresinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, *Bakanlar Kurulunca bir malın ithal veya ihracatının yasaklanması ile eylemin suç oluştuğunu, böylece itiraz konusu kuralla suçun belirlenmediğini, suç olma niteliğinin bu kuralla Bakanlar Kurulu kararına bırakıldığı*, bu durumun ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen “suçun kanuniliği” ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir²⁰⁴. Ayrıca Mahkeme, Anayasa’nın 38.

Anayasa’nın 38. maddesindeki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına yasayla belirlenmesi zorunludur. İthal ve ihracı yasaklama yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulu bu yolla eylemin suç sayılıp sayılmayacağını belirlemiş olmaktadır.

Bu nedenlerle 1918 sayılı Yasa’nın 27. maddesinin dördüncü fıkrasındaki “... ithalat...” sözcüğü Anayasa’nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.”

204 Esas Sayısı: 1993/5, Karar Sayısı: 1993/25, Karar Günü: 6.7.1993

Anayasa’nın suç ve cezaya ilişkin 38. maddesindeki ilkelerden biri “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesidir. Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek “cezanın yasallığı” ilkeleri getirilmiştir. “Suç ve cezanın yasallığı” ilkesi; Anayasa’nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ait olmasını zorunlu kılar.

Anayasa hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suç ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Günümüzde bu ilkeye uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir.

Anayasanın 38. maddesine göre hangi eylemlerin suç sayılacağı ancak yasayla öngörülebilir. Anayasa’nın 7. ve 87. maddeleri gereğince yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olup bu yetki devredilemez. Anayasadaki açıklık karşısında yürütmenin suç oluşturabilmesi olanaklı değildir.

Anayasa’nın 91. maddesinde TBMM’nce Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve KHK ile düzenlenemeyecek konular sayılmaktadır. “Anayasa’nın suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığına taşınan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnamele düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının KHK ile suç oluşturmasına Anayasa’da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK’lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan Anayasa kurallarına aykırı düşer.

Dayanağını Anayasa’nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası’nın 1. maddesinde yer alan, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa’nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir.

Tüm bunlar suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı,

maddesindeki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına yasayla belirlenmesinin zorunlu olduğunu, ancak ithal ve ihracı yasaklama yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulunun bu yolla eylemin suç sayılıp sayılmayacağını belirlemiş olmasının Anayasanın 7. maddesinde yasaklanan yetki devri anlamına geldiğine de karar vermiştir²⁰⁵.

cc. Suçun Unsurlarının Genel İdari Düzenlemelere veya Kararlara Bırakılması

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 297. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da *yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan*

konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Yasayı bilmemenin özür sayılmayacağı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre yasanın herkesçe anlaşılacak ölçüde açık olması da bunun doğal sonucudur. Nitekim, Türk Ceza Yasası’nın 1. maddesinde “kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

Dava konusu kuralın suç ve cezada yasallık ilkesine aykırı olup olmadığı yukarıdaki açıklamalara göre değerlendirilmelidir.

Cezanın yasallığı ilkesi, bir suçta uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını yasakoyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

1918 sayılı Yasa’nın 25. maddesinin değişik ikinci fıkrasında bu fıkraya göre verilecek cezaların türü ve miktarı açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle fıkranın “cezanın yasallığı” yönünden Anayasa’nın 38. maddesine aykırılığı savı yerinde değildir.

Bakanlar Kurulu’nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen “suçun yasallığı” ilkesine aykırıdır.

205 Esas Sayısı: 1993/5, Karar Sayısı: 1993/25, Karar Günü: 6.7.1993

“Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin Başlangıç’ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış 176. maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan “Başlangıç” bölümünde ise, güçler ayrılığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı yetkileri kullanacak organlar Anayasa’nın 7., 8. ve 9. maddelerinde gösterilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa’nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin TBMM’nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu kural karşısında, Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa’nın 7. maddesine aykırı düşer.

Anayasa’nın 38. maddesindeki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına yasayla belirlenmesi zorunludur. İthal ve ihracı yasaklama yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulu bu yolla eylemin suç sayılıp sayılmayacağını belirlemiş olmaktadır.

Bu nedenlerle “ithalat” sözcüğü Anayasa’nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.”



eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki hükmün iptali istenmiştir. 297. maddenin (1) numaralı fıkrasında, infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokmak veya bulundurmak yasaklanmış ve bu yasağa uymayanların hapis cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralın yer aldığı anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında ise (1) numaralı fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Mahkeme, 297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanındığı, söz konusu kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kuralın, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun olmadığı gerekçesiyle Anayasa’nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir²⁰⁶.

206 Esas Sayısı : 2010/69, Karar Sayısı: 2011/116, Karar Günü: 7.7.2011

“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasa’da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel



21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 65. maddesinin (a) fıkrasında korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenlerin, (b) fıkrasında ise sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapanların cezalandırılmasına inmîkân sağladığı düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Düzenlemelere göre, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Mahkeme, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği, ancak bu tespit ve tescilin maliklere *tebliğinin öngörülmediği*, suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşâ ve fiziki müdahaleler oluşturduğu, ancak koruma bölge kurulları kararları için bir *yayım zorunluluğu* öngörülmediği, *hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması* karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı gerekçesiyle hükmün iptaline karar vermiştir²⁰⁷.

ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, net, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır."

207 Esas Sayısı: 2011/18, Karar Sayısı: 2012/53, Karar Günü: 11.4.2012

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçların kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza



dd. Suçun Unsurlarının İdare Dışındaki Tüzel Kişilerin Kararlarına Bırakılması

5.5.2009 tarihli ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan “Futbol müsabakası yayınlarının, *TFF tarafından belirlenen usul*

yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezaların kanuniliği” ilkesi öngörülmüştür. Anayasa’nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelere olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır.

İtiraz konusu Kanun’un 65. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımların cezalandırılması öngörülmektedir.

Kanun’un tespit ve tescil başlıklı 7. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği öngörülmüştür. Ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliği öngörülmemiştir. Maddenin ilk halinde maliklere tebliğ de öngörülmüşken 17. 6. 1987 tarih ve 3386 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tebliğ zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

Öte yandan, koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapan ya da yaptırımların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaz yapıları hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun’un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına verilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun’un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır.

Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurullarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır." şeklindeki hükmün Anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. Bu iddiaya gerekçe olarak, itiraz konusu kural ile suç tanımı yapılmadan bu yetkinin Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanuna göre özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, özerk Türkiye Futbol Federasyonu (TFF)'na bırakıldığı ve bu halde futbol müsabakası yayınlarıyla ilgili olmak üzere TFF'nin belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde suç ihdas edebileceği bu nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme, suçun ana unsurlarından birini TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında hareket etmek fiili oluşturduğu, *hangi eylemin gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağı yani suçun unsurlarının neler olduğunun belirlenmesinin TFF'nun takdirine bırakıldığı, böylece ceza yaptırımını uygulanmasını sağlayacak eylemlerin Kanunda belirtilmediği ve TFF'nun belirlediği usul ve esaslara bağlandığı gerekçeleriyle düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuştur*²⁰⁸.

208 Esas Sayısı: 2010/19, Karar Sayısı: 2011/6, Karar Günü: 06.01.2011

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasa da gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile



ee. Para Cezasına Esas Alınacak Değerin İdare Tarafından Belirlenmesi

4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanunda ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır” bölümünün Anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. Düzenlemeye göre tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkilerin satışı için alınması zorunlu satış belgesini almadan satış yapanlara, ceza yaptırımı olarak, satışa sunulan mamulata el koyma ve ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası öngörülmektedir. Ruhsat harcına bağlı olarak uygulanan nispî nitelikteki ağır para cezası 31.12.2002 gün ve 24980 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik’in 10. maddesindeki değerlere göre belirlenmekteydi. Mahkeme, *ceza miktarının saptanmasında ölçü olarak alınan ruhsat harcının, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğe göre belirlenmesini, Anayasaya aykırı bularak hükmün iptaline karar vermiştir*²⁰⁹.

karşılanaacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, futbol gelirlerini korumak, etkili bir hukuki koruma sağlayarak Türk futbolunun gelişmesini ve kamu düzenini sağlamak amacıyla futbol müsabakası yayınlarının haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi hallerinde yaptırım öngörülmesi, yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisinin kapsamındadır.

İtiraz konusu kuralda belirtilen suçların işlenmesi halinde TFF veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5846 sayılı Yasa’nın 71. maddesinin birinci fıkrasında, bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasının uygulanacağı öngörülmektedir. Buna göre, suçun ana unsurlarından birini TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında hareket etmek fiili oluşturmaktadır. Kuralda, hangi eylemin gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağı yani suçun unsurlarının neler olduğunun belirlenmesi TFF’nun takdirine bırakılmakta, böylece ceza yaptırımı uygulanmasını sağlayacak eylemler Yasa’da belirtilmemekte ve TFF’nun belirlediği usul ve esaslara bağlanmaktadır. Öte yandan, itiraz konusu kuralda suç oluşturan fiiller belirlenmediğinden buna bağlı olarak “haksız ve yetkisiz” sözcükleri de belirsiz kalmaktadır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi, suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

209 Esas Sayısı: 2005/99, Karar Sayısı: 2006/8, Karar Günü: 19.1.2006

“Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında “kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”, üçüncü fıkrasında

Diğer bir kararda, 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda özel bir önödeme hükmü olarak düzenlenen 34. maddenin son fıkrasında yer alan “Bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, *gümrük idaresince* belirlenen değerdir.” şeklindeki hükmün iptali istenmiştir. Ancak, başvuru kararında, Anayasa’nın 2., 10., 11. ve 36. maddelerine dayanılmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kanunilik ilkesi yönünden değerlendirmede bulunmasa da, “*uyuşmazlığın tarafı olan müdahil gümrük idaresinin belirlediği CIF değer ... şüpheliye yapılacak önödeme tebligatındaki miktarın belirlenmesinde esas alınması*”nı hukuk devleti ilkesine aykırı bularak son fıkrada yer alan “*gümrük idaresince*” ibaresinin iptaline karar vermiştir²¹⁰.

da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde de “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine yer verilmiştir. Buna göre, yasada suçun, bu bağlamda hangi eylemlerin yasaklandığının ve bunlara verilecek cezanın açıkça belirtilmesi gerekir. Kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi, temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir.

Kanunsuz suç olmaz ilkesi ile birlikte gelişen kanunsuz ceza olmaz ilkesi, modern ceza hukukunun temellerinden biridir. Kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malları üzerindeki en etkili kısıtlamaya yol açacak olan cezaların, kanunlarla belirlenmesi gereğini ifade eden cezada kanunilik ilkesi, bireysel özgürlüklerin teminatı olduğu kadar toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında ve devamında da etkilidir. Bu ilke, suçlara uygulanacak yaptırım tür ve ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını da yasayla belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

4733 sayılı Yasa’nın 8. maddesinin ikinci fıkrasında, satış belgesi almadan satış yapanlar için öngörülen “ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır” hükmü uyarınca, ceza miktarının saptanmasında ölçü olarak alınan ruhsat harcının, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik’e göre belirlenmesi, Anayasa’nın 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa’nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devletinde kanunlar Anayasa’ya aykırı olamayacağından, Anayasa’nın 38. maddesine aykırı olarak cezanın belirlenmesinde yönetmelik hükümlerinin esas alınması sonucunu doğuran itiraz konusu kural, Anayasa’nın 2. maddesine de aykırıdır, iptali gerekir.”

210 Esas Sayısı: 2006/47, Karar Sayısı: 2008/144, Karar Günü: 18.9.2008

“Başvuru kararında, gümrük idaresinin kanun gereği henüz kamu davası açılmadan önce katılan sıfatını alarak davanın tarafı haline geldiği, şüpheliye cumhuriyet savcılığı tarafından davanın tarafı konumundaki gümrük idaresince belirlenen değer üzerinden önödeme tebliği yapıldığı, ayrıca kaçak veya kaçak şüphesi ile eşya yakalanması halinde muhbir veya el koyanlara, yakalanan kaçak eşyaların gümrüklenmiş değeri üzerinden ikramiye ödenmesinin Anayasada yer alan hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, “laik ve sosyal bir hukuk devleti” olarak



VI. KABAHATLERİN VE YAPTIRIMLARININ BELİRLENMESİNDE İDARENİN MÜDAHALESİ

A. GENEL OLARAK

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalelerde bulunulmasını engelleyerek, temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, kabahat oluşturan fiiller ve kabahatlere uygulanacak yaptırımlar bakımından ne oranda geçerli olacağı hususu da konumuz bakımından büyük önem taşımaktadır. Anayasanın 38. maddesi kabahatlere ilişkin bir hüküm içermemekte, sadece kanunilik ilkesi bakımından suç ve ceza kavramlarını kullanmaktadır. *Kanunilik ilkesi yönünden suç ve kabahat yönünden ayırım yapmayan* Anayasanın 38. maddesinin, tıpkı cezai yaptırımlar gibi idari yaptırımların da, bir nevi ceza olması ve kişi hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilgili olması nedeniyle, kabahatler yönünden uygulanması, diğer bir ifadeyle hangi fiillerin kabahat teşkil edeceği ve

nitelendirilmiştir. Hukuk devleti her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 34. maddesi, Yasa'da yaptırımı para cezası olarak öngörülen eylemleri işleyenlerin, kanunda belirlenen para cezasının asgari haddi ile soruşturma giderlerinin tamamını, Cumhuriyet Savcılığınca yapılacak tebligat tarihinden itibaren on gün içinde ödeyeceğini yazılı olarak bildirmesi veya otuz gün içinde ödemesi halinde hakkında kamu davası açılmayacağını belirten bir kuraldır.

İtiraz konusu ibarenin geçtiği son fıkrasında ise "bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, gümrük idaresince belirlenen değerdir" kuralı yer almaktadır.

Ayrıca aynı Yasa'nın 35. maddesinde, kaçak veya kaçak şüphesi ile yakalanan eşyalardan dolayı muhbir ve el koyanlara ikramiye ödeneceği, ödenecek ikramiyenin belirlenmesinde kaçak eşyanın CIF değerinin esas alınacağı vurgulanmıştır.

Yasakoyucu bazı suçlarda suçun failini, yargılamanın ve ceza alması durumunda cezaevlerinin olumsuz koşullarından korumak, aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü hafifletmek ve yargılama giderlerini azaltmak amacıyla önödeme ve benzeri düzenlemeler yapabilir. Ayrıca bu düzenlemelerle güttüğü amacı gerçekleştirmek için maddi gerçeğin araştırıldığı mahkeme aşamasında uygulanan yargılama usulü yöntemlerinden farklı bazı yöntemler de belirleyebilir. Ancak yasakoyucu bu yöndeki takdir hakkını kullanırken hukuk devleti ilkesine uygun olarak adaletli bir hukuk düzeni kurmak ve idarenin keyfililiğine yol açacak düzenlemelerden kaçınmak zorundadır.

Bu nedenle, uyumsuzluğun tarafı olan müdahil gümrük idaresinin belirlediği CIF değer, hem yakalama eylemine katılanlara ödenecek ikramiyenin, hem de şüpheliye yapılacak önödeme tebligatındaki miktarın belirlenmesinde esas alınması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir."



Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin aynı kriteri uygulamasına rağmen, son dönemde aldığı bazı kararlarda, idari yaptırım gerektiren kabahat nevinden fiiller için kanunilik ilkesinin suç ve cezalarda olduğu katılıkta uygulanmaması yönünde bir yaklaşımı olduğu görülmektedir. Yine doktrinde de idari yaptırımlar bakımından kanunilik ilkesinin, suç ve cezalar kadar katı uygulanmaması gerektiği ve kabahatlerin idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenebileceği kabul edilmektedir²¹⁴. Üstelik, hukuk sistemimiz açısından genel kanun niteliğinde olan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun “Kanunîlik ilkesi” kenar başlıklı 4 üncü maddesinde, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Keza ikinci fıkrada yaptırımların türünün, süresinin, miktarının ancak kanunla belirlenebileceği ayrıca ifade edilmiştir.

Söz konusu Kabahatler Kanununun hükmü, daha sıkı kurallara bağlanan suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle kıyaslandığında kabahatler bakımından daha esnek bir sistemin kabul edildiğini göstermektedir. Nitekim söz konusu hükmün gerekçesinde “... suçta kanunîlik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada, idarî yaptırımlar açısından, cezada kanunîlik ilkesine paralel bir hükme yer verilmiştir.” şeklinde yapılan açıklamayla bu husus açıkça vurgulanmıştır. Buna göre Kabahatle Kanununun 4. maddesiyle, Türk Ceza Kanununun 2. maddesini karşılaştırıldığında suç ve kabahat için öngörülen kanunilik ilkeleri arasında fark bulunmaktadır. Türk Ceza Kanununda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç konulamayacağı düzenlenmişken, Kabahatler Kanununda kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel

214 “Görüldüğü gibi, kabahatler bakımından yaptırımların belirlenmesinde kanunilik ilkesi mutlak geçerli iken, kabahat oluşturan fiillerin belirlenmesinde idarenin düzenleyici işlemlerine müsaade edilmiştir.” (KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 52-53); “Kanun niteliğinde bir hukuk metni içinde düzenlenmiş olma gereği, ceza hukuku kapsamında kabul edilmeyen idari cezalar, disiplin cezaları gibi yaptırım türleri bakımından söz konusu değildir. Yönetmelikler ve tüzükler ile düzenlenebilen idari cezaların ve disiplin cezalarının da önceden düzenlenmiş olması gerekli ise de bunların kanun ile yapılmış olmasının şart olmaması, bu tür yaptırımları ceza hukuku yaptırımlarından ayıran farklardan biri olarak kabul edilmektedir. Bu farkın en belirgin ve temel sonucu, ceza hukuku yaptırımlarını belirleme yetkisinin yasama organına ait olmasına karşılık, yürütme organının yönetmelikler ile idari ceza türü yaptırımları düzenleyebilmesidir.” (İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 7.)



ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği şeklinde hükme yer verilmiştir. Bu düzenleme “beyaz hüküm” olarak adlandırılan ve adli yaptırımlar bakımından eleştirilen uygulamanın, kabahatler bakımından uygulanmasına yasal zemin sağlamaktadır²¹⁵. Buna göre hızla çözülmesi gereken veya teknik özelliği nedeniyle unsurlarında hızlı değişiklik yapmak veya unsurlarının ayrıntılı düzenlenmek zorunda olduğu durumlarda, suç tanımının sadece kanun çerçevesinde yapılmasının zorluğunu da dikkate alarak, adli yaptırım niteliğinde ceza uygulanmamasına ve fiilin kabahat olarak düzenlenerek idari yaptırım uygulanmasına imkân sağlandığı anlaşılmaktadır²¹⁶. Ancak, suç için öngörülen ceza ve kabahat için öngörülen yaptırım bakımından herhangi bir fark öngörülmemiş, her ikisinin de kanunla düzenleneceği açıkça öngörülmüştür²¹⁷.

Öte yandan Mahkeme 2016 yılında verdiği oldukça yeni bir kararında, suç ve kabahatlerin hukuki niteliklerinin ve hukuki sonuçlarının aynı olmaması nedeniyle Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanmasını, işin mahiyetine uygun görmediğini açıkça ifade etmiştir. Mahkeme, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden *daha esnek uygulanması gerektiğini* kabul etmektedir. Ancak Mahkemeye göre bu durumda dahi, kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalı ve belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekmektedir²¹⁸.

215 ÖZGENÇ, s. 119.

216 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 9.

217 AKBULUT, s. 97-103.

218 Esas Sayısı: 2015/85, Karar Sayısı: 2016/3, Karar Tarihi: 13.1.2016.

“Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olabilmesi, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem attığı bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir.



Öte yandan idari yaptırımların idare tarafında alınma sürecindeki idarenin geniş takdir yetkisi, yaptırımın iptali için açılan davalardaki güçlükler ve bazı kabahatlerin kişiler üzerindeki etkileri dikkate alınarak kanunilik ilkesinin en azından bazı kabahatler yönünden esnetilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir²¹⁹.

Anayasa Mahkemesinin kabahatlere ilişkin yasal düzenlemeleri kanunilik ilkesi yönünden değerlendirirken ortaya koyduğu gerekçelere bakıldığı zaman, adli nitelikteki suç ve cezalar bakımından kullandığı gerekçelerle örtüştüğü görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi;

Suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından ve cezasının da kanunda açıkça belirlenmesinden sonra, uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesini,²²⁰

Kanunla verilen yetkiye dayanılarak genel nitelikte olan tebliğlerle yapılan düzenlemelerin, Resmi Gazetede yayımlanarak güvence sağlanmasını, suç sayılan eylem ve cezasının kanunda gösterildikten

Buna karşılık, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin yalnızca kanun metninde yer alması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, söz konusu düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.”

219 “Kanunilik ilkesi kabahatler açısından geçerli olmalıdır. ... idari yaptırımlar söz konusu olduğunda disiplin cezaları hariç muhatabın işlemin tesisinde kolay kolay haberi olmamakta ve muhatap ancak karar tebliğ edildikten sonra işlemden haberdar olmaktadır. İdari yaptırımların uygulanması sırasında idare hem savcı ve hem de yargıç gibi hareket eder. Bunun yanında idarenin, hâkimin sahip olduğu yorum yetkisinde çok daha fazla bir takdir yetkisine sahip olduğu gibi gerek siyasal baskılara maruz kalması ve gerekse bu takdir yetkisini kötüye kullanması her zaman olasılık dahilindedir. İdari yaptırımlar birer idari işlem olmalarından dolayı idari işlemlerin özelliklerinden olan icrailik ve hukuka uygunluk karesinden yararlanma niteliklerine sahiptirler. Bu özelliklerin sonucu olarak işlem yapıldığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. İdari Yargılama Usulü Kanunu’na göre iptal davasının açılmış olması işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmaz. İşlemin muhatabı yürütmeyi durdurma kararı da alamazsa ancak idari yaptırımın uygulanmasından sonra bu işlemin hukuka aykırı olduğunu ispat edip iptal ettirebilir. Son olarak eklemek gereken diğer bir husus ise idare her ne kadar hürriyeti bağlayıcı nitelikte ceza veremeyecek olsa da uygulanacak bir meslekten çıkarma cezası, yüksek meblağlı bir idari para cezası veya uzun süreli bir işyeri kapatma cezasının doğuracağı sonuçlar hiç de küçümsenemez, bütün bu anlatılanlar neticesinde, kabahatler açısından da kanunilik ilkesinin belirli yaptırımlara ilişkin katı bir şekilde uygulanması gerekir.” (EVREN Çınar Can: **Kabahatlerde Kanunilik İlkesi**, İÜHFMC C. LXIX, S. 1-2, s. 967-1002, 2011, s. 985).

220 Esas Sayısı: 2004/84, Karar Sayısı: 2004/124, Karar Günü: 8.12.2004.



sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesini,²²¹

Suç sayılan eylem ve cezası kanunda açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesini,²²²

Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi kabahat nevinden olsa da fiilin veya yaptırımın Kanunda açıkça düzenlenmediği durumlarda;

Ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımının yapılması ve suçların kesin biçimde ortaya konulması gerektiği ve kanunun ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da kanun saptanması gerektiği,²²³

Ziyana uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi,²²⁴

Tüzük, yönetmelik veya umumi emir gibi idari tasarruflarla yasaklanan eylemlerin suç kabul edilmesi yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, bu eylemlerin neler olduğunun da yasa da yer alması, cezanın da geçici veya sürekli tanımlamasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi gerektiği,²²⁵

Disiplin suçlarının tüzükle belirlenmesinin, disiplin suçlarıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymadığı, çerçeveyi çizmediği, disiplin cezalarını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlemediği, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımadığı ve bu hâliyle disiplin suçları konusunda emniyet teşkilatı mensupları için getirilmiş kanuni bir güvence bulunmadığı,²²⁶ gerekçeleriyle iptal kararı vermiştir.

221 Esas Sayısı: 2009/21, Karar Sayısı: 2011/16, Karar Günü: 13.1.2011.

222 Esas Sayısı: 2009/5, Karar Sayısı: 2011/31, Karar Günü: 3.2.2011.

223 Esas Sayısı: 1987/16, Karar Sayısı: 1988/8, Karar Günü: 19.4.1988.

224 Esas Sayısı: 2001/3, Karar Sayısı: 2005/4, Karar Günü: 6.1.2005.

225 Esas Sayısı: 2002/40, Karar Sayısı: 2006/20, Karar Günü: 15.2.2006.

226 Esas Sayısı: 2015/85, Karar Sayısı: 2016/3, Karar Tarihi: 13.1.2016.



B. ANAYASA MAHKEMESİNCE KANUNİLİK İLKESİNE UYGUN BULUNAN DÜZENLEMELER

5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanununun 12. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde “... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır” şeklindeki hükmün Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesinin, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturmayacağı ve iptali istenen “... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...” ibaresiyle idareye, suç ve ceza oluşturma yetkisi verilmediği, idareye düzenlemesi için bırakılan hususun, Kanunda sayılan uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olduğu gerekçesiyle düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır²²⁷.

Diğer bir kararda, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun, Mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, bu Kanunun 86, 148, 149, 150,

227 Esas Sayısı: 2004/84, Karar Sayısı: 2004/124, Karar Günü: 8.12.2004.

“Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” denilmiş, bu maddeye koşut olarak Türk Ceza Kanunu’nun 1. maddesinde de, Yasa’nın açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği, Yasa’da yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimsenin cezalandırılmayacağı belirtilerek kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi somutlaştırılmıştır. Kişinin, suç sayılan eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğu kuşkusuzdur.

5225 sayılı Yasa’nın 12. maddesinde, yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemler ile bunlara ilişkin cezaların tür ve miktarı açıkça belirtilerek suç ve cezanın yasayla düzenlenmesi gereği yerine getirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ve iptali istenen “... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...” ibaresi ile, idareye, suç ve ceza oluşturma yetkisi verilmemiştir. İdareye düzenlemesi için bırakılan husus, Yasa’da sayılan uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.

Yasa koyucu tarafından suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesi, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, 5225 sayılı Yasa’nın 12. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan “... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...” ibaresi, Anayasa’nın 11. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

256 ve 257 nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257 nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlar hakkında özel usulsüzlük cezası kesileceğine ilişkin hükmün Anayasaya aykırılı iddia edilmiştir. Mükerrer 257. maddede²²⁸, Maliye Bakanlığına çeşitli konularda, izin verme veya zorunluluk getirme ve kaldırma, kapsam belirleme, değişiklik yapma, ilave belge ve defter yükümlülüğü getirme, tebliğ etme, kullandırma, usul ve esasları tespit etme yetkisi verilmiştir. Ayrıca bu Kanuna göre düzenlenecek belgelerle bunlara ek olarak düzenlenecek belgelerin, üçüncü şahıslara basım ve dağıtım işlerinin yaptırılması ile ilgili şekil, şart, usul ve esaslar ile bunlara uyulmaması halinde uygulanacak cezai şartların, Maliye Bakanlığınca hazırlanacak ve Resmi Gazete’de yayımlanacak *yönetmelikle* belirlenmesi öngörülmüştür. Maliye Bakanlığı, maddenin birinci fıkrasında yazılı belge tasdik işlemini; noterlere, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlara veya uygun göreceği diğer mercilere yaptırmaya, ticari kazançları basit usulde tespit edilen gelir vergisi mükelleflerine özel bir defter tutturmaya ve bu konulara ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye de yetkili kılınmıştır. Mahkeme, Maliye Bakanlığınca yetkinin *kanunla verildiği, bu yetkiye dayanılarak, genel nitelikte olan tebliğlerle yapılan düzenlemelerin Resmi Gazetede yayımlandığı ve böylece mükelleflere hangi zorunlulukların getirildiğinin duyurulduğu ve güvence sağlandığı, suç sayılan eylem ve cezasının kanunda gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesinin suçun idari düzenlemelerle ortaya konulması anlamına gelmeyeceği* gerekçeleriyle düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır²²⁹.

228 213 sayılı Yasa’nın Mükerrer 257. maddesi ile Maliye Bakanlığı, vergi kayıp ve kaçığını önlemek amacıyla, tutulmakta olan defter ve belgelere ilâve olarak tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter veya belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva edeceği hususları belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya yetkili kılınmıştır. Anılan maddenin Maliye Bakanlığınca verdiği bu yetkiye dayanılarak gerçek usulde vergilendirilen hizmet işletmelerinde adisyon kullanılması mecburiyeti getirilmiş ve adisyon kullanımına ilişkin usul ve esaslar 185 Sıra No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile belirtilmiştir. Söz konusu genel tebliğde ayrıca adisyon kullanmayanlar hakkında itiraz konusu kuralın değişiklik öncesi haline gönderme yapılarak özel usulsüzlük cezasının uygulanacağı belirtilmiştir.

229 Esas Sayısı: 2009/21, Karar Sayısı: 2011/16, Karar Günü: 13.1.2011.

“Kamu giderlerinin karşılanması, Anayasa’nın 73. maddesinde düzenlenen vergi ödevinin zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi, yasaların etkinliğinin sağlanması için vergi suç ve cezalarına yer verilmiştir. Vergi cezaları, mükelleflerin ya da sorumluların yasalarda belirtilen suçları işlemeleri durumunda uygulanması gereken yaptırımlardır. Vergi suç ve cezalarına ilişkin kurallar esas olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, vergi ödevinin gerekleri yanında ceza hukukunun ilkeleri de göz önünde bulundurulmuştur.

213 sayılı Yasa’nın mükerrer 355. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında, bu Yasa’nın mükerrer 257. maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uyulmaması durumunda kesilecek olan özel usulsüzlük cezalarına yer verilmiştir. Kuralda, cezalar belirlenmiş, cezaya tabi tutulan eylemler ise mükerrer 257. maddeye göre getirilen zorunluluklara uymama olarak gösterilmiştir. Mükerrer 257.



Yine, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 353. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan “Perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen fiş, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığınca düzenlenme zorunluluğu getirilen belgelerin²³⁰; düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin tespiti halinde, her bir belge için 10 000 000 (149 YTL) lira özel usulsüzlük cezası kesilir.” hükmündeki “... Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin...” ibaresinin, Anayasa’ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme, suç sayılan eylem ve cezası yasada açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası anlamına gelmeyeceğine, vergi kayıp ve kaçığını önlemek amacıyla Maliye Bakanlığınca verilen, sayılan belgelere ilaveten belge düzenlenmesini belirleme yetkisinin, günlük olayların izlenmesine, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların düzenlenmesine yönelik önlem niteliğinde olduğunun kabulü gerektiğinden Anayasanın 38. maddesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir²³¹.

maddede, Maliye Bakanlığı'nın hangi konularda düzenleme yapacağı belirlenmiştir.

Maliye Bakanlığı'na yetki yasayla verilmiştir. Bu yetkiye dayanarak, genel nitelikte olan tebliğlerle yapılan düzenlemeler Resmi Gazetede yayımlanmakta, mükelleflere hangi zorunlulukların getirildiği duyurulmakta ve güvence sağlanmaktadır.

Suç sayılan eylem ve cezası yasada gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesi, suçun idari düzenlemelerle ortaya konulması anlamına gelmez.”

230 213 sayılı Yasa'nın Mükerrer 257. maddesi ile Maliye Bakanlığı, vergi kayıp ve kaçığını önlemek amacıyla, tutulmakta olan defter ve belgelere ilâve olarak tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter veya belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva edeceği hususları belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya yetkili kılınmıştır. Anılan maddenin Maliye Bakanlığı'na verdiği bu yetkiye dayanarak gerçek usulde vergilendirilen hizmet işletmelerinde adisyon kullanılması mecburiyeti getirilmiş ve adisyon kullanımına ilişkin usul ve esaslar 185 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile belirtilmiştir. Söz konusu genel tebliğde ayrıca adisyon kullanmayanlar hakkında itiraz konusu kuralın değişiklik öncesi haline gönderme yapılarak özel usulsüzlük cezasının uygulanacağı belirtilmiştir.

231 Esas Sayısı: 2009/5, Karar Sayısı: 2011/31, Karar Günü: 3.2.2011

“Yasa koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözeterek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımdan doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idari yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir.

Diğer yandan, suçun yasayla saptanması, maddi olay olarak bir eylemin, ne zaman suç niteliğini alacağını belirlemek demektir. Öğretide suçun yasada tanımlanmış ve karşılığında bir cezanın gösterilmiş olması, yasayla saptama olarak kabul edilmektedir. Suç sayılan

C. ANAYASA MAHKEMESİNCE KANUNİLİK İLKESİNE UYGUN BULUNMAYAN DÜZENLEMELER

Anayasa Mahkemesi kabahat nevinden olsa da fiilin veya yaptırımın Kanunda açıkça düzenlenmediği durumlarda *iptal kararı* vermektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararlarında idari yaptırımlar bakımından konuya katı şekilde yaklaşmış, idareye bu şekilde esneklik verilmesine kapı aralayacak bir yaklaşım göstermemiştir. Mahkemeye göre, suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımının kanunda yapılması ve suçların kesin biçimde ortaya konulması ve kanunun ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi zorunludur.

Bu açıklamalara örnek olabilecek bir davada, 3359 sayılı ‘Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3. maddesinin h bendinde yer alan “Katılmakla yükümlü olduğu hizmetiçi eğitim programlarına uymayan veya bu programlarda başarılı olamayan sağlık personeline; kamu kuruluşunda çalışanlar için ilgili Bakanlığın, serbest çalışanlar için kayıtlı olduğu kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşü alınmak suretiyle Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca geçici veya daimî meslekten uzaklaştırma cezası verilir.” şeklindeki hükmün iptali istenmiştir. Mahkeme, böyle bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olacağı, meslekten geçici ve daimi uzaklaştırma cezalarından hangisinin, hangi durumda verileceğine ilişkin bir belirtme olmadığı, getirilecek sınırın içeriğinin saptanmasının kanun yerine idareye bırakıldığı, idarenin yasal dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkiyle bu konuda kural koyamayacağı, suç ve cezaların, Anayasaya uygun olarak kanunla

eylem ve cezası yasada açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası anlamına gelmez.”

213 sayılı Yasa’nın 353. maddesi ile özel usulsüzlüklerin hangi eylemlerden oluştuğu ve karşılığında ne tür bir ceza verileceği açık bir şekilde ortaya konulmaktadır. İtiraz konusu kuralın yer aldığı 353. maddenin 2. fıkrasında sayılan ve düzenlenmemeleri özel usulsüzlük cezasını gerektiren belgelerin neler olduğu ve taşınması gereken bilgilerin içeriği anılan Yasa’nın 227 ila 242. maddelerinde ayrıntılı biçimde sayılmıştır. Bu fıkrada sayılan belgelerin niteliği ve amacı gözetildiğinde; vergi kayıp ve kaçırma önlemek amacıyla Maliye Bakanlığınca verilen, sayılan belgelere ilaveten belge düzenlenmesini belirleme yetkisinin, günlük olayların izlenmesine, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların düzenlenmesine yönelik önlem niteliğinde olduğunun kabulü gerektiğinden Anayasanın 38. maddesine aykırılık görülmemiştir.



konabileceği, 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, *ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanınmasının yapılması ve suçların kesin biçimde ortaya konulması gerektiği ve kanunun ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi* ve buna göre cezasının da kanun saptanması gerektiği gerekçeleriyle söz konusu hükmü iptal etmiştir²³².

232 Esas Sayısı: 1987/16, Karar Sayısı: 1988/8, Karar Günü: 19.4.1988

"Anayasa'nın 13. Maddesi Yönünden İnceleme:

Temel hak ve özgürlüklerin soyut kavramlar olmaktan çıkarılıp yaşama geçirilmesi, kullanılabilir duruma getirilerek kişi yönünden uygulama değeri taşıması için sınırlarının belirlenmesi, kullanma yol ve yöntemlerinin açıklanması gerekir. Anayasa Koyucu, Anayasa'nın 13. maddesiyle, temel hak ve özgürlüklerin gerektiğinde ne tür tasarruflarla, hangi nedenlerle ve nasıl sınırlanacağını, ölçülerin neler olduğunu göstermiştir. Sınırlama, ancak maddede belirtilen nedenlerin varlığıyla, Anayasa'nın ilgili öbür maddelerindeki özel nedenlerle Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasa ile yapılabilecek, yapılan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı gibi öngörüldükleri amaç dışında da kullanılamayacaktır. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvencelere bağlanarak özenle korunduğu rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde sınırlandığı değil, sınırlamanın nedenleri yöntemi, bu konudaki yargısal denetim olanakları 'demokratik toplum düzeni' kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçüde istisnaî olarak, sınırlanabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır.

İncelenen bend, Anayasa'nın 56. maddesinin devlete verdiği görevin yerine getirilmesini sağlarken, genel sağlığın korunması amacıyla da olsa 'Temel haklar ve ödevler' kapsamında düzenlenen 'çalışma özgürlüğü'ne sınır getirmektedir. Böyle bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olur. İçeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez. Bendde açıklanan, meslekten geçici ve daimi uzaklaştırma cezalarından hangisinin, hangi durumda verileceğine ilişkin bir belirtme yoktur. Uygulanma durumları, yönetimin, bakanlığın takdirine bırakılmış, böylece çalışma özgürlüğüne getirilecek sınırın içeriğinin saptanması yasa yerine yönetimce düzenleme sonucunu getirmiştir. Bu çelişki, Anayasa'nın 13. maddesine açık aykırılıktır. Öte yandan, başarısızlık durumunda hiçbir düzeltme; giderme olanağının tanınmaması öngörülen genel sağlığı koruma amacı ile çalışma özgürlüğüne konulan sınır arasında büyük bir ölçsüzlük yaratmakta, yönetimin takdiriyle meslekten süresiz uzaklaştırma cezası çalışma özgürlüğünün özüne dokunmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı koşullara uyulmamıştır.

Anayasa'nın 38. Maddesi Yönünden İnceleme:

Yönetim, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. Düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetimsel yaptırımlar, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi sn zorunlu olanlarındandır. Suç ve ceza, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim, kendiliğinden suç ve ceza

Diğer bir davada, Vergi Usul Kanununun 344. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “... bu ceza ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112 nci maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur” bölümünün Anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. Mahkeme, *ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi* nedeniyle söz konusu hükmü Anayasaya aykırı bulmuştur²³³.

Diğer bir kararda, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 15. maddesinde yer “Kanun, tüzük ve yönetmeliklere veya umumi emirlere

yaratamaz. Bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırma (çıkarma) da programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de ‘uymama’nın tanımı yapılmamış hangi eylemlerin ‘uymama’ sayılacağı açıklanmamıştır. İçeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli ‘uymamak’ kavramı, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki, haksızlık doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfilğe dönüşmesine olanak verecek, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. ‘Kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır.

Anayasa’nın ‘Suç ve cezalara ilişkin esaslar’ başlıklı 38. maddesinin konuyla ilgili birinci fıkrası ‘Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemez.’ hükmünü taşımaktadır. İncelenen yasa ‘Hizmetiçi eğitim programına uymamak’ gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirerek Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratmakla kalmamış, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok geniş takdir yetkisi vererek ‘Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak konuyla konulur’ diyen Anayasa’nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırı düşmüştür.”

233 Esas Sayısı: 2001/3, Karar Sayısı: 2005/4, Karar Günü: 6.1.2005

“Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”, üçüncü fıkrasında da “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilmiştir.

İtiraz konusu kuralda düzenlenen vergi ziyai cezası, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük karakteri taşımayan, ancak vergi ziyai suçu işleyenlere öngörülen bir yaptırımdır. Bu durum gözetildiğinde cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan oranların yasayla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Kuralda, ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, Anayasa’nın, 38. maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur ve 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkelere aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”



aykırı hareketi veya aykırı harekette ısrarı tespit edilen özel öğretim kurumu, hareketinin ağırlık derecesine göre, geçici veya sürekli olarak Milli Eğitim Bakanlığınca kapatılabilir.” şeklindeki hükmü, “tüzük, yönetmelik veya umumi emir gibi idari tasarruflarla yasaklanan eylemlerin suç kabul edilmesi yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, bu eylemlerin neler olduğunun da yasada yer alması, cezanın da geçici veya sürekli tanımlanmasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi gerekir.”²³⁴ gerekçesiyle iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin 2016 yılında verdiği ve suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden *daha esnek uygulanması gerektiğini* ifade ettiği diğer bir kararında, 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu’nun 83. maddesinde yer alan “Gerek inzibat komisyonları tarafından ve gerek salahiyyet dairesinde re’sen verilecek inzibat cezalarını icap ettiren fiil ve hareketlerin ne olduğunu ve cezaların derece ve miktarı, polis mesleğinin haiz olduğu hususiyet ve ehemmiyet gözetilerek tanzim edilecek nizamnamede tayin olunur. Memuriyetten ihraç cezası müstesnadır” şeklindeki hükmün Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme, disiplin suçlarının da kanunilik ilkesi kapsamında olduğu, disiplin suçlarının tüzükle belirlenmesinin, disiplin suçlarıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymadığı, çerçeveyi çizmediği, disiplin cezalarını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlemediği, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir

234 Esas Sayısı: 2002/40, Karar Sayısı: 2006/20, Karar Günü: 15.2.2006

“Yasa’nın itiraz konusu 15. maddesinde “Kanun, tüzük ve yönetmeliklere veya umumi emirlere aykırı hareketi veya aykırı harekette ısrarı tesbit edilen özel öğretim kurumu, hareketinin ağırlık derecesine göre, geçici veya sürekli olarak Milli Eğitim Bakanlığınca kapatılabilir.” denilmektedir.

Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Buna göre, Anayasa’nın kişi hak ve özgürlükleri yönünden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla suç ve ceza konusundaki düzenlemelerin yasa ile yapılması zorunludur. Anayasa ile güvence altına alınan suç ve cezada yasallık ilkesi, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında, Yasa’da tüzük, yönetmelik veya umumi emir gibi idari tasarruflarla yasaklanan eylemlerin suç kabul edilmesi yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, bu eylemlerin neler olduğunun da yasada yer alması, cezanın da geçici veya sürekli tanımlanmasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi gerekir. Bu gerekliliğin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğunda duraksanamaz.

Bu durumda itiraz konusu kuralla, tüzük, yönetmelik veya umumi emirlere aykırılığın suç sayılması ve bunlara uygulanacak cezanın da belirli bir süreyle sınırlandırılmaması, suç ve cezanın yasallığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımadığı ve bu hâliyle disiplin suçları konusunda emniyet teşkilatı mensupları için getirilmiş kanuni bir güvence bulunmadığı gerekçesiyle söz konusu hükmü iptal etmiştir²³⁵.

235 Esas Sayısı: 2015/85, Karar Sayısı: 2016/3, Karar Tarihi: 13.1.2016.

“13. Anayasa’nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir.

14. Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olabilmesi, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem attığı bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir.

15. Buna karşılık, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin yalnızca kanun metninde yer alması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, söz konusu düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiille hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.

16. Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürütenlerin görev, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları ilgili kanunlarda öngörülmüştür.

17. Emniyet teşkilatı mensuplarının disiplin suçları, Anayasa’nın yukarıda yer alan hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlar arasında yer almaktadır. Kanun’da disiplin cezalarının türleri, disiplin cezası vermeye yetkili makamlar ve cezaların kesinleşme usulü belirlendiği hâlde söz konusu cezaların verilmesini gerektiren disiplin suçlarının tüzükle belirlenmesini öngören kuralla getirilen tek ölçüt, “polislik mesleğinin haiz olduğu önem ve özelliğın gözetilmesi” olup, bunun dışında herhangi bir kurala yer verilmemiştir. Bu hâliyle disiplin suçları konusunda emniyet teşkilatı mensupları için getirilmiş kanuni bir güvence bulunmamaktadır. İtiraz konusu kural, disiplin suçlarıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymamakta, çerçeveyi çizmemekte, disiplin cezalarını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlememektedir.

18. Belirtilen niteliği nedeniyle disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hareketlerin, düzenlenecek tüzükle belirlenmesini öngören itiraz konusu kural, yaptırım konusu eylemleri yasal düzeyde belirlemekte ve bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede



SONUÇ

1. Devlet karşısında bireyin güçlenmesi, insan haklarına bağlı hukuk devleti algısının kabul görmesi ve idarenin gücünün sınırlanmasıyla ortaya çıkan aydınlanma devrinin ceza hukukuna en büyük katkısı olan suç ve cezada kanunilik ilkesi, modern ceza hukukunun ana ilkelerinden biridir. Temel hak ve özgürlüklere en fazla müdahalede bulunan ve sosyal hayatta kişilerin karşılaşacağı en ağır durum olan ceza hukuku uygulamasında, temel hak ve hürriyetleri güvence altına almak amacıyla bulunan çözümlerin başında gelen anılan ilke, bu özelliğinden dolayı “ceza hukukunun güvence fonksiyonu” içinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, bireyin özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmesine ve davranışlarını buna göre yönlendirmesine imkân sağlamak, bireyin keyfi olarak cezalandırmasını engellemek ve kişi hak ve hürriyetlerinin siyasi iktidara, diğer bir deyişle yürütme organına karşı korunmasını sağlamak şeklinde temel fonksiyonları olduğu görülmektedir.

2. Mezkûr ilkeye göre, suç teşkil eden fiiller ve bu fiillere uygulanacak cezalar, toplumu temsil eden yasama organı tarafından çıkarılan “kanun” adı verilen hukuki metinlerde düzenlenmiş olmalıdır. Buna göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ceza hukukunun kaynağı bakımından “*kanunun tekelciliği ilkesi*” benimsenmiştir. Bu ilke genel olarak hukukun kaynaklarından farklı olarak, ceza hukukunda sadece yazılı olmayan kaynakları değil, kanundan başka yazılı kaynakları, yani *idarenin düzenleyici işlemlerini de ceza hukukunun kaynakları dışında tutmayı, böylece ceza hukukunun kaynaklarını yalnızca kanunla sınırlandırmayı amaçlamaktadır*. Ceza hukukunun güvence fonksiyonu kapsamında “kanun” kavramıyla, ülkedeki anayasal düzen açısından teknik olarak kanun niteliği taşıyan yasama tasarrufları kastedilmektedir.

3. Kanunilik ilkesi, suç ve cezanın kanunda açıkça düzenlenmesini emretmesine rağmen, Kanunkoyucu kimi zaman suç teşkil eden fiili veya uygulanacak cezayı açıkça düzenlemeyerek, belirlediği çerçeve içinde düzenleme yetkisini idareye bırakmakta ve bu fiil için uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle yasak fiillerin nelerden ibaret olduğunun belirleme yetkisini idareye bırakarak, idarenin suç ihdas etmesine izin vermektedir. Öğretide bunlara “*açık, beyaz veya kör ceza kanunları*” adı verilmektedir.

imkân tanımamaktadır. Bu yönüyle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “suçta kanunilik” ilkesine ve Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında hükme bağlanan “kanuni düzenleme” ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

19. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”



4. Yürütme organının düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas etmesinin kanunilik ilkesini ihlal edip etmediği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Genel olarak kişi hak ve özgürlükleri bakımından güvenli bir ortam olması bakımından kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bazı yazarlar ise suç ve cezanın sadece kanun tarafından konulabileceğine ilişkin ilkenin, teknolojik gelişmeler, bazı konuların uzmanlık gerektirmesi, yeni suç tiplerinin ortaya çıkması veya ekonomi gibi bazı alanlarda hızlı karar verilmesi gerekirken yasama organının yavaş çalışması gibi hususları gerekçe göstererek, kanunilik ilkesinin esnetilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

5. Somut düzenlemeler dikkate alındığında bir düzenlemenin kanunilik ilkesine uygun olup olmadığının tespiti her zaman kolay değildir. Suç ve ceza içeren düzenlemelerin kanunla düzenlenmesi her zaman kanunilik ilkesinin gerekliliğinin karşılandığı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, suç ve cezanın kanunla düzenlenmesi şeklindeki ilkenin, kanun metinlerinde yansımalarının değerlendirilmesi ve bu metinlerin bu ilkeye uygunluğunun saptanması, her düzenleme için ayrı bir değerlendirmeyi gerektirebilir. Bir düzenlemenin kanunilik ilkesine uygunluğu konusunda değerlendirme yapılabilmesi için somut ölçütler ortaya koyan en önemli makam Anayasa Mahkemesidir.

6. 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde Anayasa Mahkemesinin konuya bakışı, suç ve ceza ihdası konusunda idareye yetki verilebileceği yönünde olmuştur. Bu dönemde verilen tüm kararlarda yukarıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Anayasa Mahkemesi idarenin suçun unsurlarının belirlenmesine imkân veren düzenlemeleri Anayasaya uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarda, suçta ve cezada kanunilik ilkesini, suçun bütün unsurlarının mutlak surette kanunla belirlenmesi şeklinde algılamamış, özellikle yasama organının da yavaş işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbir almasının zorluğunu da vurgulayarak, ayrıntılı, ihtisas gerektiren veya teknik konularda;

- Yasama organının esasları tespit ve amacı tayin etmesi
- İdareye yetkinin kanunla verilmesi,
- Yasaklanan fiillerin önceden Resmi Gazeteye veya ilgililere tebliğ edilmek suretiyle duyurulması,

hâllerinde bu konuda idarenin suçun unsurlarının belirlenmesine müdahale edebileceğini kabul etmiştir.



7. Mahkemenin bu yaklaşımının sadece 1961 Anayasası dönemiyle sınırlı olmadığı, 1982 Anayasası döneminde aynı bakış açısıyla verilmiş iptal kararları olduğu görülmektedir. Ancak bu dönemde, özellikle son zamanlarda verilen kararlara bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin konuya daha katı yaklaştığı, suç ve ceza ihdası konusunda idareye yetki veren yasal düzenlemeleri iptal ettiği anlaşılmaktadır. 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi pek çok kararında suç ve cezaya ilişkin kanun hükümlerinde idareye yetki veren hükümleri iptal etmesine rağmen, bazı kararlarında 1961 Anayasası dönemindeki gerekçeleri de kullanmak suretiyle düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu kararlarda;

- İşin niteliği gereği kanunla düzenlenmesi mümkün olmaması,
 - Uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konulara ilişkin düzenleme yapılması,
 - Çerçevesinin kanun koyucu tarafından kanunla düzenlenmesi,
 - Alınan kararın Resmi Gazete’de önceden ilan edilmesi,
- şeklindeki gerekçelerle suç ve ceza düzenlemesinde idareye bazı durumlarda yetki verilebileceğine karar vermiştir.

8. Burada özellikle son dönemde Anayasaya Mahkemesi kararlarında kanunilik ilkesinin yorumu noktasında suçun unsurlarının belirlenmesinde idareye yetki veren düzenlemelere Anayasa Mahkemesinin daha az toleranslı olduğunu da belirtmemiz gerekir. Mahkeme bu yönde karar verirken genel olarak;

- Suç ve cezaların kanun hükmünde kararnemelerle oluşturulmasına izin verilmediği halde, çıkarılmaları kanun hükmünde kararnemeler göre çok daha kolay olan idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılmayacağı,

- Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın “açık”, “anlaşılır” ve “sınırlarının belli olması” nı zorunlu kıldığı,

- Belirlilik ilkesinin, hukuksal güvenlikle bağlantılı olduğu, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunun bilinmesi gerektiği ve bireyin ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebileceği ve davranışlarını belirleyebileceği,

gerekçelerine dayanmıştır. Bu kararlara göre, Anayasa Mahkemesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine temel hak ve özgürlüklerinin güvencesi olarak bakmaktadır. Mahkemeye göre bu ilke, kişilere yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmelerini sağlayarak güvence oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin temelini, kanun tarafından, suçun, yani hangi fiillerin yasaklandığının hiçbir şüpheye ver vermeyecek şekilde belirtilmesi ve buna göre cezanın kanunla belirlenmesi oluşturmaktadır. Nitekim Mahkeme istikrarlı bir şekilde kanunilik ilkesine ilişkin yaptığı değerlendirmelerde hep bu hususu vurgulamaktadır²³⁶.

9. Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi yönünden yukarıdaki gerekçelerle iptal ettiği pek çok kanun hükmü olmasına rağmen,

236 Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996

"Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi", hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasadı gösterilmesini, kuralın "açık", "anlaşılır" ve "sınırlarının belli olması" nı zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır."

Esas Sayısı: 1993/42, Karar Sayısı: 1994/72, Karar Günü: 27.9.1994

"Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye ver verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir."

Esas Sayısı: 1993/5, Karar Sayısı: 1993/25, Karar Günü: 6.7.1993

"Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye ver verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir."

Esas Sayısı: 1977/1, Karar Sayısı: 1977/20, Karar Günü: 5/4/1977

"Anayasa'nın 33. maddesinde "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi yer almıştır. Bu ilkenin esası yasa tarafından suçun, diğer deyimle ne gibi eylemlerin yasaklandığının şüpheye yer verilmeyecek biçimde belirlenmesinden ve buna göre cezanın yasa ile saptanmış olmasından ibarettir. Kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi elbette gerekir. Bu hal kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir."

Esas No.: 1962/198, Karar No: 1962/111, Karar tarihi: 10/12/1962

"Anayasa'nın 33 üncü maddesinde yer alan ve Türk Ceza Kanununun 1 inci maddesinde ifadesini bulan, (Kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibinin esası; kanun tarafından, suçun, yani ne gibi eylemleri yasaklandığının hiç bir şüpheye yer vermeyecek şekilde belirtilmesinden ve buna göre cezasının kanunla tâyin edilmesinden ibarettir. Kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir ve bu hal, kişinin temel hak ve hürriyetinin teminatıdır ve bu teminata, Anayasa'nın, kişinin hakları ve ödevlerine ait bulunan ikinci bölümünde (Madde: 33) yer verilmiştir."



Mahkemenin iptal kararı vermediği kararlarda kullandığı ölçütler, iptal edilen hükümlerin de Anayasaya uygun bulunmasını sağlayacak niteliktedir. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi idareye suç ve cezaya müdahale yetkisi veren hükümler bakımından istikrarlı bir bakış açısı ve net bir gerekçe geliştirememiştir. Bu durum da, kanun koyucunun suç ve cezaya ilişkin kanun düzenlemelerini yaparken idareye yetki verme konusunda ihtimamlı ve istikrarlı bir tavır almamasına neden olmaktadır. Çünkü bu yönde yapılacak düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmayarak iptal edilmeme ihtimali, kanun koyucuyu bu konuda daha rahat hareket etmeye sevk etmektedir.

10. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin idarenin bir düzenleyici işlemi olan olağan dönem kanun hükmünde kararnameyle suç ihdasına ilişkin bakışının net ve tutarlı olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi değişik kararlarında, *“Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddenin Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı”*²³⁷ gerekçesiyle kanun hükmünde kararnameyle suç ve ceza düzenlenemeyeceğine karar vermiştir. Hatta Mahkeme, son dönemde verdiği kararlarda daha hassas bir değerlendirmeye, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, *cezanın kanunla düzenlenmesine karşılık suçun unsurlarının kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesini de kanunilik ilkesine aykırı görmüştür.* Mahkemenin kanun hükmünde kararnameler bakımından bu hassas yaklaşıma karşın, bazı kararlarda normlar hiyerarşisinde kanun hükmünde kararnamenin altında kalan idarenin diğer düzenleyici işlemlerle de suç ve ceza düzenlenebileceği yönünde karar vermesi açık bir çelişki olarak görülmektedir. Üstelik Anayasa Mahkemesi konuya bu açıdan bakılmasının gerektiğini *“Anayasa’nın 91. maddesinde TBMM’nce Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve KHK ile düzenlenemeyecek konular sayılmaktadır. “Anayasa’nın suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığını taşıyan 38. maddesi, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının KHK ile suç oluşturmaya Anayasa’da izin verilmez iken düzenleme olanakları ve biçimleri KHK’lere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idarî düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan Anayasa kurallarına aykırı düşer.”*²³⁸ şeklindeki kararlarında kendisi de açıkça vurgulamıştır.

237 Esas Sayısı: 2005/15, Karar Sayısı: 2008/2, Karar Günü: 3.1.2008; Esas Sayısı: 2005/57, Karar Sayısı: 2009/19, Karar Günü: 5.2.2009; Esas Sayısı: 2009/16, Karar Sayısı: 2009/46, Karar Günü: 12.3.2009

238 Esas Sayısı: 1993/5, Karar Sayısı: 1993/25, Karar Günü: 6.7.1993; Esas Sayısı: 1993/42, Karar



11. Anayasa Mahkemesinin suç ve cezaya ilişkin düzenlemelerde idareye yetki verirken en çok kullandığı gerekçe “yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler alınması güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tespit ettikten sonra uzmanlığa ve yönetim tekniğine ilişkin konularda” idareye yetki verilmesinin zorunluluğu olmuştur. Bu gerekçenin tamamen haksız olduğu iddia etmek mümkün değildir. Ayrıntılı ve hızlı düzenleme yapılması gereken konularda yasama organının zamanında gerekli tedbirleri alamayacağı bir gerçektir. Ancak, kanunilik ilkesi en fazla bilgi ve beceriye yasama organının sahip olduğu veya toplumsal gerekliliklere en hızlı yasama organının cevap verebileceği iddiasıyla ortaya çıkmış bir ilke değildir. Yürütme organının daha hızlı ve daha düzgün kurallar koyabilmesi elbette mümkündür. Bu ilkenin temel amacı idarenin keyfi müdahalelerin karşı bireysel özgürlüklerin korunmasıdır ve kötü bir düzenleme olsa bile bu amaçların gerçekleşmesi düzenlemenin yasama organı tarafından yapılmasına bağlıdır. Ayrıca, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü şeklindeki gerekçenin kabul edilmesi, özellikle hızla değişim gösteren ayrıntılı ve teknik konularda suç ve cezanın belirlenmesinde yasama organının yerini yürütmenin alması anlamına gelecektir²³⁹. Bu kabul ise, Anayasanın 7. maddesindeki yasama yetkisinin ve 38. maddesindeki kanunla suç ve ceza koyma yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracaktır.

12. Bununla birlikte, bir takım makul gerekçelerin bulunması bu ilkeden kısmen vazgeçilmesi veya bu ilkenin esnetilmesi için bir gerekçe olmamalıdır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi hemen hemen tüm ülkelerin ceza kanunları ve anayasalarda çeşitli şekillerde yer almasına rağmen, bu ilkenin aleyhinde bir takım görüşler bulunmaktadır. Bu ilkenin, kamu düzenini bozan fiillerin hepsinin önceden bilinmemesi nedeniyle, toplum açısından tehlikeli fiilleri işleyen bazı kişilerin cezasız kalmasına neden olabileceği ifade edilmekte ve bunun da günümüzde daha planlı ve örgütlü işlenen suçlarla mücadeleyi olumsuz etkileyeceği iddia edilmektedir. Nitekim, kanunda tanımlanmış suçlara bire bir uymasa da, nitelikleri, etkileri ve faillerdeki ahlaki kötülüğü belirtmeleri bakımından suç teşkil edenlerden farkı olmayan fiiller de bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu ilkenin biçimsel bir adalet sağlayarak kanunlardaki boşluklardan yararlanan suçluları koruduğu ve iyiniyetli kişilerin haklarını korumadığı ifade edilmiştir. Bu bakımdan, kanunilik

Sayı: 1994/72, Karar Günü: 27.9.1994; Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996

239 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 21-22.



ilkesinden vazgeçilmesi ve hâkimin kanun boşluklarını doldurmasına imkân sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Doğruluğu kısmen kabul edilebilecek bu aleyhteki görüşlere rağmen, ilkenin sadece 1926 tarihli Sovyetler Birliği Ceza Kanunu ve Nasyonal Sosyalist Almanya Ceza Kanunu gibi totaliter yönetimlerde, kanunlardaki boşluklardan yararlanılarak rejimin zor duruma düşmesini önlemek amacıyla ihlal edildiği görülmektedir²⁴⁰. Üstelik, ilkenin ortadan kaldırılması, yukarıda ifade edilen sakıncalara kıyasen çok daha tehlikelidir. Bu ilkeyi ortadan kaldırmak veya zayıflatmak, keyfi cezalandırmalara yol açabileceğinden kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığını tehlikeye düşürebilecektir. Bu nedenle kanunlarda boşluk olması durumunda yapılması gereken, boşluğun idare veya hâkimler tarafından doldurulması değil, yasama organı tarafından suç ve ceza ihdası yoluna gidilmesi olmalıdır²⁴¹. Bu bağlamda, bir takım haklı gerekçeler, temel haklar üzerindeki hayati fonksiyonundan dolayı kanunilik ilkesinin esnetilmesi için haklı bir neden olmamalıdır. Ayrıca bu gerekçeler, hukuki olmaktan ziyade faydacı yaklaşımlardır. Anayasal bir dayanağı bulunmaksızın, bu tarz gerekçelerle idarenin suç ve ceza ihdas edebileceğini savunmak mümkün olmamalıdır²⁴².

13. Anayasa Mahkemesinin düzenlemeleri kanunilik ilkesine uygun bulurken ifade ettiği, idarenin düzenleyici işlemlerinin *Resmi Gazetede yayımlanmasının kişi güvenliği bakımından yeterli güvenceyi sağladığı* şeklindeki gerekçeyi de kabul etmek mümkün değildir. Düzenleyici işlemlerin Resmi Gazete’de yayımlanmasının asıl amacı, bu işlemlerin yürürlüğe girmesinin sağlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle düzenlemenin yürürlüğe girdiğinin resmi olarak ilan edilmesidir. Ancak bu ilan ilgili tüm vatandaşların düzenlemeden haberdar olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, Resmi Gazetenin çok sınırlı sayıda kişi tarafından düzenli olarak takip edildiği dikkate alındığında, bu düzenlemeden *ilgili kişilerin haberdar olma ihtimali oldukça düşüktür*. Ayrıca, bu düzenleyici işlemlerin hazırlanma sürecinde vatandaşların haberdar olma ve düzenleme hakkında değerlendirme yapma ihtimali yok denecek kadar azdır. Çünkü bu düzenlemeler sorumlu idare tarafından ilgili bir kaç kurumun görüşü alınmak veya hiç görüş alınmamak suretiyle hazırlanmakta ve üzerinde ciddi bir tartışma yapılmadan bir gecede Resmi Gazete’de yayımlanmaktadır. Ancak yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar hem ilgili bakanlık tarafında hazırlanma sürecinde hem de Meclis aşamasında komisyonlarda ve Genel Kurulda günlerce tartışılmaktadır.

240 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 47, 49-50; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 114; DEMİRBAŞ, s. 105-106.

241 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 115.

242 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 120.



Özellikle muhalefet ve medya bu düzenlemelerin kamuoyu önünde tartışılmasını sağlayarak, toplumun yürürlüğe girmeden önce bu düzenlemelerden bilgi sahibi olmasını sağlamaktadır. Bu nedenle, kanunların sağladığı güvenceyle kıyaslandığında, idari düzenlemelerin hangi eylemleri yasaklandığının Resmi Gazete’de yayımlanmasının kişiler için gerekli güvenceyi sağlandığını kabul etmek mümkün değildir.

14. İdarenin suçun unsuru olan idari işlemleri *her zaman değiştirme imkânına sahip olması* da bireyler açısından önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Bu şekilde bir gecede yapılan değişiklikler de, bireylerin özgürlüklerinin sınırlarını önceden bilmelerini ve davranışlarını buna göre yönlendirmelerini risk altına atmaktadır. Diğer bir deyişle kişiler, hangi hareketleri yapmakta özgür olduklarını ve hangi davranışlarının cezalandırılacağını bilme imkânını kaybetmektedirler. Suçun unsurlarının halkın temsilcisi durumundaki yasama organı tarafından belirlenmemesi, kişi hak ve hürriyetlerinin siyasi iktidara, diğer bir deyişle yürütme organına karşı korunmasını zorlaştırmaktadır. Ceza hukuku uygulamasında devletin bireye karşı keyfi muamelede bulunabilme ihtimalinin önü açılmaktadır.

15. Suç ve cezanın belirlenmesinde idarenin müdahalesi konusunda Anayasa Mahkemesi, suçun unsurlarının belirlenmesinde idare tarafından yapılan müdahalenin tarafların bilgisine sunulması durumunda kanunilik ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme kararında, *suçun unsurlarının idare tarafından belirlenmesini Anayasaya aykırı görmemiş, ancak suçun unsurlarını oluşturan idare tarafından alınan kararların ilgililere tebliğ edilmemesini veya duyurulmamasını kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur*²⁴³. İdarenin kararının ilgililere tebliği, Resmi Gazete’den haberdar olunması konusunda yaşanan sıkıntıları engelleyecek nitelikte olsa bile, idarenin aldığı kararın, yukarıda açıkladığımız üzere, bir yasama işleminin geçirdiği süreçte kişiler için sağladığı güvenceleri taşıması imkanı bulunmamaktadır.

16. İdareye suç ve ceza ihdası konusunda yetki verilmesi, sadece teorik bir hukuk tartışması olmayıp, özgürlüğün sınırlarının bilinmesi, keyfi olarak cezalandırılmanın engellenmesi ve kişi hak ve hürriyetlerinin yürütme organına karşı korunması bakımından bireyleri doğrudan etkileyen sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. *Suçun unsurlarının belirlenmesinde idareye yetki verilmesinin ne tür keyfi uygulamalara yol açabileceğini ve temel hak ve özgürlükleri ne şekilde etkileyeceğini göstermesi* bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 297. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz

243 Esas Sayısı: 2011/18, Karar Sayısı: 2012/53, Karar Günü: 11.4.2012



kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki hükmün Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü davaya konu olan olay oldukça ilginçtir. Hükümlünün koğuşunda yapılan genel aramada “zarsız bir taola” bulunmuş ve görevlilerce tavlaya el konulmuştur. Tavlanın koğuşta bulundurulmasının yasak olduğu gerekçesiyle hükümlü hakkında infaz kurumunda yasak eşya bulundurma suçundan Türk Ceza Kanununun 297/2. maddesi gereğince dava açılmıştır. Türk Ceza Kanununun 297. maddenin birinci fıkrasında infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracının sokulması ve bulundurulması suç olarak tanımlanmış, ancak ikinci fıkrasında yasak eşyanın tek tek sayılması yerine hangi eşyaların yasak olduğunu belirleme yetkisi yetkili makamların takdirine bırakılmıştır. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü’nün 22/01/2007 tarih 45/1 sayılı genelgesinin, “Güvenlik” bölümünün 2. fıkrasında Türk Ceza Kanununun 297/2. maddesine göre dokuz madde hâlinde yasak listesi belirlenmiştir. Genelge’de yasaklanan eşya ise “kumar oynanmasına olanak sağlayan eşya ve malzeme” olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle taola bulunduran bir kişi hakkında yasak eşya sokmak suçundan dava açılmıştır. Kanımızca bu olay, suçun unsurlarının idareye bırakılması durumunda kişi güvenliğinin keyfi uygulamalarla ne kadar zedelenebileceğini göstermesi bakımından oldukça önemlidir.

17. Genel ve soyut hükümler içeren kanunlarda, teknik ve uzmanlık gerektiren konuların ayrıntılı olarak düzenlenmesi yasama tekniği açısından uygun olmayabilir. Ancak, bu durum suç ve cezalar konusunda idareye düzenleme yetkisi verilmesi için Anayasal bir zorunluluk doğurmamaktadır. Yasama organının teknik ve uzmanlık gerektiren konularda, bir konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenleyerek, idareye düzenleme alanı bırakmaması Anayasal açıdan bir sorun teşkil etmemektedir. Yasama yetkisinin genelliği ve asliliği, kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlanmadığı yanında, yasama organının Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceği anlamına gelmektedir. Yasama organının bir konunun genel ilkelerini kanunla düzenleyip, uzmanlığa ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütme organına bırakabilir, ancak bu konuda takdir tamamen yasama organına aittir. Dolayısıyla bir konuya ilişkin tüm hususları kendisi düzenleyerek, yürütmenin bu alanda düzenleme

yapmasına izin vermeyebilir²⁴⁴. Bu nedenle yasama organı, özellikle suç ve cezalara ilişkin konularda idareye düzenleme alanına yer bırakmayacak şekilde, bir konuyu en ince ayrıntılarına kadar düzenleyebilir²⁴⁵. Nitekim yukarıdaki olayın sebebi olan Türk Ceza Kanununun 297. maddesinin ikinci fıkrasının iptal edilmesinden sonra 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunla söz konusu fıkra yeniden düzenlenmiş ve yasaklanan eşyalar kanunla tek tek sayılarak açıkça düzenlenmiştir²⁴⁶.

18. Yasama organının teknik ve uzmanlık gerektiren konularda ayrıntılı olarak düzenleme yapması mümkün olmasına rağmen, çok hızlı değişiklik yapılması gereken veya çok teknik ya da ayrıntılı olması nedeniyle sayfalarca düzenleme yapılması gereken konularda kanunla düzenleme yapılmasına fiilen imkan olmadığı da bir gerçektir. Kanaatimizce, kanunla düzenlenmesi mümkün olmayan bu konuların bir yükümlülüğü içermesi ve bunun da yaptırıma bağlanması gereken durumlarda, düzenleme suç ve ceza olarak değil, *idari yaptırım gerektiren bir kabahat olarak yapılmalıdır*. Bu durumlarda yasa koyucunun yaptırım tercihini, yaptırımın ağırlığı ve yaptırıma bağlanan hukuki sonuçları da dikkate alınarak, adli nitelikteki yaptırımlar yerine idari nitelikteki yaptırımlar yönünde kullanması kanunilik ilkesinin ruhuna daha uygun olacaktır.

19. Üstelik, hukuk sistemimiz açısından genel kanun niteliğinde olan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun “Kanunîlik ilkesi” başlıklı 4 üncü maddesinde, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle

244 ATAR, s. 168.

245 “İlke olarak, Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti anayasa geleneğinde, yasamanın sınırlı bir düzenleme alanı yoktur. ... yasama ve yürütme arasında, düzenleme alanları bakımından bir yetki bölüşmesi öngörülmüş değildir.” (TEZİÇ, s. 12); ÖZBUDUN, s. 191; GÖZLER, Cilt I, s. 822-823.

246 Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği söz konusu fıkra aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“(2)Birinci fıkra kapsamı dışında kalan;

- a) Firarı kolaylaştırıcı her türlü alet ve malzemeyi,
- b) Her türlü saldırı ve savunma araçları ile yangın çıkarmaya yarayan malzemeyi,
- c) Alkol içeren her türlü içeceği,
- d) Kumar oynanmasına olanak sağlayan eşya ve malzemeyi,
- e) 188 inci maddede tanımlanan suçlar saklı kalmak üzere, yeşil reçeteye tabi ilaçları,
- f) Kurum idaresince incelenmek üzere alınanlar hariç, mahkemelerce yasaklanmış veya suç örgütlerini temsil eden yayın, afiş, pankart, resim, sembol, işaret, doküman ve benzeri malzemeler ile örgütsel haberleşme araçlarını,
- g) Yetkili makamlarca izin verilenler hariç, ses ve görüntü almaya yarayan araçları, ceza infaz kurumuna veya tutukevine sokan, buralarda bulunduran veya kullanan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”



de doldurulabileceği, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu Kabahatler Kanununun hükmü, daha sıkı kurallara bağlanan suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle kıyaslandığında kabahatler bakımından daha esnek bir sistemin kabul edildiğini göstermektedir. Söz konusu hükmün gerekçesinde “... suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada, idarî yaptırımlar açısından, cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verilmiştir.” şeklinde yapılan açıklamayla bu husus açıkça vurgulanmıştır. Buna göre Kabahatler Kanununun 4. maddesiyle, Türk Ceza Kanununun 2. maddesini karşılaştırıldığında suç ve kabahat için öngörülen kanunilik ilkeleri arasında fark bulunmaktadır. Türk Ceza Kanununda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç konulamayacağı düzenlenmişken, Kabahatler Kanununda kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeveye hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği şeklinde hükme yer verilmiştir. Bu düzenleme “beyaz hüküm” olarak adlandırılan ve adli yaptırımlar bakımından eleştirilen uygulamanın, kabahatler bakımından uygulanmasına yasal zemin sağlamaktadır²⁴⁷. Buna göre hızla çözülmesi gereken veya teknik özelliği nedeniyle unsurlarında hızlı değişiklik yapmak veya unsurlarının ayrıntılı düzenlenmek zorunda olduğu durumlarda, suç tanımının sadece kanun çerçevesinde yapılmasının zorluğunu da dikkate alarak, adli yaptırım niteliğinde ceza uygulanmamasına ve fiilin kabahat olarak düzenlenerek idari yaptırım uygulanmasına imkân sağlandığı anlaşılmaktadır²⁴⁸. Ancak, suç için öngörülen ceza ve kabahat için öngörülen yaptırım bakımından herhangi bir fark öngörülmemiş, her ikisinin de kanunla düzenleneceği açıkça düzenlenmiştir²⁴⁹.

20. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi suç ve kabahatlerin kanunilik ilkesine uygunluğunu denetlerken genellikle aynı kriteri uygulamasına rağmen, son dönemde aldığı bazı kararlarda, idari yaptırım gerektiren kabahat nevinden fiiller için kanunilik ilkesinin suç ve cezalarda olduğu katılıkta uygulanmaması yönünde bir yaklaşımı olduğu da görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, suç ve kabahatlerin hukuki niteliklerinin ve hukuki sonuçlarının aynı olmaması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanmasını, işin mahiyetine uygun görmediğini açıkça ifade etmiştir. Mahkeme, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın

247 ÖZGENÇ, s. 119.

248 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ s. 9.

249 AKBULUT, s. 97-103.



hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden *daha esnek uygulanması gerektiğini* kabul etmektedir. Ancak, Mahkemeye göre bu durumda dahi, kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalı ve belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekmektedir²⁵⁰. Yine doktrinde de idari yaptırımlar bakımından kanunilik ilkesinin, suç ve cezalar kadar katı uygulanmaması gerektiği ve kabahatlerin idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenebileceği kabul edilmektedir²⁵¹.

21. Yukarıdaki açıklamalarımız tüm idari yaptırım gerektiren kabahatler için idareye düzenleme yetkisi verilebilir şeklinde algılanmamalıdır. İdari

250 Esas Sayısı: 2015/85, Karar Sayısı: 2016/3, Karar Tarihi: 13.1.2016.

“Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olabilmesi, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir.

Buna karşılık, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin yalnızca kanun metninde yer alması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, söz konusu düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.”

251 “Görüldüğü gibi, kabahatler bakımından yaptırımların belirlenmesinde kanunilik ilkesi mutlak geçerli iken, kabahat oluşturan fiillerin belirlenmesinde idarenin düzenleyici işlemlerine müsaade edilmiştir.” (Koca/Üzülmez, s. 52-53); “Kanun niteliğinde bir hukuk metni içinde düzenlenmiş olma gereği, ceza hukuku kapsamında kabul edilmeyen idari cezalar, disiplin cezaları gibi yaptırım türleri bakımından söz konusu değildir. Yönetmelikler ve tüzükler ile düzenlenebilen idari cezaların ve disiplin cezalarının da önceden düzenlenmiş olması gerekli ise de bunların kanun ile yapılmış olmasının şart olmaması, bu tür yaptırımları ceza hukuku yaptırımlarından ayıran farklardan biri olarak kabul edilmektedir. Bu farkın belirgin ve temel sonucu, ceza hukuku yaptırımlarını belirleme yetkisinin yasama organına ait olmasına karşılık, yürütme organının yönetmelikler ile idari ceza türü yaptırımları düzenleyebilmesidir.” (İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 7.)



yaptırımların alınması sürecindeki idarenin geniş takdir yetkisi, yaptırımın iptali için açılan davalardaki güçlükler ve yüksek para cezaları, lisans iptali, işyeri kapatma veya meslekten çıkarma gibi bazı kabahatlerin kişiler üzerindeki etkileri dikkate alındığında kanunilik ilkesinin kural olarak kabahatler yönünden de katı bir şekilde uygulanmak zorundadır. Ancak düzenlemenin sadece kanunla yapılmasının fiilen mümkün olmadığı durumlarda, yasaklanan fiillin suç olarak düzenlemesi yerine kabahat olarak düzenlenmesi, yukarıda açıkladığımız Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına ve Kabahatler Kanununun amacına daha uygun olacaktır.

22. Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına ve Kabahatler Kanununun amacına uygun olarak kanunlarımızda yer alan kanunilik ilkesi yönünden tartışmalı hükümlerin, kabahate dönüştürülmesi yönünde bir eğilim olduğu da görülmektedir. Örneğin, 24/12/2008 tarihli ve 5827 sayılı Kanunla, 1567 sayılı Türk Parasını Koruma Kanununda yapılan değişiklikle, daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından hakkında bir karar verilen Bakanlar Kurulu tarafından getirilen yükümlülüklere aykırı hareket eden kişiler için öngörülen adli nitelikteki yaptırım, idari para cezasına dönüştürülmüştür. Yine daha önce Anayasa Mahkemesine götürülen 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526. maddesinde *“salâhiyettar merciden kanun ve usul dairesinde verilmiş bir emre itaatsizlik eden veyahut ammenin istirahat ve selameti veya madelat mulahazası namına merciinden kanun dairesinde ittihaz edilmiş bir tedbire riayet etmeyenler”* hakkında uygulanan adli nitelikteki yaptırım, Kabahatler Kanununun 32. maddesinde düzenlenen *“Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir.”* şeklindeki hükümle kabahate dönüştürülmüştür.

23. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin yorumu noktasında Anayasa Mahkemesi kararları arasındaki farklılığın ve doktrinindeki farklı görüşlerin en önemli nedenlerinden biri de, *ilkenin Anayasada düzenleniş şeklidir*. Anayasa sadece suç ve cezaların *“kanunla”* düzenleneceği belirtmekle yetinmiştir. Ancak Anayasaya göre, kanunla düzenlenmesi öngörülen tek konu suç ve cezalar değildir. Anayasada kanunla düzenleneceği öngörülen pek çok konu bulunmaktadır. Ancak, gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse de doktrin, Anayasanın bir konunun kanunla düzenleneceği şeklindeki hükümlerini, o konuda idarenin hiç bir düzenleme yapamayacağı şeklinde yorumlamamaktadır²⁵². Çünkü yasama organı bir konuyu doğrudan

252 Esas Sayısı: 2010/69, Karar Sayısı: 2011/116, Karar Günü: 7.7.2011

“Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, *Anayasada yasa ile düzenlenmesi*



düzenleyebileceği gibi, ayrıntılar konusunda idareye düzenleme yapma yetkisi verebilmektedir. Bu durum yasama yetkisinin devri olarak kabul edilmemektedir. Bu ilkenin yasakladığı husus, Anayasanın 87. maddesinde sayılan, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek gibi münhasıran yasama organına verilen yetkilerin devredilmesidir. Diğer bir ifadeyle, yasama organının yürütme organına düzenleme yetkisi vermesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelmemektedir²⁵³.

24. Bu nedenle Anayasadaki “kanunla düzenleme” şartının sağladığı tek güvence, idarenin bu konularda kanuni bir dayanak olmadan, doğrudan düzenleme yetkisine sahip olmamasıdır. Oysa bu konuda genel kural, bir alanda kanun varsa, o kanun idareye ayrıca ve açıkça düzenleme yetkisi verse de vermese de idarenin o alanda düzenleyici işlem yapabileceği şeklindedir²⁵⁴. Anayasa Mahkemesi de *kanunla düzenlenmesi gereken konularda*, özellikle ihtisas ve idare tekniğiyle ilgili alanlarda, kanunla amaç ve hedefin açıklanması, temel kuralların koyulması, sınır ve çerçevesinin belirlenmesi, yürütme organınca alınacak önlemlerin objektif olması ve keyfi uygulamalara neden olacak şekilde çok geniş takdir hakkı verilmemesi koşullarıyla idareye düzenleme yetkisi verilebileceğine karar vermektedir²⁵⁵.

öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.”

Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996

“Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, Anayasa’da *yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda* yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.”

253 GÖZLER, Cilt II, s. 359.

254 GÖZLER, Cilt II, s. 365

255 TEZİÇ, s. 15

Esas Sayısı: 2010/69, Karar Sayısı: 2011/116, Karar Günü: 7.7.2011

“Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet

25. Bu bağlamda, bir kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması şartıyla, Anayasada “kanunla düzenleneceği” belirtilen alanlarda da yürütme fonksiyonunun kullanılması mümkündür. Örneğin, Anayasanın 73. maddesinde vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin ancak kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, bu alanlarda düzenleyici işlem yapılamayacağı şeklinde algılanmamaktadır. Nitekim bu alanda Maliye Bakanlığının oldukça ayrıntılı pek çok düzenleyici işlemleri bulunmaktadır. Keza, Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye uygun olarak temel haklara müdahale niteliğinde olan yakalama, gözaltına alma, arama ve elkoyma gibi tedbirler, Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiştir. Ancak, bu düzenlemeleri yeterli görmeyen idare, bu konuları daha ayrıntılı düzenleyen uygulama yönetmelikleri de çıkarmıştır. Anayasadaki hüküm gerekçe gösterilerek, Kanuni dayanağı olmak ve kanuna aykırı olmamak kaydıyla bu yönetmeliklerin hukuki geçerliliği tartışılmamaktadır. Bu nedenle Anayasadaki kanunla düzenlenemeye ilişkin hükümler, bu konuda bir kanun olmadıkça, örneğin genel olarak vergi yükümlülüğünü düzenleyen bir kanun olmadıkça, bu alanın doğrudan yürütme organı tarafından sınırlandırılmayacağı şeklinde algılanmaktadır²⁵⁶.

26. Anayasa Mahkemesi de *kanunla düzenlenmesi gereken konularda*, özellikle ihtisas ve idare tekniğiyle ilgili alanlarda, kanunla amaç ve

Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, *Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda* yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.”

Esas Sayısı: 1995/28, Karar Sayısı: 1996/2, Karar Günü: 18.1.1996

“Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, Anayasa’da *yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda* yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.”

256 “Anayasanın 13’üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlanabilir. O halde kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik veya diğer yürütme işlemleriyle temel hak ve hürriyetler sınırlanamaz. ... genel olarak yürütmenin düzenleyici işlemleriyle, temel hak ve hürriyetler alanında hakların kullanılmasını kolaylaştıran veya sınırlamaları somutlaştıran düzenlemeler yapılabilir.” (ATAR, s. 120); GÖZLER, Cilt II, s. 356.



hedefin açıklanması, temel kuralların koyulması, sınır ve çerçevesinin belirlenmesi, yürütme organınca alınacak önlemlerin objektif olması ve keyfi uygulamalara neden olacak şekilde çok geniş takdir hakkı verilmemesi koşullarıyla idareye düzenleme yetkisi verilebileceğine karar vermektedir²⁵⁷. Bu bakış açısı, suç ve cezalara ilişkin kanun hükümleri bakımından da kabul gördüğü için, bu alanda idarenin düzenleme yetkisi büyük oranda kabul görmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygun bulduğu düzenlemeler bakımından ortaya koyduğu ölçüt, Anayasanın diğer kanunla düzenlenmesi öngörülen konularla ilgili yorumlarıyla paralellik taşımaktadır. Mahkeme bazı kararlarında, “Yasakoyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kararlar suç oluşturma anlamına gelmez ve yasallık ilkesi de zedelenmez.”²⁵⁸ şeklindeki gerekçeyle konunun çerçevesinin kanunla çizilmesi şartıyla, uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren hususların içeriğinin ve ayrıntılarının idareye bırakılmasını Anayasaya aykırı görmemektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, genellikle suçta ve cezada kanunilik ilkesini, suçun bütün unsurlarının mutlak surette kanunla belirlenmesi şeklinde algılamamış, özellikle yasama organının da yavaş işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbir almasının zorluğunu da vurgulayarak, ayrıntılı, ihtisas gerektiren veya teknik konularda;

- Yasama organının esasları tespit ve amacı tayin etmesi,
- İdareye yetkinin kanunla verilmesi,
- Yasaklanan fiillerin önceden Resmi Gazeteyle veya ilgililere tebliğ edilmek suretiyle duyurulması

hâllerinde bu konuda idarenin suçun unsurlarının belirlenmesine müdahale edebileceğini kabul etmiştir.

27. Buna göre Anayasanın bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmesi, o alanda idarenin hiç bir düzenleme yapamayacağı şeklinde algılanmamaktadır. Anayasanın suç ve cezaya ilişkin hükümlerin kanunla düzenlenmesini emreden hükmü, Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen “kanunla düzenlene” emrinden farklı bir anlam taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle Anayasa suç ve cezalara ilişkin düzenlemelere idarenin müdahalesini engelleyecek bir tedbir alma gereği duymamıştır. Hatta, Anayasanın 38. maddesine ilişkin Danışma Meclisinin “Keza, gene bu kural

257 TEZİÇ, s. 15

258 Esas Sayısı: 1997/5, Karar Sayısı: 1998/62, Karar Günü: 8.10.1998.



uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun “açık suç hükmü” koymasına; yani “fiili” bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Meselâ Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devrilmiş ne de “kanunsuz suç olmaz” ilkesi ihlal edilmiştir.” şeklindeki gerekçesinde bu bakış açısı açıkça görülmektedir.

28. Anayasanın suç ve ceza hükmü içeren düzenlemelerin kanunla yapılabileceğine ilişkin hükümler, *suç ve ceza hükmü içeren kanun hükümleri için özel bir statü sağlamadığından*, ceza hukukunun beklediği güvenceyi sağlamaktan uzak görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklere en fazla müdahalede bulunan ve sosyal hayatta kişilerin karşılaşacağı en ağır durum olan ceza hukuku uygulamasında, “kanunla düzenlenme” kriteri, bu temel hak ve hürriyetleri güvence altına almak için yeterli koruma sağlamamaktadır. Bu nedenle *Anayasada kanunla düzenleme kriterinin ötesinde, idarenin suç ve cezaya ilişkin düzenleme yapmasını yasaklayacak açık bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır.*

29. Türk Ceza Kanununun ve Kabahatler Kanununun kanunilik ilkesine ilişkin hükümleri ve Anayasa Mahkemesinin son dönemde kabahatler yönünden ortaya koyduğu esneklik, suç ve cezada kanunilik konusunda ülkemizde yaşanan istikrarsız düzenlemeleri bir miktar önlemiştir. Üstelik kanun koyucunun son dönemde yaptığı düzenlemelerde konuya daha hassas yaklaştığı da görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi adli para cezalarında yapılacak artışların idare tarafından tespit edilecek yeniden değerlendirme oranı üzerinden yapılmasını suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmamış olsa da, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda adli para cezaları bakımından bir günlük miktarın alt ve üst sınırlarının kanun tarafından belirlendiği gün sistemine geçilerek, para cezalarının belirlenmesinde idareye bu şekilde bir yetki verilmesi uygulamasından vazgeçilmiştir. Yine, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanununda düzenlenen Gümrük Kanununa dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararnamelere aykırı olarak herhangi bir madde veya eşyayı ülkeye ithal edenler ve ülkeden çıkaranlarla ceza verileceğine ilişkin düzenleme, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunda “ithali kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeye sokan “ veya “ihracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkaran” kişinin cezalandırılacağı şeklinde düzenlemiştir.

30. Ancak, tüm bu olumlu gelişmelere rağmen, bu alanda yaşanan tartışmanın tamamen sona ermesi mümkün görülmemektedir. Çünkü



Türk Ceza Kanununun ve Kabahatler Kanununun öngördüğü kanunilik ilkesi, ne yasama organını ne de Anayasa Mahkemesini bağlamaktadır. Bu nedenle suç ve ceza ihdasında idareye yetki verilmesi bakımından kanunlar arasında ortaya çıkan bu farklılıkların çözümünün Anayasada yapılacak bir değişiklikle mümkün olabileceği görülmektedir. Yapılacak anayasa değişikliğinde *adli ve idari yaptırımlar statü olarak birbirinden ayrılmalıdır*. Yine Anayasada *adli yaptırımlar bakımından, idarinin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konamayacağı açıkça düzenlenmelidir*. Ayrıca, *idari yaptırımlar bakımından Kabahatler Kanununun idarenin düzenleyici işlemleriyle kanunun çerçevesini belirlediği hükmün içeriğinin doldurulmasına izin veren hükmü, Anayasaya taşınmalıdır*. Bu Anayasa değişiklikleri yapılmadığı sürece, suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanmasında ortaya çıkan tartışmalar ve çelişkili düzenlemeler varlığını devam ettirecektir.



KAYNAKLAR

AKAD Mehmet/DİNÇKOL Abdullah: **1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, Alkım, İstanbul, 1998.

AKBULUT Berrin: **Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

ALACAKAPTAN Uğur: **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayını, Ankara, 1958.

ARSLAN Çetin/ÖZKUL Fatih: **Yargı Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi**, TAAD, Yıl: 4, Sayı: 15, Ekim 2013.

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan kitapevi, 5. Bası, Ankara, 2011.

ATAR YAVUZ: **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza, 6. Baskı, Konya, 2011.

AYBAY Rona, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, TBB Dergisi, Sayı 70, 2007.

BOYAR Oya/ İNCEOĞLU Sibel (Editör), **Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 1. Baskı, Avrupa Konseyi, 2013.

BOSTANCI Gülşah: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2008.

DEMİRBAŞ Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 7. Baskı, Ankara, 2011.

DOĞRU Osman/NALBANT Atilla: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Avrupa Konseyi, Ankara, 2012

EVREN Çınar Can: **Kabahatlerde Kanunilik İlkesi**, İÜHFİM C. LXIX, S. 1-2, s. 967-1002, 2011.



FRIAS Ana Salinas de: Counter- terrorism and human rights in the case law of the European Court of Human Rigts, Council of Europe Publishing, 2012.

GÖZLER Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Ekin, 1. Baskı, Haziran 2011.

GÖZLER Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Ekin, 1. Baskı, Haziran 2011.

GÖZLER Kemal: "KHK'ler", www.anayasa.gen.tr/khk-bilgi.htm (5.3.20017).

HAKERİ Hakan: **Ceza Hukuku Temel Bilgiler**, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2008.

İÇEL Kayıhan/SOKULLU-AKINCI Füsun/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Fatih S./ÜNVER Yener: **İçel Yaptırım Teorisi**, Beta, İstanbul, 2002.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 8. Baskı, Ankara, 2015.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami/KARADENİZ Sera: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta, İstanbul, 2017.

ÖDEN Merih, **Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.3, 2009, s. 662.

ÖZBUDUN Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2005.

ÖZER Attila: **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003.

ÖZGENÇ İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 10. Baskı, Ankara, 2014.

SOYASLAN Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKTAR Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKTAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat: **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.



TEZİÇ Erdoğan: **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Beta, İkinci Baskı, İstanbul, 1991.

TURHAN Mehmet: **Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler**, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 25, Sayı 3, Eylül 1992

YÜZBAŞIOĞLU Nemci: **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, Beta, 5. Baskı, İstanbul, Eylül 2008.

KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI USULLERİ (İHALE USULLERİ)

(Procedures For The Public Procurement Contract
(Procurement Procedures))

Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA¹

ÖZ

Kamu ihale sözleşmeleri ekonomik ve sosyal öneme sahip sözleşmelerdir. Bu sebeple sözleşme imzalanıncaya kadar olan müzakereler sıkı şekil kurallarına tabi tutulmuştur. Kamu İhale sözleşmesinin yapılmasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda üç ihale usulü belirlenmiştir. Bu ihale usulleri sözleşmenin hukuka uygun olarak yapılmasını sağlar. Burada Türk Borçlar Hukukuna hakim olan ilkelerden irade serbestisi taraflara sınırlanarak tanınmıştır. İrade serbestisi istekli açısından teklif verilip verilmemesi, fiyatın serbestçe teklif edilmesi olarak belirlenmiştir. Ancak belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulünde sınırlı da olsa özel tarafın sözleşme şartlarını müzakere etmesi, teknik çözümleri ileri sürmesi mümkündür. İdare açısından özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmesinin yapılması sıkı kurallara bağlanmıştır. Bu husus idarenin piyasa aktörleri karşısında dezavantajlı konuma düşürse de, idare piyasadaki gücüyle bu olumsuzluğu telafi edecek güçtedir. Kısaca ihale usulü kamu ihale sözleşmesinin şeklidir. Bu usule uyulmaksızın yapılan sözleşmeler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinde yer alan yaptırıma tabi olurlar. Bu durum hem idare hem de istekli açısından katlanılması zor maddi sonuçları doğurabilir. Burada belirtmekte fayda olan bir husus bulunmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan hükümleri emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı kurallar olarak sınıflandırmak gerekir. Emredici kurallara aykırı yapılan bir ihalede, sözleşme Kanuna aykırı hâle gelir.

Anahtar Kelimeler: Kamu ihale sözleşmesi, İhale usulü, Kamu İhale Kanunu, Açık ihale usulü, Belli istekliler arasında ihale usulü, Pazarlık usulü.

1 Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, dursunalidemirboga@gmail.com.



ABSTRACT

Public procurement contract has economic and social importance. Due to the this reason, these contracts have been regulated strict procedure rules. For the conduct of public procurement contract, Public Procurement Law No.4734 included three procurement procedures. Those procedures provide to perform the contract in accordance with the law. One of the principles that dominated to the Turkish Obligations Code is freedom of will is recognized to the parties as limited. Freedom of will is defined that tenderers offer whether or not a bid or price as freely. However, it is possible to negotiate the contract conditions of the private party and to suggest technical solutions, even if there is a restricted procedure and bargaining procedure among certain tenderers. In terms of administration, the carried out of a public procurement contract, which is subject of private law contract, is strictly regulated. Although this situation, administration reduces the disadvantageous position in front of the market actors, the government is able to compensate for this negativity with the power in the market. Shortly, the procurement procedure is the form of a public procurement contract. Contracts made without compliance with this procedure shall be subject to the provisions of Article 27 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. This situation can have difficult financial consequences both in terms of administration and tenderers. There is a point worth mentioning here: It is necessary to classify the provisions of the Public Procurement Law No. 4734 as mandatory, complementary and interpretive rules. If the procurement is made against mandatory rules, the contract will become inconsistent with the Law.

Keywords: Public procurement contract, Procurement procedure, Public Procurement Law, Open procedure, Restricted procedure, Negotiated procedure.

GİRİŞ

Kamu ihale sözleşmelerinin yapılması 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda özel usullere bağlanmıştır. Bu usullere uyulmaksızın yapılan kamu ihale sözleşmeleri Kanuna aykırı yapılmış sözleşmeler hâlini alır. Bunun sonucu olarak hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır. Bundan dolayı Kanunda yer alan ihale usulleri sözleşmenin yapılmasında takip edilmesi gereken müzakere kuralları olup özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmelerinin sağlıklı şekilde yapılmasının temelini teşkil eder.

Kamu ihale sözleşmelerinin taşıdığı ekonomik ve sosyal önem bu sözleşmelerin diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak katı ve



kesin müzakere kurallarına bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Vatandaşların ödediği vergilerle finanse edilen kamu ihale sözleşmelerinin yapılmasında şeffaflığın sağlanması ve hesap verilebilirliğin artırılması 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun çıkarılmasının esas sebeplerindendir. Kamu adına sözleşme yaparak toplanan vergileri harcayan kamu otoriteleri yukarıda yer verilen amaçları gerçekleştirmek için azami önemi göstermelidir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kamu ihale sözleşmelerinin yapılmasında izlenecek usul kurallarını üç başlık altında toplamıştır. Kanundaki tabirle ihale usulleri olarak belirlenen bu kurallar ihalenin meşruiyet kaynağı olarak ta görülebilir.

I. KAMU İHALE KANUNUNA GÖRE İHALE USULLERİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ihale usulü olarak üç ihale usulü benimsenmiştir².

Bunlar:

- (i) Açık İhale Usulü
- (ii) Belli İstekliler Arasında İhale Usulü
- (iii) Pazarlık Usulü.

Doğrudan teminle yapılan alımlar anılan Kanunun ilk yürürlüğe girdiği tarihte ihale usulü olarak belirlenmişken 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle yapılan değişiklikle ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

Bir kamu alımının “ihale usulü”yle gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesinin üç farklı alanda etkisi görülür:

1- İhalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesi: Eğer bir kamu alımı ihale usulüyle gerçekleştirilmişse, bu süreçteki fiiller nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilir³. Ancak alım, ihale usulüyle değil de doğrudan temin yöntemiyle yapılmışsa ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilemez⁴. Gerçekten de ihalelere katılmaktan yasaklamayı düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58 inci maddesine göre, ihalelere katılmaktan yasaklama

2 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle yapılan değişiklikten önce doğrudan temin bir ihale usulü olarak düzenlenmişti.

3 KİGT (Kamu İhale Genel Tebliği) m. 28.1.1.1’ de yasaklama kararının verilebilmesi için fiilin ihale usulü uygulanırken ortaya çıkmasını şart koşmuştur.

4 KİGT m. 28.1.10.1’de doğrudan teminde kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama kararı verilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.



kararı “ihale” esnasındaki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle veya üzerine ihale bırakıldığı hâlde kamu ihale sözleşmesinin imzalanmaması durumunda söz konusu olur⁵. Doğrudan teminde ise teknik anlamda ne bir ihale komisyonu ne de ihale kararından bahsedilemez.

2- Sözleşmelere uygulanacak mevzuat bakımından farklılık meydana getirir: Bir alımın ihale usulüyle gerçekleştirilmesi durumunda, ihale sonucunda imzalanan kamu ihale sözleşmesine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulanırken⁶, ihale usulüne tabi olmaksızın, örneğin, doğrudan teminde veya istisna kapsamında yapılan alımlara ilişkin olarak yapılan sözleşmelere Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

3- 26.04.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçu ancak ihale usulleri kullanılarak yapılan alımlarda söz konusu olur⁷. Gerçekten *de anılan Kanunun 235 inci maddesinde; “Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına yada kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi...” denilmek suretiyle, suçun oluşması için ihale yapılması şartı aranmıştır. İhale tanımı ise asgari olarak bir yarışmayı içerisinde barındırır ve kanun koyucu bu yarışmanın bozulmasını ihaleye fesat olarak değerlendirmiştir⁸ . Doğrudan teminde niteliği gereği bir yarışmadan bahsetmek olanaksızdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilk çıktığı hâlde yapım ihaleleri de suçun tanımı dışında bırakılmışsa da 31.03.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle yapılan değişiklikle “yapım ihaleleri” de suçun kapsamına alınmıştır⁹.*

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Ek 2 nci maddesinde yer alan çerçeve anlaşmalar, Ek 4 üncü maddesinde yer alan dinamik alım sistemi, Ek 5 inci maddesinde yer alan elektronik eksiltme ayrı bir ihale usulü olmayıp, açık ihale, belli istekliler arasında ihale veya pazarlık usullerinde birinin uygulandığı alım şekilleridir¹⁰.

5 Yasak fiil ve davranışlar ihale aşamasında olmakla birlikte sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilmesi hâlinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun (KİSK) 21 inci maddesine göre sözleşme feshedilir. (Bkz. KİGT m.28.1.7)

6 KİSK m.2 ‘de kapsamını KİK kapsamında yapılan ihalelerle sınırlandırmıştır.

7 Bilal Karaca, “İhale ile Alım-satım Kavramları Yeni TCK 235. Madde”, Yeni Şafak, 29.03.2005.

8 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Çetin Arslan, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012

9 31.03.2005 tarihli ve 25772/Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

10 Arrowsmith, **The Law of Public and Utilities Procurement**, Second Edition, Thomson Sweet and Maxwell, London, Reprinted 2010, s.629., Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, First Edition, Oxford, Oxford University Press, Reprinted 2009, s.170vd.,



4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerde açık ihale usulü temel ihale usulüdür¹¹. Diğer ihale usulleri veya ihale usulü olmamakla birlikte alım yöntemi olan doğrudan temin ancak hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesi üzerine uygulanabilir¹².

A. Açık İhale Usulü

Açık ihale usulü kamu ihalelerinde rekabet ilkesinin en geniş şekilde uygulandığı ihale usulüdür. Bu usul ihalenin ilanını gören ve idarece istenilen yeterlik kriterlerini sağlayan herkesin ihaleye teklif verebildiği bir usuldür¹³. Tatbik şekli bakımından 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda yer alan kapalı teklif usulüne benzemektedir.

Açık ihale usulünde idarenin yapacağı tüm alımlar ilan edilir. Bu ilan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 13 üncü maddesinde yer alan süre ve sınırlamalara tabidir¹⁴.

Yaklaşık maliyetin anılan Kanunun 8 inci maddesinde yer alan eşik değere oranına bakılarak yerel gazetelerde ilan veya Kamu İhale Bülteninde ilan edilip edilmeyeceğine karar verilir¹⁵. İlan süresi de yine yaklaşık maliyetin eşik değere olan oranına tabidir.

Açık ihale usulünde alımın kamuya ilan edilerek yapılması, herkesin bu ihalelere teklif verebilmesinin mümkün olması nedeniyle idarelerce bu usul ihalelerde meşruiyeti sağlayan bir faktör olarak görüldüğü kanaatini ileri sürmek mümkündür¹⁶. Bu durumu destekleyen en önemli gösterge kamu ihale istatistiklerinde yer almaktadır. 2014 yılında ihale usulleriyle gerçekleştirilen 98377 alımda, 69869 adeti açık ihale usulüyle gerçekleştirilirken, 502 adeti belli istekliler arasında ihale usulüyle, 28006 adeti de pazarlık usulüyle gerçekleştirilmiştir¹⁷.

11 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.421., Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.233.,

12 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.422.

13 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.421., Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.233., Conor Quigley, *European Community Contract Law, Volume 1: The Effect of EC Legislation on Contractual Rights, Obligations and Remedies*, First Edition, Kluwer Law International, 1997, s.342.

14 Alım türüne göre ilan şekli U uygulama Yönetmelikleri ekinde yer alan standart formlarda belirlenmiştir.

15 EKAP (Elektronik Kamu Alımları Platformu) üzerinden hazırlanan ilanlarda süre ve yer doğrudan bilgisayar yardımıyla belirlenmektedir.

16 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.422.

17 Bkz. İhale İstatistikleri, Erişim, www.kik.gov.tr, E.T. 14.01.2015.



4734 sayılı Kamu İhale Kanununun öngördüğü ihale süreci de açık ihale usulüne dayanmaktadır. Diğer ihale usullerine ilişkin farklılıklar ayrıca belirtilmiştir. Gerçekten de anılan Kanunun 29 vd. maddelerinde süreç doğrudan açık ihale usulüne göre tanımlanmıştır¹⁸.

Bu ihale usulü tek aşamalı bir ihale usulüdür. Yani teklif veren isteklilerin yeterlilikleri ile mali teklifleri aynı aşamada değerlendirilir¹⁹.

B. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Belli istekliler arasında ihale usulü, idarece yapılacak ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür²⁰. Bu ihale usulünün uygulanabilmesi için iki şarttan birinin alım konusunda gerçekleşmesi gerekir:

Yapım işleri, hizmet ve mal alımı ihalelerinde işin özelliğinin uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı durumlarda belli istekliler arasında ihale usulü uygulanabilir²¹. Burada ihale konusu işin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirdiği hususunu belirleme yetkisi işin sahibi olan idareye aittir. Yeterlik değerlendirmesi aşamasının uzun sürecek olması ve Kanunun menşei olan AB mevzuatında bu usulün yer alması nedeniyle bu usul mevzuatta yer almıştır.

Bu usul aynı zamanda ihale ekonomisini gerçekleştirme amacını da güder²². Öte yandan belli istekliler arasında ihale usulünün uygulandığı ihalelerin nitelik ve parasal tutar olarak büyük olması tekliflerin hazırlanmasını da maliyetli hâle getirmektedir. Her adayın bu maliyete katlanmasının mümkün olmaması nedeniyle, nitelik olarak büyük olan işlerde belli istekliler arasında ihale usulünün kabul edilme nedenlerinden bir diğerini oluşturmaktadır²³. Burada belirtmek gerekir ki bu ihale usulünün seçiminde hangi hususların uzmanlık ve/veya teknoloji gerektiren hususlar olduğu konusunda objektif bir kriter

18 Örneğin belli istekliler arasında ihale usulündeki tekliflerin değerlendirilmesi aşamalarında yapılacak işlemler herhangi Kanunun genel sistematığı içerisinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak ayrıksı durumlara yer verilmek suretiyle bu ihale usulü düzenlenmiştir.

19 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.421., Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.234-235.

20 İngiltere’de yapılan ihalelerin %60’ından fazlası bu usulle gerçekleştirilmektedir. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.423., Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.236., Quigley, s.342.

21 KİK m.20 belli istekliler arasında ihalenin yapılmasını ön şarta bağlamıştır.

22 Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.237.

23 Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.236.



bulunmamaktadır²⁴. Bu konuda herhangi bir düzenleyici işlem ya da yol gösterici bir kuralda bulunmamaktadır. İdareler takdir yetkilerini kullanarak işin uzmanlık veya teknoloji gerektirdiğine karar vermektedir. Bu usulün belirlenmesinde Kanunun öngördüğü “işin uzmanlık veya teknoloji gerektirmesi” kriterinden kasıt, ihale konusu işin teknoloji transferi²⁵ gerektirmesi ya da yapılacak işin piyasada faaliyet gösteren firmalar arasında oluşan iş bölümü sonucunda uzmanlaşmış bir iş olması gerekir²⁶.

Yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işleri ihaleleri belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilebilir²⁷. 2014 yılı için geçerli olan ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 8 inci maddesinde yer alan eşik değer 31.844.702.-TL.’dir. Bu bedel her yıl 1 Şubat tarihinden geçerli olmak üzere Kamu İhale Kurumu tarafından ÜFE dikkate alınarak güncellenmektedir. Bu bedelin yarısını aşan yapım ihaleleri uzmanlık veya teknoloji gerektirmese de belli istekliler arasında ihale usulüyle ihale edilmesi mümkündür.

Belli istekliler arasında ihale usulü iki aşamalı bir ihale usulüdür. Birinci aşamada adayların yeterlik belgeleri değerlendirilerek firmanın idarece istenilen mali, teknik ve personel kapasitelerinin yaptırılacak işe uygun olup olmadığı değerlendirilir. Bu değerlendirmede idarenin elinde bulunan ölçü ise, ihale dokümanı ve ihale ilanında işin büyüklüğüne yani yaklaşık maliyetine göre belirlenen yeterlik kriterleridir. Ön yeterlik aşaması olarak adlandırılan birinci aşamada isteklilerden işin bedeline ilişkin fiyat teklifi istenilmez. Kamu ihale sözleşmesinin kurulması açısından ön yeterlik değerlendirilmesi öneri (icap) veya kabul²⁸ olarak değerlendirilemez. Çünkü kamu ihale sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan bedel yani sözleşmenin kurucu unsuru ile sözleşme yapma iradesi henüz ortada yoktur²⁹. Bu aşama kamu ihale sözleşmesi yapılmasına ilişkin müzakere ve değerlendirme yapılmasından başka bir

24 John Murdoch; Will Hughes, **Construction Contract Law and Management**, Fourth Edition, Abingdon, Taylor and Francis, 2008, s.87.

25 Kamu İhaleleri ve teknolojik gelişmelere etkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bakınız. Gunnar Eliasson, **Advanced Public Procurement as Industrial Policy**, Stockholm, Springer, 2010, s.21.

26 Bovis, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, s.236., Arrowsmith, **The Law of Public and Utilities Procurement**, s.456.

27 Bu usulün uygulanmasında işin uzmanlık veya teknoloji gerektirmesi şartı aranmaz.

28 Chris Turner, **Contract Law**, Second Edition, Oxon, Hodder Education, 2007, s.12 vd.

29 Mindy Chen-Wishart, **Contract Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010, s.63



anlam taşımamaktadır³⁰ . Bu müzakere ve değerlendirme aşamasında ortaya çıkan sorumlulukla ilgili hususlar idari yargıda hizmet kusuruna bakarak çözümlenir³¹.

Belli istekliler arasında ihale usulünde ikinci aşamada davet edilecek isteklilerin belirlenmesi konusunda iki yöntem bulunmaktadır. Birinci yöntemde ön yeterlik aşamasında yeterlik kriterlerini karşılayan tüm istekliler, ikinci aşamada mali tekliflerini yani fiyat tekliflerini vermeye davet edilmektedir³². Bu yöntemin nihai olarak açık ihale usulüne benzer nitelik gösterdiğini söylemek yerinde olur. Çünkü yapılan ön yeterlik ilanı üzerine herkes aday olarak ön yeterliliğe başvurabilmekte, ön yeterlik aşamasını geçen tüm adaylar ikinci aşamada teklif vermeye davet edilmektedir.

İkinci yöntemde ise, idare ön yeterlik aşamasında yeterli görülen kaç adayı ikinci aşamada teklif vermeye davet edeceğini ön yeterlik dokümanında belirlemektedir (KİK m.20 f.2). İdare, gelen ön yeterlik belgelerini değerlendirirken ön yeterlik dokümanında belirlenen kriterlere göre adayları yüz üzerinden puanlamaktadır. En yüksek puanı alandan başlayarak, ön yeterlik dokümanında belirlediği sayı kadar adayı mali tekliflerini vermek üzere davet eder. Ancak bu sayı beşten az olamaz. Yeterlik aşamasını geçen aday sayısının beşten az olması veya davet edildiği hâlde mali teklif veren istekli sayısının üçten az olması durumunda ihale iptal edilir (KİK m. 20 f.3).

Mali teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, idare ihale dokümanında değişiklik yapabilir (KİK m. 20 f.4). Bu değişiklikler ihale dokümanındaki hataların ve eksikliklerin giderilmesi şeklinde olur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bu değişikliğin kapsamı konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Teknik şartnamede isteklilerin maliyetlerini azaltacak şekilde değişiklik yapılabileceği gibi işin süresi, avans verilmesi veya fiyat farkı verilmesine dair esaslarda değişiklik yapılabilir. Değişikliklerin yapılmasından sonra ön yeterlik aşamasında başarılı olan adaylar yeniden davet edilerek ihale sonuçlandırılır (KİK m.20 f.4 son cümle). 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 20 nci maddesinde geçen "...bütün istekliler davet edilerek.." ibaresini, bu aşamada henüz fiyat teklifi olmadığından, "bütün adaylar

30 Richard TAYLOR; Damian TAYLOR, **Contract Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011, s.34. A.D.M. Forte, **Good Faith in Contract and Property**, Oregon, Hart Publishing, 1999, s.8 vd.

31 Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, s.237-238., Arrowsmith, **The Law of Public and Utilities Procurement**, s.456.

32 Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, s.236.



davet edilerek” şeklinde anlaşılması gerekir. Zira istekli sıfatı bu ihale usulünde mali tekliflerin verilmesinden sonra başlar³³.

Belli istekliler arasında ihale usulünde en zayıf nokta yukarıda bahsedilen husustur. Baştan ihale dokümanını görerek şartların uygun olmadığı gerekçesiyle başvuruda bulunmayan müteşebbisler ikinci aşamada ihale dokümanında yapılacak değişiklikleri baştan görselerdi büyük bir ihtimalle ön yeterliğe başvurmaları söz konusu olabilecekti. Ama değişiklik yapıldıktan sonra ön yeterliğe başvurmayan firmaların davet edilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu husus kamu yararını gerçekleştirmekten uzaktır. Dolayısıyla anılan müessese işin yaptırılması için sınırlı zaman bulunan hâllerde uygulanması kamu yararının gerçekleştirilmesi anlamında daha fazla yararı bulunacağı kanaatindeyim.

Belli istekliler arasında ihale usulü ikinci uygulama yönteminde yukarıda açıklandığı üzere, kanun koyucu tarafından rekabetin açık ihaleye göre sınırlandırıldığı usullerden biridir.

Kamu ihale sözleşmesinin kurulmasında, ihale ilanı, başvuruların değerlendirilmesi, teklif vermeye davet, teklifin verilmesi ve tekliflerin değerlendirilmesi ve ihale kararı aşamaları birbirini takip etmektedir (KİK m.24 vd.). Bu aşamalardan hangisinin öneriye (icaba) davet, hangisinin öneri (icap), hangisinin kabul beyanı olduğunun tespiti kamu ihale sözleşmesinin kurulma anının tespiti açısından önemlidir.

Ön yeterlik ilanı yapılacak işe ilişkin olarak idarece adaylarda aranılan şartları ve işle ilgili bilgileri içeren idarenin irade beyanıdır. Bu beyanda açıkça idarenin sözleşme yapmak için müzakere yapmak iradesi açıkça görülmektedir. İlandaki şartların yerine getirilmesi durumunda bile kamu ihale sözleşmesinin meydana gelmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla ön yeterlik ilanının sözleşmenin kurulması açısından niteliği öneriye (icaba) davettir³⁴.

Adaylar tarafından ön yeterlik aşamasında idareye verilen başvuruların hukuki niteliği için, başvuruların içeriğinin açıklanması gerekir. Adaylar tarafından idareye verilen başvuru zarflarının içerisinde, başvuru mektubu, ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin adayın gelir tablosu ve bilançosu ile banka referans mektubu, mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin makine ve ekipmana ilişkin belgeler, teknik personele ve anahtar teknik

33 KİK m.4’ te istekli tanımında teklifin verilmesi, istekli sıfatının başlaması için şarttır.

34 27.03.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-559 sayılı ve 21.08.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-1984 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararlarında ön yeterlik ilanının icaba davet olduğu hususu yer almaktadır. (Kararlar www.kik.gov.tr adresinden alınmıştır.)



personelerle ilişkin belgeler ve iş deneyim belgeleri ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10 uncu maddesine göre adayın hukuki durumunu gösteren belgeler yer alır³⁵. Ancak bu belgeler arasında adayın mali teklifi yer almaz. Dolayısıyla idarece burada kabul edilecek bir teklif bulunmamaktadır. İdareye verilen başvuru zarfı, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasına yetmez. Bu başvuru, tip başvuru mektubundan da anlaşılacağı üzere kamu ihale sözleşmesine ilişkin şartlara yönelik müzakere amacı taşımaktadır. Bundan dolayı başvuru zarfı ve adayın iradesi de öneriye (icaba) davettir³⁶.

Ön yeterlik aşamasında yeterli bulunan adayların idare tarafından mali tekliflerini vermeye davet edilmesi, kamu ihale sözleşmelerinin kurulması açısından önemli bir aşamayı oluşturmaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan bedelin istenildiği aşama olan mali teklif vermeye davet, sözleşmeye ilişkin müzakere etme iradesini içerir. Teklif vermeye davet, bedelin müzakeresi amacını güder. Bu itibarla teklif vermeye davette öneriye (icaba) davettir.

Belli istekliler arasında ihale usulünde ikinci aşamada isteklilerin nihai tekliflerini vermesi, açık ihale usulünde olduğu gibi icap anlamını taşır. Gerçekten de teklifin idare tarafından kabul edilmesiyle kamu ihale sözleşmesi meydana gelir. Bu nedendir ki, teklif mektubu ve isteklinin iradesi, kamu ihale sözleşmesinin bütün unsurlarını özellikle kurucu unsurlarını taşıyan ve bağlanma iradesini içeren bir hukuki işlemdir³⁷.

C. Pazarlık Usulü

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinde düzenlenen pazarlık usulü, anılan hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesi üzerine idareler tarafından uygulanabilecek bir ihale usulüdür³⁸. Pazarlık usulünde idare hem alım konusu hem de sözleşme koşulları üzerinde açık ihale usulünden daha esnek yetkilere sahiptir.

Pazarlık usulü kanun koyucu tarafından rekabetin sınırlandırıldığı bir ihale usulüdür. Kanun koyucu burada kamu hizmetinin yerine getirilmesini, rekabetin sağlanmasından önde tuttuğunu söylemek

35 Adayın hukuki durumunu gösteren belgelere KİK'in 10 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasında yer verilmiştir.

36 Adayın iradesinin sözleşmeyi meydana getirmeye yetmemesi ve sözleşme şartlarının müzakeresinin devam etmesi icaba davet niteliğini ortaya koymaktadır.

37 Cevdet YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2012, s.4-5

38 Bovis, s.243.



mümkündür³⁹. Bunda idari faaliyetin sürekliliğini⁴⁰ sağlama düşüncesi de önemli bir etkidir. Kamu hizmetinin hiç görülmemesi, geç görülmesi veya kusurlu görülmesi idarenin hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir⁴¹. Dolayısıyla piyasadan mal, hizmet alımı ve yapım işi satın alan veya yaptıran idare, bu alanda ortaya çıkacak aksaklıkların hizmet kusuruna neden olmasının engellenmesi amaçlanmıştır. İdari faaliyet süreklidir ve zamanında mal veya hizmet satın alınamadığı gerekçesiyle bu süreklilik kesintiye uğratılamaz.

İdari hizmetin devamlılığında kesinti olduğu takdirde, bu durum hizmet kusuru olarak idarenin sorumluluğuna yol açar.

Pazarlık usulü kendi içerisinde ilanlı pazarlık ve ilansız pazarlık olmak üzere iki kategoriye ayrılır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılan pazarlık usulü ihale, ilan edilmek suretiyle gerçekleştirilmektedir (KİK m.21 f.4). Burada açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulünde olduğu gibi ihaleden önce ilan yapılmaktadır. İlanlı pazarlık süreç itibarıyla iki veya üç aşamalıdır. İlanlı pazarlığa karakteristiğini veren hukuki işlem ise iki defa isteklilerden mali teklif alınmasıdır (KİK m.21 f. 4). İstekliler mali teklif olarak, ilk mali tekliflerine bağlı kalmak suretiyle ikinci bir mali teklif daha verirler. Bu teklifte istekliler önceki tekliflerinden daha düşük bir teklif verebileceği gibi tekliflerini değiştirebilirler ya da ikinci teklifi vermeyebilirler⁴².

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerine göre yapılan pazarlık usulü ilansız pazarlıktır. Burada özel durumların ortaya çıkması üzerine en az üç kişi ihaleye teklif vermeye davet edilerek ihalenin gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu üç kişinin seçiminde kanun koyucu idareye takdir hakkı tanımışken, Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararlarda⁴³ davet edilemeyen ancak ihaleden önce idareye başvurarak ihaleye katılmak isteyen kişilerin, ihaleye katılmalarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

39 01.12.2008 tarihli ve 2008/UH.I-4850 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı, www.kik.gov.tr, E.T.14.01.2015.

40 Gözübüyük/Tan, s.601.

41 Gözübüyük/Tan, s.776.

42 KİK m. 21 f. 5'te yer alan "ilk tekliflerini aşmamak üzere" ibaresi, ikinci teklifte birinci teklifin geçilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

43 25.09.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-2268 ve 22.05.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-1250 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararları



Pazarlık usulünün altı değişik tipi bulunmaktadır.

Bunlar;

(a) 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a) bendine göre pazarlık usulü;

(b) Ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine yapılan pazarlık usulü;

(c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine yapılan alımlar;

(d) İhale konusunun seri üretime konu olmayan ve AR-GE gerektiren bir yapıya sahip olması durumunda yapılan pazarlık usulü;

(e) İdare tarafından alım konusunun teknik şartnamesinin ve mali özelliklerinin belirlenememesi durumunda yapılan pazarlık usulü;

(f) İdarelerin yaklaşık maliyeti 127.454.-TL'sini aşmayan mamul mal ve hizmet alımları. Bu rakam her yıl ÜFE rakamları dikkate alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından güncellenmektedir.

1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a) Bendine Göre Yapılan Pazarlık Usulü

Pazarlık usulünü düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a) bendinde, açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılan ihalede hiç teklif çıkmaması durumunda, bu usulle ihale yapılması öngörülmektedir. 2004/EC/18 sayılı Avrupa Birliği Direktifinde "teklif çıkmaması" kavramı değil, sözkonusu maddeye karşılık gelen Direktifin 30 uncu maddesinin birinci paragrafının (a) alt paragrafında, "... in the event of irregular tender for the submission of tenders which are unacceptable.." ibaresi yani "düzensiz teklif çıkması veya kabul edilebilir bir başvuru olmaması" durumunda, pazarlık usulüyle ihale yapılabileceği öngörülmüştür. Düzensiz tekliften kastedilen, teklifler arasında sebebi açıklanamayan farklılıkların varlığı hâlidir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a) bendi düzenlenirken mevcut AB müktesebatından eksik bir çeviri yapılmış, bu hata söz konusu bendin uygulanmasını baştan imkânsız hâle getirmiştir⁴⁴.

Pazarlık usulü (21/a)'nın uygulanabilmesi için yapılan ilana rağmen açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalede hiç

44 Bovis, s.243.



teklifin verilmemiş olması gerekir⁴⁵. Verilen tekliflerin tamamının geçersiz olması durumunda bu bent uygulanmaz.

Açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünde hiç teklif çıkmaması durumunda, ihale yeniden ilan edilerek pazarlık (21/a) usulü ile ihale yapılır. Bu usul üç aşamalıdır. Ön yeterlik ilanından sonra adaylar tarafından yeterlik belgeleri idareye verilir. Bu belgeler, ön yeterlik ilanı ve ön yeterlik ihale dokümanında istenilen, ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin belgeler, mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin belgeler ile teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren belgelerden oluşur. İkinci aşamada istekliler öncelikle işin yerine getirilmesine ilişkin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemlerine ilişkin tekliflerini idareye verirler. Teknik tekliflerin müzakeresi sonucunda idare kendi teknik şartnamesini hazırlar ve üçüncü aşamada isteklilerin mali teklifleri alınır ve ihale sonuçlandırılır⁴⁶.

2. Ani ve Beklenmeyen Olayların Ortaya Çıkması Üzerine Yapılan Pazarlık Usulü

İdarenin sürekliliği idare hukukunun temel ilkelerindedir. Bu ilkenin kamu hizmetlerine yansımaları olan idari hizmetin devamlılığı ilkesinin ihale hukukundaki en önemli göstergesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendinde vücut bulmuştur⁴⁷.

Pazarlık usulünün bu şekli idari faaliyetin devamına engel olan durumların varlığı hâlinde, bu engellerin ortadan kaldırılması için gerekli olan ve piyasadandan temin edilmesi gereken malların, hizmetlerin ve yapım işlerinin süratle temin edilmesini amaçlamaktadır⁴⁸. Burada kanun koyucunun iradesi hizmetin yürütülmesinin kesintiye uğratılmadan devamını sağlamak yönündedir.

Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine idare ihtiyacı olan mal veya hizmet alımlarını en az üç kişiyi ihaleye davet ederek gerçekleştirebilir. Doğal afet ya da tabii afet insanlara zarar veren her türlü olay diye tanımlamak mümkündür⁴⁹. Başka bir ifadeyle doğal afetler can ve mal

45 Bovis, s.243.

46 Khi V. Thai, *International Handbook of Public Procurement*, Boca Raton, Taylor and Francis Group, 2009, s.11 vd.

47 Bovis, s.244.

48 01.12.2008 tarihli ve 2008/UH.I-4850 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

49 Elif Naz Fidancı, "Doğal Afetler ve Korunma Yolları", www.veterinary.ankara.edu.tr, E.T. 03.02.2012.

kaybına yol açan doğal olaylardır. Afetin ilk özelliği doğal olması, ikinci özelliği ise can veya mal kaybına neden olması ve insanlar tarafından engellenememesidir⁵⁰. Doğal afetler jeolojik kökenliler ve meteorolojik kökenliler olmak üzere ikiye ayırarak değerlendirme mümkündür⁵¹. Jeolojik kökenli doğal afetlere deprem, heyelan, yanardağlar ve tsunamiler örnek olarak gösterilebilir. Meteorolojik kökenli doğal afetler atmosferdeki doğa olayları sonucu meydana gelirler. Örneğin, sel, çığ, fırtına, kuraklık, orman yangını, iklim değişiklikleri ve hortum gibi olaylar meteorolojik kökenli doğal afetlere örnek teşkil eder. Mevzuatımızda afet, 29.05.2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre afet, “toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olayları..” ifade etmektedir⁵². Doğal afetler nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan kamu alımlarının temin edilmesinde, yukarıda belirtilen gerekleyle pazarlık (21/b) usulü kullanılabilir.

Salgın hastalıklar, toplumdaki bireyler arasında giderek yayılma eğilimi gösteren hastalıklardır⁵³. Salgın hastalığın mevzuatımızda herhangi bir tanımlaması bulunmamakla birlikte 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57 nci maddesinde örneklem yoluyla salgın ve bulaşıcı hastalıklar sayılmış, devamı maddelerde de salgın veya bulaşıcı hastalıkların çıkması üzerine Sağlık Bakanlığı tarafından yapılacak işlemler belirlenmiştir. Bu Kanun çerçevesinde epidemik⁵⁴ ve endemik⁵⁵ salgın hastalıkların tedavisi için gerekli olan mal alımı, hizmet alımı veya yapım işlerinin ihaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendine göre gerçekleştirilebilir.

Öte yandan “idare tarafından önceden öngörülemeyen” olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda ihale pazarlık (21/b) usulü ile yapılabilir. Ancak idare

50 Türk Dil Kurumu Sözlüğünde doğal afet, “insan eliyle önlenemeyen sel, fırtına, deprem, dolu vb. felaketlerin her biri” olarak tanımlanmaktadır. www.tdk.gov.tr, E.T. 12.07.2011

51 Aaron Popp, “The Effects of Natural Disaster on Long Run Growth”, www.business.uni.edu, s.62, E.T. 21.05.2012

52 17.06.2009 tarihli ve 27261 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

53 Necdet Aytaç, “Bulaşıcı Hastalıklar”, www.cukurovatip.cu.edu.tr, E.T. 21.02.2012

54 Epidemik, bir toplumda ya da bölgede belirli bir hastalığın içinde bulunulan mevsim ya da ayda normalde beklenen sayıdan daha fazla kişide görülmesidir. Aytaç, s.2

55 Endemik, belirli bir bölgede her yıl yaklaşık olarak aynı sayıda kişide görülen hastalık olarak tanımlanabilir. Örneğin, guatr hastalığı Karadeniz Bölgesinde endemiktir. Pandemi ise, bir kaç ülkeyi etkisi altına alan salgındır. Aytaç, s.2



tarafından “önceden öngörülemez” kavramı açıklanmaya muhtaçtır. Burada da idari faaliyetin sürekliliği ilkesinden hareket ederek bir sonuca varmak mümkündür. Kamu İhale Kurulu Kararlarında bu konuda yol gösterici ipuçları bulmak mümkündür. Bir Kamu İhale Kurulu Kararında⁵⁶ bu husus şöyle açıklanmıştır: İdari faaliyetin sürekliliğini kesintiye uğratan, idare tarafından ortaya çıkmadan önce bilinip gerekli tedbirler alınamayan olay idarece öngörülemez olay olarak değerlendirilmiştir. İdarece önceden öngörülemez olay örneklerinden birini de Kamu İhale Genel Tebliğinde bulmak mümkündür. 22.08.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kamu İhale Genel Tebliğinin 20 nci maddesinde süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarının kesintiye uğramaksızın temin edilmesi amacıyla, mevcut ihale sürecinin tamamlanmasının eski sözleşmenin bitimine yetişmemesi durumunda aradaki süre ya da miktarın 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesine göre “idarece önceden öngörülemez olay” kapsamında değerlendirilerek anılan hüküm çerçevesinde temin edilebileceği hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendine göre davet edilecek üç kişiden teklifleri ve yeterli belgelerinin ihale saatine kadar idareye vermeleri istenir. Gelen teklifler değerlendirilerek ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi belirlenir ve ihale üzerinde bırakılır.

3. Savunma ve Güvenlikle İlgili Özel Durumların Ortaya Çıkması Üzerine Yapılan Pazarlık Usulü

Savunma ve güvenlik idarenin ihmal edemeyeceği kamu hizmetlerindedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (c) bendine göre idare tarafından savunma ve güvenliği ilgilendiren ve acilen giderilmesi gereken durumların ortaya çıkması üzerine, idareler bu usulü kullanabilir. Buradaki savunma ve güvenliği “milli” savunma ve güvenlik olarak anlamak gerekir. Yoksa bir binanın güvenliği ya da MOBESE sistemleri gibi toplumun genel asayişine ilişkin yapılacak alımlar bu usul kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte, bir binanın güvenliği milli güvenliği yakından ilgilendiriyorsa bu husus anılan hüküm kapsamında değerlendirilir. Örneğin sınır karakollarının yapımı niteliği itibariyle bu kapsamda mütalaa edilebilir. Çünkü yapılacak binanın planları ve yapımı sırasında kullanılacak teçhizat doğrudan milli güvenliği ilgilendirmektedir. Bu bilgilerin terörist gruplar ya da başka devletlerin eline geçmesi milli güvenlik açısından tehdit oluşturur.

56 01.12.2008 tarihli ve 2008/UH.I-4850 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı



Diğer taraftan savunma ve güvenlikle ilgili olarak pazarlık (21/c) usulünü, aynı Kanununun 3 üncü maddesinin (b) bendinde yer alan savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilgili olan ve gizlilik içerisinde yürütülmesi gereken alımlarla karıştırmamak gerekir. İstisna hükmünde ivedilik bulunmayıp planlanabilen ancak gizlilik içerisinde alınması gereken silah, tank, sistem alımları konu olabileceksen, pazarlık (21/c) usulünde, savunma ve güvenliği ilgilendiren ve gizli olarak alınması gerekmeyen ancak ivedi olarak temini zorunlu alımlar konu olabilecektir.

Pazarlık (21/c) usulünü, alım konusu milli savunma ve milli güvenliği ilgilendirdiği sürece bütün idareler yapabilir. Kanun koyucu idare olarak herhangi bir sınırlama getirmemiştir.

4. İhale Konusunun Seri Üretime Konu Olmaması ve Ar-Ge Gerekli Bir Yapıya Sahip Olması Durumunda Yapılan Pazarlık Usulü

İdarelerce gerçekleştirilecek kamu alımları her zaman piyasadan hazır hâlde alınabilecek nitelikte olmayabilir. Kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan bu tür mal ve hizmetlerin alımında, idareler bu yöntemle ihale yapabilirler. Burada idareler açısından hem malın temin edilmesinde hem de teknik şartnamenin hazırlanmasında zorluk içerisindedir. Bu usule göre ihale genellikle özel imalat süreci gerektiren mal alımlarında söz konusu olmaktadır. İdarenin bir ihtiyacına karşılık sırf o idareye yapılan bilgisayar yazılımları da bu usulle temin edilebilir⁵⁷.

5. İdare Tarafından Alım Konusunun Teknik Şartnamesinin ve/veya Mali Özelliklerinin Belirlenememesi Durumunda Yapılan Pazarlık Usulü

İdarenin ihtiyacı olan mal alımı, hizmet alımı ya da yapım işlerinin temin edilmesinde fikri ve sınai mülkiyet hakları veya fiili durum nedeniyle teknik şartnameyi hazırlayamaması veya alım konusunun piyasada sıkça alım satımı yapılmayan mal olması nedeniyle mali özelliklerini belirleyemiyorsa, bu durumda anılan usul kullanılır. Burada dikkat edilmesi gereken husus idarenin danışmanlık hizmeti alma imkânı olmasına rağmen teknik şartnameyi hazırlama konusunda yetersizliği söz konusu olmalıdır.

57 Bovis, s.244.



Yabancı bir terim olan “design and build”⁵⁸ ya da “build-operate-transfer”⁵⁹ projelerde işin tasarımını yapan üretimini de gerçekleştirir. Tasarım üzerinde yapanın fikri veya sınai mülkiyet hakkı bulunmamaktadır. Bu usulün uygulanmasında pazarlık (21/a) usulüne ilişkin yukarıda açıkladığımız hususlar geçerlidir.

6. İdarelerin Yaklaşık Maliyeti 195.205-TL’sini 60 Aşmayan Mal ve Hizmet Alımları

Pazarlık usulünün uygulanmasında, idarelerin Kanunda belirtilen miktarın altında kalan mal ve hizmet alımlarının basit bir usulle temin edilmesi amacını görmek mümkündür. Gerçekten de 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (f) bendine göre gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımlarında istenilecek yeterlik belgelerinde ciddi bir azlık göze çarpmaktadır. 2017 yılı için yaklaşık maliyeti KDV hariç 195.207.-TL’sini aşmayan mamul mal ve hizmet alımları en az üç kişi davet edilerek ihale gerçekleştirilebilir. Bu usulün kullanılabilmesi için konulan tek kriter yaklaşık maliyetin Kanunda öngörülen limitin altında kalmasıdır⁶¹.

Ancak Kanun koyucu bu bent kapsamında yapılacak harcamalara bir sınırlama getirmeyi de unutmamıştır. Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinde, idarelerin anılan Kanunun 22 nci maddesinin (d) bendi ile anılan Kanunun 21 inci maddesinin (f) bendine göre yapılacak alımların toplamının, bütçelerine bu amaçla konulacak ödenek tutarının %10’unu Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü olmadıkça aşamayacağını hükme bağlamıştır. Bütçesi olan kuruluşlara⁶² getirilen bu sınırlama, bütçesi olmayan kuruluşlar⁶³ açısından uygulama olanağı bulamaz.

Pazarlık (21/f) usulüne göre yapılan mal alımı ihalelerinde, malın kamu ihale sözleşmesi imzalama süresi olan sözleşme imzalamaya davetten itibaren 10 gün içerisinde idareye teslim edilmesi⁶⁴ durumunda yazılı

58 Bovis, s.244.

59 Bovis, s.244.

60 Bu rakam her yıl şubat ayından geçerli olmak üzere güncellenmektedir. Güncellemede ÜFE endeksi esas alınmaktadır. Kamu İhale Kurumunun 21.01.2017 tarihli ve 29955 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 2017/1 sayılı Tebliği ile belirlenmiştir.

61 Pazarlık usulünün diğer hükümlerinde aranan şartlar bu bent için gerekmemektedir.

62 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun ekinde yer alan cetvellerdeki kuruluşlar.

63 Örneğin döner sermayeler, kantin işletmeleri.

64 John Uff, **Construction Law**, Tenth Edition, London, Sweet and Maxwell, 2009, s. 206-207.



olarak sözleşme⁶⁵ yapılması gerekmez. Öte yandan idarelerin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre tüketici sayılmadığı⁶⁶ dikkate alındığında bu usulün uygulanmasında sözleşme imzalanmamasının idarenin aleyhine olacağı bir gerçektir.

Şöyle ki, teslimden sonra ortaya çıkacak sorunlardan dolayı garanti ve bakım yükümü ancak kamu ihale sözleşmesinde yer alıyorsa idare tarafından dermeyeran edilebilir.

Bu usulle yapılan hizmet alımlarında, mutlaka kamu ihale sözleşmesi imzalanması gerekir (KİGT m.18.5). Pazarlık (21/f) usulü sürecinin uygulanmasında, pazarlık (21/b) usulüne ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir⁶⁷.

SONUÇ

Kamu İhale sözleşmelerinin yapılmasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirlenen ihale usullerinin kullanılması zorunludur. Anılan Kanunda üç ihale usulü belirlenmiş, ancak açık ihale usulü temel ihale usulü olarak öngörülmüştür. Diğer ihale usullerinin uygulanmasına yönelik olarak ise belirli şartların gerçekleşmesi aranmıştır. Temel ihale usulleri dışındaki usullerin seçilmesinde hükümde aranan şartların objektif olarak ortaya konulması gerekmektedir.

İhale usulleri ve buna uygun prosedürün yanlış olarak uygulanması imzalanan kamu ihale sözleşmesini hukuken hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya bırakacaktır. Kamu ihale usullerinin uygulanmasında sıkı kuralların uygulanması bir yandan idarenin işlemlerini düzene sokmakla birlikte, diğer yandan serbest piyasada faaliyet gösteren firmaların karşısında elini kolunu bağlamaktadır.

Kamu ihale sözleşmesinin hazırlanmasında, idare ile firmaların hukuki durumlarının eşitlenmesi ve sözleşmelerin hazırlanmasındaki idare hukuku-özel hukuk alanındaki durumunun netleştirilmesi bu alandaki önemli eksikliği giderecektir. Fransız hukukundan gelen ihale sözleşmesi imzalanıncaya kadar ki işlemlerin idare hukuku alanında ve idari yargıda çözümlenmesi, sözleşme imzalandıktan sonra yapılan işlemlerin özel hukuk alanında ve adli yargıda çözümlenmesi karmaşıklığı daha da

65 Geoff Monohan, **Essential Contract Law**, Second Edition, London, Cavendish Publishing, 2001, s.35-36.

66 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 3 üncü maddesinde tüketici, "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak tanımlanmaktadır.

67 Bkz. Neil Andrews, **Contract Law**, Cambridge, University of Cambridge Press, 2011, s.121.



artırmaktadır. Konunun Alman hukukunda olduğu gibi özel kişilerden mal ve hizmet temini ile yapım işlerinin yaptırılmasının özel hukuk sözleşmelerince karşılanması veya Fransız hukukunda olduğu gibi kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme sayılarak bu sorunun ortadan kaldırılması gerekmektedir. Özellikle adli ve idari yargı arasındaki içtihat uyumsuzluğu hem kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmasını engellemekte hem de bu uyumsuzluk kişilerin hukuki güvenliğini ihlal etmektedir.



KAYNAKLAR

ANDREWS, Neil, **Contract Law**, Cambridge, University of Cambridge Press, 2011.

ARROWSMITH, Sue, **The Law of Public and Utilities Procurement**, Second Edition, Thomson Sweet and Maxwell, London, Reprinted 2010.

ARSLAN, Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.

AYTAÇ, Necdet, **“Bulaşıcı Hastalıklar”**, www.cukurovatip.cu.edu.tr, E.T. 21.02.2015.

BOVIS, Christopher, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, First Edition, Oxford, Oxford University Press, Reprinted 2009.

CHEN-WISHART, Mindy, **Contract Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010.

ELIASSON, Gunnar, **Advanced Public Procurement as Industrial Policy**, Stockholm, Springer, 2010.

FİDANCI, Elif Naz, **“Doğal Afetler ve Korunma Yolları”**, www.veterinary.ankara.edu.tr, E.T. 03.02.2015.

FORTE, A.D.M., **Good Faith in Contract and Property**, Oregon, Hart Publishing, 1999.

KARACA, Bilal, **“İhale ile Alım-satım Kavramları Yeni TCK 235. Madde”**, Yeni Şafak, 29.03.2005.

MONOHAN, Geoff, **Essential Contract Law**, Second Edition, London, Cavendish Publishing, 2001.

MURDOCH, John; HUGHES, Will, **Construction Contract Law and Management**, Fourth Edition, Abingdon, Taylor and Francis, 2008.

POPP, Aaron, **“The Effects of Natural Disaster on Long Run Growth”**, www.business.uni.edu, s.62, E.T. 21.05.2015.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku**, 5. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2007.

QUIGLEY, Conor, **European Community Contract Law, Volume 1: The Effect of EC Legislation on Contractual Rights, Obligations and Remedies**, First Edition, London, Kluwer Law International, 1997.



TAYLOR, Richard; TAYLOR, Damian, **Contract Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011.

THAI, Khi V., **International Handbook of Public Procurement**, Boca Raton, Taylor and Francis Group, 2009.

TURNER, Chris, **Contract Law**, Second Edition, Oxon, Hodder Education, 2007.

UFF, John, **Construction Law**, Tenth Edition, London, Sweet and Maxwell, 2009.

YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2012.

Internet Sitesi: www.kik.gov.tr



ALMANYA'DA İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

*(The Application Of Legality Principle
On Administrative Crime And Punishments In Germany)*

Dr. (Iur.) Hasan DURSUN¹

ÖZ

Almanya'da idari suç ve cezaların, idari ceza hukukunun kapsamına girdiği anlayışı benimsenmekte ve bu hukuk dalının geniş anlamda ceza hukukunun bir dalını oluşturduğu kabul edilmektedir. Hâlbuki idari suç ve cezalar, idare hukukunun bir dalı olan cezai idare hukukunun kapsamı içerisine girmektedir.

Bu yanlış anlayıştan hareket edilerek, Almanya'da 1952 yılında idari suç ve cezalar hakkında Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Kanun, idari suç ve cezanın doğasına ve niteliğine aykırı hükümler taşımaktadır. Bu bağlamda idari suç ve cezalar halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezaları şeklinde iki büyük gruba ayrılırken, Kanun idari suç ve cezalardan yalnızca halka yönelik idari suç ve cezaları anlamıştır. Yine, idari cezayı yalnızca idari görevlilerin vermesi gerekirken, Kanun, savcı ve yargıca idari ceza verme yetkisi tanımıştır. Bununla birlikte Kanun, idari suç ve cezalarda katı veya sert kanunilik ilkesi aranacağını belirterek isabetli bir hükme yer vermiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanununa esin kaynağı olan Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun olumsuz yönleri alınmış, olumlu yönünü oluşturan kanunilik ilkesi benimsenmemiştir. Hâlbuki suç ve cezada kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalarda benimsenmesi, ceza hukuku açısından suç ve cezalarda benimsenmesinden daha fazla önem taşımaktadır. Zira yargının aksine idare ne bağımsız ne de tarafsızdır.

Anahtar Kelimeler: İdari Suç ve Ceza, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Maddi Kanunilik Öğretisi, Kanunun Üstünlüğü, Kanunun Gerekliliği, Esaslılık Kuramı

1 Kalkınma Bakanlığı, Planlama Uzmanı ♦ hasan.dursun@kalkinma.gov.tr
(Bu makalede ileri sürülen görüşler, Kalkınma Bakanlığının görüşlerini yansıtmamakta, yazarın kişisel görüşlerini yansıtmaktadır).



ABSTRACT

In Germany, the mentality is adopted that administrative crimes and punishments in the scope of administrative criminal law and in the fuller extent, this law is acknowledged the branch of criminal law. Whereas administrative crimes and punishments is in the scope of criminal administrative law and that law constitute the branch of administrative law.

In Germany, based on that false conception, Act Concerning Contraventions on the Order is put into practice at 1952. The Act carries contrary provisions against the nature and quality of the administrative crime and punishment. Within that context, administrative crime and punishments are divided for two big group as publicly targeted and discipline crime and punishments. However, the Act understands from the administrative crimes and punishments solely the publicly targeted crimes and punishments. Again, only administrative agents must have given administrative punishments, the Act provides power on giving administrative punishment for the public prosecutor and judge. Nonetheless, on giving way to the rigorous or strong legality principle on the administrative crimes and punishments, the Act had behaved appropriately. Turkish Misdemeanors Act Nu. 5326 that is drawn inspired from German Act Concerning Contraventions on the Order, adopted only negative aspects of German Law. The legality principle that is positive aspect of German Law is not accepted. However, the aim of nullum crimen nulla poena sine lege (legality) principle is to protect personal rights and freedoms. Within that context, legality principle is more necessary in administrative crime and punishments than criminal law. Because contrary to justice, administration is neither independent nor impartial.

Keywords: Administrative Crime and Punishment, Nullum Crimen Nulla Poena Sine lege “Legality” Principle, , Essence of Legality Doctrine (Wesentlichkeitslehre), Supremacy of Act, Necessity of Act, Theory of Substantiality.

GİRİŞ

Bu çalışmada Kıta Avrupası hukukuna tabi ülkelerden Almanya'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulacaktır. İnceleme yapılırken idari suç ve cezalar arasında; “halka yönelik idari suç ve cezalar” ile “disiplin suç ve cezaları” şeklinde bir ayırım²

2 İdare ile kişi arasında izin, ruhsat veya İdarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında bir bağ olan kişiler için öngörülen idari suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarını, buna karşın



yapılacak ve bunların her birinde söz konusu ilkenin nasıl uygulandığı irdelenecektir. Çalışmanın kapsamını artırmamak için ise disiplin suç ve cezaları bakımından araştırma yapılırken ağırlıklı olarak kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları üzerinde durulacaktır.³

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda Kıta Avrupası hukuk düzenine sahip olan ülkelerden Almanya'nın seçimi bilinçli olarak yapılmıştır. Almanya bakımından yapılacak bu inceleme, Türkiye açısından büyük faydalar sağlayacaktır. Zira Almanya, halka yönelik idari suç ve ceza konusunda genel bir kanun niteliği taşıyan 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun esin kaynağını oluşturmaktadır. Öte yandan Almanya'da idari suç ve ceza konusunda yapılan çalışmaların oldukça ilerlediğini de belirtmek gerekir.

İrdeleme yapılırken anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını oluşturduğundan,⁴ öncelikle, Alman Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin düzenlenme tarzına bakılacaktır.

I. ALMAN ANAYASASINDA KANUNİLİK İLKESİ

Almanya'da özellikle halka yönelik idari suç ve cezalar olmak üzere idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu en başta 23 Mayıs 1949 tarihinde kabul edilen Alman Anayasasına (Grundgesetz)⁵ bakılarak

böyle bir bağ olmadığı durumlarda öngörülen idari suç ve cezalar, halka yönelik idari suç ve cezaları oluşturur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN Hasan, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 197 vd.

- 3 Az önce belirtildiği üzere disiplin suç ve cezaları oldukça geniş kapsamlıdır. Örneğin İdare ile kişi arasında "özel bağ" (special hardship) bulunduğu için verilen bir "ruhsat iptali" cezası, "disiplin cezası" sayılır.
- 4 Çok sayıda düşünürün benimsediği üzere anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını, bir başka deyişle, idare hukuku, anayasa hukukunun somut görünümünü oluşturmakta, hatta Turan Güneş'in isabetli olarak belirttiği üzere idare hukukunun ana prensipleri, Anayasada bulunmaktadır. Bu bağlamda, Güneş, anayasanın, anayasa hukukunun ne derece kaynağı ise idare hukukunun da o derece kaynağı olduğunu, daha açıkçası kamu hukukunun bir bütün olduğunu belirtmektedir. Bkz. GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965, s. 2. Yine Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından F. Werner'in ifadesiyle idare hukuku, anayasa hukukunun somutlaştırılmış şeklidir. Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından H. Sendler ise bu ilişkiyi açıklarken yalnızca anayasa hukukunun somut açıklamasını idare hukukunda bulmakla kalmayıp, örneğin "denge karar" ve "orantılılık" ilkesi gibi idare hukukunun birçok ilkelerinin de anayasadan türetildiğini belirtmiştir. Bkz. SCHWARZE Jürgen, **European Administrative Law**, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006, s. 116-117 ve dn.12-13.
- 5 Almancada "grundgesetz" kavramı temel veya esas kanun anlamını taşır. Bu kavram, "anayasa" anlamını taşımaz. Anayasa için "verfassung" kavramı kullanılır. 1949 yılında yürürlüğe giren Alman Temel Kanununun hiçbir yerinde bu kanunun anayasa olduğu ifade edilmemiştir. Bununla ilerde birleşmiş bir Almanya doğuncaya kadar Anayasanın geçici ve

anlaşılabilir. Her şeyden önce Anayasada İdarenin kanuniliği ilkesine yönelik hükümler bulunmaktadır. Gerçekten de Anayasanın 1. maddesinin 3. fıkrasında; Anayasada gösterilen temel hakların yasama,⁶ yürütme ve yargıya doğrudan uygulanan hükümler olarak bağlayacağı⁷ ifade edilmiş,⁸ az sonra ayrıntılı bir şekilde görülecek olan 20. maddesinin 3. fıkrasında ise yasamanın anayasal düzene, yürütme ve yargının ise hukuka ve adalete bağlı olarak kullanılacağı ifade edilmiştir.⁹ Bu bağlamda Almanya'da geleneksel olarak kabul edilen idarenin kanuniliği ilkesinin "idarenin anayasallığı" ilkesinin genişletilmesi sonucu elde edildiğini belirtmek gerekir.¹⁰

Federal Almanya'da özellikle halka yönelik idari suç ve cezalar olmak üzere idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğunun bir başka

koşullu bir niteliğe sahip olduğu anlatılmak istenmiştir. Nitekim bu hususa, Esas Kanunun Önsözünde ve 146. maddesinde temas edilmiştir. Almanda kullanılan bu kavramlar arasındaki ince ayrıntının Türkçe karşılıkları tam olarak bulunmadığı için "grundgesetz" kavramını Alman Anayasası olarak ifade etmekten başka çare yoktur. Bu konuda bkz. AKDEMİR Rıza, "Federal Almanya Anayasası", **Türk İdare Dergisi**, Sayı: 330, Yıl: 42, Mayıs-Haziran 1971, s. 4 ve dn. 1-2.

- 6 Az sonra ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere Alman Anayasası gereği, artık, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında salt kanunun çıkartılması yeterli değildir. Kanun, bir temel hak ve özgürlüğü mutlak olarak dışsal nitelikte değil, öze yönelik olarak orantılı bir şekilde sınırlandırabilir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken İdarenin mutlak bir şekilde kanuna dayanması gerekmekte olup onun faaliyetlerinin sınırını kanun oluşturmaktadır. Bunun yanında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunun maddi içeriği de büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de Anayasanın 1. maddesinin 3. fıkrasına göre Anayasada belirtilen temel hak ve özgürlükler kanun koyucuyu da bağlamaktadır. Bunun anlamı, temel hak ve özgürlükler konusundaki kanunların içerikten yoksun olmaması ve Anayasada belirtilen içeriğin kanun koyucuyu da bağlamasıdır. Bu konuda fazla bilgi için bkz. Pieroth Bodo ve Schlink Bernard, *Grundrechte Staatsrecht II*, 26. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010, s. 66-67.
- 7 Yürütmeyi bağlama unsuru yüzünden İdare, gerek bağlı yetkisinin gerekse takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda sürgit bir şekilde temel hak ve özgürlükleri zedelememeye özen göstermelidir. Bkz. Schwarze, s. 218.
- 8 Görüldüğü üzere Alman Anayasasının bu ilk maddelerinde insan haysiyetini güvence altına alan hükümlere yer verilmiştir. Hukuk devleti ilkesini benimsemiş diğer bazı ülkelerin Anayasalarının tersine, Almanya Anayasası, temel hak ve özgürlüklere, yasama erkinin bir programı olmaktan daha fazla önem vermekte ve bu hakların doğrudan doğruya yürürlükteki hukuk olarak yasama ve yargının yanında yürütmeyi de bağladığı esasını kabul etmektedir. Bkz. Akdemir, s. 5.
- 9 Federal Almanya Anayasasının Almanca ve İngilizce tam metni için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000.html>, Erişim Tarihi, 11.2.2010. Anayasanın Türkçe metni ise Christian Rumpfh ve Gökçe Uzar tarafından sürgit bir şekilde güncellenerek yayımlanmaktadır. Bu yazarların en son Kasım 2010 tarihinde güncelledikleri anayasa metni için bkz. Rumpfh Christian ve Schüller Uzar Gökçe, **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası** (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, Erişim Tarihi, 7.1.2016). Bu çalışmada yollama yapılan Alman Anayasası hükümleri için Rumpfh ve Schüller Uzar'ın tercümesinden yararlanılmıştır.
- 10 SCHWARZE, s. 214.



kanıtını, Anayasanın “özgürlük” başlıklı 2. maddesi oluşturmaktadır. Gerçekten de bu maddede, herkesin başkalarının haklarını ihlal etmedikçe ve anayasal düzen ile ahlak normlarına aykırı düşmedikçe kişiliğini geliştirme hakkına sahip olduğu, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkının bulunduğu, kişi özgürlüğüne dokunulamayacağı, bu hakların ancak yasayla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. İster adli isterse idari olsun verilen her ceza kişi özgürlüğünü ihlal ettiğine göre bu madde gereği Almanya’da verilecek her tür cezanın bir yasaya dayanması mutlak bir zorunluluktur. Nitekim GÜNEŞ’in belirttiği üzere kişiliğin geliştirilmesi özgürlüğü yalnızca hareket özgürlüğünden ibaret olmayıp bununla eş anlı olarak anayasal düzenden temel almayarak bir külfet yükleyen, devletin zor yürütüm yoluna dayanmayan temel haklara ilişkin işlemleri de kapsadığına göre Alman Anayasasının 2. maddesi, devletin, hukuk devleti ilkesine dayanmayan bütün müdahalelerini yasaklamaktadır.¹¹ İdari ceza, özellikle halka yönelik idari ceza yoluyla kişilerin iktisadi, mali, sosyal ve kültürel özgürlükleri kısıtlandığına göre yasaya dayanmayan veya yasaya aykırı olarak verilen her idari cezanın bu bağlamda Anayasaya aykırı olacağı açıktır.¹²

Ayrı bir inceleme konusu olsa da burada kısaca belirtmek gerekir ki “hukuk devleti” ilkesi ile “kanunilik” ilkesi arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmaktadır. Bir başka deyişle, hukuk devleti ile kanunilik birbirinin “olmazsa olmaz koşulunu” oluşturmaktadır.¹³ İşte Almanya’da

11 GÜNEŞ Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2008, s. 62.

12 Krş., GÜNEŞ, G. s. 62.

13 Almanya’da kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesi de hukuk devleti ilkesinden çıkartılmaktadır. Alman hukuku bakımından ister ceza isterse cezai idare hukukunun kapsamına girsin hiçbir cezai normla, aleyhe geriye yürür hüküm konulamaz. Zira Almanya’da bir temel hak veya özgürlük ancak kanunla sınırlandırılabilen ve bu sınırlandırmanın ölçülü (ölçülülük ve onun alt ilkelerini oluşturan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık konusunda bilgi için bkz. Dursun Hasan, İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re’sen İcrası, TBB Dergisi, Sayı: 72, 2007, s. 263) olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin temel bir alt ilkesini oluşturan orantılılık ilkesi (Orantılılık ilkesine salt idarenin uyması yetmemekte, bunun yanında yasa koyucunun da uyması gerekmektedir. Örneğin Anayasada sansür ve ölüm cezası yasak edildiği için yasa koyucu ve İdare bu nitelikte bir norm koyamaz. Bununla birlikte, belirtilen açık yasaklar dışında, söz konusu alt ilkeye uyum sağlamak bakımından kanun koyucunun İdareye göre daha özgür olduğu unutulmamalıdır. Fazla bilgi için bkz. Pieroth/Schlink, s. 67-68) gereği, bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılması istenilen amaçla ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmaması gerekmektedir. Bu bağlamda idari bir ceza normuyla kişiye ölçüsüz bir yükümlülük getirilmemeli, onun için beklenmedik bir nitelikte olmamalıdır. Bu çerçevede, Almanya’da aleyhe geriye yürür nitelikte olan bir cezai norm, orantılılık alt ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek (Almanya’da orantılılık alt ilkesi değerlendirilirken her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmekte ve karşılaştırmalı bir yaklaşım benimsenmektedir. Bu bağlamda bir hak veya özgürlük sınırlandırılırken sınırlama ile sınırlandırılan hak ve özgürlüğün karşılıklı tartılması esası benimsenmektedir.

hukuk devleti ilkesi anayasal bir temele oturtulmuştur. Gerçekten de Anayasanın 20. maddesine göre Almanya; Federal yapıda, hukuk devleti ve sosyal adalet ilkelerine dayanan demokratik bir devlettir.¹⁴ Hukuk devleti anlayışlarından birisini, maddi anlamda hukuk devleti anlayışı oluşturur.¹⁵ Alman Anayasasının 20. maddesinde benimsenen hukuk devleti anlayışı, maddi anlamda hukuk devleti anlayışıdır. Gerçekten de Anayasanın değiştirilemez temel hükümlerinden birisini oluşturan 20. maddenin 3. fıkrasında, yasama organı, anayasal düzenle, yürütme ve yargı ise hem hukuk hem de adalet ile bağlanmıştır. Almanya'da insan haklarına derinden bağlılık esasını yalnızca Anayasa içermemekte, bununla eşanlı olarak, hukuk devleti kavramında da saklı olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, Wilhelm ve Weimar dönemlerinde egemen olan pozitivist hukuk devleti anlayışının yerine, maddi hukuk anlayışının benimsenmesinin, Alman hukuk geleneğinde bir dönüşümü gösterdiğini belirtmek gerekir.¹⁶

Az önce belirtildiği üzere maddi anlamda hukuk devleti esası, kanunun özünün bazı niteliklere sahip olmasını arar. Almanya maddi anlamda hukuk devleti ilkesini benimsediği için kimi durumlarda idari suç ve ceza konulabilmesi için salt bir kanunun bulunmaması yetmemekte, bunun yanında kanunun bazı niteliklere sahip olması da gerekmektedir. Gerçekten de Almanya'da bir temel hak ve özgürlüğe müdahale ve bu bağlamda idari ceza koyabilmek açısından kanunlar üçe ayrılmaktadır. Daha açık bir deyişle, Almanya'da birinci durumda bir temel hak ve özgürlük sadece kanunla sınırlandırılabilir ve bu bağlamda normal bir kanunla idari suç ve ceza konulabilir. İkinci durumda, temel hak ve özgürlüğe sınırlandırma

Bkz. Pieroth/Schlink, s. 72-74) orantılı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu husus Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında da istikrar bulmuştur. Aslında Almanya'da ölçülülük ilkesinin orantılılık alt ilkesine uygun olmayan bir sınırlamanın, sınırlama niteliği taşımadığı esası benimsenmekte ve söz konusu alt ilkenin hukuk devleti prensibinin bir gereği olduğu düşünülmektedir. Krş. Pieroth/Schlink, s. 68-72.

14 Anayasada yer alan bu yapısal ilkelere ek olarak, yine anayasada hukuk devleti (ve kanunilik) ilkesiyle ilişkili diğer ilkelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda Anayasanın 3. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş, Anayasanın ilk 19. maddesinde temel hak ve özgürlükler düzenlenmiş, 28 ve devamı maddelerinde idare hukukunun temel unsurunu oluşturan özellikle Federal Devlet ile "eyalet" (Land) arasında idari yetkinin dağılımı olmak üzere idari organizasyon konusunda özel bir takım hükümlere yer verilmiştir. Krş. SCHWARZE, s. 116.

15 Maddi anlamda hukuk devleti ilkesi, kanunların sahip olması gereken niteliklere vurgu yapar. Bkz. Neuman, L. Gerald. **Amerika'da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi** ("The US Constitutional Conception of the Rule of Law and Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz" Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 5, 1999'dan Çeviren Ali Rıza Çoban) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 559 vd.

16 NEUMAN, s. 560.



veya müdahale, dolayısıyla idari suç ve ceza öngörülebilmesi için yalnızca kanunun bulunması yeterli olmamakta, o kanunun bazı niteliklere sahip bulunması gerekmektedir. Üçüncü olarak ise o hak ve özgürlüğün kanunla hiçbir şekilde sınırlandırılmaması ve dolayısıyla kanunla olsa bile bu alanda idari suç ve cezanın öngörülememesidir.¹⁷ Konunun önemine binaen bu üç tip müdahale olgusu üzerinde biraz daha ayrıntılı olarak durmak uygun olacaktır.

Bunlardan ilkinde bir temel hak ve özgürlük basit bir kanunla sınırlandırılabilir. Daha açık bir deyişle, o hak ve özgürlüğü sınırlandıracak kanunun belirli bir niteliğe sahip bulunması gerekmez. Örneğin, Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrasında; mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği özgürlüğünün bir kanunla sınırlandırılabilirliği ifade edilmiştir. Bu bağlamda yasa koyucu çok geniş bir takdir hakkına dayalı olarak bahsedilen konulardaki iletişim özgürlüğünü sınırlandırmaya yetkilidir.¹⁸

İkinci durumda, bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmesi için salt kanunun bulunması yetmemekte, kanunun belirli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Daha açık bir deyişle, kanun yalnızca Anayasada öngörülen nedenlere bağlı olarak bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırabilmektedir. Eğer kanun Anayasada öngörülen sınırlama nedenleri dışında başka bir nedenle o hak ve özgürlüğü sınırlandırmışsa, yapılan sınırlandırma, hukuka aykırı sayılıp geçersiz kılınmaktadır. Örneğin, Anayasanın 11. maddesinin 2. fıkrasına göre “seyahat” (dolaşım) özgürlüğü, yaşam hakkını korumak, özgürlükçü demokratik temel düzeni tehdit eden bir tehlikenin savuşturulması, salgın hastalık tehlikesi, doğal afetler veya olağanüstü kazalar, gençliğin sefaletten veya suç işlemesinden korunması hâllerine dayalı olarak kanunla sınırlandırılabilir.¹⁹ Bu bağlamda Anayasada bahsedilemeyen nedenlere dayalı olarak seyahat özgürlüğünü sınırlandırıcı nitelikte bir kanun yapılarak bu konuda idari suç ve ceza normu konulamaz. Daha açıkçası, çıkartılacak kanunda yalnızca Anayasada öngören sebeplere dayalı olarak örneğin doğal afetten korunmak için seyahat özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte idari suç ve ceza hükümlerine yer verilebilir.

Temel hak ve özgürlüklere nitelikli olarak müdahale edilmesi veya sınırlandırılmasında kanunun hangi içeriğe sahip olması konusunda Alman Anayasasından başka örnekler vermek de olanaklıdır. Örneğin Anayasanın 5. maddesinin 2. fıkrasında; düşünce ve basın özgürlüğü

17 Krş. PIEROTH-SCHLINK, s. 63.

18 PIEROTH-SCHLINK, s. 63-64.

19 PIEROTH-SCHLINK, s. 64.

hakının genel yasaların hükümleri, gençliğin korunması hakkındaki yasa hükümleri ve kişisel şeref hakları ile sınırlandırılacağı ifade edilmiştir. Yine Anayasanın 6. maddesinin 3. fıkrasında; velilerin iradesine aykırı olarak çocukları ailelerinden ayırmanın, ancak bir yasaya dayanarak ve velilerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya başka nedenlerle çocukların bakımsız kalmaları durumunda olanaklı olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu hükümler çerçevesinde, kanun koyucu, geniş bir takdir yetkisine dayalı olarak söz konusu hak ve özgürlükleri gelişigüzel bir şekilde sınırlandıramamaktadır. Kanunun bu hak ve özgürlükleri düzenli bir şekilde sınırlandırması, bir başka deyişle, sınırlandırmanın sebep unsurunun gösterilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kanun, örneğin, çocuğun ailesi tarafından bakımsız bırakılması durumunda²⁰ çocuğun aileden alınıp başka bir yere yerleştirilmesi doğrultusunda hüküm içerebilecektir.²¹

Üçüncü durumda ise bir temel hak ve özgürlük kanunla hiçbir şekilde sınırlandırılmamaktadır. Daha açık bir deyişle, ne nitelikte bir kanun çıkartılırsa çıkartılsın o hak ve özgürlüğe hiçbir şekilde müdahale edilememektedir. Örneğin, Anayasanın 5. maddesinin 3. fıkrası,²² bilim ve sanat özgürlüğünü “mutlak” (saltık) bir şekilde tanıdığı için hiçbir kanunla söz konusu özgürlüğün sınırlandırılmasına olanak yoktur. Bu olgu, Anayasa koyucusunun bilinçli bir isteğidir zira Anayasa koyucu bahsedilen özgürlüğün kanunla sınırlandırılmasını istememektedir.²³ Bu bağlamda bilim ve sanat özgürlüğüne müdahale eden veya onu sınırlandırıcı nitelikte bir kanun çıkartılamayacağı gibi böyle bir kanunla idari suç ve ceza normu da konulamayacaktır.

Alman Anayasası, kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklere müdahale veya sınırlandırmasında öze yönelik nitelikler aradığı gibi İdarenin söz konusu hak ve özgürlüklere müdahale veya sınırlandırmasında da bir takım nitelikler aramıştır. Daha açık bir deyişle, Alman Anayasası gereği kanundan yetki almış olsa bile İdare temel hak ve özgürlüklere gelişigüzel bir şekilde müdahalede bulunamamakta veya sınırlandırma yapamamaktadır. Gerçekten de Alman Anayasası, İdarenin söz konusu müdahale veya sınırlandırmasının “maddi kanunilik öğretisi”ne (Wesentlichkeitslehre) uygun olmasını aramıştır. Nitekim

20 Kanunun çocuğun ailesi tarafından hangi hâllerde bakımsız bırakıldığını somutlaştırması kaydıyla.

21 PIEROTH-SCHLINK, s. 67.

22 Anayasanın 5. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: “Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim serbesttir. Öğretim özgürlüğü Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.”

23 PIEROTH-SCHLINK, s. 64.



Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasında bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamayacağı belirtilerek “maddi kanunilik” kavramına yer verilmiştir. Bu kavram gereği temel hak ve özgürlüklerin asli unsurları hakkında, yasa koyucunun bizzat karar vermesi gerekir. Yasa koyucunun bu yetkisini İdareye devredebilmesi olanaklı değildir. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin müdahale veya sınırlandırılmasında temel yetkinin, Parlamentoda olduğunu somut bir şekilde göstermektedir.²⁴ Temel hak ve özgürlükleri koruma konusunda yaşamsal derecede önem taşıyan maddi kanunilik öğretisi kavramı üzerine biraz daha eğilmek uygun olacaktır.

Maddi veya öz kanunilik öğretisi kavramının eşanlı olarak bulunması gereken çeşitli gereklilikleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İdarenin bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edebilmesi için mutlaka kanuna dayanması gerekliliğidir. İkinci olarak, bir temel hak ve özgürlüğün koşullarına, olgularına ve sonuçlarına yönelik etkili kararların, kısacası, ona müdahale edilebilmesi için gerekli olan asli ve şekli koşulların yalnızca kanun koyucu tarafından saptanabileceği, yasa koyucunun bu konuda İdareye yetki aktaramayacağıdır. Son olarak, bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmesinin ne kadarlık bir kısmının kanun tarafından düzenlenmesinin gerekliliğine karar verilirken, o hak ve özgürlüğün önemine ve somut duruma bakılır. Bu bağlamda bir temel hak ve özgürlük ne kadar önemli ve asli nitelik taşıyorsa o hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmesinin koşullarının da o kadar ayrıntılı ve belirgin bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Maddi kanunilik öğretisi, kanunların açık ve kesin bir şekilde düzenlenmesinde önemli bir ölçüt görevini görmektedir. Alman Anayasası, maddi kanunilik öğretisi kavramını ortaya atarak, kanun koyucu ve yargı arasındaki görev ve yetki paylaşımında önemli bir ölçüt koymuş ve bu çerçevede temel hak ve özgürlüğe müdahale veya sınırlandırma konusunda çıkan uyuşmazlıkların çözümü açısından sonul mercii olan yargıya bile asli bir düzenleme yetkisi vermemiştir.²⁵

Alman Anayasasının buraya kadar açıklanan hükümlerinden anlaşılacağı üzere Almanya’da temel bir hak ve özgürlüğü sınırlandırabilmek veya ona müdahale edebilmek, dolayısıyla, bu anlamı taşıyacak olan halka yönelik idari suç ve cezanın kanuna, hem de kimi durumlarda nitelikli kanuna dayanması gereği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır.²⁶ Alman Anayasası bakımından tartışma konusu olan

24 PIEROTH-SCHLINK, s. 65.

25 PIEROTH-SCHLINK, s. 66.

26 Az önce belirtildiği üzere Almanya’da kim durumlarda örneğin bilim ve sanat alanında yasayla bile idari suç ve ceza konulamamaktadır.

nokta, kamu görevlisi, öğrenci, mahkûm gibi idareyle özel bir bağ veya yakın ilişkinin bulunduğu özel otorite durumlarında kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırabilmek, dolayısıyla disiplin cezası koyabilmek için Anayasanın yasal bir dayanak koşulunu öngörüp öngörmediğidir.²⁷

Burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki Alman Anayasasında disiplin suç ve cezalarının yasal dayanağa sahip olup olmayacağı konusunda doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak konuyla dolaylı olarak ilgili, daha açık bir deyişle, idarenin düzenleme yetkisi konusunda bir hüküm Anayasada bulunmaktadır. Gerçekten de Alman Anayasasının 80. maddesinin 1. fıkrasında; Federal Hükümete, Federal bir bakana veya eyalet hükümetlerine yasayla tüzük çıkarma yetkisi verilebileceği, yetki veren kanunda verilen yetkinin konusu, amacı ve kapsamının belirtileceği, çıkarılacak tüzükte hukuki dayanağın gösterileceği, Kanunda yetkinin devri öngörülmüş ise işbu devrin tüzükle olacağı ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Almanya'da yürütme ve idarenin kural olarak²⁸ asli ve özerk düzenleme yetkisi bulunmamakta, yalnızca ikincil ve tali nitelikte düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumu son derece normal karşılamak gerekir. Gerçekten de ÖZKOL'un belirttiği üzere, Almanya'da yürütme organının elinin bu kadar bağlı olmasının temel nedeni, 1949 tarihli Bonn Anayasasının Hitler devrindeki çığlınlıklara karşı bir tepki olarak hazırlanmasıdır.²⁹

Az önce belirtilen Anayasasının 80. maddesinin 1. fıkrası, "kural koyan tüzükler" (Rechtsverordnungen) hakkındaki yetki kanununun üç temel koşulu eşanlı olarak taşımasını istemektedir. Bunlar; yetkinin konusu, sınırı ve amacının belli edilmesidir.³⁰ Anayasanın bu hükümden yetkinin

27 Krş. SCHWARZE, s. 216.

28 Bunun tek ayrıksı durumu Anayasanın 119. maddesidir. Bu maddede, mülteci ve sürgün edilenler konularında Federal Hükümet, federal bir yasa çıkartılıncaya kadar, özellikle bunların eyaletlere dağıtım konusunda, Federal Konseyin onayına bağlı yasa gücünde kararname çıkartabileceği belirtilmiş, ayrıca, özel durumlarda Federal Hükümete bireysel emirler verme yetkisinin verilebileceği, emirlerin, gecikmesinde sakınca bulunmayan durumlarda dışında, eyaletlerin en yüksek makamlarına verilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Federal Hükümet mülteci ve sürgün edilenler konusunda özerk bir düzenleme yetkisine kavuşmuş olduğu için söz konusu kişiler hakkında yasaya dayanmadan da idari ceza öngörebilecektir.

29 ÖZKOL Adil, "Almanya'da Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi", **AÜHFD**, Cilt 26, Sayı 3-4, Yıl 1969, s. 147.

30 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKOL, s. 136-137. Yazar, bu çalışmasının s. 137-145 arasında Almanya'daki tüzük türleri hakkında ayrıntılı bilgi vermekte ve bu türlerin yetki kanununa dayanıp dayanmaması konusunda değerlendirme yapmaktadır. Çalışmanın oylumunu büyütmek için biz burada tüzük türleri üzerinde durmayacağız. Ancak Anayasasının 80. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen koşulu taşıması gereken tüzüklerin nesnel, soyut, kişilik-dışı kurallar koyan, kısacası maddi anlamda kanun niteliğini taşıyan tüzükler olduğunu belirtmek gerekir.



konusu, sınırı ve amacının belli edilmesi koşuluyla suç ve cezanın kural koyan tüzüklerle konulabileceği sonucu çıkartılabilir. Bununla birlikte, Almanya'daki uygulama, bahsedilen hukuksal kurgudan farklı bir şekilde işlemektedir. SOYASLAN'ın ifadesiyle bu ülkede suçun cezasının saptanmasında kural koyan tüzüklere herhangi bir olanak verilmemekte, bir başka deyişle suçun cezası daima tekeli bir nitelikte parlamento tarafından saptanmakta, yalnızca suç koyma yetkisi bakımından kimi durumlarda söz konusu tüzüklere yollama yapılmaktadır.³¹ Bu durum ceza hukuku suç ve cezaları bakımından geçerli olduğu gibi idari suç ve cezalar bakımından da geçerli bulunmaktadır.

Almanya'da idarenin düzenleme yetkisi bakımından güçsüz bir konumda olmasından dolayı kanunun önemi konusunda çeşitli kavramlar ortaya atılmıştır. Bunlardan ilkinin "kanunun üstünlüğü", ikincisini ise "kanunun gerekliliği" kavramı oluşturmuştur. Kanunun üstünlüğünden kastedilen husus; kanunun, ikincil hukuk (tüzük, kararname, yönetmelik, ana sözleşme, idari rehberlik ilkeleri gibi) kurallarına üstünlüğünün bulunmasıdır. Bu bağlamda İdarenin yaptığı işlem ve eylemler, yasama organının çıkarttığı düzenlemelerle uyum içerisinde olmak durumundadır. Kanunun üstünlüğü, hiç bir ayrık durum olmaksızın, İdarenin bütün alanlarında geçerli bulunmaktadır.³²

Almanya'da "kanunun üstünlüğü" kavramı bakımından yasa ile İdare arasındaki ilişki basit bir şekilde kavranmasına karşın, "kanunun gerekliliği" kavramı bakımından aynı basitlik bulunmamaktadır. Zira kanunun gerekliliği kavramının içeriği ve kapsamının ne olduğu konusunda önemli güçlüklerle karşılaşmaktadır. Gerçi kanunun gerekli olduğu alanlarda İdarenin ancak kanunen yetkilendirildiği durumlarda tasarrufta bulunabileceği anlaşılabilir de buradaki temel soru, hangi alanın yalnızca Parlamento'ya özgü olduğu ve yasayla ne kadar düzenleme yapılmasının şart olduğudur. Bu sorunun tam olarak yanıtını verebilmek için kanunun gerekliliğinin nereden doğduğu konusundaki tarihsel koşulları anımsamak gerekir. Gerçekten de hangi alanın salt yasaya özgü olduğu ve orada yürütmenin düzenleme yetkisinin bulunmadığı konusu, günümüze kadar geçerli olan kamusal görev ve yetkilerin değişik organlar arasındaki mutlak paylaşımı yüzünden doğmuştur. Daha açık bir deyişle, XVIII. yüzyılın sonundan itibaren görülen liberal anayasa akımlarıyla kralların egemenlik tekelini, yurttaşların kişisel hak ve

31 Bkz. SOYASLAN Doğan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 77, Ankara 1990, s. 54.

32 SCHWARZE, s. 214.

özgürlüklerinin garanti altına alınması için erkler ayrılığı ilkesi yoluyla sınırlandırılmaya çalışılmıştır.³³

Kanunilik ilkesine asıl ruhunu veren kavramlar, “toplum sözleşmesi” ve “erkler ayrımı ilkesi”dir. Gerçekten de toplum sözleşmesi ve erkler ayrılığı akımı³⁴ sonucunda, yürütme ve idarenin kişinin hak ve özgürlükleri ile malvarlığını, ancak yurttaşların rızasıyla, daha açık bir deyişle, bu rızanın, yurttaşların temsilcisi olan parlamentonun çıkardığı yasada belirtilmesi yoluyla kısıtlayabileceği esası kabul edilmiştir.³⁵ Bir diğer deyişle, bu kavramların gereği olarak, yurttaşların temel hak ve özgürlükleri ile malvarlığına yalnızca yasayla müdahale edilebilecektir. Bununla birlikte, parlamentoya özgülenmemiş olan alanlarda monarşi serbestçe hareket etme gücünü sürdürmüştür. Bu durum, yasamaya özgülenen alanın tarihsel şartların sonucu ortaya çıktığını göstermekte ve söz konusu alanının daha işin başında anayasalarda düzenlenmesi sonucunu doğurmaktadır.³⁶

İşte Alman Anayasası yürürlüğe girdikten sonra daha da ileri bir sorun ortaya çıkmış, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yasal bir yetkinin gerekip gerekmediği, gerekiyorsa ne ölçüde olması gerektiği üzerinde tartışılmıştır. Gerçekten de kişi hak ve özgürlüklerinin, yalnızca İdarenin dizginsiz davranışlarına karşı korunması yetmemekte, bunun yanında, devletin sunduğu olumlu edimleri keyfi bir şekilde ortadan kaldıran kararlarına karşı da korunması gerekmektedir. Bu varsayımın mantıksal bir sonucu olarak, kimileri bazı alanlarda, yalnızca yasamanın saklı bir alanının bulunduğu, Anayasanın benimsediği demokrasi ve hukuk devleti ilkesi gereğince, idare tarafından yurttaşları etkileyen her konunun ayrıntılı bir şekilde yasama tarafından düzenlenmesinin şart olduğunu ileri sürmüşlerdir.³⁷

Bu bakış açısı çeşitli nedenlerden dolayı yaygın bir şekilde benimsenmiş olmasa da günümüzde kişilerin yalnızca temel hak ve özgürlüğü ile malvarlığına müdahale eden veya onları sınırlandıran durumlarda kanunun bulunmasının gerekli olduğu koşulunun sağlanmasının yetersiz olduğu anlaşılmıştır. Gerçekten de yaklaşık olarak dünyada son 150 yıldır kamu

33 SCHWARZE, s. 215.

34 Erkler ayrımının tarihçesi hakkında bilgi için bkz. DURSUN Hasan, “Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı”, Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 80, Ocak-Şubat 2009, s. 32 vd.

35 Krş. SCHWARZE, s. 215.

36 SCHWARZE, s. 215.

37 SCHWARZE, s. 216.



hizmetlerinin sürekli çoğalması ve bunun sonucunda kişilerin devletin sunduğu sosyal yardım ve hizmetlere bağımlılığının artması, yasanın saklı düzenleme alanlarını kaçınılmaz bir şekilde artırmıştır. İşte bu gelişmelerle uyumlu olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi, “esaslılık kuramı” (theory of substantiality) adlı bir kuram geliştirerek, devlet tarafından ister müdahale, isterse hizmet sunumu olsun, yanıtlanması gereken sorunun, yurttaş veya devlet açısından “esaslı” (substantial) bir önem taşıdığı durumlarda daima bir yasanın bulunmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda mahkeme, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sorunların çözümlenmesini gerektiren hâller ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerine dokunulması anlamına gelen disiplin işleri gibi özel otorite ilişkisine dayanılarak ceza tayinini gerektiren hâllerde İdarenin faaliyet gösterebilmesi için kanunun gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Yine mahkeme, kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlarının temel unsurlarının da kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁸

Federal Almanya’da kanun koyucunun düzenleme yetkisinin saklı veya tekeli olduğu durumlarda, kanunun hangi veya ne boyuta kadar düzenleme yapacağı konusunda tartışmalar yaşanmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi bu sorunun yanıtlanmasında da temel ilke olan “esaslılık kuramı”nı işleterek kanunun gerekliliğinin ve doğasının düzenlenecek alanın önemini büyük oranda kişi ve halka “benimseteceğini” (dikte ettireceğini) ifade etmiştir. Mahkemenin bu savının anlamı, düzenlemenin, kişinin temel hak ve özgürlüklerini daha büyük tehdit veya etki ettiği durumlarda, yasanın daha açık ve kesin ifadelerle yer vermesi ve kapsamını da daha belirleyici kılması gerekliliğidir.³⁹

Söz Alman yasa koyucusundan açılmışken, bu ülkede kanun yapma görevinin kime ait olduğu konusunun incelenmesi uygun olacaktır. Alman Anayasasında federal devletin ve eyaletlerin hangi konularda kanun yapabileceği açıkça saptanmıştır. Bu bağlamda, kimi konularda salt federal devletin kanun yapabileceği esası benimsenmişken,⁴⁰ idari suç ve ceza ile ilgili kimi konularda ise federal devlet ve eyaletler birlikte

38 SCHWARZE, s. 216-217 ve dn. 14-16.

39 SCHWARZE, s. 217 ve dn. 19.

40 Bu konuların düzenlendiği Anayasanın 73. maddesinin metni için bkz. Rumpf ve Schüller Uzar, s. 55-56. Anayasanın 71. maddesine göre, federal devletin tekeli yasama alanına giren konularda eyaletler, ancak federal bir yasanın kendilerine açıkça izin vermesi hâlinde ve o yasanın öngördüğü ölçüde yasama yetkisini kullanır. Bkz. Rumpf ve Schüller Uzar, s. 54. Bu bağlamda örneğin, Anayasanın 73. maddesinin 1. fıkrasının 7. bendi gereği “posta ve telekomünikasyon işleri” federal devletin tekeli yasama yetkisine girmektedir. Federal devletin posta konusunda çıkarmış olduğu bir yasada, federe devletin yasama organına, bu alanda, idari suç ve ceza koyma yetkisi verebileceği ortadadır.



yetkili kılınmıştır. Birlikte yasama yetkisinin bulunduğu alanlarda çıkartılan kanunlara “yarışan yasama kanunları” (tedahül eden kanunlar) denilmekte ve bu alanda gerek federal gerekse federe devletin kanun yapabilmesi, kayıtsız ve koşulsuz bir nitelik göstermemektedir. Daha somut bir deyişle, Anayasanın 72. maddesinin 1. fıkrası gereği, federe devletin bu alanda kanun yapabilmesi için federal devletin bu alanda daha önce yasama yetkisini kullanmamış, bir diğer deyişle, kanun yapmamış olması şartı aranırken federal devletin söz konusu edilen alanlarda yasa yapabilmesi için de bu maddenin 2. fıkrası gereği, Federasyon topraklarında eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukuki ve ekonomik birliğin korunmasının bir federal düzenlemeyi yüksek devlet yararının gerektirmesi amacının bulunması gerekir. Yarışan yasam konuları da Anayasanın 74. maddesinde uzun bir liste hâlinde sayılmış olup; medeni hukuk, ceza hukuku, tutukluluk hâli rejimi ayrık olmak üzere yargılama usulü, nüfus sicili işleri, dernekler hukuku, yabancıların ikamet ve yerleşim rejimi, mülteci ve sürgün sorunları, bakım evleri rejimi hariç olmak üzere kamu sosyal rejimi, iş hukuku, iş güvenliği ve sosyal sigortalar, iktisadi gücün kötüye kullanılmasını önleyici kanunlar gibi idari suç ve ceza normu hükmü konulabilecek alanlardaki kanunlardır.

Almanya'da gerek Federal Devletin tekelci yetkisine giren, gerekse yarışan yasama yetkisine giren konularda Federal devletin “çerçeveleyici yasama yetkisi” bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, bu konularda çıkartılacak kanunlarda Federal Devlet ana çerçeveyi çizilebilmekte, eyaletler ise çizilen çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla söz konusu kanunların boşluklarını doldurabilmek yetkisine sahip bulunmaktadır.⁴¹

Alman Anayasasının öngördüğü bir başka kanun grubu, çıkarılması bakımından eyaletlerin tekelci yetkiye sahip olduğu kanunlardır. Gerçekten de Anayasanın 72. maddesinin 3. fıkrasında; Federal Devlet kendi yasama yetkisini kullanmış olsa bile av ruhsatı hariç olmak üzere av rejimi, bazı ayrıksı durumlar dışında doğanın ve doğal güzelliklerin bakımı ve korunması, arazilerin taksimi, çevre düzeni, kimyasal madde ve tesislere ilişkin düzenlemeler hariç sular idaresi, yükseköğretime kabul ve yükseköğretim diploması konularında eyaletlerin kendi kanunları aracılığıyla, Federal Devletin yaptığı düzenlemelere aykırı düzenlemeler yapabilecekleri belirtilmiştir. Bu bağlamda örneğin çevre düzeni konusunda öngörülecek bir idari suç ve ceza koyma konusunda eyalet tek başına yetkili olabilecektir.

41 Krş., AKDEMİR, s. 11.



Bu açıklamalardan sonra Alman Anayasasının doğrudan kanunilik ile ilgili hükümlerine temas etmek uygun olacaktır. Ancak bundan önce Almanya'da "kanunilik" kavramının değişimi üzerinde durmak faydalı olacaktır. Almanya'da temel hak ve özgürlüklere kanunla yapılacak müdahale veya sınırlandırma tarihsel bakımdan bir değişime uğramıştır. Gerçekten de XIX. yüzyılda, kanunun işlevi, toplumu, İmparatora karşı korumaktı.⁴² Bu yüzden kanunun kapsamı veya niteliğinin bulunup bulunmadığı önemli olmaksızın basit bir kanunla temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmekte ve İdareye de söz konusu kanunu uygulama yetkisi verilebilmekteydi. O dönemde kanuna dayalı olmak koşuluyla İdarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmek veya onları sınırlandırmak yetkisi bulunmaktaydı.⁴³

Almanya'da XIX. yüzyılda esnek hatta muğlak nitelikte hükümler içeren yasalara dayalı olarak temel hak ve özgürlüklere İdarenin müdahale etme yetkisi tanınırken, günümüzde, İdarenin bu yetkisi bulunmamaktadır. Gerçekten de Almanya'da daha önceleri İdare, yasadan aldığı geniş kapsamlı yetkiye dayanarak idari teamüller çerçevesinde temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken artık bahsedilen teamüller bağlamında söz konusu hak ve özgürlüklere müdahale edemeyeceği gibi, kendi düzenleyici işlemleriyle müdahale etmesi de olanaklı görülememektedir. Bu bağlamda günümüz Almanya'sında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel unsur "yasa" hâline gelmiş ve yasanın İdareye yetki vermediği durumlarda İdarenin görevi veya yetkisinin olmadığı esası benimsenmiştir. Kısacası, Almanya'da kanunun olmadığı yerde İdare de bulunmamaktadır. Örneğin, Anayasanın 13. maddesinin 2. fıkrasında; konut aramalarının ancak yargıç kararı, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise yasaların öngördüğü diğer organların kararı üzerine ve yalnız yasalarda yazılı şekilde yapılabileceği belirtilmiş, 104. maddesinin 1. fıkrasının ilk tümcesinde ise kişinin özgürlüğünün ancak usulüne uygun olarak çıkarılmış bir yasayla ve o yasadaki öngörülen şekillere uymak suretiyle kısıtlanabileceği ifade edilmiştir. Yine az önce belirtildiği üzere Alman Anayasası İdarenin tüzük çıkarma yetkisini bile oldukça önemli ölçüde sınırlandırarak zayıf bir yürütme öngörmüştür. Bunlardan başka, Alman Anayasa Mahkemesinin istikrar bulmuş içtihatlarınca; temel hakların düzenlenmesinin İdarenin düzenleyici işlemlerine bırakılamayacağı görüşü benimsenmiş, temel hakkı da malvarlığı ve özgürlüğün oluşturacağı esası benimsenmiştir.⁴⁴

42 Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981'den nak., PIEROTH-SCHLINK, s. 64.

43 PIEROTH-SCHLINK, S. 64.

44 PIEROTH-SCHLINK, S. 64-65.

Almanya'da gerek mevzuat gerekse yargı içtihatları gereği, yasa koyucunun temel bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasında İdareye yetki tanırken koşulları, çerçevesi ve sonuçlarını kendisinin düzenlemesi gerektiği, yükümlülük öngören normun kişiye uygulanmasında kişinin, kamu görevlisinin öznel değerlendirmelerden etkilenmemesi, kanunu uygulamakla görevli kamu görevlisinin eşit bir uygulama yapması gerektiği, kanunun da kanunilik ilkesinin açıklık veya belirlilik alt ilkesine⁴⁵ uygun hükümler içermesi gerektiği esası benimsenmiştir.⁴⁶

Almanya'da "kanunilik" kavramının gelişiminde kaydedilen bu olumlu aşamalara rağmen söz konusu kavramın Anayasaya yansıtılmasında yeterli özen gösterilmemiştir. Gerçekten de Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasında; bir davranış, ancak işlenmesinden önce cezası kanunla belirlendiği takdirde cezalandırılabilirliği ifade edilerek birbirinden ayrılması olanaksız olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden sadece "kanunsuz ceza olmaz" ilkesini benimsemiştir.⁴⁷ Aslında Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasında yalnızca "kanunsuz ceza olmaz" ilkesinin benimsenmiş olmasının, kişi hak ve özgürlüklerine bir zararı bulunmamaktadır. Zira Alman Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihatlarıyla bu fıkranın yalnızca cezada değil, suçta da kanunilik ilkesini benimsediği esası kabul edilmiştir. Üstelik Mahkeme, Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrası gereği, yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda değil, her türlü suç ve cezalar ve bu arada idari suç ve cezalar bakımından da kanunilik ilkesinin, "kanunun tekelliliği" alt ilkesinin⁴⁸ geçerli olduğu sonucuna varmıştır.⁴⁹

Öte yandan Almanya'da, Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasının, kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkelerini de benimsediği sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda geçmişe yürütülen veya muğlâk ceza normları Anayasanın bu hükmüne aykırı düştüğü gibi orantılılık ilkesine de aykırı düşmektedir. Zira geçmişe yürütülen veya muğlâk ceza normlarına yönelik olarak orantılılık testinin

45 Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 77-143.

46 PIEROTH-SCHLINK, s. 65.

47 Aslında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi yalnızca günümüz Alman Anayasasında yetersiz bir şekilde kaleme alınmakla kalmamış, bunun yanında, Almanya'nın geçmiş anayasalarında da eksik bir şekilde kaleme alınmıştır. Örneğin Weimar Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden yalnızca "kanunsuz suç olmaz" prensibi benimsenmiştir.

48 Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelliliği" alt ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÜRSUN, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 26-75.

49 Krş. Moderne Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica, Paris 1993, s. 239.



yapılması olanaklı değildir. Daha açık bir deyişle, geçmişe yürüyen veya yeterli nitelikte açık yasal düzenleme öngörmeyen normlar için söz konusu testin uygulanmasına olanak yoktur.⁵⁰

Alman Anayasasının kanunilik kavramıyla ilgili hükümlerinin incelenmesini bitirmeden önce idari cezanın niteliği ile ilgili bir halden bahsetmek uygun olacaktır. Gerçekten de Anayasanın 104. maddesinde, idari cezanın olumsuz niteliğiyle ilgili bir durumdan bahsedilmektedir. Daha açık bir deyişle, bu maddenin 2. fıkrasında; bir kişiyi özgürlüğünden yoksun edecek veya özgürlüğünden yoksun olduğu durumu uzatmaya yönelik olarak yalnızca yargıcın karar vereceği, özgürlükten yoksunluğun yargı kararına dayanmadığı durumlarda gecikmeden bir yargı kararı alınmasının gerekli olduğu, polislin gözaltına aldığı kişiyi ancak ertesi günün sonuna kadar tutmaya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere kanunla bile hiçbir şekilde özgürlüğü bağlayıcı nitelikte idari suç ve ceza olamayacaktır.

II. ALMANYA'DA HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini incelemeye geçmeden önce, bu ülkede, söz konusu suç ve cezanın tarihçesi hakkında genel bir bilgi verilmesi uygun olacaktır.

Federal Almanya Cumhuriyeti; 17 ve 18. yüzyılda polis devleti, 19. yüzyılda liberal anayasal devlet, XX. yüzyıldan itibaren de sosyal anayasal devlete dönüşmüştür. Almanya'da günümüzde geçerli olan idare hukuku, Cumhuriyetin söz konusu aşamalarının gelişimini yansıtmakta ve şimdiki Bonn Anayasasının özgün şekline göre biçim almaktadır.⁵¹ Alman idare hukukunun bu tarihçesi, Almanya'nın hukuki ve siyasi demokrasi tarihinde idari suç ve cezaların yeni bir olgu olmadığını, tam aksine, söz konusu suç ve cezaların tarihsel açıdan en eski ve köklü olarak bulunduğu ülkenin Almanya olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Gerçekten de Almanya'da devletin kamu gücü kullanma ayrıcalığını gösteren "polis otoritesi" kavramı, yargı organlarının tekelci yetkisi altında tutulan cezalandırma yetkisinin, idari organlar tarafından kullanılması anlamını taşımaktadır.⁵²

Ancak Almanya'da çağdaş anlamda "idari suç ve ceza" uygulaması, II. Dünya Savaşından sonra başlamıştır. İdari suç ve ceza kuramının

50 Krş. PIEROTH-SCHLINK, s. 74.

51 SCHWARZE, s. 114.

52 MODERNE, s. 5.



temellerinin oluşturulmasında özellikle Goldschmidt⁵³ ve E.B. Schmidt⁵⁴ yaşamsal derecede önemli rol oynamışlardır. Bununla birlikte, bu değerli yazarların düşünceleri, II. Dünya Savaşına kadar uygulama alanı bulamamış, 1949 tarihli Anayasanın müdahaleci tutumundan sonra uygulamaya geçmiştir.⁵⁵

Bu bağlamda ceza hukukunda yer alan ekonomik suçları basitleştirmek hedefiyle 24 Haziran 1949 tarihli “Ekonomik Suçları Basitleştirme Kanunu” (Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrecht) çıkartılarak ekonomik suç ile ekonomik düzeni ihlal fiilleri arasında ayırım yapılmış ve birincileri mahkemelerin cezalandıracağı, buna karşın, ikinciler hakkındaki yaptırım, İdarenin uygulayacağı esası benimsenmiştir. Bu kanunda ekonomik suç; toplumun temel ekonomik çıkarlarını ihlal eden veya Devlet tarafından konulan ekonomik düzene aykırı olan fiiller şeklinde tanımlanmış, bunların dışında kalanların ise ekonomik düzeni ihlal fiillerini oluşturduğu esası benimsenerek ceza mahkemesinin kapsamı dışında tutulmuştur. Kanunda ekonomik düzene aykırı fiiller için suç veya ceza kavramını kullanmaktan özenle kaçınılmıştır. Zira Alman Anayasasının 92. maddesi,⁵⁶ ceza mahkûmiyetinin mahkeme dışı bir organ tarafından verilmesini yasaklamıştır. Söz, yargı yetkisinin kullanılmasından açılmışken konuyla ilgili anayasal gelişmelere bir göz atmak uygun olacaktır.

Alman Anayasasının 92. maddesinde yargı yetkisinin yargıçlara ait olduğu, 101. maddesinin 1. fıkrasında ise istisnai mahkemelerin kurulamayacağı, hiç kimsenin kanuni hâkim güvencesinden yoksun bırakılmayacağı ifade edilmiştir. Anayasanın 92. maddesi, 18 Haziran 1968 tarihinde değiştirilmeden önce suç ve kabahatin işlendiğini belirleme ve buna uygun cezayı vermede yalnızca ceza yargıcının yetkili olduğunu belirtmekte ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesi⁵⁷ 1968 yılından önce vermiş olduğu kararlarda mali konular veya idari ihlallerde suç ve cezayı saptama konusunda İdareye verilen yetkileri iptal etmekteydi.⁵⁸

53 Goldschmidt'in görüşleri için bkz. MAHMUTOĞLU F. Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1995, s. 59-61.

54 E.B. Schmidt'in görüşleri için bkz. MAHMUTOĞLU, s. 67-69.

55 MODERNE, s. 12.

56 Anayasanın 92. maddesi; yargı yetkisinin yargıçlara ait olduğu, bu yetkinin, Federal Anayasa Mahkemesi, bu anayasada öngörülen federal mahkemeler ve eyaletlerin mahkemeleri aracılığıyla kullanılacağı ifade edilmiştir.

57 Alman Anayasa Mahkemesi Karlsruhe'de kurulduğu için “Karlsruhe Mahkemesi” olarak da adlandırılmaktadır.

58 MODERNE, s. 180-181.



Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararlarına karşın, ilginç bir şekilde az sonra ayrıntılı bir şekilde görülecek olan 1952 tarihli Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Yine ilginç bir şekilde Anayasa Mahkemesi 1967, 1968 ve 1969 yıllarında vermiş olduğu kararlarda bu kanunu Anayasaya uygun bulmuştur. İdari suç ve cezaların niteliği bakımından yaşamsal bir önem taşıdığı için bu kararlar üzerinde ayrıntılı olarak durulması faydalı olacaktır.

Karlsruhe Mahkemesi, 6 Haziran 1967 tarihinde vermiş olduğu kararda, Anayasanın 92. maddesi gereği, ceza yargıcının ceza hukukunun çekirdeğini oluşturan suçlarda tekel yetkisine sahip olduğunu, yasa koyucunun isterse küçük suçlarda da ceza yargıcına tekel yetkisi tanıyabileceğini, çekirdek veya ceza mahkemesinin yargılama tekeline bırakılmayan küçük suçlar dışındaki diğer ihlaller hakkında yasa koyucunun “düzene aykırılık” şeklinde bir nitelendirme yaparak ve yargısal onaya tabi tutmayarak bu fiilleri işleyenlere İdare tarafından ceza verilmesini öngörebileceğini belirtmiştir. Yine bu kararda, idari cezaya karşı kural olarak ceza mahkemelerine başvuru yolunun öngörülmesinin, idari cezanın hukuka uygun olabilmesinin önkoşulu olduğu ifade edilmiştir.⁵⁹ 22 Şubat 1968 tarihli kararda, ceza hukukunun kapsamına girse bile para cezasını gerektiren küçük suçlar ile kanun koyucunun “adalet politikası” değerlendirmesine göre ceza hukukunun kapsamına sokmadığı suçları idari suçlara dönüştürülebileceği sonucuna ulaşılmıştır. 16 Temmuz 1969 tarihli kararda ise kanun koyucunun pozitif hukukta idari müdahalenin alanını değiştirebileceği veya yasama politikasının, küçük suçların doğasını farklı şekilde değerlendirebileceği ifade edilmiştir. Mahkeme bu kararında, bir hukuka aykırılığın önemini, yasa koyucunun; fiilin etiketine, daha açık bir deyişle, davranış hakkında değer yargısına, sosyal-moral kınanmasına, failin kusuruna ve korunan hukuki varlık veya menfaatlerin derecesi gibi değişik unsurlara göre saptamak bakımından özgür olduğunu belirtmiştir.⁶⁰

Sonuç olarak Alman Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında, çok ciddi suç ve cezalar ile küçük bile olsa açıkça ceza hukukunun kapsamına sokulan suç ve cezalar dışındaki diğer hukuka aykırı fiillerin idari suç ve cezalara dönüştürülebileceğini, ancak idari suç ve cezalara karşı genel ceza mahkemelerine başvuru hakkının hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacağı görüşünü savunmuştur.⁶¹

59 MODERNE, S. 321 ve dn. 109.

60 Bkz. MODERNE, s. 182.

61 Bkz. MODERNE, s. 182-183.

Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalar hakkında genel kanunu, 25 Mart 1952 tarihli "Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun"⁶² (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) oluşturmaktadır. Bu kanun, 24 Mayıs 1968 tarihinde köklü bir değişikliğe uğramış ve 19 Şubat 1987 tarihinde tekrar değiştirilmiştir. 1987 yılında yapılan değişiklik, 1968 yılında yapılan köklü değişimin altında yatan felsefenin devamı üzerine kurulmuştur.⁶³

Ekonomik Suçları Basitleştirme Kanunu ve Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun ile Almanya'da önemli bir depenalisation⁶⁴ yapılmıştır. Bu ülkede depenalisation akımı salt bu kanunlarla sınırlı kalmamış, 1957 yılında rekabet, 1970 yılında trafik, 1974 yılında gıda, 1976 yılında mali düzen, çevre ve kent konularında düzeni ihlal eden fiiller için yaptırımlar öngörülmüştür. Bu kanunlar, cezai idare hukuku kapsamına giren fiiller ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaları farklılaştırmışlar ve çıkarıldıkları konularda öngörülen fiiller hakkında idari suç ve cezaya yönelik hükümler koymuşlardır.⁶⁵ Bu kısa açıklamadan sonra Almanya'da idari suç ve cezalar hakkında genel nitelikli kanun olan Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun hakkında genel hatlarıyla bir bilgi verilmesi uygun olacaktır.

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, disiplin suç ve cezalarını kendi kapsamı dışında tutmuş, kapsamına salt halka yönelik idari suç ve cezaları almıştır. Öte yandan bu kanun halka yönelik idari suç ve cezalar hakkında yalnızca genel hükümlere yer vermiş, özel suç tiplerine yer vermemiştir.⁶⁶

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, halka yönelik idari suç ve cezalar için ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalara nazaran farklı bir terminoloji kullanılmıştır. Somut bir deyişle Kanun, halka yönelik idari suçlar için "düzene aykırılıklar" (Ordnungswidrigkeiten) ifadesini kullanmıştır. Bunun gibi Kanunda idari cezanın "küçük ihlaller"

62 Bu kanun, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun temel esin kaynağı olduğu gibi Portekiz'in idari ceza konusunda yaptığı düzenlemeler de de temel esin kaynağı olmuştur. Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun Portekiz mevzuatını nasıl etkilediği konusunda bilgi için bkz. MODERNE, s. 125.

63 MODERNE, s. 12-13.

64 Depenalisation; ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiillerin, idare hukuku anlamında hukuka aykırı fiillere dönüştürülmesi, kısacası, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaların, idare hukukunun kapsamı içerisine sokulması anlamını taşır. Bu kavramla bağlantılı diğer bir kavram "decriminalisation" dur. Bu ise belirli fiiller için her türlü cezalandırıcı yaptırımlardan vazgeçilmesi anlamını taşır. Bununla birlikte Toroslu, bizim depenalisation olarak adlandırdığımız kavramı decriminalisation, decriminalisation olarak adlandırdığımız kavramı ise depenalisation olarak adlandırmaktadır. Bkz. Toroslu Nevzat, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987, s. 4-5.

65 MODERNE, s. 13.

66 Krş., MODERNE, s. 158.

için konulduğu belirtilmiş ve onun için de farklı bir sözcük kullanılmıştır. Yine Kanun, ceza hukuku açısından cezalar için “strafen” sözcüğünü kullanmasına karşın, idari anlamdaki cezalar için “geldbusse” sözcüğüne yer vermiştir.⁶⁷

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunda, idari suç ile ceza hukukunun kapsamına giren suç arasında ayrımı yapmak doğrultusunda bir çaba gösterilmiştir.⁶⁸ Buna göre, Kanunun orijinal 1. maddesinin 1. fıkrasında düzene aykırılık; para cezası ile cezalandırmaya cevaz veren, bir kanuni tipi gerçekleştiren, hukuka aykırı olan ve kınanabilen (muaheze edilebilen) bir fiil şeklinde tanımlanmakta, bu maddenin 2. fıkrasında ise para cezasını gerektiren bir fiil, kınanabilir tarzda işlenmiş olmasa dahi, 1. fıkra anlamında kanuni tipi gerçekleştiren hukuka aykırı bir fiil olduğu ifade edilmiştir.⁶⁹ Ancak Kanunun 1. maddesinde yapılan bu tanım, 1987 yılında yapılan değişiklikle kısmen değiştirilmiştir. Kanunun değişik 1. maddesine göre, kusurlu ve yasal tipe uygun ve kendisine “parasal” (mali) ceza verilen hukuka aykırı her davranış, “idari düzene aykırılık” olarak adlandırılır.⁷⁰

Az önce belirtildiği üzere Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, idari suç ve cezalar ile ceza hukuku suç ve cezaları arasında organik ve şekli bir ölçütle ayrım yapmadığı⁷¹ için idari cezayı verme yetkisini yalnızca idari makamlara değil, ceza yargılama organlarına da vermiştir. Söz konusu çifte yetki yüzünden bu ülkede, idari cezaların ceza hukuku yaptırımları

67 MODERNE s. 116-117.

68 Çaba gösterilmiştir diyoruz zira bu çaba pek fazla başarılı olamamıştır. Çünkü bu kanun ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında niteliksel veya niceliksel bir ayrım yapılabileceği varsayımıyla hareket etmiş, organik ve şekli ölçütü benimsememiştir. Nitekim bu benimsememenin sonucu olarak yargıç ve savcıya idari ceza tayin etme yetkisi vermiştir. Hâlbuki ceza hukuku suç ve cezası ile idari suç ve ceza arasında organik ve şekli ölçüt dışında ayrımı yapabilecek başka bir sağlam ölçüt bulunmamaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 383-398.

69 İÇEL Kayıhan ve YURTCAN Erdener, “Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu”, İÜHF, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 439-440.

70 MODERNE, s. 124.

71 Düzene Aykırılıklar Kanununda idari para cezasına karşı ceza mahkemelerine gidileceği esasının benimsenmesi (bkz. MODERNE, s. 322) kanımızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında organik ve şekli ölçüte göre ayrım yapılmadığının bir başka kanıtını oluşturmaktadır. Zira eğer bu ölçüte göre ayrım yapılsaydı idari ceza işlemlerine karşı salt idari yargı organlarına gidilebilmesi gerekirdi. Aslında idari cezaya karşı ceza mahkemelerine başvurulabileceği esasının benimsenmesi Almanya’da idari suç ve cezanın ceza hukukunun bir kolu olarak görüldüğünün somut bir kanıtını oluşturmaktadır. Nitekim bu ülkede idari suç ve ceza, bizim tercih ettiğimiz bir deyimle, cezaî idare hukuku, klasik idare hukuku kitaplarında değil genel ceza hukuku kitaplarında işlenmektedir.

veya ahlakla “ilgisiz” (neutral) idari cezalar mı olduğu duraksamalar yaşanmaktadır. Gerçekten de Almanya'da idari cezalarla ilgili kanun (ordnungswidrigkeiten) “idari para cezası”nın (Geldbussen) uygulanması bakımından İdarenin yanında ceza mahkemelerine de yetki vermektedir. Bu cezalar, kanun koyucunun değerlendirmesine göre “küçük suçlar”ın (Übertretungen) yerini almış ve Birleşik Krallıktaki düzenleyici suçlara (regulatory offences) benzerlik göstermiştir. Bununla birlikte Almanya'da idari para cezasının, ceza mahkemesi tarafından uygulansa bile gerek halk gerekse failleri tarafından “cezai yaptırım” olarak değerlendirilmediğini belirtmek gerekir.⁷²

Alman Düzene Aykırılıklar Kanununda modern demokrasilerde pek fazla rastlanılmayan garip bir hükme yer verilmiştir. Gerçekten de bu kanunda idari para cezasının ödenmemesi durumunda yargıcın 6 ayı geçmeyecek derecede hapis cezası verebilmesi usulü öngörülmüştür.⁷³ Kanımızca böyle bir usulün öngörülmesi utanç vericidir. Gerçekten de parasal nitelikli bir cezanın ödenmemesi durumunda özgürlüğü bağlayıcı bir cezanın verilebilmesi, her şeyden önce, en yüce değer olan insan özgürlüğünü adaletsiz bir şekilde kısıtlamak anlamını taşır ki bunu günümüz değer yargılarıyla bağdaştırabilmek olanaksızdır.⁷⁴

Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu hakkında verilen bu genel bilgilerden sonra söz konusu kanunda kanunilik ilkesinin nasıl düzenlendiği üzerinde durmak faydalı olacaktır. Ancak bu incelemiden önce halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması konusunda Alman öğretisinde ileri sürülen görüşlere kısaca temas etmek yerinde olacaktır. Burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki konu hakkında Alman öğretisi farklı bakış açısını benimsemiştir. Bir bakış açısına göre, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, kural olarak geçerli olmalı, ancak İdareye de hareket serbestisi olanağının tanınması gerekir. Diğer bir deyişle, kanunilik ilkesin, bu alanda katı ve

72 HEFENDEHL Roland, Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western legal Systems, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 4: 283, 2000, s. 286.

73 Konu hakkında fazla bilgi için bkz. MODERNE, s. 111.

74 Öte yandan bu hükmü, AİHS'in 5. maddesinin 1. fıkrasıyla bağdaştırabilmek de olanaklı gözükmemektedir. Zira söz konusu fıkrada özgürlüğün sınırlandırılabilmesi hâller “sınırlı sayıda” (numerus clauses) olmak üzere sayılmış ve bunlar arasında “idari para cezasının ödenmemesi” durumuna yer verilmemiştir. İdari para cezasının ödenmemesi hâlinde yargıç eliyle olsa bile hapis cezasının verilebilmesi çağdaş anayasal ilkelerle de uyumluluk taşımamaktadır. Belediyelerin vereceği idari para cezasının ödenmemesi hâlinde özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüştürülmesini öngören ve 1960'lı yılların ortasında hazırlanan Belediye Ceza Kanunu Tasarısının anayasal ilkelere hangi bakımdan aykırı düşeceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ERSOY Yüksel, “Belediye Cezaları ve Belediye Zabıtası”, AÜSBFD, Cilt: XXII, No: 1, Mart-1967, s. 139-140.



sert bir biçimde değil esnek bir şekilde uygulanması gerekir.⁷⁵ Örneğin bu yazarlardan Rossenkötter, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kaynağını oluşturan “açıklık” kuralının ancak günlük yaşamın izin verdiği ölçüde göz önünde bulundurulabileceğini, aksi takdirde toplumsal yaşantının acil gereksinimlerinin giderilebilmesinin olanaklı olamayacağını ifade etmektedir. Yazar, kimi durumlarda, tipe uygun eylemin tanımı için kullanılan sözcüklerin herhangi bir yorum gereksinim duyulmaksızın anlaşılabilir nitelikte olduğunu, sözgelimi, araç, şoför, sollamak, gürültü yapmak gibi ifadelerin bu türden olduğunu, buna karşılık, bazı kavramların kullanılması ve bunların içeriğinin doldurulmasının zorunlu bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmasının kaçınılmaz olduğunu, örneğin, “kaçınılabılır”, “gerekli”, “uygun olmayan” ve “yeterli olmayan” şeklindeki ifadelerin bu türden olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu gibi durumlarda, aşırı titizlik gösterilmesinin, toplumsal yaşamın çok yönlülüğüne egemen olabilmek olanağını da kendiliğinden ortadan kaldıracabileceğini, öyle ise kanunilik ilkesine idari suç ve cezalarda olanaklar ölçüsünde uyulmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir.⁷⁶

Buna karşılık, diğer bir bakış açısına göre ise halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi “katı” (rigid) bir şekilde uygulanması gerekir.⁷⁷ Örneğin bu yazarlardan Göhler anayasal esaslardan hareket ederek, düzene aykırılık teşkil eden eylemler bakımından kanunilik ilkesine yasalarda yer verilip verilmemesinin bir öneminin bulunmadığını, kanunilik ilkesinin bütün zorunlu yan sonuçlarıyla birlikte düzene aykırılık oluşturan fiiller bakımından da geçerli olduğunu, tipe uygun eylemin ve buna ilişkin hukuksal sonuçların saptanmasının idari makamların emir ve talimatlarına bırakılmayacağını ifade etmektedir.⁷⁸

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, öğretilerdeki bu görüşlerden ikincisini benimseyerek halka yönelik idari suç ve cezalarda katı bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Üstelik Kanunun 3. maddesinde idari suç ile idari ceza arasında herhangi bir ayırım yapılmayarak⁷⁹ her ikisinde de kanunilik ilkesinin uygulanmasının

75 Bkz. MAHMUTOĞLU, s. 104.

76 Rossenkötter, G. Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage, Stuttgart-München 1988, s. 17-18, nak., MAHMUTOĞLU, s. 104-105.

77 Bkz. MAHMUTOĞLU, s. 105.

78 Göhler, E. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 9. Auflage, München, 1990, s. 31, nak., MAHMUTOĞLU, s. 105.

79 Yukarıda belirtildiği üzere Anayasanın 103. maddesinin 2. Fıkrası, böyle bir ayırım yaparak, yalnızca “kanunsuz ceza olmaz” esasını benimsemiştir.

şart olduğu ifade edilmiştir.⁸⁰ Konu oldukça önemli olduğundan Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun, kanunilik ile ilgili hükümleri üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmak faydalı olacaktır.

Alman Anayasasının kanunilik ilkesiyle yakından ilgili olan yukarıda incelenen 103. maddesinin 2. fıkrası hükmünden idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsendiği açık bir şekilde görülememektedir. Bununla birlikte, Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, 1968 yılında Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunda yapılan değişiklik ile açıkça benimsenmiştir. Aslında Almanya'da suç ve cezada kanunilik ilkesinin formüle edilmesinde, Anayasada yeterli özen gösterilmese de ceza normlarında bu özenin yeterli bir şekilde gösterildiğini belirtmek gerekir. Nitekim Alman Ceza Kanununun 1. maddesinde ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu belirtildiği gibi Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun 3. maddesinde de halka yönelik idari suç ve cezalarda da kanunilik ilkesi benimsendiği belirtilmiştir.⁸¹ Daha açık bir deyişle, Kanunun 3. maddesinde, fiilin işlenmesinden önce cezası kanun tarafından belirlenmeyen bir davranışın “düzene aykırılık” (Ordnungswidrigkeit) suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiştir. Bu kanunun 4. maddesinde ise kamusal idari suç ve ceza içeren normlar hakkında kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” (lex praevia) alt ilkesinin nasıl uygulanacağı örtülü olarak kurallara

80 MODERNE, s. 238.

81 Gerçekten de Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun 3. maddesinin 1968 yılı değişikliğinde; bir fiilin ancak işlenmesinden önce kanun tarafından cezalandırılması öngörüldüğü takdirde düzene aykırılık olarak cezalandırılabileceği, para cezasının fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre tayin edileceği, fiilin işlenmesinden cezalandırılmasına kadar geçen dönemde yapılan kanun değişikliklerinde en lehte olan kanunun uygulanacağı, belirli bir süre için çıkarılan bir kanun, yürürlükten kalksa bile yürürlüğü sırasında işlenen düzene aykırılıklar hakkında uygulanacağı, bir düzene aykırılığın yan yaptırımları bakımından da bu hükümlerin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir. Bkz. İÇEL / YURTCAN, s. 440-441. Bu hükümden anlaşılacağı üzere Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği, kanunun açıklığı ve kanunun geriye uygulanmazlığı alt ilkeleri birlikte uygulanacaktır. Bu bağlamda suçları saptayan kanun hükümlerinin tanımlarının belirli olması, bir başka deyişle açık ve kesin olması (nullum crimen sine lege certa) ve bu bağlamda yargıcın örneksene (kıyas) yoluyla suç yaratamaması (nullum crimen sine lege stricta), kanunların failin zararına olarak geçmişteki olaylara uygulanamaması (nullum crimen sine lege praevia) ve gelenek ile göreneklere dayanarak bir eylemin cezalandırılmaması, kısacası “kanunun tekelciliği” (nullum crimen sine lege scripta) alt ilkeleri düzene aykırı fiil ve eylemler bakımından da geçerlidir. Krş. İÇEL Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İÜHFEM, Cilt: L, Sayılar: 1-4, 1984, s. 121-122. Az önce belirtildiği üzere kanunların failin zararına olarak geçmişteki olaylara uygulanamaması (nullum crimen sine lege praevia), bir başka deyişle, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesi, 1987 yılı değişikliğiyle, örtülü bir şekilde düzenlenerek, 4. maddeye alınmıştır.



bağlanmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasında, fiilin işlendiği sırada yürürlükte olan kanunun uygulanacağı, 2. fıkrasında işlenecek fiilin saptanmasında icrai veya ihmali davranışın gerçekleşme zamanının dikkate alınacağı, yürürlükteki kanunun saptanmasında da bu ölçütün geçerli olacağını, 3. fıkrasında suç failinin lehinde olan hükümlerin geçmişe yürüyeceği, 4. fıkrasında ise geçici dönem için çıkartılan kanunlar açısından bu dönemde işlenen suçlar bakımından lehe olan kanunun geçmişe yürütülmesi ilkesinin uygulanmayacağı, kanun yürürlükten kalksa bile uygulamaya devam edileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Kanunun 4. maddesinde aleyhe olan düzene aykırı normların geriye yürütülmeyeceği, teknik ve hukuki bir deyişle, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesinin uygulanacağı konusunda açık bir hükme yer verilmmiştir. Ancak maddede lehe olan ceza normlarının geriye yürütüleceği esasının belirtilmesinden kanımızca aleyhe olan ceza normlarının geriye yürütülemeyeceği sonucunu çıkartabilmek olanaklıdır. Zira aksi ile kanıt yönteminin kullanılması sonucu, lehe olan kanunun geriye yürütülmesinden, aleyhe olanların geriye yürütülmeyeceği esasının geçerli olduğu ortaya çıkmaktadır.⁸²

Almanya’da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesine yasalarda bu şekilde büyük önem verildiği gibi idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesine de büyük önem verilmiştir. Daha açık bir deyişle, Alman idare hukuku, idari suç ve cezaların yasallık ilkesine uyum sağlamasını öngören tedbirler almıştır. Gerçekten de Alman İdari Usul Kanunu bütün yükümlendirici işlemlerin ve bu arada yükümlendirici bireysel bir işlem niteliği taşıyan idari ceza işlemlerinin, kanunilik ilkesine uygun olması gerektiğini aramıştır. Daha somut bir deyişle, Alman İdari Usul Kanununun 35. maddesinde, idare tarafından yapılan bireysel idari işlemlerle genel veya soyut hukuk kuralları koyan yasa veya tüzük arasında kavramsal ve kuramsal farklılık öngörülerek, bir idari işlemin hukuka uygun olabilmesi için yetkili makam ve merci tarafından usul ve şekillere uygun olarak çıkartılmasının ve öze yönelik esaslı bir kusur içermemesi gerektiği,

82 Bu bağlamda düzene aykırılık teşkil eden bir ceza normunun değiştirilerek failin aleyhine hüküm içermesi durumunda Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrası gereğince, fiilin işlendiği sırada geçerli olan ceza normu uygulanacak, aleyhe olan hükümler geçmişe etkilemeyecektir. Kanımızca, Alman yasalarında kanunilik ile ilgili olarak yer alan bu hükümlerin kökenini Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “cezada kanunilik” (nulla poena sine lege) prensibi oluşturmaktadır. Krş. Moderne, s. 201-202. Moderne burada Alman Anayasasının 103. maddesinin 2. fıkrasında “suçta kanunilik” (nullum crimen sine lege) ilkesinin benimsendiğinden bahsetmektedir ki bu ifadesinin doğru olmadığını belirtmek gerekir.

söz konusu koşullardan herhangi birisine uygun olmayan idari işlemin hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir.⁸³

Görüldüğü üzere, Alman İdari Usul Kanununun 35. maddesi gereği, yükümlendirici işlemlerin ve bu arada idari ceza işlemlerinin temel hak ve özgürlükler dâhil üst hukuk normlarıyla uyum içerisinde olması, kısacası kanunilik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Buna ek olarak, bir idari yükümlülüğün, ancak kanunla düzenlenebileceği belirtilen hâllerde söz konusu yükümlülüğün kanuna dayanması, kanunun da özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili olanların Anayasaya uygun olması şarttır. Almanya'da temel hak ve özgürlükler öyle önemlidir ki, kanunda tanımlanmayan kavramların yorumunda ve idari takdir hakkının kullanılmasındaki sınırların saptanmasında da bu hususa büyük önem verilmektedir.⁸⁴

Yukarıda belirtildiği üzere suç ve cezada kanunilik ilkesi, Alman Anayasasına yeterli ölçüde yansımaya bile Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasadaki yetersiz hükmü, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin gerekleri doğrultusunda yorumlamıştır. Bu yorum sayesinde yasalarda suç ve cezada kanunilik ilkesinin yetersiz veya eksik düzenlenmesinin pek fazla bir önemi kalmamıştır. Gerçekten de 1952 yılında çıkartılan Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun ilk hâlinde “düzene aykırı fiiller” (ordnungswidrigkeiten) bakımından kanunilik ilkesinden açıkça bahsedilmiyordu. Bu ilkenin söz konusu kanunda 1968 yılında yapılan değişiklikle açıkça benimsendiği tarihe kadar Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihatlarıyla; halka yönelik idari suç ve cezalarda, daha somut bir deyişle, düzene aykırılık oluşturan fiiller bakımından kanunilik ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanması gerektiği görüşü savunulmuştur.⁸⁵ Hatta Anayasa Mahkemesi halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesine öyle önem vermiştir ki bu ilkenin Anayasanın 20. maddesinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesi ile birlikte her türlü cezai hukukun⁸⁶ temelini oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.⁸⁷ Kısacası, halka

83 SCHWARZE, s. 218-219. Alman Federal İdare Mahkemesi, daha somut bir şekilde, bir idari tasarrufun şu durumda hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir: “Mevcut hukuk normlarının yanlış uygulandığı her durumda, bir idari tasarruf hukuka aykırıdır. Bkz. SCHWARZE, s. 219 ve dn. 24.

84 Bkz. SCHWARZE, s. 219.

85 Fazla bilgi için Moderne, s. 202 dn. 24'de belirtilen yazarların eserlerine bkz.

86 Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak her türlü suç ve cezada (Ancak az sonra anlatılacağı üzere Alman Anayasa Mahkemesinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki içtihatları istikrarsız bir nitelik göstermektedir) ve bu arada halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varmıştır.

87 Fazla bilgi için bkz. MODERNE, s. 202 ve dn. 25-27'de belirtilen yazarlar.



yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı, Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla anayasal bir ilke olarak açıkça benimsenmiştir.⁸⁸

III. ALMANYA'DA DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

Bu kısımda öncelikle Alman kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulacaktır. Bu uygulamanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için her şeyden önce bu ülkede kamu görevlilerinin statüsü hakkında genel bir bilgi verilmesi uygun olacaktır. Almanya'da "kamu çalışanı" statüsü şemsiye bir kavram olup bunun içerisine "devlet memuru" (Beamte), "kamu hizmetlisi" (Angestellte) ve "kamu işçisi" (Arbeiter) girmektedir.⁸⁹

Kamu hizmetini gören kamu çalışanları özel bir disiplin düzenine⁹⁰ tabi tutulmalarına karşın, bu düzen sadece devlet memurları için uygulanmakta olup kamu hizmetlisi ve kamu işçilerine uygulanmamaktadır. Gerçekten de devlet memurlarının sıkı bir şekilde görev ve yetkileri tanımlanmış, disiplin yaptırımları açıkça öngörülmüş, ücret, sağlık ve emeklilik, hizmet öncesi eğitim, kadro dizgesiyle kariyer basamakları saptanmış ve onların kamu hukuku rejimine tabi tutulmaları sağlanmıştır. Buna karşın, kamu hizmetli ve işçisi, özel sektörün tabi olduğu hukuka ve kamu sektörü endüstri ilişkilerine bağlı kılınmıştır.⁹¹ Daha doğru bir deyişle, Federal Almanya'da kamu hizmetli ve işçisi temel olarak iş kanununa tabi kılınmıştır. Bunların statüleri ise Medeni Kanunun düzenlediği özel hukuk sözleşmesi, toplu sözleşme ve usul kurallarına dayalı olarak saptanmıştır.⁹²

88 MODERNE, s. 203.

89 KUHLMANN Sabine ve RÖBER Manfred, Civil Service in Germany: Characteristics of Public Employment and Modernization of Public Personnel Management, 14-15 Mayıs 2004 tarihinde Bordeaux, Goethe-Institut'de yapılan Modernization of State and Administration in Europe: A France-Germany Comparison adlı Toplantıda Sunulan Metin, s. 3. (<http://www.uni-konstanz.de/bogumil/kuhlmann/Download/KuhlmannRoeber1.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2010).

90 Almanya'da kamu yönetiminin oldukça organize olmuş bir disiplin dizgesi bulunmaktadır. Gerçekten de, Almanya'da kamu kurum veya kuruluşunun iç hizmet kurallarını ihlal edenler için oldukça geniş yelpazede yer alan disiplin yaptırımları öngörülmüştür ki bu yaptırımlar yasal süreçlere dayalı olarak ilgili kamu görevlisinin savunmaları alınarak uygulanmaktadır. Bkz. Gaudemet, P.M., s. 152 ve devamından naklen Fougère Louis, Civil Service Systems Essays and Texts (Fransızca Özgün Adı: La fonction publique: Etudes et choix de textes commentés; İngilizce'ye çevirenler: Ruth Murphy ve Robert North), Unesco, Brussels 1967, s. 318.

91 KUHLMANN ve RÖBER, s. 3.

92 The Status of Public Officials in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999, s. 12.

Almanya'da bir tarafta devlet memurluğu, diğer tarafta kamu hizmetlisi ve işçi şeklindeki kamu istihdamının bu ikili yapısı Almanya'nın tarihsel geleneklerine dayanmaktadır. Çünkü Alman Anayasasının 33. maddesinin 4. fıkrasında, egemenlik hak ve yetkilerinin yerine getirilmesi görev ve yetkisinin esas itibarıyla, "sürekli" (daimi) bir görev olarak idari iş ve sadakat ilişkisinde bulunan kamu görevlilerine bırakılacağı, 5. fıkrasında ise kamu hizmetleri hukukunun, memurluğun gelenek ve âdetleri göz önüne alınarak düzenleneceği ve geliştirileceği ifade edilmiştir. Kısacası bu hükümlerle kamu hizmetleri hukuku ve kamu yönetim düzeni işlevini yerine getirebilmek için devlet memuru mevkileri kurulacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasada yer alan bu hükümlerle devlet memurluğuna öncelik veren ikili bir yapı oluşturulmuştur. Bununla birlikte, XX. Yüzyılda Alman kamu istihdamının ikili yapısı anlamlı olmasına karşın günümüzde bu ayrımın pek fazla önemi kalmamıştır, çünkü ikili yapı arasındaki farklılıklar gittikçe kaybolmaya başlamıştır.⁹³

Az önce bahsedilen Anayasanın 33. maddesinin⁹⁴. ve 5. fıkralarında özetle, memurların kamu hukukuna bağlı olarak statü hukuku çerçevesinde istihdam edileceği ve kamu hizmetlerini yerine getirecek temel kategorinin memurluk olduğu belirtilmiştir. Ancak bu ülkede 1980'li yıllardan itibaren kamu personel rejiminde esneklik yönünde ortaya çıkan ve memurluğu belirli süreli sözleşme ile istihdam etmeye dayanan bir akım ortaya çıkmıştır. Bu akım, memur sendikaları ve devlet memurları tarafından pek hoş karşılanmamıştır. Daha açık bir deyişle, söz konusu örgütler ve memurlar, Anayasanın bahsedilen hükümlerini dayanak alarak sözleşmeli istihdama karşı çıkmışlardır. Bu bağlamda Almanya'da devlet memurlarının, esnek, daha açık bir deyişle, sözleşme ile istihdam edilmesi yönündeki en büyük düşünsel engeli, Anayasa ve örgütlü memurlar oluşturmuşlardır. Bir başka deyişle, Almanya'da memurların sözleşme ile istihdam edilmesi ya da maaşlarının kanunla düzenlenmesi ilkesinin tersine olarak performans dayalı ve bireysel olarak belirlenmesi

93 Krş. KUHLMANN ve RÖBER, s. 3.

94 Anayasanın "(y)urttaşlık haklarında eşitlik; memurların durumu" başlıklı 33. maddesi şu şekildedir: (1) Her Alman, her eyalette, yurttaş olarak, eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. (2) Her Alman, ehliyet ve mesleki yeteneğine göre, eşit olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. (3) Medeni ve siyasal haklardan yararlanma, kamu hizmetlerine alınma, kamu hizmetlerinde kazanılan haklar, ilgilinin dini inancına bağlı değildir. Hiç kimse, bir mezhebin üyesi olduğu veya olmadığı için veya felsefi görüşü yüzünden mağdur edilemez. (4) Egemenlik hak ve yetkilerinin yerine getirilmesi, esas itibarıyla, daimi bir görev olarak idari iş ve sadakat ilişkisinde bulunan kamu görevlilerine bırakılır. (5) Kamu hizmetleri hukuku, memurluğun gelenek ve âdetleri göz önüne alınarak düzenlenir ve geliştirilir." Bkz. RUMPF ve SCHÜLLER Uzar, s. 32.



gibi esneklik esasına dayalı düzenleme yapılması önündeki akım, ciddi bir düşünsel direnişle karşılaşmıştır.⁹⁵

Ancak Almanya’da anayasal ilkeler engeli ve memur sendikalarının güçlü direnişi bulunmasına rağmen, memurluk rejimini esnekleştirme yönünde çabaların uygulamaya geçirilmesi tam olarak durdurulamamıştır.⁹⁶ Nitekim Almanya’da kamu personel rejimini esnekleştirme yönündeki politikalar, “geçici personel”in (angestellte) sayısal olarak artırılmasıyla uygulamaya konulmuştur. Bu bağlamda özellikle iki Almanya’nın birleşmesi sonrasında memur sayısı azaltılmış, buna karşın geçici personel sayısı çoğaltılmıştır. Özellikle kamu personelinin en yoğun olarak bulunduğu eyalet ve yerel yönetimlerde geçici personel sayısı, memurlara oranla hızla artmış ve artmaya da devam etmiştir. Böylelikle, anayasal ilkelerin güvencesinde bulunmasına karşın, memurluk, Almanya’da sınırlı sayıda personelin istihdam edildiği bir kategori hâline dönüşme eğilimini taşımıştır. Anayasada öngörülen güvencelerin arkasından dolaşarak içinin boşaltılmasını, böylelikle de fiili olarak statü hukukuna bağlı memurların “sayısal” (nicel) olarak sınırlanmasını, Almanya’da esneklik yönündeki akımın uzun erimli bir stratejisi olarak kabul etmek gerekir. Bu çerçevede söz konusu stratejinin uzun erimli ereğinin; kamu personel rejimi bakımından öngörülen anayasal ilkelerin uygulama alanını sayısal olarak daraltarak, söz konusu ilkelerin içlerini boşaltılması olduğunu söyleyebilmek olanaklıdır.⁹⁷

Federal Almanya’da devlet memurlarıyla ilgili genel bir kamu hizmeti kanunu bulunmamaktadır. Ancak genel bir kanun olmasa da devlet memurlarıyla ilgili temel ilkeler Anayasada yer almış, bunun yanında, çeşitli kanunlarda devlet memurları hakkında hükümlere de yer verilmiştir. Daha açık bir deyişle, çeşitli kanunlarda devlet memurlarının hak ve yükümlülüklerini gösterilmiş, onların emeklilikleri düzenlenmiş,

95 Krş. ASLAN O. Ender, Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri, TODAİE Yayınları, Ankara 2006, s. 114-115.

96 Burada “tam olarak durdurulamamıştır” ibaresini bilinçli bir şekilde kullanmaktayız. Zira bu fikri direnç kısmi bir başarıya ulaşmıştır. Daha açık bir deyişle, 1997 yılında çıkartılan Memurluk Kanunuyla eyalet ve belediyelerde çalışan kamu görevlilerinin performansa dayalı olarak ücretlendirilmesi ve kısa süreli sözleşmelerle istihdam edilebilmesi hükme bağlanmış, Kanunun görüşmeleri sırasında, Federal memurlar için de esneklik öngören tasarılar, anayasal ilklere aykırı olduğu gerekçesiyle Parlamento tarafından kabul edilmemiştir. Bu bağlamda Almanya’da anayasal ilkelere dayanan, daha açık bir deyişle, yaşam boyu kariyere dayalı istihdam ve ulusal düzeyde toplu sözleşme görüşmeleriyle belirlenip Federal Parlamento tarafından kanun ile uygulamaya konulan güvenceli maaş rejiminin federal kamu çalışanları bakımından sürdüğünü belirtmek gerekir. Krş. ASLAN, s. 115-116.

97 ASLAN, s. 116.

ayrıca Devlet Memuru Vekâlet Kanunu ve Memurların Ücreti Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Bunlardan başka, sadece Federal kamu görevlileri veya Eyalet (Land) kamu görevlilerine uygulanmak üzere başka kanunlar da yürürlüğe konulmuştur.⁹⁸ Almanya'da kamu görevlisinin statüsü hakkında bu genel bilgileri verdikten sonra disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin irdelenmesi uygun olacaktır. Bu irdelemeyi yapmadan önce konu hakkında Alman öğretisi ve Alman Anayasa Mahkemesinin tutumuna kısaca değinmek uygun olacaktır.

Almanya'da öğretisi, genellikle, devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini, ancak bu uygulamanın katı veya sert bir şekilde olamayacağını savunmaktadır.⁹⁹ Örneğin Maunz ve Dürig, suç ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin ceza hukukunda da geçerli olduğunu, zira temel hak ve özgürlüklerin şüphe hâlinde geniş yorumlanması gerektiğinden 103. maddenin disiplin ceza hukukunu da kapsamının haklı olduğunu, bu ilkenin geçerli olmadığını savlayan Bavyera Anayasa Mahkemesinin görüşünü düzeltmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Yazarlar, 1919 tarihli Weimar Anayasasının kanunilik ilkesini düzenleyen 116. maddesinin, disiplin hukukunda da geçerli olduğunu, Federal anayasa koyucu farklı düşünseydi, 1949 yılında yürürlüğe giren Federal Anayasaya değişik bir hüküm koyacağını da belirtmişlerdir.¹⁰⁰ Bununla birlikte, Maunz ve Dürig, kanunsuz suç ve

98 **The Status of Public Officials in Europe**, s. 12.

99 Buna karşın Alman öğretisi; hastane, cezaevi, okul gibi kapalı kamu kurumlarında kalan kişilere verilecek disiplin cezaları bakımından iki gruba ayrılmaktadır. Öğretilerde bir grup yazar, bu gibi kapalı kurumlarda kalan kişilerin gönüllü veya zorla olarak orada kaldıkları için idare ile o şahıslar arasında özel bir ilişkinin bulunduğunu, dolayısıyla İdarenin orada kalan kişileri, kanunilik ilkesine uyulması şart olmadan, daha doğrusu gevşek kanunilik ilkesine uygun düşerek ve cezalandırma gücüne dayalı olarak cezalandırabileceği görüşünü savunmuşlardır. Bkz. MODERNE, s. 230-231 dn. 126 ve 132'de belirtilen yazarlar. Buna karşın, diğer grubu oluşturan yazarlar ise İdare ile idare edilen arasında özel ilişki bulunsa veya bulunmasın her türlü durumda verilecek disiplin cezaları bakımından katı veya sert bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. MODERNE, s. 230-231 dn. 127 ve 133'de belirtilen yazarlar. Alman Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihatları istikrarlı değildir. Daha somut bir deyişle, Alman Anayasa Mahkemesinin 14 Mart 1972 tarihli kararında, mahkûm ile cezaevi idaresi arasında özel bir ilişki bulunsa bile suç ve cezada kanunilik, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve yargıya ulaşılabilirlik gibi hukuk ilkelerinin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmiş (Bkz. MODERNE, s. 230-231 ve dn.128-130) buna karşın, 6 Haziran 1988 tarihinde yargıç ve savcılarla ilgili disiplin cezaları bakımından vermiş olduğu kararda ise sayılan bu meslek mensuplarıyla İdare arasında özel bir ilişki bulunduğu için kanunilik ilkesinin esnek bir şekilde uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. MODERNE, s. 231.

100 Bkz. MAUNZ, T. ve DÜRİG G. Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Verlag C.H. Beck, München 1958, Anayasanın 103. maddesinin yorumundan nak., YÜCE T. Tufan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", DD, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994, s. 8-9. (Yüce, burada Maunz ve Dürig'in eserinin hangi tarihte basıldığını belirtmediği için Alman yazarların bu eserin basım tarihi, internet yoluyla sağlanmıştır).



ceza olmaz ilkesi uygulanırken disiplin hukukunun özelliğinin gözden kaçırılmaması gerektiğini, bu çerçevede, disiplin ceza hukukunun çok kesin çizilmiş, keskin çizgilerle belirtilmiş “suç kalıpları” (tatbestaende) tanıyamayacağını, suç tanımlarının genel olması gerektiğini, ceza çeşidi ve ceza çerçevesinin de genel ve geniş tutulması gerektiğini, böylece somut olayda suça uygun cezanın seçilebileceğini, örneğin, küçük bir cinsel taciz hareketinde bulunan teknik bir memura “uyarma” cezası vermek yeterli olabilirken, bu tacizin, bir öğretmen tarafından yapılmasının onun “meslekten atılma” cezasına yol açabileceğini ifade etmişlerdir.¹⁰¹

Bu açıklamalardan sonra konuya doğrudan girmek gerekirse Almanya’da Federal kamu görevlilerinin¹⁰² disiplin suçlarında esnek bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulandığını belirtmek gerekir. Gerçekten de bu ülkede devlet memurlarının disiplin suçlarında “kanunsuz suç olmaz” ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Daha açık bir deyişle, Almanya’da devlet memurlarıyla ilgili kanunlar, disiplin suçlarının çerçeve hükümlerini belirlemede, bu çerçeve içerisindeki düzenleme yetkisini İdareye bırakmaktadırlar.¹⁰³ Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde biraz daha durulması faydalı olacaktır.

Yukarıda kısaca değinildiği üzere Weimar Cumhuriyeti döneminde, yürütme organına geniş yelpazeli alanlarda kararname çıkarma yetkisi verilmesi yüzünden doğan kötü sonuçlar üzerine, Almanya’nın 1949 Anayasasının “kurucuları” yürütme organına devredilecek düzenleme yetkisini sınırlandırıcı bir yaklaşım benimsemişlerdir.¹⁰⁴ Nitekim az önce belirtildiği üzere, Anayasanın 80. maddesinin 1. fıkrasında, yürütme organının düzenleme yetkisini kullanabilmesi için kanuna dayanmasının gerekli olduğu ifade edilmiş, kanunun da devrettiği düzenleme yetkisinin; içeriğini, amacını ve kapsamını göstermesi gereği ifade edilmiştir. İşte Anayasanın bu hükmüne dayalı olarak Alman devlet memurlarının

101 Bkz. MAUNZ ve DÜRİĞ’den nak, Yüce s. 8-9.

102 Burada kastedilen kamu görevlileri, devlet memurlarıdır. Yukarıda belirtildiği üzere kamu hizmetlisi ve kamu işçisi temel olarak özel hukuk, bir başka deyişle, iş hukukuna tabi olarak “hizmet sözleşmesi” ile çalıştıkları için onların disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi hiçbir şekilde uygulanmamaktadır. Bununla birlikte bu kamu çalışanlarının disiplin suç ve cezalarında özel hukuka tabi olması, bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşlarının yurttaşların temel hak ve özgürlüklerine saygı göstermemesini gerektirmez. Gerçekten de Schwarze’nin belirttiği üzere Alman İdaresi, işlerin doğası gereği, kamusal işlevini özel hukuk süreçlerine tabi olarak yürütse bile temel hak ve özgürlüklere saygı göstermek zorundadır, bir başka deyişle, burada, özel hukuka kaçış yolu yoktur. Bkz. SCHWARZE, s. 218.

103 Krş. CARDONA Francisco, Liabilities and Discipline of Civil Servants, January 2003. (Bkz. <http://www.sigmaxweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2010), s. 6.

104 Bkz. SCHWARZE, s. 219.

disiplin suçlarının, yürütme organının kural koyucu tüzükleriyle düzenlendiğini belirtmek gerekir.

Alman devlet memurlarının disiplin suçlarında esnek veya gevşek bir kanunilik ilkesi uygulanmasına karşın, onlara uygulanacak disiplin cezaları bakımından katı bir şekilde kanunilik ilkesi uygulanmaktadır. Gerçekten de Federal kamu görevlilerinin disiplin işleri, 2001 yılında çıkartılan Federal Disiplin Kanununda¹⁰⁵ ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunun dikkat çekici bir özelliği, onun salt Federal “faal” (aktif) kamu görevlileri için geçerli olmaması, bunun yanında, emekli¹⁰⁶ kamu görevlileri için de geçerli olmasıdır. Gerçekten de Kanunun 1. maddesinde, bu kanunun Federal devlet memurları ile Federal devlet memurluğu ile ilgili kanunların kapsamına giren emekliler için uygulanacağı, emekli aylığı alıncaya kadar herkesin kamu görevlisi sayılacağı ifade edilmiştir. Kanunun 2. maddesinde ise kamu görevlisinin görevini yaparken disiplin suçu kapsamına giren bir davranışta bulunduğu, emeklinin de kamu görevlisi iken bir disiplin suçu işlediği veya emekli olduktan sonra belirli bazı disiplin suçlarını işlemesi hâlinde¹⁰⁷ Kanundaki disiplin cezalarının verileceği ifade edilmiştir.

Kanunun 5. maddesinde ise devlet memurları ve emekliler için verilecek disiplin cezaları teker teker sayılmıştır. Daha açık bir deyişle bu maddede kamu görevlileri için verilecek disiplin cezaları; “kınama” (verweis), “idari para cezası” (geldbusse), “maaş kesimi” (kürzung der dienstbeüge), “alt dereceye indirme” (zurückstufung) ve “devlet memurluğundan çıkarma” (Entfernung aus dem Beamtenverhältnis) şeklinde, emekliler için verilecek disiplin cezaları ise “emekli aylığının kesimi” (kürzung des Ruhegehalts) ve “emekli aylığının iptal edilmesi” (aberkennung des Ruhegehalts) şeklinde saptanmıştır.

Kanunun 6. ve devamı maddelerinde söz konusu disiplin cezalarının ne gibi hukuki sonuç doğuracakları da ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir.¹⁰⁸ Çalışmanın kapsamını büyütmemek için bunlar üzerinde durulmayacaktır. Ancak kınama cezası bakımından ilginç bir duruma değinmek gerekir. Kanunun 6. maddesinde, kınama cezasının, devlet memuruna görevinde

105 Bu kanunun Almanca ismi “Bundesdisziplinar-gesetz”dir. Kanun, “Federal Resmi Gazete’de” (BGB) 9 Temmuz 2001 tarihinde yayımlanmıştır. Kanunun tam metni için bkz. (<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bdg/gesamt.pdf>, Erişim Tarihi, 10.1.2017).

106 Federal devlet memurluğundan emekli olanlar.

107 Bu disiplin suçları için Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasının (a) ve (b) bendine bkz.

108 Aslında bu kanunda, salt disiplin cezaları düzenlenmemekte, bunun yanında, disiplin cezalarının nasıl verileceği, onlara karşı idari ve yargısal başvuru, dava sonucundaki mahkeme masrafları ve nafaka konuları da düzenlenmektedir.



kınandığının yazılı olarak bildirilmesi demek olduğu, ancak, memura gönderilen yazının kınama şeklinde değil de eleştiri, uyarı veya şikâyet niteliğinde olduğu hâllerde bunların disiplin cezası oluşturmayacağı ifade edilmiştir.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Almanya'da devlet memurlarının disiplin suçlarında kanunilik ilkesi uygulanmamakta, buna karşın disiplin cezalarında söz konusu ilke tam olarak uygulanmaktadır. Suç ile ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunduğu ve bunların birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğerinde de benimsenmediği anlamını taşıyacağından¹⁰⁹ ve suç ve cezada kanunilik ilkesi ancak birlikte kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alabileceğinden¹¹⁰ Almanya'da devlet memurlarına uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna varmak olanaklıdır. Almanya'da disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmaması, kanımızca iki açıdan Alman Anayasasına aykırı düşmektedir.

Bunlardan ilki, Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası bakımından oluşan aykırılıktır. Yukarıda belirtildiği üzere bu fıkarda, yürütme ve yargının (temel hak ve özgürlükler alanında) kanun ve hukuk çerçevesinde hareket edeceği ifade edilmiştir. Bu hükme rağmen Almanya'da devlet memurları hakkında öngörülen disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi benimsenmediği gibi, disiplin işleri, İdarenin iç işlemi olarak da kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Almanya'da merkezi idare sivil ve askeri memurları ile yerel yönetim organı memurlarına verilecek disiplin cezalarının "iç" (internal) yönetim işleri olduğu esasının benimsendiğini belirtmek gerekir.¹¹¹ Kanımızca bu benimseyiş, Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasına aykırıdır. Zira bu fıkarda yürütmenin temel hak ve özgürlükler alanında kanun ve hukuk çerçevesinde hareket edeceği belirtildiğine ve disiplin suç cezaları da bir özgürlük ihlali, hatta kamu görevinden çıkarma disiplin cezası, en temel hak olan çalışma hakkının ihlaline yol açtığına göre, bu suç ve cezaların bir bütün hâlinde kanunilik ilkesine tabi olmaması Anayasanın bu hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

109 Zira suç ve ceza daima birbirini tamamlar. Örneğin suçta kanunilik ilkesi kabul edilmeyip yürütmenin takdirıyla suç yaratılırsa cezada kanunilik esasının benimsenmesinin anlamı kalmaz. Zira yürütmenin yapacağı keyfi bir suç tanımıyla, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kişi hak ve özgürlüklerine güvence getirmesi işlevi yerine getirilemez.

110 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, s. 19, 495 vd.

111 Bkz. MODERNE, s. 230.



İkincisi, Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrası bakımından oluşan aykırılıktır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere bu fıkarda yalnızca “kanunsuz ceza olmaz” esası benimsenmesine karşın özellikle Anayasa Mahkemesinin çabalarıyla bu esas “kanunsuz suç ve ceza olmaz” şeklinde genişletilmiş ve her türlü suç ve ceza bakımından geçerli olduğu anlayışı getirilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi halka yönelik, bir başka deyişle düzene aykırı suçlar ile bunların cezaları bakımından kanunilik ilkesinin tam olarak uygulanacağı esasını benimsemiştir. Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasında, hangi suç ve ceza türü olursa olsun farklı hükümlerin uygulanacağı belirtmediğine göre disiplin suç ve cezaları bakımından da kanunilik ilkesinin gerekli olduğu açıktır. Aslında Anayasa Mahkemesinin disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmayacağını belirten kararlarının, mahkemenin, kendi kararları arasındaki bir çelişkisi olarak değerlendirmek gerekir. Zira mahkeme, her türlü suç ve cezada kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanacağını belirttiğine göre tam anlamıyla bir suç ve ceza oluşturan disiplin suç ve cezalarında bu ilkenin tam anlamıyla aranmaması açık bir çelişkidir.¹¹²

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışmada, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun temel esin kaynağını oluşturan Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun hakkında genel bir bilgi verilmiş ve Almanya'da idari suç ve cezalar üzerinde kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulmuştur. Çalışmanın satır aralarından anlaşılacağı üzere Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa esin kaynağı olmaya elverişli değildir. Bu elverişsizlikleri altı açıdan saptamak olanaklı gözükmemektedir.

Bunlardan ilki, Almanya'da Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun, idare hukuku içerisinde değil ceza hukuku içerisinde değerlendirilmesidir. Öte yandan bu kanun büyük çaplı bir depenalisation olgusunu da temsil edememektedir. Zira Almanya'da bütün kabahatler Düzene Aykırılıklar Kanununun kapsamı içerisine alınmamıştır. Bir kısım kabahatler, kabahat olarak Ceza Kanunu içerisinde kalmış, kabahatlerin sadece bir kısmı Düzene Aykırılıklar Kanununun kapsamına alınarak “idari suç” (ordnungswidrigkeiten) hâline getirilmiştir. Bundan da öte, idari suç hâline getirilen fiiller için verilen para cezasına da özü itibarıyla idari para cezası gözüyle bakılmamış, ona, ceza hukuku bağlamında geniş anlamda bir ceza olarak bakılmıştır. Gerçi Almanya'da yargıcın verdiği para cezası

112 Krş. MODERNE, s. 228.



“geldstrafe” olarak adlandırılıp, buna karşın İdarenin veya polisin verdiği para cezası “geldbusse” olarak nitelendirilerek her biri hakkında farklı kavramlar kullanılsa veya ikisi arasında bir etiket farkı oluşturulsa da bu ülkede para cezalarına, sürgit bir şekilde, ceza hukukunun kapsamına giren bir ceza gözüyle bakılmıştır.¹¹³ Hâlbuki idari ceza, hiçbir şekilde, ceza hukukunun kapsamına girmez. Daha açık bir deyişle, yargıcın verdiği ceza, ceza hukukunun kapsamına girerken, idari ceza, cezai idare hukukunun kapsamına girmekte ve bu iki ceza arasında organik ve şekli ölçüte göre ayırım yapılmaktadır. Almanya’da iki ceza arasındaki kapsam farkı ve aralarındaki ayrımı yapacak olan organik ve şekli ölçüte dikkat edilmemesi olgusu¹¹⁴ Düzene Aykırılıklar Kanununun niçin temel esin kaynağı olamayacağını somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

İkinci nedeni, Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun oldukça eskimiş olması oluşturmuştur. Gerçekten de kökeni çok daha eskiye giden Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu 1952 yılında kanunlaşmış ve 1968 yılında hükümleri önemli ölçüde değiştirilmiş,¹¹⁵ 1987 yılında ise kısmi bir değişikliğe uğramıştır. Hâlbuki 1980’li yıllardan itibaren artan hızla görülen liberalleşme ve küreselleşme akımları sonucu idare hukuku başkalaşmış ve değişmiştir. Cezai idare hukuku da idare hukukunun bir kolu olduğuna göre bu başkalaşma ve değişimden bağımsız tutulamaz. Nitekim 1980’li yıllardan sonra lisans veya ruhsat ihlalleri şeklindeki idari suçlar ağırlık kazandığı gibi lisans veya ruhsat iptali gibi idari cezalar da ağırlık kazanmaya başlamıştır. İşte, Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, eski bir kanun olduğu için 1980’li yıllardan sonra cezai idare hukukunda görülen değişim ve başkalaşımı gerekli ölçüde yansıtamamıştır.

İdari suç ve cezalar hakkında Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun temel esin kaynağı olamayacağını üçüncü nedenini, söz konusu kanunun kapsamının oldukça dar olması oluşturur. Gerçekten de Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, kısmi bir şekilde yapılan depenalisation sonucu kapsamı yetersiz olan halka yönelik idari suç ve cezalar hakkında genel

113 Krş. **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Semineri’nde** (İÜHFY No.: 511, İstanbul, 1977) Kunter’in yaptığı konuşma, s. 181-182.

114 Gerçekten de Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun 40. maddesinde savcıya, 45. maddesinde ise ceza mahkemesine idari ceza verme yetkisi tanımak suretiyle idari cezanın doğasına ve idari ceza ile ceza hukuku cezasının birbirinden yalnızca organik ve şekli ölçüte göre ayrılabilmesi esasına aykırı hareket edilmiştir. Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun orijinal metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/owig-1968/gesamt.pdf>, Erişim Tarihi, 13.4.2012).

115 Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun tarihçesi hakkında fazla bilgi için bkz. MAHMUTOĞLU, s. 14-20.

hükümler koymuş, idari suç ve cezaların bir başka alt kümesini oluşturan disiplin suç ve cezaları hakkında hüküm koymamıştır. Esasen disiplin suç ve cezaları hakkında genel nitelikli hükümler koyamayan kanuna, idari suç ve cezalar hakkında kanun denilmesi bile hatalıdır. Zira böyle bir kanun idari suç ve cezaların türlerinden yalnızca halka yönelik idari suç ve cezaları düzenlemiş, bu suç ve cezaların diğer türünü oluşturan disiplin suç ve cezasını düzenlememiş, daha doğru bir deyişle, onun hakkında genel nitelikli hükümlere yer vermemiştir. Bu tutumun kabul edilmesi olanaksızdır.

Türk cezai idare hukuku bakımından Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun temel esin kaynağı olamayacağı dördüncü nedenini, Alman İdare Hukukunun, Türk İdare Hukukundan farklılığı oluşturur. Kanımızca, Alman İdare Hukukunun Türk İdare Hukukundan farklı olmasının temel nedenini, Almanya'nın federal devlet sistemini benimsemiş olması oluşturmaktadır. Federalizm; merkezi yönetimle, federasyonun üye birimlerinin veya kurucu birimlerinin (Almanya açısından, Länder) yönetimleri arasında, anayasa ile güvence altına alınmış bir iktidar bölünmesi anlamını taşır.¹¹⁶ Buna karşılık, Türkiye Cumhuriyeti "tekil" (unitary) devlet dizgesini benimsemiştir. Nitekim Anayasanın 2. maddesinin 1. fıkrasında, Türkiye Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu belirtilerek tekil devlet modeli açıkça vurgulanmıştır. Federalist devlet modelini benimsemiş olan Almanya'da federal hükümetin yanı sıra "federe devlet"lerin (Länder) yasama, yürütme ve yargı yetkisi bulunmakta, buna karşın, ülkemiz tekil devlet modelini benimsediği için sadece merkezi idarenin yasama, yürütme ve yargı yetkisi bulunmaktadır. Bir ülkenin federalist veya tekçi devlet modelini benimsemesi, o ülkenin idare hukukunu kökünden etkileyeceğinden ve cezai idare hukuku da çeşitli defalar belirtildiği üzere idare hukukunun bir kolu olduğundan bu etkilenmeden bağışık olması düşünülemez. Bu bağlamda 5326 sayılı Kanunun oluşturulması sürecinde Türk İdare Hukukundan oldukça farklı olan ve üstelik idare hukukuna değil¹¹⁷ ceza hukukuna ait olduğu kabul edilen Almanya'nın Düzene Aykırılıklar Kanunundan esinlenilmesi vahim bir hata niteliği taşımaktadır.

116 LIJPHART Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin Yayınları, Ankara (Tarihsiz), s. 147.

117 Gerçekten de seçkin bir Alman idare hukukçusu olan Hartmut Maurer'in Genel İdare Hukuku adlı kitabında (bkz. Maurer Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2009) idari suç ve cezalar veya Almanya'daki ismiyle düzene aykırılıklar hakkında bir konunun incelenmemesi olgusu bizi böyle bir sonuca götürmüş ve oldukça şaşırtmıştır.



Türkiye'nin idari suç ve cezalar hakkında çıkartmış olduğu 5326 sayılı Kabahatler Kanununa, Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun temel esin kaynağı olamayacağına beşinci nedenini, Almanya'nın idari yargı sistemi ile Türk idari yargı sistemi arasındaki büyük farklılıklar oluşturur. Örneğin Almanya'da bir idari işlemin "iptali davasını" sadece hakkı zarar görenler açabilirken Türk idari yargısında iptal davası açabilmek için hakkın ihlal edilmesi şart olmayıp sadece menfaat ihlali yeterlidir. Yine Almanya'da iptal davası açılır açılmaz idari işlemin yürütülmesi dururken, Türkiye'de iptal davasının açılması, tek başına, idari işlemin yürütülmesinin durması için yeterli değildir. İdari işlemin yürütülmesinin durdurulması için idari yargı organından "yürütmenin durdurulması" kararının getirilmesi gerekmektedir.¹¹⁸ Bu çerçevede, idare hukuku ve idari yargısı bizden oldukça farklı olan Almanya'nın Düzene Aykırılıklar Kanunu temel esin kaynağı olarak kabul edilip 5326 sayılı Kanunun genel hükümlerinin oluşturulmasında ondan büyük ölçüde iktibas yapılması vahim bir hata niteliği taşımaktadır.

Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa esin kaynağı olamayacağına son, ancak önem açısından belki de en önemli nedeni, idari cezaya karşı başvurulacak yargısal makamın farklılığıdır. Az önce belirtildiği üzere Almanya'da idari suç ve cezalar, ceza hukukunun kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Hâlbuki idari suç ve cezalar, idare hukukunun kapsamı içerisine girmekte ve verilen bir idari ceza da "idari işlem" hâline dönüşmektedir. Türkiye, Fransız tipi adli-idari yargı ayrılığı düzeneğini benimsediğine göre her türlü idari işleme ve bu bağlamda idari ceza işlemine tek yetkili organının idari yargı organı olarak saptanması kaçınılmazdır. İdari işleme ve bu meyanda idari ceza işlemine karşı idari yargı merciinden başka bir yargı merci saptanırsa Anayasanın 157. maddesinin 1. fıkrasına aykırı hareket edilmiş olunur.¹¹⁹ Bu bağlamda 5326 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasında, bu kanunun, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde uygulanacağına belirtilip 27. maddesinin 1. fıkrasında, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulmasının öngörülmesi, Anayasaya açıkça aykırıdır. Zira bu hükümle, idari ceza işlemine karşı

118 Almanya'da iptal davasının özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ Dilşat, "Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 303-320.

119 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN Hasan, "Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 6, sayı: 70, Ekim 2008, s. 3418 vd.

genel yetkili mahkemeyi “sulh ceza mahkemesi” oluşturmakta, idari yargı organlarının yetkisi ayrıksı bir konuma gelmektedir. Hâlbuki Anayasanın 157. maddesinin yorumu sonucu, her türlü idari işleme ve bu meyanda bir idari işlem niteliği taşıyan idari ceza işlemine karşı yalnızca idari yargı organlarının yetkili kılınması gerekir.¹²⁰

Ayrıca, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun idari ceza işlemlerine karşı düzenlemiş olduğu yargısal başvuru yolunun Uyuşmazlık Mahkemesinin iş yükünü önemli ölçüde artıracakını düşünmekteyiz. Şöyle ki, 5326 sayılı Kanunun az önce belirtilen 3. ve 27. maddelerine göre idari ceza işlemlerinde genel yetkili mahkeme “sulh ceza mahkemesi”dir. Sulh ceza mahkemesinin yetkili olduğu bir idari ceza işleminde, cezanın muhatabının, cezanın dayandığı düzenleyici işlemin iptalini de istediğini düşünelim.¹²¹ Böyle bir durumda bireysel ceza işlemine karşı yetkili olan sulh ceza mahkemesinin, cezanın dayanağı düzenleyici işlemin iptali bakımından yetkisi olmayacaktır.¹²² Zira adli yargı organlarının düzenleyici idari işlemleri iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Düzenleyici idari işlemleri yalnızca idari yargı organları iptal edebilir. Nitekim bu husus, 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrasında, düzenleyici işlemin uygulanması üzerine ilgililerin düzenleyici işlem veya uygulanan işlem veya her ikisi aleyhine birlikte dava açabilecekleri, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı şeklinde ifade edilmiştir. İdari cezanın muhatabının cezanın dayanağı olan düzenleyici işlem aleyhine idari yargı organlarına başvurduğu durumda, idari yargı organı, bireysel ceza işlemi bakımından yetkili mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu gerekçesiyle davaya bakmaktan kaçınabilir. Bu durum, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama özgürlüğü”nün ihlali anlamına taşır. İdari yargı organı davayı kabul etse bile yine hak ihlallerinin ortaya çıkması olasıdır. Örneğin idari cezanın

120 Fazla bilgi için bkz. DURSUN, s. 3418-3428.

121 Aslında idari ceza işleminin iptali için sulh ceza mahkemesinde, idari ceza işleminin dayanağı işlemin iptali için idari yargı organında dava açılması, kanımızca, hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı, objektif dava birleşmesi ve/veya bağlantı kavramlarını sürgit bir şekilde ihlal eder. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için bkz. DURSUN Hasan, “Su ve Atık Su Uyuşmazlıklarından Doğan Tüm Davalarda Vergi Mahkemelerinin Görevli Kılınmaması Hukuka Aykırıdır”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 22, Haziran 2008, s. 105-118.

122 Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27. maddesinin 8. fıkrasında; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması hâlinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği belirtilerek, sulh ceza mahkemesinin düzenleyici işlem bakımından bir yetkisinin olmadığı ima edilmiştir.



muhatabının, cezanın dayandığı düzenleyici işlemin iptali için idari yargı organına dava açtığını ve mahkemenin düzenleyici işlemi iptal ettiğini ve iptal kararının kesinleştiğini düşünelim. Bireysel idari ceza işleminin ise sulh hukuk mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunduğunu ve bu kararın da kesinleştiğini düşünelim. Böyle bir durumda ortaya çıkan hak ihlali, 12.6.1979 tarih ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanununun 24. ve 25. maddeleri çerçevesinde Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından giderilir. Bu olgunun Uyuşmazlık Mahkemesince çözümü belirli bir süreyi gerektireceğinden cezanın muhatabı açısından doğuracağı “külfet” (Obliegenheit) ortadadır.

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, idari cezanın doğasına ve niteliğine uygun düzenleme yapamadığı için, hükümlerinin büyük kısmı itibarıyla, idari suç ve ceza alanında esin kaynağı oluşturamaz. Ancak bazı hükümleri, örneğin suç ve cezada kanunilik gibi bazı hükümleri itibarıyla çağdaş bir düzenleme öngördüğünden o düzenlemelerin aynen iktibas edilmesi uygun olur. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere Alman Kanunu, oldukça isabetli bir şekilde suç ve cezada kanunilik ilkesini sert veya katı bir şekilde benimsemiş iken bu hüküm 5326 sayılı Kanuna alınmamıştır. Kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlamak bakımından büyük bir işleve sahip olan¹²³ suç ve cezada kanunilik ilkesinin 5326 sayılı Kabahatler Kanununa alınmaması büyük bir hata oluşturmuştur.

Gerçekten de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, idari cezalar bakımından kanunilik ilkesi esasını kural olarak¹²⁴ benimsemesine karşın, idari suçlarda kanunilik ilkesini benimsememiştir. Daha somut bir deyişle, 5326 sayılı Kanunun “(k)anunilik ilkesi” başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında; hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi kanunun kapsamı ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği

123 Fazla bilgi için bkz. DURSUN, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 166 vd.

124 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında; kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği ifade edilerek idari cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelliliği alt ilkesi kural olarak kabul edilmiştir. Ancak Kanunun 17. maddesi bu esası kabul etmemiştir. Daha somut bir deyişle, Kanunun 17. maddesinin 7. (son) fıkrasında, idari cezalar bakımından “kanunilik” ilkesinin “kanunun tekelliliği” alt ilkesi kabul edilmemiştir. Gerçekten de bu fıkra; idari para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağı belirtilerek idari cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelliliği” alt ilkesinin uygulanacağı esas kabul edilmemiştir. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. DURSUN, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 272 vd.

ifade edilmiştir. Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen “kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği” ibaresi, Kanunun 1. maddesine işaret etmektedir.¹²⁵ Daha somut bir deyişle, 5326 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan “toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacı” bu konuda çizilen bir çerçeveyi oluşturmakta, sadece bu sınırlar içerisinde değerlendirilebilecek olan düzenlemelere yer verilmektedir. Bununla birlikte, çizilen bu çerçeve oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Gerçekten de 1. maddede yer alan “toplum düzeni” ibaresi, tüzük veya yönetmelik yoluyla yapılacak olan kabahatlerin düzenleme alanını neredeyse sınırsız ölçüde genişletmektedir.¹²⁶

Bu bağlamda, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesi gereği, kabahat suçları veya bizim adlandırmamızla idari suçlarda kanunilik ilkesi esnek uygulanırken, idari cezalarda kural olarak katı bir şekilde uygulanacaktır. Daha açık bir deyişle, kanunun bizzat kendisi idari suç koyabileceği gibi söz konusu suçun konulmasını İdarenin düzenleyici işlemlerine de bırakabilecektir. Bu son durumda Kanunun 1. maddesinde bahsedilen alanlarda çerçeve yasa çıkartılabilecek, çerçeve yasanın içeriği İdarenin düzenleyici işlemleri (tüzük, yönetmelik) ile doldurulabilecektir. Örneğin, çevrenin korunması için çıkartılacak bir yasada çevreye zarar verme veya çevre güvenliğini tehlikeye düşürmenin cezalandırılacağı belirtilecek, Orman ve Su İşleri Bakanlığı ise çıkartacağı bir yönetmelikle çevre güvenliğini tehlikeye düşürdüğü için sözgelimi piknik alanı dışında mangal yapmayı idari suç haline getirebilecektir.¹²⁷ Kısacası bu hükümle kabahat suçlarında, kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesinin uygulanamayabileceği¹²⁸ ifade edilmiştir.

Aslında Kabahatler Kanununun yalnızca idari cezalar bakımından kanunilik ilkesini kabul etmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü gerçek anlamda kanunilik ilkesinin benimsendiğinden bahsedilebilmesi için suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin eşanlı olarak benimsenmesi

125 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 1. maddesinde; bu kanunda, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların sonuçları ve türleri, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasların belirlendiği ve çeşitli kabahatlerin tanımlandığı ifade edilmiştir.

126 YURTCAN Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, Beta, İstanbul 2005, s. 4-5.

127 YURTCAN, s. 5-6.

128 Kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun davranabilmek için idari suçun her birisinin anlam ve içeriğinin, bir başka deyişle, ne gibi yasakları veya yükümlülükleri kapsadığının kanunda gösterilmesi gerekir. Krş. TOROSLU, s. 115.



gerekir. Zira birbirini tamamlayan suç ve cezaların birbirinden ayrılarak farklı kurallara tabi tutulması doğru değildir.¹²⁹ Kabahatler Kanununun bu hükmü, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasına da aykırılık oluşturmaktadır. Zira Anayasanın bu hükmünde suçta kanunilik ilkesi düzenlenirken ceza hukukunun kapsamına giren suç ile idari suç arasında bir ayırım yapılmamış, her tür suç için kanunilik ilkesinin uygulanacağı örtük olarak belirtilmiştir. Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrası, idari suçlarda kanunilik ilkesini benimsemeyerek, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasına aykırı davranmıştır.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde; Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanundan esinlenerek yürürlüğe konulan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu bütünüyle kaldırılarak idari suç ve cezaların doğasına ve niteliğine uygun bir şekilde genel nitelikli yeni bir kanun yapılmalı, ancak, yeni kanun yapılırken, Alman Kanununda olduğu gibi kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi bakımından yaşamsal bir önem taşıyan suç ve cezada kanunilik ilkesinin sert veya katı bir şekilde benimsenmesine mutlak bir gereksinim bulunduğu sonucuna ulaşıldığını belirtmek gerekir.

129 Krş. BRİCOLA Franko, *Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche*, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2000, s. 846.



KAYNAKLAR

AKDEMİR Rıza, “Federal Almanya Anayasası”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı: 330, Yıl: 42, Mayıs-Haziran 1971, s. 3-20.

ASLAN O. Ender, **Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri**, TODAİE Yayınları, Ankara 2006.

BRİCOLA Franko, *Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche*, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2000.

CARDONA Francisco, *Liabilities and Discipline of Civil Servants*, January 2003. (Bkz. <http://www.sigmaweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2010).

DURSUN Hasan, “İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re’sen İcrası”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 72, Eylül-Ekim 2007, s. 247-275.

DURSUN Hasan, “Su ve Atık Su Uyuşmazlıklarından Doğan Tüm Davalarda Vergi Mahkemelerinin Görevli Kılınmaması Hukuka Aykırıdır”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 22, Haziran 2008, s. 105-118.

DURSUN Hasan, “Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008, s. 3393-3433.

DURSUN Hasan, “Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 80, Ocak-Şubat 2009, s. 29-104.

DURSUN Hasan, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ERSOY Yüksel, “Belediye Cezaları ve Belediye Zabıtası”, **AÜSBFD**, Cilt: XXII, No: 1, Mart-1967, s. 135-149.

Fougère Louis, *Civil Service Systems Essays and Texts* (Fransızca Özgün Adı: *La fonction publique: Etudes et choix de textes commentés*; İngilizce’ye çevirenler: Ruth Murphy ve Robert North), Unesco, Brussels 1967.

GÜNEŞ Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2008.

GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965.

HEFENDEHL Roland, *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western legal Systems*, **Buffalo Criminal Law Review**, Vol. 4: 283, 2000, s. 283-300.



İÇEL Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHFİM**, Cilt: L, Sayılar: 1- 4, 1984, s. 117-131.

İÇEL Kayıhan / YURTCAN Erdener, “Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu”, **İÜHFİM**, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 439-482.

Kuhlmann Sabine ve Röber Manfred, Civil Service in Germany: Characteristics of Public Employment and Modernization of Public Personnel Management, 14-15 Mayıs 2004 tarihinde Bordeaux, Goethe-Institut’de yapılan Modernization of Sate and Administration in Europe: A France-Germany Comparison adlı Toplantıda Sunulan Metin, s. 3. (<http://www.uni-konstanz.de/bogumil/kuhlmann/Download/KuhlmannRoeber1.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2010).

LİJPHART Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin Yayınları, Ankara (Tarihsiz).

MAHMUTOĞLU F. Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi** (Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1995).

MAURER Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2009.

MODERNE Franck, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993.

Neuman, L. Gerald. Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi (“The US Constitutional Conception of the Rule of Law and Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz” Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 5, 1999’dan Çeviren Ali Rıza Çoban) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008.

ÖZKOL Adil, “Almanya’da Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi”, **AÜHFİD**, Cilt 26, Sayı 3-4, Yıl 1969, s. 131-148.

Pieroth Bodo ve Schlink Bernard, Grundrechte Staatsrecht II, 26. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010.

Rumphf Christian ve Schüller UZAR Gökçe, “Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası” (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, Erişim Tarihi, 7.1.2016).

SCHWARZE Jurgen, **European Administrative Law**, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006.



SOYASLAN Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 77, Ankara 1990.

The Status of Public Officials in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999.

TOROSLU Nevzat, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, V Yayınları, Ankara 1987.

YILMAZ Dilşat, "Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 303-320.

YURTCAN Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, Beta, İstanbul 2005.

YÜCE T. Tufan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", **DD**, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994, s. 5-13.

KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISINDA BİR VAKA İNCELEMESİ: ŞİLİ'DE YARGI DENETİMİ

(A Case Study Of Comparative Constitutional Review: Judicial Review in Chile)

Serkan YOLCU¹
Salim İŞİK²

ÖZ

Bu çalışma ile Şili ülkesinde, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasa yargısı denetimi ve bu mekanizmanın tarihsel gelişimi özelinde, yargı denetiminin günümüze kadar geçirdiği süreçlere ilişkin gelişmeleri ortaya koymak amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda; anahatları ile Şili yönetim tarihi, 1970 yılında Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasının öncesi ve sonrası dönemde yargı denetiminin tarihsel gelişimi, Şili Anayasa Mahkemesinin fonksiyonlarına ilişkin 2005 yılı anayasa değişiklikleri, Şili Anayasasının 20. maddesinde bir anayasal hak olarak düzenlenen 'koruma başvurusu' kurumu ve günümüz Şili Anayasa Mahkemesi'nin ülkenin en önemli anayasal sorunları karşısındaki tutumu ele alınacaktır.

Makalemizin vurgulamakta olduğu tezi şöyle özetlemek mümkündür: Şili'de anayasa yargısının geçmişten günümüze olan seyri bize aynı zamanda, bu ülkedeki anayasal denetleme mekanizmalarının barıştan uzak bir biçimde ve belli aşamaları kat etmek suretiyle geliştiğini göstermektedir. Bir diğer anlatımla, Şili'de kanunların anayasaya uygunluğu denetimi; Yüksek Mahkeme etrafında dönen dağınık bir sistemden, uzmanlaşmış ve bu konudaki tek yetkili merci hâline getirilmiş olan Anayasa Mahkemesi eksenli bir sisteme doğru evrilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yargı Denetimi, Anayasa Yargısı, Yüksek Mahkeme, Şili Anayasa Mahkemesi, Koruma Başvurusu

- 1 Manisa Celal Bayar Üniversitesi İİBF Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Anayasa Hukuku) Doktora Öğrencisi, 0505 802 34 75, yolcu.serkan@gmail.com
- 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Doktora Öğrencisi, 0531 230 87 06, e – posta: salim@ankara.edu.tr



ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the main developments of Chilean judicial review, specifically regarding the historical evolution of the constitutional review of statutes during recent times. Accordingly, the paper will review: (i) the administrative history of Chile with the main lines; (ii) the historical evolution of the judicial review in that country before and after the establishment of the Constitutional Tribunal in 1970; (iii) the changes introduced by the constitutional amendment of 2005 regarding the functions of the Chilean Constitutional Tribunal; (iv) the 'recourse of protection' institution which is provided by Article 20 of Chilean Constitution as a constitutional right; and (v) the attitude of contemporary Chilean Constitutional Tribunal which deals with conflicting situations focusing on the most important constitutional issues in that country.

This article stresses the thesis which can be summarise as; the latest trajectory of constitutional review system in Chile –from past to today– shows that the Chilean constitutionality control system has advanced incrementally and far from peacefully. In other words, judicial review in Chile evolved from a diffuse review system pivoting around the Supreme Court of Justice toward a concentrated constitutional review scheme characterized by the primacy of the Constitutional Tribunal.

Keywords: Judicial Review, Constitutional Review, Supreme Court of Justice, Chilean Constitutional Tribunal, Recourse of Protection

GİRİŞ

Gözlem ve karşılaştırma ihtiyacı, izlerini antik çağda dahi bulabileceğimiz temel bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aristo'nun ülkelerin anayasalarını karşılaştırmalı olarak incelediği eserlerine rastlamak mümkündür. Diğer toplumlarda neler olduğunu anlama ve kendi kurumları ile başka ülkelerin kurumlarını karşılaştırarak nasıl daha iyi bir sistem kurulabileceğini sorgulama ihtiyacı karşılaştırmalı çalışmaların çıkış noktasını oluşturmaktadır. II. Dünya Savaşı sonrası, yazılı anayasaların dünya çapında yaygınlık kazanmasına paralel olarak karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarının da bir hayli arttığı gözlenmektedir. Yine, II. Dünya Savaşı sonrası kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi de yaygın hâle gelmiş, buna paralel olarak anayasa yargısı alanında da karşılaştırmalı çalışmalar yükselişe geçmiştir.

Karşılaştırmalı çalışmalar, günümüz, Dördüncü Dalga demokrasi kuşağının anayasa yapım süreçleri faktörü göz önüne alındığında,



bulduğumuz noktada giderek önem kazanmaktadır. Karşılaştırmalı anayasa çalışmaları, diğer ülkelerin sistemlerini karşılaştırabilmek ve ilgili ülkenin anayasal sistemi, kurumları, kurumların işleyişi ve yetkileri gibi konularda kendi ülkemize yararlı olabilecek bir takım çıkarımlarda bulunabilmek açısından faydalıdır. Ancak karşılaştırmalı çalışmalar bünyesinde bazı zorlukları da barındırmaktadır. Her ülke sisteminin oluşumunda farklı dinamikler söz konusudur. İncelemenin obje faktörü, anayasal sistem ve hukuk sisteminden ibaret olmamakla birlikte; ülkelerin gelenekleri, siyasal ve sosyolojik kültürleri de hukuksal yapısını etkilediği ölçüde çalışmanın kapsamındadır. Dolayısıyla, karşılaştırmalı bir çalışmadan verim alınabilmesi için, araştırmacının o sistemin tüm özelliklerini dikkate alması ve eleştirel bir bakış açısı ile verileri işlemesi gerekmektedir.

Son birkaç on yılda, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi (anayasa yargısı) demokrasiye geçişin ve demokratik pekişmenin önemli bir aracı olarak görülmüştür. Öyle ki artık eski ya da yeni bütün demokratik rejimlerin anayasa yargısını şu veya bu şekilde kabul etmelerini beklemek doğal bir hâl almış ve bu küresel bir eğilim hâline gelmiştir. Gerçekten de üçüncü demokrasi dalgası esnasında Asya, Doğu Avrupa ve Latin Amerika'da gerçekleşen demokrasiye geçişi takiben aynı zamanda bir yargı denetimi dalgası da olmuştur. Latin Amerika için de yargı denetimi, demokrasiye geçişin ve demokratik pekişmenin sağlanması için kritik bir rol üstlenmiş ve 1990'ların başında gelindiğinde Latin Amerika ülkelerinin çoğu anayasa yargısını kabul etmiştir³.

Bu ontolojik çözümleme ışığında, Üçüncü Dalga demokrasilerinden biri olan, Şili ülkesinin anayasal sistemi, yargı denetimi (anayasa yargısı) ekseninde, karşılaştırmalı metodun yöntemleri kullanılarak detaylı biçimde incelenecektir. Çalışmamızda, öncelikle Şili'de anayasa yargısının dünü ve bugünü, tarihsel kaynakları ve gelişim süreci incelenecek, ardından benimsenen yargı denetiminin kuruluşu, yapısı ve işleyişi açıklanacak, nihayet ülkenin demokratik gelişiminde yargı denetimine konu olan önemli ve hayati sorunlar ve mahkemenin bunlara yaklaşımı incelenecektir.

Son olarak bu çalışmayla Türkiye'ye binlerce kilometre uzak bir ülke olan Şili'nin ele alınması Türk okuru açısından sebepsiz değildir. Zira dünyanın iki ayrı ucunda yer alan bu iki ülkenin anayasal geçmişine bakıldığında, yürürlükteki anayasalarını hemen hemen aynı dönemlerde askerî vesayet altında yapan ve yapılan onca değişikliğe rağmen bir

3 COUSO Javier, 'The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition 1990–2002', *Democratization*, Cilt 10, Sayı 4, 2003, ss.70–91, s.70–72. (ThePolitics of...)

süredir, yeni bir anayasa'nın yapılması yönünde ciddi girişimlere sahne olan bu ülkelerin, anayasal gelişiminin pek çok açıdan benzerlik gösterdiği söylenebilir. Özellikle Şili'de 1973 ve Türkiye'de 1980 askerî darbelerinin sonrasında hem askerî rejimlerin hem de demokrasiye geçiş hükümetlerinin zihniyet, tutum ve icraatlarının şaşkırtıcı biçimde birbirine benzer nitelikte olduğu görülmektedir⁴. Dolayısıyla Şili'de darbe sonrası yaşanan anayasal değişim ve gelişimi anayasa yargısı özelinde okurken, Türk anayasal gelişmelerinden de izler bulmak olasıdır.

I. ŞİLİ YÖNETİM TARİHİ⁵

İsmi Mapuche dilinde, dünyanın bitimi anlamına gelen *Çili* kelimesinden gelmekte olan Şili, Arjantin'in batısında, And Dağları ile Pasifik Okyanusu arasında kalan, kuzeyden güneye uzanan bir Güney Amerika ülkesidir. Şili'nin uzunluğu 4270 km olmasına karşın genişliği yalnızca 350 km'dir.⁶ Şili ülkesinin kuzey doğusunda Bolivya ile, kuzeyde ise Peru ile kısa birer sınırı bulunmaktadır. En uzun sınırını doğusundaki Arjantin ile paylaşmaktadır (4.800 km). Başkenti Santiago olup 2004 yılı rakamlarına göre nüfusu yaklaşık 16 milyondur. Resmî dili İspanyolca, dini (Katolik) Hıristiyanlıktır.⁷ Ülke tarihine bakıldığında, M.Ö. yaklaşık 13.000 yıllarında, bugünkü ülke sınırlarında insanların yaşadığı bilinmektedir. Kuzey Şili, İspanyollar tarafından fethedilmeden kısa süre öncesine kadar İnka Krallığına ait bir kara parçasıydı. Bu topraklarda Arokan ve Atacamenos yerlileri yaşamaktaydı. 1520 yılında dünyanın çevresini dolaşmak için yelken açan Ferdinand Magellan, kendi adıyla anılan Magellan Boğazı'nı geçerken ülkenin güney ucunu keşfetmiş oldu. Şili'ye ulaşan ilk Avrupalılar altın aramak amacıyla 1535 yılında Peru'dan gelenlerdi. Ancak bu kişiler yerel halk grupları tarafından geri püskürtüldü. Avrupalılar'ın tam manasıyla yaptıkları ilk yerleşim, 1541 yılında Pedro de Valdivia'nın 1541 de Santiago'yu kurmasıyla gerçekleşmiştir. 1542 den itibaren de Şili, İspanyol Peru Krallığı'nın bir parçası hâline gelmiştir.⁸

4 COUSO Javier, 'The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition 1990–2002', *Democratization*, Cilt 10, Sayı 4, 2003, ss.70–91, s.70–72. (ThePolitics of...)

5 Bu başlık altında verilen genel açıklamalar için bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Chile>; http://en.wikipedia.org/wiki/Government_of_Chile; http://en.wikipedia.org/wiki/President_of_Chile; <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eili> (Mart-Nisan 2012).

6 Mapuche, Şili'de yaşamakta olan yerli bir kavimdir. KÜRKÇÜGİL Masis (Der.), *Latin Amerika'nın Kaynayan Damarları*, İthaki Yayınları, İstanbul, 2004, s. 38.

7 KÜRKÇÜGİL, s. 38.

8 NAVIA Patricio, 'The History of Constitutional Adjudication in Chile and the State of Constitutional Adjudication in South America', *Asian Journal of Latin American Studies*, Vol.2, 1999, s. 3.



Uzak kıta Güney Amerika'nın ince ve uzun ülkesi Şili'de, modern devletin ortaya çıkışı 19'uncu yüzyılın başında İspanya Krallığına karşı başa geçen bir cunta (*Government Junta of Chile*) öncülüğünde özerk bir cumhuriyet ilan edilmesiyle başlamıştır. Şili 1818'de İspanya'ya karşı tam bağımsızlığını ilan etmiş ve ülkenin kurucu babalarından biri olan Bernardo O'Higgins'in bağımsız Şili'nin ilk Devlet Başkanlığı (*Supreme Director of Chile*) öncülüğünde ülkede güçlü bir başkanlık rejimi kurulmuştur. 1830 yılında başa geçen Diego Portales Palazuelos ülkeyi diktatörlükle yönetirken, 1833 yılında çok sıkı bir anayasa hazırlanmış, bu merkezî anayasa ile 1833–1891 yılları arasında Şili uzunca süre istikrar sağlamış; zamanla ülke, Güney Amerika'nın ekonomik olarak en güçlü bölgesi hâline gelmiştir. 1891'de patlak veren iç savaş ise Şili'ye siyasi iktidarın Başkan ile Parlamento arasında yeniden paylaşıldığı parlamenter bir demokrasi modeli getirmiştir.

Yirminci yüzyıl başlarında (1920'lerde), orta sınıfın ve işçi sınıfının yükselen gücünü takiben, büyük destek toplayan Marksist gruplar doğmaya başladı. Güçlü bir orta sınıf partisi olan Radikaller (*Radicals*) devlet yönetimine 1932–52 yılları arasında hâkim oldu ve bu dönemde devletin ekonomideki rolü giderek arttı. 1964 seçimlerinde başkan olan Eduardo Frei Montalva dönemi ise özellikle sosyal ve ekonomik programlarıyla önemli reformların dönemi oldu. 1969 yılında ülkede sol güçler *Unidad Popular* (UP) adlı bir seçim birliği oluşturdular. Bu birlik komünist ve sosyalist parti gibi partilerin yanında birkaç tane daha solcu küçük partiden oluşuyordu. UP kendisini sosyalist bir çizgiye oturtarak, endüstrinin devletleştirilmesi ve büyük arazi sahiplerinin arazilerinin istimlak edilmesi gibi vaatlerde bulundu. Bu birlik 1970 yılında Salvador Allende'yi devlet başkanlığı için aday gösterdi ve 1970 seçimlerinde Allende Devlet Başkanlığı'na seçildi. Allende hükümeti ekonominin başlıca dallarını peş peşe devletleştirmeye başladı (Bankacılık, tarım, bakır madenleri, haberleşme). Toprak reformu yapıldı, emekçilere yeni haklar tanındı. Böylece muhalefetle gitgide büyüyen çekişmeler oluştu. Ayrıca ABD'de Allende'nin seçim zaferine karşı büyük bir rahatsızlık oluşmuştu, zira Küba'dan sonra ikinci Amerika devleti olarak Şili'de, marksist etkilere sahip halk cephesi yönetimdeydi.⁹ 1973 yılında UP oy sayısını daha da arttırmayı başardı.

Yukarıda sıralanan gelişmelerin ardından, 11 Eylül 1973 tarihinde General Augusto Pinochet'nin başında bulunduğu askerî cunta hükümete karşı bir askerî darbe gerçekleştirdi, iktidarı ele geçirdi. Ölü bulunan

9 KÜRKÇÜGİL, s. 30.



Başkan Allende'nin, intihar ettiği söylendi ve yüzlerce Allende yanlısı bu günlerde öldürüldü, binlercesi tutuklandı. Tüm devlet birimleri askerî birlikler tarafından işgal edildi. Tüm devlet yetkilerini, cunta lideri olarak General Augusto Pinochet devraldı ve bir askerî dikta rejimi kurdu. Pinochet'nin iktidarı ele geçirmesiyle, yeni yönetim daha önceki devletleştirmeleri, önemli bakır madeni Chuquicamata hariç olmak üzere geri aldı. Neoliberal bir ekonomi politikası izlerken, tüm sendikal hakları da geri aldı. Bu ekonomi politikalarıyla beraber zengin ile fakir arasında fark daha da belirginleşmeye başladı. Ama kamu ekonomisi, büyüme ile birlikte, Güney Amerika'daki alışılmış olandan daha fazla istikrar kazandı. Ekonomik istikrarın yanında insan hakları ihlalleri devam etmekteydi¹⁰.

Pinochet rejiminin kendisini kurumsallaştırmak amacıyla yaptığı yeni anayasa darbenin sekizinci yıldönümü olan 11 Eylül 1980'de yapılan halkoylamasında kabul edildi¹¹. Bu otoriter rejim anayasası, özünde statükoyu yani kişisel nitelikleri hayli belirgin olan bir askerî rejimi sürdürüyordu.¹² Anayasa'nın 1981'de yürürlüğe girmesinin ardından Pinochet sekiz yıllık bir dönem için devlet başkanlığını üstlendi.¹³ Muhalefetin üzerinde yoğun baskıların sürmesi ve 1982–1983 yıllarındaki ekonomik bunalımın ardından tepkiler açık eylemlere dönüştü. Gösteriler artınca sıkıyönetim ilân edildi (Kasım 1984). Pinochet Eylül 1986'daki suikast girişiminden yara almadan kurtuldu.¹⁴ 12 Ocak 1987'de sıkıyönetim kaldırılarak siyasî partilerin kurulmasına izin verildi. 1988 yılında Pinochet bir dönem daha iktidarda kalabilmek için halkoylamasına başvurdu. Pinochet'nin rejimin meşruluğuna ilişkin içte ve dışarıdaki kuşkuları bertaraf etmek amacıyla düzenlediği referandumda % 55 oy

10 Öyle ki Allende döneminin izlerini taşıyan her şeye ve herkese karşı cadı avı başlatan askerî cunta döneminde sayısız işkence, suikast ve insan kaybetme gerçekleştirilen Şili, 1977 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından ülkede 'işkencenin kurumsallaşması' sebebiyle kınanmıştır. AKYÜZ, s.91.

11 Anayasanın oylandığı bu halkoylamasında propaganda imkânlarının dağılımı, seçmenin bilgilendirilmesi, serbest bir tartışma ortamının varlığı gibi pek çok bakımdan sayısız hilenin yapıldığı, iktidarın yürüttüğü baskın evet kampanyası ve muhaliflere karşı yürütülen yıldırma politikaları nedeniyle bu halkoylamasının demokratik meşruiyetten yoksun olduğu bilinmektedir (AKYÜZ, 97-99). Keza anayasanın halkoylamasında çoğunlukla kabul edilmesinde rejimin karşıtlarının, hiç değilse askerî rejimin devamına bir zaman sınırlaması getirilmiş olmasını mevcut şartlar içerisinde elde edilebilecek en iyi sonuç olarak 'görmeleri nedeniyle evet oyu verdikleri düşünülmektedir. ÖZBUDUN Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1993, s.56.

12 ÖZBUDUN, s.55.

13 NAVIA, s. 4. Bu anayasa hâlen yürürlükte olup 1989, 1991, 1994, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2009 ve 2010 yıllarında değişikliklere uğramıştır.

14 HEISS Claudia / NAVIA Patricio, 'You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy', **Latin American Politics and Society**, Vol. 49, 2, 2007, s. 165.



oranıyla Pinochet'in ülkeyi daha fazla yönetmemesi sonucuna varıldı. Bunun üzerinde rejim ve muhalefet anlaşarak 1989 yılında anayasanın 54 hükmünün değiştirilmesi üzerinde anlaştılar. Bu kapsamlı değişiklik sonrası da rejimin sınırlı bir temsile imkân vermekle birlikte silahlı kuvvetlerin vesayetini sürdürdüğü, sınırlı bir demokrasi' modeli yaratılmıştır¹⁵. Böylelikle Şili'de 1973'de, kanlı ve ıstıraplı bir kesintiye uğrayan' demokrasiye, 1989 yılı ile birlikte tekrar dönüşün başlamış olduğunu söyleyebiliriz.¹⁶

Sınırlı demokrasiye imkân veren 1989 anayasa değişikliklerini takiben 14 Aralık 1989'da seçimler yapıldı ve on altı yıllık dikta rejiminden sonra Şili'ye yeniden seçilmiş bir iktidar getirdi. Sol ve merkezden gelen 17 siyasi partiden oluşan Demokratik İttifak'ın adayı Patricio Aylwin oyların yüzde 55'ini alarak Devlet Başkanlığı seçildi. Aylwin mütevazı ekonomi reformlarının yanı sıra beraber yaşayabilmek için devlet ile halkı barıştırmaya başladı. Ancak bu dönemde Pinochet, ordu üzerindeki kontrolünü sürdürdü. Aylwin'in yönetimindeki (1990–1994) Şili, Arjantin ile ilişkilerini düzeltti (1991) ve Meksika ile bir serbest değişim anlaşması imzaladı (1991). Şili'de diktatörlük dönemi sona ermişti ve demokrasiye geçiş süreci başlamıştı.¹⁷ 1993 yılında ilk defa bazı subaylar insan hakları ihlalden mahkemeye çıktılar. Çok sayıda sürgün ülkeye döndü. 1994–2000 yılları arasında ülkeyi Hristiyan demokrat Eduardo Frei Ruiz-Tagle yönetti. Pinochet 1998 yılında İngiltere'de tutuklandı ve daha sonra dışarı çıkma yasağı kondu. 2000 yılında sağlık sorunları yüzünden serbest bırakıldı. 2000 yılında Sosyalist Ricardo Lagos Başkan seçildi. 2006 yılında ise ülke tarihinin ilk kadın başkanı sosyalist Michelle Bachelet bu makama geldi.

Nihayet 17 Ocak 2010 tarihinde gerçekleştirilen Devlet Başkanlığı seçiminde Şili'de tekrar demokratik düzene geçilen 1990 yılından bu yana ilk kez merkez sol bloku *Concertacion* bir seçimi kaybetmiştir.¹⁸ Bu seçimle son yirmi yıldan beri ilk kez bir sağcı aday, Hristiyan Demokrat Sebastian

15 ÖZBUDUN, s.55-56.

16 1980 anayasa referandumuna göre daha serbest bir ortamda yapılan bu oylamada da, muhalefeti yıldırma politikaları uygulanmış, kamu görevlileri üzerinde baskı kurularak evet oyu vermeye zorlanmış, hatta teşvik ve rüşvet yoluyla oy kazanmaya dahi teşebbüs edilerek oylamada birçok seçim özgürlüğü ihlali yapıldığı gözlemlenmiştir. (AKYÜZ, s. 98-99).

17 HEISS / NAVIA, s. 166.

18 Pinochet askerî yönetiminin yıkılarak demokrasiye dönülmesinde büyük pay sahibi olan anılan blok aradan geçen 20 yıl boyunca Şili'ye siyasi ve ekonomik istikrar kazandırmış ve bölgesinde saygın ve sözü geçen bir ülke konumuna gelmesinde önemli bir rol oynamıştır. SCRIBNER Druscilla L., 'The Judicialization of (Separation of Powers) Politics: Lessons from Chile', *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 2, 3, 2010, s. 91.



Pinera, seçimleri kazanmıştır. Harvard doktoralı¹⁹ Pinera, 2010 büyük depremi, Santiago hapisanesi yangını ve maden göçüğü kazası gibi olaylar sebebiyle talihsiz olarak nitelendirilmiştir. Hatta The Economist'in yaptığı kamuoyu araştırmasına göre hem destekçileri hem de muhalefetin nezdinde, beceriksiz başkan` olarak görülmektedir.²⁰ Nihayet 2013 yılında yapılan seçimlerde sosyalist aday Michelle Bachelet, bir kez daha Şili Devlet Başkanı seçilmiştir ve hâlen devlet başkanlığını sürdürmektedir.

II. YARGISAL DENETİMİN KURULUŞU

A. HUKUK SİSTEMİ VE ANAYASACILIK

Uzun ve köklü bir anayasacılık geçmişine sahip olan Şili, günümüzde esas olarak Kıta Avrupası hukukuna dayanan bir hukuk sistemine ve yazılı ve katı bir anayasaya sahip modern bir temsili demokratik rejime sahiptir. Hükümet sistemi olarak Başkanlık sistemi benimsenmiştir. Yürütme yetkisi tek başlıdır ve Devlet Başkanının başında bulunduğu hükümete aittir. Hem devletin, hem hükümetin başı olan Başkan devletin idaresinden, genel politikaların saptanmasından ve uygulanmasından sorumludur. Devlet Başkanı doğrudan halk tarafından seçilir. Seçimler iki turlu olarak yapılır. Başkan Ricardo Lagos döneminde 17 Eylül 2005 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı anayasa değişikliğiyle, Devlet Başkanı'nun görev süresi 6 yıldan 4 yıla indirilmiş ve Başkan'ın iki dönem üst üste seçilemeyeceği kuralı getirilmiştir.²¹

Yasama organı olan Ulusal Kongre (*Congreso Nacional*), başkentin 140 km batısındaki Valparaíso şehrinde yer almaktadır. Kongre üst yasama organı *Senato* ile alt yasama organı *Temsilciler Meclisi'*nden oluşmaktadır. Temsilciler Meclisi 120 üyeden oluşmaktadır. 17 Eylül 2005 tarihinde yürürlüğe giren anayasa değişikliğiyle, sayıları sırasıyla 9 ve 2 olan kontenjan ve ömür boyu senatörlük makamları kaldırılmış, böylece Senato üye sayısı tamamı seçilmişlerden oluşmak üzere 49'dan 38'e indirilmiştir. Söz konusu değişiklikte birlikte 11 Mart 2006 tarihinden bu yana Şili Senatosu'nda 38 seçilmiş senatör görev yapmaktadır.²² Her ne kadar seçim

19 Harvard Üniversitesi'nden ekonomi doktorası bulunan Pinera'ya, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi tarafından, 'ülkesi için göstermiş olduğu demokrasi mücadelesi ve Şili halkının ekonomik ve sosyal gelişimine yaptığı katkılar nedeniyle' 20 Kasım 2012 tarihinde *Fahri İktisat Doktoru* unvanı verilmiştir. (Şili Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sebastian Pinera'ya Fahri Doktora Ünvanı Verildi', <https://www2.istanbul.edu.tr/?p=14270>, Haziran 2013)

20 Bkz. <http://www.economist.com/node/21552566> (Erişim: 12.04.2013)

21 SCRIBNER, s. 184.

22 FUENTES Claudio A., 'A Matter of the Few: Dynamics of Constitutional Change in Chile: 1990-2010', *Texas Law Review*, Vol. 89, 2011 - 2012, s. 1750.



sistemi nedeniyle fiilen iki partili bir sisteme dönüşse de resmî olarak çok partili bir siyasal hayat vardır.

Şili’de yargı organı yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızdır. Şili yargı sisteminin başında 21 üyeli Yüksek Mahkeme (*Corte Suprema*) bulunur. Yüksek Mahkeme üyelerinin seçimi usulü, Mahkemenin kendi göstermiş olduğu aday listesinden, Senatonun onaylaması ve Başkan’ın ataması yoluyla gerçekleşir. Üyeler aksi bir durum olmazsa 75 yaşına kadar görev yapar. En önemli görevi içtihat birliği sağlamaktır. Anayasa Mahkemesi, Seçim Kurulu, Bölge Seçim Kurulları ve Askerî Mahkemeler dışındaki bütün mahkemeler Yüksek Mahkeme’nin denetimi altındadır. Yüksek Mahkeme’nin altında ülke geneline dağılmış olan İstinaf Mahkemeleri, bunların denetimi altında Ceza Mahkemeleri, Asliye Mahkemeleri, Çocuk Mahkemeleri ve İş Mahkemeleri yer alır.²³

Şili anayasal sisteminde *anayasa yargısı* ise oldukça önemli bir fonksiyona sahiptir. Günümüzde Şili anayasa yargısı kendine has özelliklere sahip bir yapıdadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, farklı organların yerine getirdiği literatürdeki adıyla ‚karma‘ bir denetim vasıtasıyla gerçekleşir. Zira bir yandan özel olarak kurulmuş merkezi bir *anayasa mahkemesi* eliyle kanunların anayasaya uygunluk denetimi yapılırken; diğer yandan da olağan yargı içindeki *üst mahkemelere* yapılan bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) yoluyla temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin bir denetim gerçekleştirilmektedir. Bir başka anlatımla, günümüzde Şili’de kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi iki farklı mekanizma tarafından yerine getirilir: Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan *a priori*-soyut ve 2005 sonrası *a posteriori*-somut denetim ile Temyiz Mahkemeleri (*Courts of Appeal*) ve Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) tarafından yapılan bireysel başvuru denetimi.²⁴

Bu çalışmada modern Şili’deki anayasallık denetiminin her iki türü de gerek organik gerekse de fonksiyonel anlamda incelenecektir. Ancak mevcut durumu incelemeye önce Şili’de anayasacılık hareketlerinin ve yargı denetiminin tarihsel gelişimine kısaca değinmek gerekir. Şili’de yargı denetiminin kendine özgü bir deneyim olmasından hareketle, dönemsel bazda bir inceleme yapmak yerinde olacaktır. Diğer bir ifadeyle, ‚yargı denetimi konusundaki gelişmelerin temel çizgileri‘ ve ‚yargı denetiminde benimsenen model‘ başlıklarını dönemsel incelemenin içinde eritmek, Şili’deki yargı sisteminin yapısı ve konu bütünlüğü bakımından daha tutarlı

23 PARMO Domingo Lovera, ‚Implosive Courts, Law, And Social Transformation: The Chilean Case‘, *Cambridge Student Law Review*, Vol. 3, 31, 2007, s. 42.

24 PARMO, s. 42.



bir yaklaşım sunacaktır. Şili'de yargı denetimini dönemlere ayıracak olursak; özerk bir anayasa yargısı denetimi organı niteliğinde olan Şili Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu 1970 öncesi dönem, 1970 ile 1980 Anayasası arası dönem, 1980 Anayasası ile 2005 değişiklikleri arası dönem, son olarak 2005 sonrası dönem (günümüz) şeklinde bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Şili anayasa yargısı tarihinde 2005 sonrası dönemin güncel döneme referans vermesi yönüyle; 'mahkemenin görevleri; mahkemenin iç yapısı; mahkeme üyelerinin nitelikleri ve belirlenme usulleri', 'üyelerin hukuki statüsünün özellikleri', 'başvuru yolları' ve 'kararların niteliği' başlıklarını bu konu başlığı altında incelemek metodolojik olarak daha isabetli olacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ ÖNCESİ DÖNEM

Bu dönem farklı yöntem ve usullerin öngörülmüş olması sebebiyle, Erken Dönem 1833 Anayasası ve 1925 Anayasası şeklinde iki ayrı başlık altında incelenecektir. Anayasa Mahkemesinin kurulması ile başlayan süreç yeni bir başlık altında incelenecektir.

1. Erken Dönem: 1810–1833

Anayasacılık hareketleri bakımından hatırı sayılı bir anayasal tarihe sahip olan Şili, 1800'lü yılların ilk yarısında anayasacılık bakımından önemli gelişmeler yaşamaya başlamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki her ne kadar Amerika kıtasında yer alsın da Şili'de anayasacılığın gelişimi Kıtanın büyük gücü ABD'den daha farklı bir rota izlemiştir. Zira Şili, Roma-Germen hukuk sistemine ait bir ülke olması dolayısıyla ABD'den farklı bir hukuk geleneğine sahip olmasının yanında, aynı zamanda farklı bir hukuk kültürüne de sahiptir. Bu kıtada uzun süren İspanyol ve Portekiz sömürgeciliği, pek çok etkenin yanında bireyler ve devlet arasındaki ilişkileri de ABD'den farklı şekillendirmiştir²⁵. 1810 yılında bağımsızlığını ilan eden Şili, Kıta Avrupası anayasacılığının en önemli akımlarından olan Fransız hukuk geleneğini takip ederek büyük bir kodifikasyon hareketine başlamıştır. Öte yandan Rousseau ve Montesquieu'den etkilenen bağımsız Şili'nin ilk devlet elitleri, Fransız tipi millet egemenliğine ilkesine bağlı olarak, bunun mutlak tezahür ettiği makam olan *parlamentonun üstünlüğü* ilkesini kabul etmişlerdir. Dolayısıyla erken dönem Şili anayasal düzeninde hâkim olan anlayışa göre halk iradesinin üstünde hiçbir güç yoktur ve milli meclis bunun yegâne koruyucusudur²⁶.

25 FRIEDLER Edith Z., 'Judicial Review in Chile', *Sw. J. L. and Trade Am*, (7), 2000, s. 326.

26 Bunu en açık örneği 1855 tarihli Şili Medeni Kanunudur (*Civil Code*). Hâlen yürürlükte olan bu büyük kanunun 1'inci maddesine göre, Kanun Anayasa'da belirlenen şekilde tecelli eden ve emreden, yasaklayan veya izin veren halk iradesinin bir ilanıdır'. FRIEDLER, s. 326, (dipnot 20).



Keza Şili, Fransızların yargıya olan güvensizliğini de miras edinmiş ve hâkimlerin hukuk yaratmak veya kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini yapmaktan açıkça yasaklandığı bir yargı sistemi kurmuştur²⁷. Zira Kıta Avrupası geleneğinde kanunların yargısal denetimi yargı fonksiyonu ile bağdaşmayan bir olgudur. Halk iradesinin tecelli ettiği organ olan yasamanın üstünlüğüne dayanan ve büyük ve kapsamlı kanunların hâkim olduğu bu sistem, yargıya çok sınırlı bir rol biçer ve bu sınırlı fonksiyonun içinde kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek öngörülmemiştir²⁸.

Şili tarihinde ülkede kurumsal anlamda cumhuriyetin yerleşmesi esas itibarıyla 1833 yılında yapılan Anayasayla mümkün olmuştur. Dolayısıyla Şili'nin anayasal tarihi bakımından ilk referans noktası yaklaşık yüz yıl boyunca yürürlükte kalan 1833 Anayasasıdır. Ancak bu anayasadan önce de (1810–1833 arasında) bazı anayasal belgeler ve kısa anayasalar yapıldığı bilinmektedir. Ne var ki bunlar çok kısa ömürlü olmuşlar ve hiçbiri faydalarının ya da işlevselliklerinin test edilebileceği kadar yürürlükte kalamamışlardır²⁹.

Şili her ne kadar 1810'da bağımsızlığını kazansa da, bu ilk bağımsızlık girişimi kısa sürdü ve İspanyollar tekrar ülkeye hâkim oldu. Dolayısıyla ülke 1814–1818 arasında İspanyol ordusu tarafından yönetilmiştir. 1818'de İspanyolları yenip nihai ve tam bağımsızlık ilan edildikten sonra ise 1818, 1822, 1823 ve en son 1828 yıllarında Anayasalar yapılmıştır. Son tahlilde bu dönem için genel olarak şunlar söylenebilir: Yapılan bütün anayasalar esas itibarıyla yasama ve yürütme kuvvetleriyle ilgilenmiş, bu organların nasıl seçileceği ve aralarındaki güçler ayrılığına odaklanmıştır. Yargı organı ise bu anayasalarda önemli bir rol edinmemiştir. Zira anayasayı yorumlamaya ihtiyaç duyulmamış, bu ihtiyaç ortaya çıktığında ise anayasa yenisiyle değiştirilmiştir.

Eğer bir anayasanın yenisiyle değiştirilmesi kolaysa, yorum genişliği azalır. Dolayısıyla aslında bu dönemdeki anayasaların kısa ömrü, anayasa yargısının neden ortaya çıkmadığını açıklamaktadır³⁰.

27 FRIEDLER, s.326.

28 FRIEDLER, s.322-323.

29 FRIEDLER, s.327; Bu dönemde ilk olarak bağımsızlığın hemen ardından yapılan 1811 Anayasal Kuralları; pek çok anayasa hukukçusu tarafından Şili'nin ilk anayasası olarak kabul edilen ve ABD tipi bir kuvvetler ayrılığını benimseyen ve temel hakları ihtiva eden 1812 Anayasal Kuralları; ülkenin kurucularından Bernardo O'Higgins tarafından yapılan ve yasama ve yürütme yetkilerini elinde toplayan bir devlet başkanlığı sistemi kuran 1814 Anayasal Kuralları yapılmıştır. NAVIA, s.3 – 4.

30 NAVIA, s. 3 – 9.



2. 1833 Anayasası

Ülkede bir anayasal düzen kurmak için girişimler 1831 yılında başladı ve bir anayasa konvansiyonu tarafından 1833 yılında yeni bir anayasa hazırlandı. Latin Amerika'da en uzun süre yürürlükte kalan anayasalardan biri olan 1833 Anayasası, Amerikan tipi bir başkanlık ile İngiliz tipi parlamenter sistem arasında karma bir sistem kurmuştu. Ancak bu karma sistem, Başkan ile Parlamento arasındaki sürekli bir güç savaşına neden oluyordu. 19'uncu yüzyılın sonlarına gelindiğinde ise bu çatışma, parlamenter sistem lehine çözülmüştü.

Bu anayasada yargıya çok az yer verilmişti. Her ne kadar anayasa ile mahkemeler ve hatta bir Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) kurulmuş ise de bu mahkemelerin çalışma alanları sadece bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle sınırlıydı.³¹ Keza Anayasa, kanunların anayasaya uygunluğu bakımından ise *yasama yorumunu* benimsemişti.³² Anayasanın 163'üncü maddesine göre sadece Parlamento (Kongre) anayasa hükümlerini yorumlamakla ve herhangi bir anayasa hükmünün anlamı üzerindeki her türlü şüpheyi çözmekle görevlendirilmiştir³³. Dolayısıyla 1833 Anayasası döneminde Yüksek Mahkeme dâhil hiçbir mahkeme bir kanunun anayasa uygunluğunu denetleme yetkisine sahip değildi.

Bu bakımdan Şili'nin o dönemde Amerikan tipi başkanlık sistemini benimsemesi karşısında ABD'de ortaya çıkan kanunların anayasaya

31 Söz konusu dönemde doktrin ve yargı, yargıcın görev tanımının, 'bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olsa da olmasa da uygulanması' olduğu konusunda hemfikirlerdir. Söz konusu anlayışın 19.yy sonlarına doğru gelindiğinde değiştiğini görmekteyiz. 1867 yılında Yüksek Mahkeme (Supreme Court), temyiz mahkemelerine göndermiş olduğu yazılı tebliğde:

Hiçbir mahkemenin yasaları uygulamak yerine onları anayasaya aykırı olarak değerlendirmeye yetkisi yoktur. Ancak somut davada uygulanan norm, anayasaya açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, yasa hükmünün uygulanması yerine Anayasa uygulanmalıdır.' şeklindeki açıklamasıyla yeni bir dönem başlatmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu görüşüne, doktrindeki bazı yazarlar, 'özel kanunun, genel kanuna tercih edileceği' tasımından hareketle karşı çıkmışlardır. Bu görüş, azınlıkta kalmış, anayasal hükümlerin daha üstün nitelikte olduğu görüşü daha çok taraftar bulmuştur. FIGUEROA Dante, 'Constitutional Review in Chile Revisited: A Revolution in the Making', *Duquesne Law Review*, Vol. 51, Spring 2013, s. 393.

32 Bu dönemde kanunların anayasaya uygunluğunun, 'siyasal denetim' olarak da adlandırabileceğimiz, Kongre nezdinde denetimi söz konusudur. Ayrıca 1833 Anayasa'sının 164. maddesi anayasayı yorumlama yetkisini yalnızca ve açıkça Ulusal Kongre'ye tanımaktadır. COUSO Javier, 'Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970–2010', *Texas Law Review*, Cilt 89, Sayı 7, 2011, ss.1517–1536, s. 1523. ('Models of Democracy...')

33 NAVIA, s. 9–10.



uyguluğunun yargısal denetimi doktrini benimsememesi ilginçtir³⁴. Bu durum ancak, o dönem Şili’de hâkim olan *yasamanın üstünlüğü* (*legislative supremacy*) ilkesinin sonuçlarından biri olan katı kuvvetler ayrılığı anlayışının, bir hâkimin her şeye kadir olan parlamentonun iradesini bozması düşüncesinin tasavvur edilmesini olanaksız hâle getirmesiyle açıklanabilir³⁵. Nitekim 1891’de parlamento ile başkan yanlıları arasında patlak veren iç savaşın ardından parlamentonun egemenliği daha da kuvvetlenmiş ve Şili Amerikan tipi başkanlık sisteminden, İngiliz tipi parlamenter sisteme geçiş yapmıştır. Savaş sonunda parlamento yanlıları galip gelmiş ve başkanın yetkileri azaltılarak Şili’de 1925’e kadar sürecek olan gerçek bir parlamenter hükümet sistemi dönemi başlamıştır³⁶. Böyle bir ortamda ise anayasa yargısının doğması teorik olarak pek mümkün gözükmemektedir; dolayısıyla 1833 Anayasasının yasama yorumuyla yetinmesi bu bakımdan anlaşılabilir.

3. 1925 Anayasası

Parlamentonun ulusal siyasetin merkezinde olduğu 1891–1924 döneminde, Şili eski yönetici sınıfın itibarını kaybetmesine ve devlet başkanı tarafından kurulan daha duyarlı bir halk hükümetinin yükselmesine yol açan çeşitli sosyal ve ekonomik krizlere maruz kaldı. Bu dönemde, bu gelişmelerle birlikte yeni bir anayasa hazırlandı ve 30 Ağustos 1925’te yapılan halkoylaması ile ülkenin yeni anayasası kabul edildi. Bu anayasa 1925’ten demokratik kırılmanın yaşandığı 1973’e kadar yürürlükte kalmıştır. 1925 Anayasası her ne kadar esas itibarıyla bir önceki anayasal doktrinden sapmamışsa da, güçler dengesini parlamentodan alıp yeniden devlet başkanına doğru kaydırmak için tasarlanmıştı. Zira anayasada yeniden Amerikan tipi kuvvetler ayrılığı ile frenler ve dengeler benimsenmişti. Kabine üyeleri tamamen Başkanın takdiriyle atanırdı ve kongre kanun yapma yetkisine sahip olsa da başkanın bu kanunları veto etme yetkisi getirilmişti³⁷.

1925 Anayasası, kanunların yargısal denetimine ilişkin olarak ise Yüksek Mahkeme’ye somut denetim yoluyla anayasayı yorumlama ve kanunları anayasaya aykırı ilan etme yetkisi vermiştir (m.86). Fakat bu oldukça sınırlı bir yetkidir ve Şili Yüksek Mahkemesi bu dönemde genellikle anayasal konularla ilgilenmemeyi tercih etmiştir. Anayasayı

34 FRIEDLER, s.327.

35 FRIEDLER, s.326.

36 NAVIA, s.13; http://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Civil_War (Nisan 2012).

37 NAVIA, s.14; http://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Constitution_of_1925; <http://countrystudies.us/chile/85.htm> (Nisan 2012).



hazırlayan komite Amerikan örneğini takip ederek kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir organ (ya mevcut Yüksek Mahkeme ya da ayrı bir mahkeme) kurulmasını önermişti. Anayasa taslağını hazırlayanlar o dönemde Avusturya ve Çekoslovakya'da kurulmuş olan merkezi anayasa mahkemelerin de farkındaydılar ve olağan yargı sisteminden bağımsız ayrı bir anayasa mahkemesi kurulması fikri de tartışılmıştı. Ancak anayasayı hazırlatan dönemin devlet başkanı Arturo Palma, yargısal denetimle görevlendirilecek organa kanunları *erga omnes* iptal etme yetkisinin verilmesine karşıydı ve sadece önündeki belirli bir davayla ilgili olarak bir kanunun anayasaya aykırılığı dolayısıyla *inter partes* uygulanamaz olmasını ilan etmekten başka bir yetki verilmemesi gerektiği kanaatindeydi. Sonuçta Başkanın dediği oldu ve 1925 Anayasası 86'ncı maddesi ile Yüksek Mahkemeye münhasıran önüne gelen davalarda bir kanunun geçerliliğini etkilemeden, sadece anayasa aykırı olduğu ve dolayısıyla somut dava bakımından uygulanamaz olduğunu ilan etme yetkisini vermiştir. Buna göre Yüksek Mahkeme kanunların hem şekil hem de esas bakımından anayasa uygunluğunu denetlemeye yetkiliydi fakat 1925 Anayasasının yürürlükte kaldığı süre boyunca Mahkeme kanunları şekilde bakımından denetlemeyi reddetmiştir³⁸.

Şili'nin bu dönemde sahip olduğu anayasa yargısı sistemi, ne tam olarak Avrupa modeli ne de Amerikan modeline uymamaktadır. Zira bu sistem yargısal denetim yetkisini sadece tek bir organa vermesi bakımından merkezi anayasa yargısı modeline (Avrupa modeli) yaklaşmış ve fakat bu yetkiyi ayrı ve özel olarak kurulmuş bir mahkemeye değil, olağan bir yargı organına ait yüksek mahkemeye vermesi dolayısıyla da bu modelden ayrılmıştır. Keza bu sistem Amerikan modelini de benimsememiştir çünkü sadece Şili Yüksek Mahkemesi anayasaya aykırılık davalarına bakabilirdi ve kararları sadece *inter partes* etkiye sahipti³⁹. Diğer yandan Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip Şili'de sadece yasa koyucu hukuk yaratabilir, yani mahkeme içtihatları bakımından Anglo-Amerikan hukukunda kabul edilen *stare decisis* ilkesi geçerli değildir. Dolayısıyla Şili'de Yüksek Mahkeme içtihatları diğer mahkemeler için teorik olarak bağlayıcı olmadığı için, pratikte bir kanunun anayasa aykırılığı dolayısıyla tamamen geçersiz nitelikte olması ve *de facto* yürürlükten kalkması mümkün değildi. Yani anayasaya aykırılık sadece somut durum için söz konusu olabiliyordu. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme kararlarının sadece önündeki belirli bir dava için bağlayıcı olması ve anayasaya aykırı bulunan kanunun yürürlükte kalmaya devam etmesinin benimsenmiş

38 FRIEDLER, s. 328.

39 FRIEDLER, s.328 - 329.



olmasıyla Kara Avrupası'ndaki kuvvetler ayrılığı kavramına ile uygun bir usul kurulmuştu⁴⁰.

1925 Anayasasının kurduğu bu oldukça sınırlı yargı denetimi Anayasanın 2'nci maddesi ışığında değerlendirilmelidir. Bu hükme göre ,egemenlik aslen ulusa aittir ve Anayasayla kurulmuş organlar eliyle kullanılır (*Sovereignty resides intrinsically in the Nation, which delegates the exercise thereof to the authorities that this Constitution establishes*)⁴¹. Bu hükmün ortaya koyduğu egemenlik anlayışına göre 1925 anayasal düzeninde egemenlik sınırsızdır ve yasama organı millet egemenliğinin tecelli ettiği en üstün ve her şeye gücü yeten organdır. Bu nedenle 1925 Anayasası döneminde yasama ve yürütme organları Yüksek Mahkemenin hiçbir müdahâlesiyle karşılaşmadan yetkilerini kullanabileceklerine inanmış ve hatta yasama organının bilerek anayasaya aykırı kanunlar yapmasına bile imkân tanınmıştır; zira yasama organı söz konusu egemenlik anlayışı dolayısıyla Yüksek Mahkeme dâhil hiçbir organının, yaptığı kanunların uygulanmasını engelleyemeyeceği konusunda sonsuz bir güvene sahipti⁴². Dolayısıyla böyle bir ortam, gerçek anlamda bir anayasallık denetimi yapılmasına elverişli değildi. Neticede halk iradesine olan bu inanç ancak II. Dünya Savaşının yarattığı korku ortamının sonucunda değişebildi. Bu değişim bundan sonraki başlık altında incelenecektir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ (TRIBUNALCONSTITUCIONAL)

Şili, anayasanın üstünlüğünün yargısal müeyyidesine ilişkin etkili bir mekanizmaya sahip olmadığı yaklaşık bir buçuk asrın ardından Başkan Eduardo Frei döneminin sonlarında, 1970 yılında, tarihinde ilk kez bir ,Anayasa Mahkemesi (*Tribunal Constitucional*)' kurdu. Bu yeni Anayasa Mahkemesi, Kıta Avrupası hukuk geleneğinde yerleşmiş anayasal denetim mekanizması modeline uygun olarak, olağan yargı organının dışında özel olarak kurulmuş özerk bir organdı⁴³. Ancak bu Mahkeme kendi ismini gerçek anlamda yıllar içinde siyasi rejimdeki değişimlerden derinden etkilendikten sonra hak etmiştir. Gerçekten de Şili Anayasa Mahkemesi son kırk yıldır, kendi niteliği, üstlendiği rol ve Şili'nin siyasi sürecine olan etkisi bakımından radikal değişiklikler geçirmiştir.

Diğer bir ifadeyle Şili'de farklı dönemlerde, kurumsal ve fonksiyonel anlamda farklı birer Anayasa Mahkemesi var olmuştur. Bu bağlamda

40 FRIEDLER, s.329.

41 FRIEDLER, s.329.

42 FRIEDLER, s.330.

43 COUSO, Models of Democracy<, s. 1527.



Anayasa Mahkemesi var olduğu dönemler bakımından Javier Couso'yu takip ederek üç dönem hâlinde incelenebilir: a) Demokratik yönetim altında Fransız *Anayasa Konseyini* model alan 'birinci dönem Anayasa Mahkemesi'; b) General Pinochet'nin önderliğindeki askerî dikta rejiminin demokrasiye dönüşü karşı bir güvence olarak 1980 Anayasasıyla kurduğu 'ikinci dönem Anayasa Mahkemesi' ve c) demokrasiye dönüşün ardından gerçek anlamda işlevsel bir modern anayasal denetim organı olarak 2005'ten günümüze kadar uzanan süreçteki, üçüncü dönem Anayasa Mahkemesi⁴⁴. Dolayısıyla çalışmanın bundan sonraki kısmında Şili Anayasa Mahkemesi, ilk kez kurulduğu 1970 yılından günümüze kadar bu üç dönem için ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. İLK DÖNEM ANAYASA MAHKEMESİ (1970–1973)

Şili Anayasa Mahkemesi, ilk kez 1925 Anayasasında 1970 yılında yapılan bir değişiklik ile kurulmuştur. Kasım 1970'de yürürlüğe giren ve Anayasaya üç yeni madde (m.78a, 78b ve 78c) ekleyen bu anayasa değişikliği⁴⁵ ile kurulan Anayasa Mahkemesi dört yıl için atanan beş (5) üyeden oluşuyordu ve üyelerinin üçü (3) devlet başkanı tarafından atanıyor, geri kalanı iki (2) üye ise Yüksek Mahkeme üyeleri arasından seçiliyordu (m.78a). Anayasa Mahkemesinin temel görevi Kongrenin onayına sunulan kanun tasarılarının, antlaşmaların ve kanun hükmünde kararnamelelerin *a priori* anayasaya uygunluğunu denetlemektir (m.78b/a-b). Bu bağlamda yeni Anayasa Mahkemesinin en önemli fonksiyonu, 1970 öncesi Yüksek Mahkemenin ısrarla uygulamaktan imtina ettiği kanunların şekil bakımından anayasaya uygunluğunu denetlemektir⁴⁶.

Fakat bu önemli yetkilerine rağmen yeni Mahkeme beklendiği kadar iyi işlemedi. Anayasa Mahkemesi sadece askerî darbenin gerçekleştiği Eylül 1973'e kadar yaşayabildi; zira askerî dikta rejimi yönetimim ele geçirdiğinde derhal Anayasa Mahkemesini kapattı. Üç yıllık bu kısa ömründe ise Anayasa Mahkemesi sıkça toplanmasına rağmen istenilen fonksiyonu icra edemedi. Anayasa Mahkemesinin bu kısa dönemdeki etkisiz performansının onun kuruluşu, üyelerinin seçim süreci ve üyelerin ideolojileri ya da hukuk anlayışlarına bağlı olduğu belirtilmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin iki üyesinin aynı zamanda Yüksek

44 COUSO, Models of Democracy, s. 1528.

45 Bu anayasa değişikliği ile 1925 Anayasasına eklenen 78 a), 78 b) ve 78 c) maddelerinin İngilizce metni için bkz. *English translation of the Constitution of 1925, as amended to 1971*, Belge Kaynağı: Pan American Union / OAS [tarihsiz], s.26–29, HeinOnline (<http://heinonline.org>) (15 Nisan 2012).

46 FRIEDLER, s. 330.



Mahkeme üyesi olması, yargı bağımsızlığı açısından Anayasa Mahkemesini olumsuz etkileyen en önemli faktörler arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla bu dönemde Anayasa Mahkemesinin

Şili hukuk sistemi içinde demokratik meşruluk, gelenek ve prestijden yoksun olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Nihayet Anayasa Mahkemesi bu dönemdeki fonksiyonuyla 1973 askerî darbesini engelleyememiştir çünkü Mahkemenin kurulması çok gecikmişti ve bağımsız bir güç olarak algılanmıyordu. Keza Anayasa Mahkemesi belki de olabilecek en kötü zamanda kurulmuştur; çünkü o dönemde yürütme ve yasama organları arasındaki uyumsuzluklar daha önce benzeri görülmemiş derecede yüksek seviyedeydi ve çoğu aktör demokratik istikrarı gerekli ya da arzu edilen bir mefhum olarak değerlendirmiyordu⁴⁸.

Sonuç olarak, bütün bu özellikleri dikkate alındığında ilk dönem Anayasa Mahkemesi için aşağıdaki değerlendirmeler yapılabilir:

Bu mahkeme Şilin yarım yüzyıl önceki anayasacılık anlayışıyla benzer şekilde katı bir yasamanın üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı anlayışına dayanmaktaydı. Bu bağlamda yeni Anayasa Mahkemesinden beklenen temel hak ve hürriyetlerin koruyucu olması değil, seçilmiş iki organ olan yasama ve yürütme arasında ortaya çıkabilecek hukuki uyumsuzlukları çözmektir. Ancak gerçekte mahkeme kendisine biçilen yasama ile yürütme arasındaki arabuluculuk rolünü dahi yerine getirememiştir.

Şili'nin çok kısa ömürlü ilk Anayasa Mahkemesi, yasamanın yaptığı kanunların üstünlüğüne dayalı ve anayasayı mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabilecek bir haklar şartından ziyade siyasal sistemin temel kurallarını koyan bir belge olarak algılayan geleneksel anayasacılık anlayışına dayanmaktaydı. Keza mahkeme o dönemde Şili'de baskın hukuk felsefesi olan (Hans Kelsen ile Andres Bello'nun savunduğu) güçlü hukuki pozitivism akımına da uygundu. Bu bağlamda Mahkeme tarafından dikkate alınacak üstün hukuk ilkeleri yoktu; sadece anayasanın lafzına göre karar vermeyi sağlayan basit anayasa kuralları vardı⁴⁹.

1970 yılında kurulan Anayasa Mahkemesi, üstlendiği misyonu yerine getirmeye fırsat bulamadan 1973 hükümet darbesinin ve onun kurduğu askerî dikta rejiminin kurbanı olmuştur. Hükümet darbesinin ardından darbeyi yapan askerî cunta 1925 Anayasasını askıya aldı ve

47 FRIEDLER, s. 331.

48 NAVIA, s. 19.

49 COUSO, Models of Democracy, s. 1529 - 1530.



ülke askerî yönetimin çıkardığı kararnameler ile yönetilmeye başlandı.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi de yeni bir anayasanın yapıldığı 1980 yılına kadar kapatıldı; (zaten) darbe ile birlikte parlamento kapatılmış olduğundan yasama ve yürütme arasındaki uyumsuzlukları çözecek bir organa ihtiyaç kalmamıştı⁵¹.

B. 1980 ANAYASASI ve İKİNCİ DÖNEM ANAYASA MAHKEMESİ (1981–2005)

Şili'nin ikinci dönem Anayasa Mahkemesi, 11 Eylül 1973'de yönetime darbe ile koyan askerî rejiminin bir ürünü olan 1980 Anayasası tarafından kurulmuştur. İlk dönem Anayasa Mahkemesinin yaşamı, demokratik rejimi kesintiye uğratan 1973 darbesi ile son bulmuş, ülke yedi yıl boyunca askerî bir dikta rejimi ile yönetilmiştir. Bu dönemde (1973–1980) Şili'de hem alt hem de üst derece mahkemeleri sadece pasif değil aynı zamanda 1973'de başlayan baskı rejimine karşı müsamahakâr bir tutum göstermiştir. Yani Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) dâhil sivil mahkemeler, o dönemde askerî mahkemelerin işlemlerine karışmayı reddetmiş ve yeni siyasi rejime bağlılıklarını ilan etmişlerdir⁵². Dolayısıyla dikta rejiminin ilk yedi yılında yargı denetimi bakımından hiçbir gelişme olmamıştır.

Nihayet askerî rejim 1980 yılında bir anayasa yapmış, bu yeni anayasa ile birlikte 1981 yılında da 'ikinci Anayasa Mahkemesi' kurulmuştur. Dolayısıyla Şili'nin ikinci Anayasa Mahkemesi'ni inceleyebilmek için öncelikle 1980 Anayasasının özelliklerini ve bu anayasanın kurduğu siyasal sistemin temel değerlerini açıklamak gereklidir.

1. 1980 Anayasası

Darbeden sonra, askerî cunta yeni bir anayasa yapılması için çalışmaları başlatmıştı. Bir anayasa komisyonu kuruldu ve bu komisyonun 1979'da hazırladığı anayasa taslağı askerî cunta tarafından sivil konularda askerin gücünü artıran bir şekilde revize edildikten sonra halkoylamasına sunuldu. Pinochet yönetiminin hazırladığı anayasa 11 Eylül 1980 yılında gerçekleştirilen şaibeli, muhalefetin medyaya ulaşmaktan yoksun olduğu

50 Bu dönemde Latin Amerika'da 20. yy.ın son çeyreğine damgasını vuran damgasını vuran Kanun Hükmünde Kararnameler çıkarılmıştır. Bunların özelliği meclisten yetki kanunu alınmaksızın çıkarılması ve geçerli yasa hükmünü değiştirmesidir. WILSON Richard J., 'Reflections on Judicial Review in Latin America', *Southwestern Journal of Law & Trade in The Americas*, Vol. 7, 2000, s. 438.

51 FRIEDLER, s. 331.

52 FRIEDLER, s. 331.



ve seçim denetiminin olmadığı siyasi baskı altında bir halkoylaması ile kabul edildi ve 11 Mart 1981’de yürürlüğe girdi. Dolayısıyla bu anayasanın özgür ve bilinçli seçmenler tarafından kabul edildiği değil, ordu tarafından ülkeye dayatıldığı kabul edilmektedir. Askerî yönetimin hazırladığı bu anayasa Batı Avrupa devletlerinin özellikle de İspanya, Almanya ve Fransa anayasalarından yararlanılarak hazırlanmıştı. Ancak anayasa, sınırlı kişi hakları ve siyasal haklar, çok geniş olağanüstü hal yetkileri, güçsüz bir parlamento karşısında bir o kadar güçlü bir devlet başkanı, atanmış senatörler, silahlı kuvvetler için özel dokunulmazlıklar ve anayasanın değiştirilmesine karşı engeller içermesi dolayısıyla esas itibarıyla askerî cuntanın kurduğu rejimi korumayı amaç edinen bir ‘korunmuş demokrasi’ (*protected democracy*) kurmuştur⁵³.

1980 Anayasası, yürürlüğe girmesiyle birlikte darbeci General Pinochet’ye sekiz yıllık devlet başkanlığı görevini verdi ve bu sürenin sonunda seçmenlerin yeni bir sekiz yıllık dönem için askerî yönetimin önereceği Başkan adayını onaylayacağı bir halkoylaması öngörüldü. Neticede sekiz yılın ardından 1988 yılında Pinochet, anayasanın öngördüğü şekilde başkanlığa aday oldu fakat seçimi kaybetti. Bu, Şili’nin demokratikleşmesinde hayati öneme sahip bir dönüm noktasıdır. Pinochet’nin mağlubiyetinden sonra askerî yönetim ve muhalefet anayasa değişikliği yapılması hususunda anlaştı ve 1989’da yapılan halkoylaması ile anayasada önemli değişikliklere gidilerek gelecek yönetimler için askerinin etkisi azaltıldı. Keza bu halkoylaması ile 1980 Anayasasının geçerliliği de onaylanmış oldu. 1989’da ilk demokratik seçimler yapıldı ve demokrasiye geçiş başladı⁵⁴.

2. 1980 Anayasası’nın Kurduğu Anayasa Mahkemesi

Anayasa, yeni kurulan rejimin bekçiliğini üstlenmesi, öncelikle de özel mülkiyeti korumak ve statükoyu savunan partileri desteklemek için⁵⁵ kanunların anayasaya uygunluğunu soyut ve önleyici (*a priori*) şekilde denetlemekle görevli yeni bir Anayasa Mahkemesi kurdu. 1980 Anayasasınının 81’inci maddesine göre Anayasa Mahkemesi 7 üyeden oluşuyordu. Üç üye Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) tarafından kendi üyeleri arasından seçiliyor, bir üye devlet başkanı tarafından, bir üye Senato tarafından ve iki üye de Milli Güvenlik Konseyi⁵⁶ tarafından

53 COUSO, *Models of Democracy*, 2011, s. 1531; FRIEDLER, s. 332 - 333; NAVIA, s. 19.

54 NAVIA, s. 20.

55 CARROLL Royce / TIEDE Lydia, ‘Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal’, *Journal of Empirical Legal Studies*, Cilt 8, Sayı 4, 2011, ss.856–877, s.859.

56 Milli Güvenlik Konseyi (*Consejo de Seguridad Nacional*) 1980 anayasası tarafından



atanıyordu. Mahkeme üyeleri dört yılda bir yarısı yenilenerek sekiz yıl görev yapıyorlardı ve tekrar atanmaları mümkündü. Toplantı yeter sayısı beştir ve basit çoğunlukla karar alınır. Mahkemenin kararları, farklı düşünenler olsa da, kesindir ve iptal edilen kanun tasarıları hukuk âleminde silinirler⁵⁷. Bu nispeten geniş soyut yargısal denetim yetkisinin sonucu Mahkemenin kararları potansiyel olarak politika üzerinde büyük etkiye sahiptir. Mahkeme genel olarak bütün teklif edilen bütün kanunları değil ama bir kısmını anayasaya aykırı bulmakta ve yasama organının kanunlaşmadan önce anayasaya aykırılıkları anlamasını sağlamaktadır⁵⁸.

Mahkemenin temel görevleri organik anayasal kanunların ve anayasayı yorumlayan kanunların anayasaya uygunluğunu yayımlanmalarından önce denetlemek; normal kanunlar, anayasa değişiklikleri ve uluslararası antlaşma tasarılarının yasama süreçleri boyunca doğacak anayasaya aykırılık sorunlarını incelemek, kanun hükmünde kararnamelerin anayasa aykırılığı ile ilgili uyumsuzlukları çözmektir. Mahkeme bunlar dışında siyasi partilerin anayasaya aykırılıkları hakkında da karar verme yetkisine de sahiptir⁵⁹. Anayasaya göre Mahkemenin yaptığı anayasaya uygunluk denetimde (1) anayasal organik kanunlar ve anayasayı yorumlayan kanunlar için zorunlu⁶⁰; (2) diğer kanunlar, anayasa değişiklikleri ve antlaşmalar için ise belirli sayıdaki parlamento üyesinin başvurusu üzerine yapılan ihtiyari bir denetim (bu denetime *requerimientos*⁶¹ denilir) söz konusudur. Yani birinci durumda parlamento onayından itibaren beş

kurulmuştur. Konsey Devlet Başkanı, Yüksek Mahkeme başkanı, Millet Meclisi ve Senato Başkanları, silahlı kuvvet komutanları ve *Contraloría General*'den oluşuyordu. CARROLL / TIEDE, s. 861 – 864.

57 FRIEDLER, s. 333 - 339.

58 CARROLL / TIEDE, s. 859.

59 Şili, anayasa yargısının çeşitli şekillerde var olduğu on sekiz Latin Amerika ülkesi (Arjantin, Bolivya, Brezilya, Şili, Kolombiya, Kosta Rika, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Honduras, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay, Venezüella) arasında, anayasallık denetimi yapan yargı organının (Anayasa Mahkemesinin) siyasi partilerin anayasaya aykırı olduklarına karar verme yetkisine sahip olduğu tek Latin Amerika ülkesidir. FROSINI Justin O. / PEGORARO Lucio, *Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification* içinde *Constitutional Courts: A Comparative Study*, Andrew Harding / Peter Leyland (ed.), Wildly, Simmons & Hill Publishing, London, 2009, ss. 345 – 376, s. 362 – 363.

60 Bu zorunlu denetime 2005 Anayasa değişikliği ile bir de ,bir uluslararası antlaşmanın anayasal organik kanuna ait konulara ilişkin hükümleri (*norms of a treaty which concern matters belonging to the latter*) eklenmiştir. Yani 2005 sonrası Anayasa Mahkemesi, kural olarak uluslararası antlaşmaların denetimini ihtiyari başvuru üzerine yapacak, ancak eğer antlaşmada bahsi geçen türden hükümler var ise bunları başvuruya gerek kalmadan zorunlu olarak inceleyecektir (Şili Anayasası, m.93/2).

61 Bu dava türünün tam adı, *Requerimientos de inconstitucionalidad presentado porsenadores o diputados* şeklindedir.



gün içerisinde kanun tasarısı, tasarının ilk kez sunulduğu Parlamento kanadı tarafından Mahkemeye gönderilmek zorundadır. İkinci hâlde ise Mahkeme ancak Parlamentonun her iki kanadından (Temsilciler Meclisi ve Senato) birinin dörtte biri tutarındaki üyesi ya da Devlet Başkanı tarafından kendisine bir başvuru yapılması hâlinde denetim yapabilir. Bu hâlde Mahkeme on gün içinde (gerekçesini belirterek on gün daha uzatabilir) kararını vermek zorundadır.

İhtiyari denetim davaları (*requerimientos*), tipik soyut denetime kıyasla daha siyasi niteliktedir zira bu talepler politikacılar tarafından Mahkeme önüne getirilmektedir ve yasama organındaki siyasi bölünmeyi yansıtmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu başvurular aslında Şili'deki sağ muhalefet partilerinin, iktidardaki merkez-sol koalisyonu (*Concertación*) karşı yürüttükleri siyasi muhalefetin bir parçasıdır⁶². Ancak her halükarda, hem zorunlu denetim hem de ihtiyari başvuru üzerine yaptığı denetimde Anayasa Mahkemesi, kanunların yayımlanmasından ve yürürlüğe girmesinden önce (*a priori*) ve uygulanmadan önce (*soyut*) anayasallık denetimi yapmaktadır. Bu özelliği nedeniyle Mahkemenin yaptığı denetim 'yargısal' olmaktan çok 'siyasi' bir denetim olarak algılanmaktadır.

1980 Anayasasının kurduğu bu Anayasa Mahkemesinin ilk üyelerinin hepsi askerî cunta ve Pinochet tarafından atanmıştı. Doğal olarak Mahkeme, demokrasiye dönüşün başladığı 1989'a kadar cuntanın (yasama) ve Pinochet hükümetinin (yürütme) kararlarını onaylayan bir 'noter makamı' olarak görülmüştür. Birkaç istisna hariç, Mahkemenin kararları askerî cuntanın görüşlerine aykırı değildi⁶³. Öte yandan 2005 yılındaki reforma kadar, Mahkemenin üye kompozisyonu özellikle Yüksek Mahkeme'den gelen üç üyenin Anayasa Mahkemesindeki görevleriyle aynı zamanda Yüksek Mahkemede görev yapmaları dolayısıyla yargı bağımsızlığına gölge düşürdüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁴. Keza demokrasiye geçişten sonra Mahkemenin üye kompozisyonuna bakıldığında Mahkeme üyeliğine, 2005'teki değişiklikten önce, çoğunlukla eski Yüksek Mahkeme üyelerinin atanması dolayısıyla da Mahkemede çoğunluk hep Yüksek Mahkeme mensuplarına ait olmuştur⁶⁵. Yüksek Mahkemeden gelen bu üyeler ise gerek eğitimleri gerekse de hukuk kültürleri gereği, siyasal iktidar karşısında bireylerin haklarını koruma altına almaktan ziyade

62 CARROLL / TIEDE, s. 859.

63 NAVIA, s. 27.

64 FRIEDLER, s. 334.

65 CARROLL / TIEDE, s. 862. Gerçekten de Mahkemenin 1990-2010 yılları arasındaki üye kompozisyonu incelendiğine görülmektedir ki, 2005 reformundan önce Mahkemeye atanan 19 üyeden 13'ü Yüksek Mahkeme geçmişi sahiptir. CARROLL/ TIEDE, s. 865.



kendi fonksiyonlarını sadece devlet organlarının eylem ve işlemlerinin kanuna uygunluğu ile sınırlayıp yasama ve yürütme organları karşısında itaatkâr bir eğilim içinde olan olağan yargı organı mensuplarının alışkanlıklarının Mahkemede baskın olmasına ve Mahkemenin temel hak ve hürriyetlerin koruyucu olmaktansa rejimin bekasını gözetleyen bir organ hâline gelmesine yol açmıştır⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi, demokrasiye geçişten önce anayasaya aykırı kanunları iptal etmeye yetkili ve anayasal özerkliğe sahip bir anayasal organ olarak askerî rejim tarafından inşa edilen kurumsal mimarinin demokrasiye dönüldükten sonra da korunması amacıyla kurulmuştu. Ancak Mahkeme, atanmış senatörler ve sadece parlamentonun nitelikli çoğunluğu tarafından yapılabilen, değiştirilebilen veya yürürlükten kaldırılabilen özel nitelikte yasama işlemleri (organik kanunlar) gibi darbecilerin kurduğu rejimin çökmesini engellemek için tasarlanmış kurumlardan yalnızca biriydi. Dolayısıyla 1980 Anayasasının yapıcılar tarafından Mahkemenin otoriter rejimin bıraktığı hükümet sistemini ya da bireylerin temel haklarını özellikle de anayasanın açıkça koruma altına aldığı ve kurduğu rejimin temel değeri olan özel mülkiyeti hakkını- ihlal eden kanun tasarılarını aktivist bir şekilde iptal etmesi beklenmiştir. Diğer bir ifadeyle ikinci dönem Anayasa Mahkemesi kurulurken, ileride kaçınılmaz olarak 'demokrasiye dönüş' gerçekleştiğinde anayasayı yapanların tasarladığı otoriter düzenin (korunmuş demokrasinin) bekçiliğini yapması öngörülmüştür⁶⁷.

1980 Anayasasını yapan kurucu iktidarın beklentisi, demokrasiye geçişin ardından görev alacak Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuk kültürlerinde bir değişme olmaması ve sadece anayasanın lafzına bağlı kalarak anayasayı katı pozitivist bir anlayışla yorumlamalarıydı. Diğer bir ifadeyle, anayasanın sözünün mekanik bir şekilde uygulanmasının, onu yorumlayanları (yani Anayasa Mahkemesi üyelerini) kontrol altında tutmak için yeterli olacağı öngörülmüştü. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin demokrasiye geçiş/dönüş dönemindeki rolü önceki rejimin kurucularının beklentilerinden oldukça farklı bir yönde olmuştur. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, kurucu iktidarın otoriter rejimin kurduğu yapıya aykırı her düzenlemeyi iptal eden aktivist bir mahkeme olması beklentisinin aksine, Mahkeme yasama organına karşı büyük ölçüde pasif ve itaatkâr bir tutum sergilemiştir. Zira bu dönemde hâkimler, kamu gücünün kullanımının anayasal sınırlarının uygulanmasına çok az eğilim göstermişler ve yasama

66 COUSO, *The Politics of...*, s. 86 - 87.

67 COUSO, *Models of Democracy...*, s. 1532 - 1533; COUSO, *The Politics of...*, s. 80.



işlemlerini denetlemekte isteksiz olmuşlardır⁶⁸. Dolayısıyla Mahkemenin demokrasiye dönüşün ilk on beş yılındaki yargısal denetim performansı, birkaç istisna hariç kişi hak ve özgürlüklerini yasama ve yürütme organları karşısında korumak bakımından genel olarak hayal kırıklığı yaratmıştır⁶⁹.

C. 2005 ANAYASA REFORMU VE ÜÇÜNCÜ DÖNEM (“YENİ”) ANAYASA MAHKEMESİ (2005-Günümüz)

Demokratik yönetimlerin on beş yıllık taleplerinin ardından 2005 yılında otoriter rejimin siyasi mirasçıları, nihayet 1980 Anayasasında geç kalınmış ama önemli değişiklikler yaptılar. Bu anayasa reformu ile özellikle parlamentodaki seçimle gelmeyen, atanmış senatörlerin varlığına son verilmesi ve devlet başkanının genelkurmay başkanından istifasını istemesini engelleyen anayasa kuralının kaldırılması gibi demokratikleşme için çok önemli değişiklikler yapılmıştır⁷⁰. Ancak 2005 anayasa reformu aynı zamanda yargı organında, özellikle Anayasa Mahkemesi’nde kurumsal ve fonksiyonel anlamda çok önemli değişiklikler getirmiştir: 1) Anayasa Mahkemesi’nin üye kompozisyonu, üye sayısı, üyelerin görev süresi ve atanma yöntemi değiştirilmiş ve 2) Anayasa Mahkemesinin görevleri arasına daha önce sahip olmadığı giderici ve somut denetim eklenerek anayasallık denetimi yetkisi genişletilmiştir⁷¹.

1. Mahkemenin Yeni Yapısı

Reform sonrası düzenlemeye göre Anayasa Mahkemesi on üyeden oluşur. Üyelerden üçü devlet başkanı tarafından atanır; iki üye doğrudan Senato tarafından üçte-iki çoğunlukla seçilir; iki üye Temsilciler Meclisinin üçte-iki çoğunlukla teklifi ve Senatonun aynı çoğunlukla onayı ile seçilir; üç üye ise Yüksek Mahkeme tarafından gizli oy ile seçilir. Üyeler en az on beş yıllık profesyonel hukukçu olmak zorundadırlar; üyelerin görev süresi dokuz yıldır; kural olarak tekrar seçilemezler; azledilemezler; 75 yaşını doldurduklarında görevleri sona erer. Mahkeme genel kurul veya iki bölüm hâlinde çalışır. Genel kurulda, toplantı yeter sayısı en az sekiz ve

68 COUSO, *Models of Democracy...*, s. 1533.

69 COUSO, *The Politics of...*, s. 87. Şunu gözden kaçırmamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi söz konusu yaşatmış olduğu hayal kırıklığının yanısıra, demokrasiye geçiş aşamasında vermiş olduğu önemli bir karar ile Cunta yönetiminin 8 yıl daha görevde kalmasını engellemiştir. Seçim Yargısı yasa taslağının, seçim yargısının 1980 anayasasında öngörülen 1988 referandumu sonrası kurulacak yeni hükümet göreve başladıktan sonra kurulmasına ilişkin hükmünü düzeltmiş; 1988 seçimlerinde, seçimlerin anayasaya uygunluğunu denetleyen bu organın faaliyet göstermesini sağlamış, dolayısıyla objektif ve denetlenen bir seçim ortamının oluşmasına katkıda bulunmuştur. FIGUEROA, s. 400.

70 COUSO, *Models of Democracy...*, s. 1534.

71 CARROLL / TIEDE, s. 862; COUSO, *Models of Democracy...*, s. 1534.



bölmelerde en az dördttür. Aksine hüküm bulunmadığı sürece Mahkeme basit çoğunlukla karar alır⁷².

Bu yeni düzenlemelere göre Mahkeme üyelerinin %70'i doğrudan halk tarafından seçilen kişiler tarafından atanmaktadır. Böylelikle Mahkemenin bağımsızlığının tek bir siyasi aktörden etkilenmesi engellenmiştir. Mahkemenin bu yeni kompozisyonu farklı siyasi çıkarları temsil eden birden fazla atama organından geldiğinden, Mahkeme üzerinde siyasi güç kullanmak zorlaşacaktır. Keza Mahkemeye üye atayan her aktör, diğer aktörleri siyasi atamalar yapmaya kışkırtmaktan kaçınmak için kendi çıkarına çok sempatiyle bakan üyeler atamaktan sakınabilir. Dolayısıyla bu yeni yapının farklı tercihleri yansıtan üyeler ve farklı siyasi güçler arasında uzlaşma ortaya çıkarması muhtemeldir. Özetle, Mahkemenin yeni üye seçim mekanizmasında çıkarların çeşitliliği, teknokratik veya apolitik yapı olmaksızın onun kurumsal bağımsızlığını koruyabilir⁷³. Dolayısıyla Mahkemeye üye seçimlerinde seçilmiş siyasi aktörlerin rol almasıyla bir yandan bağımsızlık korunurken aynı zamanda atamalar üzerinde daha demokratik bir siyasi etki sağlanmıştır. Nitekim 2005 reformu esasında yepyeni bir Anayasa Mahkemesi yaratmıştır zira Mahkemenin on üyesinden sekizi ilk kez reformun ardından 2006 yılında atanmıştır. Reformun ardından atanan dokuz üyenin geçmişlerine bakıldığında profesör, içişleri bakanlığı müsteşarı, hukuk profesörü, eski senatör, eski üniversite rektörü, savunma bakanı, avukat, devlet başkanlığı genel sekreteri gibi görevlerden geldikleri görülmektedir⁷⁴. Dolayısıyla reform ile Mahkemenin kompozisyonundaki olağan yargı organının hâkimiyetine son verilmiş, daha çeşitli bir yapı oluşturulmuştur.

Bu değişikliğe ilişkin olarak şurası belirtilmelidir ki 2005 reformuna kadar, neredeyse Anayasa Mahkemesinin yarısı (yedi üyeden üçü), aynı zamanda Yüksek Mahkeme'de hâkim olan (yani her iki mahkemede de görev yapan) üyelerden oluşuyordu. Bunun sonucunda Mahkemede çoğunluk sürekli olarak olağan yargı organının geleneksel kültürüne gömülmüş, pasif eğilimli ve siyasi uyuşmazlıklarda isteksiz hâkimlerden oluşuyordu. Bu bağlamda, 2005 reformu ile olağan yargıdan gelen

72 1980 Şili Anayasası, m.92. Bu çalışmada kullanılan ve 2005 değişikliklerini içeren güncel (2012) Şili Anayasasının kaynağı şudur: TORRAS Anna I. Vellvé / STAINES Adela & RUCHTI Jefri J. (Çev.), *Political Constitution of the Republic of Chile, 1980, codified by Supreme Decree No. 100 of 17 September 2005, as amended by Law No. 20.573 of 6 March 2012*, HeinOnline World Constitutions Illustrated Library, 2012, (<http://heinonline.org>).

73 CARROLL / TIEDE, s. 863 - 864.

74 CARROLL / TIEDE, s.865.



hâkimlerin Mahkemededen tasfiyesi ve yerlerine akademik ve siyaset dünyalarından kişilerin atanması, Anayasa Mahkemesinin 2006'dan sonraki içtihadına ortaya koyduğu yeni ve daha aktivist eğilimlerin temel etkeni olmuştur. Öyle ki Mahkemenin yeni üyelerinin, kararlarında sergiledikleri daha iddialı yaklaşımlarıyla, artık siyasi güç kullanmaya alışkın hâle geldikleri belirtilmektedir⁷⁵.

2. Mahkemenin Yeni Denetim Yetkisi

Reformun getirdiği ikinci önemli değişiklik ise Anayasa Mahkemesinin yetkilerine daha önce var olmayan somut denetimin eklenmesidir. Buna göre daha önce anayasaya göre Yüksek Mahkemeye ait olan yürürlükteki kanunlar üzerinde somut ve giderici denetim yoluyla anayasa aykırı oldukları için 'uygulanmazlık emri' (*writ of non-applicability* [*recurso de inaplicabilidad*]) verme yetkisi 2005 reformu ile Anayasa Mahkemesine aktarılmıştır.⁷⁶ Reform ile değiştirilmiş Anayasa m.93/6'ya göre Anayasa Mahkemesi '*toplantıda hazır bulunan üyelerinin çoğunluğunun kararıyla olağan ya da özel bir mahkemede alınan her türlü tedbirde kullanılan ve anayasaya aykırı sonuçlar doğuran bir hukuk kuralının uygulanamaz olduğuna karar vermek*' ve m.93/7'ye göre '*toplantıya katılan üyelerin beşte dört çoğunluğuyla bir önceki fıkraya göre uygulanamaz bulunan bir hukuk kuralının anayasaya aykırılığı hakkında karar vermek*' yetkisine sahiptir. Uygulanmazlık kararında, uyuşmazlık davanın tarafları ya da davaya bakan hâkim tarafından ileri sürülebilir. Bir hukuk kuralının uygulanamaz olduğunu karar verildiğinde ise Mahkemededen anayasaya aykırılık hakkında karar vermesini talep eden bir kamu davası açılacaktır.

Şili'de 2005 anayasa reformunun ikinci önemli öncülü olan 'uygulanmazlık başvurusu (*recurso de inaplicabilidad*)' inceleme yetkisinin Yüksek Mahkemededen alınarak Anayasa Mahkemesi'ne transfer edilmesi, Mahkemenin tarihinde ilk kez somut denetim yoluyla gerçek davalar ve uyuşmazlıklar hakkında karar vermesine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla bu anayasal değişikliğin Mahkemenin işleyişi açısından önemi yadsınamaz.

75 COUSO Javier / HILBINK Lisa, 'From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile', içinde **Courts in Latin America**, Gretchen Helmke & Julio Ríos-Figueroa (Ed.), Cambridge University Press, 2011, ss. 99 – 127, s. 110.

76 Böylece hem önleyici hem bastırıcı - düzeltici denetim Anayasa Mahkemesinin bünyesinde birleşmiştir. 1979 - 1984 yılları arası İspanya modeli ya da Portekiz modeli örnek olarak gösterilebilir. Bu örnekleme sadece anayasa mahkemesi için geçerli olup, genel sistem için karma yapıdadır denilebilir. ONAR Erdal, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2003, s. 138 – 139.



Bir defa, bu değişiklik ile Mahkemenin iş yükü dramatik bir biçimde artmıştır. Reformdan önce Mahkeme soyut denetim yoluyla yılda 30–35 karar verirken; reform sonrası 2006–2008 döneminde bu rakam neredeyse on katına çıkmış ve çoğu somut denetim davası (*recurso de inaplicabilidad*) olan yılda ortalama 300 karara ulaşmıştır. Öte yandan bu değişikliğin önemli bir sonucu da 2005 öncesi Mahkeme üyelerinin çoğu yarı zamanlı olarak görev yaparken, Mahkeme artık üyeler için tam zamanlı bir iş hâline gelmiştir. Keza Mahkemeye aktarılan bu yeni yetki, artık tam zamanlı görev yapan üyeleri daha aktivist bir duruşa da teşvik etmiştir. Bir yandan da reform, daha önce sadece devlet elitlerine ait olan bir kanun yolunu halkın da kullanmasını sağlamış, bu da Mahkemenin halk tarafından daha çok gözle görülebilir olmasına yardımcı olmuş ve Mahkemenin artan ulaşılabilirliği ve görünürlüğü vatandaş ile Mahkeme arasındaki bağı güçlendirmiştir⁷⁷.

Diğer yandan 2005 reformu her seviyedeki olağan yargı için önlerindeki bir davaya ilişkin bir kanunun anayasaya aykırılığını ileri sürmek bakımından yepyeni bir imkân yaratmıştır. Zira reform öncesi sadece davanın taraflarının talebi üzerine ya da Yüksek Mahkeme tarafından resen uygulanmazlık iddiası inceleyilirken, reform ile birlikte olağan yargı içindeki artık her yargıç uygulayacağı bir kanunun anayasaya aykırı olduğunu düşünüyorsa bunun için Anayasa Mahkemesine doğrudan başvurabilir. Bu bakımdan sistemin en altındaki bir yargıcın bile tek başına anayasaya aykırılık denetimini harekete geçirebilmesi oldukça önemli bir gelişmedir⁷⁸.

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin bu şekilde genişletilmesi Şili'de anayasa yargısının pekişmesi için oldukça önemli bir aşama olmuştur. Zira Anayasa Mahkemesi bu yeni yetkisi sayesinde artık hükümetle sürekli karşı karşıya gelmeden yargı yetkisini kullanabilir ve politika yapımını etkileyebilir⁷⁹.

3. Yeni Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Tutumu

Son birkaç yılda Şili Anayasa Mahkemesi, açık bir şekilde ülkenin siyasal sisteminde oynadığı pasif rolü bırakıp, aktivist bir rol üstlenmiştir.

77 COUSO / HILBINK, s. 111.

78 COUSO / HILBINK, s. 111. Nitekim 2005 reformundan sonraki ilk üç yıl boyunca Anayasa Mahkemesi'ne olağan yargıçlar tarafından seksen sekiz (88) *recurso de inaplicabilidad* başvurusu yapılmıştır. Bunlardan on üçü (13) temel hak ve hürriyetlere ilişkin, geri kalanı ise vergi kanunundan kaynaklanan başvurulardı. Temel haklara ilişkin on üç başvurunun on biri (11) ise yeni ceza yargısı sistemindeki alt derece yargıçlarından gelmiştir. COUSO / HILBINK, s. 116.

79 COUSO / HILBINK, s. 116.



Mahkemenin itaatten aktivizme giden bu etkileyici değişimi 2005 anayasa reformuyla birlikte başlamıştır. Bu reformun getirdiği ve yukarıda açıklanan kurumsal değişim, daha aktivist ve siyaseten daha etkili bir Mahkemeye yol açmıştır. Gerçekten de reform sonrası 2006–2009 döneminde, Anayasa Mahkemesi kendi yetkilerini genişletici bir şekilde yorumlamış; kararlarında uluslararası insan hakları hukuku ve karşılaştırmalı yargı içtihatlarına başvurmuş ve şekilci anayasa yorumunu terk etmiş ve anayasanın hak temelli yorumunu benimseyerek temel hak ve hürriyetleri genişleten aktivist kararlar vermiştir⁸⁰. Mahkemenin bu dönemdeki yargısal tutumuna ilişkin örnekler şöyle sıralanabilir:

İlk olarak Mahkeme reformun hemen sonrasında kendi yetkilerine ilişkin çok önemli bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme, 2006 yılında verdiği bir karar ile reform ile birlikte kendi yetkisine verilen, uygulanmazlık başvurusu (*recurso de incapacidad*)` davalarını, bu davlarla ilgili kanuni düzenleme -Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu ve yargılama usullü hakkında kanun (*Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*⁸¹)- henüz yapılmamış olsa da inceleyeceğine karar vermiştir. Bu beklenmeyen davranışın önemi olağan yargı organlarının ve Anayasa Mahkemesinin daha önce kendi yetkilerini ve ayrıcalıklarının çok sınırlı ve şekilci bir anlayışla geleneksel olarak kullandığı bir ülke için hiç küçümsenemez. Zira kararın verildiği tarih (2006 ortası) ile ilgili kanunun çıktığı tarih (2009 ortası) arasında *uygulanmazlık başvurusu* Mahkemenin esas işi hâline gelmiştir. Keza 2009 tarihinde verdiği bir kararda da Mahkeme, yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulünü düzenleyen kanunun, Mahkemenin hâlihazırda yürürlükte olan uluslararası antlaşmaları denetlemesini engelleyen hükmünü anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Dolayısıyla bu iki karardan açıkça anlaşılabilceği gibi Mahkeme, 2005 reformuyla birlikte reform öncesi davranışlarının aksine kendi yetkilerini savunmaktan geri kalmayan bir tavır içinde girmiştir⁸².

İkinci olarak Anayasa Mahkemesi, bireylerin sosyal, ekonomik ve kültürel haklarını korumaya yönelik artan iradesini ve iddialı tutumunu, özel sağlık hizmetleri sistemine ilişkin düzenlemelerin bir kısmının anayasa aykırılığı hakkında yapılan bir dizi *uygulanmazlık başvurusunda* 2008 yılında verdiği bir kararla ortaya koymuştur. Mahkeme dava konusu düzenlemeleri sağlık hizmeti hakkının sözleşme özgürlüğü üzerinde

80 COUSO / HILBINK, s. 117.

81 Law No. 17997, The Constitutional Organic Law on The Constitutional Court. Bu kanunun İngilizce metnine Venedik Komisyonunun CODICES veritabanından ulaşılabilir (<http://www.codices.coe.int>).

82 Bkz. Con. Trib. D. 1288 – 25.08.2009. COUSO / HILBINK, s. 117 - 118.



önceliği bulunduğu gerekçesiyle anayasa aykırı bulmuştur. Ayrıca bu davalarda Mahkeme ilk kez 'BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi' ve 'Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınan hakların Şili anayasal sisteminin bir parçası olduğunu teyit etmiştir. Keza yine 2009 yılında verdiği bir kararda da Mahkeme, aynı uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmuş ve her ne kadar 'kimlik hakkı (*right to identity*)' Şili Anayasasında açıkça yer almasa da bununla birlikte Şili'nin taraf olduğu söz konusu uluslararası sözleşmelerde tanınan bu hakkın, Şili anayasal sisteminin ayrılmaz bir parçası olduğu gerekçesiyle kimlik hakkına saygı duymayan Şili Medeni Kanununun 206'ncı maddesini anayasaya aykırı bulmuştur. Böylece bu kararlar ile uluslararası insan hakları hukukunda tanınan fakat 1980 Şili Anayasasında yer almayan hakların Şili hukukuna ithal edilmesinin kapıları açılarak Mahkemenin uygulayacağı normatif kaynaklar arttırılmıştır⁸³.

Üçüncü olarak Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında kendisine yapılan bir 'ihtiyari denetim başvurusu (*requerimientos*)' üzerine⁸⁴ verdiği çok kritik bir soyut denetim kararında ise sergilediği aktif duruş ile açıkça hükümetle çarpışmıştır. Mahkeme, maddi durumu yetersiz kadınlara doğum kontrolünde kullanılan 'ertesi gün hapının' (*morning-afterpill*) bedava dağıtılmasına ilişkin bir hükümet kararnamesini, bu uygulamanın kürtaj olduğu ve 1980 Anayasasına göre kürtajın anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Bu karar ile Mahkeme, demokrasiye dönüşün ardından ilk kez hayli anlaşmazlık çıkaran bir meselenin özüne (ilacın kürtaj niteliği) ilişkin karar vererek, hararetle bir ulusal tartışmaya girmiştir. Karar büyük yankı uyandırmış, hatta Şili'nin tarihinde bir yargı kararına karşı yapılan ve çoğu kadınlardan oluşan binlerce kişinin katıldığı büyük halk protestolarına sebep olmuştur. Kararın etkisi o kadar güçlü olmuştur ki, 2005 reformuna destek veren bazı parlamenterler bile Mahkemenin bu kararına oldukça şaşırmış, hatta bir kaç kişinin bu derece hayati bir konuda karar almasının kabul edilemez olduğunu beyan etmişlerdir⁸⁵.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin reformdan sonra verdiği bu kararlardan da anlaşılabilceği gibi, geçmişte önüne gelen siyasi payı yüksek davalarda, karar vermemeye karar verme' eğiliminde olan

83 Bkz. Con. Trib. D. 976 - 26.05.2008. COUSO / HILBINK, s. 118 - 119. Diğer yandan Mahkeme 2010 yılında verdiği bir kararda (Karar no. 567) ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İspanya Anayasa Mahkemesi ve Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına atıfta bulunarak yabancı içtihatlarla da başvurmuştur. COUSO / HILBINK, s. 120, (dipnot 39).

84 CARROLL / TIEDE, s. 859, (dipnot 5).

85 COUSO / HILBINK, s. 120.



Mahkeme, şimdi daha önce benzeri görülmemiş biçimde müdahale etme ve çoğunlukla kamuoyu ile çelişen ya da hükümetin politika tercihlerine aykırı kararlar verme eğilimi göstermektedir. Dahası, 2005 anayasa reformundan beri Mahkeme sıklıkla uluslararası insan hakları hukukuna başvurarak temel hak ve hürriyetleri genişleten bir eğilim sergilemiştir⁸⁶.

IV. KORUMA BAŞVURUSU (RECURSO DE PROTECCIÓN)

Şili'de Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi gibi, 1980 Anayasasının kurduğu yeni düzeni demokrasiye dönüşün ardından korumak için kurulan bir diğer anayasal yargı denetimi mekanizması da olağan yüksek yargı organlarınca yerine getirilen koruma başvurusudur (*recurso de protección*). Koruma başvurusu, anayasal hakları ihlal edilen kişilerin doğrudan temyiz mahkemelerine başvurarak devlet ya da insan hakları ihlalinde bulunan herhangi bir fail aleyhine dava açması demektir⁸⁷. Dolayısıyla bu başvuru, yürürlükte olan kanunların veya kararnamelerin anayasaya uygunluğunun somut denetimi anlamına gelmektedir.

Anayasa hukuku literatüründe *bireysel başvuru* ya da *anayasa şikâyeti* olarak bilinen ve pek çok Latin Amerika ülkesinde de bulunan bu kurum, Şili hukukuna ilk kez 1980 Anayasası ile girmiştir. Anayasanın 20'inci maddesine göre keyfi veya hukuka aykırı eylemler ya da ihmal neticesinde Anayasanın 19'uncu maddesinde sayılan temel haklarını meşru bir şekilde kullanmaktan mahrum bırakılan veya bu hakları taciz ya da tehdide uğrayan kişi, bizzat kendisi ya da kendisi adında üçüncü bir kişi vasıtasıyla ilgili Temyiz Mahkemesine (*Court of Appeal*) başvurabilir ve Temyiz Mahkemesi derhal başvuran kişinin korunması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için gerekli olan tedbirleri alır'. Diğer yandan Anayasanın 21'inci maddesine göre de 'anayasa veya kanunlara aykırı olarak gözaltına alınan, tutuklanan ya da hapsedilen her kişi, kendisi veya üçüncü bir kişi vasıtasıyla kanunla belirlenen mahkemeye başvurarak ilgili mahkemenin hukuki formalitelere uyulması ve hukukun üstünlüğünün sağlanıp başvuran kişinin korunması için gerekli tedbirlerin almasını talep edebilir'.

Anayasanın 19'uncu maddesi kişi haklarını, siyasi ve sosyal hakları düzenlemektedir. Bununla birlikte 20'nci madde hangi hakların koruma

86 COUSO / HILBINK, s. 121.

87 COUSO Javier, 'The Judicialization of Politics: The Rights Revolution That Never Was', içinde **The Judicialization of Politics in Latin America**, Rachel Sieder, Line Scjolden & Alan Angell (Ed.), Palgrave Macmillan, 2005, ss. 105 - 129, s. 109, 126 (son not 30). ('The Judicialization of')



başvurusuna konu olabileceğini açıkça saymıştır. Buna göre koruma başvurusu kişi haklarını ve siyasi hakları kapsarken, sosyal hakları kapsamamaktadır. Diğer yandan koruma başvurusunda karar verme yetkisi hem ülkede farklı bölgelerde bulunan (en büyüğü başkent Santiago'da) Temyiz Mahkemeleri ve hem de kural olarak bunların kararlarını temyiz mercii olan Yüksek Mahkeme'ye aittir.

Başlangıçta Şilili hukukçular ve uygulayıcılar tarafından, Şili yüksek mahkemelerinin bu denetim yolunu anayasal hakları güvence altına almak için aktif bir şekilde kullanacağı düşünülmüş ancak demokratik yönetim altındaki uygulama maalesef bu yönde olmamıştır⁸⁸. Genel olarak söylemek gerekirse kişi hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi için olağan yargı organlarına sunulan bu anayasal denetim fırsatı, Şili'deki yüksek mahkemeler tarafından aktif bir şekilde kullanılmamıştır. Özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda mahkemeler kendinden emin bir şekilde kişi haklarını yürütme ve yasama organlarına kaşı korumakta başarılı olamamıştır. Bu konuda yapılmış değerli bir çalışmada verilen dava örnekleri incelendiğinde⁸⁹ görülmektedir ki Şili mahkemelerinin ifade özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı alanlarındaki bireysel başvurulara ilişkin tepkisi hiç tatmin edici değildir. Otoriter rejim sona erdikten sonra dahi olağan mahkemeler temel hakların ihlali karşısında gözle görülür bir şekilde pasif kalmıştır. Diğer bir ifadeyle demokrasiye dönüşün ardından Şili mahkemeleri değil yeni haklar yaratmak, var olan hakları bile genişletememiştir⁹⁰.

Demokrasiye dönüşün ardından 1990–2003 döneminde verilen beş binin üzerinde *koruma başvurusu* kararı üzerinde yapılan bir analiz, bu mekanizmanın hakları koruyucu bir kanun yolu olarak ne kadar zayıf işlediğini göstermiştir. Söz konusu içtihat analizine göre mahkemeler dava konusu eylemin anayasaya uygunluğu üzerinde nadiren durmuş ve fakat çoğunlukla kanuna uygun olup olmadığını çözmekle yetinmişlerdir. Hem Temyiz Mahkemeleri (*Courts of Appeal*) hem de Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) düzeyinde, hâkimler anayasal hakların erişimini ya da sınırını sağlamak için çok az çaba sarf etmişler; anayasal analize giriştikleri az sayıda davada ise gerekçeleri ne istikrarlı ne de tutarlı olmamıştır. Öyle ki bir yazara göre bu Şili mahkemelerinin özellikle sosyal haklarla ilişkin taleplerde ortaya koyduğu içtihat, mahkemelerin insan haklarının

88 COUSO, The Judicialization of<, s. 126, (son not 30).

89 Bkz. COUSO, The Judicialization of<, s. 117 - 121.

90 COUSO, The Judicialization of<, s. 121.



müttefikî değil düşmanı olduğu algısının desteklemektedir⁹¹. Gerçekten de vücut bütünlüğü, özgürlük ve uygun usul (*due process*) gibi en temel hakları ilgilendiren davalarda verilen kararların niteliği bu eleştiriyi doğrulamaktadır. Zira 1990–2000 yılları arasında Santiago Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, polis ve dedektif bürolarına karşı açılan *recurso de protección* davalarının sadece %3'ünde başvuran lehine karar vermiştir⁹².

Sonuç olarak, koruma başvurusunun (*recurso de protección*), Şili anayasal sistemi içinde gerçekten etkili bir yargı denetimi sağladığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu ise, genel olarak Şili'de var olan hukuk kültürü ve uygulanan hukuk eğitimi dolayısıyla olağan yargıda görev alan yargıçların çoğunluğunun, yargının 'siyasi' konularla ilgilenmemesi gerektiği yönündeki Şili yargı organına hâkim olan geleneksel nosyonu takip etmesinden kaynaklanmaktadır. Şili'deki olağan mahkemeler sanki anayasa hukuku 'gerçek' bir hukuk değilmiş gibi çalışmış, idari eylemin 'kanuniliğini (*legality*)' denetlemekle yetinip, bir kanunun 'anayasaya uygunluğunu (*constitutionality*)' denetleme iradesini neredeyse hiç göstermeyerek mütemediyen kanuna riayet etmişlerdir⁹³. Yani olağan Şili yargıçları, koruma başvurusuna ilişkin denetim yetkilerini dar bir yorumla sadece kanuna uygunlukla sınırlı tutmuş, anayasaya uygunluğu denetlemeyi kendi görevleri arasında görmemişlerdir.

SONUÇ

Uzunca bir anayasacılık geçmişine sahip olan Şili'de anayasa yargısı, bu süreçte siyasal sistem içerisinde epey mesafe kat etmiştir. Başlangıçta Kıta Avrupa'sında egemen olan Fransız anayasa geleneğinin etkisiyle anayasallık denetimi, 'siyasi' bir iş olarak görülmüş ve gerçek bir yargısal denetimden ziyade, sistemin işleyişinde yasama ve yürütme arasında dengeleyici bir mekanizma olarak tasarlanmıştır. Nitekim uzunca bir süre de bu niteliğine uygun seyretmiştir. Kurumsal anlamda ilk kez 1925 Anayasasıyla açıkça kabul edilen anayasaya uygunluk denetimi bu dönemde siyasal sistemde çok sınırlı bir işlev görmüş ve iktidarın hukukla sınırlandırılmasına gerçek anlamda hizmet edememiştir. 1970 yılında merkezileşmiş (Avrupa modeli) bir *Anayasa Mahkemesi*'nin kurulmasıyla birlikte anayasallık denetimi farklı bir boyut kazanmış, ancak demokrasinin kesintiye uğratan askerî dikta rejimi ile birlikte

91 PARMO, s. 37.

92 COUSO / HILBINK, s. 114.

93 COUSO, *The Judicialization of*, s. 122 - 123.



ortadan kalkmıştır. Otoriter rejimin ürünü olan 1980 Anayasası ile birlikte yeniden kurulan Anayasa Mahkemesi ile anayasa yargısı yeniden Şili hukuk sisteminin bir parçası hâline gelmiştir. Ancak bu sefer de Mahkeme kendisini kuranların beklentilerini karşılamamış ve pasif bir kurum olarak kalmıştır. Demokrasiye dönüş ile birlikte daha kritik bir rol üstlenmesi beklenen Mahkeme maalesef son yıllara dek, yasama ve yürütmenin işlemlerine riayet etmeyi tercih etmiş ve anayasa uygunluk denetiminden imtina etmiştir.

Ancak 2005 yılında gerçekleştirilen anayasal reformla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin üye yapısı, üyelerinin seçim yöntemi ve yetkileri üzerinde yapılan değişiklikler Mahkemenin üstlendiği fonksiyonda beklenmeyen bir değişim yaratmıştır. Reformun ardından artık Şili'de karma bir anayasa yargısı sisteminin bulunduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira sistemdeki iki başlılık, somut denetim yetkisinin (*recurso de inaplicabilidad*) Anayasa Mahkemesi'ne aktarılmasıyla birlikte aslında büyük ölçüde son bulmuştur. Artık Anayasa Mahkemesi dışında anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi 'koruma başvuruları (*recurso de protección*)' hakkında karar veren üst derece mahkemelerine aittir. Ancak bu denetim de işlevselliğini yitirmiştir.

Şili Anayasa Mahkemesi siyasi makamların etkisinin arttığı yeni üye yapısı ve somut denetim yetkisi ile birlikte son yıllarda giderek artan bir şekilde temel hak ve hürriyetleri koruma yönünde bir aktivizm içine girmiştir.⁹⁴ Dolayısıyla nihai tahlilde Şili'nin demokrasiye dönüşten beri, en kritik dönemlerden birini geçirdiği söylenebilir. Zira ilerleyen yıllarda Anayasa Mahkemesinin bu olumlu eğilimini sürdürmesi ve istikrarlı ve tutarlı bir anayasal güvence organı hâline gelmesi, Şili'de demokrasiye dönüşün gerçek manada tamamlanabilmesine katkı sağlayacaktır.

94 Son zamanlarda hak kategorisini genişleten ve hakları koruma temelli yaklaşımlar sunan mahkeme, iç hukuk dışında temel insan hakları belgeleri ve yabancı mahkeme kararlarına yaptığı atıflarla vizyonunu genişletmiş ve 'yeni anayasacılık' dediğimiz darbe sonrası Güney Amerika ülkelerinin akımına katılmıştır. COUSO / HILBINK, s. 119 – 120.



KAYNAKLAR

AKYÜZ Serra, 'Anayasa referandumlarının demokratik meşruiyet kriterleri: Türkiye ve Şili deneyimleri', **Toplum ve Bilim**, Sayı 124, 2012, ss. 85 – 102.

CARROLL Royce / TIEDE Lydia, 'Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal', **Journal of Empirical Legal Studies**, Cilt 8, Sayı 4, 2011, ss. 856 – 877.

COUSO Javier - Hilbink, Lisa, 'From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile', içinde **Courts in Latin America**, Gretchen Helmke& Julio Ríos-Figueroa (Ed.), Cambridge University Press, 2011, ss. 99 – 127.

COUSO Javier, 'Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970– 2010', **Texas Law Review**, Cilt 89, Sayı 7, Haziran 2011, ss. 1517 – 1536. ('Models of Democracy...')

COUSO Javier, 'The Judicialization of Politics: The Rights Revolution That Never Was', içinde **The Judicialization of Politics in Latin America**, Rachel Sieder, Line Scjolden& Alan Angell (Ed.), Palgrave Macmillan, 2005, ss. 105 - 129. ('The Judicialization of<')

COUSO Javier, 'The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition 1990–2002', **Democratization**, Cilt 10, Sayı 4, 2003, ss. 70 – 91. ('The Politics of...')

FIGUEROA Dante, 'Constitutional Review in Chile Revisited: A Revolution in the Making', **Duquesne Law Review**, Vol. 51, Spring 2013, s. 393.

FRIEDLER Edith Z., 'Judicial Review in Chile', **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, Cilt 7, 2000, ss.321-347.

FROSINI Justin O. / PEGORARO Lucio, 'Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification' içinde **Constitutional Courts: A Comparative Study**, Andrew Harding / Peter Leyland (ed.), Wildly, Simmons & Hill Publishing, London, 2009, ss. 345 – 376.

FUENTES Claudio A., 'A Matter of the Few: Dynamics of Constitutional Change in Chile: 1990–2010', **Texas Law Review**, Vol. 89, 2011 – 2012.

HEISS Claudia / NAVIA Patricio, 'You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy', **Latin American Politics and Society**, Vol. 49, 2, 2007.



KÜRKÇÜGİL Masis (Der.), **Latin Amerika'nın Kaynayan Damarları**, İthaki Yayınları, İstanbul, 2004.

NAVIA Patricio, 'The History of Constitutional Adjudication in Chile and the State of Constitutional Adjudication in South America', **Asian Journal of Latin American Studies**, Cilt 2, 1999, ss. 1 - 39.

ONAR Erdal, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2003.

PARMO Domingo Lovera, 'Implosive Courts, Law, and Social Transformation: The Chilean Case', **Cambridge Student Law Review**, Cilt 3, 2007, ss. 30 – 43.

SCRIBNER Druscilla L., 'The Judicialization of (Separation of Powers) Politics: Lessons from Chile', **Journal of Politics in Latin America**, Vol. 2, 3, 2010.

WILSON Richard J., 'Reflections on Judicial Review in Latin America', **Southwestern Journal of Law & Trade in The Americas**, Vol. 7, 2000.

İnternet Kaynakları

English translation of the Constitution of 1925, as amended to 1971, Belge Kaynağı: Pan American Union / OAS [tarihsiz], HeinOnline (<http://heinonline.org>) (15 Nisan 2012).

TORRAS Anna I. Vellvé / STAINES Adela & RUCHTI Jefri J. (Çev.), 'Political Constitution of the Republic of Chile, 1980, codified by Supreme Decree No. 100 of 17 September 2005, as amended by Law No. 20.573 of 6 March 2012', HeinOnline World Constitutions Illustrated Library, 2012, (<http://heinonline.org>).

Law No. 17997, The Constitutional Organic Law on The Constitutional Court, <http://www.codices.coe.int>, (Erişim: 12.04.2013).

<https://www2.istanbul.edu.tr/?p=14270>, (Erişim: Haziran 2013).

<http://www.economist.com/node/21552566>, (Erişim: 12.04.2013).

<http://en.wikipedia.org/wiki/Chile>;

http://en.wikipedia.org/wiki/Government_of_Chile; http://en.wikipedia.org/wiki/President_of_Chile; <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eili>; http://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Constitution_of_1925; <http://countrystudies.us/chile/85.htm> ; http://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Civil_War (Erişim: Mart Nisan 2012).

MİRASÇILIK (VERASET) BELGESİNİN HUKUK YARGILAMASINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

(Appearance Of The Heritage Certificate Of The Legal Judgment)

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ¹

ÖZ

Mirasçılık belgesi, çekişmesiz yargılama faaliyeti sonucunda husule gelen ve iptal oluncaya kadar içeriği gereği muamele olunan tespit niteliğinde resmi bir evrakı müsbitedir. Mirasçılık belgesi, mirasçılık sıfatı ve pay oranları ile muris ile mirasçılar arasındaki soy bağının tespiti ve terekenin tesliminden gayrı içtimai hayatın ihtiyaçlarına medar birçok fonksiyonu bulunan bir lazime hükmündedir. Mirasçılık belgesi, maddi manada kesin hüküm gücünden yoksun bulunduğundan tekrar yasağından varestedir. Nitekim mirasçılık belgesi talebi, terekeye ait aynı nitelikte bir tasarruf işlemi olmayıp, mirasçılarının zorunlu dava ortaklığı şeklinde yani hep birlikte hareket etmek mecburiyeti (Oy birliği) bulunmadığından, her bir mirasçının bağımsız ve sayısız mirasçılık belgesi talep hakkı muhtardır. Sulh mahkemeleri dışında noterlere de mirasçılık belgesi verme imkânı tanınması; yargı faaliyetlerinin iş yükünün hafifletilmesi ve hızlandırılmasına matuf ikame bir yetki olup, mirasçılık belgesi faaliyetinin yargılama niteliğine halel getirmeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Mirasçılık Belgesi, Çekişmesiz Yargı İş, Evrakı Müsbite

ABSTRACT

An official document of the nature of the hearing, which is the result of the trial of the dispute and which has been processed in accordance with the content until the cancellation. The inheritance document, the title of inheritance and the pay rates, and the need for the descendant and immune system to change between the muris and the heirs is a condition. The document of inheritance is found in material property again because of lack of definite power. Since the inheritance document request is not the same kind of saving operation of the estate, the heirs are entitled to demand independent and numerous inheritance document of each heir

1 Büyükkçekmece İcra Mahkemesi Hâkimi ♦ aciyilikli@hotmail.com

because the heirs are not obliged to act jointly. The possibility of granting notary public heirship certificates other than peace courts; It will be a substitute authority to lighten and accelerate the workload of the judicial activities and will not prejudice the judicial character of the activity of the heirship.

Keywords: Document of Inheritance, Unwarranted Case, Document of Responder

GİRİŞ

Kişilerin tam ve sağ olarak doğumu kişiler hukuku, vefatı ise, miras hukuku hükümlerinin uygulanmasına alan ve zemin oluşturacaktır. Dolayısıyla kişilerin yaşam yolculuğunun hukuk ile kesişmemesi mümkün olmayacaktır. Nitekim bu söylem, hukuk ile hayatın mütemmim cüz olmasının sonucudur. Bir diğer ifadeyle, sosyal bir varlık olan beşer hayatının hasbelkader, beşeri münasebet ve ilişkilerin koordinasyonu (eşgüdüm) denilen hukukun düzenleyici yörüngesi ve çekim alanı dışında kalması ya da etkisinden kaçması mümkün bir istisnasının düşünülmesi dahi muhaldir. Zira hukuk, beşerin türsel var olmağının bizzarure içtimai hâsilasıdır. Öz ve alelîtlak ifadeyle, kişilerin, hukuka bulaşmadan yaşamlarını idame ettirmeleri mümkün değildir. Kaldı ki kişiler, toplumda maddi ve manevi haklarını ancak hukuk marifetiyle muhafaza ve idame ettirirler. Doğumundan vefatına kadar hukuk ile iç içe yaşayan insan çoğu hâl ve zamanda bundan bihaberdir. İnsanoğlunun dünyaya gelmesiyle doğrudan iktisap ettiği gerçek kişi hüviyeti, soy bağı ve vatandaşlık rabitası en temel ve akla ilk gelen hukuki haklardan bazılarıdır. Hakikatte bu kazanımlar ilk yaratılıştta insanoğluna bahşedilen “en şerefli” ve “en mükemmel varlık” olmasının bir sonucudur.

Miras hukukunun doğumunda mutlak suretle bir murisin mevcudiyeti esastır. Muris sıfatı sadece insanlara münhasır olduğu için tüzel kişileri tasfiyesi ya da infisahı miras hükümlerine tabi olmayacaktır. Buna karşın gerçek ve tüzel kişilerin mirasçı sıfatına hukuki ya da fiili bir engel yoktur. Miras bırakanın vefatı ile külli halefiyet ilkesi gereği murisin terekisi yani malvarlığı, hak, alacak ve borçları bir bütün hâlde başka bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan mirasçılara intikal edecektir. Mirasçılar kanun gereği ve kanunda gösterilen mirasçılar ile atanmış bir diğer ifadeyle ölüme bağlı tasarruf (vasiyetname veya miras mukavelesi) marifetiyle murisin iradesiyle oluşan mirasçılardır. Dolayısıyla atanmış mirasçılar üçüncü bir gerçek ya da hükmî şahıs olabilmesine karşın, kanuni mirasçılar murisin kan hısımları, sağ kalan eşi, evlatlığı yahut ikinci derecede devlet olacaktır.



Kaldı ki, murisin ölüme bağlı tasarrufuyla devlet mansup mirasçı sıfatını da haiz olabilecektir. Zira ölüme bağlı tasarruf ile mirasçı tayin edilen kişi murisin külli halefi olacaktır. Bir yargılama sonunda mahkemenin son sözü hüküm fıkrasında mündemiçtir. Bir diğer ifade ile yargılama sonunda mahkemenin meramı hüküm fıkrasında tezahür edecektir. Hukuk yargılaması sonunda mahkemenin nihai kararları esasa dair olabileceği gibi usule ilişkin de olabilir. Esasen kesin hüküm, yargılama sonunda husule gelen esasa dair nihai kararlar üzerine mebnidir. Zira aynı davanın yeniden tekrar edilmesine de bu nitelikteki karar engel olacaktır. Ne var ki, esasa ilişkin olmakla beraber niteliği gereği maddi anlamda kesinlik arz etmeyen kararlar bu nitelikten yoksun oldukları için aynı davanın yeniden ikamesine engel oluşturmayacaktır. Çekişmesiz yargı kararları bu nevidendir. Mirasçılık belgesi verilmesi istemleri, hakikatte dava olmaktan ziyade bir talep mahiyetindedir ve içeriği aksi ispatlanana kadar geçerlidir. Bundan dolayıdır ki mirasçılık belgesi için ilam kelimesi kullanılması doğru değil ise de fonksiyonu gereği murise ait tüm malvarlığının devir ve intikalini sağlayıp yegâne ispat aracı olması hasebiyle yargılama hukukunda temel bir işlevi haiz olup, çekişmesiz yargılama faaliyetidir. İşte murisin üçüncü kişilerdeki alacaklarının talep edilmesi, taşınmazların intikali ve devri, bankadaki paranın ve diğer kıymetli eşyanın teslimi, Sosyal Güvenlik Kurumundaki işlemler ve diğer menkul kıymetli eşya ile malvarlığının zilyetliğinin devri mirasçılık belgesi marifetiyle gerçekleşecektir. Dolayısıyla hak sahipliğini ispat noktasında günlük hayatta çok sık ihtiyaç duyulup, birçok fonksiyonu haiz mirasçılık belgesi hakkında, Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesinde sadece bir düzenleme mevcuttur. Oysaki tek bir yasal maddenin uygulamanın ihtiyaçlarına cevap verebileceği tartışmalıdır. Zira günlük hayatta çoğu hukuki işlemlerde kişiler arasındaki irs bağı ile mirasçılık ilişkisinin saptanması ve mirasçılık sıfatı ile pay oranlarının belirlenmesini ispat zımında büyük bir gereksinim, dava ve takip hukukunun devamını sağlamada ise önemli bir fonksiyona sahip olan mirasçılık belgesinin yargılamadaki görünümünü ilmi görüşler ve Yargıtay kararları² ışığında etraflı şekilde tetkik edeceğiz.

I. MİRASÇILIK BELGESİNİN NİTELİĞİ

Mirasçılık belgesi, muris ile mirasçıları arasındaki soy bağının irtibatı ve tereke mallarının tesliminden maada, beşer yaşamının günlük maişetine medar envai tür ihtiyacını tazammun ve ihata eden tespit

2 Yargıtay Kararları Doğrudan Uyar Üzerinden Temin Edilmiştir.

niteliğinde pek fonksiyonel bir lazıme hükmündedir. Miras, vefat olayı ile kendiliğinden gerçekleşen yani başka bir işleme gerek kalmaksızın kanunun vefat olayına hukuki sonuç bağladığı bir hukuki kurumdur. Dolayısıyla mirasçılar murisin vefatıyla külli halefiyet gereği murise ait malvarlığını doğrudan iktisap ederler. Nitekim mirasçılık belgesi miras hakkı ihdas etmeyip, onun ispatına hizmet eden bir belgedir. Bir diğer ifade ile doğmuş ve mevcut hakkı belgeleyen niteliği haizdir. Mirasçılık belgesinin mirasçılık sıfatını tevsik eden yegâne ispat vasıtası olması sebebiyle Türk Medeni Kanunu 7. maddesindeki resmi senet kavramını aşan alelade bir resmi senetten daha güçlü bir nitelik ve fonksiyonu haiz olduğu savunulmuştur³. Hakikatte, mirasçılar murise nazaran üçüncü kişi sayılmazlar. Çünkü murisin vefatıyla miras hakkı külli halefiyet gereği yani malvarlığı bir bütün hâlinde derhal ve başka bir işleme gerek kalmaksızın mirasçıya intikali⁴ tescilsiz, teslimsiz ve temlik olmaksızın kanunen husule gelecektir. Bir diğer ifadeyle miras bırakana ait terekedeki hak ve borçlar vefat olayı ile doğrudan mirasçılara intikal edecektir. İşte külli halefiyet gereği murisin vefatı üzerine oluşan bu iktisap, kanundan doğduğundan haklar yönünden elbirliği ortaklığı; borçlar yönünden ise kişisel ve müteselsil sorumluluk doğurmaktadır. Buna karşılık, kişilerin mirasçı sıfatlarını ispat ve tereke üzerindeki mallar üzerinde tasarrufta bulunmak için mirasçılık belgesine ihtiyaç duyulacaktır⁵. Yoksa mirasçılık belgesinin düzenlenmesiyle bir hak ve borç doğmayacağı gibi kıymetli evrak da değildir⁶. Mirasçılık belgesi verilmesi talepleri, bir “çekişmesiz yargı işidir” (HMK. m.382/2-c-6)⁷. Kural olarak çekişmesiz yargı işlerinde

3 KURŞAT Zekeriya, “Noterlere Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi Yetkisinin Tanınması Hakkında Değerlendirme”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, (s. 583-596), s. 591; 595. “Belgenin sulh hukuk mahkemesinde iptal edilmediği müddetçe geçerliliğini koruması onu özellikli kılar.”

4 VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar**, CI, İstanbul 1956, s. 39.

5 KURŞAT Zekeriya, **Terekenin Korunması Önlemleri**, İstanbul 2010, s. 254; 297.

6 KURŞAT, *Tereke*, s. 256.

7 “Kural olarak mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davalar çekişmesiz yargıya tabi olduğundan hasımsız olarak açılması gerekir. Ne var ki davacının mirasçı sıfatına karşı çıkan veya miras payının az veya çok olduğunu öne sürerek uyumsuzluk yaratan kişilerin varlığı hâlinde mirasçıların sıfatlarında ve miras paylarının belirlenmesinde çekişme meydana gelmiş olacağından bu gibi durumlarda çekişmenin tarafı olan diğer mirasçı veya kişilerin de hasım gösterilerek hasımlı dava açılabilmesi, açılacak böyle bir davanın çekişmeli yargıya tabi olacağı ve verilecek hükmün davanın tarafları yönünden kesin hüküm oluşturacağı kuşkusuzdur. Somut olaya gelince, davalı hazine miras bırakanın Hazel Doreen Garbett’in mirasçısız öldüğünü, son mirasçısı sıfatıyla mirasın kendisine kalması gerektiğini ya da mirasçısının yabancı uyruklu olması nedeniyle Türkiye’de miras yoluyla gelen taşınmaz edinemeyeceğini öne sürmüştü bu konuda bir uyumsuzluk çıkarmamıştır. Yabancı uyruklu miras bırakanların ölümü hâlinde açılacak mirasçılık belgesi verilmesi davalarında hazinenin yasal hasım olarak gösterileceğine dair yasalarımızda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca, davalı hazine hasım gösterilerek hasımlı mirasçılık



verilecek karardan hakları ve hukuki durumları etkilenecek olanların “ilgili” sıfatıyla talepten haberdar edilmeleri gerekli ise de Türk Medeni Kanunu’nun 598/3. maddesindeki “mirasçılık belgesinin geçersizliği ileri sürülebilir” hükmü gereğince, ilgililerin haberdar edilmesi gerekli değildir. Mirasçılık belgesi tereke malvarlığı üzerinde fiili egemenlik ve tasarruf yetkisi⁸ hakkı bahsettiği gibi ispat niteliği de bulunan bir niteliği haizdir⁹. Bu niteliği sebebiyle mirasçılık belgesinde tecessüm eden mirasçı ve payları söz konusu kişilerin mirasçılığı yönünde karine teşkil eder¹⁰. Bu karine, ölüm olayını ikrar ile kişiler arasındaki irs ilişkisini temsil eder. Mirasçılık belgesini talep etmek hak ve yetkisi kanuni ve mansup mirasçılara tanınmıştır¹¹. Nitekim her iki mirasçı grubu yasal mirasçı statüsündedir. Kanuni mirasçı sıfatını haiz olmayan ve lehine mal vasiyeti yapılan kişiler, kanuni mirasçı sıfatı ile murisin külli halefi olmamalarına rağmen mirasçılık belgesi talep etme hak ve yetkileri bulunmaktadır (TMK m. 598/2). Lehine mal vasiyeti yapılan kişiler ile mirasçılar arasında sadece bir borç ilişkisi meydana gelir. Bu sebeple, ancak vasiyet edilen malı talep etmek hakkı mevcuttur. Buna karşın, murisin alacaklıları üçüncü kişi sıfatıyla izne binaen mirasçılık belgesi talep edebilirler. Mirasçılık belgesi istemi, hasım gösterilmeksizin tek bir mirasçı tarafından zorunlu dava arkadaşlığı gerektirmeyen bir usuli taleptir¹². Nitekim mirasçılık belgesi talep eden mirasçı diğer mirasçıların muvafakat ya da icazetine muhtaç değildir. Zira mirasçılık belgesi terekeye ait, iştirak hâlinde hak sahipliğini tazammun eden ve bütün mirasçıların birlikte hareket etmesini ve oy birliğini gerektiren bir talep olmadığı¹³ gibi bir

belgesi verilmesi davasının açılmasında davacının hukuki yararının bulunmadığının kabulü ile davada yasal hasım olması gerekmeyen davalı hazine hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekir.” (HGK, 18.11.2009, 2009/7- 376/528).

8 KURŞAT, *Tereke*, s. 307.

9 KOCAAĞA Köksal, “Mirasçılık Belgesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1–2, Haziran-Aralık 2005, (s. 83–105),s. 83; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987, s. 580.

10 İMRE Zahit / ERMAN Hasan, *Miras Hukuku*, İstanbul 1989, s. 301; ANTALYA Gökhan, *Miras Hukuku*, İstanbul 2009, s. 362, 363.

11 İMRE/ERMAN, s. 303.

12 “Dava ıslah edilen şekliyle mirasçılık belgesinin istemine ilişkindir. Mirasçılık belgesinin iptali davalarında daha önce alınan mirasçılık belgesinde mirasçı olarak görünen bütün kişilerin taraf olmaları zorunludur. Davacı taraf mirasçılık belgesi verilmesi davasını ıslahla mirasçılık belgesinin iptali davasına dönüştürmüş ise de, her iki dava dilekçesinde de hasım göstermemiştir. Hasım gösterilmeyerek açılan bir davanın sonradan ıslahla dahi hasımlı hâle dönüştürülmesi ve davada hasım artırılması zorunlu dava arkadaşlığı hâli dışında mümkün değildir.” (7. HD 30.05.2008, 1853/2404).

13 ULUSU KARATAŞ Elif, “Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları”, *İÜFM*, C. LXXIV 2015, S. 2 (s. 357–388) s. 367, 368.

tasarruf işlemi¹⁴ de değildir¹⁵. Kaldı ki her dava bir tasarruf işlemi olarak da nitelendirilemez¹⁶. Dolayısıyla mirasçılık belgesi tanzimi resen değil, talebe bağlı bir işlem olup¹⁷, her bir mirasçı tarafından bağımsız olarak talep edilen bir çekişmesiz yargılama faaliyeti olup, resen mirasçılık belgesi verilemeyecektir¹⁸. Mirasçılık belgesi kararları, maddi manada kesin hüküm niteliğine sahip olmadığı gibi, mahkemeleri bağlaması da söz konusu değildir¹⁹. Mirasçılık belgesi çekişmesiz yargılama işinde taraf olmayan aleyhine kesin hüküm de oluşturmayacaktır²⁰. Nitekim bu

14 “Temliki tasarruf” sözcüğü, hukukta kazandırıcı işlem, başka bir ifadeyle, mülkiyet geçiren işlem, yani taşınmazlarda tescil ve taşınırlarda teslim işlemini ifade eder; “durdurma” sözcüğü de Türkçede “şimdilik ve geçici bir süre için önlem alma” manasında kullanılır. (HGK, 01.02.2012, 2011/3- 595, 2012/33).

15 “Türk Medeni Kanunu’nun 702/2. maddesi hükmü uyarınca, terekeye ait haklar üzerinde kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oy birliği ile karar vermeleri gerektiğinden, taksimi mümkün olmayan talepler ancak ortakların tümü tarafından açılacak bir dava yoluyla ileri sürülebilir.” (HGK, 05.10.2016, 14- 1243, 2016/958).

16 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, “Taşınmaz Mülkiyetinin Tescillen Önce İktisap Hâllerinden Mahkeme Hükümüne Göre İktisap Eden Kişinin Feshi Davası Açma Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller”, **TAAD**, Temmuz 2016, S. 27, (s. 515- 547), s. 535.

17 “6100 sayılı HMK’nın “taleple bağıllık ilkesine” ilişkin 26. maddesi uyarınca hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağıllıdır. Somut olaya gelince; davacılar vekili dava dilekçesinde, TMK’nun 605/1. maddesi uyarınca mirasın gerçek reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, anılan hükme göre, mirasın gerçek reddine karar verilebilmesi için yasal koşulların oluşup oluşmadığının araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davacı tarafta talep edilmiş gibi mirasçılık belgesi verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir. “ (14. HD 24.11.2015, 7594/10758).

18 KOCAAĞA, s. 88; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 580; KURŞAT, *Tereke*, s. 270.

19 “TMK’nın 598. maddesi gereğince başvuru üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir, aynı madde hükmüne göre mirasçılık belgesinin geçersizliği de her zaman ileri sürülebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.12.1990 gün ve 1990/2-560 Esas, 1990/622 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle hasımsız olarak açılan davalar çekişmesiz yargıya tabi olduğundan, bu davalar sonucunda verilecek kararlar şekli bakımından kesinleşmiş olsalar dahi maddi hukuk bakımından kesin hüküm oluşturmazlar. Dava ve ilam kavramları çekişmeli yargıya ait kavramlar olduğundan mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle açılan davalar tam bir dava olarak nitelendirilemeyeceği gibi bu davalar sonucunda verilen kararlar klasik anlamda kesin hüküm sonucunu doğuran bir ilam da sayılmazlar. Bu nedenle açılan bu davalar sonucunda verilen kararların sonradan gerçeğe aykırı ve yanlış olduğunun anlaşılması hâlinde her zaman için aksi iddia ve ispat edilebileceği gibi tespit hükmü niteliğindeki bu kararların sonradan açılacak başka davalarda kesin hüküm oluşturması ve mahkemeleri bağlaması da düşünülemez. Bu konularda öğreti ve uygulamada tam bir görüş birliği mevcuttur. Bu nedenle davacının mirasçılık belgesi istemiyle dava açma hakkı mevcuttur. Bu itibarla mahkemece, davanın esasına girilerek ve davacının gösterdiği deliller toplanarak muris Habibe Koçman’ın mirasçılarının ve miras paylarının belirlenmesi ve sonucuna göre bir hüküm verilmesi gerekirken aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmış olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (14. HD 04.06.2015, 1980/6136).

20 GENÇCAN Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, Ankara 2011, s. 856.



davalar hasımsız olarak ikame edilmektedir²¹. Keza bu kararlar aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulması da sonucu değiştirmeyecektir²². Aynı

- 21 “Mirasçılık belgesi verilmesi veya iptali istemine ilişkin davaları miras bırakanın mirasçıları, mirasçıları yoksa son mirasçı sıfatıyla Hazine ya da mahkemece yetki verilme koşuluyla üçüncü kişiler tarafından açılabilir. Mirasçılık belgesi, mirasçıların miras bırakanla irs ilişkisini ve miras paylarını gösteren bir belgedir. Hukukumuzda mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davaların kural olarak hasımsız olarak açılması ve çekişmesiz yargı yolu ile görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir ise de, hukuki yarar bulunması koşulu ile bu tür davaların uyuşmazlık çıkaran kişiler hasım gösterilmek suretiyle hasımlı olarak açılması ve çekişmeli yargı yolu ile görülüp sonuçlandırılması da mümkün bulunmaktadır. Somut olaya gelince, İngiliz uyruklu Mildred Mary Ward’ın 2.7.2009 tarihinde öldüğü, davacıların da İngiltere vatandaşı oldukları, miras bırakanın mirasçılarını gösterir mirasçılık belgesinin verilmesini istedikleri, mahkemece miras bırakanın mirası 1 pay kabul edilerek annesi Mildred Mary Tickton Ward’a verildiği anlaşılmaktadır. Davacılar, Hazine’yi davalı olarak göstermişler ancak, dava dilekçesinde davanın neden hasımlı açıldığına ilişkin açıklama yapmadıkları gibi mahkemelerden hasımlı mirasçılık belgesi alınması için alınmış yetki belgesini de dosyaya ibraz etmemişlerdir. Hâl böyle olunca; mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin istemlerin çekişmesiz yargıya tabi işlerden olduğu, Hazine’nin çekişme yaratmadığı gözetilerek davalı Hazine’ye yönelik davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi ve davanın hasımsız olarak görülüp tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuçlandırılması gerekirken Hazine yönünden kesin hüküm oluşturacak biçimde, davanın hasımlı olarak görülerek sonuçlandırılması isabetsiz, davalı Hazine’nin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmediğinden kabulü ile hükmün bozulmasına.” (7. HD 20.02.2013, 2012/7483, 2013/1303); “Mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davalar çekişmesiz yargıya tabi olduğundan kural olarak hasımsız açılması gerekir. Hukuki yarar bulunması koşulu ile bu tür davaların uyuşmazlık çıkaran kişiler hasım gösterilerek hasımlı olarak açılması ve çekişmeli yargı yolu ile görülüp sonuçlandırılması da mümkündür. Yabancı uyruklu miras bırakanların Türkiye’de bulunan taşınmazlarının intikalini sağlama amacıyla açılan mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davalarda hazinenin mutlaka taraf olacağına ve davanın hazine hasım gösterilerek açılacağına ilişkin olarak yasalarımızda zorlayıcı bir hüküm de bulunmamaktadır. Somut olaya gelince, davacının davasını hazineyi hasım göstererek hasımlı olarak açtığı, ne var ki hazinenin dava açılmadan önce davacının mirasçılık sıfatı konusunda herhangi bir uyuşmazlık çıkarmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi miras bırakan Yorgo Zannaki’nin Yunan uyruklu olması ve Türkiye’de bulunan taşınmazının intikalinin yaptırılabilmesi amacıyla görülen davanın açılmış olması hazinenin davada taraf olmasını gerektirmediği gibi, dava açılmadan önce hazinenin davacının mirasçılık sıfatı konusunda herhangi bir uyuşmazlık da çıkarmadığı gözetildiğinde hasımlı dava açmakta davacının hukuki yararı bulunduğundan da söz edilemez. Hâl böyle olunca, mahkemece uyuşmazlık çıkarmaması nedeniyle davada taraf olması gerekmediği hâlde aleyhine gereksiz yere dava açılan hazine hakkında kesin hüküm oluşmaması için öncelikle “Davalı hazine hakkında açılan davanın husumet nedeniyle reddine” şeklinde bir hüküm verildikten sonra, davanın hasımsız olarak karara bağlanması ve istenilen mirasçılık belgesinin verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir.” (14. HD 26.06.2015, 2225/7147); Aynı yönde bkz. “Hasımsız açılması gereken, çekişmesiz yargıya tabi bir davanın hasımlı açılması veya sonradan dahili dava yoluyla tarafı hâle getirilmesi ıslah yoluyla dahi mümkün değildir. Ne var ki Hazine hasım gösterilerek açılan mirasçılık belgesi verilmesi davası hasımlı olarak görülerek sonuçlandırılmıştır. Bu durumda mahkemece Hazine aleyhine açılan davanın reddine, hasımsız dava konusunda ise toplanan delillere göre bir hüküm kurulması gerekirken Hazine aleyhine kesin hüküm oluşturacak şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 07.09.2015, 2293/7895).
- 22 “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 05.12.1990 gün ve 1990/2-560 esas, 1990/622 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle hasımsız olarak açılan davalar çekişmesiz yargıya tabi olduğundan, bu davalar sonucunda verilecek kararlar şekli

ya da diğer mirasçılar tarafından mirasçılık belgesinin iptali²³ ya da yeniden mirasçılık belgesi talep edilebileceğinden mirasçılık belgesi talebi tekrar yasağından da varestedir²⁴. Nitekim mirasçılık belgesi taleplerinin

bakımından kesinleşmiş olsalar dahi maddi hukuk bakımından kesin hüküm oluşturmazlar. Dava ve ilam kavramları çekişmeli yargıya ait kavramlar olduğundan mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle açılan davalar tam bir dava olarak nitelendirilemeyeceği gibi bu davalar sonucunda verilen kararlar klasik anlamda kesin hüküm sonucunu doğuran bir ilam da sayılmazlar. Bu nedenle açılan bu davalar sonucunda verilen kararların sonradan gerçeğe aykırı ve yanlış olduğunun anlaşılması hâlinde her zaman için aksi iddia ve ispat edilebileceği gibi tespit hükmü niteliğindeki bu kararların sonradan açılacak başka davalarda kesin hüküm oluşturmaları ve mahkemeleri bağlaması da düşünülemez. Bu konularda öğreti ve uygulamada tam bir görüş birliği mevcuttur. Bu olgunun sonucu olarak ister başkaları tarafından isterse kendisi tarafından hasımsız olarak açılan dava sonucunda mirasçılık belgesi alınmış olsun, daha önceki mirasçılık belgesinde mirasçılar ve miras paylarının belirlenmesinde hata yapıldığını öne süren her mirasçının hasımsız olarak açacağı yeni bir dava ile mirasçılık belgesi verilmesini isteme veya önceki günlü mirasçılık belgesinde kendilerine pay verilen diğer mirasçıları hasım göstererek bu mirasçılık belgesinin iptali ile gerçeğe uygun yenisinin verilmesi istemiyle dava açma hakkı bulunduğu kuşku duymamak gerekir. Önceki günlü mirasçılık belgesinin davacı tarafından açılan dava sonucunda verilmiş olması ve davacının verilen bu hükmü temyiz etmemiş olması bu sonucu değiştirmez. Daha önce kendisi tarafından alınmış mirasçılık belgesi bulunan kişiye dahi tanınan bu hakkın başkaları tarafından daha önce mirasçılık belgesi alındığı gerekçesiyle mirasçılara tanınmaması düşünülemez.” (7. HD 03.04.2013, 2012/9707, 2013/5483).

23 “Dava, hasımsız açılan mirasçılık belgesi verilmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, karar davada taraf olmayan Mevlüt Kürekçi tarafından temyiz edilmiştir. Hasımsız olarak verilen mirasçılık belgesi aksi sabit olana kadar geçerlidir. Mirasçı olduğunu ileri süren kişi, her zaman mirasçılık belgesinin iptali istemi ile dava açabilir. Somut olayda; temyiz talebinde bulunanın her zaman mirasçılık belgesinin iptali davası açabileceği kuşkusuzdur. Bu durumda temyiz eden Mevlüt Kürekçi’nin temyiz talebinde hukuki yararının bulunmadığı anlaşıldığından temyiz isteminin reddi gerekmektedir.” (14. HD 05.05.2015, 2031/5025).

24 “Mirasçılık belgesi verilmesine dair talep mirasçıların ve miras paylarının belirlenmesine yönelik tespit hükmü niteliğinde olup daha önce aynı murise dair mirasçılık belgesi verilmiş olması yeniden mirasçılık belgesi istenmesine engel değildir.” (14. HD 05.11.2015, 2610/9908); “Davacı, muris Yervant Manok’un miras paylarını ve mirasçılarını gösterir veraset belgesi verilmesini istemiştir. Mahkemece, murise ait daha önceden alınmış bir veraset ilamı nedeniyle yeniden karar verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm kurulmuştur. Hükmü, davacı temyiz etmiştir.4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 598. maddesi hükmünde “başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verileceği, mirasçılık belgesinin geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği” açıklanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.12.1990 gün ve 1990/2-560 Esas 1990/622 Karar sayılı ilamında belirtildiği üzere mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle hasımsız olarak açılan davalar çekişmesiz yargıya tabi olduğundan bu davalar sonucunda verilecek kararlar şekli bakımından kesinleşmiş olsalar dahi maddi hukuk bakımından kesin hüküm oluşturmazlar. Bu davalar sonucunda verilen kararların sonradan gerçeğe aykırı ve yanlış olduğunun anlaşılması hâlinde her zaman için aksi iddia ve ispat edilebileceği gibi tespit hükmü niteliğindeki bu kararların sonradan açılacak başka davalarla da kesin hüküm oluşturmaları ve mahkemeleri bağlaması da düşünülemez. Bunun sonucu olarak ister başkaları tarafından isterse kendisi tarafından hasımsız olarak açılan dava sonucunda mirasçılık belgesi alınmış olsa dahi önceki mirasçılık belgesinde mirasçıların ve miras paylarının belirlenmesinde hata yapıldığını veya eski tarihli mirasçılık belgesinde ölümler nedeniyle paylarda değişiklik olduğunu, eski tarihli mirasçılık belgesinin ifasında hukuksal sorunlar olduğunu öne süren her mirasçının hasımsız olarak açacağı yeni bir davayla mirasçılık belgesini isteme veya mirasçılık belgesinde kendilerine pay verilen diğer

değerlendirilmesi çekişmesiz yargı faaliyeti kapsamında bir resmi belgeleme faaliyeti olduğu ileri sürülmüştür²⁵.

Mirasçılık belgesinde talepte bulunan kanuni mirasçı ve payı ile diğer kanuni mirasçı ve paylarının da yazılması gerekmektedir. Zira mirasçılık belgesi, kimlerin kanuni mirasçı olduğunu ispat edip, kanuni mirasçılar lehine karine oluşturan bir belgedir. Nitekim miras bırakan ile mirasçılar arasında kan bağı; ölüme bağlı tasarruf ile oluşan hukuki bağ; mirasçıların mirasın açıldığı tarihte sağ oldukları yahut ceninin varlığı ve mirasçıların miras ehliyetinin bulunduğu ile tereke payları mirasçılık belgesi marifetiyle tevsik olunur. Keza mirasçılık belgesinin bahsettiği zilyetlik²⁶ marifetiyle, kanuni mirasçılar, tereke alacaklarını talep ve tahsil ile terekeye ait sicile kayıtlı taşınır ve taşınmazların intikal ve açıklayıcı tescilini talep etmek hak ve yetkileri de bulunmaktadır²⁷. Tereke alacakları iştirak hâlinde mülkiyet hükümlerine tabi olup, mirasçılık belgesi doğrudan bu iştiraki çözecek nitelikte değildir²⁸. Bu sebeple terekeye ait bir mal, hak ya da alacağın temin ve tahsili noktasında tüm mirasçıların birlikte hareket etmesi gerekecektir. Bu bağlamda miras bırakana ait bankadaki paranın da mirasçılık belgesi marifetiyle tüm mirasçıların birlikte hareket etmesi gerektiği bir ya da birkaç mirasçının mirasçılık belgesine dayanarak banka hesabındaki parayı tahsil etmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur²⁹. Kanaatimizce banka hesabındaki para misli eşya niteliği sebebiyle mirasçılık belgesindeki pay oranında her bir mirasçıya ayrı ayrı ödenmesine

mirasçıları hasım göstererek bu mirasçılık belgesinin iptali ile gerçeğe uygun yenisinin verilmesi istemiyle dava açma hakkı vardır.” (14. HD 15.10.2015, 2408/9096).

25 ERİŞGİN Nuri, **Mirasçılık Belgesi**, Ankara 2013, s. 142; KURŞAT, *Tereke*, s. 276.

26 KURŞAT, *Tereke*, s. 253.

27 İMRE / ERMAN, s. 305.

28 “Dava, mirasçılık belgesinin iptali istemine ilişkindir. İptali istenen Beşiri Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/25 Esas, 2011/91 Karar sayılı mirasçılık belgesi, Batman ili, Merkez ilçesi, Demiryolu Köyü nüfusunda kayıtlı muris İbrahim isimli kişinin mirasçıları göstermesi talebiyle ve herhangi bir tapu kaydı ile bağlantı kurulmaksızın istenmiştir. Eldeki davada ise Binatlı köyü 396, 428, 461, 473, 968 ve 970 parsel sayılı taşınmazların intikaline esas teşkil etmesi nedeniyle anılan mirasçılık belgesinin iptali istenmiştir. Davacılar kendi murisleri İbrahim’e ait mirasçılık belgesini her zaman alabilecekleri gibi, kendi murisleri İbrahim’e ait mirasçılık belgesi ile İbrahim’e ait olduğunu iddia ettikleri taşınmazların, davacılar adına yolsuz tescil edildiği iddiasını açacakları davada ileri sürebileceklerinin anlaşılmasına göre tapu iptali ve tescil davası ile çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın mirasçılık belgesinin iptali davası ile çözümlenmesi mümkün değildir. Sonuç olarak davacıların murisi İbrahim’in mirasçılık belgesinin herhangi bir taşınmazla ilişkilendirilerek düzenlenmemesi nedeniyle mirasçılık belgesinin iptali isteminin reddi isabetlidir.” (14. HD 26.10.2015, 2460/9512).

29 ŞAHİNİZ C. Salih, “Mirasçılık Belgesi”, **Kazancı Hakemli Hukuk Araştırma Dergisi**, 2007, S. 25–26, (s. 7–35), s. 19; KILIÇOĞLU Ahmet, **Miras Hukuku**, Ankara 2015, s. 270; KOCAAĞA, s. 98.

hukuki bir engel bulunmamaktadır³⁰. Nitekim para bölünebilen bir meta olduğundan ortaklığın giderilmesi davasına da konu olamayacaktır. Mirasçılık belgesi, maddi hukuk bağlamında miras hakkına kesin bir delil teşkil etmeyip, Türk Medeni Kanunu 7. maddesi anlamında miras hakkına karine oluşturduğundan, aksi ispatlanana kadar geçerli resmi bir belge niteliği olmasından naşi, yetkili kurum tarafından içeriği gereği muamele olunması asıldır. Ancak, mirasçılık ve paylar hakkında mutlak ve kesin olarak herkesi bağlayıcı bir mahkeme ilamı niteliği de yoktur³¹. Özellikle tapudaki taşınmazların intikal, devir ve tescil taleplerinde tapu memuru mirasçılık belgesinin içeriği gereği sadece şekli varlığına dikkat ve itibar etmesinin yeterli olduğu maddi varlığının doğruluğunu tetkik ve sorgulama yetkilerinin bulunmadığı savunulmuştur³². Nitekim mirasçılık belgesi, tapudaki mülkiyet ihtilafını çözümleyen bir dava olmadığı, kaldı ki mirasın, Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesinin 2. fıkrası gereği tescilsiz iktisap hâllerinden olup, taşınmaz mallar bakımından mirasın açıldığı tarih itibariyle ilgililerin mirasçı olduklarının ispatı yeterli olduğu dile getirilmiştir³³. Kanaatimizce bu görüşe doğrudan katılmak mümkün değildir. Zira doğru ve düzgün tapu sicilinin muhafazası kamu düzeninden olup, devletin bu noktadaki sorumluluğu da asli işlevinden olduğundan (TMK. m. 1007) tapu kayıtlarındaki malik ve irsi bağlantı ile örtüşmeyen ya da çelişen mirasçılık belgesine dayalı devir, intikal, terkin ve tescil taleplerinde tapu müdürlüğünün mirasçılık belgesinin maddi gerçeği tetkik ve inceleme yetkisinin bulunduğunu kabul etmek yerinde olacaktır.

II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Mirasçılık belgesi verilmesi talepleri, Türk Medeni Kanunu'nun 598/1 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382/2-c-6. fıkrası gereği sulh hukuk mahkemesinin görev alanındadır. Zira HMK 383. maddesine göre çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme

30 "Somut olayda; veraset ilamı gereğince, veraset ilamındaki payları oranında para çeken davalıların her birinin çektiği para belirlenebilir durumdayken, hükmedilen alacağın davalılardan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiştir. Mahkemece; davalıların iptal edilen veraset ilamı gereğince bankadan çektikleri paranın tek tek tespit edilip, her davalı için hükmedilmesi gereken alacak miktarının ayrı ayrı belirlenmesi gerekirken, her bir davalının diğer davalıların çektiği paradan da sorumlu tutulacak şekilde yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." (3. HD 02.12.2015, 12068/19523).

31 KURŞAT, *Tereke*, s. 256.

32 İMRE / ERMAN, s. 306; ANTALYA, *Miras Hukuku*, s. 368; ERİŞGİN, s. 220.

33 GENÇCAN, s. 849.



bulunmadığı müddetçe sulh hukuk mahkemesidir³⁴. Yetkili mahkeme ise murisin son mukim bulunduğu mahal mahkemesi (TMK. m. 589/1)³⁵ ya da Hukuk Muhakemeleri Kanunu 11/son fıkrası gereği mirasçılardan her birinin oturduğu mahal mahkemesidir³⁶. Kanaatimizce kanun koyucu yerleşim yeri kelimesini de tercih etmeyerek, mirasçılık belgesinin talep edilmesinde kesin yetki kuralı belirlemediği gibi³⁷, “oturduğu” kelimesini kullanarak Türkiye’nin herhangi bir sulh hukuk mahkemesinden de talep edilebilmesinin önünü açmıştır³⁸. Dolayısıyla mirasçılık belgesi

- 34 “Somut olayda, davacı, vasiyetnamede tek mirasçı olarak kendisinin bırakıldığını belirterek mirasçılık belgesi verilmesini talep etmiştir. İstanbul ilinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca Ahkâmı Şahsiye davalarına bakmak üzere ayrı sulh hukuk mahkemeleri kurulduğu anlaşılmaktadır. Aynı mahkemeler arasındaki ilişki, iş bölümü ilişkisi olup, dosya kapsamına göre süresinde iş bölümü itirazında bulunulmadığı anlaşıldığından davanın tevzen verilen ilk mahkeme olan İstanbul 9. Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” (20. HD 12.10.2015, 7500/8930).
- 35 KURŞAT, *Makale*, s. 584; KURŞAT, *Tereke*, s. 274.
- 36 “Mirasçılık istemi, 6100 sayılı HMK’nın geçici 3/2. maddesi ve HMK’nın 382. maddesinde çekişmesiz yargı işlerinden sayılmış 384. maddede ise Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu, HMK’nın 11/3. maddesinde ise, mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu hâle göre mirasçılık belgesinin verilmesi davalarda kesin yetki kuralı olmayıp tarafların yetki itirazı da olmadığına göre davanın açıldığı ilk mahkeme olan Çubuk Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” (20. HD 23.12.2015, 14776/13052).
- 37 “Mirasçılık istemi, 6100 sayılı HMK’nın geçici 3/2. maddesi ve HMK’nın 382. maddesinde çekişmesiz yargı işlerinden sayılmış 384. maddede ise Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkili olduğu, HMK’nın 11/3. maddesinde ise, mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu hâle göre mirasçılık belgesinin verilmesi davalarda kesin yetki kuralı olmayıp tarafların yetki itirazı da olmadığına göre davanın açıldığı ilk mahkeme olan Kazan Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” (20. HD 01.12.2015, 13413/12000).
- 38 “Bilindiği üzere ve kural olarak; mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin istem, 6100 sayılı HMK’nın 382. maddesinde göre çekişmesiz yargı işlerinden sayılmış, 11/3. maddesinde ise hangi davaların murisin son ikametgâhı mahkemesinde görüleceği açıklanmış, aynı maddenin son fıkrası hükmünde veraset ispatına, miras hisselerinin tayinine ilişkin davaların, mirasçıların her birinin bulunduğu yer mahkemesinde görülebileceği açıklanmıştır. Bu hukuksal olgunun sonucu olarak mirasçılık belgesinin verilmesi davalarda kesin yetki kuralı olmayıp; mirasçılık belgesi, murisin yerleşim yeri ya da nüfusa kayıtlı olduğu yer gözetilmeksizin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki Adli Yargı Teşkilatı bulunan tüm adliyelerden her zaman alınabilecek ve aksi her zaman ispat edilebilecek hasımsız belgelerdendir. Hâl böyle olunca, mirasçılık belgesinin verilmesi davalarda kesin yetki kuralı olmayıp herhangi bir yetki itirazı olmadığı da gözetilerek, mahkemece delillerin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek davanın esası yönünden bir hüküm vermek gerekirken, yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.” (14. HD 02.11.2015, 2731/9603); “5718 sayılı Yasa’nın 20. maddesinde mirasın ölenin milli hukukuna tabi olduğu düzenlenmiştir. Yabancı miras bırakan hakkında veraset belgesi verilebilmesi için davacının da yardımından yararlanılarak miras bırakanın milli hukuku tespit edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.4721 sayılı Türk



Türkiye'nin her yerinden alınabileceği için herhangi bir yetki kuralı olmadığı da savunulmuştur³⁹. Ancak böylesi geniş yetki yelpazesi, mirasçılık belgesinin fonksiyonu ve işlem güvenliği ile tutarlı olmadığı, hukuki istikrar ve işlem güvenliği ile kötü niyetli yaklaşımların önüne geçmek adına tek bir yetki kuralı benimsenmesinin daha doğru olacağı da savunulmuştur⁴⁰. Kadastro Kanunu 25/1. maddesine göre kadastro

Medeni Kanununun 598. maddesi hükmünde başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere Sulh Mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verileceği, mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklılar tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe, lehine tasarrufta bulunulan kimseye Sulh Mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verileceği açıklanmıştır. Dosya içerisinde toplanan delillerden miras bırakan Anne Kathlenn Bubb'un ölüm tarihinin 05.08.2014 olduğu, ölmeden önce 10.04.2014 tarihinde Fethiye 3. Noterliğinde düzenlendiği anlaşılan resmi vasiyetnamede "Ölümünden sonra erkek kardeşim 05.02.1952 doğumlu 14 Dickens Road Hillside, Rugby, Warwickshire, CV22 5RW İNGİLTERE adresinde mukim bulunan PAUL KENNETH JALLAND'ı mirasçım olarak tayin ediyorum. Şayet öldüğümde erkek kardeşim PAUL KENNETH JALLAND hayatta değilse çocuklarım 22.02.1978 doğumlu 10 Market Street , Suite 127, Camana Bay, Grand Cayman, Cayman Islands, British West Indies KY1-9006 adresinde mukim bulunan HAYLEY PATRICIA BUBB ve 04.10.1973 doğumlu 5 Salisbury Avenue, Styvechale, Covenry Midlands/İNGİLTERE adresinde mukim MICHELLE ANNE BOWSKULL'u eşit hisselerle mirasçım tayin ediyorum. Son arzu ve isteklerim bunlardan ibarettir. İşbu vasiyetname İngiltere'de veya herhangi bir ülkedeki makam veya tescil mercine gönderilmesini istemiyorum, bu hususta yapılması gerekli olan tüm işlemler tarafımdan yerine getirilecektir." şeklinde beyanda bulunduğu, ölümünden sonra Fethiye 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/481 Esas sayılı dosyasında vasiyetnamenin açılıp okunduğu, bunun üzerine davacı vekilinin miras bırakanın tek mirasçı olarak Paul Kenneth Jalland'ı atadığına ilişkin mirasçı belgesi verilmesini istediği anlaşılmaktadır. Miras bırakan vasiyetnamesinde herhangi bir maldan söz etmeksizin ölümünden sonra taşınır, taşınmaz, bütün hak ve alacaklarını içerecek şekilde malvarlığının kardeşine ait olduğunu açıkladığı gözetildiğinde bu beyanın yukarıda açıklanan mirasçı atama niteliğinde olduğu, davacının isteminin de atanmış mirasçı belgesi verilmesi istemine ilişkin bulunduğu kuşkusuzdur. Bunun yanında hangi istemlerin duruşma yapılmaksızın dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda karara bağlanacağı kanunlarımızda özel olarak düzenlenmiş, kural olarak mahkemelerce açılan davaların duruşma yapılarak sonuca bağlanması usulü benimsenmiştir. Mirasçılık belgesi, atanmış mirasçı belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi verilmesine ilişkin istemlerin duruşma yapılmaksızın karara bağlanacağına ilişkin kanunlarımızda bir hüküm bulunmadığından bu tür istemler üzerine mahkemelerce duruşma açılması ve yapılacak yargılama sonucunda karar verilmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemece bu olgular göz ardı edilmiş, vasiyetnamenin içeriğinin değerlendirilmesinde de yanlıya düşülerek davacı tarafın dilekçesi üzerine duruşma yapılmaksızın davanın reddine karar verilmiştir. O hâlde mahkemece davacı tarafın dilekçesi üzerine duruşma açılmalı, davacının diyecekleri sorulup saptanmalı, daha sonra talebin mirasçı atamaya ilişkin olduğu kabul edilerek, öncelikle yabancı miras bırakanın milli hukuku tespit edilmeli aksi takdirde vasiyetnameye TMK 598. maddesi gereği itiraz bulunup bulunmadığı araştırılarak, buna göre davacının istemi konusunda yukarıda açıklanan hususlar da gözetilerek olumlu veya olumsuz bir karar verilmelidir. Mahkemece davacının istemi üzerine duruşma açılmadan, davanın nitelendirilmesinde de yanlıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 05.10.2015, 2524/8478).

39 KILIÇOĞLU, s. 269.

40 KURŞAT, *Tereke*, s. 275.

mahkemeleri de mirasçılık belgesi vermeye görevlidir. Kadastro mahkemesinin mirasçılık belgesi vermesi için eldeki uyuşmazlığın hâlli için mirasçılık belgesine ihtiyaç duyulmalıdır. Bu hüküm gereğince Kadastro Kanunu gereği kadastro mahkemelerine mirasçılık belgesi verme görev ve yetkisi tanınması, taşınmazların geometrik ve hukuki durumunu kesin bir şekilde nihayete erdirmek için tasfiye mahkemesi niteliği sebebiyle kolaylık sağlanmak yani usul ekonomisi mülhazasıyla ihdas edilmiştir. Dolayısıyla kadastro mahkemeleri önüne gelen ihtilaflarda, davanın seri bir şekilde mesafe alması, hukuki durumun neticelenmesi için başka bir mahkemeye gerek kalmaksızın istek üzerine mirasçılık belgesi verecektir. Bu yetki sulh hukuk mahkemelerinin yetkisini kaldırmayıp⁴¹, istisnai olarak kadastro davalarına özgü alternatif bir imkândır. Dolayısıyla kadastro mahkemesinde derdest herhangi bir dava olmaksızın taraflar doğrudan mirasçılık belgesi için kadastro mahkemesine başvuramayacaktır. Böylesi bir ihtimalde mahkemenin vereceği karar hukuki menfaate matuf görevsizlik kararı olacaktır. Kadastro davalarında taraflara ulaşmanın zor ve imkânsız olduğu hâllerde, kamu düzeninden sayılan bu davalarda, tarafların davayı takip mecburiyeti de bulunmadığından, tasfiye fonksiyonu da göz önüne alınarak davanın seri şekilde yürütülerek sonuca gidilmesi noktasında mahkemenin resen mirasçılık belgesi verme yetkisinin de bulunması gerekir. Nitekim 6302 sayılı Kanun ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'na eklenen ek 1. madde gereğince ölüm tarihinden itibaren iki yıl içinde tapu sicilinde miras intikalinin gerçekleşmemesi hâlinde tapu sicil müdürlüğü, mahkemeden mirasçılık belgesi düzenlenmesini talep edebilecektir.

III. MİRASÇILIK BELGESİNİ TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER

1. Genel Olarak

Mirasçılık sıfatı ya kanundan ya da miras bırakanın iradesinden doğar. Mirasçılık belgesinin yasal ve atanmış mirasçılar ile vasiyet alacaklıları tarafından talep edilebileceği Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Yasal mirasçılar Türk Medeni Kanun'un 495. maddesi ile 501. maddesi arasında tek tek sayılmıştır⁴². Vasiyet alacaklısı, atanmış mirasçı olmayıp, murisin terekesinden bir alacak hakkını haiz olduğundan mahkemece verilecek belgenin mirasçılık belgesinden ziyade vasiyet

41 KURŞAT, *Tereke*, s. 274.

42 Yasal mirasçılar, zümre sistemine göre murisin alt soyu, anne ve babası ile büyük anne ve büyük baba ve sağ kalan eştir. Muristen önce ölmüş zümre başları her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoylarına geçer. Bunlardan başka evlilik dışında doğan kişiler tanıma veya mahkeme hükmüyle soy bağı kurulanlar evlatlıklar ve son aşamada ise Devlettir.

alacaklısı olduğunu kararda gösteren bir belge vasfı bulunacaktır⁴³. Kaldı ki, Türk Medeni Kanunu'nun 598/2. fıkrasında da açıkça sulh mahkemesince vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilmesinden bahsetmiştir. Dolayısıyla mirasçılık belgesinde vasiyet alacaklısı bakımından mirasçılık ve pay ihdası söz konusu olmayacaktır. Atanmış mirasçı ise yasal mirasçı sıfatı bulunduğundan mirasçılık sıfatı ve pay verilmesi söz konusu olduğundan onun bakımından yasal mirasçılarda olduğu gibi talep hâlinde tesis edilecek karar mirasçılık belgesi niteliğinde olacaktır. Atanmış mirasçılar tarafından mirasçılık belgesinin talep edilebilmesi için diğer yasal mirasçılar ile vasiyet alacaklısının söz konusu hukuki işleme muttali olmalarından itibaren bir ay içinde itiraz etmemiş olmaları gerekecektir (TMK m. 598/2). Mirasçı atanmaya ilişkin tasarruf vasiyetname ya da miras sözleşmesi ile yapılabileceği gibi ölünceye kadar bakma akdi ile de yapılması mümkündür. Zira ölünceye kadar bakma akdi hakkında miras sözleşmeleri hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla ölünceye kadar bakma akdi ile atanmış mirasçı da kanuni süreler tükendikten sonra mirasçılık belgesi talep edebilecektir⁴⁴. Bunlardan başka murisin alacaklıları da icra müdürlüğü ya da mahkemeden alacakları yetki ile mirasçılık belgesi talep edebilecektir.

2. Yasal Mirasçılar

Yasal mirasçıların mirasçılık belgesini talep edebilecekleri Türk Medeni Kanun'un 598. maddesinin ilk fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre; talep hâlinde yasal mirasçı oldukları belirlenenlere sulh hukuk mahkemesi ya da noterlikçe mirasçılık sıfatını gösteren bir belge verilecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 495. maddesi ile 501. maddelerinde kanun koyucu tarafından kimlerin yasal mirasçı olduğu belirtilmiştir. Yasal mirasçılar, son kertede hiçbir mirasçı bırakmadan vefat eden kişinin mirasının Devlete kalacağını

43 ŞAHİNİZ, s. 9.

44 "Resmi memur (noter) tarafından düzenlenen bakım alacaklısı tarafından bakım borçlusunun mirasçı nasp edildiği ölünceye kadar bakma sözleşmesini Türk Medeni Kanununun miras mukavelesine ilişkin 545. maddesi gereğince resmi vasiyet şeklinde (TMK. md. 532) düzenlenmiş olup geçerlidir. Böyle bir sözleşme ile bakım alacaklısı olan miras bırakan sağlığında ifası gereken bir taahhüt altına girmemiş, bakım borçlusu ölünceye kadar diğer tarafı bakıp beslemek, görüp gözetmek borcu altına girmiştir. Buna karşılık mirasçı atanmıştır. Atanmış mirasçılar da, yasal mirasçılar gibi mirası, miras bırakanın ölümü ile kazanırlar. (TMK. md. 599/son) Mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe lehine tasarrufta bulunulan kimseye Sulh Mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilir. (TMK. md. 598/2) Davacı, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile miras bırakan tarafından sağlığında mirasının tamamı için mirasçı atandığına göre atanmış mirasçı olduğuna ilişkin belge verilmesi gerekirken, sözleşmenin miras bırakana sağlığında ifası gereken bir yükümlülük yüklediği gözetilmeden yazılı şekilde red kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (2 HD 08.03.2005, 2004/17026, 2005/3505).

belirten MK m. 501 hükmü dışında, gerçek kişilerden oluşmaktadır. Yani tüzel kişiler yasal mirasçı olamayıp, ancak iradi mirasçı olacaklardır. Dolayısıyla tüzel kişiler, miras bırakan değil, ancak iradi olarak mirasçı olabileceklerdir⁴⁵. Yasal mirasçılar zümre sistemine göre belirlendiği için mirasçıların kim olduğu isim olarak değil, zümreye dahil olup olmamasına göre belirlenecektir⁴⁶. En yakın zümrede mirasçı bulunması ihtimalinde bir sonraki zümredeki kişiler mirasçı olamayacaktır⁴⁷. Yasal mirasçılık üçüncü zümreye yani büyük anne ve büyük babanın ve onların

45 KILIÇOĞLU, s. 24.

46 “Muris Mehmet Dağlı'nın 11.12.1994 tarihinde vefat ettiği, geriye mirasçı olarak çocukları Hatice, Aysen ve Sakine'nin kaldıkları, Sakine'nin 26.09.2000 tarihinde vefatıyla eşi Sabri ve çocukları Meryem, Nuran, Fatma, Sabri, Mehmet ve Mevlüde'nin kaldığı; eşi Döndü Dağlı'nın ise 31.10.2000 tarihinde vefat ettiği, geriye çocukları davacı Emine Palaz, Hikmet Berber ve Mehmet Yurdakul'un kaldıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı Emine ve kardeşlerinin mirasçı olmalarına rağmen kendilerine pay verilmemesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (14. HD 26.11.2015, 7584/10872).

47 “Gerek yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ve gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 6 ve 7. maddeleri hükümlerinde kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her birinin iddiasını, bir başka deyişle hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu, resmi sicil ve senetlerin belgedikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturacağı, bunların içeriğinin doğru olmadığını ispatının kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça her hangi bir şekle bağlı olmadığı açıklanmış, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 29, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 30. maddelerinde ise doğum ve ölümün, öncelikle nüfus sicilindeki kayıtlarla, nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa, her türlü delille kanıtlanabileceği belirtilmiştir. Bu hükümler dikkate alındığında mirasçılık belgesi vermekle yükümlü sulh hukuk mahkemelerinin murisin ölüm tarihini, ölüm tarihi itibarıyla kimi veya kimleri mirasçı bıraktığını, bunlara mirastan ne oranda pay verileceğini öncelikle nüfus sicilindeki kayıtlara göre belirlemesi gerekir. Somut olaya gelince; Muris Zülüf Özdemir'in dosya kapsamındaki nüfus kayıtlarına göre mirasçıları ve miras payları belirlenerek murise ait mirasçılık belgesi verilmiş ise de mahkemece murisin mirasçıların belirlenmesinde hata yapıldığı anlaşılmaktadır. Kararın gerekçesinde muris Zülüf Özdemir'in 23.04.1959 yılında vefat etmesi ile mirasçı olarak bıraktığı kızı Mecbure Özdemir'in (Akalin) 24.09.2005 tarihinde dul ve çocuksuz olarak vefat ettiği belirtilmiştir. Oysa ki dosya kapsamında bulunan ve temyiz isteminde bulunan İsmail Altın'ın dosya ibraz ettiği Bala Nüfus Müdürlüğünün 12.08.2014 tarihli nüfus kaydının düşünceler hanesinde “Mecbure Özdemir'in aynı mahalle Hane: 109 BSN: 7'de kayıtlı İsmail ve BSN 8'de kayıtlı Cemile isimli çocukları kayıtlıdır.” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeye göre murisin kızı Mecbure Özdemir'in çocuksuz vefat etmediği anlaşılmasına rağmen, Mecbure Özdemir'in çocukları İsmail ve Cemile'nin verilen mirasçılık belgesinde mirasçı olarak gösterilmemesi ve miras payı verilmemesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.” (14. HD 09.11.2015, 2809/10021); “Türk Medeni Kanununun 496. maddesi gereğince altsoyu bulunmayan miras bırakanın mirasçıları, ana ve babasıdır. Bunlar eşit olarak mirasçılardır. Miras bırakanın önce ölmüş olan ana ve babanın yerlerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır. Muris Ali Şahin'in bekâr ve çocuksuz olarak ölümüyle mirasının ana babasına intikal ettiği, ana babanın ölümüyle de mirasının altsoyu olan davacı ve diğer mirasçılarına intikal edeceğine göre davacının bu davayı açmakta hukuki yararı vardır. Halefiyet esasına göre davacının murisin babasının Hore'den olma çocuğu olduğu, buna göre payların hesaplanması, mirasçı olduğu anlaşılması hâlinde mirasçılık belgesi verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 23.10.2015, 2759/9473).

altsoyunun oluşturduğu zümredir. Ancak üçüncü zümre ile birlikte eşin de mirasçı olması ihtimalinde, halefiyete bir sınırlama getirilmiş olup, böyle bir durumda bir kişinin amca, dayı, hala ve teyzesi yasal mirasçı olabilmesine karşın, bunların alt soyu artık halefiyet yolu ile yasal mirasçı olamaz. Zümre sistemi burada kesilecektir (MK m. 497/ f. 5 ve 499/ b. 3). Biz burada yasal mirasçıların kimler olduğunu sayma yoluyla belirtmeyip, bu konu maddi hukukun konusu olduğundan, maddi hukukun ilgili maddelerine yaptığımız atıfla yetineceğiz. Yasal mirasçılardan herhangi biri tarafından mirasçılık belgesi alınmış olması diğer mirasçıların yeniden mirasçılık belgesi almasına engel değil iken, aynı mirasçı dahi yeniden mirasçılık belgesi talep edebilecektir. Yasal mirasçı olduğunu belirterek mirasçılık belgesi talep edenler, miras bırakanın vefat ettiğini ve vefat tarihi itibarıyla sağ ve ehil olduklarını⁴⁸ ispat etmelidir⁴⁹. Sulh hukuk mahkemesi ya da noterlikçe aile nüfus kayıtları celbedilerek yapılacak inceleme sonucunda nüfus kayıtlarının eksiksiz ve sıhhatli olması hâlinde mirasçılık belgesi verilecektir. Gerek mahkemelerin uyaş kaydı gerekse noterlerin işlem portalı nüfus kayıtlarına ulaşmaya elverişli olduğundan, ancak kapalı kayıtlar ile ulaşamayan nüfus belgeleri için nüfus müdürlüğünden celbedilecektir. Kayıtların eksik olması hâlinde noterlerin mirasçılık belgesi verme yetkisi yoktur. Eksik kayıtlara rağmen noterlik tarafından mirasçılık belgesi verilmesi kanaatimizce sulh hukuk mahkemesine itiraza konu olacaktır. Nüfus kayıtlarının eksik ya da yetersiz olması ihtimalinde sulh hukuk mahkemesi yan delillerle yani tapu kayıtları, iskan belgesi, emlak beyannamesi ve gerektiğinde tanık deliline başvurarak mirasçılık belgesi talebini çözüme kavuşturacaktır⁵⁰.

48 “Dava, hasımsız olarak açılan mirasçılık belgesi verilmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de dosya içerisindeki nüfus kayıtlarından murisin 1953 yılında evli ve çocuklu olarak öldüğü anlaşılmıştır. Murisin ikinci eşi Fatma Suphiye’nin muristen sonra 1990 yılında öldüğü anlaşılmakla murisin mirasından pay almaya hak kazanmıştır. Ancak dava tarihinde Fatma Suphiye çocuksuz olarak ölmüş olmakla bu mirasçıya isabet eden payın kardeşleri ve onların alt soylarına dağıtılmak suretiyle muris Mahmut Cevat Gediz’in mirasçılarının miras paylarının belirlenmesi gerekirken murisin öldüğü tarihte eşinin sağ olduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 15.10.2015, 2399/9041).

49 “Muris Hüsne’nin 08.12.1988 tarihinde vefat ettiği, geriye kocası Ali Yakışır ile çocukları Halil Yakışır, Ayşe Döş ve kendisinden önce 17.10.1978 tarihinde vefat eden Meryem Yakışır’ın çocukları Gülhanım Sel, Ertuğ Yıldırım, Ersoy Yıldırım, Ahmet Yıldırım, Mustafa Yıldırım, Ali Yıldırım, Züleyha Yıldırım ve İsa Yıldırım’ın kaldıkları dosya içerisindeki nüfus kayıtlarından anlaşılmaktadır. Meryem Yakışır’ın vefatından sonra kocası Kadir Yıldırım’ın 12.12.1997 tarihinde vefat ettiği anlaşıldığından Kadir Yıldırım’ın mirasçı olamaması nedeniyle yanlıya düşülerek eşi Döndü ve çocuklarına pay verilmesi doğru değildir. Hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (14. HD 26.11.2015, 7569/10870)

50 “Mahkemece, kapalı kaydın tedavüllerine ulaşamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de yapılan araştırmalar hüküm kurmaya yeterli değildir. Nüfus kayıtlarına ulaşamaması hâlinde; mahkemece, tarafların göstereceği tüm deliller toplanarak, deliller



süre olmadığından, durması yahut kesintiye uğraması söz konusu olmayacaktır⁵⁴. Kanun her ne kadar itiraz hak sahipleri için mirasçılar ve başka vasiyet alacaklısı ifadesini kullanmış ise mirasçılardan kasıt hem kanuni hem de başka atanmış mirasçıları da kapsadığından şüphe duyulmamalıdır. Nitekim mirasçılar ibaresi genel bir kavram olup, hem kanuni hem de atanmış mirasçıyı içerdiği gibi⁵⁵ hemen akabinde başka vasiyet alacaklısı ibaresini kullanarak mirasçılar kavramı içine başka ölüme bağlı tasarrufla atanmış mirasçıların da dâhil olduğuna kapı aralamıştır. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nun 598/2. fıkrası gereği atanmış ya da vasiyet alacaklısı olduğunu ileri sürerek mirasçılık belgesi talep eden kişilere, kendilerine tebliğ edilmek kaydıyla bir ay içinde kanuni ve başka bir ölüme bağlı tasarruf ile atanmış yahut vasiyet alacaklısı tayin edilmiş kişilerin itirazı olmaması gerekecektir. Her bir itiraz sahibi bağımsız olduğundan, itiraz için birlikte hareket etmeyi gerektiren kanuni bir zorunluluk bulunmamaktadır⁵⁶. Kanun'un açık ifadesinden anlaşılacağı üzere, atanmış ya da vasiyet alacaklısı tarafından talep edilecek mirasçılık belgesinde sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Türk Medeni Kanunu'nun 598/2. fıkrasındaki ihtimalde noterlerin mirasçılık belgesi verme yetkisi yoktur. Nitekim bu bir yargılama faaliyeti olduğundan noterler bu yetkiden varestedir. Kanunda geçen bir aylık süre hak düşürücü değil, mirasçılık belgesi talep edilebilmesi için beklenmesi gerekli süredir. İtirazın niteliği ve içeriği miras hukukuna ilişkin olacaktır. İtirazın ölçütü tarih itibarıyla tasarrufun önceliği sonralığı değil, hak sahibi olan itiraz edenin, diğerinin hakkından etkilenmesidir⁵⁷. Dolayısıyla itiraz mirasçılığa ve bir diğer miras hakkına matuf tereke mallarının zilyetliğinin mirasçılık belgesi talep eden kişiye verilmesine engel olmak iradesidir⁵⁸. Bu bağlamda miras bırakanın işlem ehliyetinin olmadığı, vasiyetname ya da miras sözleşmesinin kanunun ön gördüğü ehliyet ve şekle uygun yapılmadığı yahut tasarrufun saklı payları ihlal ettiği ya da mirasçılıktan mahrumiyeti gerektiren bir durumun olduğu itiraz olarak ileri sürülebilecektir. Şayet bir aylık

verilmiş ise de, tüm mirasçılara TMK 595,596 ve 597. madde hükümleri gereğince vasiyetnamenin açılması sırasında diledikleri takdirde hazır bulunmak üzere tebligat yapılmadığı gibi, yine yukarıda açıklandığı şekilde duruşmada yapılması gerekli diğer usuli işlemlerin de yapılmadığı anlaşılmış olup, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş ve bu husus bozmayı gerektirmiştir." (3. HD 08.12.2015, 752/19813).

54 KURŞAT, *Tereke*, s. 287.

55 KURŞAT, *Tereke*, s. 285.

56 KURŞAT, *Tereke*, s. 287.

57 KURŞAT, *Tereke*, s. 286.

58 KURŞAT, *Tereke*, s. 291.



süre içinde atanmış mirasçılarının hakları kabul edilip tanınmış ise, yasal mirasçılar bu beyanları ile bağlı olduğundan ancak bu beyanlarının irade sakatlığı sebeplerine binaen iptal ettirmedikçe mirasa dayalı iptal, tenkis ve istihkak davaları mesmu olmayacaktır⁵⁹. Buna karşılık, hak sahipleri tarafından murisin ölüme bağlı tasarrufuna bir ay içinde itiraz edilmese dahi ölüme bağlı tasarrufun iptaline matuf iptal, tenkis ya da miras sebebiyle iptal dava açma hakları saklıdır⁶⁰. Dolayısıyla kanunun ifadesiyle bir ay içinde hak sahipleri tarafından itiraz edilmemesi hâlinde atanmış ya da vasiyet alacaklısı mirasçı belgesi talep edebilecektir⁶¹. Bu sebeple, mahkeme ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin davanın varlığı sebebiyle mirasçılık belgesi vermektan içtinap edemeyecektir. Kaldı ki itiraz süresi hitama erip, mirasçılık belgesi verildikten sonra dahi söz konusu mirasçılık belgesinin geçersizliği her zaman ileri sürülebilir. Zira mirasçılık belgesi maddi manada kesin hüküm oluşturmayacağından⁶², konusunu oluşturan hadiseyi kesin ve ilânihaye olarak çözmeyecektir. Buna karşılık, bir ay sürede iptal ve tenkis davası ikamesinin de itiraz mahiyetinde olduğu ileri sürülmüştür⁶³. Şayet hak sahipleri ölüme bağlı tasarrufa muttali olmalarından başlayarak bir ay içinde itiraz ederlerse atanmış ya da vasiyet alacaklısına mirasçılık belgesi verilmez. Bu noktada itirazın dava yoluyla kesin surette çözümüne kadar mirasçı belgesi talebi bekletilecektir. İtiraza rağmen atanmış mirasçı, itiraz eden kişinin dava ikamesini beklemeden genel usullere göre hak sahibi olduğunu ve tereke üzerinde zilyetliğini tesis etmeye matuf miras hakkına dayalı istihkak davası da açabilecektir⁶⁴. İtiraza rağmen süresinde yani ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin davanın niteliğine ilişkin süre içerisinde dava açılmaması hâlinde de itiraz prosedürü çözüme kavuşup, itiraz sonuçsuz kalacağından

59 KOCAAĞA, s. 90; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 584; KURŞAT, *Tereke*, s. 297.

60 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 584.

61 “Somut olayda, davacının dayandığı vasiyetnamenin açılması işlemi tamamlanmış olup, davalılarca vasiyetname hakkında iptal davası açılmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla mirasçı naspedilen davacı, Sulh Hukuk Mahkemesinden alacağı “mirasçılık belgesi” ile vasiyetname konusu taşınmaz (muhtesat) ve hakların adına tescilini talep edebilecektir. O hâlde mahkemece, yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler nedeniyle davacının tescil davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile kendisine belirli bir mal vasiyet edilen kimseler hakkında uygulanması gereken Medeni Kanun madde 600 gereği değerlendirme yapılarak hatalı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.” (3. HD 10.11.2015, 15060/17552).

62 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, Ankara 2016, s. 54.

63 DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, *Türk Özel Hukuku, C IV, Miras Hukuku*, İstanbul 2003, s. 388.

64 KURŞAT, *Tereke*, s. 294.

mirasçılık belgesi talep edilebilecektir⁶⁵. Zira itirazın kesin olarak sonuç doğurabilmesi, ölüme bağlı tasarrufun iptali yani maddi hukuk gücünü haiz bir mahkeme ilamının varlığına muhtaçtır⁶⁶. Mirasçılık belgesi üzerine atanmış terekenin tamamı ya da bir kısmı yani kesirli bir bölümü üzerinde murisin iradesine bağlı olarak mirasçı sıfatını haiz olacaktır⁶⁷. Miras bırakan terekesi üzerinde hak sahibi olmak üzere bir ya da daha fazla kişiyi atayabilir. Atanmış mirasçı yasal mirasçı gibi murisin külli halefidir ve murisin vefatıyla kendiliğinden tereke üzerinde hak sahibi olur. Dolayısıyla mirasçılık belgesi marifetiyle atanmış mirasçı, aynı hakları tapudan tescilini⁶⁸; terekeye ait menkullerin ise zilyetliğinin kendisine teslim ve devrini sağlayabilecektir. Şayet tereke mirasçılık belgesi temin edilinceye kadar resmi olarak idare edilmiş ise sulh hukuk mahkemesine başvurarak zilyetliğin devrini talep edebilecektir. Miras bırakanın külli halefleri, onun kanuni ya da atanmış mirasçıları olduğundan⁶⁹, atanmış mirasçılar da tıpkı yasal mirasçılar gibi mirası murisin vefatıyla doğrudan kazanacağından dolayı yasal mirasçılar atanmış mirasçılara terettüp eden mirası zilyetlik hükümlerine göre teslim etmekle yükümlüdür (TMK m. 599/3). Tereke yasal mirasçıların elinde bulunuyor ve terekenin zilyetliğinin teslim edilmesinden imtina edilmesi hâlinde atanmış mirasçı terekenin zilyetliğinin geçirilmesi için miras sebebiyle istihkak davası ikame edebilecektir⁷⁰.

4. Lehine Mal Vasiyet Edilen Kişinin Mirasçılık Belgesi Talep Etmesi

Lehine mal vasiyet edilen kişi de yasal mirasçı olmadığı gibi atanmış mirasçı gibi terekenin tamamı ya da belirli bir kısmı üzerinde mirasçı hak ve

65 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 586.

66 KURŞAT, *Tereke*, s. 295.

67 DURAL / ÖZ, s. 137.

68 “Vasiyetname, muayyen mal vasiyeti niteliğinde olmayıp, mirasçı atamaya ilişkindir.(TKM. md.463) Atanmış mirasçıların iktisabı, kendilerini naspeden müteveffanın vefatında başlar. (TKM. md.539/2) Bu durumda, miras bırakandan intikal eden aynı hakların, atanmış mirasçı adına tescili için vasiyetnamenin tenfizi kararına ihtiyaç yoktur. Atanmış mirasçıya, buna ilişkin mirasçılık belgesi verilmesi (TMK.md.598/2) yeterli olup, bu nitelikteki belge ile aynı hakların bu kişi adına tapuda intikalen tescili mümkündür. (Tapu Sicil Tüzüğü md.21/a) Davacının talebi, atanmış mirasçı olduğuna ilişkin belge verilmesini de içermektedir. (TKM. md.538) O hâlde, görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesidir. Bu husus gözetilmeden yazılı şekilde “vasiyetnamenin tenfizine “biçiminde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (2. HD 14.04.2008, 4843/5250).

69 ULUSU KARATAŞ Elif, “Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları”, *İÜFM*, C. LXXIV 2015, S. 2 (s. 357–388) s. 360.

70 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987, s. 585; AKBIYIK Cem, *Miras Sebebiyle İstihkak Davası*, İstanbul 2003, s. 176; ÖZÜĞÜR Ali İhsan, *Türk Miras Hukuku*, Ankara 2001, s. 510.



yetkisinden mahrumdur. O yasal ya da atanmış mirasçılardan terekedeki belirli bir mal üzerinde sadece alacak hakkını haizdir⁷¹. Dolayısıyla burada mirasçı nasbını gerektirmeyen mirasçılara karşı nisbi hak doğuran bir ölüme bağlı tasarruf söz konusudur⁷². Türk Medeni Kanunu'nun 517. maddesinde açıkça miras bırakan bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabileceği kaleme alınmıştır. Dolayısıyla vasiyet alacaklısı miras bırakanın külli halefi olmayıp, cüzi halef konumunda olduğundan vasiyete konu mal, hak ya da alacak üzerinde doğrudan bir aynı hak iktisap edemeyip⁷³, sadece mirasçılara karşı vasiyet konusu borcun ifasına ilişkin bir alacak hakkı elde eder⁷⁴. Vasiyet alacaklısı, cüzi halef olmasından dolayı külli haleflerden ayrık olarak miras bırakanın borçlarından da sorumlu tutulmayacaklardır⁷⁵. Belirli bir mal bırakma, ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinde bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de olabilecektir (TMK m. 517). Türk Medeni Kanun'un 598/2. maddesinde vasiyet alacaklısının da bu durumunu gösterir bir belge verileceği kaleme alınmıştır. İşte Türk Medeni Kanunu 598/2. fıkrasındaki şartların tahakkuku, yani mal vasiyeti

71 OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2015, s. 404; KOCAAĞA, s. 92; ULUSU KARATAŞ, s. 373.

72 DURAL / ÖZ, s. 139.

73 "Medeni Kanununun 599.maddesi uyarınca, mirasın açılmasıyla terekeye sahip olma hakkı, sadece yasal mirasçılara tanınmıştır. Vasiyetname ile mirasçı seçilenlerin, (Mirasçı nasb edilenler) hakları, yasal mirasçılar veya öncelikle tasarruf ile yararlarına bağışlama yapılmış olanlar tarafından açıkça itiraza uğramamış ise, bu hususun tebliğinden itibaren bir ay geçtikten sonra bunlar mirasçılık sıfatları hakkında belge verilmesini, Sulh Hâkiminden isteyebilirler (Bununla beraber her nevi istihkak ve iptal davası hakkı saklı olmak üzere) (MK.m.598). Vasiyetname ile verilen hakkın geçirilmesini sağlayacak husus sulh hakiminin vereceği mirasçılık belgesidir. Kendisine belirli bir mal vasiyet edilen kimsenin, durumu ise daha farklıdır. Medeni Kanun madde 600 gereği kendisine belirli bir mal vasiyet edilen kimse, bu vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan varsa ona, yoksa yasal ve seçilmiş mirasçılara karşı açacağı istihkak davası ile malın kendisine teslimini isteyebilir. Görüldüğü gibi, vasiyetnamenin açılmış olması, terekenin seçilmiş (ve külli mirasçı durumundaki) kişi ile kendisine belirli bir mal vasiyet edilene (cüz'i mirasçıya) geçmesini sağlamaya yeterli olmamaktadır. Somut olayda davacı, vasiyetnamenin öncelikle infazını istemektedir. Bu itibarla da kendisine muayyen mal vasiyet edilen kişi durumunda bulunduğundan izleyeceği yol Medeni Kanununun 600.maddesi uyarınca bu malın teslimini yasal veya seçilmiş mirasçılardan veya tenfiz memuru varsa ondan istemek, bunların tesliminden kaçınmaları ve üstün bir hak iddia etmeleri hâlinde onlara karşı istihkak davası açmaktan ibarettir." (HGK, 17.01. 2007, 20017/2- 2/10).

74 ULUSU KARATAŞ, s. 373.

75 ULUSU KARATAŞ, s. 374.

tasarrufu itiraza maruz kalmaması hâlinde vasiyet alacaklısı mirasçılık belgesine istinatla tereke üzerindeki bir malın kendisine teslimini talep edebilecektir. Bu teslimden imtina edilecek olunursa ikame edilecek dava, terekedeki malın aynen mümkün olmadığı takdirde bedelinin tahsilini tazammun eden genel hükümlere dayalı⁷⁶ bir alacak davası olacaktır⁷⁷. Vasiyet tasarrufunda itirazın mahiyeti, mirasçı atamaya değil, vasiyeti etkileyen bir diğer vasiyet alacaklısının hakkına mahsus ve münhasır olmalıdır⁷⁸. Kanaatimizce vasiyet alacaklısına mirasçılık belgesinde mirasçılık sıfatı ve pay verilmeyeceğinden Türk Medeni Kanunu 598/2. fıkrasında geçen belgeden kasıt, mirasçılık belgesinden ziyade lehine kazandırma yapılan kişinin vasiyetname alacaklısı olduğunu tevsik edip, söz konusu malvarlığının tespit ve teslimi zımında ikame edilecek dava için yasal dayanak teşkil edecektir. Bir diğer ifade ile vasiyet alacaklısına Türk Medeni Kanunu 598. maddesine göre mirasçılık belgesi talep etmek hak ve yetkisinin tanınması; söz konusu belgeye göre mirasçıların belirlenerek vasiyete konu malın teslim ve teslimi noktasında kolaylık sağlamak⁷⁹ yahut alacağının ifa edilmemesi karşısında ifa davasında

76 “Asliye Hukuk Mahkemesince, davacının talebinin, muris tarafından kendisine vasiyet edilen tüm terekenin tapuda ve ilgili sicil ve kurumlarda tescilini sağlamaya yönelik olduğu belirtilerek görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından ise, davanın TMK’nın 598. maddesi uyarınca vasiyetname alacaklısı olduğu yönünde bir belge talebi olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Somut olayda davacı, miras bırakan tarafından, 18.02.2000 tarih 3847 yevmiye numaralı düzenleme şeklinde vasiyetnamenin tenfizine ve mirasçılık belgesinin verilmesine karar verilmesini istemiştir. Dava, vasiyetnamenin açılması (okunmasına) ilişkin olmayıp, vasiyetnamenin tenfizi yani yerine getirilmesine ilişkindir. Vasiyetnamenin tenfizine ilişkin davalar, yükümlülüğünü yerine getirmeyen vasiyet yükümlüsüne karşı açılması gereken davalar olup, çekişmesiz yargı işi değildir. 6100 sayılı HMK’nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra, 13.06.2014 tarihinde açılan bu davada, uyumsuzluğun asliye hukuk mahkemesince görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” (20.HD 20.11.2015, 13046/11561).

77 “Muris İstanbul ili hudutları dâhilinde bankalarda bulunan paralarını vasiyetname yoluyla talepte bulunana bırakmış yani muayyen mal vasiyetinde bulunmuştur. Talepte bulunanın burada izleyeceği yol, öncelikle murisin mirasçılarına bir uyarı göndererek vasiyetname yoluyla kendisine bırakılan paraları talep etmesidir. Bu talep yerine getirildiğinde zaten sorun kalmayacaktır. Aksi takdirde vasiyetname alacaklısı mirasçılar aleyhine usulüne uygun olarak vasiyetnamenin tenfizi talebinde bulunması gerekir.” (HGK, 14.07.2010, 7-335/388).

78 KURŞAT, *Tereke*, s. 286.

79 “Dava, MK.nun 596.maddesinde yer alan vasiyetnamenin açılması ve ilgililere okunması davasıdır. Maddede, vasiyetnamenin miras bırakanın yerleşim yeri Sulh Hakimi tarafından açılıp, ilgililere okunacağı, MK.nun 597.maddesinde de, mirasta hak sahibi olanların her birine gideri terekeye ait olmak üzere, vasiyetnamenin kendilerine ilişkin kısımlarının onaylı bir örneğinin tebliğ edileceği açıklanmıştır. Vasiyetnamenin açılıp okunduğunun tespit edilmesinin amacı, mirasçıları ve lehine kazandırma yapılan kişileri bilgilendirme ve yasal haklarını kullanmayı temine yönelik bir işlemdir. Bu nedenle, Sulh Hakiminin görevi, MK.nun 596 ve Tüzüğü’nün 36/2.maddesine uygun olarak vasiyetnameleri açarak lehine kazandırma yapılan kişi ile yasal mirasçılarına vasiyetnamenin onaylı bir örneğini tebliğ



husumet yönelteceği vasiyet borçlusu mirasçuları gösteren mirasçılık belgesinin temininde⁸⁰ menfaati olması hasebiyle kaleme alındığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla vasiyet alacaklısına verilecek belge, mirasçılık belgesi niteliği ve fonksiyonu taşımayacaktır⁸¹. Nitekim vasiyet alacağı mirasçılık belgesiyle doğan kurucu bir etkiyi haiz değildir⁸². Türk Medeni Kanunu 598/2. fıkrasının son cümlesi de açıkça vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge ibaresine mündemiçtir⁸³. Ne var ki her ne kadar mirasçılık belgesinde belirli bir malın miras bırakan tarafından vasiyet alacaklısına bırakıldığı da dercedilmesine karşın, bu belge doğrudan söz konusu malın intikalini sağlamayacaktır⁸⁴. Zira vasiyet alacaklısı, mirasçılara karşı nispi mahiyette bir alacak hakkını haiz olup, mirasçılar tarafından bu hak yerine getirilmemesi hâlinde onların uyarılması ve dava hakkını kullanılmasında somut bir belge temin edilmiş olacağından⁸⁵, mirasçılık belgesi bu aşamada vasiyet borcunun yerine getirmesi gereken kişiler noktasında ispat fonksiyonuna sahip olacaktır⁸⁶. Vasiyete konu malın taşınmaz olması hâlinde vasiyet alacaklısının Türk Medeni Kanunu 598/2. maddesi gereği mirasçılık belgesi verilmesi hakkının tanınması bu kişinin vasiyet alacaklısı ve vasiyete konu mal hakkında yapılacak hukuki işlemlerin kolaylaştırılmasına ilişkin bir düzenlemedir⁸⁷. Zira vasiyet

ederek, vasiyetnamenin açılması sırasında hazır bulunmak üzere çağrılmasını sağlamaktır.” (3. HD 14.05.2015, 2014/15776, 2015/8610).

80 ERIŞGİN, s. 65.

81 BAYGIN Cem, **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Ankara 2005, s. 211; KOCAĞA, s. 92; KURŞAT, *Tereke*, s. 328.

82 KURŞAT, *Tereke*, s. 329.

83 “Toplanan delillerden muris Mehmet Ergenç’in 16.05.2012 tarihinde Kocaeli 3. Noterliğinde düzenlenen düzenleme şeklinde vasiyetname ile davacıyı vasiyet alacaklısı olarak atadığı anlaşılmaktadır. Mirasçılık belgesi verilmesi isteminde bulunulabilmesi için davacı tarafın mutlaka murisle arasında irs ilişkisi bulunmasının gerekmediği, vasiyet alacaklılarının da vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilmesini isteyebileceği gözetildiğinde davacının istemi bu çerçevede değerlendirilmelidir. Hâl böyle olunca, mahkemece davacının mirasçılık belgesi verilmesi isteminde çoğun içinde azı da vardır ilkesi uyarınca davacının isteminin vasiyet alacaklısı belgesi verilmesi olarak nitelendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (14. HD 16.06.2015, 2117/6746).

84 ŞAHİNİZ, s. 18.

85 DURAL / ÖZ, s. 387.

86 KURŞAT, *Tereke*, s. 253.

87 “Somut olaya gelince; miras bırakan İsmail Aslı tarafından Antalya 1. Noterliğinin 16.06.2011 tarih ve 10184 yevmiye numaralı vasiyet ile Antalya İli, Muratpaşa İlçesi, Demircikara Mahallesi’nde kain tapunun 5575 ada 2 sayılı parselde kayıtlı 12/720 arsa paylı A blok 7. kat 20 no’lu mesken nitelikli taşınmaz yönünden davacı lehine vasiyette bulunulmuştur. HMK’nın 33. maddesi gereğince bir davada maddi olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hâkime ait bir görevdir. Davacı vekili, dava dilekçesinde vekil edeninin miras bırakan tarafından belirli bir mal varlığı için mirasçı atandığını öne sürüp atanmış mirasçılık belgesi verilmesini istemiş ise de davacının vasiyet sonrası kendisine kalan



alacaklısı külli halef olmayıp mirasçılara karşı nispi bir alacak hakkı sahibi olduğundan vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren mirasçılık belgesi ile lehine yapılan taşınmazın doğrudan kendine intikalinin sağlanamayacağı kanaatindeyiz. Vasiyet alacaklısı, vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona; yoksa yasal ya da atanmış mirasçılara karşı kişisel bir istem hakkına sahip olacağından (TMK. m. 600), vasiyet borçlusuna karşı vasiyet edilen malın teslimini veya hakkın devrini yahut vasiyet konusu bir davranış ise bunun yerine getirilmemesinden doğan zararın giderilmesini dava edebilecektir (TMK. m. 600). Vasiyete konu hak, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça vasiyet yükümlüsünün mirası kabul ya da mirası ret hakkının düşmesiyle muaccel olur.

Miras bırakan tarafından miras sözleşmesi ya da vasiyetname ile bırakılan mal terekede bulunmadığı takdirde ölüme bağlı tasarrufu ifa etmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulur (TMK m. 517/4). Şayet, muris tarafından vasiyetname ile bir malvarlığı üçüncü bir kişiye bırakılmasına rağmen söz konusu malvarlığı muvazaalı bir şekilde muris tarafından devredilmiş ise, vasiyet alacaklısı söz konusu malvarlığının devri için vasiyet borçlusunu dışında kendisine vasiyet edilen bu malvarlığının iadesi için üçüncü kişiye bir talep hakkına haiz olabilecek midir? Kanaatimizce devredilen malvarlığının taşınmaz olması ihtimalinde vasiyet alacaklısı kendisine vasiyet edilen taşınmazın tescil yapıldıktan sonra hak kazanacağından, doğrudan tapu iptal ve tescil davası ikame edemeyeceği ancak vasiyet borçlusundan, böylesi bir dava ikame etmesini talep edebileceği savunulmuştur⁸⁸. Bu görüş doğrultusunda vasiyet borçlusunun talebi yerine getirmemesi hâlinde haksız fiil hükümlerine göre tazminat sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce böyle bir davanın vasiyet borçlusundan açılması talep ve beklemek üçüncü bir kişinin keyfiyet ve iradesine tahakküm olmayı gerektirir ki, hiç kimse dava açmaya zorlanamayacağı ilkesine denk düşmeyecektir. Elbette, üçüncü bir kişiye karşı vasiyet alacaklısı gerek taşınmaz gerek taşınır yahut bir malvarlığının devrini talep edemeyecektir. Bu ihtimalde haksız zenginleşme hükümleri de uygulanamayacaktır. Zira haksız zenginleşen vasiyet borçlusudur. Kanaatimizce bu ihtimalde, vasiyet alacaklısı, mirasçılar söz konusu davayı ikame etmekte terahi gösterirler ise mahkemeden tapu iptal tescil davası açmak için yetki dahi

taşınmazın intikalini yaptırabilmek için vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir belge istediği kuşkusuzdur. Hâl böyle olunca, davacıya muayyen mal vasiyet alacaklısı olduğuna ilişkin belge verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir." (14. HD 07.05. 2015, 1934/5185).

88 ADAY Nejat, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul 1992, s. 69.

isteyebilmelidir. Şayet vasiyete konu mal ya da hak mirasçılar tarafından devredilmiş ise bu ihtimalde, vasiyet alacaklısı muvazaâ sebebiyle hakkına kavuşması engellendiği için taşınmaza ilişkin tapu iptal tescil davası açabilecektir. Buna karşın, vasiyete konu taşınmaz bir üçüncü kişiye daha devredilerek Türk Medeni Kanunu 1023. madde hükmü işlerlik kazanmış ise taşınmazın bedeli için mirasçılar aleyhine tazminat sorumluluğu doğacaktır. Atanmış mirasçılar ise tıpkı yasal mirasçılar gibi külli halef sıfatıyla mirasçı olduklarından terekeye ait malvarlığının hatalı mirasçılık belgesi ya da muvazaalı şekilde temlik hâlinde doğrudan bu malvarlığına vasiyet eden davaları ikame edebilecektir.

5. Muris Alacaklılarının Mirasçılık Belgesi Talep Etmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesinde mirasçılık belgesini talep edebilecekler arasında muris alacaklıları sayılmamıştır. Kanaatimize Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesi kanuni, atanmış ve vasiyet alacaklılarına bu hakkı tanımıştır. Nitekim muris alacaklılarının mirasçı sıfatı da yoktur. Ancak içtimai hayatta miras bırakanın alacaklılarının da mirasçılara karşı takip ve dava ikame etmek ya da miras bırakana ikame edilmiş takip ve davanın devamı için mirasçılık belgesine ihtiyaç duyulmaktadır. Hatta bu ihtiyaç dava ve takip hukukunun vazgeçilmez ve zorunlu bir unsuru hâline dönüşmektedir. Hiç kimse dava açmaya icbar edilemeyeceği gibi hak arama özgürlükleri başkalarının inisiyatif ve keyfine de tahakküm edilmemelidir. Türk Hukuk Mevzuatına göre vefat etmiş kişi aleyhine dava ve takip edilemeyeceği gibi; sonrasında vefat vakası üzerine dava ve takip mirasçılar leh ve aleyhine yürütülecektir. Bu sebeptir ki, miras bırakanın alacaklılarına icra müdürlüklerince ya da mahkemelerce borçlusu yahut davalısı miras bırakanın mirasçılarını belirleyip takip ve davanın yürütülüp amacının sağlanması için mirasçılık belgesi alabilmek için yetki verilmesi savunma ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak görülmektedir⁸⁹. Kaldı ki, çoğu ihtimalde bu yetkinin verilmesi hukuki menfaat ilkesine dayanacaktır⁹⁰. Takip hukuku

89 "Bir mahkemenin verdiği yetkiye dayanarak açılan davalarda mahkemece mirasçılık belgesi istenen kişinin hiç yaşamadığı belirlenmedikçe davanın reddine karar verilemeyeceği kuşkusuzdur. O hâlde davanın yetki belgesine dayanarak açıldığı gözetilerek yetki verilen asliye hukuk mahkemesi tapu kayıtları ve kadastro tutanakları getirilmeli, tanıklar dinlenmeli, bütün aramalara rağmen mirasçısı bulunamaz ise TMK'nın 501. maddesi gereğince son mirasçının Hazine olduğu düşünülmesi, varılacak sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır. Belirtilen şekilde bir araştırma yapılmaksızın yersiz gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olup hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (14. HD 23.10.2015, 2753/9472).

90 "Kural olarak mirasçılık belgesi verilmesi ve iptali istemine ilişkin davalar miras bırakanın mirasçıları veya mahkemelerce yetki belgesi verilen kişiler tarafından açılabilir. Davacı soy bağına dayanmamış, 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2013/214 Esas sayılı soy bağına

bağlamında bu yetkinin yasal dayanağı İcra ve İflas Kanunu 94. maddesi referansına mebni olacaktır. Bu referans bağlamında, İcra ve İflas Kanunu 94/2. fıkrasındaki hükmün alacaklıların alacaklarını tahsil değil, borçlular adına işlem yaparak tapuya tescilin sağlanmasına hizmet ettiği⁹¹ alacağın tahsilinin sonraki aşamada mümkün olacağı, tapuya tescil için ise mutlak surette mirasçılık belgesine ihtiyaç duyulacağı dolayısıyla miras bırakanın alacaklarının mirasçılar adına mirasçılık belgesi talep edebileceği dile getirilmiştir⁹². Miras bırakanın alacaklılarına bu yetkinin verilmesi pratikte bir yaraya merhem olacağı düşüncesiyle kanunda mirasçılık belgesi talep edecekler arasında sayılmamasına rağmen mirasçılık belgesi talep edebileceklerini kabul eden görüşler mevcuttur⁹³. Aksi yönde mirasçuları daha rahat takip etmek saikiyle onlar adına alacaklılara mirasçılık belgesi talep etmek yetkisinin bulunmadığı, bu bağlamda verilecek belgenin mirasçılık belgesi fonksiyonu taşımayacağı, zira tereke malları üzerinde zilyetliği sağlamayacağı, sadece tereke alacaklarının teminat altına alınması amaç ve fonksiyonu bulunduğu savunulmuştur⁹⁴. Bu bağlamda, murisin alacaklılarına verilecek olan mirasçılık belgesi mirasçılardan pay oranından ziyade maddi bir vakıanın varlığı, muris ile mirasçılar arasındaki irs ve mirasçılık ilişkisinin saptanmasına matuf olacağı noktasında yukarıdaki görüşe hak verilebilecektir⁹⁵. Yargıtay'da

ispat için açtığı dava dosyasında aldığı yetki ile davayı açmıştır. Bu nedenle mirasçılık belgesi istenen muris Mahmut Kara ile soy bağı bu davada ispatlamak zorunda değildir. Mahkemece, Mahmut Kara'nın mevcut nüfus kaydına göre mirasçılar tespit edilmeli ve mirasçılık belgesi düzenlenmelidir. Bu nedenle davanın reddi doğru görülmemiş hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 19.11.2015, 2527/10569).

91 "Somut olaya gelince; vasiyetnameye konu taşınmazın 1282/2400 hissesinin muris adına kayıtlı olduğu, 1118/2400 hissenin ise murisin annesi Neziha Yağcı adına kayıtlı olduğu anlaşılmıştır. Davacı öncelikle murise annesinden intikal edecek payın muris adına tescilini sağlamalı, daha sonra vasiyetname gereğince kendi adına tescilini talep etmelidir. Bunun için, murisin annesi adına kayıtlı 1118/2400 hisse yönünden iştirak hâlindeki mülkiyetin müşterek hâlindeki mülkiyete çevrilerek murise annesinden intikal edecek payın muris adına tescilini sağlaması için davacı vekiline süre ve yetki verilmesi gerekirken mahkemece; yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (3. HD 26.10.2015, 13860/16578).

92 KURŞAT, *Tereke*, s. 266, 267.

93 ŞAHİNİZ, s. 10; ÖZUÇUR, s. 507.

94 DURAL / ÖZ, s. 388; İMRE / ERMAN, s. 304.

95 "Murisin, vasiyetnamesinde herhangi bir maldan söz etmeksizin ölümünden sonra taşınır, taşınmaz, bütün hak ve alacaklarını içerecek şekilde tüm malvarlığının davacı Zehra Karahafız'a ait olduğunu açıkladığı gözetildiğinde bu beyanın mirasçı atama niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Atanmış mirasçının talebiyle Hazine'nin mirasçı olduğunu gösterir mirasçılık belgesinin iptaline karar verilemez, yeni mirasçılık belgesi de düzenlenemez. Mirasçılık belgesi istemek maddi bir olayın varlığını ikrar ve kişiler arasındaki irs ilişkisini tespit ettirmekten ibarettir. Atanmış mirasçı, murisin mirasçı bırakmadan ölmesi nedeniyle TMK'nın 501. maddesi uyarınca Hazine'nin mirasçı olduğunu gösteren mirasçılık belgesinin iptalini isteyemez. Bu nedenle mirasçılık belgesinin iptaline karar verilmesi isabetsizdir. Ancak daha önce alınan Hazine'nin mirasçı olduğunu gösteren mirasçılık belgesinin iptali

alacakların tahsili zımında mal, hak, taşınır ve taşınmazlara yönelik dava ve takiplerde yetki belgesine istinaden⁹⁶ mirasçılık belgesinin verilmesinin ya da mirasçılık belgesinin iptali davasının⁹⁷ miras bırakanın alacaklıları yahut murise dava açan üçüncü kişi, kurum ve idare tarafından talep edilebileceği kabul görmüştür⁹⁸. Kanaatimizce de, gerek maddi hukuk gerekse takip hukukunun amacının gerçekleşmesi ve pratikte bir ihtiyaca cevap olmak üzere miras bırakanın alacaklılarının, mahkemeden alacakları yetkiye binaen terekedeki malların zilyetliğini sağlamaktan öte mal, hak ve alacaklarının teminat altına alınması ile takip ve yargılama hukukunun ilerlemesi ve amacının tesisi için güncel ve mevcut bir menfaatin himaye

istemi, terekeden hak istenemeyeceğinin tespitini de kapsar. Bu durum kararın gerekçesinde açıklanarak davacıya atanmış mirasçı olduğuna ilişkin bir belge verilmesi gerekir (TMK m 598). Belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.” (14. HD 16.12.2015, 4310/11673).

- 96 “Kural olarak mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davaların miras bırakanın mirasçıları tarafından açılması gerektiği gibi öte yandan kendisine dava açması hususunda yetki verilen mirasçılar dışındaki kişilerinde dava açma haklarının bulunduğu kuşkusuzdur.” (7. HD 26.06.2008, 2602/2859).
- 97 “Somut olayda, davacı Mülayim Triko Tic. ve San. Ltd. Şti. alacaklı sıfatıyla aldığı yetki belgesine dayanarak İstanbul 18. Sulh Hukuk Mahkemesinden mirasçılık belgesi almış olup bu ilamın iptalini talep etmektedir. Mirasçı sıfatı yoktur. Hâl böyle olunca mahkemece, öncelikle davacı şirketin dava açabilmesinin ön koşulu olan mirasçılık belgesinin iptali davası açmaya dair yetki belgesinin aranması gerektiği, yetki belgesinin bulunduğu belirlenmesi hâlinde yukarıda açıklanan hukuksal olgu dikkate alınarak iptali istenilen mirasçılık belgesinde kendilerine mirastan pay verilen kişilerin tümünün davaya dahil edilmesi ve bu şekilde yargulamaya devam edilmesi gerekmektedir. Mahkemece davacı şirketten mirasçılık belgesinin iptali hususunda dava açmak üzere alınmış yetki belgesi bulunup bulunmadığı sorulup saptanmadan var ise yetki belgesi dosya içerisine konulmadan ve mirasçılık belgesinde kendisine pay verilen tüm mirasçılara husumet yöneltimden eksik araştırma ile hüküm kurulması isabetsiz olup, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (14. HD 12.06.2015, 2088/6518).
- 98 “2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 14/5. maddesinde “ İdare tarafından, bu Kanun hükümlerine göre tespit olunan malike ve zilyede karşı açılan davaların görülmesi sırasında, taşınmaz malın gerçek malikinin başka bir şahıs olduğu anlaşıldığı takdirde, davaya bu gerçek malik, tapu malikinin daha önce öldüğü sabit olursa mirasçıları da dahil edilmek suretiyle devam olunur.” hükmü düzenlenmiştir. Söz konusu yasa hükümleri 6100 sayılı Kanuna göre özel düzenleme olduğundan, bu davada, ölü kişiye karşı dava açılması hâlinde; mahkemece, mirasçılık belgesi sunmak üzere idareye yetki ve süre verilip, tapu maliki mirasçıları davaya dahil edildikten sonra, mirasçıların bulunmaması hâlinde 3561 sayılı yasa hükümlerine göre kayyum tayin ettirilip, işin esasına girilerek yargılamanın sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yanılığın gerekçe ile davanın usulden reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir.” (5. HD 27.05.2015, 2014/29102, 2015/11651); “Davacı bankanın alacağını tahsil amacıyla borçlunun yasal mirasçılarını öğrenmek için icra hukuk mahkemesinden mirasçılık belgesi çıkarmak üzere yetki belgesi talep ettiği, alınan yetki belgesi ile eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca, davacının eldeki davayı açmakta hukuki yararı mevcuttur. Bu durumda, mahkemece davacının delilleri toplanarak ve işin esasına girilerek muris Mehmet İsmail Kahyaoğlu'nun mirasçılık belgesinin verilmesi gerekirken yersiz gerekçelerle talebin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 21.05.2015, 1804/5677).



altına alınmasına hizmet ettiğinden mirasçılık belgesinin verilmesi ya da mirasçılık belgesinin iptali davasını ikame etmesine cevaz verilmelidir.

IV. YARGILAMA USULÜ

Mirasçılık belgesi talebi basit yargılamaya tabidir (HMK m. 385). Zira bu talep, hasımsız⁹⁹ ikame edilen bir çekişmesiz yargı işidir¹⁰⁰. Mirasçılık belgesi talebi herhangi bir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi değildir¹⁰¹. Buna karşın, mirasçılık belgesi faaliyetinin yargılama işi olmadığı, zira yargılama faaliyetinin mahkemeler tarafından maddi hukuk kuralları uygulanarak yapılması gerektiği savunulmuştur¹⁰². Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira talep üzerine yasal, atanmış ya da vasiyet alacaklısının kimler olduğu maddi hukukun belirlediği amir hükümlere göre tespit edilmektedir. Dolayısıyla mirasçılık belgesinin verilmesi talebinde mirasçı sıfatı, muris ile mirasçı arasındaki irsi bağlantı doğrudan maddi hukuka göre belirlendiği için bir yargılama faaliyetidir. Kaldı ki öğretide savunulan yukarıdaki görüş doğrultusunda yasal mirasçıların tespitinin her zaman kolay olmadığı, evliliğin geçerliliği, çocuğun tanınması, soy bağı davaları, kütükteki yanlış kayıtlar ve evlatlık ilişkisi sebebiyle meselenin basit olmaktan çıkabileceği dile getirilmiştir¹⁰³.

99 “Dava, mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Hasımsız açılması gereken, çekişmesiz yargıya tabi bir davanın hasımlı açılması veya sonradan dahili dava yoluyla taraflı hâle getirilmesi ıslah yoluyla dahi mümkün değildir. Ne var ki Hazine hasım gösterilerek açılan mirasçılık belgesi verilmesi davası hasımlı olarak görülerek sonuçlandırılmıştır. Bu durumda mahkemece Hazine aleyhine açılan davanın reddine, hasımsız dava konusunda ise toplanan delillere göre bir hüküm kurulması gerekirken Hazine aleyhine kesin hüküm oluşturacak şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 07.09.2015, 2293/7895); “Hasımsız açılması gereken çekişmesiz yargıya tabi bir davanın hasımlı açılması veya sonradan dahili dava yoluyla taraflı hâle getirilmesi, ıslah yoluyla dahi mümkün değildir. Mahkemece Vakıflar İstanbul 1. Bölge Müdürlüğünü aleyhine açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (14. HD 09.06.2015, 2053/6361).

100 “Somut olayda; davacı, mahkemeye verdiği ve duruşmada tekrar ettiği 17.09.2014 havale tarihli dava dilekçesinde, Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açmış oldukları 2014/323 Esas sayılı imar ipoteğinin kaldırılması davasında almış oldukları yetkiye istinaden ipotek alacaklısı Hasan Salman’ın mirasçılarının belirlenmesi için davayı açtıklarını, ancak 1991 yılında Balıkesir 1. Sulh Hukuk Mahkemesi Hâkimliğinden 1991/1359 E.- 1991/1503 K. sayılı 30.12.1991 tarihli veraset ilâmının alındığı, ancak ilgili veraset ilâmında nüfus bilgileri yazılı Hasan Salman’ın verasetini yeniden çıkartılmasını talep ve dava etmiştir. Bu durumda, davacının talebi doğrultusunda davanın mirasçılık belgesi istemine ilişkin olduğu, hasımsız olarak açılan ve çekişmeli nitelikte olmayan davanın sulh hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” (20. HD 04.11.2015, 5609/1044).

101 ŞAHİNİZ, s. 15.

102 KURŞAT, *Tereke*, s. 275.

103 KURŞAT, *Tereke*, s. 299.



Hatta bu hususlarda yapılacak hatanın, gerçek hak sahibinin hakkının müteakip işlemlerle kaybetmesine yol açabileceği de vurgulanmış dolayısıyla hâkimin yapacağı bu araştırmanın maddi hukuka etkili olmadığı, bütün ihtilafları çözecek şekilde gerçek mirasçıları ortaya çıkarmaya matuf bir incelemenin şart olmadığı; mevcut duruma göre mirasçılık belgesi oluşturması gerektiği vurgulanmıştır¹⁰⁴. İşte tam da bu noktada, mirasçılık belgesinin yargılama değil, belgeleme faaliyeti olduğuna dair müellif görüşüne itiraz imkânı doğmuştur. Söz konusu müellife göre örnek kabilinden sayılan tüm hukuki işlem ve vakıaların tespiti maddi hukuk kurallarına göre yapılmak zorunda olduğundan, kanaatimizce, mirasçılık belgesi işi bir çekişmesiz yargılama faaliyetidir.

Mirasçılık belgesi talep edilebilmesi için öncelikle miras bırakan vefat etmiş; ölüm karinesi uyarınca vefat etmiş gibi kabulü (TMK m. 31) yahut gaipliğine karar verilmiş olmalıdır (TMK m. 32). Dolayısıyla mirasçılık belgesi talep eden kişi miras bırakanın vefat ettiğini ispat ile mükelleftir (TMK m. 29/I). Ölüm vakıası nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kayıt doğru değil ise, gerçek durum her türlü delille ispat edilecektir (TMK m. 30)¹⁰⁵. Zira mirasçılık ilişkisi vakıa niteliğiyle hukuki işlemde ziyade hukukun kendisine sonuç bağladığı bir hukuki olaydır¹⁰⁶ ve resen araştırma ilkesi geçerlidir (TMK m. 385/2). Kaldı ki bu hususlar taraflara iddia ve delillerini

104 KURŞAT, *Tereke*, s. 299.

105 “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 30.maddesi hükmünde doğum ve ölümün nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat edilebileceği, nüfus kütüklerinde kayıt bulunmaması veya bulunan kaydın doğru olmadığından anlaşılması hâlinde gerçek durumun her türlü delille kanıtlanabileceği açıklanmıştır. Somut olaya gelince miras bırakan Abuzer Demir’in nüfusta kaydının bulunmadığı anlaşılmakta ise de davacının dedesi Adıyaman Merkez Durak Köyü cilt no 48, hane 37 nüfusta kayıtlı Hasan Demir’in baba adının Abuzer olduğu davacının beyanı ve nüfus kayıtlarından anlaşılmaktadır. Davacı da dedesi Hasan Demir’in babası olan kök miras bırakanının mirasçıları ve miras paylarını gösterir mirasçılık belgesinin verilmesini istemiştir. Mevcut nüfus kayıtları davacı ile dedesinin babası arasındaki nesep ilişkisini kanıtlamaya yeterlidir. Hâl böyle olunca mevcut nüfus kayıtları dikkate alınarak mirasçılık belgesinin verilmesi gerekirken yersiz gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (HGK, 13.04.2011, 7- 27/131).

106 “Somut olaya gelince; mirasçılık belgesi istenen Arif Anarat’ın nüfus kayıt örnekleri ilgili nüfus müdürlüğünden celp edilmiştir. İlgili kayıta 54355498722 T.C. No’lu, 01.07.1928 doğumlu şahıs ile ilgili Çankaya İlçe Nüfus Müdürlüğünün 09.10.2013 tarihli cevabi yazısına göre, adı geçen kişi hakkında yakınlarının hiçbir bilgiye sahip olmadıklarının anlaşıldığı, ölüm kayıtlarının düşülebilmesi için herhangi bir işlem yapılamadığı belirtilmiştir. Çekişmesiz yargıya tabi ve mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle açılan davada kesin süreden bahsedilerek davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Zira mirasçılık ilişkisi her türlü delille kanıtlanabilir. Gerekirse tanık beyanları da alınmak suretiyle Arif Anarat’ın kim olduğunun araştırılarak sonucuna göre mirasçılık belgesi verilmesi gerekir.” (14. HD 02.11.2015, 2739/9560).



sunma imkânı verilerek yapılacaktır¹⁰⁷ Keza ölüm karinesine göre miras bırakanın ölmüş sayıldığı hâl nüfus kaydı ile gaiplik kararı ise mahkeme hükmü ile ispat olunacaktır. Mirasçı belgesi talep edebilmek için kişinin miras bırakanın vefatını ispattan sonra kendisinin de mirasçı olduğunu ve murisin vefat tarihi itibarıyla mirasa ehil olarak sağ olduğunu ispat etmesi gerekecektir¹⁰⁸. Dolayısıyla mirasçılar tarafından açılan mirasçılık belgesi taleplerinde; davacı sadece kendisinin mirasçı olduğunu, başka bir deyişle kendisi ile murisi arasındaki soybağını kanıtlamak zorunda olup, başka mirasçı bulunup bulunmadığı ve miras payları mahkemece res'en belirleneceği kuşkusuzdur. Mirasçılık sıfatının ispatı meselesi, hem mirasçılığın iktisap edildiğini hem de bu sıfatın kaybedilmemiş olmasını tazammun eder¹⁰⁹. Bu sebeple mirasçı olmak için evvela miras bırakandan önce ya da onunla aynı vakitte vefat etmemek (TMK m. 29/II) ve mirasçılığı önleyen bir hukuki engele maruz kalmamayı gerektirir. Bu şart, mirasçının murisin vefatında sağ olması, hem yasal hem de ölüme bağlı tasarrufla tayin edilen mirasçılar hem de vasiyet alacaklısı için geçerlidir. Şayet murisin vefatında bir cenin varsa sağ doğmak koşuluyla o da mirasçı olacaktır (TMK m. 582). Ceninin mirasçı olabilmesi için vefat tarihinde ana rahminde bulunması zorunludur. Kanunda geçen murisin vefatında mirasa ehil olarak sağ olmak ibaresi, hak ehliyetinin (TMK m. 8) miras hukukundaki görünümüdür. Nitekim insan yaşadığı sürece hak ehliyetini sürdüreceğinden miras bırakanın vefatında sağ kişi her daim

107 "Somut olaya gelince, davanın mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle hasımsız olarak açıldığı, mahkemece incelenen nüfus kayıtlarında muris 01.07.1917 doğumlu Mehmet Nazlı'nın nüfus kayıtlarına göre bekâr ve çocuksuz vefat ettiğinin belirlenmesi üzerine "murisin annesi Şehriye'nin sağ olup olmadığı ve kaç çocuğu olduğuna dair " tanıklık yapmak üzere mirasçılar Şehriye Çevirici ve Şerife Nazlı'ya tebligat çıkartıldığı hâlde mahkemeye gelmedikleri için mevcut delil durumuna göre duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden davanın reddine karar verilmiştir. Kanunlarımızda dava ister hasımlı isterse hasımsız olarak açılın mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca mahkemece duruşma yapılmasının zorunlu olduğu gözetilerek öncelikle tensip yapılarak duruşma günü belirlenmesi, duruşma gününün ihtarlı davetiye ile davacıya bildirilmesi, duruşmada dava dilekçesi okunduktan sonra davacıdan davanın ve varsa delillerinin sorulması, göstereceği delillerin toplanması, davanın re'sen araştırma prensibine tabi olduğu gözetilerek murisin altsoyu dahil mirasçı olabilecek kişilerin tümünün sağ olup olmadıklarını gösterecek şekilde nüfus aile kayıtlarının eksiksiz olarak getirilmesi, daha sonra toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken usul hükümleri göz ardı edilerek dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmektedir." (14. HD 22.10.2015, 2541/9394).

108 ENGİN Baki İlkay, **Mirastan Mahrumiyet**, İstanbul 2010, s. 40; ENGİN Baki İlkay, **Yedek Mirasçılık**, s. İstanbul 2003, s. 95.

109 KURŞAT, *Tereke*, s. 280.



yasal mirasçı sıfat ve ehliyetini haiz olacaktır¹¹⁰. Tüzel kişiler ise yasal mirasçı olamayıp atanmış yahut vasiyet alacaklısı olabileceklerdir. Bunan tek istisnası devletin mirasçılığıdır. Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil olduğundan (TMK m. 48), mirasın açıldığı vakit tüzel kişilik kazanmış ve bu sıfatını kaybetmemiş olması gerekecektir.

Mirasçılık belgesi verilmesi talepleri, tarafların talebine mebni Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382. maddesi referansıyla resen araştırma ilkesinin egemen olduğu, çekişmesiz yargı işi mahiyetiyle basit muhakemeye tabidir. Mirasçılık belgesi için tüm mirasçıların birlikte zorunlu dava ortağı şeklinde dava açmaları gerekli olmayıp tek bir mirasçı tarafından talep edilmesi yeterlidir. Mirasçılık belgesi talebine ilişkin somut vakiada irsi ilişki ve mirasçıları belirleyen belgeler mübrez ya da temin ve celbi mümkün ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesi gereği tarafları duruşmaya davet etmeksizin dosya üzerinden karar tesisine gidilecektir. Her ne kadar kanunlarımızda dava, ister hasımlı isterse hasımsız olarak ikame edilsin mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla¹¹¹ birlikte nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesine uygun ve eksiksiz olması ihtimalinde kamu düzeninden sayılan usul ekonomisi gereği dosya üzerinden karar verilebilecektir. Dolayısıyla mirasçı ile muris arasındaki irsi bağlantı nüfus kayıtları ile sair belgelerden sabit değil ise, resen araştırma ilkesi gereği irs ilişkisi nüfus kayıtları yanında her türlü delille ispat edilebilecektir¹¹². Bir diğer ifadeyle, nüfus kayıtları mevcut

110 ŞAHİNİZ, s. 11.

111 "HMK'nın 27. maddesi gereğince; Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Kanunun gösterdiği istisnalar dışında hakim her iki tarafı davet etmedikçe hükmünü veremez. Mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda da aynı kural geçerlidir. Bu itibarla mahkemece duruşma günü tayin edilip davacı taraf duruşmaya davet edilerek delillerinin sorulması, gösterdiği takdirde delilleri usulünce toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (14. HD 01.07. 2015, 2277/7368).

112 "TMK'nın 598. maddesi gereğince başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir. Mirasçılık belgesinin geçersizliği de her zaman ileri sürülebilir. Yine TMK'nın 575. maddesi gereğince miras ölümle açıldığı gibi aynı kanunun 30. maddesi hükmüne göre de doğum ve ölüm, nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus kütüklerinde kayıt bulunmaması veya bulunan kaydın doğru olmadığına anlaşılması hâlinde gerçek durum her türlü delille ispat edilebilir. Hukukumuzda çekişmeli yargıya tabi davalarda taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup, hakim tarafların talepleri ile bağlıdır. Hakim, talepte bulunan tarafların iddia ettiği olaylar ve ileri sürdüğü delillerle yetinerek karar vermek zorundadır. Çekişmesiz yargıya tabi davalarda ise re'sen araştırma prensibi egemendir. Hasımsız açılan ve

olmakla birlikte kim olduğu veya ölü yahut sağ olduğu noktalarındaki eksiklik için tanık deliline başvurabileceği gibi, herhangi bir sebeple nüfus kayıtlarında tescil edilmemekle birlikte tapu tahsis, göçmen kaydı¹¹³, vergi tahrir kayıtları ile yurt dışından alınmış tercüme ve onaylı nüfus kayıtları bulunması hâlinde de tanık deliline başvurulabileceğinden, nüfus kayıtları dışında tapu ve göçmen kayıtları, iskân belgeleri, vergi tahrir kayıtları

çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmediği gibi bu kararlar açılacak bir iptal davası sonucunda değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabılır. Mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davalarda Davacı, mirasçılık belgesi verilmesini isteyebilmek için miras bırakanın öldüğünü ve ölüm tarihini, miras bırakan ile kendisi arasındaki irs bağınu kanıtlamak zorundadır. Bu tür davaların reddine karar verilebilmesi için miras bırakanın hiçbir şekilde yaşamadığının, böyle bir kişinin mevcut olmadığını belirlenmesi veya davacının miras bırakanın mirasçısı olmadığını tespiti gerekir. Somut olaya gelince; davacı, Malatya ili, Bahçebaşı Köyü, 828 parsel sayılı taşınmaz maliklerinden Mehmet Efe'nin mirasçısı olduğunu, annesi Ayşe Gökmen ile Mehmet Efe'nin gayri resmi evlendiklerini, bu evliliklerinden Mehmet Gökmen ve kardeşlerinin dünyaya geldiğini, Mehmet Efe'nin veraset ilamının çıkartılarak verilmesini istemiştir. 828 nolu parselin tapu kaydı, tespit tutanak ve dayanaklarına göre taşınmazda 1967 yılında Mehmet Efe tarafından pay satın alındığı, akit tablosundaki kimlik bilgilerine göre, Hüseyin oğlu Keziban'dan olma 1326 doğumlu Mehmet Efe'nin Malatya Merkez Halikhan köyü 14 hanede nüfusa kayıtlı olduğu anlaşılmıştır. Duruşmada dinlenen davacı tanıklarından Mustafa Zorver, Mehmet Zorver, Mehmet Ali Özdemir beyanlarında, aynı taşınmazda paydaş olduklarını, Mehmet Efe'nin Ayşe Gökmen ile gayri resmi evliliğinden aralarında davacı Mehmet Gökmen'in de bulunduğu iki oğlu ve dört kızının olduğunu, halk arasında Mehmet Efe'ye "Kaya" adıyla hitap edildiğini beyan etmişlerdir. Muris Mehmet Efe'nin nüfus kayıtlarının bulunmadığı ve ölüm tarihinin de belli olmadığı anlaşılmaktadır. Tanık beyanları ve tapu kayıtlarında belirtilen adres bilgisi dikkate alındığında, davanın çekişmesiz yargıya tabi olduğu ve bir bakıma kamu düzeni ile ilgili bulunduğu gözetilerek kendiliğinden araştırma ilkesi işletilmeli, zabıta araştırması her ne kadar taşınmazın bulunduğu mahalde yapılmışsa da tapu kaydındaki adreste de araştırma yapılmalı, ölüm tarihindeki hükümlere göre mirasçılık belgesi verileceğinden murisin ölüm tarihinin tespiti için belirtilen adreste gerekirse zabıta araştırması yapılarak ve dinlenen tanıklardan da bu husus sorulmalı, hasımsız açılan bu davada nüfus kütüklerinde kayıt bulunmaması nedeniyle mirasçı olduğu belirtilen kişilerin miras bırakanla soy bağının her türlü delille ispat edilebileceği dikkate alınmalı, tanıkların da davacının beyanlarını doğruladığı anlaşıldığından tüm mirasçılar duraksamassız belirlendikten sonra toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Mahkemece belirtilen hususlar gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir." (14. HD 02.11.2015, 2714/9609).

- 113 "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 598. maddesine göre, başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince veya noterlikçe mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir. Mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davada irs ilişkisi kural olarak nüfus kayıtları ile ispat olunur. Nüfus kayıtları belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığını ispatı kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça herhangi bir şekilde tabi değildir (TMK md. 7). Hakim çekişmesiz yargıda re'sen araştırma ilkesi uyarınca, davanın ispatı için gerekli bütün delillere başvurabilir. Somut olaya gelince; muris Ayşe'ye ait göçmen kayıtları, tapu kayıtları ve dayanakları belgeler getirilerek ayrıca davacı tarafın göstereceği tüm deliller toplanarak murisin mirasçılarının ve miras paylarının belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 02.11.2015, 2737/9567).

ile tanık beyanları delil olarak değerlendirilecektir¹¹⁴. Keza irs ilişkisini bilen davacı tanıkları varsa bunların çağrılıp dinlenilmesi hâsıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekeceğinden¹¹⁵, duruşma açılarak da karar tesisine gidilecektir¹¹⁶. Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların

114 “Hukukumuzda çekişmeli yargıya tabi davalarda taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup, hakim tarafların talepleri ile bağlıdır. Hakim, talepte bulunan tarafların iddia ettiği olaylar ve ileri sürdüğü delillerle yetinerek karar vermek zorundadır. Çekişmesiz yargıya tabi davalarda ise re’sen araştırma prensibi egemendir. Hasımsız açılan ve çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmediği gibi bu kararlar açılacak bir iptal davası sonucunda değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabılır. Somut olayda, dava konusu 7 parsel sayılı taşınmazda kayıt maliki Ali oğlu Mehmet’in mirasçı bırakmaksızın vefat ettiği ve Hazine’nin mirasçı olduğu ileri sürüldüğüne göre 19.08.1969 tarihli kadaströ tutanağı ve tutanağın dayanağı olan tapu kaydının ve vergi kaydının tedavülü ile birlikte varsa malikin kimliğine ilişkin kayıtların idareden getirilerek incelenmesi, “1328 yılına ait teskirede yazılı Demirci Mehmet’in kerimesi Fatma” şeklindeki açıklama ile muris arasındaki irtibatın araştırılması, kadaströ tutanağı bilirkişileri hayatta ise dinlenerek gerekirse revizyon kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yapıp tarafların göstereceği deliller ile birlikte 19.08.1969 tarihli kadaströ tutanağının düzenlendiği sırada ölü olduğu belirtilen Ali oğlu Demirci Mehmet’in adı, baba adı, ismi aynı olmayan ve mirasçılık belgesine göre 13.03.1982 tarihinde vefat ettiği anlaşılan 1327 doğumlu Hüseyin oğlu Mehmet Şükrü Gürel olarak düzeltilip temyiz edilmeden kesinleşen ve tapu kütüğünde müdahiller adına intikal işlemi yapılan Alanya 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 19.10.2001 tarihli 2001/158 Esas, 706 Karar sayılı dosyası da getirilerek kadaströ tutanağının beyanlar hanesinde Ali oğlu Demirci Mehmet’in (kayıt maliki Ali oğlu Mehmet) kimliği belirlenmeli tüm deliller toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.” (14. HD 02.11.2015, 2603/9584); “Mirasçılık belgesinin verilmesinde, hareketli nüfus kayıtları, mahkeme ilamları, tapu ve vergi kayıtları, iskan belgeleri, muhtarlık belgeleri, askerlik kayıtları, tanık ifadelerinden delil olarak yararlanılır.” (14. HD 30.06.2015, 2061/7260).

115 “Mirasçılık sıfatı öncelikle nüfus kayıtlarına göre, nüfus kaydı bulunmaması hâlinde ise her türlü delille kanıtlanabilir. Mahkeme mirasçılık sıfatının belirlenmesinde tarafların gösterdikleri delillerle bağlı kalmayarak re’sen araştırma da yaparak murisin mirasçılarını tespit etmelidir. Somut olaya gelince; davacının murisi babaannesi Behiye’nin eşi Tahir’den sonra ölmesi nedeniyle Tahir’e mirasçı olacağı ve miras payı alacağı sabittir. Adı geçen Behiye’nin üstsoy ve altsoyunun da olabileceğinden mahkemece öncelikle davacının göstereceği tanık dahil tüm deliller toplanarak ve zabıta araştırması yapılarak, Tapu Müdürlüğünden Tahir’e ait tapulu taşınmazlar olup olmadığı sorularak, murisin eşi Behiye’den başka mirasçısının olup olmadığı tespit edildikten sonra 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 444. maddesi hükmü de dikkate alınarak murisin mirasçılarının ve miras paylarının belirlenmesi gerekir. Belirtilen hususlar gözlemlenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 02.11.2015, 2722/9568).

116 “Dava, mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, evrak üzerinden inceleme yapılarak davanın reddine karar verilmiştir. Kural olarak her davada duruşma yapılmalıdır. Davadaki ilk duruşma ön inceleme duruşmasıdır (m. 140). Mahkeme, geçici hukuki korumalarda (ihtiyati tedbir, (m. 390/2); ihtiyati haciz, İİK m. 258/2; delil tespiti, (m. 403), usule ait kararların bir kısmında (örneğin, hakim in reddi talebinde, (m. 42); dava şartlarının birinin yokluğunda (m.138), ayrıca çekişmesiz yargı işlerinin bir kısmında, duruşma yapmadan da karar verebilir. Ancak bu durumlar mutlak istisna olmayıp duruma göre duruşma yapılmamasına imkan tanıyan hâllerdir. Eğer işin niteliği bu hâllerde de duruşma yapılmasını gerektiriyorsa yine duruşma yapılmalıdır. (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Oğuz Atalay, Prof. Dr. Muhammet Özkes, s. 385) Nüfus kayıtları ile dava dilekçesinde belirtilen mirasçılık ilişkisi kurulamadığı takdirde mahkemece davacının çağrılıp dava

doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığına ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı değildir (TMK. m. 7). Atanmış mirasçı ya da vasiyet alacaklısının ise, ölüme bağlı tasarrufun, yani miras sözleşmesi veya vasiyetin mahkemeye ibrazı gerekmektedir. Mirasçılık belgesine ilişkin talebe üçüncü bir kişinin müdahale etmesi mümkün müdür?

Mirasçılık belgesi gerek hasımlı gerekse hasımsız ikame edilsin, ferî müdahil olarak üçüncü kişinin katılmasına hukuki bir engel yoktur. Hasımsız mirasçılık talebine, diğer mirasçı üçüncü kişi sıfatıyla katılarak aynı belgeyi talep edebilir. Ancak bu görüşe çekişmesiz yargıyı hasımlı hâle dönüştüreceği, dolayısıyla ferî müdahalenin mümkün olamayacağı savıyla karşı çıkılabilecektir¹¹⁷. Şayet mirasçılık belgesi hasımlı açılmış

dilekçesindeki irs ilişkisi ile ilgili delillerinin sorulması gerekeceğinden bu tür istemler üzerine mahkemelerce duruşma açılması ve yapılacak yargılama sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Ne var ki mahkemece bu husus göz ardı edilmiş, davacı tarafın dilekçesi üzerine duruşma yapılmaksızın davanın reddine karar verilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere kanunlarımızda mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin istemlerin duruşma yapılmaksızın karara bağlanacağına ilişkin olarak da bir hüküm bulunmadığından mahkemece davacının istemi üzerine duruşma açılmadan, davacıdan delilleri sorulup toplanmadan evrak üzerinde karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.” (14. HD 12.10.2015, 2445/8810); “Mirasçılık belgesi, mirasçıların murisle soy bağı ilişkisini ve miras paylarını gösteren bir belgedir. Hukukumuzda mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davaların kural olarak hasımsız açılması ve çekişmesiz yargı yoluyla görülüp sonuçlandırılması gerekmekte ise de hukuki yarar bulunması koşuluyla bu tür davaların uyuşmazlık çıkaran kişiler hasım gösterilmek suretiyle hasımlı olarak açılması ve çekişmeli yargı yoluyla görülüp sonuçlandırılması da mümkün bulunmaktadır. Somut olaya gelince, davanın mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle hasımsız olarak açıldığı, mahkemece incelenen nüfus kayıtlarına göre muris 01.07.1894 doğumlu Emine Rüşdiye Gürtunca'nın çocuklu olarak 07.02.1970 tarihinde vefat ettiği belirlenerek duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden davanın kabulüne karar verildiği görülmüştür. Kanunlarımızda ister hasımlı isterse hasımsız olarak açılın mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemece duruşma yapılmaksızın karar verilemez. Bu itibarla mahkemece, duruşma yapılmasının zorunlu olduğu gözetilerek tensip yapılp duruşma günü belirlenmesi, duruşma gününün ihtarlari davetiye ile davacıya bildirilmesi, duruşmada dava dilekçesi okunduktan sonra davacıdan davanın ve varsa delillerinin sorulması, göstereceği delillerin toplanması, davanın re'sen araştırma prensibine tabi olduğu gözetilerek murisin altsoyu dahil mirasçı olabilecek kişilerin tümünün sağ olup olmadıklarını gösterecek şekilde nüfus aile kayıtlarının eksiksiz olarak getirilmesi, daha sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.” (14. HD 12.10.2015, 2474/8774).

117 “Hasımsız açılması gereken çekişmesiz yargıya tabi bir davanın hasımlı açılması ya da sonradan ıslah yoluyla dahi taraflı hâle getirilmesi mümkün değildir. Ne var ki mahkemece 06.07.2011 tarihli oturumda hazineye davetiye çıkartılmasına karar verilmiştir. Bir dava sonucu verilen hükmü ancak davanın tarafları, asli müdahil veya davanın tarafı olmamasına rağmen kararda aleyhine hüküm oluşturulan üçüncü kişiler temyiz edebilir. Hükmü temyiz eden Hazine, davanın tarafı olmadığı gibi kendisinin de mirasçı olduğunu öne sürerek asli müdahale talebinde bulunmamıştır. Bu nedenle ihbar olunan Hazinesinin temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir.” (14. HD 12.05.2015, 1731/5391).

yahut yargılama sırasında çekişmeli yargıya tahvil olmuşsa hem fer'î hem de asli müdahale mümkün olacaktır¹¹⁸. Kaldı ki, mirasçılardan birisi tarafından alınmış mirasçılık belgesi, diğer mirasçılar için de geçerli olup, talep etmemiş olan mirasçıların da bu belgeden faydalanıp kullanması mümkündür¹¹⁹. Nitekim mirasçılık belgesinin varlığına rağmen aynı ya da diğer mirasçılar tarafından herhangi bir sınırlama ve tekrar yasağına tabi olmaksızın yeniden mirasçılık belgesi talebi mümkündür¹²⁰.

118 “Davanın Kavak Malmüdürlüğü’ne ihbar olunması üzerine Hazine vekili, 10.07.2014 havale tarihli dilekçesiyle asli müdahil sıfatıyla davaya katılmalarına ve mirasçı bırakmadan vefat eden Fatma Artı’nın malvarlığının TMK’nın 501. maddesi uyarınca Hazineye bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre müteveffa Fatma Artı’nın çocuklarının bulunduğu, bu çocuklarından Elmas Akyüz’ün anne adının Fatma olup diğer çocukları Elmas, Dursune, Emine, Vahittin, Şeker ve Ali Gonca’nın ise murisin birlikte yaşadığı Ali Gonca’nın resmi nikahlı eşi Emine Gonca’nın nüfusuna kaydedildikleri, bu hususta davaname düzenlenmek üzere Kavak Cumhuriyet Başsavcılığına ihbarda bulunmuş olup Kavak Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2014/206 Esas sayılı dosyasıyla dava açıldığı, murisin hayatta olan yasal mirasçılarının tespit edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hükmü, asli müdahil vekili temyiz etmiştir. Mirasçılık belgesi verilmesi veya iptali istemine ilişkin davalar murisin mirasçıları, mirasçıları yoksa son mirasçı sıfatıyla Hazine ya da mahkemece yetki verilmek koşuluyla üçüncü kişiler tarafından açılabilir. TMK’nın 30. maddesinde doğum ve ölümün nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunabileceği, nüfus kütüklerinde kayıt bulunmaması veya bulunan kaydın doğru olmadığına anlaşılması hâlinde gerçek durumun her türlü delille kanıtlanabileceği açıklanmıştır. Somut olayda mahkemece, müteveffa Fatma Artı hakkında yaptırılan kolluk araştırması ve dinlenen tanık beyanlarına göre murisin çocukları bulunduğu tespit edilmesi üzerine yasal mirasçıların nüfus kaydında gerekli düzeltmelerin yapılması amacıyla dava name düzenlenmesi için Kavak Cumhuriyet Başsavcılığına ihbarda bulunulduğu, Kavak Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen dava name ile murisin hâlen hayatta olan yasal mirasçılarının bulunduğu, ancak mirasçılarının muris Fatma Artı’nın gayri resmi eşi olan Ali Gonca’nın resmi nikahlı eşi Emine Gonca üzerine kaydedildiğinden bahisle yasal mirasçıların nüfus kaydındaki anne adının düzeltilmesi ve muris Fatma Artı’nın nüfusuna kaydedilmeleri talebiyle Kavak Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2014/206 Esas sayılı dosyasıyla dava açıldığı anlaşılmıştır. UYAP sistemi üzerinden yapılan araştırma sonucu söz konusu davanın henüz sonuçlanmadığı anlaşıldığından davanın sonucunun beklenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken belirtilen husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (14. 24.11.2015, 3013/10752).

119 KOCAAĞA, s. 96.

120 “Dava ve ilam kavramları çekişmeli yargıya ait kavramlar olduğundan mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle açılan davalar tam bir dava olarak nitelendirilemeyeceği gibi, bu davalar sonucunda verilen kararlar klasik anlamda kesin hüküm sonucunu doğuran bir ilam da sayılmazlar. Bu nedenle açılan bu davalar sonucunda verilen kararların sonradan gerçeğe aykırı ve yanlış olduğunun anlaşılması hâlinde her zaman için aksi iddia ve ispat edilebileceği gibi, tespit hükmü niteliğindeki bu kararların sonradan açılacak başka davalarda kesin hüküm oluşturması ve mahkemeleri bağlaması da düşünülemez. Bu konularda öğreti ve uygulamada tam bir görüş birliği mevcuttur. Bu olgunun sonucu olarak ister başkaları tarafından ister kendisi tarafından hasımsız olarak açılan dava sonucunda mirasçılık belgesi alınmış olsa dahi, önceki mirasçılık belgesinde mirasçıların ve miras paylarının belirlenmesinde hata yapıldığını veya eski tarihli mirasçılık belgesinde ölümler nedeniyle paylarda değişiklik olduğunu ve bu hâli ile eski tarihli mirasçılık belgesinin infazı hukuksal sorunlar oluşturacağını öne süren her mirasçının hasımsız olarak açacağı yeni bir dava ile mirasçılık belgesi verilmesini isteme veya önceki günlü mirasçılık belgesinde kendilerine

Mirasçılık belgesinde mirasçılarının payları ayrı ayrı gösterilmeli ve paylar toplamı ile paydanın eşitliği sağlanarak açıkta pay bırakılmamalıdır. Şayet mirasçılık sıfatını kaybedenler var ise onların yerine geçenler de gösterilmelidir¹²¹. Mirasçılık belgesinde mirasçılar ya da paylar noktasındaki hata ve eksiklik için tavzih talebinde bulunulması hukuken yerinde olacak mıdır? Kanaatimizce bu talep tavzihe değil¹²² hasımlı olarak mirasçılık belgesinin iptali davasına konu olacaktır¹²³. Zira çekişmesiz yargıya tabi

pay verilen diğer mirasçıları hasım göstererek bu mirasçılık belgesinin iptali ile gerçeğe uygun yenisinin verilmesi istemiyle dava açma hakkı bulunmaktadır.” (14. HD 14.10.2015. 2402/8954).

- 121 “4721 Sayılı T.M.K nun 510 ve devam eden maddeleri uyarınca iskat edilen mirasçının miras bırakanın terekesinden hak elde etme olanağı yoksa da anılan veraset belgesinde davacının hâlen murisin mirasçısı olarak gözüktüğü anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca, davacının davada aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığının tespiti önem ifade eder. O hâlde, davanın neticesine etkili olduğu gözetilerek, davalılara yukarıda belirtilen gerekçelerle hasımlı açılacak davada davacının mirasçı olarak gösterildiği mirasçılık belgesinin, vasiyet yolu ile mirasçılıktan çıkartıldığı da öne sürülmek suretiyle iptali ve yeni mirasçılık durumunu belirleyen kararın alınması için önel verilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilerek davacının davada sıfatı bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” (1. HD 25.06.2008, 6198/7959).
- 122 “6100 sayılı HMK’nın 305. maddesi gereğince hüküm yeterince açık değilse veya icrasında tereddüt uyandırıyor yahut birbirine aykırı fıkralar içeriyorsa, icrası tamamlanuncaya kadar taraflardan her biri hükmün açıklanmasını veya tereddüt ya da aykırılığın giderilmesini isteyebilir. Hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçlar, tavzih yolu ile sınırlandırılmaz, genişletilemez ve değiştirilemez. Görüleceği üzere 6100 sayılı HMK’nın 305/2. maddesi gereğince hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçlar tavzih yoluyla sınırlandırılmaz, genişletilemez ve değiştirilemez. Ayrıca 4721 sayılı TMK’nın 598. maddesi gereğince mirasçılık belgesinin geçersizliği her zaman ileri sürülerek yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi istenebilir. Bu nedenle mahkemece dosya içerisindeki nüfus kayıtlarının incelenmesi neticesinde Şeyhmus Tüzer’in babasına ve dedesine ait nüfus kayıtları bulunmadığı gerekçesi ile tavzih talebinin reddi kararı doğru değil ise de hüküm sonucu esas bakımından usul ve kanuna uygun olduğundan HUMK’nın 438/son maddesi gereğince hükmün gerekçesinin değiştirilerek onanmasına karar vermek gerekmştir.” (14. HD 11.05.2015, 1704/5261).
- 123 “Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, 2.Hukuk Dairesinin bozma ilamına uyularak davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; miras bırakanın vekili aracılığıyla çekişme konusu 32 parça taşınmazı 23.08.1968 tarihli akitle davalı Hasan Hüseyin’e ve diğer davalıların miras bırakanı Kazım’a satış yoluyla temlik ettiği anlaşılmaktadır. Davacılar, anılan temlikin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır. Hemen belirtilmelidir ki, taraflar arasındaki çekişmenin çözüme kavuşturulabilmesi bakımından, öncelikle davalıların murisle irs ilişkisinin saptanması ve mirasçılık durumunun ve pay oranlarının belirlenmiş olması gerektiği kuşkusuzdur. Dosya içinde miras bırakan İzzet Karabay’a ait 3 ayrı mirasçılık belgesi bulunmakta olup, her mirasçılık belgesinde mirasçı gösterilen kişiler ve pay oranları farklıdır. Anılan mirasçılık belgelerinde mirasçı gösterilen kişilerin hasım gösterilmesi suretiyle verasetin iptali davası açılması, mirasçılık durumunun kesin olarak belirlenmesi, açılacak dava sonucunun beklenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken gerçek mirasçıları yansıtıp yansıtmadığı belli olmayan Bala Sulh Hukuk Mahkemesinin 08.04.2004 tarih,2003/254 Esas,2004/118 Karar sayılı mirasçılık belgesinin hükme esas alınması doğru değildir.” (1. HD 17.04.2007, 1883/4257).



kararda eksik ya da hatalı hususun değiştirilmesi anlamına gelecektir ki, bunun hukuki yolu yeni bir hasımlı mirasçılık belgesinin iptali davasıdır. Meğerki rakam dışında maddi hata mahiyetinde harf, kelime ya da şekli bir sehiv bulunsun. Mirasçılık belgesi kararları çekişmesiz yargıya tabi olduğundan, mahkemeler re’sen araştırma yetkisini haiz olup, tarafların ileri sürdüğü vakıaların ispatı zımında mirasçılık belgesi faaliyeti ile ilgili bütün delilleri de talep olmaksızın kendiliğinden toplayabilecektir¹²⁴. Mirasçılık belgesi talepleri hasımsız ikame edilmekle beraber karara karşı kanun yoluna başvurulabilecektir. Ancak bu husus mirasçılık belgesinin şekli anlamda kesinleşmesini sağlayıp maddi anlamda kesinliğini sağlamayacaktır. Yani mirasçılık belgesinin üst mahkeme tarafından hukuki denetiminden geçerek kesinleşmesi, söz konusu kararın mutlak ve ilanihaye bir gerçeği temsil etmesi sonucunu doğurmayacağından, mirasçılık belgesi verilmesi talepleri sonucunda verilen kararların sonradan gerçeğe aykırı ve yanlış olduğunun anlaşılması hâlinde her zaman için aksi iddia ve ispat edilebileceği gibi, tespit hükmü niteliğindeki bu kararların sonradan açılacak başka davalarda kesin hüküm oluşturması ve mahkemeleri bağlaması da düşünölemeyecektir. Dolayısıyla mirasçılık belgesi kararlarının üst mahkeme kanun yoluna götürölmesi hâlinde sadece aktarıcı etki husule gelecektir. Mirasçılık belgesi kararları maddi manada kesin hüküm etkisinden yoksun olduğundan yargılamanın iadesine konu olmazlar.

Mirasçılık sıfatı ile ilgili davaların derdest olması, mirasçılık belgesi taleplerinin neticelendirilmesine engel olacak mıdır? Kanaatimizce mirasçılık belgesi talebine matuf talep Türk Medeni Kanunu’nun 598. maddesinin ilk fıkrasında herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın mevcut hüküm ve şekli usullere bağlandığından, mirasçılık sıfatının kazanılması, yitirilmesi yahut hak sahipliğinin değişmesine yönelik iptal, tenkis, istihkak ve buna benzer davaların derdestliği mirasçılık belgesi talebinin görölmesine engel olmamalıdır. Mirasçılık sıfatına yönelik davaların sonuçlanmasına kadar hakkın elde edilmesinde önemli derecede zorluk ya da tamamen imkânsız hâle geleceği veya gecikme sebebiyle ciddi bir zararın meydana gelmesi tehlikesi mevcut ise, esas davanın göröldüğü mahkemeden ihtiyati tedbir (HMK. m. 389) talep edilebileceği gibi¹²⁵, mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davada mirasçılığı ve miras paylarını etkileyen bir diğer dava zorunlu bekletici mesele yapılabilecektir¹²⁶.

124 KURŞAT, *Tereke*, s. 281.

125 KURŞAT, *Tereke*, s. 283.

126 “Dava, mirastan yoksunluğun tespiti ve mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Hükmü davalı Safiye Çelebi vekili temyiz

Murisin vefatıyla sağ olan mirasçılar külli halefiyet ilkesi gereğince murise ait tüm malvarlığını başka bir işleme gerek olmaksızın iktisap edeceklerdir. Bir diğer ifade ile mirasçılık belgesi ile murise ait malvarlığının mirasçılara intikali sağlanacaktır. Dolayısıyla mirasçılık belgesi dışında bir tespit hükmüne ihtiyaç bulunmayacaktır. Buna karşın, şayet muris sağlığından sahte ya da mevhum bir isim kullanmış ve bu isim marifetiyle resmi bir kimlik de çıkarmış ise, bu faraziye; murisin vefatıyla sahte ve mevhum isimle kayıtlı malvarlığının mirasçılara intikali için mirasçılık belgesi dışında bir tespit hükmüne de ihtiyaç bulunacaktır. Böylesi bir ihtimalde mirasçılık belgesinin tavzihi marifetiyle hukuki bir çözüm bulmak olanaksız olacaktır. Kamuoyunda Susurluk hadisesi olarak bilinen vakıada; Abdullah Çatlı, Mehmet Özbay isimli bir sahte kimlik kullanmış ve bu isimle kayıtlı malvarlığı bulunduğu, Abdullah Çatlı'nın vefatıyla Mehmet Özbay adına kayıtlı malvarlığının doğrudan mirasçılara intikali, Abdullah Çatlı'ya ait mirasçılık belgesi marifetiyle sağlanamadığından, bir tespit davası ikame edilerek, Mehmet Özbay sahte kimliği kullanan kişinin gerçekte Abdullah Çatlı olduğunun tespiti talep edilmiştir. Yerel mahkeme söz konusu davayı bilerek sahte kimlik kullanmanın suç olduğu ve bunun kullanılmasının meşru ve hukuka uygunluğunu tespitinin istenemeyeceğini belirtmiştir¹²⁷. Yargıtay özel dairesi ise eda davası açılması mümkün olan hâllerde tespit davası açılmayacağını vurgulayarak yerel mahkeme kararını onamıştır¹²⁸.

etmiştir. HMK'nun 165. maddesine göre bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına kadar yargılama bekletilebilir. Somut olayda; Davalı Safiye Çelebi'nin eşi muris Osman Nuri Çelebi'yi öldürdüğü için açılan ceza davasında cezalandırılmasına karar verildiği ancak kararın sanıklar tarafından temyiz edildiği ve henüz kesinleşmediği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece Antalya 4. Ağır Ceza e Mahkemesinin 2012/486 Esas - 2013/205 Karar sayılı dosyasının HMK'nun 165. maddesi gereğince bekletici mesele yapılarak, bu davanın sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir." (14. HD 15.10.2015, 2403/9067).

127 "Bilerek sahte kimlik kullanmak TCK 350. maddesine göre suç teşkil eder. Sahtecilikle temin edilen sahte kimlikle yapılan hukuki muameleler rızadaki fesat hâllerinden hile olgusunu oluşturduğu cihetle BK. 28. maddesine göre hukukça değersizdir. Böyle olunca usul ve yasa dışı yollardan temin edilen başkasına ait sahte kimliğin ve bunun kullanılmasının meşru ve hukuki uygunluğunun tespiti talep ve dava edilemez, bu yönü amaçlayan tespit davası dinlenemez. Yasal dayanaktan yoksun bulunan ve mesmu olmayan talep ve davanın reddine karar vermek gerekmiştir." (Bakırköy 8. Asliye Hukuk Mahkemesi, 27.01.1998, 1997/586, 1998/10).

128 "Eda davası açılması mümkün olan hâllerde tespit davası açılmaz. Bu yönü dava şartı olup, davanın başında esasa girilmeden dikkate alınması gerekir. Davada davanın dinlenebilirliğine ilişkin bu şart oluşmadığından red sonucu itibarıyla doğru olan hükmün onanması gerekirken incelenen onama kararında mahkemenin gerekçesine de katılmak suretiyle onama yapıldığı anlaşılmakla davacının karar düzeltme isteği bu sebeple yerinde görülmemekle yukarıda tarih ve sayısı gösterilen onama kararının kaldırılmasına sonucu itibarıyla doğru olan kararın onanmasına." (2. HD 15.07.1998, 7625/8974).

Bu vesile ile yeri gelmiş iken gerek yerel gerekse Yargıtay tarafından serdedilen gerekçelere katılmadığımızı paylaşmak isterim¹²⁹. Nitekim böyle bir ihtimalde tespit davası da mesmu olacaktır¹³⁰.

129 Zira yerel mahkemenin gerekçe bölümünde belirtilen suç olgusu ceza muhakemesinin konusuna girer. Ceza muhakemesiyle, medeni muhakeme hem konu, hem amaç hem de yöntem bakımından tamamen farklı muhakeme dallarıdır. Ayrıca suç ve cezalarda ceza hukukuna göre şahsiliik prensibi geçerlidir ki zaten söz konusu sanık vefat etmiştir ve ceza muhakemesi konusuz kalmıştır. Aksini kabul ettiğimizde, söz konusu sanık vefat etmese bile suçunun ve cezaların şahsiliği ilkesi gereğince suç ve cezanın sonuçlarından yalnız Abdullah Çatlı sorumlu olacaktı. Aksini kabul edip sonuçlarını mirasçılara sirayet ettirip, onların en temel hakları olan mülkiyet ve miras haklarına halel getirmek hem miras hukukunun anan prensiplerine “ Hiç kimse kendi hukuka aykırı, haksız fiiliyle, mirasçılarının miras haklarına zarar veremez” hem de normlar hiyerarşinin en üstünde bulunan Anayasamıza aykırıdır. Şöyle ki; AY Mad. 35 herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Anayasa hükümlerinin en temel ve bağlayıcı hükümler olduğu tartışılmazdır. Yine AY Mad. 11 buna açıkça belirtmektedir: “Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Diğer bir gerekçe sahtecilik işlemleri rızadaki fesat işlemlerinde hile olgusunu belirtmiştir. Aldatma (Hile) BK 36. maddesinde düzenlenmiştir. aldatma olgusu bir kimsenin davranışı ile diğer bir şahsı ifade beyanında bulunmaya sevk etmek için o şahısta hatalı bir fikrin doğumunu veya teyidini ya da devamına kasten sebebiyet vermedir. Bu bakımdan hile kasten bir kişinin saik hatasına düşürülmesi olanak nitelendirilebilir. BK 36. maddesinde belirtildiği üzere hile olgusunun ortaya çıkmasında müeyyide olarak “Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile o akit ile ilzam olunamayacağı kanun açıkça belirtmiştir. Diğer tarafın aldatmasıyla akit icrasına mecbur olan taraf” diye belirtmiştir. Ayrıca satıcı bakımından tarafın A. Çatlı veya M. Özbay olmasının hiçbir ehemmiyeti yoktur. Bu tür satım sözleşmesi iki taraflı sözleşmelerdendir. Alıcının borcu borç konusu edimi (semeni) ifa etmek satıcının borcu da söz konusu eşyanın mülkiyetini tüm haklardan ari olarak alıcıya geçirmektir. Davacı vekili bidayet mahkemesine sunduğu dilekçede açıkça belirttiği gibi M. Özbay’ın, Abdullah Çatlı olduğunun tespitini talep etmiş, bidayet mahkeme ise hukuka aykırı ve gayriemeşru durumların hukuka uygunluğu ve meşruluğunun tespiti istenemez diyerek neticeyi istemeden farklı bir zemine oturtmak istemiştir. Ayrıca şu da iyi bilinmelidir ki tespit davası her ne kadar M. Usul hukukunda düzenlenmese bile sadece hukuka uygun durumlar değil hukuka aykırı hatta haksız fillerin tespiti de istenebilir. Kaldı ki, BK 74. maddesine göre; hâkim kusur olup olmadığı yahut haksız fiilin failin temyiz kudretine haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmıyla bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususunda dahi hukuk hâkimini takyit etmez ise de hem Yargıtay hem de doktrinin kabul ettiği üzere hukuk hâkimi ceza hâkiminin olay ve vakıaların tespitine ilişkin hükmüyle bağlıdır. O hâlde Susurluk Ceza Mahkemesinin 1996/186 E, 1997/88 K.numaralı ilamı açıkça Mehmet Özbay Abdullah Çatlı olduğuna ilişkin tespit hükmü, yerel mahkeme yönünden bağlayıcı olması gerekecektir. Dolayısıyla hukuk Devletinin gereği bireyin haklarının ziya uğratıp onları çözümsüzlük içinde bırakmak değil bizzat kendisinden hukuki himaye talep eden bireylerin subjektif haklarını himaye etmesidir.

130 “Ahmet Durucan’ın Osman Kâhya’nın mirasçısı olduğunu, çekişme konusu taşınmazlardaki Hacı Mirze/Mirza/Hacı Mirza oğlu Osman Kâhya’nın murisi olan Osman Kahya ile aynı kişi olduğunun tespitine karar verilmesi istemiyle eldeki davayı açmış, mahkemece Osman Kahya’nın nüfusa kayıtlı olmadığı, davacının dedesi Mehmet Cemil’in baba ve kardeşlerini gösteren nüfus kayıtlarına ulaşılamadığı, Mehmet Cemil’in baba adının Hacı Osman olduğu ve Osman Kahya ile aynı kişi olduğunun doğrulanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; mahkemece yapılan araştırma ve soruşturmanın hüküm

Şartların mevcut olması hâlinde bir yabancı gerçek kişi ya da Türk Vatandaşlığından çıkarılan kişi¹³¹ de Türk Mahkemeleri önünde mirasçılık belgesi talebinde bulunabilecektir¹³². Murisin yabancı devlet vatandaşı

vermeye yeterli olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur. Hâl böyle olunca, mahkemece yaşı mahalli bilirkişiler ile taşınmazların başında keşif yapılarak tanıkların keşif mahallinde dinlenmeleri, taşınmazların kimler tarafından kullanıldığının tespit edilmesi, dosya içerisindeki Diyarbakır Sulh Hukuk Mahkemesinin 1988/938 E-1989/224 K. sayılı mirasçılık belgesi ve zabıta araştırmaları da gözetilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.” gerekçesiyle bozulmuş, mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Karar, davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi Esra Çakır’ın raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü; Hükmüne uyulan bozma kararında, gösterildiği şekilde işlem yapılarak karar verilmiştir. Davalının temyiz itirazı yerinde değildir. Reddi ile usul ve yasaya ve bozma kararının gerekçelerine uygun olan hükmün onanmasına.” (1. HD 07.05.2015, 5093/6865).

131 “5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28. maddesi “Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerini görme ve muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler” hükmünü içermektedir. Mirasçılardan Hayrettin Boztaş’ın Bakanlar Kurulunun 20.05.2002 günlü 4229 sayılı izni ile Türk vatandaşlığından çıkmış olması nedeniyle anılan kanunun 28. maddesi hükmü dikkate alınmadan miras haklarını ortadan kaldıracak şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 14.12.2015, 1963/6512).

132 “Davacı miras bırakanın vefat ettiğini açıklayarak, murisin mirasçılarını gösterir mirasçılık belgesi verilmesini talep ve dava etmiştir. Toplanan kanıtlardan, aile nüfus kayıt Örneğinden miras bırakan Nuri Karaahmet’ in 28.05.2006 tarihinde vefat ettiği, murisin nüfus kayıtlarında 1972 yılında Nuriye Karaahmet ile evlendiği ve bu evlilikten müşterek dört çocuğunun dünyaya geldiği evli iken 24.03.1985 tarihinde Marie Luise Katharina Krings ile evlendiği bu evliliğinden Aylin Karina isminde bir kızının olduğu, bu hâliyle ikinci evliliğin mutlak butlanla batıl olduğu M.K 147/son’a göre evli iken yeniden evlenen bir kimsenin Önceki evliliği mutlak butlan karan sona ermiş ise ve ikinci evlenmede diğer eş iyi niyetli ise, bu evlenmenin butlanına karar verilemez. Yine M.K. 156. maddesine göre batıl bir evlilik ancak hakim karar ile sona erer, mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur hükmü mevcuttur. Somut olayın incelenmesinde murisin kendinden önce ölen Nuriye ile evli iken 24.05.1985 yılında Danimarka’da yabancı uyruklu Marie Luise Katharina Krings ile evlendiği, bu evlilik her ne kadar mutlak butlanla batıl olsa bile butlan kararına kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurduğu, miras hakkının da bunun sonuçlarından biri olduğu, yine önceki eş Nuriye’nin de 27.10.2001 tarihinde vefat etmesi ile birlikte ikinci evliliğin kanun gereğince geçerli hâle geldiği, bu evlilikten’ de müşterek çocuk Aylin Karina’nın dünyaya geldiği, ayrıca muris Nuri Karaahmet’in Federal Almanya Cumhuriyeti Züriç Başkonsolosluğuna 05.07.1984 tarihinde verdiği ifâdesinde evlilik dışı 30.05.1984 doğumlu Aylin Karina’yı tanıdığı murisin mirasçılarının Eşi Marine Luise Katharina Karaahmet ile çocukları Şenol, Nuran, Aylin, Gürten ve Musa oldukları mirasçılarının sağ olduğu ve başka mirasçısı bulunmadığı anlaşıldığından davanın kabulüne karar vermek gerekmiştir.” (Silivri Sulh Hukuk Mahkemesi, 22.07.2008, 838/800); Somut olayda; hakkında mirasçılık belgesi düzenlenmesi istenen Athanasios Kapetanidis’in Yunan uyruklu olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, yabancı miras bırakan hakkında mirasçılık belgesi verilmesini

olması ihtimalinde MÖHUK 20. maddesi gereği miras, vefat edenin milli hukukuna göre belirlenecektir¹³³. Keza MÖHUK'nun 20. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki hükme göre Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanacaktır¹³⁴. Dolayısıyla murisin yabancı olması ve Türkiye'de taşınmaz bulunması ihtimalinde taşınmazlar hakkında Türk Hukuku¹³⁵; taşınmaz dışındaki terekesi noktasında ise

engelleyen bir hüküm bulunmadığından Mahkemece yazılı gerekçeyle karar verilmesi doğru olmuştur. Buna göre, Mahkemece talepte bulunan ile miras bırakan arasındaki irs ilişkisinin açıklığa kavuşturulması, talepte bulunan ve miras bırakanın Yunan uyruklu oldukları gözetilerek, miras meselesinin Yunanistan mevzuatının esas alınarak çözümlenip çözümlenmeyeceğinin değerlendirilmesi, gerekirse uzman bir hukukçu (Uluslararası Özel Hukuk Uzmanı) bilirkişiye inceleme yaptırılmak suretiyle uzman bilirkişiden Yargıtay denetime uygun gerekçeli rapor temin edilmesi, mirasçılık belgesi düzenlenirken Türkiye'de bulunan taşınmazlar yönünden Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde öngörülen kısıtlamaların belirtilmesinin düşünülmesi, toplanan ve toplanacak deliller bir arada değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken Mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." (8. HD 20.06.2014, 2013/21374, 2014/13040).

133 "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesi hükmünde başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenlere Sulh Mahkemesi'nce mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verileceği, 5718 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde mirasın ölenin milli hukukuna tabi olduğu, Türkiye'deki taşınmaz mallar hakkında Türk hukukunun uygulanacağı, mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümlerin ise terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Yabancılık unsuru taşıyan miras davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK. 43. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür hükmü gereğince muris Hatice Akkan'ın taşınmazının bulunduğu Balıkesir 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin yetkili olduğu anlaşılmış bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 01.06.2015, 1997/6013).

134 "Miras ölüm günündeki hukuki durum ile iktisap olunur. Miras bırakanın 16.3.1972 olan ölüm tarihine göre, Türkiye ile Yunanistan arasında taşınmazların edinilebilmesi konusunda fiili bir karşılıklılık uygulaması yoktur. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanacağından davacılar taşınmazları miras yolu ile iktisap edemezler. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." (2. HD 08.11.2007, 13994/15300).

135 "Dava hasımsız olarak açılan mirasçılık belgesinin verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece; murisin ve mirasçılarının Türk vatandaşı olmadığı, mirasın ölenin milli hukukuna tabi olduğu, murisin ve mirasçılarının vatandaşı olduğu Amerika Birleşik Devletlerinden alacakları mirasçılık belgesinin Türk mahkemelerinde tanınmasından sonra delil olarak kullanılmasının mümkün olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç davanın niteliğine, yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir. 2675 Sayılı MÖHUK'nun 22. maddesi mirasın ölenin milli hukukuna tabi olduğunu, Türkiye'deki taşınmaz mallar hakkında Türk hukukunun uygulanacağını, mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümlerin ise terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Türk Hukukunda, veraset belgesi vermeye yetkili Türk mahkemesinin, yabancı miras bırakan hakkında, yabancı hukuka tabi mirası için veraset belgesi vermeyi engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan kesin hüküm teşkil etmeyen çekışmesiz olarak verilen mahkeme kararlarının tanınmasına ya da tenfizine olanak yoktur. Zira Türk Hukukunda mirasçılık belgesi aksi ispat edilinceye kadar mirasçıları gösterir. Bunun doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi iptali ve düzeltilmesi de istenebilir. Yabancı bir mahkemeden alınmış mirasçılık belgesine Türk Hukukunun tanıdığı ve kabul ettiği değerden daha fazla bir güç de yükletilemez. Aksi her zaman ispat edilebileceğine göre de

murisin milli hukuku uygulanacaktır¹³⁶. Nitekim taşınmazlar hakkında Türk Hukukunun uygulanmasına matuf hüküm emredici, kamu düzeninden ve münhasır yetki kuralı mahiyetinde olup¹³⁷, tek taraflı bir bağlama kuralıdır¹³⁸. Murisin Türk vatandaşı, mirasçılarının yabancı olması ihtimalinde mirasçılık belgesi talebini mirasçılar, Türk Mahkemeleri önünde talep edecektir ki bu hâlde Türk Hukuku uygulanacaktır¹³⁹. Ne

tanınması yahut tenfizi yoluna da gidilemez. Somut olaya gelince; muris Özdemir Gençöz'ün Türk Vatandaşı iken 1995 yılında vatandaşlığının kaybettirildiği, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı iken 1998 yılında öldüğü anlaşılmaktadır. O hâlde öncelikle, davacıya murisin mirasçıları olduğu iddia edilen eşi ve çocukları ile arasındaki irsi bağı gösteren, vatandaşı oldukları Amerika Birleşik Devletleri Mahkemeleri veya Nüfus Müdürlüklerince usulüne uygun düzenlenmiş ilam ya da nüfus kayıtlarını sunmaları için süre verilmeli, davacidan menkul ya da gayrimenkul mallar hakkında mı yoksa her ikisi hakkında mı mirasçılık belgesi talep ettikleri sorulmalı, menkuller yönüyle davacının yardımından da yararlanılarak (2675 S.K. m.2) miras bırakının milli hukuku tesbit edilmeli, taşınmazlar bakımından Türk kanunları uygulanmalı, mirasın iktisabına yönelik olarak murisin vatandaşı bulunduğu Amerika Birleşik Devletleri ile karşılıklı bulunup bulunmadığı araştırılmalı, toplanan ve toplanacak delillerin sonucuna göre gerektiğinde menkuller ve gayrimenkuller hakkında olmak üzere iki ayrı mirasçılık belgesi düzenlenmesi gerekebileceği düşünülmelidir." (7. HD 23.01.2012/7173, 2013/366).

136 "Türk Hukukunda mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar mirasçıları gösterir. Bunun doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, iptali ve düzeltilmesi de istenilebilir. Yabancı bir mahkemenin alınmış veraset kararına Türk Hukukunun tanıdığı ve kabul ettiği değerden fazla bir güçte yükletilemez. Aksi her zaman ispat edilebileceğine göre de tanınması yahut tenfizi yoluna da gidilemez.(2675 S.K.m.34-42) Türk Hukukunda, veraset belgesi vermeye yetkili Türk mahkemesinin, yabancı miras bırakan hakkında, yabancı hukuka tabi mirası için veraset belgesi vermeyi engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Veraset belgesi verilmesi ölenin milli hukukuna tabidir. Bu istek mirasın açılması, iktisabı, taksimine yönelik istisnalar kapsamında kabul edilemez.(2675 S.K.m.22/2) Mahkemece; davacının yardımından da yararlanılarak (2675 S.K. m.2) miras bırakının milli hukuku tespit edilip veraset ilamı verilmemesi doğru olmadığı gibi, taşınmazlar bakımından, mirasın iktisabına yönelik olarak karşılıklı usulüne uygun araştırılmadan (TKm.35) yazılı şekilde hüküm kurulması da usul ve yasaya aykırıdır." (2. HD 19.07.2006, 4387/11476).

137 "Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır. (2675 S.K. md. 22) Miras, miras bırakanın ölüm günündeki hükümlere göre mirasçılara intikal eder. (4722 S.K. md. 17) Miras ölümle açılır. Hiçbir işleme tabi olmadan kendiliğinden mirasçılara intikal eder. (743 S. M.K. md. 517) Mirasçı olabilmek için, miras bırakanın vefatı anında sağ ve mirasçılığa da ehil olması gerekir. (743 S.M.K. md. 522) Bir kişinin mirasçılığa ehil olup olmadığı mirasın açıldığı gündeki hukuki statüsüne göre belirlenir. Miras bırakan ve davacının Arnavutluk vatandaşı olduğu tartışmasızdır. 28.04.1961 gün ve 5/1142 sayılı kararname ile Arnavutluk uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'deki taşınmazlar üzerindeki tasarruf hakları kısıtlanmıştır. Bu kararname 6.1.2005'te yürürlükten kaldırılmıştır. Miras bırakan 21.03.1984'te vefat etmiştir. Daha sonra 19.07.2003'te yürürlüğe giren 4916 sayılı yasanın ve kararnamenin yürürlükten kaldırılmasının, ölüm tarihindeki Tapu Kanununun 35. maddesinin uygulanmasına engel oluşturmaz. Yapılan araştırma sonucu Türkiye ile Arnavutluk arasında ölüm günü itibarıyla karşılıklı olmadığı anlaşılmaktadır. Menkuller yönünden bir isteğin bulunmadığı da dikkate alınarak davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (2. HD 15.03. 2007, 3163/4133).

138 ULUSU KARATAŞ, s. 383, 384.

139 RUHİ, s. 41.

var ki mirasın intikali noktasında mirasçının tabi olduğu ülke hukuku ile Türk Hukuku arasında mütakabiliyet¹⁴⁰ şartı aranacaktır¹⁴¹.

140 “Mahkemece Hiristo Dumav’ın hangi ülke vatandaşı olduğu tespit edilerek mensubu bulunduğu ülke ile mirasın ölüm tarihi (mirasın intikal tarihi) esas alınarak karşılıklılık mevcut olup olmadığı tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (14. HD 05.11.2015, 2642/9927).

141 “4722 sayılı Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun m.17 hükmüne göre mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölüm tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. Kanun, mirasa ehil olmayanlar dışındaki herkesin mirasçı olabileceğini öngördüğüne göre(TMK 577/1); “Yabancı” olmak kural olarak mirasçı olmaya engel değildir. Ancak, miras ölenin milli hukukuna tabidir.(5718 s.MÖHUK M.20/1) Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanır. Mirasın açılmasına, iktisabına terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. (5718 s.MÖHUK M.20/2) Ulusal hukukumuzda yer alan bu hükümler uyarınca, miras bırakan Türk uyruklu ise ve ölüm tarihi itibarıyla mirasçuları arasında yabancı uyruklu olanlar varsa, yabancı uyruklu bu mirasçılarını; Türkiye’de bulunan bir taşınmazı miras yoluyla kazanabilmeleri için Türk Hukuku uygulanacaktır. 5444 sayılı kanunla değişik 2644 sayılı Tapu Kanunu madde 35’e göre; yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla Türkiye’de taşınmaz mal edinebilirler. Karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına veya yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine de tanınması esastır. Bu maddenin beşinci fıkrasında belirtilen; “karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı aynı hakların intikal işlemlerinin yapılarak tasfiye edileceğine” yönelik hüküm, bu kanunun yürürlüğe girdiği 26.07.2005 tarihinden sonra ölen miras bırakanlar bakımından uygulama olanağına sahiptir. Kanun karşılıklılık esasının ne şekilde belirleneceğini açıklamamıştır. Türk yabancılar hukukunun genel ilkelere dayanarak olan karşılıklı işlem (mütakabiliyet)esası, en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkelerinde diğerinin vatandaşına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eder. Ancak en önemli nokta 28.05.1927 günlü 1062 sayılı kanunda ifade edildiği üzere idari karar veya istisnai kanunlarla Türk uyruklular bakımından mülkiyet haklarının kısmen veya tamamen sınırlandırılıp, sınırlandırılmadığının daha açık bir ifade ile fiili durumun belirlenmesidir. Yabancı ülke mevzuatında bir engel olmamakla beraber Türk Vatandaşlarının o ülkede taşınmaz mal edinmeleri şu veya bu biçimde fiilen engelleniyorsa, Tapu Kanununun 35.maddesinde açıklanan edinme engelinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Bunun yanında yabancı ülke taşınmazın bulunduğu yer bakımından izne bağlılık ve yasaklamalar getirilmişse bizim mevzuatımız bakımından engel olmasa bile sahildeki taşınmazın yabancı tarafından edinilebileceği kabul edilemez. Miras bırakan Eftihya Anastasyadis ile lehine vasiyet olunanların Yunanistan vatandaşı oldukları konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davada aydınlığa kavuşturulması gereken husus; yukarıda belirtilen ölüm tarihine göre Türkiye ile Yunanistan arasında, miras yoluyla taşınmazın kazanılabilmesi yönünde “karşılıklılık” ilkesinin fiili (eylemlî) olarak gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü ve Dış İşleri Bakanlığı Konsolosluk Daire Başkanlığı tarafından dosyaya gönderilen yazılarda; Türkiye ile Yunanistan arasında yabancıların ve bu bağlamda Türk Vatandaşlarının Yunanistan’da dava açmaları, açılmış davaya müdahil olmaları ve icra takibinde bulunmaları hâlinde teminat göstermekle yükümlü tutulup tutulmadıklarına ilişkin mevzuat hükümleri ve uygulama yönünden fiili karşılıklılığın bulunup bulunmadığı hususunda Yunanistan Dışişleri Bakanlığından 18.08.2010 tarihinde alınan notada, Yunanistan Adalet Bakanlığından alınan bilgiye atfen, Yunanistan’ın 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi’ne taraf olmadığı ve Medeni Usul Hukuku bakımından Yunanistan’da lex fori ilkesinin geçerli olduğunun ve Yunanistan Medeni Kanununun 4.maddesine göre, yabancı uyrukluların Yunan vatandaşlarıyla aynı medeni

V. MİRASÇILIK BELGESİNİN İPTALİ DAVASI

Kanun, çekişmesiz yargı kararlarının niteliğini belirlemek için üç farklı ölçüt belirlemiştir. Bunlar; ilgililer arasında uyumsuzluk bulunmayan hâller, ilgililer arasında herhangi bir hak bulunmayan hâller ve hâkimin kendiliğinden harekete geçtiği hâllerdir. Ancak bu sayma tahdidi değildir. Örnekleme yoluna gidilerek kolaylık sağlanarak bir nevi meseleci yönetime başvurulmuştur¹⁴². Zira listede sayılı olmayan

haklara sahip olduğunun; Türk vatandaşlarının Yunanistan'daki sınır bölgeleri de dâhil her yerde miras yoluyla gayrimenkul edinebileceklerinin belirtildiği görülmektedir. Bu durum, iki ülke arasında "karşılıklı" ilkesinin fiili (eylemli) uygulama yönünden daha sağlıklı değerlendirilebilmesine olanak sağlayacak şekilde yaşandığını göstermektedir. Mahkemece yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, Yunan vatandaşı vasiyetçi Sevastos Chatzidimitriou ile Dimitrios Chatzidimitriou yönünden, muris Eftihiya Anastasyadis'in ölüm tarihi itibarıyla, hukuki ve fiili karşılıklılığı "miras yoluyla taşınmaz edinebilme" yönünden iki ülke arasında gerçekleştiği göz önünde bulundurularak yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına." (3. HD 17.05.2012, 7355/12656); Aynı yönde bkz. (8. HD 21.11.2014, 3607/21536).

- 142 "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382/1 maddesinde; "Çekişmesiz yargı, hukukun mahkemelerde, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır" hükmüne yer verilmiş; bu ölçütler ise ilgililer arasında uyumsuzluk olmayan hâller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı hâller ve hâkimin re'sen harekete geçtiği hâller olarak ifade edilmiştir. Kanunda çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu önce genel çerçevesi belirlenerek, daha sonra da mümkün olduğunca sayılarak belirtilmiştir. Ancak bu sayma sınırlı olmadığından yasa maddesinde sayılmayan fakat çekişmesiz yargı ölçütlerini taşıyan diğer işlerin de çekişmesiz yargı işi olarak kabulü gerekir. Yani, 382. maddede sayılmamakla beraber çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilebilir. Tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi taleplerinde, talep eden taraf tapu kayıtlarındaki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun hâle getirilmesini istemekte olup bu tür işlerde hasım gösterilen Tapu Müdürlüğü ile aralarında bir uyumsuzluk yoktur. Tapu Müdürlüğü davada sadece yasal hasım olarak yer almaktadır. Gerçekte yargılamada taraf değil, sadece ilgilidir. İlgililerin uzlaşması hâlinde çekişmenin ortadan kalktığından söz edilemez veya bu iş ilgili tarafın davayı kabulü sonuç doğurmaz. Taraflar arasında bu anlamda gerçek bir çekişmenin varlığı söz konusu değildir. Bu tür taleplerde yukarıda belirtildiği gibi talep edenlerin tapu kayıtlarının malik hanesindeki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun biçimde düzeltilmesi dışında ileri sürebilecekleri herhangi bir hakları da bulunmamaktadır. Yine bu tür taleplerde, kimlik bilgilerinde düzeltme yapılması istenen tapu maliki ile ilgili araştırmada mülkiyet nakline neden olunmaması için, taraf delilleri dışında gerekli görülen hususlarda re'sen araştırma yapılması gerekmektedir. Ayrıca, bu yargılamanın sonucunda verilen kararlar kesin hüküm sayılmamaktadır. Kararın haksız veya hatalı görülmesi hâlinde ileri sürülen delillere göre yeniden düzeltme talebinde bulunulabilmesi, hükmün değiştirilebilmesi mümkündür. Bunların yanında, uygulamada davanın kabulüne karar verilmesi hâlinde dahi yargılama giderleri davacı üzerinde bırakılmakta, Tapu Müdürlüğü yargılama giderlerinden ve vekâlet ücretinden sorumlu tutulmamaktadır. Bütün bu değerlendirmelere göre; tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi işleri de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382. maddesinde belirtilen çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır. Kaldı ki, 382. maddenin 2-ç/1 fıkrasında "Taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması" çekişmesiz yargı işi sayılmış olup, niteliği itibarıyla tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi işler de bu tanıma uymaktadır." (1. HD 19.02.2015, 847/2459).



hâllerde kanunun saydığı üç ölçüte göre bir talebin çekişmesiz yargı işi olup olmadığı değerlendirilecektir¹⁴³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinde açıkça aksine hüküm olmayan hâllerde, çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğini düzenlemiştir. Bundan çıkan anlam, aksine hüküm olmayan hâllerde çekişmesiz yargı kararlarının içeriğinin bağlayıcı olmadığı, şartların değişmesi hâlinde mahkeme tarafından gerekçesi gösterilmek suretiyle önceki kararın değiştirilebileceği, düzeltilbileceği ya da iptal edilebileceğidir¹⁴⁴. Türk Hukuk Yargılamasında bu davaların en güncel ve

143 "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382/1 maddesinde; "Çekişmesiz yargı, hukukun mahkemelerde, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır" hükmüne yer verilmiş; bu ölçütler ise ilgililer arasında uyumsuzluk olmayan hâller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı hâller ve hâkimin re'sen harekete geçtiği hâller olarak ifade edilmiştir. Kanunda çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu önce genel çerçevesi belirlenerek, daha sonra da mümkün olduğunca sayılarak belirtilmiştir. Ancak bu sayma sınırlı olmadığından yasa maddesinde sayılmayan fakat çekişmesiz yargı ölçütlerini taşıyan diğer işlerin de çekişmesiz yargı işi olarak kabulü gerekir. Yani, 382. maddede sayılmamakla beraber çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilebilir. Tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarında, davacı taraf tapu kayıtlarındaki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun hâle getirilmesini talep etmekte olup bu tür davalarda hasım gösterilen Tapu Sicil Müdürlüğü ile aralarında bir uyumsuzluk yoktur. Tapu Sicil Müdürlüğü davada sadece yasal hasım olarak yer almaktadır. Gerçekte davada taraf değil, sadece ilgilidir. İlgililerin uzlaşması hâlinde çekişmenin ortadan kalktığından söz edilemez veya bu davalarda ilgili tarafın davayı kabulü sonuç doğurmaz. Taraflar arasında bu anlamda gerçek bir çekişmenin varlığı söz konusu değildir. Davacıların yukarıda belirtildiği gibi davada tapu kayıtlarının malik hanesindeki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun biçimde düzeltilmesi dışında ileri sürebilecekleri herhangi bir hakları da bulunmamaktadır. Yine bu tür davalarda, kimlik bilgilerinde düzeltme yapılması istenen tapu maliki ile ilgili araştırmada mülkiyet nakline neden olunmaması için, taraf delilleri dışında gerekli görülen hususlarda re'sen araştırma yapılması gerekmektedir. Ayrıca, bu davaların sonucunda verilen kararlar kesin hüküm sayılmamaktadır. Kararın haksız veya hatalı görülmesi hâlinde ileri sürülen delillere göre yeniden düzeltme talebinde bulunulabilmesi, hükmün değiştirilebilmesi mümkündür. Bunların yanında, uygulamada davanın kabulüne karar verilmesi hâlinde dahi yargılama giderleri davacı üzerinde bırakılmakta, Tapu Sicil Müdürlüğü yargılama giderlerinden ve vekâlet ücretinden sorumlu tutulmamaktadır. Bütün bu değerlendirmelere göre; tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davaları da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382. maddesinde belirtilen çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır. Kaldı ki, 382. maddenin 2-ç/1 fıkrasında "Taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması" çekişmesiz yargı işi sayılmış olup, niteliği itibarıyla tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarından başka bu tarife uyacak bir dava türü de bulunmamaktadır. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 383. maddesine göre de, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemeleridir. Bu itibarla, çekişmesiz yargı işi olan tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarına sulh hukuk mahkemelerince bakılması gerekir." (14. HD 24.01.2013, 2012/14299, 2013/1021).

144 "4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 29. maddesi hükmünde; bir kimsenin sağ veya ölü olduğunu veya belirli bir zamanda ya da başka bir kimsenin ölümünde sağ bulunduğunu ileri süren kimsenin iddiasını ispat etmek zorunda olduğu, 30. madde hükmünde de; doğum ve ölümün öncelikle nüfus sicilindeki kayıtlarla, nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya

en tipik türü mirasçılık belgesi verilmesi davalarıdır. Bu davalar sonunda verilen kararlar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Çekişmesiz yargı kararları şekli anlamda kesin hükme elverişli olsa bile¹⁴⁵ maddi anlamda kesin hükme elverişli değildir¹⁴⁶.

Oysa çekişmeli yargı iki taraf sistemi üzerine kurulduğu için asıl olan sübjektif haklarının korunmasıdır¹⁴⁷. Bir diğer ifade ile çekişmeli yargı, objektif hukukun kişilere bahşetmiş olduğu ancak üçüncü kişiler tarafından

bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa her türlü delille kanıtlanabileceği belirtilmiştir. Hukukumuzda çekişmeli yargıya tabi davalarda taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup, hâkim tarafların talepleri ile bağlıdır. Çekişmesiz yargıya tabi davalarda ise re'sen araştırma prensibi egemendir. Hasımsız açılan ve çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmediği gibi bu kararlar açılacak bir iptal davası sonucunda değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir." (7. HD 23.01.2013, 2012/7341, 2013/355).

145 SELÇUK, *İtiraz*, s. 940.

146 "Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nun 1.maddesinde mahkemelerin görevinin kanunla belirleneceği, 2. maddesinde ise dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalar ile şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadıkça Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanunun 4/1-ç maddesinde, Sulh Hukuk Mahkemesi veya Sulh Hukuk Hâkiminin bu kanun ile diğer kanunların Sulh Hukuk Mahkemesini görevlendirdiği davaları göreceği açıklanmıştır. Öte yandan; aynı Kanunun 383. maddesinde çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme olmadığı sürece Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu belirtilmiş, 382/2-c maddesi ilişkin davalar da bu kapsamda sayılmış ne var ki; mirasçılık belgesinin iptali istemiyle açılan davalar hakkında düzenleme yapılmamıştır. O hâlde; mirasçılık belgesinin iptali davalarının hasımlı olarak açıldığı, sonucunun tarafları açısından kesin hüküm oluşturduğu dikkate alındığında çekişmeli yargı kapsamında kalan davalardan olduğu, bu nedenle 6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra açılan mirasçılık belgesinin iptali davalarına bakmakla görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur. Görev kamu düzenine ilişkin olduğundan taraflara öne sürülmesi bile mahkemelere kendiliğinden dikkate alınması gerekir." (7. HD 19.12.2012, 8699/9564).

147 "TMK'nın 598. maddesi gereğince başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir. Mirasçılık belgesinin geçersizliği de her zaman ileri sürülebilir. Yine TMK'nın 575. maddesi gereğince miras ölümle açıldığı gibi aynı kanunun 30. maddesi hükmüne göre de doğum ve ölüm, nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus kütüklerinde kayıt bulunmaması veya bulunan kaydın doğru olmadığından anlaşılması hâlinde gerçek durum her türlü delille ispat edilebilir. Hukukumuzda çekişmeli yargıya tabi davalarda taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup, hâkim tarafların talepleri ile bağlıdır. Hâkim, talepte bulunan tarafların iddia ettiği olaylar ve ileri sürdüğü delillerle yetinerek karar vermek zorundadır. Çekişmesiz yargıya tabi davalarda ise re'sen araştırma prensibi egemendir. Hasımsız açılan ve çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmediği gibi bu kararlar açılacak bir iptal davası sonucunda değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir. Somut olayda, davacıların iptalini istediği Batman Sulh Hukuk Mahkemesinin 15.12.2010 tarihli ve 2010/1199 Esas, 1168 Karar sayılı veraset ilamı ile bu verasete esas alınan 2010/682 Esas, 948 Karar sayılı veraset ilamına göre davalılar adına tapuda intikal işlemlerinin yapıldığı dosya içerisindeki tapu kayıtlarından anlaşılmalıdır. Bu durumda mahkemece tapu kayıt malikinin davacıların murisi olup olmadığının tespiti için ilgili tapu kayıtları, tapulama tutanakları ve dayanak belgeleri ile nüfus kayıtları getirtilerek incelenmesi, tarafların tanıkları dinlenerek ve tüm delilleri birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir." (14. HD 04.05.2015, 2768/4987).



tartışma ve itiraz konusu yapılan sübjektif hakların gerçekleşmesini sağlamak suretiyle toplum barışını korumaya hizmet etmektedir¹⁴⁸. Çekişmesiz yargı ise daha çok sübjektif hak yokluğu üzerine kurulu olduğundan, çekişmeli yargıda hükmün değiştirilmezliği esastır. Aksi hâlde tarafların sübjektif hakkı ihlal olacaktır¹⁴⁹. Buna karşın, çekişmesiz yargıda, sübjektif hak yokluğundan dolayı, hak ihlal edilmediğinden hükümlerin sonradan değiştirilmesi mümkündür¹⁵⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu açıkça; aksine hüküm bulunmadıkça çekişmesiz yargı kararlarının maddi manada kesin hüküm oluşturmayacağını ifade etmiştir (HMK m. 388).

Mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veya iptali davaları çekişmeli yargı alanına gireceği talepli bir davada verilecek hüküm¹⁵¹, maddi anlamda kesin hüküm¹⁵² oluşturacağı cihetle de ilam olarak nitelenmek mümkün olacaktır. Dolayısıyla mirasçılık belgesinin iptali davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir¹⁵³. Nitekim mirasçılık

148 KURU, *Usul I*, s. 43.

149 KURU, *Nizasız Kaza*, s. 189.

150 KURU, *Nizasız Kaza*, s. 189.

151 “Somut olayda, dava ve talep mirasçılık belgesinin iptali ve yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Dava, Eskişehir 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2013/1965 Esas, 1939 Karar sayılı mirasçılık belgesinde mirasçı olan Leman Akalın, Süheyla Atasayan ve Semiha Akalın hasım gösterilerek açıldığından çekişmeli hâle gelmiştir. Bu nedenle mirasçılık belgesinin iptali ve yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle açılan dava çekişmeli yargı niteliğinde olduğundan asliye hukuk mahkemesi görevlidir.” (14. HD 17.11.2015, 2823/10512).

152 KILIÇOĞLU, s. 270.

153 “6100 sayılı HMK’nın “çekişmesiz yargı işleri” başlığını taşıyan 382/2-c maddesinin 6. bendine göre mirasçılık belgesi verilmesi sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girmekte ve çekişmesiz yargı kapsamında kalmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi HUMK’nın 8/ II-5 maddesi uyarınca mirasçılık belgesinin verilmesi, değiştirilmesi veya iptal davaları ile ilgili görev sulh hukuk mahkemesine verildiği hâlde HMK’nın 382/2-c maddesinin 6. bendine göre sulh hukuk mahkemeleri sadece mirasçılık belgesi verilmesiyle ilgili istekler konusunda görevlidir. Buradan hareketle mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veya daha önce verilen mirasçılık belgesinin iptali ve yeniden düzenlenmesi davalarının sulh hukuk mahkemesinde görülemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Kaldı ki mirasçılık belgesinin iptali davalarının hasımlı olarak açılması zorunlu bulunduğu çekişmesiz yargı kapsamından çıkıp çekişmeli yargı mahiyetini aldığı da bir gerçektir. Bu durum karşısında HMK’nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra açılan bu dava bakımından HMK’nın 382/2-c maddesinin 6. bendi uyarınca asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Görev kamu düzenine ilişkin olduğundan ve mahkemece davanın her aşamasında re’sen gözetilmesi gerektiğinden mahkemece mirasçılık belgesinin iptali ile yeniden mirasçılık belgesi verilmesi yönünde hüküm kurulması gerekirken iptal ile yetinilerek mirasçılık belgesi vermek üzere sulh hukuk mahkemesine görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.” (14. HD 15.12.2015, 4034/11611); “Dava, iptali istenen mirasçılık belgesinde mirasçı olarak gösterilen kişi aleyhinde açılmış olup, yargılama sonucunda verilecek kararla miras paylarının değişmesi söz konusu olabileceğinden, dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK’nın Sulh Hukuk Mahkemelerinin Görevi başlıklı

belgesinin iptali davaları çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmadığı gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382. maddesinin belirttiği ölçütlere uygun olmayıp, ikamesi herhangi bir süreye tabi değildir. Yetkili mahkeme konusunda mutlak yetki kuralı olmadığından, mirasçılık belgesinin verilmesine dair yetki hükmüne paralel şekilde mirasçıların her birinin mukim ya da sakin olduğu mahaldeki asliye hukuk mahkemeleridir (HMK m. 11/3)¹⁵⁴ Mirasçılık belgesinin iptali çekişmeli yargıya dâhil bir dava türü olduğundan¹⁵⁵, Türk Medeni Kanunu 598. maddesinde düzenlenen mirasçılık belgesi kapsamına dahil olmadığı, dolayısıyla kesin hüküm niteliği bulunmayan mirasçılık belgesine karşı, ikame edilecek mirasçılık belgesinin iptali davası için herhangi bir süre söz konusu olmayıp¹⁵⁶, her zaman ikame edilecektir. Zira mirasçılık belgesinin iptali davası sonunda tesis edilecek karar, kesin hüküm gücünü haiz bir ilam sayılacaktır¹⁵⁷. Mirasçılık belgesinin iptali davası, mirasçılık belgesinin hatalı ya da eksik olmasından mütevellit maddi gerçeği yansıtmamasından zuhur edebileceği gibi; maddi hukuk etkisi olan ölüme bağlı tasarrufun iptaline matuf bir mahkeme ilamından mühlhem olabilir. Mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin çekişmesiz yargılama faaliyetine üçüncü bir kişi asli müdahale talebinde bulunması, yargılamayı çekişmeli hâle getirip, sulh hukuk mahkemesini görevsiz hâle getirecek midir? Kanaatimizce, sulh hukuk mahkemesinde görülen mirasçılık belgesi talebine üçüncü bir kişinin asli müdahil olması davanın niteliğini değiştirmez. Zira asli müdahilin talebi de mirasçılık belgesi verilmesi talebine matuftur. Dolayısıyla, çekişmesiz yargının nitelik ve mahiyeti değişmeyeceği gibi, mahkemeyi de görevsiz kılmayacaktır. Nitekim mahkeme her bir talep hakkında bağımsız hüküm kuracağından, muris ile mirasçı arasında hukuki ve organik bağın bulunmaması ihtimalinde sıfat yokluğu gündeme gelecektir. Kaldı ki görev husus kamu düzeninden ve yargılamanın her

4. maddesinde sayılan davalardan olmadığı gibi, 382/2. maddesinde de sayılmayan mirasçılık belgesinin iptali davası çekişmeli yargı işi niteliğindedir. Bu durumda, çekişmeli yargı kapsamındaki davanın asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” (20. HD 20.11.2015, 13116/11544).

154 RUHİ Ahmet Cemal / RUHİ Canan, **Mirasçılık Belgesi, İptali ve Yeni Mirasçılık Belgesi Verilmesi**, Ankara 2015, s. 37; KURŞAT, *Makale*, s. 585; KURŞAT, *Tereke*, s. 318; ERİŞGİN Nuri, **Mirasçılık Belgesi**, Ankara 2013, s. 170.

155 “Somut olayda, dava ve talep mirasçılık belgesinin iptali istemine ilişkindir. Dava, Gebze Sulh Hukuk Mahkemesinin 1995/1047 Esas, 1996/257 Karar sayılı mirasçılık belgesinde mirasçı olan davalılar hasım gösterilerek açıldığından çekişmeli hâle gelmiştir. Bu nedenle mirasçılık belgesinin iptali ve yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle açılan dava çekişmeli yargı niteliğinde olduğundan asliye hukuk mahkemesi görevlidir.” (14. HD 02.11.2015, 2725/9566).

156 ERİŞGİN, s. 195; KURŞAT, *Tereke*, s. 318.

157 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 581.



aşamasında göz önüne alınacağından, somut durumda asli müdahilin mirasçılık belgesi verilmesi talebi dışındaki istemleri mahkemece ayrıca değerlendirilecektir.

Mirasçılığın iptali davası, ilgili olan yani mirasçılık belgesinin verilmesiyle menfaati ihlal edilen herkes tarafından¹⁵⁸ tüm mirasçılara yöneltilmesi zorunludur¹⁵⁹. Zira çekişmeli yargılama sonunda verilecek hüküm¹⁶⁰ taraflar arasında maddi manada kesin hüküm oluşturacaktır. Dolayısıyla aynı taraflar arasında aynı davanın yeniden görülmesi yani mirasçılık ilamının iptali ve değiştirilmesi mümkün olmayacaktır¹⁶¹. Şayet şartları var ise yargılamanın iadesine konu olacaktır. Ancak mirasçılık belgesinin iptali davasında taraf olmayan mirasçı yeniden mirasçılık belgesinin iptalini ya da değiştirilmesini talep edebilmelidir. Zira ilk davada taraf olmadığı için onun yönünden maddi manada kesin hüküm yoktur. Mirasçılık belgesinin iptali kararı kanun yoluna tabidir. İptal kararı, geçmişe etkili olup, önceki mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan işlemlerin yeni hak durumuna göre düzeltilmesinin mümkün olduğu, dolayısıyla yeni bir davaya ihtiyaç bulunmayacağı savunulmuştur¹⁶². Buna karşılık gerek mirasçılık gerekse mirasçılık belgesinin iptali kararı yenilik doğuran inşai bir etki veya eda hükmü içermeyip, geçmişe etkili sonuç doğurmayacağından bu belgeye dayalı olarak yapılan işlemlerin düzeltilmesi gerekeceği de ileri sürülmüştür¹⁶³. Kanaatimizce gerçek hak durumunu yansıtmayan mirasçılık belgesine göre yapılan hukuki

158 ERİŞGİN, s. 176.

159 "Somut olayda davacı taraf iptali istenilen mirasçılık belgesinde mirasçı olarak gösterilen 1959 doğumlu Yusuf Hızır'ı taraf göstermemiştir. Taraf koşulu gerçekleştirilmeden karar verilemez. O hâlde mahkemece öncelikle iptali istenilen mirasçılık belgesinde kendisine pay verilen 1959 doğumlu Yusuf Hızır davaya dahil ettirilmeli, davadan sonra öldüğü anlaşılırsa var ise tüm mirasçıların gösterir mirasçılık belgesi varsa taraflardan istenilerek getirilmeli, belirlenecek mirasçıları da davaya dahil edilmeli, bu şekilde taraf koşulu gerçekleştirildikten sonra davanın esasına girilmeli, taraflardan varsa başkaca delilleri de sorulup saptanmalı, toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir hüküm verilmelidir" (14. HD 30.04.2015, 2432/4921); KURŞAT, *Tereke*, s. 318.

160 "Somut olayda, dava ve talep mirasçılık belgesinin iptali istemine ilişkindir. Dava, Silifke Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/79 Esas, 2011/1214 Karar sayılı mirasçılık belgesinde mirasçı olan davalılar hasım gösterilerek açıldığından çekişmeli hâle gelmiştir. Bu nedenle mirasçılık belgesinin iptali ve yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi istemiyle açılan dava çekişmeli yargı niteliğinde olduğundan asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Mahkemece, davanın esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken mirasçılık belgesinin iptali davalarında görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 12.10.2015, 2465/8795).

161 ŞAHİNİZ, s. 17.

162 ŞAHİNİZ, s. 22.

163 KOCAĞA, s. 101; KURŞAT, *Tereke*, s. 319.

işlemler, özellikle taşınmazdaki yolsuz tescili terkin ve gerçek durumu yansıtan mirasçılık belgesine göre tescilin sağlanması ancak yeni bir dava ile mümkündür. Zira mirasçılık belgesinin iptali kararı tespit mahiyetinde olup, yenilik doğuran yahut eda mahiyeti bulunmadığından geçmişe etkili olmayacaktır. Dolayısıyla iptal edilmiş mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan tapu sicilinin düzeltilmesi için Türk Medeni Kanun'un 1025. maddesi uyarınca dava açılması icap edecektir. Üçüncü kişilerin iyi niyetle kazanımları saklıdır (TMK m. 988, 1023). Kaldı ki uygulamada tapu müdürleri böylesi bir inisiyatif de uhdelere almayacaktır.

VI. YABANCI MAHKEMEDEN VERİLEN MİRASÇILIK BELGESİNİN TANINMASI VE TENFİZİ MESELESİ

Devletlerin yargı yetkisi mülki ve tekeldir. Bir diğer ifade ile her ülke kendi egemenlik alanı altında vuku bulan hukuki hadiselerin ancak ülke mahkemelerinde yargılanmasını kabul eder. Bu ülkelerin egemenlik ve kudret sıfatı ile ilgilidir. Bununla beraber bu kural çok katı uygulanmayıp, vatandaşlarının şahsi statüye ilişkin bazı davaların yabancı mahkemede görülmesine müsamaha göstermiş, ancak bunu kendi kanunlarına göre belli bir süzgeçten geçirilmesi şartıyla hukuki bir kesinlik atfetmiştir.

Yabancı mahkemelerde verilen kararlar ülkelerin yargı egemenliği ve ülkeselliği ilkesi gereğince tek başına başka bir ülkede doğrudan geçerlik kazanmaz¹⁶⁴. Zira yabancı mahkeme kararı, yabancı memlekette iktisap

164 "Hukuk düzeninde istikrar sağlama amacı taşıyan kesin hüküm, hükme karşı yasa yollarının tükenmesi (şekli anlamda kesin hüküm) ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bir daha dava konusu yapılmaması (maddi anlamda kesin hüküm) şeklinde hukuk yargılama sistemimizde yer almaktadır. Şekli anlamda kesinleşmeyi zorunlu kılan, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin yeniden dava konusu yapılamaması amacını güden maddi anlamda kesin hüküm 6100 sayılı HMK'nın 303. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın, taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun "Tanıma" başlıklı 58. maddesi gereğince "Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığından mahkemece tespitine bağlıdır." Yabancı mahkeme kararlarının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi için öncelikle yabancı ilâmın tenfiz koşullarının oluştuğu hususu mahkemece belirlenmelidir. 5718 sayılı Kanunun 54. maddesi uyarınca tenfizin en önemli koşullarından biri de Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunmasıdır. Somut uyuşmazlıkta, Amsterdam Mahkemesinin 29.04.2009 günlü 282653/HA ZA 04-336 sayılı kararı mahkemece kesin hüküm olarak kabul edilmiştir. Anılan mahkemenin bulunduğu Hollanda Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında bu kararların tenfizini mümkün kılan karşılıklılık esasını düzenleyen bir anlaşma veya fiili bir durum bulunmamaktadır. Anılan karar tenfizinin olanaklı olmaması nedeniyle kesin hüküm ve kesin delil olarak kabul edilmez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.10.1972 günlü ve 2/493-829 sayılı kararında da açıklandığı üzere ancak

edilmiş bir hakkı tespit etmektedir. Yabancı mahkeme kararlarına Türkiye Cumhuriyeti Mahkemeleri tarafından verilen tanıma kararı¹⁶⁵ yabancı ilama kesin hüküm ve kesin delil vasfı kazandırır¹⁶⁶. Dolayısıyla tanıma için evvela yabancı mahkeme kararının tesis edildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmesi zorunludur¹⁶⁷. Zira yabancı mahkeme kararları, tanıma kararının kesinleştiği anda kesin hüküm ifade eder¹⁶⁸. Aksi hâlde kesin

takdiri delil olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, işin esası incelenerek bir hüküm kurulması gerekir. Mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken kesin hüküm gerekçesiyle davanın usulden reddi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 17.03.2015, 2014/16082, 2015/2916); EKŞİ, Nuray, Yabancı Boşanma Kararının Türkiye’de Tanınması Davasının Mirasçılar Tarafından Açılabileceğine İlişkin Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2012, C. 32, S. 1, (s. 33–50), s. 34, 35.

165 “Tanıma davası; yabancı bir mahkemeden bir hukuk davasına ilişkin olarak verilen ve verildiği mahkemenin tabi olduğu hukuk sistemi uyarınca kesinleşmiş olan mahkeme kararlarının Türkiye’de de “kesin delil” ve “kesin hüküm” teşkil etmesini sağlamaya yönelik davalardır. Tenfiz davası ise; icra kabiliyetine sahip olan mahkeme kararlarının Türkiye’de de icra edilebilirliğini sağlamaya yönelik davalardır. Diğer bir deyişle tanıma davaları; yalnızca “kesin delil” ve “kesin hüküm” niteliği kazandıran davalar olup icra kabiliyeti kazandırma gücüne sahip değildir. Oysa tenfiz davaları; tanıma davalarının sağladığı etkilerin yanı sıra icra kabiliyetine de yol açar. Bu sebeple kararın tanınmasına ilişkin şartlar ile tenfizine ilişkin şartlar farklılık arz etmektedir.” (4. HD 13.02.2014, 196/2410).

166 “Boşanma davası 25.04.2005 tarihinde açılmıştır. Bu dava devam ederken yabancı mahkemece 5.9.2005 tarihinde tarafların boşanmalarına karar verilmiş, 03.10.2005 tarihinde kesinleşen yabancı mahkeme kararı, boşanma davasının devamı sırasında tanınmış; tanımaya ilişkin karar 18.10.2011 tarihinde kesinleşmiştir. Tanıma kararı, yabancı ilama kesin hüküm vasfı kazandırır (5718 s.MÖHUK. md.58) ve bu hâlde yabancı ilamın kesin hüküm etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder (5718 s. MÖHUK. md. 59). Yabancı mahkeme kararı 3.10.2005 tarihinde kesinleştiğine göre, az önce açıklanan yasal hüküm gereği taraflar bu tarihte boşanmışlar demektir. Tarafların evliliği bu tarihte “boşanma” ile sona erdiğine göre, birbirlerine karşı evlilik birliğinden doğan yasal yükümlülükleri de aynı tarihte ortadan kalkmıştır. Tedbir nafakasına ise boşanma veya ayrılık davasının devamı süresince hükümlenabilir (TMK. md. 169) Evliliğin sona ermesinden sonra tedbir nafakasına hükmedilemez. Tarafların 3.10.2005 tarihinde boşandıkları dikkate alınarak davacı yararına dava tarihinden bu tarihe kadar geçerli olacak şekilde tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.” (2.HD 12.09.2012, 14566/21053); NOMER Ergin, “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 1999, (s. 909- 922), s. 912.

167 NOMER, *Kesinleşme Şartı*, s. 910.

168 “Yabancı mahkemece verilen boşanma kararının tanınması talebine ilişkin davada, davanın kabulü hâlinde sadece yabancı mahkemece verilen kararın tanınmasına karar verilmesi yeterlidir. Bunun yanında ayrıca “tarafların boşanmalarına” karar verilemez. Çünkü tanıma kararı ile yabancı mahkeme kararına “kesin hüküm” vasfı kazandırılmış olacaktır. (5718 s.MÖHUK.m.58/1) Bu etki de yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edecektir. (5718 s.MÖHUK.m.59) Bu bakımdan tanıma kararı yanında, hükümde ayrıca tarafların boşanmalarına karar verilmesine lüzum yoktur. Bu yön nazara alınmadan mahkemece, tarafların boşanmalarına da karar verilmesi doğru değil ise de, bu husus sonuca etkili bulunmadığından bozma sebebi yapılmamış, yanlışlığa değinilmekle yetinilmiştir.” (2. HD 30.09.2014, 12641/18937); Kuru, Usul V, s. 6145.

hüküm ve kesin delil vasfı olmaz¹⁶⁹. Özellikle ahkam-ı şahsiye davalarının kamu düzeni ve kamu yararı niteliklerinden ötürü kesin hüküm etkisi, tanıma kararına bağlı olarak tesis edildiği ülkede kesinleştiği tarihten itibaren sonuçlarını doğuracaktır¹⁷⁰. Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de

169 “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle yabancı mahkemeye verilen boşanma kararı Türkiye’de “kesin hüküm” ve “kesin delil” vasfını kazanmadığından, davaya etkisinin bulunmamasına göre, yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına” (2.HD 12.03.2014, 2013/22418, 2014/5541).

170 “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 59. maddesi uyarınca; “Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder.” Hemen belirtmelidir ki, her mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki ayrı sonucu bulunmaktadır. Kesin hüküm teşkil eden mahkeme kararları-istisnalar dışında- icra kabiliyeti de taşırlar. Ne var ki, hem kesin hüküm, hem de icra kabiliyetini birlikte taşımayan mahkeme kararları da bulunmaktadır. Bir mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki sonucu birlikte taşıyıp taşımadığı, kesin hüküm teşkil eden o mahkeme kararının hukuki niteliğine göre belirlenir. Aynı sonuç yabancı mahkeme kararları için de söz konusudur. Kesin hüküm, bir uyumsuzluğu nihai olarak ortadan kaldıran ve o hususun mahkemelerde yeniden inceleme konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vasfıdır ve kararın aynı konuda, aynı taraflar arasında, aynı sebeple yeniden kaza organı önünde muhakeme konusu yapılamamasıdır. İstisnalar dışında icra kabiliyeti olan kararlar, hem maddi hem de şekli kesinlik taşıyan kararlardır. Maddi anlamda kesin hükmün, taşıdığı niteliğin gereği olarak, iki sonucu bulunmaktadır: kararın kesin delil teşkil etmesi ve aynı konuda, aynı taraflar arasında, aynı sebeple dava açılması hâlinde karşı tarafın kesin hüküm itirazında bulunabilmesidir. İşte yabancı mahkeme kararının tanınmasının hukuki gerekçesini, kararın kesin hüküm kuvveti oluşturmaktadır. Tanıma; “Bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin yabancı ülkede kabulü”; “Bir mahkeme kararının, sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak, maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren vasfı”dır. Her mahkeme kararı hem kesin hüküm, hem de icra kabiliyetini birlikte taşımamakta; bazı kararlar nitelikleri gereği yalnız kesin hüküm teşkil etmekte, fakat icra kabiliyetleri bulunmamaktadır. İşte bu tür yabancı mahkeme kararları yalnız tanınabilir; tenfiz edilemezler. Çünkü icra kabiliyetleri yoktur. Tespit kararları ile yenilik doğurucu kararların Türkiye’de yalnız tanınmaları mümkün olup; bunlara tanıma şartları uygulanacaktır. Eda kararlarının ise, hem tanınmaları hem de tenfizleri mümkündür. Boşanma kararları hukuksal nitelikçe yenilik doğurucu kararlardandır. Yenilik doğurucu kararlar ise, bir hukuki durumun kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması için hak sahibinin iradesinin kafi gelmemesi ve durumun ancak bir mahkeme kararı ile doğmasının gerekli olduğu hâllerde açılan dava sonucu verilen karardır. Bu kararların hukuki alanda etkili olmaları için icraya ihtiyaçları yoktur. Bu kararlar taşıdıkları inşai tesir (yenilik doğurucu etki) ile arzu edilen sonuçları doğururlar. Hukukumuzda, yenilik doğurucu oldukları kabul edilen kararlar, babalık kararı, evlenmenin butlanı, ölüme bağlı tasarrufların iptali, nesebin reddi, evlat edinmeye izin ve boşanma kararları olarak sayılabilir. Bu kararların icra özelliği olmayıp; yabancı mahkeme kararı sadece bu kararlara yönelikse ve Türkiye’de nüfus kayıtlarında işlem yapılması amaçlanıyorsa, tanıma kararı bu amacı gerçekleştirmeye yeterli olacaktır. Görülmektedir ki, boşanma kararları hukuki nitelikçe yenilik doğurucu kararlardan olmakla, tanınmaları olanaklıdır. Ne var ki, bir boşanma kararı aynı zamanda icraya koymayı gerektiren, bir eda kararını (tazminat, nafaka, çocuk teslimi gibi) da taşıyorsa bu hâlde kararın eda bölümü için tenfiz şartlarının aranması gerekir. Diğer taraftan, tanıma yabancı mahkemeye verilen kesinleşmiş bir kararın kabul edilmesi işlemi olup; tanımada amaç, sadece kararın maddi anlamda kesinliğinden yararlanmasıdır. O hâlde, tanıma kararı verilebilmesinin ön koşulu bir yabancı mahkeme kararının varlığı ve bu kararın kesinleşmiş olmasıdır. 5718 sayılı Kanununun (MÖHUK), yukarıya metni aynen alınan 59.maddesinde;

tanıma ve tenfizi için kararın verildiği ülke hukukuna göre; hem şekli hem de maddi manada kesinleşmiş¹⁷¹ ve kesin hüküm niteliği¹⁷² kazanmış olması gerekir¹⁷³. Yabancı ilamın kesin hüküm kuvvetine sahip olup olmadığı kararın verildiği ülke hukukuna göre tayin edilecektir¹⁷⁴. Zira maddi manada kesinleşmeyen kararların kesin hüküm kuvveti bulunmayıp¹⁷⁵, aynı hususun yeniden dava edilmesinin önü alınamayacağından, kesin hükmün olumsuz sonuçları tahakkuk etmeyecektir. Kural olarak çekişmeli yargıya ait kararlar, maddi manada kesin hüküm gücünü haiz olduğundan, kesin hüküm, ancak tarafları arasında geçerli ve bağlayıcıdır. Kaldı ki çekişmeli yargıda iki taraf mevcuttur. Buna karşın, çekişmesiz yargıya dahil kararlar maddi manada kesin hüküm oluşturmazlar¹⁷⁶. Zira hâl ve şartlara göre her

yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisinin, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. Bu hükümle, yabancı mahkemeye ait ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisinin yabancı mahkeme kararının tanınmasından itibaren değil, tanımaya konu yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren etkisini göstereceği kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, tanıma kararları nitelikleri gereği, verildikleri andan geriye etkili olarak yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibariyle hüküm ifade edecektir. Bunun sonucu olarak da; boşanma kararının tanınması hâlinde taraflar, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren boşanmış kabul edilecek; boşanmanın kesinleşmesine bağlı hukuki sonuçlar da, yine bu tarihten itibaren hüküm ifade edecektir.” (8. HD 03.04.2012, 981/2448).

171 NOMER, *Kesinleşme Şartı*, s. 911.

172 ERTAŞ Şeref, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1998, DEÜHFD, C. III. S. 1–4, (s. 365–438), s. 391.

173 ERTAŞ, s. 372. “Kesin Hüküm etkisini ikinci ülkede tanıma veya tenfiz kararı verildiği andan itibaren değil, birinci ülkede ilamın kesinleştiği andan itibaren doğurur. Yabancı ilamın ikinci ülkede tanıma ve tenfiz yoluyla kazandığı kesin hüküm etkisi, aynı konuda çelişik başka bir yabancı mahkeme kararının da tanıma ve tenfizini önler. Tanıma ve tenfiz talebi ikinci ülke mahkemesince red edilmiş ve bu red kararı kesinleşmiş ise bunun yarattığı kesin hüküm de aynı yabancı ilamın ikinci defa tanıma ve tenfizinin talep edilmesini önlemektedir. Buna mukabil bu, yabancı ilamın konusun teşkil eden olay bakımından ikinci ülkede tekrar dava açılmasını engellemez.”

174 ERTAŞ, s. 392; EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 129.

175 “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle tanınması talep edilen yabancı mahkeme kararının aslı veya ilamı veren yargı organı tarafından onanmış örneği sunulmamış olup, davacı tarafından sunulan boşanma belgesinin, mahkeme kararı değil, avukat tarafından düzenlenmiş olmasına ve bu belgenin tanıma veya tenfize esas alınmayacağına, davacı tarafından da, mevcut bu belge dışında başka bir belgenin sunulmamış olmasına, belge eksikliğine dayalı olarak verilen ret kararının, işin esası bakımından “kesin hüküm” oluşturmayacağına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına.” (2. HD 26.05.2015, 5850/10700).

176 “Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin vasiyetname, Türk vatandaşı olan vasiyetçi tarafından yurtdışında el yazısıyla düzenlenmiş, düzenlendiği ülkede açılıp okunmuştur. Vasiyetnamenin açılıp okunması işlemi ve bu işlemi belirleyen yabancı mahkeme kararı, maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde değildir. Çıkarmanın iptali davası için, vasiyetnamenin açılıp okunmasına dair yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınmasına ve tenfizine de lüzum bulunmamaktadır. Açılıp okunduğunun yabancı resmi belge ile belgelendirilmiş olması yeterlidir. Vasiyetnamenin açılıp okunmasının onun geçerliliği

daim kaldırılması ve değiştirilmesi mümkündür. Buna karşın, çekişmesiz yargıya ait kararların çoğu inşai tesire sahip olduğu için, hükme bağladıkları hususların yeniden dava konusu yapılması hukuk güvenliği ve toplum menfaati sebebiyle uygun görülmeyecektir. Ancak, inşai nitelikteki yabancı mahkeme kararı, evlilik hukuku, nesep ya da soy bağına ilişkin olup, Türk kamu düzenini ihlal eder mahiyette olabilir. Bu ihtimalde, inşai nitelikteki yabancı mahkeme kararı, verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmiş olsa bile, Türk Mahkemelerine yapılacak tanıma talebi kabul görmeyecektir¹⁷⁷. Bu sebeple, çekişmesiz yargıya ait kararların da kamu düzenini¹⁷⁸ ihlal etmediği müddetçe Türk Mahkemelerinde tanınması ve kesinleşmesi mümkün olacaktır. Ancak, bu etki maddi manada kesin hüküm etkisiyle değil, inşai tesir sebebiyledir¹⁷⁹. İşte bu noktada, inşai tesire haiz çekişmesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması mümkündür¹⁸⁰. Dolayısıyla, çekişmesiz yargıya ait yabancı mahkeme kararları, maddi anlamda kesin hükme sahip olmamalarına karşın, inşai etkiye sahip oldukları için Türk Mahkemelerinde tanınıp, kesinleşmeleri sağlanıp, yeniden aynı konunun dava edilmesinin önüne geçilecektir. Zira inşai hakkın niteliği gereği inşai hak dava yoluyla kullanılarak tüketildiği için yeni bir davaya vücut vermeyecektir. Keza ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze matuf kararların da tesis edildikleri mahal hukukuna göre taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin ve nihai olarak çözüme kavuşturması hâlinde ilam mahiyetiyle genel mahkemelerde¹⁸¹ tenfize konu olabileceği savunulmuştur¹⁸². Şayet çekişmesiz yargıya ait yabancı

üzerinde bir etkisi yoktur. Başka bir ifade ile usulünce açılmayan bir vasiyetname, bu işlem yapılmadı diye geçersiz hâle gelmez. Vasiyetnamenin usulünce açılıp okunması, buna bağlanan sonuçların doğması için gereklidir.” (2. HD, 11.02.2013, 2012/27278, 2013/2984).

177 SUNGURTEKİN Özkan, s. 564.

178 “Miras bırakan ve mirasçıları (davacılar) Suudi Arabistan uyrukludurlar. Yabancı hukuk, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde uygulanmayacaktır. Ancak buradaki kamu düzenine aykırılığı, temel hak ve hürriyetlere, Milletlerarası Hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına genel ahlaka, Türk Hukukunun temelini teşkil eden, devletin vazgeçemeyeceği ilkelere aykırılık olarak düşünülmemesi gerekmektedir. Nitekim 1926 senesinden önce ölen miras bırakanlar hakkında da bu yasanın uygulandığı düşünüülürse kamu düzenine açıkça aykırılığın bulunmayacağı açıktır. Belirtilen sebeplerle işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile isteğin reddedilmesi doğru görülmemiştir.” (2. HD 13.06.2006, 2290/9327).

179 KURU, *Nizasız Kaza*, s. 183.

180 ŞANLI Cemal, “Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması” **İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul 1990, (s. 291- 307), s. 297; NOMER, *Kesinleşme Şartı*, s. 917.

181 “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanununun 51. maddesinde “Tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir” hükmü yer almaktadır. Somut olayda; mirasçılık belgesine ilişkin yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfizi istendiğine göre, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.” (20. HD 09.11.2015, 8206/10838).

182 DOĞAN İzzet, *Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, Ankara 2010, s. 209.



mahkeme kararı inşai kuvvete haiz değilse, tanınması ve kesinlik kazanması mümkün olmadığı için kesin hükmün olumsuz sonucu yani aynı konunun yeniden dava edilmesinden varestede olamayacaktır¹⁸³. Bu tür kararlar Türk Mahkemelerinde ancak takdiri delil niteliğinde kabul görecektir¹⁸⁴. Gaiplik, yaş düzeltilmesi ve isim tashihi kararları inşai etkiye haiz iken, mirasçılık belgesi verilmesi (veraset) ve vasiyetin açılıp okunması kararları, inşai kuvvete sahip değildir. Dolayısıyla maddi anlamda kesin hüküm kuvvetini haiz olmayan yabancı mirasçılık belgelerinin tanıma ve tenfizinin mümkün olmadığı savunulmuştur¹⁸⁵. Bu görüş çerçevesinde yabancı mirasçılık belgesi kesin hüküm otoritesinden mahrum olduğundan Türkiye’de resmi bir senet olarak HMK 224. maddesi gereği tanınabileceği vurgulanmıştır¹⁸⁶. Buna karşın, doktrinde yabancı mirasçılık belgelerinin tespit hükmünde olduğu, Türkiye’de sonuç doğurabilmesi için tanınması gerektiği, icraya başvurulmasını icap ettiren bir husus bulunmadığından tenfize konu olmayacağı da savunulmuştur¹⁸⁷. Nitekim çekişmesiz yargıda tesis edilen kararlar cebri icrayı istilzam eden bir niteliği haiz değildir. Bu minvalde, Yargıtay, bazı kararlarında maddi manada kesin hüküm oluşturmayan bu tür kararların, bu bağlamda mirasçılık belgesi verilmesine dair kararın tanınması ve tenfizinin söz konusu olmayacağını belirtmiş iken¹⁸⁸, bir diğer

183 ŞANLI, s. 298; ERTAŞ, s. 384.

184 ŞANLI, s. 306; ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2012, s. 665.

185 SEVİÇ Vedat Raşit, *Mirasla İlgili Devletler Hususi Hukuku Kaideleri*, İstanbul 1963, s. 191; ULUOCAK Nihal, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, İstanbul 1987, s. 149-150; NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 20. Bası, İstanbul 2013, s. 524; ŞANLI, s. 296- 298; NOMER, *Kesinleşme Şartı*, s. 919; NOMER Ergin, “Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları”, *İBD C. 65, S. 10- 11- 12*, İstanbul 1991, s. 792.

186 SEVİÇ, s. 193; NOMER, *Veraset*, s. 792.

187 EKŞİ Nuray, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, İstanbul 2013, s. 92; NOMER, *Kesinleşme Şartı*, s. 919.

188 “2675 Sayılı MÖHUK’nun 22. maddesi mirasın ölenin milli hukukuna tabi olduğunu, Türkiye’deki taşınmaz mallar hakkında Türk hukukunun uygulanacağını, mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümlerin ise terekenin bulunduğu yer hukukuna tabi olduğu hükmüne bağlanmıştır. Türk Hukukunda, veraset belgesi vermeye yetkili Türk mahkemesinin, yabancı miras bırakan hakkında, yabancı hukuka tabi mirası için veraset belgesi vermeyi engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan kesin hüküm teşkil etmeyen çekişmesiz olarak verilen mahkeme kararlarının tanınmasına ya da tenfize olanak yoktur. Zira Türk Hukukunda mirasçılık belgesi aksi ispat edilinceye kadar mirasçılığını gösterir. Bunun doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi iptali ve düzeltilmesi de istenebilir. Yabancı bir mahkemeden alınmış mirasçılık belgesine Türk Hukukunun tanıdığı ve kabul ettiği değerden daha fazla bir güç de yükletilemez. Aksi her zaman ispat edilebileceğine göre de tanınması yahut tenfizi yoluna da gidilemez.” (7. HD 23.01.2013, 2012/7173, 2013/366); “Miras ölümle açılır. Miras bırakan Mustafa 1986 yılında ölmüştür. Dosyada bulunan mirasçılık belgesi Rodop Bidayet Mahkemesine aittir. Bu belgenin tanınması mümkün olmadığından değer ifade etmez.” (2. HD 06.12.2006, 17733/17107).

kararında mirasçılık belgesi kararının tanınmasına cevaz vermiştir¹⁸⁹. Doktrinde, Yargıtay'ın yabancı mirasçılık belgesinin tanınmasına cevaz verdiği kararı teyit eden görüşe göre ise tanınması veya tenfizi talep edilen yabancı ilamın kesinleşmiş olup olmadığına karar veren yabancı mahkeme usul kanununa göre belirlenmesi gerektiği¹⁹⁰ dolayısıyla bu konuda Türk usul hukukunun uygulanamayacağı, kesinleşme şartının bütün yabancı ilamlar için geçerli olup, mirasçılık belgesinin çekişmesiz yargıya dahil olduğundan dolayı kesinleşme şartına elverişli olduğunu söylemenin doğru olmayacağı da vurgulanmıştır¹⁹¹. Aynı görüş zemininde yabancı mahkemeler tarafından tesis edilip, üzerinde kesinleşme şerhi bulunan mirasçılık belgelerinin kesin hüküm niteliğinde olmadığı ileri sürülemeyeceği, ancak yabancı mirasçılık belgesinde Türkiye'deki taşınmaz malların mirasçılarının hangi oranda mirasçı olduklarını içerir mahiyette olması ihtimalinde Türk Mahkemelerinin münhasıran yetki alanına müdahale sebebiyle tanınamayacağı dile getirilmiştir¹⁹². Bu görüş minvalinde Türk Hukukunda Tapu Kanunu'nun 35. maddesi de göz önüne alındığında; yabancıların miras marifetiyle taşınmaz iktisabını düzenleyen hükümler kamu düzeninden olduğundan¹⁹³, yabancı

189 "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun tenfize ilişkin 50. maddesinde, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlı olduğu belirtilmiştir. Aynı kanunun tanımaya ilişkin 58. maddesinde ise yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlı olduğu, tanımda 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması şartı uygulanmayacağı, ihtilafsız kaza kararlarının tanınmasının da aynı hükme tâbi olduğu açıklanmıştır. Somut olaya gelince; davacı Müzeyyen Kıp tarafından vasiyetnameye dayanılarak Nürnberg Asliye Mahkemesi'nden atanmış mirasçılık belgesi istendiği, mahkemece 21.10.2009 tarih, VI 2081/09 esas sayılı kararı ile davacının miras bırakan Ayşe Yıldız'ın tek başına mirasçısı olduğuna karar verildiği, karar aslı ve onaylı tercümesinin de dosya içinde bulunduğu anlaşılmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK'nunda hukuk mahkemesi kararlarının ve ihtilafsız yargı kararlarının tanınabileceğinin belirtildiği, tanıma ve tenfiz kararı verilmesi için yabancı mahkeme kararının kesin hüküm oluşturması şartının bulunmadığı, sadece mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinin yapılabileceği vurgulanmıştır. Ayrıca tanıma ve tenfizine karar verilecek yabancı mahkeme kararlarının mirasçılar açısından kesin hüküm oluşturmayacağı, Türk Mahkemelerinden verilmiş mirasçılık belgeleri gibi ilgililer tarafından her zaman iptalinin istenebileceği de kuşkusuzdur. Hâl böyle olunca; mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz davacı Müzeyyen Kıp'ın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün bozulmasına." (7. HD 23.02.2012, 2011/6691, 2012/1100).

190 EKŞİ, *Miras*, s. 122.

191 EKŞİ Nuray, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul 2013, s. 571.

192 EKŞİ, *Tanıma / Tenfiz*, s. 576; NOMER, *Veraset*, s. 794.

193 "Tapu Kanunu, karşılıklılık ilkesinin ne şekilde belirleneceğini açıklamamıştır. Türk Yabancılar Hukuku'nun genel ilkelerinden olan karşılıklılık, uluslararası bir anlaşma

mahkeme mirasçılık belgesinin tanınması davasında Türk Mahkemesi tarafından yabancıların miras yoluyla taşınmaz edimine ilişkin hükümler de dikkate alınacaktır¹⁹⁴. Zira yabancı kişiler karşılıklı şartıyla Türkiye'deki taşınmazları devir ve tevarüs edebileceğinden, karşılık şartının nakıs

ile tanınabileceği gibi, iç hukukta bir engel koymama biçiminde de gerçekleşebilir. Ancak karşılıklığın belirlenmesinde en önemli nokta, idari karar veya özel kanunlarla Türk vatandaşları bakımından mülkiyet hakkının kısmen veya tamamen sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı, bir başka deyişle fiili karşılıklığın bulunup bulunmadığıdır. Yabancı ülke mevzuatında bir engel bulunmamakla birlikte, Türk vatandaşlarının o ülkede taşınmaz mal edinmeleri şu veya bu biçimde fiilen engelleniyorsa Tapu Kanunu'nun 35. maddesi hükmünde açıklanan taşınmaz edinme engelinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Bunun yanında yabancı ülke mevzuatında, taşınmazın bulunduğu yer bakımından örneğin kıyı ve sınır bölgelerindeki taşınmazlarla ilgili olarak izne bağlılık ve yasaklamalar getirilmişse, bizim mevzuatımız bakımından engel olmasa bile, kıyı ve sınır bölgelerindeki taşınmazların yabancı tarafından edinilebileceği de kabul edilemez. Somut olaya gelince, toplanan delillerden mirasçıların ve miras paylarını gösteren mirasçılık belgesinin verilmesi istenilen miras bırakan Tuncay Mehmet İsmail'in 28.10.2005 tarihinde Bulgaristan vatandaşı iken bekar ve çocuksuz öldüğü, annesi olan davacı Emine Ahmet Osman ile babası Mehmed İsmail Osman'ın miras bırakanın 'ın ölüm günü itibarıyla Bulgaristan vatandaşı oldukları, henüz Türk vatandaşlığına geçemedikleri, Bulgaristan ile ülkemiz arasında karşılıklı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Az yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olgular karşısında Türk vatandaşlığına henüz geçmemiş olan miras bırakanın annesi ve babasının Türkiye'de miras yolu ile dahi olsa taşınmaz edilmeleri mümkün olmadığından taşınmazlar yönünden mirasçılık belgesi verilmesi isteminin reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ne var ki, miras bırakanın terekəsi sadece taşınmaz mallardan oluşmaz. Terekede taşınmaz dışında para ve taşınır mallar da bulunabileceği kuşkusuzdur. Tapu Kanunu'nun az yukarıda açıklanan hükmü ve karşılıklılık ilkesi para ve taşınır mallar yönünden uygulanamaz. Yasalarımızda yabancı uyrukluların para ve taşınır malları edinmesini yasaklayan başkaca bir düzenleme de bulunmadığı gözetildiğinde taşınmaz mallar yönünden istemin reddine, para ve diğer taşınır mallar yönünden geçerli olmak üzere mirasçılık belgesi verilmesine karar verilmesi gerekirken bu olgu göz ardı edilerek davanın tümüyle reddine karar verilmesi isabetsizdir." (7. HD 30.10.2008, 3943/4607); "Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır. (Yürürlükten kaldırılan 2675 S.K.Md.22 ve hâlen yürürlükte bulunan 5718 S.K.Md. 20) miras, miras bırakanın ölüm günündeki hükümlere göre mirasçılara intikal eder. (4722 sayılı S.K.Md 17) miras ölümle açılır. Hiçbir işleme tabi olmadan kendiliğinden mirasçılara geçer. (743 S.M.K. md 517) mirasçı olabilmek için miras bırakanın vefatı anında sağ ve mirasçılığa da ehil olunması gerekir. (743 S.K.M.K. md. 522) Bir kişinin mirasçılığa ehil olup olmadığı, mirasın açıldığı gündeki hukuki statüsüne göre belirlenir. Miras bırakan ve davacının Rus vatandaşı oldukları, Rusya ile ülkemiz arasında karşılıklılık bulunmadığı, az yukarıda açıklanan hükümler nedeni ile Rus vatandaşı mirasçıların ve miras bırakanın Türkiye'de taşınmaz edinmeyecekleri kuşkusuzdur. Ne var ki, dava dilekçesinde taşınmazlar yönünden bir istemde bulunulmamış, taşınır mallar yönünden mirasçılık belgesi verilmesi istenilmiştir. Taşınır mallar yönünden az yukarıda açıklanan yasal engellerin mevcut olmadığı, Rus vatandaşı mirasçıların da miras bırakana ait Türkiye'deki para ve diğer taşınmaz mallarını edinebilecekleri gözetilerek miras bırakanın irs ve kan bağı yönünden mirasçıların araştırılarak taşınır mallar yönünden tüm mirasçıların ve miras paylarını gösterir mirasçılık belgesi verilmesi gerekirken bu olgular göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacının temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün bozulmasına." (7. HD 19.12.2008, 2667/5501).

194 EKŞİ, *Tanım/Tenfiz*, s. 558; EKŞİ, *Miras*, s. 111.

olması hâlinde mirasçı sıfatı bulunmayacaktır¹⁹⁵. Dolayısıyla mirasçılık belgesinin ispat fonksiyonundan maada tasarruf etme niteliği gereği tapu sicil müdürlüğü intikal ve tescil işlemlerini de yapmak zorunda olduğundan¹⁹⁶, kamu düzenine ve münhasır yetkiye ilişkin bu özellik mahkeme tarafından resen dikkate alınmalıdır¹⁹⁷. Aksinin kabulü, yani yabancı mirasçılık belgesinin Türk Mahkemelerinde tanınmaya konu olması, Türkiye’de kâin taşınmazlar hakkında tasarruf yetkisi tanımak ve yabancı kişilere mirasçılık sıfatı kazandırmak sonucunu doğuracaktır¹⁹⁸.

Türk Hukukuna göre; mirasçılık belgesi çekişmesiz yargı alanına dâhil olup, inşai tesiri haiz olmadığı gibi, maddi anlamda kesinliğe de elverişli değildir. Ancak MÖHUK 50. maddesi “ verildiği devlet kanunlarına göre kesinleşmiş olan ilamlar” ifadesinden bahsettiği gibi MÖHUK 53/1(b) bendinde yabancı ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış ve yazı veya belge ile onanmış tercümesinin tanıma veya tenfiz dilekçesine eklenmesi gerektiğini buyurmuştur. Kanaatimizce, 5718 sayılı MÖHUK’nda hukuk mahkemesi kararlarının ve çekişmesiz yargı kararlarının tanınabileceğinin düzenlendiği, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm niteliğine haiz olma şartının aranmadığı, buna karşın verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmeden kastın hem şekli hem de

195 NOMER, *Veraset*, s. 794.

196 NOMER, *Veraset*, s. 793, 794.

197 “2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi karşılıklılık olmak koşulu ile yabancı gerçek kişilerin Türkiye’deki taşınmaz mallara sahip olabilecekleri ve bunları miras yoluyla iktisap edebileceklerini hükmü bağlamıştır. Bu yasa hükmü 19.7.2003’te 4916 sayılı Yasa ile değiştirilerek T.C. ile arasında karşılıklılık olmayan Devlet vatandaşlarını kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmazların intikal işlemlerinin yapılarak tasfiye edilip bedele çevrileceğini öngörmüştür. Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır. (yürürlükten kaldırılan 2675 S.K.Md.22 ve hâlen yürürlükte bulunan 5718 S.K. Md. 20) miras, miras bırakanın ölüm günündeki hükümlere göre mirasçılara intikal eder. (4722 sayılı S.K.Md 17) miras ölümle açılır. Hiçbir işleme tabi olmadan kendiliğinden mirasçılara intikal eder. (743 S.M.K. md 517) Mirasçı olabilmek için miras bırakanın vefatı anında sağ ve mirasçılığa da ehil olması gerekir. (743 S.K.M.K. md. 522) bir kişinin mirasçılığa ehil olup olmadığı mirasın açıldığı gündeki hukuki statüsüne göre belirlenir. Miras bırakan ve davacının Arnavutluk vatandaşı olduğu tartışmasızdır. 28.4.1961 gün ve 5/1142 sayılı kararname ile Arnavutluk uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye’deki taşınmazlar üzerindeki tasarruf hakları kısıtlanmıştır. Bu kararname 6.5.2005’de yürürlükten kaldırılmıştır. Miras bırakan 16.5.1982’de vefat etmiştir. Daha sonra 19.7.2003’de yürürlüğe giren 4916 sayılı Yasanın ve kararnamenin yürürlükten kaldırılması ölüm tarihindeki Tapu Kanununun 35. maddesinin uygulanmasına engel oluşturmaz. Yapılan araştırma sonucu Türkiye ile Arnavutluk arasında ölüm günü itibarıyla karşılıklığın olmadığı anlaşılmaktadır. Menkuller yönünden bir isteğin bulunmadığı da dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken az yukarıda açıklanan hukuksal olgular göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davalı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün bozulmasına,” (7. HD 23.10.2008, 3758/4430).

198 NOMER, *Veraset*, s. 795.



maddi manada kesinliği ifade ettiği, bu minvalde, niteliği gereği aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge niteliğindeki veraset ilamları ile maddi manada kesin hüküm oluşturmayan çekişmesiz yargıya ait diğer yabancı mahkeme kararları şayet tesis edildiği ÷lke kanunlarına göre de maddi manada kesinliğe elverişli değil ise, Türk Mahkemelerinde tanınması söz konusu olmayacaktır. Zira yabancı mahkeme kararlarının tanınması ile husule gelecek olan kesin hüküm niteliği aynı davanın yeniden gör÷lmesine engel olacaktır. Dolayısıyla mirasçılık belgesi kararları da aksi sabit oluncaya kadar geçerli ve maddi manada kesin hüküm niteliğinden yoksun bulunduğundan, tanınması hâlinde dahi aynı belgenin yeniden alınmasına engel olmayıp, davaların bu bağlamda mirasçılık belgesi taleplerinin tevali etmesine sebep olacağından, söz konusu tanıma hukuki istikrar ve barışı da zedeleyecektir. Yani kesin hükmün olumsuz sonuçları doğmayacaktır. Nitekim aynı hadisenin tekrar gündeme getirilmesi ne tarafların ne de kamunun menfaatine uygundur¹⁹⁹. Kaldı ki mirasçılık belgesine Türk Hukuku'nun kabul ettiği nitelik ve hukuki vasıftan daha farklı bir nitelik ve etki de atfedilemeyecektir²⁰⁰. Türkiye'de bir kararın tanıma ve tenfizinin talep edilebilmesi için talep edilen kararın, yabancı bir mahkemeden sadır olup olmadığına bağlıdır. Nitekim bu değerlendirme ve takdir kararın verildiği ÷lke hukukuna göre belirlenecektir²⁰¹. Dolayısıyla tanıma ve tenfiz için her şeyden evvel yabancı bir mahkeme kararının mevcudiyeti ön şarttır. Türkiye'de tanıma ve tenfize konu olacak ilamı veren mahkemenin Türkiye tarafından milletlerarası hukuka göre tanınmamış olması ilamın tanıma ve tenfiz sonrası hukuki sonuç doğurmasına engel deđildir²⁰². MÖHUK 50. maddesinde tanıma ve tenfize konu olacak yabancı ilamın hukuk davalarına (Özel Hukuk) ilişkin olma şartı aranmıştır. Bu nitelendirme bağlamında idare, ceza ve vergi hukukuna ait uyuşmazlıkların MÖHUK 50. maddesi kapsamı dışında kalıp tanıma ve tenfize konu olmayacaktır²⁰³. Buna karşın, yabancı ceza hukuku ilamında yer alan özel hukuka ilişkin kişisel hakların tanıma ve tenfize konu olabileceği gibi, yabancı ceza ilamında cezai hükümler ile özel hukuka ilişkin hükümler birlikte yer alması ihtimalinde dahi yabancı ceza ilamının özel hukuka ilişkin kısmının tanınıp, tenfizine hukuki bir engelin bulunmadığı savunulmuřtur²⁰⁴. Kanaatimizce, ilamın

199 NOMER, *Kesinleşme Şartı*, s. 917.

200 NOMER, *Kesinleşme Şartı*, s. 918.

201 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 559.

202 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 111.

203 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 123.

204 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 126.

bütünlüğü ilkesi gereği yabancı ceza ilamındaki özel hukuka ait kişisel haklar, çoğu hâlde ceza ilamındaki mahkûmiyet kararının mukadderatına bağlı olduğundan, asıl cezaya bağlı, fer'i mahiyetteki özel hukuka ilişkin kişisel hakların tanınıp, tenfiz edilmesi kısmî kesinleştirme olgusu bağlamında ilamın bütünlüğü ilkesini zedeleyeceği gibi Türkiye'de ilgili kısmın infaz edilmesinde güçlük ve sakınca doğurabilecektir. Zira yabancı ceza mahkemesinin ceza yargılamasına ilişkin kararının niteliği bu bağlamda özellikle beraat ya da mahkûmiyet kararının niteliği ve kesinleşip kesinleşmediği yabancı ülke hukukuna göre belirlenip Türkiye'de tanıma ve tenfizin talep edildiği mahkemede buna ilişkin bir inceleme yapılmayacağından kişisel haklara yönelik taleplerin de nitelik ve mahiyeti tam ve sıhhatli olarak belirlenemeyecektir. Bu açıklamalarımızdan hareketle yabancı mahkemeler dışında idari makam ve mercilerden verilen kararlar ile yabancı mahkemelerden idari mahiyette verilen hükümler, tanıma ve tenfize konu olamayacaktır²⁰⁵. Keza yabancı mahkeme dışında idari makam, belediye yahut usulen ve resmen mahkeme olarak teşekkül etmemiş²⁰⁶ kurumlardan verilen kararlar da tanıma ve tenfize konu olmayacaktır²⁰⁷. Zira idari kurum, belediye ya da noter tarafından düzenlenen mirasçılık belgeleri mahkeme ilamı niteliğinde değildir²⁰⁸. Dolayısıyla yabancı mahkeme dışında diğer idari ve resmi kurum tarafından verilen resmi senetler tanıma ve tenfiz davalarına konu olmayıp, ancak Türk mahkemelerinde ikame edilecek davalarda delil olarak ibraz edilecektir²⁰⁹. Buna karşın, yabancı idari makam ya da noterler tarafından düzenlenmekle birlikte yabancı mahkeme marifetiyle tasdik (Onay) edilen mirasçılık belgelerinin tanıma davasına konu olabileceği de savunulmuştur²¹⁰. Kanaatimizce organik anlamda mahkeme sıfatına haiz olmayan bir kurum tarafından tesis edilen kararın salt mahkemece onaylanması söz konusu karara mahkeme

205 ŞANLI Cemal, "Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması", **İlhan Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul 1990. (s. 291-307), s.295.

206 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 111. " Söz konusu kurumun ya da kişinin Türk Hukukunda mahkeme yahut hakim olarak kabul edilip edilmemesinin bu aşamada bir önemi yoktur. Kararı veren kurumun dini nitelikte olması da tek başına, kararın Türkiye'de tanınması veya tenfize engel değildir. Örneğin İsrail'deki haham mahkemesi ya da Suudi Arabistan'daki şeri mahkeme, Türkiye'de açılan tanıma veya tenfiz davasında dini niteliğine rağmen mahkeme olarak kabul edilecektir."

207 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 110. "O hâlde yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların Türkiye'de tanınması ve tenfiz edilmesi, ancak milletlerarası antlaşmalar çerçevesinde mümkün olacaktır."; NOMER, *Kesinleşme Şartı*, s. 921.

208 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 559; EKŞİ, *Miras*, s. 112.

209 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 119.

210 ŞANLI, s. 295-296.



ilamı niteliği veremeyeceğinden, tanınması da söz konusu olmayıp, belki Türkiye'deki mahkemede takdiri delil vasfında ileri sürülebilecektir. Yargıtay da bir kararında yabancı ülkeden alınan vergi dairesi kayıtlarının mirasçılık belgesine dayanak olamayacağını belirtmiştir²¹¹.

Yabancı ülke noterliğinden verilen mirasçılık belgesi Türkiye'de bağlayıcı olacak mıdır? Bir diğer ifade ile yabancı ülke noterliğinden verilen mirasçılık belgesi, tanıma veya tenfize konu olabilmesi mümkün müdür? MÖHUK 50-59. maddelerinde yabancı mahkemeler tarafından hukuk davalarına ilişkin kesinleşmiş kararların tanınması ve tenfizinden bahsetmiştir. Dolayısıyla noterler tarafından verilen mirasçılık belgelerinin tanıma ve tenfize konu olmaları mümkün olmadığı gibi, böylesi bir talep mahkemeler tarafından hukuki himayeye mazhar görülmeyecektir. Kaldı ki, iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarında da yabancı noterler tarafından verilen mirasçılık belgesinin tanıma ve tenfize ilişkin bir düzenleme mevcut değildir²¹². Nitekim yabancı noter tarafından ihdas edilen mirasçılık belgesi usulüne uygun olarak onanmış olsa bile Noterlik Kanunu'nun 71/A, 71/B ve 71/C maddelerindeki kısıtlamalar sebebiyle Türkiye'de doğrudan sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla söz konusu yabancı noter tarafından tesis edilen mirasçılık belgesi ile Türkiye'deki tereke mallarının mirasçılara devir ve teslimi mümkün olmayacaktır²¹³. Kanaatimizce de yabancı ülke noterinden alınan mirasçılık belgesi Türkiye'de doğrudan tanınıp, tenfizi mümkün olmayıp, doğrudan bağlayıcılık niteliğinden vareste olup, ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu 224. maddesi gereği resmi senet olarak tanınabilecektir.

VII. HATALI YA DA EKSİK (MADDİ GERÇEĞİ YANSITMAYAN) MİRASÇILIK BELGESİNE İSTİNATLA MALVARLIĞININ DEVRİNİN MADDİ HUKUKA İLİŞKİN DAVALARA ETKİSİ

Mirasçılık belgesi maddi hukuk yönünden gerçeği yansıtmayıp, sadece mirasçılık belgesinde tecessüm eden miras bırakan ile mirasçılar

211 "Davaçılar her ne kadar İşveç Vergi Dairesinden alınmış belgelerden miras bırakanın çocukları olarak görülmekte iseler de bu belgelerin miras bırakanın vatandaşı olduğu Norveç Mahkemelerinden veya Nüfus Müdürlüğünden verilmiş bir belge niteliğinde olmaması, miras bırakanın Türkiyede'ki nüfus kayıtlarında davaçılarının çocuğu olarak görünmemeleri ve mirasın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesi uyarınca baba tarafından davaçılarının tanınması veya hâkim hükmü bulunmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar kurulması isabetsiz, davalıların temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kararın bozulmasına" (7. HD 14.06.2011, 120/4041).

212 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 567.

213 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 567.

arasındaki kanuni ya da ölüme bağlı tasarrufla husule gelen bağı ve mirasçılarının payı noktasında karine oluşturur. Dolayısıyla mirasçılık belgesinde miras paylarının gösterilmesi, mirasçılar arasında kanundan doğan iştirak hâlinde mülkiyet hükümlerini sona erdirmeyecektir²¹⁴. Nitekim murisin vefatıyla mülkiyeti külli halefiyet gereği doğrudan iktisap eden iştirak hâlinde malik olan mirasçılar, intikal ve açıklayıcı tescilli mirasçılık belgesi marifetiyle sağlayacaktır²¹⁵. Bir diğer ifadeyle, mülkiyeti tescil dışı murisin vefatıyla iktisap eden mirasçılar açıklayıcı mülkiyet haklarını mirasçılık belgesi fonksiyonu ile elde edecektir. Kaldı ki, söz konusu mülkiyetin temlik tasarrufu için açıklayıcı tescil zorunludur. Külli halefiyet ilkesi gereği, mirasçılar mirası doğrudan ve kanunen iktisap ettiklerinden üçüncü kişi sayılmayacaklarından, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinden faydalanmaları söz konusu değildir. Dolayısıyla tapudaki tescilin yolsuzluğu mirasçılara karşı da ileri sürülecektir²¹⁶. Aynı bir hakkın tescil ile iktisap edilmesi hakkın doğumu için elzem olan kurucu unsur ve bütün geçerlilik şartlarının varlığı ile mümkündür. Kurucu unsurdaki eksiklik ya da geçerlilik şartlarındaki eksikliğe rağmen yapılan tescil yolsuz bir tescildir. Bu ihtimalde aynı hakkın kazanılması söz konusu değildir. Ancak tapu kaydındaki tescil aynı hakkın varlığına karine teşkil ettiğinden, tescil yolsuz da olsa, güven ilkesi bağlamında iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından gerçek bir tescil gibi sonuç doğurması imkânı bahşedilmiştir²¹⁷. Tapu kütüğüne güven ilkesi, Türk Medeni Kanunu 705. maddesinde belirtilen tescilsiz iktisap hâllerinde de uygulama alanı bulacaktır. Nitekim açıklayıcı tescil ifa edilinceye kadar tapudaki tescil yolsuz tescil hükmündedir²¹⁸. Bundan dolayıdır ki, mirasçılık belgesinde bir ya da birden fazla mirasçı sehven gösterilmemiş ya da bilerek gizlenmiş yahut daha sonra mirasçılık belgesinde belirlenen kişilerin hak sahibi olmadığı mahkeme kararı ile anlaşılmış ise, söz konusu mirasçılık belgesine güvenilerek yapılan tasarruf işleminin akıbeti ile mirasçılık belgesine güvenerek işlem yapan kişilerin iyiniyeti korunmayacak mıdır? Zira bu belge aksi ispatlanana kadar geçerli olduğundan, her ne kadar tasarruf işlemine dayanak²¹⁹ ve karine oluştursalar da iyiniyetli hak iktisabının korunması gibi bir

214 ÖZÜÇÜR, s. 507.

215 OĞUZMAN /SELİÇİ /Oktay- Özdemir, s. 403.

216 YAKUPUR Sendi, **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul 2015, s. 37.

217 YAKUPPUR, s. 5.

218 YAKUPPUR, s. 9.

219 ERİŞGİN, s. 8.

işlevi yoktur²²⁰. Mirasçılık belgesinde mirasçı olarak belirtilen kişi ya da kişilerin devre konu taşınmaz üzerinde münhasıran tasarruf yetkisi bulunduğu yönünde aksi ispatlanmaya elverişli bir karine mevcuttur²²¹. Nitekim mirasçılık belgesi marifetiyle taşınmazın mülkiyetinin açıklayıcı tescilini kendilerine intikal ettiren üçüncü kişiler, terekeye dahil bu taşınmazı tasarruf yetkileri kapsamında üçüncü kişilere devir ve tescil de yaptırabilecektir. Mirasçılık belgesine dayanılarak terekeye ait taşınmazın intikalinde mirasçının atanmış olması da durumu değiştirmeyecektir. Dolayısıyla yasal mirasçıların bu tescile itiraz etmesi intikal işlemine engel olmayacaktır. Ancak ölüme bağlı tasarruf işleminin iptaline matuf genel hükümlere göre ikame edilmiş bir davada verilecek tedbir kararı ya da davalıdır şerhi tescile veya üçüncü kişilerin iyi niyetle kazanımlarına engel olacaktır²²². Hakikatte tasarruf yetkisini haiz olmayan kişi ile işlem yapan muhatapların iyiniyetli olması taşınmazı iktisap etmesine imkân vermeyecektir. Çünkü işlem muhatabı iyiniyetli kişiler, tapu kütüğündeki kayda değil, karşı tarafın kimlik bilgilerine güvenmiştir²²³. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi uygulama ve işlerlik kazanamayacaktır²²⁴. Buna karşın, mirasçılık belgesinin iptali hâlinde, hatalı ya da eksik yani maddi gerçeği yansıtmayan mirasçılık belgesine dayanılarak iktisap edilen taşınmazın tescili yolsuz olacaktır. Tereke üzerinde bütün mirasçılar elbirliği hâlinde malik olup, tasarruf işlemlerinin hep birlikte yapılması zorunludur (TMK m. 702/2). Zira elbirliği hâlinde mülkiyet biçiminde tasarruf edilen bir taşınmaz üzerinde bir ortağın tek başına hissesine göre mülkiyet hakkından söz edilemez²²⁵. Nitekim her ortak taşınmazın her zerresini kapsayan ortaklık esası içinde

220 DURAL / ÖZ, s. 389; KOCAAĞA, s 102; KURŞAT, *Tereke*, s. 323.

221 YAKUPPUR, s. 63.

222 KURŞAT, *Tereke*, s. 310.

223 YAKUPPUR, s. 56.

224 YAKUPPUR, s. 56.

225 "Davadaki istek, davacının miras bırakanına ait taşınmazın geçerli olmayan veraset ilişkisine dayalı olarak temlikinin yolsuzluğundan bahisle iptal ve kendi adına tescile dairdir. İsteğin, belirtilen niteliği itibarıyla tereke adına olması gerekeğinde kuşku yoktur. Davacı, Türk Medeni Kanunu'nun 702. maddesi anlamında terekeye ait hakların korunması değil, mülkiyetine ilişkin istekte bulunmuştur. Tereke, elbirliği mülkiyetine tabi olup terekeye ait isteklerin tereke adına ve iştirakçilerin tamamı tarafından yahut tereke temsilcisi aracılığıyla ileri sürülmesi asıldır. Paydaşların kendi adlarına ve paylarına yönelik açtıkları davanın dinlenme olanağı bulunmadığı gibi, sonradan dava dışı paydaşların davaya katılması suretiyle davanın görülebilirlik koşulu da yerine getirilemez. Eldeki davada miras bırakanın ait veraset ilamından davada yer alan mirasçı davacı dışında başkaca mirasçıların bulunduğu görülmektedir. Hâl böyle olunca, görülebilirlik koşulu bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere işin esası hakkında hüküm kurulması doğru değildir." (1. HD 07.10.2015, 8814/11444).

hak sahibidir. Tek bir ortak adına tescili mümkün olmayan bir hak vardır. Özellikle tapudaki taşınmazların intikal, devir ve tescil taleplerinde tapu memuru mirasçılık belgesinin içeriği gereği sadece şekli varlığına dikkat ve itibar etmesinin yeterli olduğu maddi varlığının doğruluğunu tetkik ve sorgulama yetkilerinin bulunmadığı vurgulanmıştır²²⁶. Nitekim görünüşte mirasçı olan kişinin elinde bulunan mirasçılık belgesine dayanarak işlem yapan üçüncü kişileri koruyan özel bir hüküm de mevcut değildir. Buna karşılık maddi gerçeği yansıtmayan mirasçılık belgesi marifetiyle tapu sicilinde bir taşınmazı iktisap eden kişiden bu taşınmazı devralan kişinin iyi niyeti korunacaktır²²⁷. Kaldı ki burada üçüncü kişinin mirasçılık belgesine güveni değil, tapudaki yolsuz tescile güveni korunmaktadır²²⁸. Dolayısıyla tescil yolsuz da olsa taşınmazı devralan iyi niyetle tapu kaydına güvenerek iktisap sağlamıştır (TMK m. 1023). Benzer şekilde maddi gerçeği yansıtmayan mirasçılık belgesi marifetiyle bir taşınır zilyedinden ya da taşınmazı adına tescil ettiren kişiden devralan kişinin iyiniyetli iktisabının da korunacağı savunulmuştur (TMK m. 988)²²⁹. Bu görüş çerçevesinde taşınır malı görünüşte temsilciye devletin teslim ettiği esası benimsenmiştir. Buna karşılık, bu ihtimalde Türk Medeni Kanun 989. maddesinin işlerlik kazanacağı zira taşınırın gerçek mirasçının rızası ile görünüşte mirasçıya teslim edilmediği, rıza hilafına elden çıkan taşınırlara ilişkin MK 989. maddesinin uygulanacağı ve üçüncü kişinin iyi niyeti ile taşınırın mülkiyetini doğrudan kazanamayacağı da taraftar bulmuştur²³⁰. Para ve hamile yazılı senetler bakımından ise üçüncü kişinin iyi niyeti Türk Medeni Kanunu'nun 990. maddesi uyarınca doğrudan korunacaktır. Ters durumda miras bırakanın borçluları da borçlarını görünüşte mirasçıya ifa edebilir. Böylesi bir durumda mirasçılık belgesine dayanarak şekli mirasçıya ödeme yapan kişi borcundan kurtulabilecek midir? Öğretide mirasçılık belgesine sahip görünüşte mirasçıya ödemedede bulunan borçluların iyi niyetlerini koruyucu bir hüküm olmaması sebebiyle borçlunun borcundan kurtulamayacağı savunulmuştur²³¹. Bir diğer görüşe göre ise, mirasçılık belgesine göre şekli mirasçı olan kişiye yapılan ifa ile borçlunun borcundan kurtulacağı ileri sürülmüştür²³². Her ne kadar görünüşte mirasçıya ödemedede bulunan üçüncü kişi haksız

226 OĞUZMAN/SELİÇİ/Oktay- Özdemir, s. 203. dp. 631.

227 YAKUPPUR, s. 64; KURŞAT, *Tereke*, s. 324.

228 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 588.

229 DURAL / ÖZ, s. 389.

230 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 588 vd; ŞAHİNİZ, s. 20.

231 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 591; KURŞAT, *Tereke*, s. 324.

232 POSTACIOĞLU İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1970, s. 144.

zenginleşme hükümlerine göre başvurma hakkı var ise de, borçlu menfaatine uygun ve güvenceli bir çözüm değildir. Kaldı ki böylesi bir durumda görünüşte mirasçının ödeme kabiliyetinin bulunmaması borçlu bakımından haksız ve adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Kanaatimizce bu ihtimalde Türk Medeni Kanunu'nun 1/II. fıkrasından referansla²³³ somut olayın inceliklerine göre borçlunun murisin mirasçılarını bilmesi ya da bilebilecek durumda olması da göz önüne alınarak olayda kusurunun bulunup bulunmadığı ve borcun niteliği ve ifa şekli de dikkate alınarak bir çözüm yoluna gidilmesi daha hakkaniyetli ve Türk Medeni Kanunu'nun 1/II. fıkrasının ruhuna da uygun bir metot olacaktır. Mirasçılık belgesi aldıktan sonra mirası reddedip, müteakiben daha önce alınmış ve mirasın reddini tazammun kararın etkisinden mahrum önceki mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan tasarruf işleminin akibeti ve üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunup korunmayacağı maddi gerçeği yansıtmayan mirasçılık belgesine göre tartışma konusu olacaktır²³⁴.

Sahte mirasçılık belgesi ya da sahte kimliğe dayalı çıkartılan mirasçılık belgesine istinatla gerçekleştirilen devirler tasarruf yetkisinin eksikliğinden dolayı geçersiz olduğundan, taşınmaza ilişkin tescil yolsuz olacağı gibi²³⁵, buna mebni ilk tescil ile ona bağlı tüm devirler de geçersiz olacaktır²³⁶. Nitekim burada tasarruf yetkisi bulunmadığından, işlem muhataplarının

233 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s 591.

234 KURŞAT, *Tereke*, s. 320.

235 "Dava, yolsuz tescil iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde tazminat isteğine ilişkindir. Mahkemece, iptal ve tescil isteği yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden 214 parsel sayılı taşınmazın 400/4800 payının davacı Mustafa Cengiz adına kayıtlı iken aynı ismi taşıyan bir başka Mustafa Cengiz'den Ali Ağa Sulh Hukuk Mahkemesinin 20.3.1992 tarih 1992 79-1076 sayılı mirasçılık belgesi kullanılarak çekişmeye konu 400/4800 payın sicil kaydını 25.9.2001 tarihinde Nurdan ve Aydın'ın üzerine intikalini sağladıktan sonra 27.3.2000 tarihinde Murat'a onun da 13.6.2002 tarihinde satış suretiyle Türkan Özer'e temlik ettiği anlaşılmaktadır. Bu belirlemeye göre, taşınmazdaki çekişme konusu davacıya ait payın Nurdan ve Aydın adına intikalinin sebebini teşkil eden işlemin geçersiz ve hukuken korunmaya değer olmadığı sabittir ve hukuken korunmaya değer olmadığı sabittir. Başka bir ifadeyle, bunlar adına tesis edilen sicilin yolsuz tescil niteliğinde olduğu ve Türk Medeni Kanununun 1025.maddesi hükmü gereğince iptalinin gerektiği tartışmasızdır." (1. HD 25.01. 2007, 2006/11935, 2007/71648).

236 "Somut olayda, dava konusu 1210 parsel sayılı taşınmazın 6 538 887 / 265 006 080 payının asıl maliki Abdullah Akagündüz 1986 tarihinde ölmüş ve bu suretle mirası davacılar intikal etmiştir. Dava dışı İbrahim Uğur Baydar'ın sahte veraset ilamı ile tapuda muris Abdullah Akagündüz adına kayıtlı bulunan bu payı, dava dışı annesi Azime Baydar üzerine yaptırdığı intikal işlemi ilk el olup; mirasçılık ilişkisinin sahtecilikle kurulduğu ceza mahkemesi kararıyla belirlenmiştir. Bu itibarla sahte belgeye dayalı olarak gerçekleştirilen ilk intikalin yolsuz tescil niteliğinde bulunduğu kuşkusuzdur. Ondan edinen ve ikinci el durumunda bulunan dava dışı Yalçın Başol'un ise, İbrahim Uğur Baydar'la el ve işbirliği yaparak sahte işlemi gerçekleştirdiği ceza mahkemesi kararıyla belirlenmiş olup, mahkûmiyetine karar verildiği anlaşıldığından, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanılması olanaklı değildir." (HGK, 12.07.2006, 2006/1- 513/516).

tapudaki kayda değil, karşı tarafın kimlik bilgilerine güveni söz konusu olduğundan, tapu kaydına güven ilkesi de işlerlik kazanamayacaktır²³⁷. Bu ihtimalde Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesi gereği devletin asli sorumluluğu uygulama alanı bulacaktır²³⁸. Zira devletin asli ve kusursuz sorumluluğu, tapu sicilinin güvenilir bir aleniyet sağlama fonksiyonunun gereğidir²³⁹. Şayet diğer mirasçılar ketmedilmek suretiyle alınan mirasçılık belgesine binaen tasarruf yetkisi olmayan kişilerce gerçek mirasçılara ait

237 "Davacılar,1210 parsel sayılı taşınmazdaki miras bırakanlarına ait payın sahte mirasçılık belgesi ile intikali yapılarak davalılara satış yoluyla temlik edildiğini, satışların gerçek olmadığını ileri sürüp sahtecilik nedeniyle tapu kaydının iptali ile miras payları oranında adlarına tesciline karar verilmesini istemişlerdir. Davalılar, dava konusu payı bedelini ödeyerek satın aldıklarını, iyi niyetli bulduklarını, iddiaların doğru olmadığını belirtip davanın reddini savunmuşlardır. Davanın reddine ilişkin olarak verilen karar, Dairece; "davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir" gerekçesi ile bozulmuş, direnmeye ilişkin hükmün davacılar tarafından temyizi üzerine Hukuk Genel Kurulu "davalıların TMK. nun 1023.maddesinde öngörülen sicile güvenin koruyucu etkisinden yararlanmaları söz konusu olamaz." (1. HD 10.04.2007, 1631/3940).

238 "Davalılardan Tapu Sicil Müdür Yardımcısı Selma Ü'nün dava konusu satış işlemine ilişkin resmi akit tablosunda imzaları bulunmakla satış işlemi bu davalılar tarafından gerçekleştirilmiştir. Satış işlemine esas ibraz edilen belgeler üzerinde gerekli denetim ve incelemeleri yapmamış olmaları nedeniyle anılan davalıların da sorumluluğu bulunmaktadır. Diğer davalıların kusuru, üzerine düşen görevi yapmakta ihmal gösteren tapu memuru olan davalıların sorumluluğu için illiyet bağına kesecek nitelikte değildir." (4. HD 14.10.2015, 12023/11390).

239 "Davacı adına tapu siciline kayıtlı taşınmaz, Sabri Özdemir ve kimliği belirlenemeyen bir kadın tarafından davacının kimlik bilgileri kullanılarak ve ölü olduğu gösterilerek sahte nüfus kayıt sureti düzenlendiği, bu belge ile Sulh 2. Hukuk Mahkemesinden 2007/604 E. - 2007/413 K. sayılı gerçeğe aykırı mirasçılık belgesi alındığı ve bu belgeye göre davacının tek mirasçısı olarak Gülin Aldağ'ın gösterildiği, bu belge ile tapu sicilinde davacı adına kayıtlı taşınmazın, alınan gerçeğe aykırı mirasçılık belgesi kullanılarak Gülin Aldağ adına intikalinin sağlandığı ve bu kişi tarafından Halit ve Ahmet Sertdemir'e, onlar tarafından da Abdulselam Sönmez'e satılarak devredildiği, bu kişinin iyiniyetli üçüncü kişi konumunda olduğundan TMK'nın 1023. maddesi uyarınca iyi niyetinin korunması gerektiğinden Asliye 1. Hukuk Mahkemesinde 2010/292 E. sayı ile aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasının 2011/432 K. sayılı ile reddedildiği ve hükmün Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 04.06.2012 gün ve 2012/2388-6535 sayılı kararı ile onanarak 11.02.2013 tarihinde kesinleştiği, bu olay nedeniyle Sabri Özdemir'in cezalandırıldığı, kimliği belirlenemeyen kadın yönünden ise soruşturmanın devam ettiği anlaşıldığına göre, davacının zararına neden olan olay ve işlemler zincirinin, dava dışı Sabri Özdemir ve kimlik bilgilerine ulaşılamayan kadının, davacının kimlik bilgilerine ulaşarak sahte nüfus kayıt örneği düzenlemesi ve bu bilgileri kullanarak gerçeğe aykırı mirasçılık belgesi çıkartması ve bu belgeler sonucunda Tapu Müdürlüğüne müracaatla mirasçı gösterilen Gülin Aldağ adına intikalinin sağlanmasıdır. Bu şekildeki eylem nedeniyle oluşan zarar, tapu dairesinde yapılan işlemde kaynaklandığından, tehlike sorumluluğuna dayalı kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenen TMK 1007. maddesi uyarınca Devletin sorumluluğunu gerektiren illiyet bağının kesilmediği ve davalı Hazinesinin tapu kaydının iptali nedeniyle TMK 1007. maddesi uyarınca kusursuz sorumluluğunun bulunduğu anlaşılmaya göre, davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde illiyet bağının kesildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır." (20. HD 09.06.2015, 5372/5528); YAKUPPUR Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2015, s. 17.

bir taşınmaz hakkında borçlandırıcı işlem yapılmış ise, söz konusu işlem nispi niteliği gereği müteakiben açılacak tapu iptal tescil davasının aynı etkisine maruz kalacaktır²⁴⁰. Zira mirasçılardan bir ya da birkaçı gizlenerek alınmış mirasçılık belgesine dayanılarak gerçekleştirilen taşınmaz devirlerinde ilk devir bütün mirasçılardan iştiraki olmaksızın yapıldığından icra edilen tescil yolsuz olup hukuki sonuç doğurmayacaktır. Örneğin gerçekte mirasçılara ait bir taşınmaz diğer mirasçılar gizlenmek suretiyle alınan mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan intikal sonucu yapılan satış vaadi sözleşmesi, borçlandırıcı işlem niteliğiyle, müteakiben ikame edilen tapu iptal tescil davasının aynı etkisine maruz ve mahkûm olacaktır. Zira tapu kaydı yolsuz tescile mebnidir. Buna karşın, söz konusu faraziyede, mirasçılık belgesi ile taşınmazı kendi adına intikal ve tescil ettiren yolsuz tescil maliki mirasçı, üçüncü bir kişi ile satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmış ve söz konusu inşaat bitme aşamasına gelmiş ise, bu aşamada diğer hak sahibi mirasçılar tarafından açılacak tapu iptal tescil davasına karşı yüklenici üçüncü kişi, aynı davaya asli müdahil ya da ayrı bir dava ile sözleşmenin tarafı arz sahibinin diğer mirasçılar adına vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hareket ettiğini, kendisinin iyiniyetli olduğunu, binanın geldiği aşama itibariyle arzın mülkiyetinden daha kıymetli olduğu ve ferdi mülkiyete geçilmesinin engellenmesinin kendisi bakımından çok ağır ve telafisiz sonuçlar doğuracağı ve ticari

240 “Dava, ketmi verese hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden; 329 ada 1 parsel sayılı taşınmazın Hacı Mehmet oğlu Cafer ağa adına kayıtlı iken, Aydın Sulh Hukuk Mahkemesinin 30.1.1975 tarih ve 6-69 sayılı mirasçılık belgesi gereğince 30.3.1978 tarihinde intikal işlemi yapılarak davalılar ile dava dışı Hakkı ve Ayşe Yaprak adlarına sicil oluşturulduğunu, bilahare taşınmazda 24.11.1999 tarihinde kat irtifakı tesis edildiği ve çekişme konusu 10 bağımsız bölümün (meskenin) davalılardan Nurcan adına kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Davacı, kendisinin de mirasçı olduğunu belirterek, Aydın Sulh Hukuk Mahkemesinin 24.11.2000 tarih 15.9.1513 sayılı hasımsız veraset ilamına dayanmak suretiyle payı oranında taşınmazın sicil kaydının iptali ile adına tescilini istemiş; mahkemece de davacının davalılardan Nurcan’a yönelik davasının kabulüne karar verilmiştir. Hemen belirtilmelidir ki; gerek sicil intikaline esas olan ve gerekse davacının elde ettiği mirasçılık belgelerinin hasımsız oldukları ve buna göre neticeye gidildiği görülmektedir. Yukarıda belirtilen ve ileri sürülen iddia karşısında; her iki veraset belgesinin birbirlerine aykırı oldukları gözetilmek suretiyle hasımlı olarak alınacak mirasçılık belgesinin kurulacak hükme esas alınması gerektiği kuşkusuzdur. O hâlde, birbirleriyle çelişkili olan mirasçılık belgelerindeki aykırılık hasımlı olarak alınacak veraset belgesi ile giderilmedikçe davanın karara bağlanmasının yasal olduğu söylenemez. Hâl böyle olunca; öncelikle miras bırakanın ölüm tarihine göre terekesinin elbirliği mülkiyetine (Türk Medeni kanununun 701 ila 703 mad.) tabi olduğu, oysa davada tereke adına bir istekte bulunmayıp istek paya ilişkin bulunduğuna göre davanın niteliği de gözetilerek davanın dinlenilmesinin mümkün olup olmadığının da irdelenip değerlendirilmesi davanın dinlenilirliği kabul edildiği takdirde davacıya hasımlı olarak açılacak dava ile mirasçılık belgesi alması konusunda olanak tanınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.” (1. HD 15.07.2008, 4034/8842).

mahvına sebep olacağını ileri sürerek, söz konusu sözleşmeye göre arz sahibine düşecek hissenin diğer hak sahibi mirasçılara payı oranında intikali ile ferdi mülkiyete (kat irtifakı/kat mülkiyeti) geçilmesini talep edebilmelidir²⁴¹. Kaldı ki, arz üzerindeki yapı hangi aşamada olursa olsun muhdesat haksız zenginleşme hükümlerine göre alacak davasına konu olacağında şüphe bulunmayacaktır²⁴².

241 “Birleşen davalar, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğinden, toplanan delillerden davacının miras bırakanı Mustafa’nın malik olduğu tapulu taşınmazları (1946.40.1964.120 1954.119.1960.83 sıra nolu tapu kayıtları vs.) kadastro tespitinden önce oğlu Cemal ile dava dışı erkek çocuklarına satış suretiyle temlik ettiği taşınmazların 1970 yılında kadastro tespitlerinin yapıldığı, miras bırakan Mustafa’nın kadastro tespitinden sonra 25.2.1983 tarihinde vefat ettiği mirasçıları ve 3.kişilerin taraf olduğu kadastro tespitine itiraz davaları sonunda oluşan kadastral parsellerin imar uygulamasına tabi tutularak, çok sayıda imar parsellerinin oluştuğu dava konusu 7666 ada 8 imar parselinin 9704 m2 arsa vasfı ile murisin oğlu Cemali Karabulut adına 12.7.2000 tarihinde imardan tescil edildiği onunda anılan taşınmazı eşi Zeynep Karubulut’a 3.12.2004 tarihinde satış suretiyle temlik ettiği; Zeynep’in müdahil Pınarlar İnşaat Taahhüt Ltd.Şti. ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre taşınmaza yapılacak bağımsız bölümlerin % 50 sinin kayıt makiline ait olacağına öngörüldüğü, davalı Zeynep’in yargılama sırasında 11.10.2007 tarihinde vefat ettiği dava konusu taşınmazda kat irtifakı kurularak davalı Zeynep adına oluşan bağımsız bölüm sicil kayıtlarının 22.5.2008 tarihinde mirasçıları adına intikal ettirildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, davacının miras bırakanı Mustafa’nın kadastrodan önce tapulu taşınmazlarını temlikinin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu, yine murisin oğlu Cemali adına oluşan imar parselinin eşi Zeynep’e temlikinde danışıklı olduğu 1.4.1974 tarih 1/2 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca yapılan araştırma sonucu belirlenerek ayrıca Antalya Kadastro Hâkimliğinin 1985/202 Esas Sayılı dosyasında bulunan “keşif tutanağı sulh anlaşması” başlıklı zabıt ve kadastro tespitine itiraz dosyaları incelenerek davacının 1985/202 Esas sayılı dosyasındaki beyanının, miras bırakanın muvazaalı olan temliklerine hukukilik kazandırmayacağı, temlike konu taşınmazlardaki haklarından feragat niteliği taşımadığı hususu benimsenmek suretiyle davanın kabul edilmiş olması kural olarak doğrudur. Ancak çekişmeli taşınmazda kat irtifakı kurularak bağımsız bölümler oluştuğuna göre davacının, kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa malikine bırakılması gereken bağımsız bölümlerde miras payı oranında paydaş kılınmamış olması doğru değildir. Hâl böyle olunca, dava konusu 8 parsel sayılı taşınmazdaki sözleşme gereğince arsa malikine düşen bağımsız bölümler hakkında davacının payı oranında davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, bağımsız bölümler belirtilmeksizin yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.” (1. HD 14.04.2009, 1281/4522).

242 “Bilindiği üzere; muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek oluşturulan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş oluşturmak için anlaşarak, bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları hâlde görünüşte bir sözleşme yapmakta veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler. Diğer yandan muvazaa nedeniyle açılan davada verilen hüküm yenilik doğurucu değil, açıklayıcı bir karar niteliğindedir. Bu nedenle geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazda paydaş durumuna gelen davalı sözleşmenin varlığından tapu iptali ve tescil davasına davacı şirketin müdahale talebinde bulunması ile haberdar olmuş ve sözleşmedeki paylaşımına karşı çıkmamakla sözleşmenin tarafı hâline geldiğinin kabulü gerekir. Mahkemece bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılama sırasında bilirkişi heyetinden alınan raporda, tarafların iddia ve savunmaları değerlendirilmediği gibi zarar hesabı da yapılmamıştır. Bu nedenle alınan rapor yetersiz görülerek mahkemece re’sen zarar tayini

VIII. MİRASÇILIĞI ENGELLEYEN HÂLLERİN VARLIĞININ MİRASÇILIK BELGESİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

1. Genel Olarak

Bir yargılama sonunda mahkemenin nihai kanaati hüküm fıkrasında mündemiçtir. Kaldı ki kararların infaza elverişli kısımları da hüküm fıkralarıdır. Dolayısıyla yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur. Mirasçılığı engelleyen hâllerin varlığı hâlinde, engel nezdinde doğan kişi miras bırakandan önce ölmüş gibi kabul edeceğinden mirasın altsoyu olumsuz etkilemesi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla mirastan feragat, ıskat, mahrumiyet ve red hâllerinde zümrede halefiyet ilkesi geçerli olacaktır. Mirasçılığı engelleyen hâllerin varlığı

yalına gidilmiştir. Ne var ki, haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararın tespitine yönelik mahkemece benimsenen yöntem yerinde değildir. Mahkemece yapılacak iş; davacı yüklenici şirket haksız ihtiyati tedbir nedeniyle münzam zarar isteyemez ise de, kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım gereği kendisine düşen bağımsız bölümlerin düşük bedelle satılması nedeniyle zararını isteyebilecektir. Bu nedenle davacı yüklenici şirkete ait bağımsız bölümlerin tamamının 3. kişilere satış tarihleri ve satış bedellerine ilişkin resmi senet örneklerinin Tapu Sicil Müdürlüğünden istenmeli, uzman bilirkişilere davacıya ait bağımsız bölümlerin projesi, yapı kalitesi ve konumları değerlendirilerek emsal nitelikteki bağımsız bölümlerin satış bedellerinden düşük olup olmadıkları tespit ettirilmeli, önceki satılan bağımsız bölümlerin satış bedellerinin ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasından sonra satışı yapılan bağımsız bölümlerin satış bedellerinden daha düşük olması hâlinde bu miktar davacının zararı olarak kabul edilmelidir. Yapılacak inceleme sonucu davacının zararı tespit edilirse, davalının muris muvazaası nedeniyle ihtiyati tedbir istemiyle açtığı tapu iptali ve tescil davasının kabul edilmiş olması, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaat süresinin sözleşme tarihinden itibaren 52 ay, yükleniciye ait bağımsız bölümlere ilişkin tapu devrinin gerçekleştirilecek inşaat seviyesine göre kademeli devrinin kararlaştırılmış oluşu ve davacının sözleşme yaptığı muvazaalı işlemi yapan akidi arsa sahibinin de müterafik kusuru olduğu gözetilerek BK.m.43 (TBK.m.51) gereğince uygun bir miktarda hakkaniyet indirimi yapılmalıdır. Açıklanan hususların gözetilmemiş olması doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir." (4. HD 05.05.2015, 3930/5572).

hâlinde mirasçılık sıfatı kaybedileceğinden²⁴³, mirastan ıskat edilen, feragat eden, mahrumiyet hâli bulunan ya da mirası red eden kişilerin mirasçılık belgesi talep edemeyeceği öğretide taraftar bulmuştur²⁴⁴. Bu görüş bağlamında mirasçılık sıfatını kaybetmiş bir kişinin tereke üzerinde zilyetlik ve yönetim ile tasarruf yetkisi bulunmadığından mirasçılık belgesini talep yönünden de sıfatının bulunmadığı ileri sürüldüğü gibi²⁴⁵, mirasçılık sıfatına bağlı olmayan miras bırakanın yakını ya da hısımlı olmaya bağlı sonuçlar için mirasçılık belgesi talep edilmeyeceği, zira bu belgenin yakınlık yahut akrabalık belgesi olmadığı da vurgulanmıştır²⁴⁶. Elbette mirasçılık belgesi akrabalık ya da yakınlık belgesi olmadığı gibi hatta bazı hakların ileri sürülmesinde örneğin destekten yoksun kalma tazminatına matuf talepler, mirasçılık sıfatına bağlı bir hak olmadığı için mirasçılık belgesine dahi ihtiyaç bulunmayacaktır. Ancak, mirasçılığı engelleyen hâllerin varlığı, mirasçı sıfatına engel olduğundan, mirasçılık belgesinde mirasçı sıfatı ve pay verilerek bu hususun terekenin bölüştürülmesi sırasında değil²⁴⁷, doğrudan hüküm fıkrasında mirasçı sıfatı ve pay verilmemesi²⁴⁸ doğru olmakla birlikte, mirasçılara mirasçılık

243 OĞUZMAN M.Kemal, *Miras Hukuku*, İstanbul, s. 1995, s. 264,265; KURŞAT, *Tereke*, s. 262.

244 DURAL / ÖZ, s. 388; İMRE / ERMAN, s. 315; ERİŞGİN, s. 59, 75; 80; KURŞAT, *Tereke*, s. 261; KOCAĞA, s. 93; YAĞCI Kürşat, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, İstanbul 2013, s. 352.

245 KURŞAT, *Tereke*, s. 263.

246 KURŞAT, *Tereke*, s. 263, dp. 877.

247 “Mirastan çıkarma ve yoksunluk sebeplerinin gerçekleşmesi ya da mirasın reddi veya mirastan feragat edilmiş olması ilgili kişinin mirasçılık belgesinde mirasçı olarak gösterilmesine ve kendisine mirastan pay verilmesine engel bir neden değildir. Ne var ki, bu olguların hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğinin hüküm yerinde gösterilmesi gerektiği hâlde hüküm yerinde mirasın reddedildiğinin gösterilmemesi isabetsiz ise de, yanılığın giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirmediğinden hüküm yerinin (2) numaralı ./bendine son paragraftan sonra gelmek üzere ayrı bir paragraf olarak “mirasçılardan Mert Koçak mirası reddettiğinden reddin hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetilmesine” sözlerinin yazılmasına, hükmün düzeltilen bu şekli ile onanmasına,” (7. HD 22.05.2008, 2531/2273).

248 “Mirasçılık belgesi verilmesi hususu Türk Medeni Kanunu (TMK)’nun 598.maddesinde düzenlenmiştir. Mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; miras bırakanla mirasçıları arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahiptir. Bu nedenlerle; mirasın reddeden (TMK.m.605/1) mirasçı veya mirasçılar varsa düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirası ret durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi; mirası ret nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin (kime kalacağının)’da gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan; verilen mirasçılık belgesinde yasal mirasçılar ile bunların miras paylarının gösterilmesi yerinde ise de; “Tereke mevcudu yönünden mirasçılığını kaybettiği anlaşılan Osman Üstün, Günel Üstün (Üreten), Mehmet Üstün’ün paylaşım sırasında intikal eden paylarının diğer mirasçılara ait olacağına tespitine” şeklindeki kabul hatalı olmuştur.” (8. HD 30.05.2014, 2013/19942, 2014/111165).

belgesini talep etmek hakkını da ortadan kaldırmamalıdır²⁴⁹. Zira her hâlükarda muris ile mirasçı arasındaki irsi bağ, yani kan bağı²⁵⁰ ortadan kaldırılamayacağı gibi, maddi bir vakıa ile irsi iribatın ispatı için dahi mirasçılık belgesine ihtiyaç duyulması hayatın olağan akışının icabıdır. Hatta bu noktada kamunun menfaati, kişinin menfaatinin fevkindedir. Nitekim mirasçılık belgesi talebi maddi bir olayın varlığını ikrar ile kişiler arasındaki irs ilişkisini belirlemekten ibaret olduğundan buna matuf istek, ne bir hakkın yitirilmesine ne de mirasçılık durumunda bir değişiklik meydana getirmesine sebep olacaktır²⁵¹. Meğerki mirastan yoksunluk hâli bulunsun ki bu hâlde, sadece miras hukukundan doğan haklar değil, muris ile soy bağı veya evlilik ilişkisinden mütevellit mirasçılığa bağlı olmayan haklar da kaybedilecektir²⁵². Dolayısıyla mirasçılığı engelleyen hâllerin varlığı, nezdinde doğan kişinin mirasçılık belgesi talebine engel olmayıp²⁵³, mirasçılık belgesinde kendisine mirasçılık sıfatı ve pay verilmesine engeldir²⁵⁴. Şayet, mirasçılığı engelleyen bir hâl bulunmasına

249 “Mirastan çıkarma ve yoksunluk sebepleri, ya da mirasın reddi veya mirastan feragat sözleşmesi hâllerinin bulunması mirasçılık belgesi istemeye engel değildir. Çıkarma, yoksunluk, ret ve feragatın “hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine” işaret edilmek suretiyle ve bu durumlar yok sayılarak tüm mirasçılar ve miras paylarını gösterir biçimde hüküm tesis edilmesi gerekmektedir. Mahkemece bu yön dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.” (2. HD 05.02.2008, 2007/20848, 2008/965); “Dava mirasçılık belgesi istemine ilişkindir. Mirastan çıkarma ve yoksunluk sebepleri ya da mirasın reddi veya mirastan feragat sözleşmesi hâllerinin bulunması, mirasçılık belgesi istemine engel değildir. Bu hâllerin varlığı hâlinde “hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine” işaret edilmek suretiyle, sözü edilen durumlar yok sayılarak tüm mirasçıları ve miras paylarını gösterir biçimde hüküm kurulması zorunludur.” (7. HD 23.05.2008, 2431/2299).

250 “İddia ve savunmaya, toplanan ve değerlendirilen delillere, mirasçılık belgesi isteminde bulunan Hamza Ali Palacı’nın çocuklarından Hasan Palacı’nın mirası kayıtsız ve koşulsuz reddettiği, dosya içeriğinden anlaşılmış ise de mirasçılık belgesinin ölen kişinin kan bağı yönünden mirasçıları gösteren bir belge olması nedeni ile mirası reddeden Hasan Palacı’nın hüküm yerinde mirasçı olarak gösterilmesinde ve kendisine mirastan pay verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı İhsan Palacı ve İrfan Palacı’nın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına.” (7. HD 01.05.2008, 1900/1891).

251 GENÇCAN, s. 869.

252 ERİŞGİN, s. 55.

253 “Mirastan iskat, mirastan feragat, mirası red., mirastan mahrumiyet mirasçılık belgesi istenmesine engel değildir. Ancak mirasçılık belgesinde bu hususa işaret olunarak mirasçılık sıfatını yitiren kişinin de mirasçılık belgesinde gösterilmesi gerekir. Somut olayda muris Hasan Yılmaz’ın 24.01.2006 gün 2006/82-61 sayılı mirasçılık belgesinde bu hususa işaret edilmediği anlaşılmıştır. Mahkemece davacıların davasının kabulü ile muris Hasan Yılmaz’ın hasımsız alınan veraset ilamının iptali ile davalı Necati Yılmaz’ın Hasan Yılmaz’ın mirasçısı olarak gösterilip mirastan feragat ettiği kişinin mirasçılık belgesine işaret olunması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (2. HD 12.10. 2006, 5757/13797).

254 “Mirasçılık belgesi verilmesi hususu TMK’nın 598. maddesinde düzenlenmiştir. Mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; murisle mirasçıları arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve

karşın, mahkeme bunu hüküm fıkrasında belirtmez ise, diğer bir mahkeme ya da kurumlar bu kararı tevil, tefsir ve tahvil edemeyeceği için bu husus tavzihe de konu olamayacaktır. Zira tavzihle hükmün değiştirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple mahkeme hüküm fıkrasını infaza elverişli şekilde tesis etmesi yanında hüküm fıkrasının bütünleyici parçası olan ve çoğu maddi vakıaların tartışıldığı gerekçenin de doyurucu ve hüküm fıkrası ile mantıki ve hukuki bağlantısının ayrıntılı şekilde izah edilmesi gerekmektedir. Aşağıda alt başlıklar hâlinde mirasçılığı engelleyen hâlleri ele alacağız.

2. Mirastan Feragat

Türk Medeni Kanunu'nun 528. maddesine göre; miras bırakan bir mirasçısı ile karşılıksız ya da karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir. Feragat eden bu sözleşme ile mirasçılık sıfatını kaybeder²⁵⁵. Bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça feragat edenin mahfuz hisse ve altsoyu için de sonuç doğurur. Zira miras hakkı, mahfuz hisseyi de kapsayan kanundan doğan miras hukukuna ilişkin aynı nitelikte bir hak²⁵⁶. Ancak mirastan feragat eden mirasçının tereke ile ilişkisi tüm olarak kesilmiş sayılmaz. Miras

sahiptir. Mirasçılık belgesi istemek maddi bir olayın varlığını ikrar ve kişiler arasındaki irs (soy) ilişkisini tespit ettirmekten ibarettir. Mirastan ıskat ve mahrumiyet sebepleri ya da mirasın reddi veya mirastan feragat sözleşmesi hâllerinin bulunması mirasçılık belgesi istemeye engel değildir. İskat, mahrumiyet, ret ve feragatin hukuki sonuçları terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğinden “sadece terekeye dahil mal ve haklar yönünden mirasçılık sıfatını kaybettiği ve payın kime kalacağını belirleyen” sözlerin hüküm sonucuna eklenmesi suretiyle miras paylarını gösterir biçimde hüküm kurulması gerekmektedir.” (14. HD 02.07.2015, 2153/7412).

255 “TMK'nun 598. maddesine göre düzenlenen mirasçılık belgeleri, aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; miras bırakanla mirasçılar arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında, mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahiptir. Tüm bu nedenlerle; mirastan feragat eden (TMK m.528) mirasçı veya mirasçılar varsa, düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirastan feragat durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi; mirastan feragat nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin de (kime kalacağını) gösterilmesi gerekir. TMK'nun 528/2,3. maddesinde düzenlenen “ Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder. Bir karşılık sağlanarak mirastan feragat, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altsoyu için de sonuç doğurur” hükmü uyarınca mirastan feragatte miras paylarının diğer mirasçılara intikal şekli kararda gösterilmelidir. Bu itibarla mahkemece, nüfus kayıtları ve mirasçılardan Hatice Saiten'in mirastan feragatine ilişkin feragat sözleşmesi değerlendirilerek, mirastan feragat eden mirasçının paylarının kime kalacağı hususu açıkça gösterilmek suretiyle mirasçılık belgesinin düzenlenmesi gerekir. Bu bakımdan; verilen mirasçılık belgesinde yasal mirasçılar ile bunların miras paylarının gösterilmesi yerinde ise de “mirastan feragatin hukuki sonuçlarının” düzenlenen mirasçılık belgesine yansiyacak şekilde gösterilmemiş olması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 11.05.2015, 2439/5226).

256 ANTALYA Gökhan, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul 1999, s. 167.



açıldığında, terekenin borcu alacaklılarından çok olup da miras alan bunu ödemeye yanaşmazsa, mirastan feragat eden kişi ölümden önceki beş yıl içinde muristen feragatin ivazı olarak aldığı şeyi ve semeresinden elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. Öte yandan hakkında tenkis davası açıldığı zaman mirastan feragat eden mirasçı, sözleşmeyle aldığını geri vererek terekenin taksimine de iştirak edebilecektir.

Mirastan feragatin mirasçılık belgesindeki görünümüne gelince; Kanunun (TMK. m. 528) ifadesinden anlaşılacağı üzere mirastan feragat, mirasçılığa engel olan bir durumdur²⁵⁷. Şayet mirastan feragat sözleşmesiyle bir karşılık sağlanmışsa, kural olarak feragat edenin altsoyu da mirasçılık sıfatını kaybeder. Buna karşılık bunun aksi yani karşılığa rağmen altsoyun feragatten etkilenmeyeceği kararlaştırılabilir. Zira miras bırakan açısından bir mirasçının mirastan feragatini sağlamak ölüme bağlı bir tasarruftur. Nitekim feragat eden mirasçının altsoyunun miras bırakana karşı mahfuz payları mevcuttur. Feragatin karşılıksız yapılması hâlinde de kural olarak altsoyu etkilemeyecektir. Mirastan feragate, miras hakkı değil, murisin vefat tarihinde mirasçılık sıfatının yitirilmesi sebep olacaktır²⁵⁸. Dolayısıyla feragat eden tereke borçlarından da sorumlu değildir. Nitekim miras sözleşmesiyle yasal mirasçılar miras bırakana karşı beklenen mirasçılık sıfatından vazgeçmektedir²⁵⁹. Mirasçılardan birisinin mirastan feragat etmesi, bu kişinin mirasçılık belgesi talep etmesine bir engel oluşturmayıp²⁶⁰, feragat hususu, terekenin paylaşılması sırasında bir infaz işi olarak değil, doğrudan mirasçılık belgesi ve hüküm fıkrasında gösterilmesi gerekecektir²⁶¹. Buna karşılık mirastan feragat edenin

257 “Somut olayda, murisin çocuğu Hikmet Köyliüoğlu mirastan feragat nedeniyle mirasçılık sıfatını kaybetmiştir. Bu nedenle mirasçılık belgesinde Hikmet Köyliüoğlu feragat ettiğine işaret edilmeli ve payının kime veya kimlere kalacağı gösterilmelidir. Mahkemece, belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 13.11.2015, 2892/10280).

258 ANTALYA, *Feragat*, s. 181.

259 DURAL / ÖZ, s. 189.

260 “Murisin çocukları Şermin Öztürk, Merem Özkan (Ağaoğlu) ve Fatma Bulut mirastan feragat nedeniyle mirasçılık sıfatını kaybetmişlerdir. Mirastan feragat sözleşmesinin bulunması mirasçılık belgesi istemeye engel değildir. Ancak mirasçılık belgesinde bu hususa işaret edilmeli ve mirasçılık sıfatını yitiren kişilerin paylarının kime veya kimlere kaldığı hüküm fıkrasında gösterilmelidir. Bu hususlar dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (2. HD 15.03. 2007, 2597/4205); GENÇCAN, s. 429.

261 “Somut olayda, murisin eşi Meliha Doğanay mirastan feragat etmesi nedeniyle mirasçılık sıfatını kaybetmişlerdir. Mirasçılık belgesinde Meliha Doğanay’ın feragat ettiğine işaret edilmeli ve payının kime veya kimlere kalacağı gösterilmelidir. Mahkemece, belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 18.06.2015, 2137/6791).

mirasçılık belgesi talep edemeyeceği de savunulmuştur²⁶². Yargıtay'da mirasçılığı engelleyen hâllerin varlığını tereke paylaşımı sırasında infaz işi olarak kabul ettiği görüşünden²⁶³ sarfınazar ederek, mirasçılık belgesinde, mirastan feragat eden kişinin bu durumuna işaret edilerek bu kişinin mirasçı olarak gösterilemeyeceğini, zira terekenin paylaşımın infazında tereddütler oluşacağını belirtmiştir²⁶⁴. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 598. maddesi gereğince mirasçılık belgesi aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olan bir belge olarak kabul edilmektedir. Tapu müdürlükleri

262 ANTALYA, O. Gökhan, **Miras Hukuku**, İstanbul 2009, s. 363. Bu görüş çerçevesinde mirasçılık sıfatını etkileyen her türlü tasarruf çıkarma, çıkarılma, red, feragat işlemlerine mirasçılık belgesinde yer verilmesi gerektiği ifade edildiği gibi mirasçılık sıfatını engelleyen hâllerin varlığına rağmen mirasçılık belgesinin talep edilebileceği de müteakip sayfada belirtilmiştir. Bkz s. 367.

263 "Mirastan çıkarma ve yoksunluk sebepleri, ya da mirasın reddi veya mirastan feragat sözleşmesi hâllerinin bulunması mirasçılık belgesi istemeye engel değildir. Çıkarma, yoksunluk, ret ve feragatin "hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine" işaret edilmek suretiyle ve bu durumlar yok sayılarak tüm mirasçılar ve miras paylarını gösterir biçimde hüküm tesis edilmesi gerekmektedir. Mahkemece bu yön dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir." (2. HD 05.02.2008, 2007/20848, 2008/965); "Mirasın reddi mirasçılık belgesi istemeye engel değildir. Ancak mirasın reddi hâlinde mirasçılık belgesinde; miras reddinin hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine işaret edilmek suretiyle ve bu durumlar yok sayılmak suretiyle oluşan miras paylarını gösterir biçimde hüküm kurulması gerekmektedir." (2. HD 13.02.2007, 2006/11688, 2007/1835).

264 "Yargıtay 2. ve 7. Hukuk. Daireleri 'nin konuyla ilgili yerleşmiş içtihatları mirastan feragatin hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetilmesi yönünde idi. Ne var ki, böyle bir kararın özellikle Tapu Müdürlükleri'nde, terekenin paylaşımıyla ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları ile bloke edilen faizler için banka veya icra iflas ve tasfiye memurluklarında vs. işlemler ve infaz sırasında ilgililerin bir takım güçlükler yaşadığı ve yerine getirilmediği bir vakiydir. Esasen, mahkemelerin bir görevi de anlaşılır, infaza elverişli tereddütte mahal bırakmayacak açık, somut ve hiçbir duraksamaya mahal bırakmayacak biçimde anlaşılır kararlar vermek olmalıdır. Öte yandan, TMK'nun 495 ile 501. maddelerinde yasal mirasçılar, izleyen maddelerde de miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufu sonucu oluşan mirasçılık gösterilmiştir (TMK.m.516. 520. 521. 522). Bu yasal düzenlemeler göz önünde bulundurularak TMK'nun 598. maddesine göre düzenlenen mirasçılık belgeleri, aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; miras bırakanla mirasçılar arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında, mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahiptir. Tüm bu nedenlerle; mirastan feragat eden (TMK.m.528) mirasçı veya mirasçılar varsa, düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirastan feragat durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi; mirastan feragat nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin de (kime kalacağını) gösterilmesi gerekir. TMK'nun 528/2,3. maddesinde düzenlenen " ... Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder. Bir karşılık sağlanarak mirastan feragat, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altoyu için de sonuç doğurur" hükmü uyarınca mirastan feragatte miras paylarının diğer mirasçılara intikal şekli kararda gösterilmelidir. Mahkemece, talep, nüfus kayıtları ve mirasçılardan Muharrem Uçan'ın mirastan feragatine ilişkin vasiyetname değerlendirilerek, mirastan feragatin hukuki sonuçlarının kararda gösterilmiş olması açıklanan nedenlerle usul ve yasaya uygun olup, mirasçı Muharrem Uçan'ın tüm temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onamasına." (8. HD 01.10.2014, 2013/20733, 2014/17637).



tarafından işleme alınan, mirasın reddi, mirastan feragat ve mirastan ıskat sonucu doğuran mirasçılık belgelerinde mirasçuların ve miras paylarının belirlenmesinde zaman zaman güçlük yaşandığı, mahkemelerce bu durumun terekenin tasfiyesi aşamasında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek mirasçuların ve miras paylarının belirtildiği, yeni mirasçılık belgesi verilmesinden kaçınıldığı, bu nedenle tapu, banka, trafik tescil işlemlerinde gecikmeler olacağı muhakkaktır. Mahkeme kararlarının kuşkuya yer vermeyecek ölçüde açık, duraksamaya neden olmayacak biçimde anlaşılabilir olmasının yanı sıra infaz edilebilir nitelikte de olması gerekmektedir. Bu bağlamda; mirasın reddi, mirastan feragat ve ıskat durumunun belirtilmesine karşın, pay oranı ve varsa yeni paydaşların mirasçılık belgesinde gösterilmemiş olması hâlinde, tapu, banka ve trafik tescil müdürlüklerinin yargı erki yerine geçerek pay ve paydaş saptayarak işlem gerçekleştirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla terekenin mirasçılara intikali işlevi olan mirasçılık belgelerinde, salt mirasın reddi, mirastan feragat ve ıskat durumunun gösterilmesi ile yetinilmemesi, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunlara ilişkin miras paylarının akıbetinin de belirlenmesi hukuki bir zorunluluktur²⁶⁵. Aksinin yani mahkemeler tarafından mirasçılığı engelleyen hâllerin terekenin infazı sırasında dikkate alınması gerektiğine dair hüküm kurmaları, ihtilafı çözmeyip, yeni bir ihtilaf oluşturduğu, oysaki mahkemelerce verilecek ilamların mutlak surette ihtilafı çözmeye ve infaz kabiliyeti bulunması gerektiği, bu bağlamda mahkemece mirasçılığı engelleyen hâlin varlığının terekenin infazı sırasında dikkate alınmasına dair bir kararın yorumlanarak infaz sırasında tereddüt doğuracağı²⁶⁶, nitekim bu yöndeki kararın hadiseyi çözmeyip ihtilafın devam etmesine sebebiyet verdiği, mahkemelerin asli görevinin önüne gelen ihtilafı kesin, ilânihaye ve infaza elverişli şekilde çözmek olduğu da göz önüne alındığında, söz konusu taleplerin tevali etmemesinde tarafların ve kamunun menfaati ortak ve en üst seviyedendir.

265 “Somut olayda, murisin çocuğu Hikmet Köylüoğlu mirastan feragat nedeniyle mirasçılık sıfatını kaybetmiştir. Bu nedenle mirasçılık belgesinde Hikmet Köylüoğlu feragat ettiğine işaret edilmeli ve payının kime veya kimlere kalacağı gösterilmelidir. Mahkemece, belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” (14. HD 13.11.2015, 2892/10280).

266 “ Mirastan çıkarma ve yoksunluk sebepleri ya da mirasın reddi veya mirastan feragat sözleşmesi hâllerinin bulunması mirasçılık belgesi istemine engel değildir. Ne var ki bu hâllerin varlığı hâlinde “hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceği” hususu hüküm yerinde işaret edilmek suretiyle tüm mirasçuları ve miras paylarını gösterir biçimde hüküm kurulması zorunludur. Mahkemece bu yön dikkate alınmadan diğer bir anlatımla hüküm yerine yukarıda açıklanan olgunun yazılmamış olması terekenin bölüştürülmesi sırasında tereddüt oluşturacağından yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün bozulmasına.” (7. HD 13.02.2009, 602/523).

3. İskat

İskat tasarrufuna maruz kalan kişi de mirastan feragat eden gibi mirasçılık sıfatını kaybedip, mirasçılığa bağlı haklarını kullanamayacaktır²⁶⁷. İskat edilen kişi, miras bırakanın vefatı itibariyle mirasçı sıfatını yitirmiş olacaktır²⁶⁸. Mirastan ıskat şahsi olup²⁶⁹, sonuçları ıskat edilen kişi nezdinde doğacağından, mahfuz hisseli mirasçılardan mahfuz hissesine sirayet etmeyecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 511. maddesi gereği mirasçılıktan çıkarılan kişi, mirastan pay alamayacağı gibi; tenkis davası da ikame edemeyecektir. Şayet muris mirasçılıktan çıkardığı kişinin payı üzerinde başka bir tasarrufta bulunmamış ise mirasçılıktan çıkarılan kişinin miras payı, o kimse muristen önce ölmüş gibi mirasçılıktan çıkarılan kişinin alt soyuna, alt soyu yok ise murisin yasal mirasçılara intikal edecektir. Dolayısıyla mirasçılıktan çıkarılan kişi muris vefat ettiğinde sağ ise mirasçı olamayacağı için mirasçılık belgesinde kendisine miras payı verilemeyecektir. Buna mukabil, muris, ıskat tasarrufunda çıkarılan mirasçıya ilişkin pay hakkında da tasarrufta bulunmuş ise mirasçılıktan çıkarılan alt soyu ya da yasal mirasçılar da miras payı alamayacaktır. Ancak, her hâlükarda mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, ıskat edilen kişi, muristen önce vefat etmiş miras payını değil²⁷⁰, ancak saklı payını talep edebilecektir²⁷¹. Bu sebeple saklı payını talep edebilmesi tenkis davasının konusunu oluşturacağından, miras bırakan tarafından mirastan çıkarılan kişiye ait payda tasarruf edilmemesi ihtimalinde alt soyun ya da diğer mirasçılara mirasçılık belgesinde mirasçı sıfat ve pay verilmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla ıskat edilen kişinin payı üzerine miras bırakanın tasarrufta bulunmadığı hâllerde alt soy ya da diğer mirasçılara

267 YAĞCI, s. 336; ENGİN, *Yedek Mirasçılık*, s. 107.

268 YAĞCI, s. 336.

269 ANTALYA, *Feragat*, s. 54.

270 YAĞCI, s. 480.

271 "Miras bırakanın; mirasçılardan (kızı) Şirin'i ölüme bağlı tasarrufu ile mirasından ıskat ettiği, Şirin'in açtığı ıskatın iptaline ilişkin davanın reddedildiği, bu kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Miras bırakan çıkardığı mirasçının miras payına yönelik başka türlü bir tasarrufta bulunmadığına göre mirasçılıktan çıkarılanın alt soyu, o kimse miras bırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir. (TMK. 511/son) O hâlde; Şirin miras ortaklığına dâhil değildir. Şirin'in çocuğu Emre'nin (ergin olmadığından) yasal temsilcilerine husumetin yöneltilmesi gerekirken, eksik hasımla hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (2. HD 23.06.2008, 5666/9132); "Miras bırakan, davacıların babası olan oğlu Ahmet Tacettin'i 5.4.1982 tarihli vasiyetnamesi ile mirasından ıskat etmiştir. Bu kişi tarafından açılan ıskatın iptali davası reddedilmiş, karar 17.12.2002'de kesinleşmiştir. Bu durumda ıskat ayaktadır. Bu hâlde miras hakkından ıskat edilen kimsenin altsoyu o kimse müteveffadan evvel ölmüş gibi mahfuz hisselerini isteyebilirler. (TKM. md. 458/son cümle) Bu nedenle, ıskat edilenin altsoyu olan davacıların bu davayı açmakta aktif husumet ehliyetleri mevcuttur. Bu husus gözetilmeden davacıların mirasçı olamayacaklarından bahisle red hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır." (2. HD 12.12.2007, 15355/17423).



mirasçılık belgesinde miras payı verilir iken, mirastan çıkarılan kişinin miras payı varmış gibi hesaplama yapılmalıdır²⁷². Zira kanun ıskat edilen payın geçişinden bahsetmektedir (TMK. m. 511/2). Aksi yani ıskat edilen mirasçıya ait pay yok sayılarak diğer mirasçılara dağıtım yapılması kanunun lafzı ve özüne uygun düşmeyecektir. Nitekim cezai nitelikteki ıskat tasarrufunun kişiselliği ilkesi de bu sonucu teyit etmektedir²⁷³. Mirasçılıktan çıkarılma mirasçılık belgesi istemeye engel değildir. Zira ıskat gerçekleşse bile mirasçılıktan çıkarma mirasçılık hakkından ve mirasçılık durumunda bir değişiklik meydana getirmediği dolayısıyla maddi bir vakıanın ikrar ve kişiler arasındaki irs ilişkisini belirleyen mirasçılık belgesi istemeye engel görülmemektedir²⁷⁴. Dolayısıyla ıskat hususu hukuki sonuçları bakımından terekenin paylaşılması sırasında gözetilmesi gerekeceği savunulmuştur²⁷⁵. Aksi yönde ölüme bağlı tasarrufla mirastan çıkarılanların mirasçılık belgesi talep edemeyeceği de savunulmuştur²⁷⁶. Kanaatimizce, ıskat mirasçılık sıfatının yitirilmesine sebep olacağından, bu durum, her ne kadar mirasçılık belgesi talebine engel değil ise de, mirasçılık belgesinde bu kişilere mirasçılık sıfatı ve pay verilmesi söz konusu olmayacaktır.

4. Mahrumiyet

Türk Medeni Kanunu'nun 578. maddesinde mahrumiyet sebepleri tahdidi olarak sıralanmıştır. Kanunda belirtilen bu hâllerin birisinin varlığı hâlinde bu fiiller nezdinde doğan kişi mirastan mahrum olacağından, murise karşı mirasçılık sıfatını kaybedip, mirasbırakandan önce vefat etmiş kabul edilerek, miras açıldığı zaman mirasçı ve vasiyet alacaklısı sıfatını iktisap edemeyecektir²⁷⁷. Mahrumiyet herhangi bir mahkeme

272 "Dava, mirasçılık belgelerinin iptali ve yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi isteğine ilişkindir. Muris sadece Mirasçılıktan çıkarmayla yetinmiş, mirasçılıktan çıkarılan kişinin miras payı üzerinde tasarrufla bulunmamış ise mirasçılıktan çıkarılan kimse muristen önce ölmüş gibi kabul edilir. Bu durumda mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna verilir (TMK m. 511/2 ve 3). Bu durumda Akhisar 3. Noterliğince düzenlenen 02.11.2009 tarihli 7797 no'lu düzenleme şeklinde vasiyetname ile muris Mustafa Kemal Ülgenalp mirasçı oğlu Serdar Ülgenalp'i mirastan yoksun bıraktığından mirastan ıskatın hukuki sonucunun terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetilmesi şeklinde karar verilmesi infazda duraksamaya yol açacağından mirasçılıktan çıkarılan Serdar Ülgenalp'in çocukları Melis ve Deniz Ülgenalp'e dava yöneltilmeden ayrıca yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir." (14. HD 29.06.2015, 2264/7193); Yağcı, s. 468.

273 YAĞCI, s. 472.

274 GENÇCAN, s. 869.

275 GENÇCAN, s. 869.

276 ANTALYA, *Miras Hukuku*, s. 363.

277 ENGİN, *Yedek Mirasçılık*, s. 96.



hükmüne gerek olmaksızın kendiliğinden sonuç doğuracağından, nezdinde mahrumiyet durumu gerçekleşen kişi aleyhine bir tespit davası açılmasına gerek yoktur²⁷⁸. Hatta mahrumiyet, kanun icabı doğrudan hüküm doğurduğundan, herkes tarafından bir zaman kısıtlaması olmaksızın ileri sürülebilecektir²⁷⁹. Ancak uygulama nüfus kayıtları üzerinden mirasçılık belgesi verildiğinden, nezdinde mahrumiyet sonuçları doğan mirasçı, mirasçılık belgesi alsa da bu belgeden mahrum olan kişi özde değil sözde mirasçı olacağından, mirasçılık belgesinin iptali davasında mahrumiyet hususu kanıtlanarak önceki mirasçılık belgesinin iptali cihetine gidilecektir²⁸⁰. Dolayısıyla mahrumiyet talepli bir mirasçılık belgesi başvurusunun varlığı, derdest ceza mahkemesi kararının kesinleşmesini beklemesi yerinde bir ara kararı olacaktır²⁸¹. Mirastan mahrumiyet salt yoksun olanı etkileyip, mahrum kalanın altsoyunu olumsuz yönde etkilemeyeceğinden (TMK m. 579)²⁸², yoksun olan kişinin alt soyu muristen önce vefat eden kişinin altsoyu gibi mirasçı olacaktır. Bu sebeple, mahrum kişi mirasçı sıfatını kaybedeceğinden mirasçılık belgesinde gösterilmemesine karşın alt soyu mirasçı sıfatını muhafaza edeceğinden mirasçılık belgesinde gösterilecektir. Bu sonuç, Türk Medeni Kanunu'nun 578. maddesinde belirtilen hâllerin ceza hukuku bağlamında suç teşkil etmesinden mütevellit suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin bir tezahürü olarak mahrumiyet hükümleri şahsında doğan kişiyi etkileyip, onun altsoyunu bundan varestede kılmasının bir gereğidir. Buna mukabil, mahrum olan kişinin eyleminin ceza hukuku anlamında suç olması ya da bu eylem sebebi ile ceza almasının bir ehemmiyeti yoktur²⁸³. Dolayısıyla af kanunu, mahrumiyetin sonuçlarını kaldırmayacaktır²⁸⁴. Saklı pay

278 ENGİN, s. 169.

279 ENGİN, s. 169.

280 ENGİN, s. 174.

281 "Dava, mirastan yoksunluğun tespiti ve mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Hükmü davalı Safiye Çelebi vekili temyiz etmiştir. HMK'nın 165. maddesine göre bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına kadar yargılama bekletilebilir. Somut olayda; Davalı Safiye Çelebi'nin eşi muris Osman Nuri Çelebi'yi öldürdüğü için açılan ceza davasında cezalandırılmasına karar verildiği ancak kararın sanıklar tarafından temyiz edildiği ve henüz kesinleşmediği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece Antalya 4. Ağır Ceza e Mahkemesinin 2012/486 Esas - 2013/205 Karar sayılı dosyasının HMK'nın 165. maddesi gereğince bekletici mesele yapılarak, bu davanın sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir." (14. HD 15.10.2015, 2403/9067).

282 ENGİN, s. 183.

283 ENGİN, s. 169.

284 Medeni Kanun 578. maddesinin son fıkrası gereği mirastan yoksunluk miras bırakanın affıyla ortadan kalkacaktır. Ancak kanunda geçen affın af kanunlarıyla bir ilgisi yoktur.



mirasçılığını iskat eden mirasçılıktan çıkarma tasarrufu da mahrumiyet ile aynı amaca hizmet etmekte ancak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu yapamayacak durumdaki miras bırakanın farazi iradesine uygun olarak miras bırakanın gerçeği bilse ve mirasçılıktan çıkaracağı mirasçısını miras bırakan yerine kanunu koyucu mahrumiyet kurumu ile düzenlemiştir²⁸⁵. Mahrumiyet durumu da mirasçılığı engelleyen bir hukuki bir sebep olmakla birlikte maddi bir vakıanın ve kişiler arasındaki irs ilişkisinin ispatına matuf mirasçılık belgesinin istenmesine engel görülmemiştir²⁸⁶. Bu bağlamda mirastan yoksunluk durumu terekenin paylaşılması safhasında dikkate alınması gerektiği savunulmuştur²⁸⁷. Ancak aksi yönde mirastan yoksun olanların mirasçılık belgesi talep edemeyeceği de ileri sürülmüştür²⁸⁸. Keza mirastan mahrum olan kişinin altsoyu miras hakkına sahip olduğundan mirasçılık belgesi talep etmesine hukuki bir engel bulunmamaktadır. Kanaatimizce mahrumiyet nezdinde doğan kişinin mirasçılık sıfatını yitirmesi, mirasçılık belgesi talep etmesine engel değil ise de, mirasçılık belgesinde kendisine mirasçılık sıfatı ve pay verilemeyecektir.

5. Mirasın Reddinin Mirasçılık Belgesine Etkisi

Mirasın reddi, çekişmesiz yargı işi olduğundan mirasçılar tarafından hasımsız olarak sulh hukuk mahkemesine dava marifetiyle kullanılacaktır. Yetkili mahkeme, Türk Medeni Kanunu'nun 609. maddesinin 4. fıkrası gereği miras bırakanın yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesidir. Mirasın reddi kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Mirasın hükmi reddi ise, malvarlığı haklarına ilişkin (HMK m. 2/1) ve çekişmeli yargı alanına dahil olduğundan asliye hukuk mahkemesine ikame edilecektir. Yetkili mahkeme konusunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 609/4. maddesi kıyasen muris yerleşim yeri ya da Hukuk Muhakemeleri Kanunu 6. maddesi gereği davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Uygulamada mirasın hükmü reddi davası, mirasçıların maruz kaldığı icra takibi ya da dava üzerine ikame olunmaktadır. Mirasın reddi, hem gerçek red (TMK m. 605/1) hem de hükmi red (TMK m. 605/2) durumunda murisin haklarına külli halef olmayı engellediği gibi, borçlarından da vareste kılar. Mirasın reddi kayıtsız ve şartsız yapıp

Af tamamen miras bırakanın his açıklamasıdır. Dolayısıyla his açıklaması hukuki işlem olmadığından, her türlü delille ispatına cevaz verilmelidir. Dosyadan anlaşılan af olgusunu hâkim resen dikkate almalıdır.

285 ENGİN, s. 44.

286 GENÇCAN, s. 872.

287 GENÇCAN, s. 872.

288 OĞUZMAN, s. 282; DURAL / ÖZ, s. 388; KOCAAĞA, s. 89; ANTALYA, *Miras Hukuku*, s. 364.

geri alınması da mümkün olmayacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 611. maddesi gereği mirası reddeden yasal mirasçılar, miras açıldığı vakit kendisi sağ değilmiş gibi, diğer hak sahiplerine geçecektir²⁸⁹. Dolayısıyla miras bırakanın vefatı hâlinde kanunen iktisap edilen mirasçılık sıfatı, mirasın red edilmesi üzerine geçmişe etkili olarak mürtefi olup, mirası red eden hiç mirasçı olmamış gibi değerlendirilecektir²⁹⁰. Mirası reddeden kişilerin mirasçı sıfatının bulunmaması gerek gerçek, gerekse hükmi red ihtimalinde mirasçılık belgesi istemeye engel değildir²⁹¹. Ancak mirasın reddinin hukuki sonuçlarının terekenin paylaşılması sırasında gözetileceğine işaret edilen eski Yargıtay kararları²⁹² terk edilerek mirasın reddine rağmen, mirasçılık belgesinde mirası red eden kişiye mirasçılık ile mirasçılık paylarının gösterilmesi doğru ve yeterli olmadığından, mirasçılık sıfatını kaybedenler ve payların akıbeti ile kimlere isabet ettiği hüküm fıkrasında açıkça belirtilmelidir²⁹³. Bir diğer ifadeyle mirası ret nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin²⁹⁴ ve bunların payının

289 "Somut olayda, mirasçılardan Bora'nın İstanbul Anadolu Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/256 Esas, 2014/373 Karar sayılı ilamı ile mirası kayıtsız ve şartsız olarak reddettiği anlaşılmaktadır. TMK'nun 611/1. maddesinde düzenlenen "Yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine geçer..." hükmü uyarınca mirası reddedenlerin miras paylarının diğer mirasçılara intikal şeklinin kararda gösterilmesi gerekir. Mahkemece, talep, nüfus kayıtları ve mirasçının mirası reddetmiş olması hususları değerlendirilerek, mirası reddeden mirasçıların paylarının kime kalacağı hususunun açıkça gösterilmek suretiyle mirasçılık belgesinin düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir." (14. HD 02.07.2015, 2273/7435).

290 HELVACI İlhan, *Türk Medeni Kanuna Göre Mirasın Reddi*, İstanbul 2014, s. 142.

291 GENÇCAN, s. 872.

292 "Mirasın reddi mirasçılık belgesi istemeye engel değildir. Ancak mirasın reddi hâlinde mirasçılık belgesinde; mirası reddinin hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine işaret edilmek suretiyle ve bu durumlar yok sayılmak suretiyle oluşan miras paylarını gösterir biçimde hüküm kurulması gerekmektedir." (2. HD 13.02.2007, 2006/11688, 2007/1835).

293 "Mirasçılık belgesi verilmesi hususu Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesinde düzenlenmiştir. Mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; muris mirasçıları arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahiptir. Bu nedenlerle; mirası reddeden (TMK m. 605/1) mirasçı veya mirasçılar varsa düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirası ret durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi; mirası ret nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin (kime kalacağını)da gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan; verilen mirasçılık belgesinde yasal mirasçılar ile bunların miras paylarının gösterilmesi yerinde ise de; "mirası reddin hukuki sonuçlarının terekenin paylaşılmasında dikkate alınmasına" şeklindeki kabul hatalı olmuştur. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 611. maddesindeki "Yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine geçer" hükmü uyarınca; mirası reddedenlerin miras paylarının diğer mirasçılara intikal şeklinin kararda gösterilmesi gerekir." (14. HD 30.11.2015, 2235/11024).

294 "TMK'nun 611/1. maddesi gereğince yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine geçer. Bu nedenle mirası

akıbetinin de (kime kalacağına) mirasçılık belgesinin hüküm fıkrasında ayrı ayrı²⁹⁵ gösterilmesi gerekir²⁹⁶. Öğretide mirasçılık belgesi isteminin

- reddedenlerin miras paylarının diğer mirasçılara intikal şeklinin kararda gösterilmesi gerekir. Bu itibarla mahkemece, nüfus kayıtları ve bir kısım mirasçıların mirası reddetmiş olmaları değerlendirilerek, mirası reddeden mirasçıların paylarının kime kalacağı açıkça gösterilmek suretiyle mirasçılık belgesinin düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.” (14. HD 11.05.2015, 2026/5224).
- 295 “Sonuç olarak; mahkemece, temyize konu kararda olduğu gibi, ret durumu yokmuş gibi yasal mirasçılar ve miras payları gösterildikten ve mirası reddeden mirasçılar işaret edildikten sonra mirası reddeden mirasçı göz önüne alındığında mahkemece; “yasal mirasçı Ayşe Ceren Erel’in, mirası ret durumu nedeniyle muris Ayhan Erel’in yasal mirasçısı sıfatını kaybetmiş olduğunun ve bunların miras payının ret sebebiyle yeni mirasçılar olan Ayşe Ayla Kardeşler ve Nuriye Hikmet Erel’e intikal etmiş olduğunun, böylece Ayhan Erel’in mirasının tamamının (2) pay kabul edilerek (1) payının annesi Nuriye Hikmet Erel’e, (1) payının kardeşi Ayşe Ayla Kardeşler’e intikal edeceğinin belirtilmesine” şeklinde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (14. HD 06.05.2015, 2623/5157).
- 296 “Talep, mirası ret hususu gözetilerek mirasçılık belgesi verilmesine ilişkindir. Mirasçılık belgesi verilmesi hususu TMK’nun 598. maddesinde düzenlenmiştir. Mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; muris ile mirasçıları arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında, mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahiptir. Tüm bu nedenlerle; mirası reddeden (TMK.m.605/1) mirasçı veya mirasçılar varsa, düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirası ret durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi; mirası ret nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin de (kime kalacağına) gösterilmesi gerekir. TMK’nun 611/1. maddesinde düzenlenen “ Yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine geçer...” hükmü uyarınca mirası reddedenlerin miras paylarının diğer mirasçılara intikal şekli kararda gösterilmelidir.” (14. HD 14.10.2015 2392/8945); “Mirasçılık belgesi verilmesi hususu Türk Medeni Kanunu (TMK) ’nun 598.maddesinde düzenlenmiştir. Mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; miras bırakanla mirasçıları arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahiptir. Bu nedenlerle; mirası reddeden (TMK m. 605/1) mirasçı veya mirasçılar varsa düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirası ret durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi; mirası ret nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin (kime kalacağına) da gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan; verilen mirasçılık belgesinde mirası reddeden mirasçının bu durumunun belirtilmemesi hatalı olmuştur. Yasal mirasçılardan Abdullah Paksoy, Adana 5. Sulh Hukuk Mahkemesi 2014/429 Esas 2014/428 Karar sayılı ilam ile mirası reddettiğine göre mirası reddedenlerin miras paylarının diğer mirasçılara intikal şeklinin kararda gösterilmesi gerekir. Bu durumda, mirası reddeden mirasçı Abdullah Paksoy, ölmüş gibi değerlendirileceğinden, miras payı tamamen mirası reddetmeyen oğlu Turgut ve Kızı Ayşe’ye geçmiş olacaktır. Sonuç olarak mahkemece, temyize konu kararda olduğu gibi, ret durumu yokmuş gibi yasal mirasçılar ve miras payları gösterildikten ve mirası reddeden mirasçı işaret edildikten sonra; “yasal mirasçılardan Abdullah Paksoy’un mirası reddi nedeniyle muris Ayten İmran Paksoy’un yasal mirasçısı sıfatını kaybetmiş olduğunun ve miras payının diğer mirasçılar Turgut Paksoy ve Ayşe (Paksoy) Güler’e intikal etmiş olduğunun, böylece Ayten İmran Paksoy’un mirasının tamamının (2) pay kabul edilerek (1) payının oğlu Turgut Paksoy’a, (1) payının kızı Ayşe (Paksoy) Güler’e intikal edeceğinin belirtilmesine” şeklinde karar oluşturulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (14. HD 20.05.2015, 1722/5626).

maddi bir vakıanın varlığını ikrar ile kişiler arasındaki irs ilişkisini belirlemekten ibaret olduğundan, mirasçılık belgesi talebi, mirasçının bir hakkının yitirilmesine ve mirasçılık durumunda bir değişiklik meydana getirmeyeceği savunulduğu gibi²⁹⁷, aksi yönde mirası red edenlerin mirasçılık belgesi talep edemeyeceği de ileri sürülmüştür²⁹⁸. Kanaatimizce mirası red edenler gerek gerçek, gerekse hükmü red olsun mirasçının haklarına halef olamayacağı gibi borçlarından da sorumlu olmayacaklardır. Buna karşın, murisin alacaklılarının haklarında yapılacak bir takip ya da davada savunma kapsamında, mirasçılar, dava ve takibi felce uğratmak için mirasın reddi kararı yanında mirasçılık belgesine de ihtiyaç duyacaklarından, böylesi bir belgeyi yargılama ya da takibe sunmak noktasında üçüncü kişilerin inisiyatif ve keyfine tahakküm edilmemelidir. Nitekim mirasçılığa bağlı olmayan bağımsız mahiyetteki hak ve talepler, mirasın red edilmiş olmasına bakılmaksızın hukuken himayeye mazhar görülecektir. Bu bağlamda miras bırakanın mirasını red eden mirasçılar gerek destekten yoksun kalma tazminatından²⁹⁹ ve gerekse murisin emekli maaşından mahrum olmayacaktır³⁰⁰.

Bu başlık altında ele alınmasını önemseydiğim bir diğer mesele, mücerret mirasçılık belgesi alınmasının terekeye karışma işlemi olarak kabul edilip, mirasın reddi imkânını sona erdirip erdirmeyeceği hususudur. Kanaatimizce, mirasın reddi süresi içinde mirasçılık belgesi alınması kural olarak mutlak suretle mirasın kabulünü tazammun eden bir irade olarak kabul edilmesi doğru olmayacaktır. Buna karşın, mirasçılık belgesi talep etmenin tereke işlemlerine karışmak ve tereke üzerinde tasarruf edebilmenin ön koşulu olup, bu iradeyi de içerdiği düşünülebilecektir. Nitekim doktrinde mirasçılık belgesini talep etmenin mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş sayılacağı ve mirası ret hakkını düşüreceği savunulmuştur³⁰¹. Bir diğer görüşe göre ise mirasçılık belgesi talep edilir iken niyet değil, davranışın ehemmiyetli olduğu, tereke işlerine karışma olmadığı müddetçe mirasçılık belgesi almanın mirası red hakkını ortadan

297 GENÇCAN, s. 876.

298 ANTALYA, *Miras Hukuku*, s. 363.

299 “Sonuç olarak, destekten yoksun kalma tazminatı nitelik itibarıyla bağımsız bir hak olup; ölen kimse ile davacı arasında kanuni veya akdi bir bakım yükümlülüğü, mirasçılık ya da akrabalık ilişkisi bulunması gerekmediğinden; mirasın reddedilmiş olması, destekten yoksun kalma davasının açılmasına ve incelenip hâsıl olacak sonuç uyarınca esasına ilişkin karar verilmesine engel, yasal bir neden değildir” (HGK, 18.04.2007, 2007/4- 222/222).

300 “ Borçluların murislerinden kendilerine bağlanan maaşı sahiplenmeleri TMK’nun 605. maddesi uyarınca murisin mirasını reddetmelerine engel teşkil etmez. Zira, murisin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan almakta olduğu maaşı terekesine dahil değildir.” (12. HD 26.12.2005, 23073/26042).

301 HELVACI, s. 138, 139; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 618.

kaldırmayacağı da dile getirilmiştir³⁰². Yukarıda da bahsettiğimiz üzere mirası ret süresi içinde mirasçılık belgesi talep etmek doğrudan mirasın reddi imkânını ortadan kaldırmayacaktır. Keza mirasın reddi imkânını kullanabilmenin, yani öncelikle kişinin mirasçı olup olmadığını bilmek için mirasçılık belgesi talep etmek gibi gereklilik de bulunmamaktadır. Meğerki atanmış mirasçılık durumu bulunsun. Nitekim kişiler hayatın olağan akışında maddi bir vakıanın ve kişiler arasındaki irsi iribatın ispatı ya da tereke işlerinin yürütülmesi dışındaki başka işler için de mirasçılık belgesine ihtiyaç duyabilecektir³⁰³. Ancak talep edilen mirasçılık belgesine göre mirasçı terekenin paylaşımına katılmış ve bir hak iktisabı olmuş ise bu durum açıkça mirasın kabulü anlamına geleceği için mirası red hakkının düşeceği düşünilebilir. Öyle ki, mirasçılar terekenin borca batık olduğunu bilmeden murisin bankadaki parasını çekmeleri hâlinde de mirası kabul etmiş sayılacaktır³⁰⁴. Bu ihtimalde, mirasçıların, murisin borçlarından bütün malvarlıkları ile sorumlu olmalarını önlemek için başvuracakları yasal çare mirasın zımni kabulünden hata sebebiyle rücu davası olacaktır³⁰⁵. Nitekim salt murise ait paranın çekilmesi faraziyesinde, mirasçılar, murisin borca batık olduğunu bilmediklerini, bilmeleri hâlinde parayı çekmeyeceklerini ispatlamak kaydıyla, hataya dayalı (TBK m. 31) rücu davası hukuki himayeye mazhar görülebilecektir³⁰⁶. Kaldı ki, bu ihtimalde Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı da mahkemece resen itiraz mahiyetiyle dikkate alınacaktır. Buna karşın, mirasın reddi davası çekişmesiz yargı alanına dahil (HMK m. 382) ve hasımsız ikame edildiğinden, mahkemenin bu durumdan çoğu hâlde haberdar olması ve yargılamaya ithal edilmesi de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla mirasın reddi kararından önce alınan mirasçılık belgesi, mirasın reddi kararının kesinleşmesinden sonra yeni bir mirasçılık belgesi talebine de engel değildir³⁰⁷. Bütün bu açıklamalarımıza ek

302 KURŞAT, *Tereke*, s. 260.

303 OĞUZMAN, s. 280.

304 "Davaçıların murisin banka hesabındaki parayı çekmesi TMK'nın 610/2 maddesine göre terekeyi sahiplenme anlamına gelen bir davranış şeklidir. Bu nedenle davaçıların mirası hükmen ret hakkının düştüğünün kabulü gerekeceğinden davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir." (14. HD 04.03.2016, 2015/2896, 2016/4019).

305 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 611, 612.

306 Zira paranın misli eşya olması ve geri iade koşullarının sağlanması şartıyla, çekilen paranın meblağı ile maruz kalınan dava veya takipteki meblağ arasındaki nimet- külfet dengesi ile paranın çekilme tarihi, cenaze ve defin için zorunlu olarak sarf edilmesi vakıaları mahkemece birlikte değerlendirilebilir.

307 "Somut olayda; davacı vekili, mirasçılardan Serdar ve Görkem Kılınç'ın mirası reddettiğini, Ankara 13. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2013/1794 – 2014/157 sayılı kararıyla bu durumun tespit ve tesciline karar verildiğini bildirerek, Ankara 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin

olarak şöyle bir hukuki gerekçe de ileri sürülebilecektir. Mirasın reddi davası yenilik doğuran bir davadır³⁰⁸. Nitekim davanın ikamesi karşı tarafın (muris alacaklıları), diğer mirasçılar, murisin borçluları ve mirası reddeden mirasçının alacaklılarının hukuki durumunda değişiklik meydana getirmektedir³⁰⁹. Bu sebeple, kullanılmakla tükenen, hakkın konusu hakkın öznesi ile mütemmim cüz teşkil eden³¹⁰, sınırlı sayı ilkesine tabi olmayıp, tek taraflı beyanla kullanıldığında³¹¹ hukuki sonuç doğurup geri alınamayan yenilik doğuran bir hakkın süresi içinde dava yoluyla kullanılması bir başka dava ile engellenemeyeceği gibi süresi de kısaltılmayacaktır. Mirasçılık belgesi talep etmek herhangi bir süreye tabi olmadığından, mirasın reddi için kanunen öngörülen üç aylık süreyi beklemek zorunlu değildir. Nitekim mirasçılık belgesi talep etmek, doğrudan mirası ret hakkını ortadan kaldıracı bir etkiyi haiz değildir³¹². Mirasın reddi talebi, yenilik doğuran bir çekişmesiz yargı işi olup, geri alınması mümkün değildir ve dava marifetiyle kullanılması hâlinde tükenip hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Mirasın reddi, dava marifetiyle kullanılarak yenilik doğuran bir hak niteliğiyle hukuki sonuçlarını meydana getirip, kural olarak bundan dönülmesi ve feragat mümkün değil ise de; Yargıtay'ın özel bir dairesi mirasın reddinden feragati hukuken caiz görmez iken³¹³, bir diğer dairesi mirasın reddinden feragati

2013/1794–2014/157 sayılı mirasçılık belgesinin iptali ve yeniden düzenlenmesi isteminde bulunmuştur. Dava hasımsız açılmış olup, daha önce verilen mirasın reddi kararın kesinleşmiştir. Mahkemeden istenen, mirasın reddinden sonra oluşan yeni duruma göre yeni bir mirasçılık belgesi verilmesinden ibarettir.” (20. HD 05.10.2015, 4673/8381).

308 BUZ Vedat, *Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005, s. 74; HELVACI, s. 11.

309 BUZ, s. 84; *Helvacı*, s. 53.

310 BUZ, s. 272.

311 BUZ, s. 61.

312 ERİŞGİN, s. 88.

313 “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 575. maddesi hükmüne göre miras ölümle açılır ve miras bırakanın ölümü ile birlikte kendiliğinden mirasçılara intikal eder. Türk Medeni Kanununun 605/1. maddesindeki, mirasın gerçek reddi; mirasçıların her birine tanınmış, tek taraflı olarak kullanılabilir, bozucu yenilik doğuran bir hakktır. Bu nedenle, ret beyanı hukuki sonuçlarını sulh hâkimine ulaştırmakla kendiliğinden meydana getirir ve mirasçı kural olarak bu andan itibaren artık beyanından geri dönemez. Sulh hâkimine müracaat edilmesi üzerine Türk Medeni Kanununun 609. maddesinde mirasın reddinin yapılması şekline ilişkin, kimlik tespiti yapılarak tutanak düzenlenmesi veya hâkimin karar vermesi ya da reddin deftere işlenmesi mirasın gerçek reddi için geçerlilik koşulu değildir. Mirasçılardan Nazife ve Furkan yasal süresi içerisinde Karşıyaka 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/1857 Esas - 2012/201 Karar sayılı dosyasında yazılı ret beyanında bulunmuşlar, daha sonra 02.02.2012 ve 03.02.2012 tarihli dilekçelerde taleplerinden vazgeçmişler, mahkemece feragat nedeniyle ret kararı verilmiştir. Davacıların ret beyanı 16.12.2011 tarihinde Sulh hâkimine ulaştırmakla hukuki sonuçlarını kendiliğinden meydana getirir ve mirasçı kural olarak bu tarihten itibaren ret beyanından dönemez. Karşıyaka 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin feragat nedeniyle ret kararı kesinleşmemiş ve temyizi de kabildir. Davacıların bu aşamada bu

hukuken mümkün görmüştür³¹⁴. Feragatin hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada yapılması mümkündür (HMK. m. 310). Ancak mirasın reddi davasının niteliği ve ilgililerin yani gerek diğer mirasçıların ve gerekse alacaklıların hukuki durumunda değişiklik meydana getireceğinden, feragat beyanının bu çerçevede değerlendirilmesi gerekecektir. Örneğin mirasın reddi davasından sonra mirasçılar arasında taksim mukavelesi ya da bölüştürme ve tescil yapılmış ise, bu durum elbette diğer meşru

davayı açmalarında hukuki yararı da bulunmamaktadır. Mahkemenin feragat nedeniyle reddedilen mirasın reddi dosyası gerekçe gösterilerek talebin reddi sonucu itibarıyla doğru olduğundan onanmasına karar vermek gerekmiştir.” (2. HD 05.03.2013, 2012/13105, 2013/5735).

- 314 “Mirasın kayıtsız ve şartsız reddine ilişkin beyandan mirasçıların tamamı muvafakat ederse dönülebilir. Muris Leyla'nın tek mirasçısı ret beyanında bulunan kızı Beste olup başka mirasçısı bulunmadığından muvafakat alınmasına gerek bulunmamaktadır. Davacı mirasın reddinden feragat ettiğini beyan ettiğinden, mahkemece, feragat beyanı dikkate alınarak bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir.” (14. HD 23.05.2016, 2015/18709, 2016/6196); “Türk Medeni Kanununun 605/1. maddesinde düzenlenen mirası ret hakkı beyanı yenilik doğurucu nitelikte olup hakimnin görevi ret beyanını tescilden ibarettir. Beyan sulh hukuk mahkemesine ulaştıktan sonra bu beyandan tek taraflı olarak dönülemez. Ancak retten yararlanan kişi tarafından diğer mirasçılara husumet yöneltilerek açılacak bir dava ile ret kararının kaldırılması istenebileceğinden ret beyanından dönmeye (feragate) ilişkin istek ile ilgili temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir.” (14. HD 02.03.2015, 1686/2224); “Dava, mirasın gerçek reddi isteğine ilişkindir. Davacı, eşi Kemal Ünal'ın 07.08.2014 tarihinde öldüğünü, kendisinin yasal mirasçısı olduğunu ve mirasçı olarak mirası red etmek istediğini, reddin tesciline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Hükmü, davacı temyiz etmiştir. Davacı, hükmün verilmesinden sonra temyiz dilekçesi ile davadan feragat ettiğini bildirmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19.12.2012 tarihli, 2012/13-1369 Esas, 2012/1221 sayılı Kararının gerekçesinde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere; kural olarak davadan feragatin temyiz isteğinden vazgeçme yanında daha geniş kapsamlı olduğu aşikârdır. Zira birincide temyiz dilekçesinin reddine karar vermekle yetinilecek, diğerinde ise feragatin hukuki niteliği gereği bu konuda karar verilmek üzere mahkeme kararı bozulacaktır. Aynı zamanda verilen bu iki dilekçenin birbirinin devamı niteliğinde olduğu ve davadan feragatin bir yerde temyizden feragat isteğini de içereceği görüşü ile davadan feragat isteği esas alınarak çözüme ulaşılması gerektiği görüşü benimsenmiştir. HMK'nun 307. maddesinde feragatin, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olduğu belirtilmiştir. Aynı yasanın 308. maddesi gereğince de kabul, davacının talep sonucuna davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir. Kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurur. HMK'nın “Feragat ve kabulün şekli” başlıklı 309. maddesi hükmüne göre de feragat ve kabul, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir. Kısmen feragat veya kabulde, feragat edilen veya kabul edilen kısmın, dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekir. Feragat ve kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere feragatin kati bir hükmün hukuki neticelerini hasıl edeceği hükme bağlanmıştır. Yine belirtmek gerekir ki feragatin geçerliliği karşı tarafın muvafakatine bağlı değildir. Etkisini onu yapanın tek yönlü irade beyanı ile doğurur. Bu nedenle mahkemece verilen kararın davacının davadan feragati hakkında mahkemesince bir karar verilmek üzere bozulması gerekir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları da bu doğrultudadır. (11.04.1940 tarihli ve 70 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.05.1992 tarihli ve 1992/2-250/364 sayılı kararı) Bu nedenle kararın davacının davadan feragati hakkında mahkemesince bir karar verilmek üzere bozulması gerekmiştir.” (14. HD 15.06.2015, 2124/6673).

İlgililerin hukuki durumunu etkileyecektir. Bu bağlamda mirasçılardan birisi, mirası red davası ikame ettikten sonra, bu duruma muttali olan diğer mirasçılardan tamamı terekeye ait malvarlığı üzerinde yazılı taksim sözleşmesi (MK m. 677/ f. I) yapmış olsun. Müteakiben mirasın reddi davasının yargılaması sırasında feragat üzerine mahkemece feragat sebebiyle tesisi edilen red kararının kesinleşmesini müteakip, mirasın reddi talebinden feragat eden mirasçının terekeye ait malvarlığına yönelik ikame ettiği ortaklığın giderilmesi davası, tasarruf yetkisi (sıfat) yokluğundan dolayı mı red edilecektir? Yoksa mahkeme hükmü gereği paydaş kabul edilecek midir? Kanaatimizce mirasın reddi talebinden feragat mümkün değil ise de, mahkemece tesis edilip kesinleşen adli hakikat ortaklığın giderilmesi davasının yargılamasının yapıldığı mahkemeyi de bağlayıcı nitelikte olup, bu husus tartışma konusu yapılamayacaktır.

Mirasın reddi murisin vefatının öğrenilmesinden itibaren 3 ay, şayet mirasçı olduğunun daha sonra öğrenildiği ispat şartıyla öğrenme³¹⁵ yahut vasiyetname ile atanmış mirasçılar için ölüme bağlı tasarrufun resmen (tebliğ) bildirildiği tarihten itibaren ikame edecektir³¹⁶. Mirası

315 “Dava, Türk Medeni Kanununun 605. maddesinde düzenlenen mirasın reddinin ve mirası ret beyanının tescilinden ibarettir. TMK’nın 606. maddesi uyarınca miras üç ay içinde reddolunabilir. Bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe miras bırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için miras bırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlar. Somut olayda; davacılar murisleri babaları Veli Odabaşının anneleri ile boşandığını kendilerinin İstanbul ilinde yaşadığını murislerinin ise Kastamonu ili Devrekani ilçesinde yaşadığını, murisleri ile uzun süredir görüşmediklerinden murislerinin vefat etmiş olduğunu 02.11.2011 tarihinde öğrendiklerini, belirterek öğrenme tarihine göre üç aylık süre içinde mirasın reddettiklerinin tespiti istemişlerdir. Mahkemece dinlenen davacı tanıkları da birbirlerini doğrular şekilde davacıların babalarının öldüğünü 02.11.2011 tarihinde bankadan gelen tebligatlar üzerine, ölüm olayından yaklaşık beş altı ay sonrasında öğrendiklerini beyan etmişlerdir. Davacılar murislerinin 30.07.2011 tarihinde vefat ettiğini 02.11.2011 tarihinde öğrendiklerini ispat etmişlerdir. Bu itibarla mahkemece davacıların üç aylık süre geçtikten sonra davayı açıklarından bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.”(14. HD 12.03.2015, 1958/2730).

316 “Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382. maddesinin 2. Maddesinin “c” bendinin 7. fıkrasında “mirasın reddi beyanının tespiti ve tescilinin çekişmesiz yargı işleri” arasında olduğu düzenlenmiştir. Aynı kanunun 385. maddesinin 1. fıkrasında “Çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır.” 2. Fıkrasında “Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça re’sen araştırma ilkesi geçerlidir” şeklinde düzenlemeler yer almaktadır. Hasımsız açılan ve çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmediği gibi bu kararlar açılacak bir iptal davası sonucunda değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir. Davacılar, murisleri Turhan Tokça’nın ölümünü sonradan Bakıröy 12. İş Mahkemesi’nin 2008/625 Esas sayılı dosyasından yapılan tebligat ile öğrendiklerini beyan etmişler ve Türk Medeni Kanununun 605/1. maddesine dayalı, hasımsız olarak açılan mirasın gerçek reddini talep etmişlerdir. Böyle bir davada sulh hakiminin görevi, reddin süresinde olup olmadığını ve reddedenin mirasçılık sıfatı bulunup bulunmadığını incelemek, süre koşulu ile mirasçılık sıfatının gerçekleşmesi hâlinde ise Türk Medeni Kanununun 609. maddesi uyarınca ret beyanını tespit

temsilcisi mirası red edebilecektir (TMK m. 463/5). Zira mirasın reddi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak değildir³¹⁸. Şayet mirası red eden birinci derece mirasçı ile reşit olmayan alt soyu birlikte mirasçı ise bu ihtimalde menfaat çatışması bulunacağından (TMK m. 426), alt soyun mirası red davası için kayyum tarafından temsil edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla mirası reddeden, her derecede alt soyu ile temsil edileceğinden mirası reddeden kişiler mirasçılık belgesinde mirasçı olarak gösterilemeyeceği gibi, kendilerine pay verilemeyecektir³¹⁹. Şayet atanmış mirasçı mirası red ederse, murisin ölüme bağlı tasarrufundan arzusunun başka türlü olduğu anlaşılmadıkça murisin en yakın yasal mirasçılarına kalacaktır. En yakın tüm mirasçılar mirası red ederse, miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye olacaktır (TMK. m. 612)³²⁰. En yakın mirasçıdan anlaşılması gereken, miras bırakan vefat ettiğinde zümre sistemine göre mirasçı olan kişilerdir. Altsoyun tamamı mirası red ederse, miras payı sağ kalan eşe geçeceğinden (TMK. m. 613), eş tek mirasçı olacağından, eş zümre sistemi gereği değil, bağımsız ve tek başına mirasçı olacaktır³²¹.

318 HELVACI, s. 16.

319 "TMK'nun 495 ile 501. maddelerinde yasal mirasçılar, izleyen maddelerde de miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufu sonucu oluşan mirasçılık gösterilmiştir (TMK..m.516, 520, 521, 522). Bu yasal düzenlemeler göz önünde bulundurularak TMK'nun 598. maddesine göre düzenlenen mirasçılık belgeleri, aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; miras bırakanla mirasçıları arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında, mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahiptir. Tüm bu nedenlerle; mirası reddeden (TMK.m.605/1) mirasçı veya mirasçılar varsa, düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirası ret durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi; mirası ret nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin de (kime kalacağı) gösterilmesi gerekir. TMK'nun 611/1. maddesinde düzenlenen " Yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine geçer..." hükmü uyarınca mirası reddedenlerin miras paylarının diğer mirasçılara intikal şekli kararda gösterilmelidir. Mahkemece, talep, nüfus kayıtları ve mirasçılardan Veyssel Taylan'a ilişkin mirası red kararını değerlendirilerek, mirası reddeden mirasçının paylarının kime kalacağı hususunun açıkça gösterilmek suretiyle mirasçılık belgesinin düzenlenmesi gerekir. Bu bakımdan; verilen mirasçılık belgesinde yasal mirasçılar ile bunların miras paylarının gösterilmesi yerinde ise de; " mirası reddin hukuki sonuçlarının" düzenlenen mirasçılık belgesine yansıtacak şekilde gösterilmemiş olması hatalı olmuştur." (8. HD 15.05.2014, 2013/13349, 2014/9675).

320 "TMK'nın 612. maddesinde yer alan "En yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilen miras sulh hukuk mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir" hükmüne göre miras reddedilmiş olmakla tasfiyeye tabi tutulacağından takip murisin ikinci derece mirasçılara yöneltilemez. Yani miras murisin ikinci derece mirasçısı olan anne ve kardeşlerine geçmemiştir. Bu nedenle murisin annesi ve kardeşlerini mirasçı olarak gösteren Beyoğlu 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 18.05.2011 tarihli 2010/949 Esas, 2011/346 Karar sayılı mirasçılık belgesinin iptaline karar verilmesi yerindedir. Ancak, belirtilen bu hükümlere göre murisin eşi ve çocuğunu mirasçı olarak gösteren ve mirasın reddinin terekenin paylaşılmasında nazara alınmasını belirtir şekilde yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi doğru değildir." (14. HD 25.05.2015, 1822/5797).

321 "Somut olayda; muris Kemal Doğan'ın 15.04.2014 tarihinde vefat ettiği ve geriye mirasçı



Dolayısıyla bu ihtimalde, mirasçılık belgesinde sadece eşe mirasçı sıfat ve pay tahsis edilecektir.

IX. NOTERLERİN VERDİĞİ MİRASÇILIK BELGESİNİN NİTELİĞİ

Yargılama faaliyetinin, hukuki uyuşmazlıkların kesin ve ilânihaye şekilde yani aksinin bir daha ileri sürülemeyeceği, kesin hüküm niteliğiyle çözüme kavuşturulması fonksiyonunu haiz olduğu ileri sürülmüştür³²². Buna karşın, yargılama kişiler arasındaki ya da devlet ile kişi arasındaki ihtilaf ve uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından çözümlenmesi faaliyeti olarak da tanımlanabilecektir. Çekişmesiz-çekişmeli yargı ayırımında ise hasım yokluğu ve sübjektif hak kıstasına göre ele aldığımızda uyuşmazlık ve tarafları ile her iki tarafın eşitlik ilkesine dayalı iddia ve savunma hakkı verilerek³²³ ve aynı uyuşmazlığın yeniden dava edilmesinin (tekrar yasağı) kesin hüküm engeli ile karşılaşacağı yargılama çekişmeli bu tanıma uymayan yargı türünü ise çekişmesiz yargı olarak nitelendirmek doğru olacaktır. Nitekim çekişmeli yargı sonundaki kararlar kesin hüküm gücünü haiz olduğundan bağlayıcıdır ve kural olarak iptal edilemeyecekleri gibi, geri alınmaları ya da değiştirilmesi de söz konusu olmayacaktır³²⁴. Çekişmesiz yargıda ise açıkça belirtilen durumlar haricinde kararlar maddi anlamda kesin hüküm gücünden yoksun olduklarından gerekçesi gösterilmek kaydıyla mahkemeler tarafından iptal edilebileceği gibi, değiştirilmeleri ve geri alınmaları da mümkün olacaktır³²⁵. Bu nitelikleri sebebiyle çekişmesiz yargı kararlarını

olarak sağ eşi davacı ile birlikte müşterek çocukları Altuğ Doğan, Alper Doğan ve Elif Ayşe Doğan'ın kaldığı dosya içinde yer alan nüfus kayıtlarından anlaşılmaktadır. Ancak, mirasçılardan Altuğ Doğan, Alper Doğan ve Elif Ayşe Doğan'ın murise ait mirası reddettikleri İstanbul 13. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/464 Esas ve 2014/971 Karar sayılı ilamından anlaşıldığına göre yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı gibi 4721 sayılı TMK'nun 613. maddesi gereği alt soyun tamamının mirası usulüne uygun olarak reddetmesi nedeniyle bu mirasçılardan payının sağ kalan eşe (davacı) intikal ettirilmesi gerektiği, ret durumu yokmuş gibi yasal mirasçılar ve miras payları gösterildikten ve mirası reddeden mirasçılara işaret edildikten sonra, altsoy olarak yasal mirasçılar olan Altuğ Doğan, Alper Doğan ve Elif Ayşe Doğan'ın mirası reddetmeleri nedeniyle muris Kemal Doğan'ın yasal mirasçısı sıfatını kaybetmiş olduklarının ve altsoyunda başkaca mirasçı kalmadığından bu durumda TMK'nun 613. maddesi uyarınca bunların miras payının sağ kalan eş ve yasal mirasçı olan davacı Müşerref Doğan'a intikal etmiş olmasına, böylece muris Kemal Doğan'ın mirasının tamamen eşi Müşerref Doğan'a ait olduğu belirtilerek kararın oluşturulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." (14.HD 22.12.2015, 4057/11922).

322 TANRIVER Süha, Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, makalelerim II, Ankara 2011, (s. 345–358), s. 346.

323 TANRIVER, s. 347.

324 TANRIVER, s. 347.

325 TANRIVER, s. 348.



idari tasarruf kategorisine yakınlaştırmakta; buna mukabil söz konusu kararların idareyi borç altına sokmayıp etkilerini kişilerin özel hukuk, yani kişilerin şahıs ya da malvarlığı haklarına ilişkin alanda göstermesi yargısal tasarruf sahasına yaklaştırdığı da savunulmuştur³²⁶. Aynı görüş çerçevesinde Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması zorunlu olan yargı yetkisi, hukuki uyumsuzlukların kesin olarak çözüme kavuşturulması ve karara bağlanma faaliyeti olarak tanımlanmıştır³²⁷. Dolayısıyla uyumsuzlukları kesin olarak çözüme kavuşturma ve karara bağlama dışında kalan şeklen mahkemelerce yerine getirilmekte olan bir takım görev ve yetkilerin mahkeme dışında başka makam ve mercilere bırakılabileceği ve bu yetki ve görev devrinin Anayasanın 9. maddesindeki norma aykırılık oluşturmayacağı dile getirilmiştir³²⁸. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde; yargı yetkisinin tanımlanmasına karakteristik unsur taşıyan uyumsuzluğu kesin olarak çözüme kavuşturma ve karara bağlamak nitelikleri göz önüne alındığında çekişmeli yargının münhasıran mahkemelerin yetki alanına dahil olduğu çekişmesiz yargı işlerinin dar anlamda olanlarının mahkemeler dışında başka makam ve mercilere bırakılabileceği ve yargı yetkisi kapsamı dışında kalabileceği vurgulanmıştır³²⁹. Hatta bu çekişmesiz yargı işlerinin mahkeme dışında başka makam ve mercilere bırakılmasının Anayasa'da vücut bulan kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık oluşturmayacağı ve bu kapsamda nüfus kayıtlarına dayalı mirasçılık belgesi verilmesi işleminin de noterler tarafından yerine getirilmesi gerektiği³³⁰ savunulmuştur³³¹. Kanaatimizce çekişmesiz yargıya dahil işler de bir yargılama faaliyetidir. Hâlihazırda noterlere mirasçılık belgesi verme yetkisinin tanınması bu işlemin yargı işlemi olmadığı sonucunu doğurmamalıdır³³². Nitekim bu ikame yetki tesisi, yargının hızlandırılmasına ve iş yükünün hafifletilmesine³³³ matuftur. Kaldı ki, noterlerin hukuki konum ve fonksiyonları itibarıyla çekişmesiz yargı işlerinde hâkimlerden sonra görev noktasında en yetkin, kamu güvenine mazhar, adalet bakanlığı tarafından atanan ve kamusal alanda murakabe ile yasak ve yükümlülöklere tabi,

326 TANRIVER, s. 349.

327 TANRIVER, s. 351.

328 TANRIVER, s. 351.

329 TANRIVER, s. 351.

330 TANRIVER, s. 357.

331 TANRIVER, s. 354.

332 ERİŞGİN, s. 113.

333 TANRIVER, s. 358; ÖZBEK Mustafa Serdar, **Noter Senetlerinde Sahtelik**, Ankara2009, s. 37.



hukukçu ve geniş anlamda yargı görevlisi olup³³⁴, adalet hizmetlerinin işleyişine yardımcı olması göz önüne alındığında mirasçılık belgesi verme yetkisinin tanınması işlemin yargı işlemi olduğu sonucuna götürecektir. Her ne kadar mirasçılık belgesi yargılaması maddi hukuk yargılaması olmasa da mirasçılarının doğru ve gerçeğe uygun tespit edilmesi amacını akamete uğratmamalıdır. Nitekim özellikle mirasçılık belgesinin çok yönlü fonksiyonuna paralel olarak belgeye güvenin tesis edilmesi mirasçılarının tespiti ve özellikle ölüme bağlı tasarrufların ortaya çıkarılması noktasında düzenleyen makamın hâkimlik olması gerektiği de savunulmuştur³³⁵.

6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesinin birinci fıkrasındaki sulh mahkemesince ibaresinden sonra gelmek üzere veya noterlikçe ibaresi dercedilmiştir. Nitekim 1512 sayılı Noterlik Yasası'na göre noterlerin yapacakları işlemlere 6217 sayılı yasa ile Noterlik Kanunu'na 71. maddesinden sonra gelmek üzere "Diğer İşlemler" başlığıyla 71/A, 71/B ve 71/C madde hükümleri eklenmek suretiyle müşterek konutu terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi ile mirasçılık belgesi verilmesi işlemleri de verilmiştir. Noterlerin mirasçılık belgesi verme yetkisi, Türk Medeni Kanunu 598. maddesine göre sulh hukuk mahkemelerince mirasçılık belgesi verilmesi yetkisini kaldırmış değildir³³⁶. Bu yetki sadece ikame bir yetkidir. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesinin ilk fıkrasında mirasçılık belgesinin başvuru hâlinde sulh hukuk mahkemesi ya da noterler tarafından verileceği kaleme alınmıştır. Mirasçılık belgesi düzenlenmesi işlemleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382. maddesi gereği çekişmesiz yargı işlemidir. Noterlik Kanunu'na göre mirasçılık belgesi verilebilmesi için nüfus kayıtlarının yeterli olması, yargılamayı gerektirmemesi ve istemde bulunan kişinin yabancı uyruklu olmaması gerekir. Dolayısıyla mirasçılık belgesi talep eden ile muris arasında soy bağının tespit edilememesi miras sözleşmesi ya da vasiyetname ile mirasçı naspı yahut musaleh bulunması, murisin 04.04.1926 veya 23.11.1990 tarihinden önce vefat edip sağ eş bulunması ya da birlikte ölüm karinesi, gaiplik, evlatlık veya yabancılık unsuru olması ihtimallerinde noter mirasçılık belgesi veremeyecektir. Zira bu hâllerde yargılama yapılması gerekmektedir. Mirasçılık belgesi verilmesi talebinin çekişmesiz yargı işlemi olduğunda şüphe yoktur. Noterlerin faaliyeti de yargılama işi değildir. Dolayısıyla mirasçılık belgesi verilmesinin doğrudan yargılama

334 TANRIVER, s. 355; Karşı görüş. KURŞAT, *Makale*, s. 593.

335 KURŞAT, *Makale*, s. 593.

336 KURŞAT, *Makale*, s. 586.



işi olmadığını savunmak doğru ve hukuki bir sav olmayacaktır. Aksinin kabulü Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382. maddesinde sayılan tüm taleplerin de yargılama işi olmadığını kabul etmek anlamına gelecektir. Kaldı ki, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda değişiklik yapan 6217 sayılı Kanun'un da üst başlığı " Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" şeklindedir. Keza bu kanuna dayalı olarak çıkarılan Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 5. maddesine göre mirasçılık belgesi verilemeyecek hâlleri Noterlik Kanunu 71/B maddesine kıyasla daha da genişletmiş özellikle mirasçılık belgesinin yabancılar tarafından talep edilmesinden başka talebin yabancılık unsuru içermesini de yasak kapsamına almıştır. Söz konusu hükümler birlikte göz önüne alındığında; murisin ya da mirasçının yabancı olması ya da terekeye dâhil malların tamamının yahut bir kısmının Türkiye dışında olması hâlinde noterler mirasçılık belgesi veremeyecektir. Söz konusu yönetmelik talebin yabancılık unsuru taşımasını da yasak kapsamına alarak noterlerin mirasçılık belgesi verme yetkisini daraltmıştır. Bu düzenleme, yabancıların taşınmazları miras marifetiyle iktisabı farklı düzenlemeye tabi olduğundan noterlerin yabancılara taşınmaza ilişkin mirasçılık belgesi vermesi, söz konusu yabancıların vatandaşı olduğu devlete karşı mütekebbiyet uygulamasının olup olmadığı; iktisap edilecek taşınmazın askeri yasak ve güvenlik bölgesi içinde kalıp kalmadığı ve diğer hukuki engellerin tespiti için bir araştırma yapılmasını gerektirdiğinden yerinde bir kısıtlamadır³³⁷. Noterler nüfus kayıtlarına göre mirasçılık belgesi vereceğinden sadece kanuni mirasçılara mirasçılık belgesi verebileceğini savunmak yanlış olmayacaktır. Nitekim atanmış mirasçılar nüfus kayıtlarında görülmediğinden, bunun tespiti yargılamayı gerektirdiğinden noterlerin yetkisi dışında kalacaktır. Ne var ki doktrinde atanmış mirasçılardan talebi hâlinde de noterlerin onun mirasçı olarak atandığını belirtilen ve bulunması ihtimalinde yasal mirasçılarla birlikte mirasçı belgesi düzenleyebilecekleri belirtilmiştir³³⁸. Nitekim ölüme bağlı tasarrufla mirasçı mı atandığı, yoksa mirasçı atamaksızın belirli bir mal mı bıraktığı nüfus kayıtlarından değil ölüme bağlı tasarrufun yorumuyla belirlenecektir³³⁹. Bu yorum ve yargılama işi, noterlerin yetkisi dışında

337 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 564.

338 KURŞAT, *Makale*, s. 589; Karşı görüş için bkz. EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 565.

339 "Sözleşmedeki hükmün bir ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirmesinin nedenlerinin belirlenmesi amacıyla, miras hukukunun bu müessesesi üzerinde kısaca durmak gerekir. Ölüme bağlı tasarruf, miras bırakanın ölümünden sonra terekesinin(mallarının) intikalini öngören bir hukuki işlem olup, sonuçlarını doğurması da miras bırakanın ölümüne bağlıdır

mahkemelere aittir³⁴⁰. Bu tespit yapılır iken de MK'nun 516. maddesindeki

(Serozan, Rona/ Engin, Baki İlkey: Miras Hukuk, 3. Bası, Ankara 2012, s. 201). Ölümüne bağlı tasarruf şekli anlamda vasiyetname(TMK m. 531 vd) veya miras sözleşmesi(TMK m. 545 vd) olarak yapılabilir. Eldeki olayda, sözleşmenin 6. maddesi eşler arasında düzenlenmiş olup, iki taraflı bir hukuki işlem olması itibarıyla bir olumlu miras sözleşmesi(TMK m. 527) hükmüdür (Dural, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980, s. 14). Müteveffa koca bu miras sözleşmesi hükmü ile diğer eşi mirasçı atamıştır(TMK m. 516). Gerçekten sözleşmenin 6. maddesi bir miras sözleşmesinin geçerlik koşullarını tüm unsurları ile taşımaktadır. Şöyle ki; miras sözleşmesinin geçerli olması için resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir(TMK m. 545/1). Bu anlamda sözleşmenin; sözleşme yapma ehliyetine sahip eşler tarafından yapıldığı, iradeyi sakatlayan nedenler ile hukuka ve ahlaka aykırı bir yön bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan sözleşmenin resmi vasiyetname şeklinde düzenlendiği de açıktır. Zira sözleşme, iki tanığın katılımıyla noter tarafından düzenlenmiştir(TMK m. 532/1). Esasen bu davanın davalısı olan Nevin Balkan tarafından, eşler arasında yapılan 10.3.1971 tarihli mal ortaklığı sözleşmesinin iptali için açılan dava ret edilmiş ve ret kararı kesinleşmiştir(Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2005/113–2006/102). Miras bırakanın son arzularının mümkün olduğu kadar ayakta tutulması(favor testamenti/ölümüne bağlı tasarruf lehine yorum) gerekir(Baygın, Cem: “Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, Y. 2000, s. 574; Serozan/Engin, s. 223). Eldeki olayda “eşlerden birisinin diğerinden önce vefatı hâlinde, ortaklığa ait mallar ile bilcümle maddi ve manevi haklarının tamamının, sağ kalan eşe ait olacağına” yönelik sözleşmedeki kabulleri bir olumlu miras sözleşmesi olarak ayaktadırlar ve eşler açısından geçerli/bağlayıcıdır.” (HGK, 14.05.2014, 2013/8- 1077, 2014/664); , Ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul 2011.

340 “5718 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde mirasın ölenin milli hukukuna tabi olduğu düzenlenmiştir. Yabancı miras bırakan hakkında veraset belgesi verilebilmesi için davacının da yardımından yararlanılarak miras bırakanın milli hukuku tespit edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 598. maddesi hükmünde başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenler Sulh Mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verileceği, mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölümüne bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklılar tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe, lehine tasarrufta bulunulan kimseye Sulh Mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verileceği açıklanmıştır. Dosya içerisinde toplanan delillerden miras bırakan Anne Kathlene Bubb'un ölüm tarihinin 05.08.2014 olduğu, ölmeden önce 10.04.2014 tarihinde Fethiye 3. Noterliğinde düzenlendiği anlaşılan resmi vasiyetnamede “Ölümünden sonra erkek kardeşim 05.02.1952 doğumlu 14 Dickens Road Hillside, Rugby, Warwickshire, CV22 5RW İNGİLTERE adresinde mukim bulunan PAUL KENNETH JALLAND'ı mirasçım olarak tayin ediyorum. Şayet öldüğümde erkek kardeşim PAUL KENNETH JALLAND hayatta değilse çocuklarım 22.02.1978 doğumlu 10 Market Street , Suite 127, Camana Bay, Grand Cayman, Cayman Islands, British West Indies KY1-9006 adresinde mukim bulunan HAYLEY PATRICIA BUBB ve 04.10.1973 doğumlu 5 Salisbury Avenue, Styvechale, Coventry Midlands/ İNGİLTERE adresinde mukim MICHELLE ANNE BOWSKULL'u eşit hisselerle mirasçım tayin ediyorum. Son arzu ve isteklerim bunlardan ibarettir. İşbu vasiyetname İngiltere'de veya herhangi bir ülkedeki makam veya tescil mercisine gönderilmesini istemiyorum, bu hususta yapılması gerekli olan tüm işlemler tarafımdan yerine getirilecektir.” şeklinde beyanda bulunduğu, ölümünden sonra Fethiye 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/481 Esas sayılı dosyasında vasiyetnamenin açılıp okunduğu, bunun üzerine davacı vekilinin miras bırakanın tek mirasçı olarak Paul Kenneth Jalland'ı atadığına ilişkin mirasçı belgesi verilmesini istediği anlaşılmaktadır. Miras bırakan vasiyetnamesinde herhangi bir maldan söz etmeksizin ölümünden sonra taşınır, taşınmaz, bütün hak ve alacaklarını içerecek şekilde malvarlığının kardeşine ait olduğunu açıkladığı gözetildiğinde bu beyanın yukarıda açıklanan mirasçı atama niteliğinde olduğu, davacının isteminin de atanmış mirasçı belgesi verilmesi istemine ilişkin bulunduğu kuşkusuzdur. Bunun yanında hangi istemlerin

“Bir kişinin mirasının tamamı veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı ataması sayılır” hükmü de göz önüne alınarak ölüme bağlı tasarrufta özellikle vasiyetnamede kullanılan kelime ve cümlelere değil, miras bırakanın gerçek iradesi esas alınmalıdır³⁴¹. Ancak miras bırakanın iradesi tek başına ölçüt olmayıp, Türk Medeni Kanunu’nun 516. maddesinde bahsedilen nitelik ve nicelikte olmalıdır³⁴². Nitekim miras bırakanın iradesini belirlemek için yapılacak yorumda terekenin mevcudu esas alınacaktır³⁴³. Kaldı ki, Türk Medeni Kanunu’nun 598/2. fıkrasında açıkça “sulh mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilir” ibaresi yer almaktadır.

Noterlikçe verilen mirasçılık belgesine karşı menfaati ihlal edilenler tarafından sulh hukuk mahkemesine itiraz yapılacaktır. Bu itirazın içeriği ve mahiyeti belirlenmemiştir. Noterlere mirasçılık belgesi verme yetkisinin kapsamı dar tutulmuş, bu minvalde nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yetersiz ve eksik olması, mirasçılık talebinin yargılamayı gerektirmesi ve uyuşmazlığın yabancı unsur taşınması ihtimallerinde noterlerin mirasçılık belgesi verme yetkisi yoktur. Kanunda geçen itiraz kavramının belge oluşturan bir itiraz değil, belgenin hüküm ve sonuçlarını engelleme, bir diğer ifadeyle ortadan kaldırma

duruşma yapılmaksızın dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda karara bağlanacağı kanunlarımızda özel olarak düzenlenmiş, kural olarak mahkemelerce açılan davaların duruşma yapılarak sonuca bağlanması usulü benimsenmiştir. Mirasçılık belgesi, atanmış mirasçı belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi verilmesine ilişkin istemlerin duruşma yapılmaksızın karara bağlanacağına ilişkin kanunlarımızda bir hüküm bulunmadığından bu tür istemler üzerine mahkemelerce duruşma açılması ve yapılacak yargılama sonucunda karar verilmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemece bu olgular göz ardı edilmiş, vasiyetnamenin içeriğinin değerlendirilmesinde de yanılıya düşülerek davacı tarafın dilekçesi üzerine duruşma yapılmaksızın davanın reddine karar verilmiştir. O hâlde mahkemece davacı tarafın dilekçesi üzerine duruşma açılmalı, davacıdan diyecekleri sorulup saptanmalı, daha sonra talebin mirasçı atamaya ilişkin olduğu kabul edilerek, öncelikle yabancı miras bırakanın milli hukuku tespit edilmeli aksi taktirde vasiyetnameye TMK 598. maddesi gereği itiraz bulunup bulunmadığı araştırılarak, buna göre davacının istemi konusunda yukarıda açıklanan hususlar da gözeticilerce olumlu veya olumsuz bir karar verilmelidir. Mahkemece davacının istemi üzerine duruşma açılmadan, davanın nitelendirilmesinde de yanılıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.” (14. HD 06.10.2015, 2344/8484).

341 ERGÜNE Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul 2011, s. 92; Aksi yönde karar için bkz. “Bir ölüme bağlı tasarrufun mirasçı atanması mı yoksa belirli bir mal bırakma vasiyetini mi içerdiğinin belirlenmesinde murisin gerçek iradesi esas alınmalıdır. Bu belirleme için ölüme bağlı tasarrufta, işlemin mirasçı atanması veya belirli mal bırakma olduğunu belirten açık ve belli kelime ve deyimlerin kullanılması şart değildir. Terekenin tamamı veya belli bir oranının hak ve borçlarıyla birlikte kişi veya kişilere intikalini anlatan miras bırakanın her sözcüğü, her deyim, o kişinin mirasçı atandığına karine kabul edilir.” (14. HD 09.03.2015, 2695/2563).

342 ERGÜNE, s. 93.

343 ERGÜNE, s. 92.

amaçlı yargısal bir süreç başlatma yolu olduğu savunulmuştur³⁴⁴. Bu görüş çerçevesinde sulh hukuk mahkemesine itiraz eden kişinin davacı, mirasçılık belgesinde ismi geçenlerin ise davalı olarak gösterilmesi gerektiği, itiraz üzerine sulh hukuk mahkemesince verilen kararlara karşı da kararın tebliğinden itibaren 8 gün içinde temyiz kanun yoluna müracaat edileceği belirtilmiştir³⁴⁵. Maddi hukuka yönelik itirazların genel görevli mahkemelerde açılması gerektiği dolayısıyla itiraz ile neyin murad edildiğinin vazıh olmadığı da savunulmuştur³⁴⁶. Bu görüş minvalinde iki ihtimalin gündeme gelebileceği ilkinde göre sulh hukuk mahkemesine itiraz üzerine noterlerin mirasçılık belgesi ile ilgili kanuni yolu izleyip izlemediklerinin inceleneceği dolayısıyla sulh hukuk mahkemesinin itiraz incelemesinin tamamı ile şekli olacağı ve kararının da kabul ve red şeklinde tecelli edeceği, 2. ihtimale göre ise itirazın hakikatte mirasçılık belgesinin iptaline yönelik dava şeklinde olup bu davanın çekişmesiz yargı değil, çekişmeli yargı şeklinde yürüyeceği vurgulanmıştır³⁴⁷. Buna karşın noterler tarafından verilen mirasçılık belgesine karşı yargısal denetim için sulh hukuk mahkemesinin tercih edildiği, yetki yönünden herhangi bir kısıtlamaya gidilmeksizin Türkiye'nin herhangi bir yerindeki sulh hukuk mahkemesine en kolay ve en az masrafla (Usul ekonomisi) itiraz edilebilme olanağı sağlanmıştır. Mirasçılık belgesi vermekte temel ve asli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olmasından naşi, idari nitelikteki noterlerin yargısal murakabesi noktasında gerek noterler tarafından düzenlenen mirasçılık belgesinde mirasçı olanlar ile gerekse bu belgede mirasçı olması gerektiği hâlde unutulmuş ya da ketmedilen mirasçılar ile söz konusu mirasçılık belgesini esas alarak işlem yapacak kurumların itiraz hakkı bulunmaktadır³⁴⁸. Maddede öngörülen itiraz kanun yolunun mirasçılık belgesinin iptali davası olarak telakki edilmesi gerektiği de savunulmuştur³⁴⁹. Bu görüşe karşılık ise, itirazın mirasçılık belgesinin iptali davası olarak değil, sadece noterlerin gerekli usule uyup uymadığını tespit ile sınırlı olup sulh hukuk mahkemesinin sadece şekli hususları denetlemekle yetkili olduğu maddi hukuk yargılaması yapamayacağı dolayısıyla mahkemece noterlerin usule uygun belge düzenleyip düzenlemediğinin inceleneceği ileri sürülmüştür³⁵⁰. Kanun her ne kadar

344 RUHİ, s. 32.

345 RUHİ, s. 32.

346 KURŞAT, *Makale*, s. 590.

347 KURŞAT, *Makale*, s. 590.

348 EKŞİ, *Tanıma/Tenfiz*, s. 566.

349 ERİŞGİN, s. 170.

350 KURŞAT, s. 591.

menfaati ihlal edilenler tarafından sulh hukuk mahkemesine itirazda bulunulacağını belirtmiş ise de bu itirazın, noterlerin verdiği mirasçılık belgesinde mirasçılardan ve paylarının eksik, yanlış ve ketmedildiğinden mi, yoksa mirasçılık belgesine konu talepte noterlerin yetkisi bulunmadığı, kanuni bir engelin varlığına mı, dayandırılacağı müphem ve gayri vazıhtır. Bir diğer ifade ile, itirazın içeriğinde mirasçılık belgesi verilmesine matuf uyumsuzluğun yabancı unsur taşınması, yargılamayı gerektirmesi ya da nüfus belgelerinin yeterli olmadığını mı, tazammun ettiği açık değildir. Kanaatimizce söz konusu itiraz yasa yolu kanun tekniği bakımından iyi ele alınmamış olduğu gibi kanun koyucunun muradı da belli değildir. Zira sulh hukuk mahkemesine açılan davanın mirasçılık belgesinin iptali davası olarak görülmesi hâlinde her ne kadar talep çekişmeli yargıya ait ise de, bu davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sulh hukuk mahkemesinin verdiği karar mirasçılık belgesinin iptaline yönelik olsa da maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayacağı cihetle fonksiyonel bir amacı bulunmayacağı gibi, usul ekonomisi ilkesine de uygun düşmeyecektir. Kaldı ki noterlerin vermiş olduğu mirasçılık belgesine karşı sulh hukuk mahkemesine menfaati ihlal edilenler için tanınan itiraz usulü dışında ilgililer her hâlükarda sulh hukuk mahkemesinin kararlarına karşı mirasçılık belgesinin iptali için asliye hukuk mahkemesinde dava açmasına da hukuki engel yoktur. Bu sebeple, noterlikçe verilen mirasçılık belgesine karşı itirazın sulh hukuk mahkemesine yapılmasının tercih edilmesi, noterlikçe verilen mirasçılık belgesinin hatalı ya da eksik olması sebebiyle doğrudan asliye hukuk mahkemesine mirasçılık belgesinin iptali talep edilemeyeceğine matuftur³⁵¹. Zira ortada kazai makamca verilen bir belge bulunmadığından,

351 “Dava, noterlikçe verilen mirasçılık belgesinin iptali ve yeniden mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Asliye hukuk mahkemesince, noterlikçe verilen mirasçılık belgesinin iptali ile yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davaya bakma görevinin, Noterlik Kanununun 71/c maddesi gereğince sulh hukuk mahkemesine ait olduğu gerekçe ile görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur. Sulh hukuk mahkemesi tarafından ise, mirasçılık belgesinin iptali davalarının hasımlı olarak açılacağı ve çekişmeli yargıya tabi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. 6100 sayılı HMK’nun 1. maddesinde, “Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir.” hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanunun 2. maddesinde ise “Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi” olduğu vurgulanmıştır. 6100 sayılı HMK’nun 4/1-ç bendinde, “Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davalara sulh hukuk mahkemesi bakar.” yine aynı Kanunun, görevli mahkeme başlığını taşıyan 383/1. fıkrasında; “Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi” olduğu açıklanmıştır. Öte yandan genel hüküm niteliğinde bulunan TMK’nun 598/1 maddesinde de veraset belgesinin sulh hukuk mahkemesince verilmesi öngörülmüştür. 6100 sayılı HMK’nun “Çekişmesiz yargı işleri” başlığını taşıyan 382/2-c maddesinin 6. bendine göre mirasçılık belgesi verilmesi sulh

yargılama sonucunda kesin hüküm oluşturacak şekilde hüküm tesisi için evveliyatında iptali mümkün bir mahkeme kararının varlığı ön şarttır. Dolayısıyla sulh hukuk mahkemesinin kararına karşı mirasçılığın iptali için asliye hukuk mahkemesine dava açılacaktır. Yargıtay'da noterlerin verdiği mirasçılık belgesine karşı menfaati ihlal edilenlerin itiraz edebileceğini, itirazın çekişmeli yargıya matuf bir hususun olmadığını vurgulamıştır³⁵².

hukuk mahkemesinin görev alanına girmekte ve çekişmesiz yargı kapsamında kalmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi HUMK'nın 8/2-6. maddesi uyarınca mirasçılık belgesinin verilmesi, değiştirilmesi veya iptal davaları ile ilgili görev sulh hukuk mahkemesine verildiği hâlde HMK'nın 382/2-c maddesinin 6. bendine göre sulh hukuk mahkemeleri sadece veraset belgesi verilmesiyle ilgili istekler konusunda görevlidir. 1512 sayılı Noterlik Kanununun 71/C maddesi gereğince noterlerin verdikleri mirasçılık belgesi hakkında, menfaati ihlal edilenler tarafından sulh hukuk mahkemesine itirazda bulunulabilir. Somut olayda davacının talebi çekişmeli yargıya ilişkin bir husus olmayıp, daha önce noter tarafından verilen mirasçılık belgesine itiraz niteliğindedir. Bu durumda, uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir." (20. HD 20.10.2015, 10190/9720); "Dava, Adana 15. Noterliği tarafından 07.11.2013 tarih ve 33672 yevmiye nolu ile düzenlenen mirasçılık belgesinin iptali isteğine ilişkindir. 3. Asliye Hukuk Mahkemesince, davanın Adana 15. Noterliğinin 07.11.2013 tarih ve 33672 yevmiye numaralı veraset belgesinin iptali istemi ile açılmış dava olup 1512 sayılı Noterlik Kanununun 71/c maddesi gereğince noterlerin verdiği mirasçılık belgesi hakkında menfaati ihlal edilenlerin sulh hukuk mahkemesine itirazda bulunabileceklerini belirtilerek görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur. 4. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından ise, davanın çekişmeli yargı işlerinden olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Somut olayda; davacı vekili, davalıları hasım göstermek suretiyle Adana 15. Noterliği tarafından 07.11.2013 tarih ve 33672 yevmiye nolu mirasçılık belgesinin iptali isteminde bulunmuştur. 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 14. maddesi uyarınca 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 71. maddesinden sonra gelmek üzere "Diğer İşlemler" başlığı ile üçüncü bölüm olarak eklenen 71/C maddesi ile Noterlerin verdikleri mirasçılık belgesi hakkında, menfaati ihlal edilenler tarafından sulh hukuk mahkemesine itirazda bulunulabileceği ve sulh hukuk mahkemesinin itiraz üzerine verdiği kararın bir örneğini ilgili notere ve Türkiye Noterler Birliğine bildireceği hususu düzenlenmiştir. Dava konusu, çekişmeli yargıya ilişkin bir husus olmayıp; daha önce noter tarafından verilen mirasçılık belgesine itiraz niteliğindedir. Sulh hukuk mahkemesince davacının itirazı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. (Y.14. HD. 2015/1738-5433 E. - K. sayılı ilamı)" (14. HD 15.10.2015, 4779/9241).

352 "6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 14. maddesi uyarınca 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 71. maddesinden sonra gelmek üzere "Diğer İşlemler" başlığı ile üçüncü bölüm olarak eklenen "İtiraz" kenar başlıklı 71/C maddesinde "noterlerin verdikleri mirasçılık belgesi hakkında, menfaati ihlal edilenler tarafından sulh hukuk mahkemesine itirazda bulunulabilir. Sulh hukuk mahkemesi, itiraz üzerinde verdiği kararın bir örneğini ilgili notere ve Türkiye Noterler Birliğine bildirir" hükmü yer almaktadır. Dava konusu çekişmeli yargıya ilişkin bir husus olmayıp, daha önce noter tarafından verilen mirasçılık belgesine itiraz niteliğindedir. Mahkemece davacının itirazının incelenmesinin sulh hukuk mahkemesince değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği göz önünde bulundurularak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın esasının incelenmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 12.10.2015, 2480/8770); "Ayrıca 1512 sayılı Noterlik Kanununun 71/C maddesi gereğince noterlerin verdikleri mirasçılık belgesi hakkında, menfaati ihlal edilenler tarafından sulh hukuk mahkemesine itirazda bulunulabilir. Somut olayda davacıların talebi çekişmeli yargıya ilişkin bir husus



SONUÇ

Mirasçılık belgesi, zaman ve mahal sınırlaması ile tekrar yasağına tabi olmayan her bir mirasçı tarafından talep edilebilen çekişmesiz yargı alanına dâhil bir evrakı müsbitedir.

Çekişmesiz yargı işi olduğundan mevzuunu oluşturan hadiseyi ilânihaye ve mutlak bir kesinlik vasfıyla çözümlenmediğinden maddi anlamda kesin hüküm güç ve etkisinden mahrumdur. Mirasçılık belgesi, mirasçılık sıfat ve paylarını ispat zımından gayrı birçok ehemmiyetli fonksiyonu haizdir. Kişilerin vefatı ile miras bırakanın terekesini bir bütün olarak ve doğrudan iktisap eden mirasçılar, mirasçılık sıfatları ve pay oranları ile miras bırakan ile aralarındaki irsi irtibatı ispat etmek için mirasçılık belgesine ihtiyaç duyarlar.

Mirasçılığı engelleyen hâller mirasçılık sıfatını ortadan kaldıracığından nezdinde mirasçılığı engelleyen bir hâlin varlığı doğan kişi, mirasçı sıfatını yitirmesine karşın, mirasçılık belgesini talep edebilecektir. Zira mirasçı ile miras bırakan arasındaki irsi bağlantı koparılamayacaktır. Hatta bu noktada kamu menfaati, kişinin menfaatine âli olacaktır. Ancak mahkeme kararlarının infaz edilecek kısmi hüküm fıkrası olup, başka bir makam ya da merci tarafından tevil, tefsir, tebdil ve tahvili de mümkün olmadığından hüküm fıkrası nezdinde mirasçılık sıfatı zail olan kişiye mirasçı sıfat ve pay verilemeyecektir.

Noterlere tanınan mirasçılık belgesi verme yetkisi sulh hukuk mahkemelerinin yanında kısıtlı ve ikame bir yetki olup, yargının hızlandırılması ve iş yükünün hafifletilmesine matuf bir yasal düzenlemedir. Nitekim noterlere bu yetkinin tanınması, mirasçılık belgesi verme işleminin yargı işlemi niteliğine halel getirmeyecektir. Dolayısıyla mirasçılık belgesi verme işlemi bir çekişmesiz yargı işlemidir. Noterlerin verdiği mirasçılık belgesine karşı menfaati ihlal edilenler tarafından itiraz üzerine sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen karar da aksi sabit oluncaya kadar geçerli olup, maddi anlamda kesin hüküm gücü bulunmayacaktır. Zira itiraz, noterlerin yetki sınırları ve kapsamının yargısal murakabesi ile hatalı ya da eksik mirasçılık belgesinin düzeltilmesine matuf ve mebnidir. Kaldı ki, her hâlükarda sulh hukuk mahkemesinin kararlarına karşı mirasçılık belgesinin iptali için asliye hukuk mahkemesine müracaat hakkı da mahfuzdur.

olmayıp, daha önce noter tarafından verilen mirasçılık belgesine itiraz niteliğindedir. Bu itibarla mahkemece yukarıda belirtilen yasa hükmü gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken davanın esasının karara bağlanması doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 20.05.2015, 1746/5643).



Mirasçılık belgesine dayanılarak terekeye ait bir malvarlığının devir ve intikalinde; şayet intikale dayanak mirasçılık belgesi eksik ya da hatalı yani maddi gerçekten yoksun ise işlemin tarafı, tapu kaydı ya da sicildeki kayda değil, mirasçılık belgesindeki kişinin kimlik bilgilerine dayandığı için iyiniyetli olmaları hak iktisap etmelerine imkân vermeyecektir. Nitekim mirasçılık belgelerinin iyiniyetli hak iktisabının korunması gibi bir işlevi de bulunmamaktadır. Buna karşın, maddi gerçeği yansıtmayan mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan tescil işlemi yolsuz olduğundan, yolsuz tescil malikinden yapılan devirlerde üçüncü kişinin iyiniyetli olması hâli somut olayın özelliklerine göre Türk Medeni Kanunu'nun 988 ve 1023. madde hükümleri mahfuzdur. Bu ve diğer birçok fonksiyonundan dolayı mirasçılık belgesi her ne kadar kıymetli evrak niteliği bulunmamakta ise de terekeye ait malvarlığının devir ve intikalindeki tasarruf işlemlerinde yegâne ispat vasıtası olması ve iptal edilinceye kadar içeriği gereği muamele olunması özellikleri göz önüne alındığında; mirasçılık belgesi ve iptali taleplerinde kesin yetki kuralı benimsenmesi hem hukuki işlem güvenliği hem devletin hem de kişilerin hukuki menfaatlerinin korunması ile hukuki barış ve istikrarın sağlanmasına büyük bir katkı sağlayacaktır.

Son olarak yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen mirasçılık belgesinin tanınması meselesine gelince; mirasçılık belgesi başka bir ülke hukukuna göre şekli anlamda kesinliğe elverişli olsa bile maddi manada kesin hüküm gücünden yoksun bulunan bu belgenin Türkiye'de tanınması o karara kesin hüküm ve kesin delil niteliği kazandıracığından, niteliği itibariyle maddi manada kesin hüküm otoritesinden mahrum olan bu kararın tanınması pratikte bir yaraya merhem olmayacağı gibi, hukuki barış ve istikrarı da zedeleyecektir. Zira tanımaya rağmen aynı davaların tekrar edilmesi davaların tevali etmesine sebep olacaktır ki, bu husus da kesin hüküm otoritesini tartışmalı hâle getirecektir. Buna karşın, yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen mirasçılık belgesinin iptali kararı, maddi manada kesin hüküm gücünü haiz bir ilam niteliği ile tanınmasına hukuki bir engel bulunmamakla birlikte bu ilama dayanılarak Türkiye'de kâin taşınmazlara ilişkin devir, intikal ve açıklayıcı tescil işlemlerinde MÖHUK 20 ve Tapu Kanununun 35. madde hükümlerinin uygulaması saklı kalacaktır.

KAYNAKLAR

- ADAY Nejat, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul 1992.
- AKBIYIK Cem, **Miras Sebebiyle İstihkak Davası**, İstanbul 2003, s. 176.
- ANTALYA Gökhan, **Miras Hukuku**, İstanbul 2009.
- ANTALYA Gökhan, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul 1999.
- BAYGIN Cem, **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Ankara 2005.
- BUZ Vedat, **Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005.
- ÇELİKEL Aysel/ ERDEM Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2012.
- DOĞAN İzzet, **Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara 2010.
- DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku, C IV, Miras Hukuku**, İstanbul 2003.
- EKŞİ Nuray, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul 2013. (Tanıma/Tenfiz).
- EKŞİ Nuray, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku**, İstanbul 2013.(Miras Hukuku)
- ENGİN Baki İlkay, **Mirastan Mahrumiyet**, İstanbul 2010. (Mahrumiyet)
- ENGİN Baki İlkay, **Yedek Mirasçılık**, İstanbul 2003.(Yedek Mirasçılık)
- ERGÜNE Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul 2011.
- ERİŞGİN Nuri, **Mirasçılık Belgesi**, Ankara 2013.
- ERTAŞ Şeref, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı**, Ankara 1998, **DEÜHFD**, C. III. S. 1-4, (s. 365-438).
- GENÇCAN Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, Ankara 2011.
- HELVACI İlhan, **Türk Medeni Kanuna Göre Mirasın Reddi**, İstanbul 2014.
- İMRE Zahit/ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, İstanbul 1989.
- İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Ankara 2016. (Kesin Hüküm).
- İYİLİKLİ Ahmet Cahit, “Taşınmaz Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hâllerinden Mahkeme Hükümüne Göre İktisap Eden Kişinin İhaleinin Feshi Davası Açma Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller”, **TAAD**, Temmuz 2016, S. 27, (s. 515- 547).



KILIÇOĞLU Ahmet, **Miras Hukuku**, Ankara 2015.

KOCAAĞA Köksal, “Mirasçılık Belgesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1–2, Haziran-Aralık 2005, (s. 83–105).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, İstanbul 1987.

KURŞAT Zekeriya, “Noterlere Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi Yetkisinin Tanınması Hakkında Değerlendirme”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul 2011.(s. 583- 596).

KURŞAT Zekeriya, **Terekenin Korunması Önlemleri**, İstanbul 2010. (Tereke)

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C. 1, İstanbul 2001. (Usul C. I)

KURU Baki, **Nizasız Kaza**, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 20. Bası, İstanbul 2013.

NOMER Ergin, “Yabancı çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 1999. (Kesinleşme Şartı).

NOMER Ergin, “Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları”, **İBD C. 65, S. 10- 11- 12**, İstanbul 1991.(Veraset).

OĞUZMAN Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2015.

OĞUZMAN, M.Kemal, **Miras Hukuku**, İstanbul, s. 1995.

ÖZBEK Mustafa Serdar, **Noter Senetlerinde Sahtelik**, Ankara 2009.

POSTACIOĞLU İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul 1970.

RUHİ Ahmet Cemal/RUHİ Canan, **Mirasçılık Belgesi, İptali ve Yeni Mirasçılık Belgesi Verilmesi**, Ankara 2015.

SELÇUK Sami, “Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm, Şartları, Kesin Hüküm İtirazı”, **AD 1973/11**, (s. 937–956), (İtiraz).

SEVİĞ Vedat Raşit, **Mirasla İlgili Devletler Hususi Hukuku Kaideleri**, İstanbul 1963.

SUNGURTEKİN Özkan, Meral, “İnşai Karar ve Özellikleri”, **75. Yaş günü için Profesör Baki Kuru’ya Armağan**, Ankara 2004, (s. 553–576).

ŞAHİNİZ C. Salih, “Mirasçılık Belgesi”, **Kazancı Hakemli Hukuk Araştırma Dergisi**, 2007, S. 25–26, (s. 7–35).



ŞANLI Cemal, “Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması”, **İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul 1990 (s. 291-307).

TANRIVER Süha, “Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, **Makalelerim II**, Ankara 2011, (s. 345–358).

ULUOCAK Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul 1987.

ULUSU KARATAŞ Elif, “Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları”, **İÜFM**, C. LXXIV 2015, S. 2 (s. 357–388).

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar**, CI, İstanbul 1956.

YAĞCI Kürşat, **Cezai Mirasçılıktan Çıkarma**, İstanbul 2013.

YAKUPUR Sendi, **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul 2015.

FRANSIZ HUKUKUNDA AİLE ARABULUCULUĞU

(*Family Mediation In French Law*)

Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN¹

ÖZ

Aile hukukundan kaynaklanan hukuki sorunların kendine has bazı özellikleri vardır çünkü toplumun temel direği olan aile kavramı hukuki, psikolojik ve sosyal yönlerden oluşmaktadır.

Aile arabuluculuğu, aile hukukunun ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Fransa'da aile arabuluculuğu sivil toplum örgütlerinin inisiyatifi sayesinde kurulmuştur. Aile arabuluculuğunun yasal çerçevesi 2000'li yıllarda oluşturulmuştur ve bugün aile arabuluculuğu mesleği Fransız yargı sistemine tamamen entegre olmuş durumdadır. Fransız aile arabuluculuğu sistemi Avrupa'da önemli bir modeldir. Bununla birlikte bu sistemin etkinliği hâlâ tartışmaya açık durumdadır. Bu nedenle bu sistemin daha iyi anlaşılabilmesi için avantajları ve dezavantajlarının incelenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aile, Arabuluculuk, Aile arabuluculuğu, Aile hukuku, Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri.

ABSTRACT

The legal problems arising from family law have certain special characteristics because the concept of family, as the pillar of society, is composed of legal, psychological and social aspects. Family mediation is an alternative dispute resolution method that is consistent with the needs of family law. In France, the family mediation was born thanks to the initiative of the civil society. The legal framework of the family mediation was built in the 2000s and today the profession of family mediator is fully integrated into the French judicial system. The French system of family mediation is an important model in Europe, however its effectiveness is still questionable. Therefore, the advantages and disadvantages of this system should be studied in order to better understand the functioning of family mediation.

1 İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim üyesi, ozcan.cem@izmirekonomi.edu.tr

Keywords: Family, Mediation, Family Mediation, Family Law, Alternative Dispute Resolution Methods.

GİRİŞ

Aile hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan kurallar genelde emredici niteliktedir. Bunun en önemli nedeni toplumun temeli olarak görülen aile birliğinin korunmasının sağlanmasıdır. Ayrıca aile hukuku, çocukları ve zayıfları koruma misyonunu da üstlenmiştir. Ülkemizdeki aile hukuku mevzuatı incelendiğinde devletin aile hukuku alanına giren pek çok konuda müdahalede bulunma yetkisini saklı tuttuğu görülmektedir. Aile hukuku uygulamasında hâkime uyuşmazlıkların çözümü esnasında TMK.m.4'ten kaynaklanan takdir yetkisini kullanma imkânı da geniş bir şekilde tanınmaktadır.²

Günümüzde kişiler arasındaki hukuki uyuşmazlıkların sayısı giderek artmakta ve nitelikleri de farklılaşmaktadır. Ülkemizde aile hukukunu ilgilendiren konulardaki uyuşmazlıkların gösterdiği artış, aile mahkemelerinin iş yükünü artırmıştır. Esasen tüm yargı sistemini ilgilendiren bu durum, yargının yeterince hızlı çalışıp uyuşmazlıkları neticelendirmedeki etkinliğini azaltmaktadır. Söz konusu sorun aslında yalnızca bizim ülkemize özgü değildir. Genel olarak bakıldığında gelişmiş ülkelerde bile yargının ağır iş yükü altında ezildiği görülmekte ve bu olumsuz duruma çareler aranmaktadır. İşte bu noktada hukuki sorunların tümünün devlet mahkemeleri önünde çözülmesinden önce alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması fikri ortaya atılmıştır. Bu nedenle öncelikle ABD'de daha sonra da Avrupa'da alternatif uyuşmazlık çözüm metotlarından biri olan arabuluculuğa olan ilgi artmıştır.³

Arabuluculuk, en basit şekliyle, bir uyuşmazlığın taraflarının istemeleri hâlinde, aralarındaki sorunu tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla çözmeleri olarak tanımlanabilir.⁴ Aile hukuku uyuşmazlıkları açısından da başvurulabilecek bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk, ülkemizde yürürlükte olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

2 DURAL Mustafa/ ÖÇÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku**, Cilt III, **Aile Hukuku**, İstanbul, 2010, s.3-4.

3 RONGEAT-ODIN Federica, Droit de la famille collaboratif et médiation familiale: union ou désunion? **Revue Lamy Juridique Personnes et Famille**, 2011, s.1 ; TREMOLIERE Alexandre, Médiation familiale aux Etats-Unis: perspectives et réflexions croisées, **Actualité Juridique Famille**, 2015, s.395 vd.

4 DOUCHY-ODOT Mélina/HURARD-JOLY Julie, Médiation et Conciliation, **Répertoire de procédure civile**, 2013, s.2 vd.



Kanunu çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu kanunun 2-b maddesi arabuluculuğu: *“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlamaktadır.

Birçok ülkede özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk konusu önemini ve uygulamadaki yerini giderek artırırken bazı ülkelerde aile hukukunun spesifik bir alan olması nedeniyle bu alandaki uyuşmazlıkların çözümünde farklı bir uygulamanın yürütülmesi fikri benimsenmiştir. Bu nedenle “aile arabuluculuğu” kavramı ortaya çıkmış ve kimi ülkelerde bu alanda çalışacak “aile arabulucuları” yetiştirilerek bunların yargı sistemine entegre edilmeleri sağlanmıştır. Bu açıdan Avrupa’daki ülkeler incelendiğinde Fransa’daki aile arabuluculuğu en dikkat çeken örneklerden biridir. Fransa’daki aile arabuluculuğu sistemi ileride Türkiye’de bu alanda yapılabilecek reformlarda da göz ardı edilmemesi gereken modellerden biri olacaktır. Bu nedenle bu çalışmamızda Fransız aile arabuluculuğu sistemini ve uygulamadaki yerini inceleyeceğiz.

I. FRANSA’DA AİLE ARABULUCULUĞUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Aile içi uyuşmazlıkların gerek eşler gerekse çocuklar üzerinde yarattığı sorunlar Fransa’da bu hususta alternatif çözümler üzerinde düşünmeyi gerektirmiştir. Esasen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 21 Ocak 1998 tarihinde kabul ettiği R (98) 1 sayılı tavsiye kararı⁵ tüm üye ülkelerde olduğu gibi Fransa’da da yankı bulmuş ve kanun koyucuyu harekete geçirmiştir.

Bununla birlikte aslında Fransa’da aile arabuluculuğu konusundaki ilk adımlar yasal mevzuatın oluşturulmasından çok önce 1980’li yıllarından itibaren başlamıştır. Bu noktada özellikle başta bazı dernekler olmak üzere çeşitli sivil toplum kuruluşları etkin rol oynamışlardır.⁶

Fransa’daki aile arabuluculuğunun ortaya çıkması ve gelişmesinde boşanma oranlarındaki önlenemez artış, çocukların velayeti ile ilgili meseleler, boşanma sonrasında eşlerin birbirlerine karşı çeşitli davalar açarak aralarındaki husumeti daha da uzatmaları gibi sorunlar etkili

5 ÖZBEK Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı,

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt:7, sayı:2, 2005, s.71-102.

6 ROUSSEAU Véronique, « La médiation familiale en France. Quand l’évaluation des besoins et des ressources interroge les pratiques de terrain », **Connexions** 2010/1 no: 93, s.79.

olmuştur. Aileyi ilgilendiren sorunlarda mahkemelerin verdikleri kararların, söz konusu sorunları tam olarak çözemediği ve hatta çocukların velayeti gibi bazı hassas konularda durumu daha da içinden çıkılmaz bir hâle getirdiği gözlemlenmiştir. Ailenin toplumsal düzenin önemli bir parçası olduğu da düşünüldüğünde bu alanda dostane bir çözüm yöntemi olan arabuluculuğa başvurulmasının gerekliliği anlaşılmıştır.⁷

Fransız sisteminin aile arabuluculuğu ile ilk tanışması Kanada'nın Québec bölgesindeki uygulamanın Fransa'da tanıtılması ile gerçekleşmiştir. Québec'teki aile arabuluculuğu uygulaması alternatif çözüm metotlarının aile hukuku ilişkilerine daha uygun olduğuna inanan bir kesimin henüz yasal mevzuat oluşmadan dahi örgütlenerek bu alanda çalışmalar yapmasını sağlamıştır. 1988 yılında Aile Arabuluculuğunu Geliştirme Derneği⁸ Paris'te kurulmuş ve bunu diğer sivil toplum örgütlerinin kurulması izlemiştir. Söz konusu örgütler Fransa genelinde aile arabuluculuğu ile ilgili tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinde bulunarak bu alanın geniş kitleler tarafından fark edilmesini sağlamışlardır.⁹

Yaşanan bu gelişmeleri takiben 8 Şubat 1995 tarihinde kabul edilen bir kanunla Fransa'da arabuluculuk uygulaması başlamıştır.¹⁰ Aile hukuku uyuşmazlıklarını da kapsayan bu genel nitelikteki düzenleme Fransız hukuk sisteminin bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile tanışmasını sağlasa da aile arabuluculuğunun özel bir mevzuatının oluşması için 2000'li yılları beklemek gerekmiştir.¹¹

2001 yılında Aile, Çocuk ve Kadın Hakları Bakanlığının kararıyla Aile Arabuluculuğu Milli Danışma Konseyi¹² kurulmuştur. Bu konseyin görevi aile arabuluculuğunun organizasyonu ile ilgili önerilerde bulunmaktır ve genel olarak Adalet Bakanlığı, Aile Bakanlığı, hâkim, avukat, noter ve aile arabuluculuğu dernekleri temsilcilerinden oluşmaktadır.¹³ Fransa'da bu konseyin kurulması günümüzde aile arabuluculuğunun bu ülkede bir meslek olarak var olmasında önemli bir rol oynamıştır.¹⁴

7 ROUSSEAU, s.79.

8 Associaiton pour la promotion de la médiation familiale.

9 RONGEAT-LOUDIN Federica, La médiation familiale aspects juridiques et politiques, **Revue Lamy Juridique Personnes et Famille**, 2010, s.2 ; Rousseau, s.80.

10 LEBORGNE Anne, La médiation familiale:une voie d'apaisement des conflits familiaux, **Revue Lamy Droit Civil**, 2015, s.2.

11 LEBORGNE, s.1-2.

12 Conseil national consultatif de la médiation familiale.

13 SASSIER Monique, Le conseil consultatif national de la médiation familiale:état des lieux, **Actualité Juridique Famille**, 2003, s.61.

14 SASSIER 61.



Yaşanan tüm bu gelişmelerin ardından aile arabuluculuğunun Fransa'da yasal bir zemine oturması 2002 ve 2004 yıllarında gerçekleştirilen reformlarla sağlanmıştır. Bu önemli kanuni düzenlemeler velayetin kullanılması ve boşanma ile ilgili konularda gerçekleştirilmiştir. Fransız Medeni Kanunu'na eklenen söz konusu hükümler, hâkimin, tarafları aile arabulucusuna yönlendirmesi ile ilgili temel esasları içermektedir.¹⁵

Fransa'da aile arabuluculuğu ayrı bir meslek olarak varlığını sürdürmektedir. Bu mesleğe kabul edilmenin şartları ise 2003 yılında yürürlüğe 2003-1166 sayılı kararname ile belirlenmiştir.¹⁶ Fransız medeni hukukunda yer alan aile arabuluculuğu ile ilgili önemli yasal düzenlemelerin incelenmesine geçmeden önce Fransa'da aile arabuluculuğu mesleğini ve genel özelliklerini değerlendirmek gerekir.

II. AİLE ARABULUCULUĞU MESLEĞİ VE ARABULUCUNUN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDEKİ ROLÜ

Fransa'daki aile arabuluculuğunun temellerinin dayandığı sistem olan Kanada'nın Québec bölgesi sistemi esasen aile arabuluculuğunu karma bir alan olarak görmektedir.¹⁷ Başka bir deyişle aile hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan bu yöntem sadece hukuki değil aynı zamanda sosyal, psikolojik, ekonomik ve kültürel unsurları da içermektedir. Bu nedenle aile arabuluculuğu mesleğini yürüten insanlar da bu farklı uzmanlık alanlarından gelmektedirler.

Fransız sisteminde aile arabulucularının hukukçu olmaları şartı aranmamaktadır ve uygulamada da daha ziyade psiko-sosyal alanlarda uzmanlaşmış kişilerin bu mesleğe yöneldikleri görülmektedir. Yükseköğretimin farklı alanlarından diploma almış olan bu kişilere aile arabuluculuğu ile ilgili oldukça kapsamlı bir eğitim verildikten sonra yapılan değerlendirmelerle birlikte mesleğe başlama izni verilmektedir.

Aile arabulucularının aldıkları eğitim yakından incelendiğinde hem teorik hem de pratik yönden yapacakları iş konusunda yetiştirildikleri anlaşılmaktadır. 595 saatlik toplam eğitim süresinin 105 saatinin pratiğe ayrıldığı görülen bu eğitimde, 63 saat hukuk, 63 saat psikoloji ve 35 saat sosyoloji dersi okutulmaktadır. Bunun yanı sıra 14 saatlik bir eğitimin diploma almadan önce jüri önünde savunulması gereken bitirme

15 LEBORGNE, s.2.

16 REDOUÏN Marie-Odile, L'histoire de la médiation familiale en France, *Revue Odyssée*, 2015, no:14, s.17.

17 CORBEL Tiphaine, La médiation familiale- Regards sur la médiation familiale au Québec, *Actualité Juridique Famille*, 2016, s.329 vd.

projesine ayrılması söz konusudur. Geri kalan saatlerde de adaylar, arabuluculuk teknikleri hakkında bilgilendirilmektedir. Bu eğitimin verilmesinden esasen valilikler ve onların belirledikleri formasyon merkezleri sorumludur.

Uygulamada bazı üniversitelerin sürekli eğitim merkezlerine de bu görevin verilebildiği görölmektedir. Eğitimi başarıyla tamamlayan adaylara “aile arabulucusu devlet diploması”¹⁸ verilmektedir.¹⁹

Fransa’da aile arabulucularının önemli bir bölümü bu konularla ilgili faaliyet yürüten derneklerin çatısı altında çalışmaktadırlar. Bunun dışında devlete ait sosyal yardım kuruluşlarında istihdam edilen aile arabulucuları da vardır. Aile arabuluculuğu serbest meslek olarak da yürütülebilmektedir. Bununla birlikte uygulamada bu şekilde çalışan çok fazla arabulucuya rastlanmamaktadır. Bir kuruma bağlı olarak çalışan aile arabulucularının büyük bir bölümünün mesleği yarı zamanlı olarak icra ettikleri görölmektedir. Bu kişiler genelde kurumlarında yerine getirdikleri diğer görevlerin yanında aile arabuluculuğu hizmeti de vermektedirler.²⁰

Fransız sisteminde aile arabulucuları önlerine gelen olaylarda tarafsız ve bağımsız bir şekilde hareket etmek durumundadırlar. Esas itibar ile kolaylaştırıcı arabuluculuk²¹ düşüncesine dayalı bu sistemde aile arabulucusu tarafları bir anlaşmaya varmaya zorlayamaz ve onları yönlendiremez. Arabulucunun görevi, genel olarak tarafların arasındaki mevcut sorunların serbest bir biçimde, baskı altında kalmadan tartışılıp yine taraflarca bir sonuca ulaştırılmasına yardım etmekten ibarettir. Diğer taraftan aile arabuluculuğuna başvurmak ihtiyaridir. Bununla birlikte Fransız Medeni Kanunu’nda belirtilen bazı hâllerde aile mahkemesi hâkimi tarafları aile arabulucusuna gitmeye zorlayabilir.

Aile arabulucusunun hizmetlerinden yararlanmak ücrete tabidir. Uyuşmazlığın taraflarının arabulucu ile sözleşme yapması zorunludur ve kendisine yapılacak olan görüşme başına belirli bir ücretin ödenmesi gerekmektedir. Arabulucunun alacağı ücret tarafların gelirleri ile orantılı olarak belirlenmiştir. Başka bir deyişle arabulucunun ücreti, tarafların

18 Diplôme d’Etat de médiateur familial.

19 <http://www.mediation-familiale.org/formations-et-journees-d-etude/diplome-d-etat-de-mediateur-familial-demf>, Erişim Tarihi:12.03.2017.

20 DAHAN Jocelyne, La médiation familiale, mais comment?, **Actualité Juridique Famille**, 2003, s.55-56.

21 ÖZMUMCU Seda Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, **İUHFM**, C.LXXI, sayı:1, 2013, s.1369-1390



geliri arttıkça yükselen bir tarifeye bağlanmıştır.²² Adli yardım hizmetinden yararlananlar için ise aile arabuluculuğu ücretsizdir. Arabulucunun ücrete hak kazanabilmesi için sürecin başarıya ulaşmasının bir önemi bulunmamaktadır. Maddi sorunlardan ötürü uygulamada adli yardımdan yararlanmayan tarafları aile arabulucusuna yönlendirip bir de ona ödeme yapmaya ikna etmekte zorluklar yaşanmaktadır. Özellikle boşanma aşamasında olan çiftler avukatlarının ücretlerini karşılama dışında ayrılık süreci geçiriyor olmaları nedeniyle maddi sıkıntılar yaşamaktadırlar. Bu durum da onları aile arabulucusuna gitme konusunda tereddütlere sürüklemektedir.²³

Aile arabulucusuna başvuran taraflar arabuluculuk sürecini istedikleri zaman sonlandırabilirler. Aynı şekilde aile arabulucusu da devam etmekte bir fayda olmadığını anlarsa görüşmelere bir son verebilir. Aile arabuluculuğu süreci esnasında tarafların arabulucu ile paylaştıkları bilgi ve belgeler gizli kalmak zorundadır. Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 131-14. maddesine göre bunların ileride mahkemelerde ya da başka merciler önünde delil olarak kullanılması mümkün değildir.²⁴

Fransa'da aile arabuluculuğuna ilişkin en önemli düzenlemeler velayet ve boşanmayı ilgilendirmektedir. Bu düzenlemelerin yakından incelenmesi aile arabuluculuğu kurumunun daha iyi anlaşılmasını ve Türk hukukundaki durumla mukayese edilebilmesini sağlayacaktır.

III. FRANSIZ MEDENİ KANUNUNUN KONU İLE İLGİLİ BAŞLICA HÜKÜMLERİ

Fransız hukukunda kişiler aile arabuluculuğunu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak mahkeme sürecine girmeden de kullanabilirler. Ancak bir kez aile mahkemesi önüne aile hukukunu ilgilendiren bir sorunla geldikten sonra da arabuluculuk usulüne yönelebilirler. Fransız Medeni Kanunu'nda 2002'de velayet ile ilgili uyuşmazlıklarda 2004 yılında da boşanma ile ilgili davalarda aile arabulucusuna başvuru sürecini ilgilendiren iki önemli değişiklik yapılmıştır.

Fransız aile hukukunda evliliğin boşanma ile sonuçlanması hâlinde ortak velayetin uygulanması söz konusudur. Bu nedenle uygulamada velayet

22 Örneğin tarifeye göre aylık geliri 2000 ila 2500 avro olanlar 70 avro, 2500 ila 3000 avro olanlar 80 avro, 3000-3500 avro olanlar seans başına 90 avro ödeyeceklerdir. Bu ücretler arabulucuya başvuran kişi başıdır. JUSTON Marc, *Pratique de la médiation familiale, Actualité Juridique Famille*, 2005, s.402.

23 JUSTON, *Pratique de la médiation familiale*, s.402.

24 LEBORGNE, s.3.

konusunda çıkacak uyuşmazlıklar bakımından Fransız Medeni Kanunu aile arabuluculuğunu da kapsayan çeşitli önlemler öngörmektedir.²⁵ Fransız Medeni Kanunu m.373-2-10 düzenlemesine göre velayetle ilgili konularda taraflar arasında anlaşmazlık olduğunda hâkim onları uzlaştırmaya çalışır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre taraflar arasında anlaşmanın sağlanması amacıyla hâkim onların da görüşünü alarak bir aile arabulucusu tayin edebilir. Görüldüğü üzere aile mahkemesi hâkimi kural olarak ihtiyari bir yol olan aile arabuluculuğuna tarafları yönlendirme konusunda kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Bununla birlikte aynı maddenin üçüncü ve son fıkrası, aile içi şiddetin söz konusu olduğu durumlar haricinde hâkimin tarafları bir aile arabulucusunu görmeye zorlayabileceğini ifade etmektedir.²⁶ Hâkimin bu zorlayıcı kararı vermesine rağmen taraflardan birinin aile arabulucusuna gitmekten imtina etmesi durumunda ona uygulanacak bir yaptırım mevcut değildir. Ancak hâkim kararını verirken bu tavrı, uzlaşmaz tutum izleyen tarafın aleyhine yorumlayabilir.²⁷

Velayetle ilgili bu düzenleme dışında boşanma konusunda da aile mahkemesi hâkimi eşleri aile arabulucusuna yönlendirme yetkisi ile donatılmıştır. Fransız Medeni Kanunu'nun 255.maddesine göre aile mahkemesi hâkimi açılmış olan bir boşanma davasında tarafların onayını aldıktan sonra onları bir aile arabulucusuna gönderebilir. Aynı maddeye göre hâkim gerekli görürse tarafları aile arabulucusuna gitmeye zorlayabilir. Burada da arabulucuya hâkimin kararına rağmen gitmemenin herhangi bir yaptırımı öngörülmemiştir. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki Fransız Medeni Usul Kanunu, m.1071 hükmüne göre hâkimin arabulucuya gitmeye zorlayan kararına karşı kanun yolları kapalıdır.²⁸

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak aile arabuluculuğu süre ile de sınırlandırılmıştır. Aile mahkemesinde görülmekte olan uyuşmazlık esnasında arabulucuya gitme konusunda anlaşan tarafların aile arabulucusu önünde yapacakları görüşme sayısı ortalama 6 ila 8 arasında olup, süreç altı ayı aşamaz.²⁹

25 LIENHARD Claude, *Médiation familiale et contrat de coparentalité: l'histoire s'accélère, Actualité Juridique Famille*, 2014, s.360.

26 "Il peut leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure".

27 JUSTON, s.401.

28 La décision enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur familial en application des articles 255 et 373-2 n'est pas susceptible de recours.

29 DAHAN, s.55; Ülkemizde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.19/6 hükmü de bu tür bir durumda yargılamanın üç ay erteleneceğini ve bu sürenin talep üzerine en fazla üç ay daha uzatılabileceğini öngörmektedir.



Taraflar, aile arabuluculuğu süreci sonunda anlaşmaya varmaları hâlinde durumu bir tutanakla tespit edip aile mahkemesi hâkiminin onayına sunabilirler. Bu şekilde taraflar vardıkları anlaşmanın icrai etkiye kavuşmasını sağlayabilirler. Belirtmek gerekir ki; aile mahkemesi hâkimi varılan anlaşma üzerinde sınırlı bir inceleme olanağına sahiptir. Hâkimin yapacağı inceleme özellikle tarafların anlaşmaya özgür iradeleri ile varıp varmadıkları noktasında toplanmaktadır.³⁰

IV. FRANSA'DAKİ DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÜLKEMİZDEKİ MEVZUAT İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Fransa'da yürürlükte bulunan ve devletin de büyük desteğini alan aile arabuluculuğu, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak genel arabuluculuk sisteminin yanında yalnızca aile hukuku uyuşmazlıklarını ilgilendiren özel bir yöntem olarak uygulanmaktadır. Aile arabuluculuğunun bugüne kadarki uygulamasına bakıldığında belirli bir gelişme görülmekle birlikte henüz istenen sonuçlara tam olarak ulaşamadığı görülmektedir. Bu noktada özellikle bazı aile mahkemesi hâkimlerinin tarafları arabulucuya göndermekteki isteksiz tavırları, avukatların müvekkillerini, rakip olarak gördükleri aile arabulucusundan uzak tutmaya çalışmaları ve aile arabuluculuğunun yarattığı ek masraflar etkili olmaktadır.³¹ Ülkemizdeki duruma bakıldığında mevzuatta özel olarak bir aile arabuluculuğu düzenlemesi ve buna bağlı gerçekleşen bir uygulama bulunmamaktadır. Bununla birlikte 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun öngördüğü genel arabuluculuk yöntemi aile hukuku uyuşmazlıklarında uygulanabilecektir. 6325 sayılı kanunun 1.maddesi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarında arabulucuya gidebileceklerini belirtmektedir. Özellikle Fransız hukukunda özel hükümlerle aile arabuluculuğu kapsamına alınan velayet ve boşanma ile ilgili konuların bizim hukukumuz yönünden tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri alanlar olarak kabul edilmediği görülmektedir.³² Türk Medeni Kanunu'nun velayet ve boşanma ile ilgili hükümleri incelendiğinde aile mahkemesi hâkiminin bu konularla ilgili tarafların

30 AUFIERE Pierrette, La médiation familiale-Textes nouveaux à médiation nouvelle?Telle est la question..., *Actualité Juridique Famille*, 2016, s.325.

31 LEBORGNE, s.6-7.

32 DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Uygulanabilirliği, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2015, sayı:23, s.60.



vardıkları anlaşmalarla bağlı olmadığı anlaşılmaktadır. Genellikle emredici hukuk kuralları ile düzenlenen bu hususlar hâkimin takdir yetkisini geniş biçimde kullandığı ve taraf iradelerine kısıtlı yer verilen alanlardır.

Türkiye’de yürürlükte olan 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair kanuna bakıldığında özellikle 7.madde dikkati çekmektedir. Bu hükme göre;

“Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.” Bu düzenlemeye göre aile mahkemesi hâkimi her şeyden önce tarafların aralarındaki uyuşmazlığı sulh yoluyla çözmeye çalışmalıdır. 4857 sayılı kanunun 5.maddesine göre hâkimin bunu yaparken psikolog ya da pedagog gibi çeşitli uzmanlardan yararlanma imkânı da vardır. Bununla birlikte Fransız hukukundan farklı olarak bizim mevzuatımızda hâkimin tarafları arabulucuya başvurma konusunda zorlayıcı bir karar alması mümkün değildir.

Fransız hukukuna bakıldığında aile içi şiddet iddialarının olduğu durumlarda uyuşmazlık aile arabulucusu yoluyla çözülemez. Türk hukuku bakımından benzer bir düzenleme 6325 sayılı Kanun’un birinci maddesinin ikinci fıkrasında kabul edilmiştir. Taraflardan birinin şiddet görüp baskı altında kaldığı durumlarda arabulucu önünde iradesini serbestçe ortaya koyamama riski oldukça fazladır. Diğer taraftan aile içi şiddet durumunda Fransız hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurma yolu tamamen kapalı değildir. Bu tür durumlarda savcılığın da dâhil olduğu farklı tür bir arabuluculuk usulü Fransız hukukunda uygulanmaktadır.³³

Aile arabuluculuğu Fransa’daki uygulamada daha ziyade hukukçu olmayan kişiler tarafından yürütülmektedir. Aile uyuşmazlıklarının yapısı itibariyle psiko-sosyal alanlarda uzmanlığı olan kişilerin sürecin içinde olmaları doğru bir seçim gibi görünse de tarafların hukuken sahip oldukları hakların kendilerine iyi izah edilmesi gerekir. Hukukçu olmayanların bu hizmeti verirken hata yapma riskleri oldukça fazladır.

33 LIENHARD Claude/COPIN Jean-Pierre, Médiation pénale familiale:un mode alternatif au contentieux pénal familial, *Actualité Juridique Famille*, 2002, s.254; JUSTON Marc, Violences conjugales et affaires familiales, *Actualité Juridique Famille*, 2014, s.489.



Ülkemizde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun yürürlüğe girmesi alternatif uyuşmazlık çözümlerine olan inancın başladığının bir göstergesi olarak görülebilir. Ancak arabuluculuktan etkili sonuçlar alınabilmesi toplumda genel bir uzlaşma kültürünün yerleşmesine bağlıdır, aksi takdirde yapılan yasal düzenlemeler etkisiz kalacaktır.



KAYNAKLAR

AUFIERE Pierrette, *La médiation familiale-Textes nouveaux à médiation nouvelle? Telle est la question...*, **Actualité Juridique Famille**, 2016, 324-326.

CORBEL Tiphaine, *La médiation familiale- Regards sur la médiation familiale au Québec*,

Actualité Juridique Famille, 2016, 329-333.

DAHAN Jocelyne, *La médiation familiale, mais comment?*, **Actualité Juridique Famille**, 2003, 54-57.

DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, *Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Uygulanabilirliği*, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 2015, sayı:23, 45-84.

DOUCHY-OUDOT Mélima /JOLY-HURARD Julie, *Médiation et Conciliation*, **Répertoire de procédure civile**, 2013, 1-34.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, İstanbul, 2010.

JUSTON Marc, *Pratique de la médiation familiale*, **Actualité Juridique Famille**, 2005, 399-403.

JUSTON Marc, *Violences conjugales et affaires familiales*, **Actualité Juridique Famille**, 2014, 489-491.

LEBORGNE Anne, *La médiation familiale:une voie d'apaisement des conflits familiaux*,

Revue Lamy Droit Civil, 2015.

LIENHARD Claude/COPIN Jean-Pierre, *Médiation pénale familiale:un mode alternatif au contentieux pénal familial*, **Actualité Juridique Famille**, 2002, 254-255.

LIENHARD Claude, *Médiation familiale et contrat de coparentalité:l'histoire s'accélère*,

Actualité Juridique Famille, 2014, 360-362.

ÖZBEK Mustafa, *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı*, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt:7, sayı:2, 2005, s.71-102.

ÖZMUMCU Seda, *Arabulucunun Rolü: Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk*,



İUHFM, C.LXXI, sayı:1, 2013, s.1369-1390.

REDOUIN Marie-Odile, *L'histoire de la médiation familiale en France*, **Revue OdySsée**, 2015, no:14, s.16-19.

RONGEAT-LOUDIN Federica, *La médiation familiale aspects juridiques et politiques*, **Revue Lamy Juridique Personnes et Famille**, 2010.

RONGEAT-LOUDIN Federica, *Droit de la famille collaboratif et médiation familiale: union ou désunion?* **Revue Lamy Juridique Personnes et Famille**, 2011.

ROUSSEAU Véronique, « *La médiation familiale en France. Quand l'évaluation des besoins et des ressources interroge les pratiques de terrain* », **Connexions** 2010/1 no: 93, 77-87.

SASSIER Monique, *Le conseil consultatif national de la médiation familiale: état des lieux*,

Actualité Juridique Famille, 2003, 61.

TREMOLIERE Alexandre, *Médiation familiale aux Etats-Unis: perspectives et réflexions croisées*, **Actualité Juridique Famille**, 2015, 395-398.

CEZA YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

(Problem of Evaluation of Unlawfully Obtained Evidences in Criminal Prosecution)

Dr. Fatih ÖZKUL¹

ÖZ

Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu doğrultuda yargılamada her türlü delilden faydalanılabilir. Ancak hukuk devleti ilkesinin gelişimi, uluslararası sözleşmelerin artan fonksiyonları ile birlikte bu ilkedan kısmen vazgeçilmiştir. Artık mevcut kanıtların hukuka uygun bir şekilde toplanmış, akla uygun, kabul edilebilir ve olayla ilgili olması gerekmektedir. Çalışmada hukuka aykırı deliller konusu ceza yargılaması kapsamında ele alınmıştır. Bu kapsamda öğretilerdeki görüşlere, çeşitli ülke uygulamalarına, Yüksek Mahkemelerin kararlarına değinilmiş ve mevcut hukuk sistemimiz açısından bir sonuca ulaşmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Delil, hukuka aykırı delil, delillerin toplanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk devleti.

ABSTRACT

The purpose in criminal proceedings is to reach material truth. In this respect, all kinds of evidence are used in the proceedings. However, the development of the rule of law, increasing functions of international contracts, this principle is partly abandoned from the beginning. Now the existing evidence needs to be collected in accordance with the law. This article is taken with the illegal evidence in the scope of criminal procedure law. In this context the present views of the doctrine, the practices of various countries and the decisions of the High Courts have been touched upon and a result has been sought for our country.

Keywords: Evidence, unlawful evidence, collection of evidence, evaluation of evidence, rule of law.

1 Yargıtay Cumhuriyet Savcısı ♦ fatih4567@hotmail.com

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukunda delil serbestliği ilkesi² kabul edildiği için, hâkim kural olarak maddi gerçeği ulaşabilmek amacıyla her türlü delilden faydalanabilir.³ Ancak yine de başvurulacak olan delillerin birtakım özellikleri olması gereklidir.⁴ Örneğin elde edilen deliller her şeyden önce akla uygun, olayla ilgili ve ceza yargılamasında kullanılabilircek hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olmalıdır.⁵

Mevzuatımıza baktığımızda hukuka aykırı delilin tanımının yapılmadığını, konuyu karşılayan değişik kavramların kullanıldığı görülmektedir. Keza Anayasa'nın 38/6. maddesinde⁶ (ileride değinileceği üzere, kanaatimizce kurumun özüne uygun düşmeyecek biçimde) "*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular*", 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun⁷ (CMK) 206/2. maddesinde "*kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil*", 230/1. maddesinde ise, "*hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller*" terimlerinin kullanıldığını görmekteyiz. Yine CMK'nın 288. maddesinde hukuka aykırılık, "*bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması*" şeklinde tanımlanarak temyiz nedenleri arasında sayılmıştır.

- 2 Delil serbestliği kavramı hakkında bkz., DONAY Süheyl, **Ceza Yargılama Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 54, ("*Ceza Muhakemesi*"); YAŞAR Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, C.II, Ankara, 1998, s. 1559-1561; KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.1325, ("*Ceza Muhakemesi*"); BYRAN A. Garner, **Black's Law Dictionary**, West Group, St. Paul Minnesota, 2010, s. 499.
- 3 KANTAR Baha, **Ceza Muhakemesi Usulü**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1946, s. 137, ("*Ceza Muhakemesi*"); EREM Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:181, Ankara, 1964, s. 316, ("*Ceza Muhakemesi*"); BAKICI Sedat, **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000, s. 226.
- 4 ERMAN Sahir, **Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1995, s. 222-223, ("*Ceza Muhakemesi*").
- 5 BYRAN A. Garner, **A. Handbook of Criminal Law Terms**, West Group, Minnesota, 2000, s. 238; KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 247, ("*Ceza Muhakemesi*"); ERYILMAZ Ali, **Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil**, Hukab Yayınları, Ankara, 2013, s. 24-31, ("*Ceza Muhakemesi*"); TANER, M. Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 128, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 154, ("*Ceza Muhakemesi*"); GEDİK Doğan/TOPALOĞLU Mahir, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 39, ("*Ceza Muhakemesi-Ceza Hukuku*"); CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 226, ("*Ceza Muhakemesi*").
- 6 Aslında bu hükmün Anayasada yer almasına gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Anayasa koyucu, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) uyum gereği bu hükmü Anayasaya koymuştur. 2001 tarihli Anayasa değişikliği için bkz., 4709 sayılı Yasa, 17.10.2001 gün ve 24556 mükerrer sayılı Resmî Gazete.
- 7 17.12.2004 gün, 25673 sayılı Resmî Gazete.

Anayasamızca hüküm altına alınan ve Cumhuriyetin niteliklerini tanımlayan 2. maddede, Devletimizin bir hukuk devleti⁸ olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti ilkesi, devletin bütün işlemlerinin hukuka uygun olmasını gerektirdiği gibi, yargılama faaliyetinde uygulanacak araçların da hukuka aykırı olmamasını zorunlu kılar.⁹ Her ceza muhakemesi hukuku kitabında, muhakemenin amacının maddi gerçeğe¹⁰ ulaşabilmek ilkesi olduğu yazılıdır; ancak hukuk devleti ilkesinin gelişimi, uluslararası sözleşmeler neticesinde ülkelerin azalan egemenlik hakları¹¹ göz önüne alındığında, artık maddi gerçeğe her ne pahası ile olursa olsun ulaşamayacağı da anlaşılmış ve ceza muhakemesinde, özellikle temel hak ve özgürlükleri koruyabilmek amacıyla delil serbestliği ilkesine bazı sınırlamalar getirilmiştir.¹² Delil elde etme hususunda getirilen bu sınırlamalara delil elde etme yasağı, söz konusu delillerin hüküm aşamasında değerlendirilmemesi ise delil değerlendirme yasağı olarak adlandırılabilir.¹³ Yargıtay'ın önüne gelen temyiz taleplerinin büyük bir çoğunluğunda, hukuka aykırı olarak toplanan delillere dayanılarak mahkûmiyet hükümleri kurulduğu gerekçesiyle, yerel mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurulduğu görülmektedir.

Çalışmamızda, delil elde etme ve değerlendirme yasağının belli sınırlar dâhilinde kabul edilmesinin, hukuk sistemimize getireceği katkılar üzerinde duracak ve yasağın mutlak kabulünün doğuracağı problemleri gözler önüne sermeye çalışacağız. Bu doğrultuda, ilk bölümde konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, genel bilgilerle birlikte hukuka aykırılık

-
- 8 1961 Anayasası döneminde, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş her türlü delilin, kanun düzeyinde bir düzenleme olmasa bile hukuk devleti ilkesi ve Anayasanın bağlayıcılığı gereği değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz., ARASLI Oya, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasındaki Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s. 239, ("Anayasa Hukuku").
- 9 ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 634.
- 10 Maddi gerçeğin kapsamı hakkında bkz., ÖZGEN Eralp, **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 231, Ankara, 1968, s. 3, ("Ceza Muhakemesi").
- 11 Sınırlı egemenlik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ("Kamu Hukuku").
- 12 YURTCAN Erdener, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delillere Dayanma Yasağı", **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998, s. 519. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin konuya örnek olan bir kararı "...yapılan araştırma ve soruşturma mutlak ve sınırsız değildir. Bu etkinlikler sırasında kişisel ve/veya toplumsal değerlerin korunması zorunludur" şeklindedir. Bkz., Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 1994/7351 E., 1994/7693 K., KT. 04.10.1994, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 9, Ankara, Eylül, 1005, s. 1477.
- 13 ÖZTÜRK Bahri, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 249-252, ("Ceza Muhakemesi"); ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 673-674, ("Ceza Muhakemesi").



ve delil kavramlarını açıklayacağız. İkinci bölümde hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi hususundaki yaklaşımları, karşılaştırmalı hukuk verilerini de göz önüne alarak inceleyeceğiz. Üçüncü bölümde Türk Hukuku'ndaki durumu değerlendirecek ve önceki bölümlerde sunulanlardan yola çıkarak bir sonuca ulaşmaya çalışacağız.

I. TEMEL BİLGİLER, TERİM VE TANIMLAR

A. Ceza Yargılamasının Amacı

Ceza yargılamasının en öncelikli amacı, toplum düzenini bozan bir suçun işlenip işlenmediğini, eğer işlendi ise kim tarafından işlendiğini açığa çıkarmaktır.¹⁴ Bu araştırma, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olarak ifade edilmektedir.¹⁵ Bir devletin en önemli görevlerinden birisi güvenliği sağlamaktır; bu sebeple ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, faillerin cezasız kalmamaları, kamu ve toplum düzeni için hayati önem taşımaktadır. Diğer taraftan, suç işlemeyenlerin cezalandırılması da bir o kadar toplumsal barışı ve hukuk düzenine olan inancı zayıflatacaktır.¹⁶ Yine, modern demokrasilerin geldiği aşamada, maddi gerçeği araştırma mutlak ve sınırsız bir şekilde değil, sanığın kişisel değerleri korunarak, ancak hukuk kuralları içinde kalınarak yapılabilir.¹⁷ Ülkelerin ceza yargılama sistemlerine getirdikleri delil araştırma ve değerlendirmeye ilişkin yasakların asıl sebebi bu yaklaşımdır.¹⁸

B. Delil Kavramı

Ceza yargılaması suçun işlenmesinden sonra yapıldığı için, hâkim bundan önceki evreyi incelemeli, bir anlamda geçmişte yaşananları

14 TOSUN Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C.1, Genel Kısım, İstanbul, 1984, s. 38, ("Ceza Muhakemesi"); SELÇUK Sami, *Karşı oylarım*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 158, ("Derleme").

15 ŞAHİN Cumhur, *Ceza Muhakemesi Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 42, ("Ceza Muhakemesi"); Yargıtay, konuyu detaylıca incelediği örnek bir kararında, ceza yargılaması hukukunun amacının, "yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun" maddi gerçeğin bulunması olduğunu belirtmiştir. Bkz., Ceza Genel Kurulu kararı, 1991/4 E., 1991/227 K., KT., 07.19. 1991.

16 ÇINAR Ali Rıza, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.55, Ankara, 2004, s. 33.

17 TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s. 5, ("Ceza Muhakemesi"); ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 623-632, ("Ceza Muhakemesi").

18 YURTCAN Erdener, *CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri*, İstanbul, 1993, s. 37, ("Ceza Muhakemesi"); YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 278-284, ("Ceza Muhakemesi").

araştırmalıdır.¹⁹ Söz konusu araştırmaların yapılması sırasında yargıç ispat ya da delil olarak adlandırılan araçlara başvurmak zorundadır.²⁰ Bu doğrultu da, suçun işlenip işlenmediğinin araştırılmasında yararlanılan her türlü kaynak karşımıza delil olarak çıkabilir.²¹ Ceza yargılamasında biçimsel delil yöntemi kabul edilmediği için, hukuka uygun olarak elde edilmiş olan her şey ispat aracı olarak kabul edilebilir.²² Delil, geçmişte kalan olaylar hakkında olduğu için nedensellik bağı ile hâkimi aydınlatmalı, dolaylı ya da doğrudan yargılamaya ilişkin suçla ilgili olmalıdır, aksi hâlde ceza yargılamasına konu olması mümkün değildir.²³

C. Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuka aykırılık, uyumsuzluğa konu eylemin hukuk düzenince tanınmaması, uygun bulunmaması, hukukça korunan hak ve yararlar aykırı olması anlamına gelir.²⁴ Burada hukuka aykırılığın yasaya aykırılıktan daha geniş bir kavram olduğu, dolayısıyla evrensel hukuk ilkelerini de kapsadığı gözden uzak tutulmamalıdır.²⁵ Ceza hukukunda hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzenine uygun bulunmamasıdır. Bir fiil hukuka aykırı olduğunda sadece ceza hukukuyla değil, tüm hukuk düzeniyle çelişir hâle gelmektedir.²⁶

Hukuka aykırılık tüm hukuk düzenine aykırılık sayılsa da ceza yargılaması hukukunda hukuka aykırılığın sınırlarını belirleyebilmek,

-
- 19 ÖZTEKİN Tosun, *Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul, 1977, s. 433-434, (“Ceza Hukuku”); TAŞKIN Mustafa, *İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 185, (Ceza Muhakemesi).
- 20 GÖKCEN Ahmet/ALAŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR/Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 310-312; TOSUN, s. 706.
- 21 BİRTEK Fatih, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 292-294, (“Ceza Muhakemesi”); TOSUN, 1984, s. 707.
- 22 CENTEL Nur/ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2003, s. 5, (“Ceza Muhakemesi”).
- 23 HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Hukuka Aykırı Suretle Elde Edilen Deliller Meselesi”, *Yeni Türkiye*, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl.2, S. 10, 1996, s. 638.
- 24 KUNTER Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, 1949, s. 77, (“Ceza Hukuku”); KATOĞLU Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 36-37, (“Ceza Hukuku”). AYM bir kararında, “Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, Anayasaya usulüne uygun olarak kabul edilmiş sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içerisinde yer alır.” AYM 1999/2 E., 2001/2 K., KT., 22.06.2001, www.anayasa.gov.tr, (Erişim tarihi, 15.02.2017).
- 25 ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, 2011, s. 635.
- 26 DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2002, s. 221, (“Ceza Hukuku”); DÖNMEZER Sulhi, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2003, s. 144, (“Ceza Hukuku”).



elde edilen delillerin hangi durumlarda hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğunu tespit edilebilmesi açısından önem taşımaktadır.²⁷ Hukuka aykırı kanıtlar çalışma konumuzda ispat hukukunu ilgilendirmektedir. Ceza yargılaması sistemlerinde, delillerin kendisi ve elde edilmeleriyle ilgili birçok sınırlama ve yasaklar getirilmiştir.²⁸ Ayrıca hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller ile ilgili denetimin kanun yolu aşamasında da yapıldığı, kararın bozulmasında gözetildiği bu sebeple ayrı bir öneme sahip olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.²⁹

II. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMLAR VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Esas itibarıyla delil yasaklarının amacının ne olduğu veya ne olması gerektiği hususunda iki temel görüş mevcuttur.

A. Katı Yaklaşım

Bu düşünceyi savunanlar, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olan delillerin yargılamada hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini düşünmektedir.³⁰ Söz konusu görüşün en büyük dayanağı kolluk güçlerini hukuka aykırı delil elde etme isteğinden vazgeçirmektir; ancak bu şekilde kolluk görevlileri tekrar hukuka aykırı yöntemlere başvurmaktan kaçınabilir.³¹ Adı geçen yaklaşımda hukuka aykırılığın niteliği, ihlal edilen hakkın önemi, suçun ağırlığı, delilin değerlendirme dışında tutulması bakımından bir önem taşımamaktadır; amaç şüpheli

27 ŞEN ERSAN, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul, 1998, s. 11, ("Ceza Muhakemesi").

28 MERAN NECATİ, *Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 294-295; SOYASLAN DOĞAN, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 476-477, ("Ceza Muhakemesi").

29 KESKİN SERAP, *Ceza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, İstanbul, 1997, s. 36, ("Ceza Muhakemesi"); ERDENER YURTCAN, *CMUK Şerhi*, İstanbul, 2000, s. 743, ("Ceza Muhakemesi").

30 KOCA MAHMUT, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl.1, S.2, İstanbul, Aralık 2006, s. 224; ŞEN ERSAN, "Ceza Yargılama Süreci", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 97, Ankara, 2011, s. 270; İÇEL KAYIHAN, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul, 1998, s. 121-127, ("Ceza Muhakemesi"); ERDEM MUSTAFA RUHAN, *Gizli Soruşturmacı Tedbirleri*, Ankara, 2001, s. 370, ("Ceza Muhakemesi").

31 CAENEGEM WILLIAM VAN, *New Trends in Illegal Evidence in Criminal Procedure: General Report-Common Law, (Conference Paper)*, 2007, <http://epublications.bond.edu.au/law-pubs/223/s.6>, (Erişim tarihi, 11.01.2017); ŞAHBAZ İBRAHİM, *İletişimin Denetlenmesi ve Delil Yasakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 155, ("Ceza Muhakemesi").

veya sanığın kişisel haklarının korunmasından ziyade kolluk güçlerinin hukuka aykırı davranmasını önlemektir.³²

B. Esnek Yaklaşım

Bizim de katıldığımız söz konusu yaklaşım uyarınca delil yasaklarının getiriliş amacı, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri korumak,³³ adil yargılanmayı gerçekleştirebilmektir.³⁴ Dolayısıyla, delilin hukuka aykırı olması, kendiliğinden delilin değerlendirme dışında tutulmasına sebep olmaz.³⁵ İşkence, kötü davranma, aldatma gibi kişinin temel haklarını ihlal eden ve irade serbestisini kaldıran yöntemlerle elde edilen deliller

32 KOCA Mahmut, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 1-2, 2000, s.11-19; ÖZTÜRK Bahri, *Delil Yasakları*, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s.9-10, ("Ceza Muhakemesi"); ÖZEK Çetin, "Hukuka Aykırı Davranmanın Mazereti Olamaz", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1999, s. 42; GÖDEKLİ, Mehmet, "Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, S.65, Ankara, 2016, s. 1824-1835; EVİK Ali Hakan, "Yasak İfade Alma Yöntemleri ve Önlenmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl.2, S. 23, İstanbul, 2004, s. 3153.

33 KAYMAZ, 1997, s. 249-252.

34 Adil yargılanma dendiği zaman, akla ilk gelen AİHS'nin 6. maddesi olduğu için, konuya bir de bu noktadan bakılmasında fayda vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, bir delilin yargılamada delil olarak değerlendirilmesi veya değerlendirilmemesi esas itibarıyla Mahkemenin denetimi dışındadır. Eğer yargılamayı bütün olarak adil olmaktan çıkarmamışsa, yargılamada hukuka aykırı bir delilin değerlendirilmiş olması, örneğin delilin ilgili Devletin mevzuatına aykırı biçimde elde edilmiş olması Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali olarak kabul edilmemektedir. Mahkemeye göre bir delilin türünün, örneğin iç hukuk açısından hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kabul edilebilir olup olmadığına karar vermek Mahkemenin işi değildir. Önemli olan; delil elde edilmesi yöntemi dâhil yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır. Ancak, burada üzerinde durulması gereken husus, AİHM'nin hukuka aykırı bir delilin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği konusunda her zaman geçerli olan temel bir ölçüt getirmemiş olması, önündeki somut davanın niteliğine göre karar vermesidir. Mahkeme, her somut olayda farklı kriterlere başvurabilmektedir. Bu kriterler sanığın savunma hakkına saygı gösterilip gösterilmediği, iç hukukta ihlal edildiği iddia olunan kuralın niteliği ve ihlalin ağırlığı, hukuka aykırı delil toplamaya karşı etkili bir mekanizma olup olmadığı, delilin ispat niteliği, başka delille desteklenip desteklenmediği, davanın sonucu üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olup olmadığı şeklinde özetlenebilir. Buna karşılık AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yazılı olan, aleni yargılanma hakkının ihlal edilerek veya tarafsız yargılanma hakkının ihlali ile Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence ve insanlık dışı muamele sonucu elde edilen delillerin yargılamayı adil olmaktan çıkaracağına hükmetmektedir. Bkz., YILDIRIM Akif (Hazırlayan), *Bireysel Başvuruda Ceza Yargılamasını İlgilendiren Kararlar*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, Ankara, s. 150-156. Örnek karar için ayrıca bkz., Gafgen/Almanya, Başvuru No: 22978/05. 1. 6.2010, pg.163, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, 20 Seçme Karar*, Ankara 2011, s. 45; ŞENOL, 2015, s. 194-196.

35 ÖZTÜRK Bahri, "CMUK Reformu ve Delil Yasakları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1-2, 1994, s. 45-46.



değerlendirme dışında tutulacaktır.³⁶ Bunun dışındaki durumlarda ise hâkim, her somut olayda suçun aydınlatılmasındaki menfaat ile delilin elde edilmesi sırasında sanığın ihlal edilen hakkı arasında bir tartım (kıyaslama) yapacak ve söz konusu delilin yargılamada kanıt olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği yönünde bir karar verecektir.³⁷

C. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamakta, uygulama Yüksek Mahkemenin kararlarıyla şekillenmektedir. Yüksek Mahkemenin de, konuyu olay bazında incelediği ve sorunu yarar dengesi ile çözdüğü söylenebilir.³⁸ ABD'de, polis hukuka aykırı yöntemlerle elde etmiş olduğu delillerin değerlendirme dışında tutulmasıyla, çabası boşa giden polisi, tekrar hukuka aykırı yöntemlerle delil elde etme isteğinden alıkoyacağı umulmaktadır.³⁹ Bu yaklaşımın sonucu olarak, her türlü hukuka aykırılık durumunda deliller değerlendirme dışında tutulabilmekte, yani mutlak bir değerlendirme yasağı doğmakta, bu da suçluların cezasız kalmasına sebep olabilmektedir.⁴⁰ Basit hukuka

36 BIÇAK, Vahit, "Usulsüz Olarak Elde Edilen Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar", *İnsan Hakları Yıllığı*, C.17-18, S.1, TODAİ Yayınları, Ankara, 1997, s. 248-249.

37 ÖZTEKİN Tosun, *Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yöntemlerle Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti*, İstanbul, 1976, s. 19-20; ŞENOL Cem, *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul, 2015, s. 168-178, ("Ceza Muhakemesi").

38 Esasen hukuka aykırı deliller kavramının Amerikan Hukuku kaynaklı olduğu söylenebilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1964 yılında verdiği bir kararında (Miranda Kararı), sanığa hakları anlatılmadan yapılan sorguda elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına karar vermiştir. CULS (LII), "Miranda v. Arizona", No. 759, 384 U.S. 436, 13 June 1966, <http://www.lawcornell.edu/supremecourt/text/384/436>. Kavram, Kara Avrupa'sı Devletleri hukukuna daha sonraki zaman diliminde pozitif norm olarak, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla girmiştir. Bkz., SOYASLAN Doğan, "Hukuka Aykırı Deliller", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 15-16; KOCA, 2000, s. 117.

39 Örneğin, 1936 tarihli Brown v. Missipi davasında, "çivili kemerle devamlı dövülen" sanığın ifadesi geçerli sayılmamıştır. CULS (II), "Brown et al. V. State of Missisipi", 297 U.S. 278 (56 S. Ct. 461,80 L.Ed. 682), 17 February 1936, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/297/278>. GROSS Hyman, *Privacy – Its Legal Protection*, New York, 1964, s.83; GROSS Hyman, *Privacy-Its Legal Protection*, New York, 1964, s. 78; ÖZTEKİN, 1976, s. 34-39; ŞEN, 1998, s. 102.

40 LABELL Shellie, *The Exclusionary Rule: A Comperative Analysis*, 2013, <http://www.academia.edu/84992800/The-Exclusionary-Rule-A-Comperative-Analysis-by-Shellie-Labelle>, s. 3-7 (Erişim tarihi, 01.02.2017); ÖZTÜRK, *Delil Yasakları*, s. 9-10; ŞENOL, s. 126-132.

aykırılık hâllerinde dahi⁴¹ delillerin değerlendirme dışında tutulması ve işlenen suçların cezasız bırakılması toplumda ciddi eleştirilere neden olduğundan,⁴² hukuka aykırı delillerin mutlak şekilde değerlendirme dışında tutulmasına istisnalar getirilmiştir.⁴³

Getirilen ilk istisna iyi niyet istisnası olarak adlandırılmaktadır. Eğer polis iyi niyetle hareket etmiş ve delilleri kasten hukuka aykırı olarak toplamamışsa, kastı bu amaca özgülenmemişse, delillerin hukuken değerlendirilebilir nitelikte oldukları kabul edilir.⁴⁴ Örneğin, rıza üzerine yapılan aramada, rıza gösteren kişi bu yöndeki iradesini açıklamaya ehil değilse ve polis de bu durumu bilebilecek durumda değilse, elde edilen delil iyi niyet kapsamında değerlendirilmekte ve yargılamada kullanılmaktadır. Bir diğer istisna da, delilin hukuka uygun olarak elde edilmesinin kaçınılmaz olması durumudur.⁴⁵ ABD hukukunda, hukuka aykırı deliller aracılığıyla elde edilen diğer tali

- 41 Örneğin, Federal Yüksek Mahkeme, uyuşturucu ticareti ile ilgili bir davada (United States v. Leon), aranan uyuşturucunun, arama izni verilen yerin dışında bulunmasıyla elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilineceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, polis, uyuşturucunun bulunduğu yere ilişkin arama izni istemiş olsaydı bu izin zaten verilecekti, dolayısıyla uyuşturucunun bulunduğu yer de arama izni kapsamında sayılmalıdır. BIÇAK Vahit, "Infringement of Procedural Rights", *Turkish Yearbook of Human Rights*, Vol. 17-18, 1995-1996, s. 101.
- 42 LABELL, s. 8. Suçluların cezasız kalmasının toplumsal endişe doğuracağı ve bu sebeple, mutlak delil yasağının kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin örnek karar için bkz., (United States v Leon, 468 US 897, at 907 (1984). OGISO Ryo, *The Exclusionary Rule in Criminal Procedure: A Comparative Study of the English, American, and Japanese Approaches*, Amicus Curiae, 2001, http://sas-space.sas.ac.uk/id/eprint/3736_s.29_, (Erişim tarihi, 01.02.2017)
- 43 Söz konusu istisnalar iyi niyet istisnası, delilin hukuka uygun olarak ele geçirilmesinin kaçınılmaz olması durumunda öngörülen istisna ve zararsız hata istisnası olarak isimlendirilmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. A. JACKSON Heather, Arizona v. Evans: "Expanding Exclusionary Rule Exceptions and Contracting Fourth Amendment Protection", 86, *Journal of Criminal Law and Criminology* (1995-1996), s. 1204-1208.
- 44 İyi niyet istisnasının kabul edilmesine yol açan Yüksek Mahkeme kararı (United v Leon davası) şu şekilde gelişmiştir: Hâkim, uyuşturucu madde ticareti yapıldığı iddiasıyla ilgili olarak iki ev ile bir arabada arama kararı vermiş ve iddiaya konu uyuşturucu maddeler de bulunmuştur. Daha sonra ilk derece mahkemesi, arama kararı verildiği sırada makul şüphe bulunmadığı gerekçesiyle aramayı hukuka aykırı bulmuş ve elde edilen delilleri değerlendirme dışı tutmuştur. Bir üst mahkemenin de aynı yönde karar vermesi üzerine uyuşmazlık Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, tarafsız olan bir hâkim tarafından verilen karar üzerine, polis tarafından iyi niyetle yapılan işlem sonucu elde edilen delillerin, değerlendirme dışı tutulmaması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz., BIÇAK, 1997, s. 36; KOCA, 2006, s. 118-119.
- 45 Yüksek Mahkemenin önüne gelen kasten öldürme suçu ile ilgili bir davada olay şu şekilde gelişmiştir: Polis şüphelinin ifadesini müdafî bulundurmaksızın almış, şüpheli ise ifadesinde öldürdüğü kişiyi ve cesedin bulunduğu yeri söylemiştir. Yüksek Mahkeme, cesedin bulunduğu sırada zaten çok sayıda görevli ve olay yerindeki vatandaşın cesedin çok yakınında araştırma yaptığını, dolayısıyla cesedin her hâlükarda hukuka uygun olarak bulunacağını kaçınılmaz olduğu gerekçesiyle, elde edilen delilin değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin itirazı kabul etmemiştir. Bkz., ŞENOL, 2015, s. 147.



deliller, “zehirli ağacın meyvesi” olarak nitelendirilmiş ve yargılamada kullanılmasına cevaz verilmemiştir.⁴⁶

2. Almanya

Almanya’da hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin değerlendirilme dışında tutulmasının en önemli amacı, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini koruyabilme düşüncesidir.⁴⁷ Bu sebeple, teknik anlamda hukuka aykırılık, delilin de otomatik olarak değerlendirme dışında tutulmasına yol açmamaktadır.⁴⁸ Federal Mahkeme, hukuka aykırılığın denetlenmesinde bir “haklar alanı” oluşumu geliştirmiştir. Bu yaklaşımda, delilin elde edilmesinde sanığın hakları önemli ölçüde ihlal edilmişse, söz konusu delil hükme esas alınmamalıdır. Almanya, delil olarak mutlak şekilde değerlendirme yasağını, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi yoluyla, ya da kanunda açık olarak sayılmış yasak yöntemlerin kullanılması yoluyla elde edilmiş kanıtlar bakımından kabul etmektedir.⁴⁹

Alman hukukunda, bir kanıtın hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olması, söz konusu kanıtın sırf bu nedenle değerlendirme dışında tutulmasına sebep olmamaktadır.⁵⁰ Ceza hukuku uygulamasında da bir delilin, yasak deliller arasında sayılıp sayılmaması konusu, suçun aydınlatılmasındaki kamu yararı ile delile ulaşılması sırasında sanığın ihlal edilen hak ve menfaatlerini bir tartıma⁵¹ (kıyaslamaya) tabi tutarak

46 KAYMAZ, 1997, s. 271.

47 ŞAHİN Cumhuriyet, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, 1994, s. 223; GÖDEKLİ, 2016, s. 1839.

48 Örneğin, doktor olmayan kişinin, polis emri ile şüpheliden kan alınması olayında, kanın alınış biçimi hukuka aykırı olsa bile, elde edilen numunenin delil olarak kullanılabilineceğine karar verilmiştir. YARSUVAT Duygun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği”, <http://www.Yarsuvatlaw.com.tr/articles/article2.pdf>.

49 Mutlak değerlendirme yasağına ilişkin tek hüküm, Almanya Ceza Muhakemesi Kanununun 136/a maddesinde yer almaktadır. Düzenleme uyarınca işkence, kötü davranma, yorma, hipnoz etme gibi sanığın irade özgürlüğünü kaldıran yöntemlerle ifade alınması yasaklanmış, devam eden 2. fıkrada da, bu yöntemlerle alınan beyanların sanığın rızası olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. SAYDAM Mehmet, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 33-40, (Ceza Muhakemesi); ŞENOL, 2015, s. 147; GÖDEKLİ, 2016, S. 1880.

50 YENİSEY Feridun, “Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi, **Güncel Hukuk**, Ekim 2004, s. 25; ŞENOL, 2015, S. 172-181.

51 Menfaat tartımında ihlalin ağırlığı, ihlal edilen hakkın niteliği, elde edilen delilin değeri, suçun ağırlığı, aydınlatılmasındaki kamu yararı, delilin güvenilirliği, ihlal edilen hukuk kuralının amacı, ihlalin oluşumundaki kastın yoğunluğu dikkate alınmaktadır. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi, CMK’daki 55. madde yer alan düzenlemeye aykırı olarak, tanığa çekinme hakkı hatırlatılmadan dinlenilmesi sonucunda elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesine, çünkü tanığın aydınlatılmasına ilişkin hükmün amacının sanığı değil, tanığı korumak olduğuna, sonuç olarak elde edilen kanıtın hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir. ŞENOL, 2015, s. 173-174.

belirlenmektedir.⁵² Çünkü haklar arasındaki yarışta birinin diğerine göre önceliği veya üstünlüğü olabilir. Sanığın hakları diğerine oranla daha az korunmayı gerektiriyorsa, kullanılan delilin hukuka aykırılığında da söz edilemeyecektir. Söz konusu delilin elde edilmesinin sanık hakkının ihlali bakımından hiçbir önemi yok ise veya ikinci derecede kalıyorsa, delilin değerlendirme dışı bırakılmaması gerekir. Yine, değerlendirme yapılırken, ihlal edilen kuralın kimin yararına bulunduğu belirlenmesi de önem taşımaktadır. İhlal edilen kural sanık hakkı ile ilgiliyse, haklar alanı değerlendirmesinde bu husus dikkate alınmalıdır. Federal Mahkeme, hakkın sanığın temel hakkıyla ilgili olması durumunda koruyucu bir tavır takınmaktadır. Alman hukukunda, hukuka aykırı olarak elde edilen delil sonucu ulaşılan diğer kanıtların (türemiş delillerin) ise, delil elde etme yasağı kapsamına otomatikman girdiği kabul edilmemekte, aynı ABD’de olduğu gibi, bu durumun bazı davaların haksız yere beraat ile sonuçlanmasına yol açabileceği bir çekince olarak ileri sürülmektedir.⁵³

Almanya’da bir diğer mutlak değerlendirme yasağı ise, Alman Anayasası’nın 1. maddesindeki insan haysiyetinin korunmasına ilişkin hükme dayanan, Anayasa Mahkemesi içtihadı ile kabul edilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, içtihat yolu ile insan hayatını kişinin kamuya açık alanı, özel hayatı ve özel hayatın çekirdek (gizli) alanı olmak üzere üçe ayırmış, bireyin evinde, yalnız kaldığı hastane odasındaki görüntülerinin özel hayatın çekirdek alanına ait olduğuna hükmederek, buradan elde edilen delillerin yargılamada göz önüne alınmaması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁴

3. İngiltere

Ortak hukuk (common law) geleneğinin en önemli temsilcisi olan İngiltere’de, 1984 yılına kadar hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine

52 Örneğin, Almanya’da mahkemeler tarafından, hukuka uygun olarak alınmış kararlar elde edilen iletişimin ilişkin bilgilerin katalogda yer almayan suçlar açısından kullanılması, hücredeki sanıktan bilgi almak için yanına konulan kişinin tanık olarak dinlenilmesi kabul edilirken, hukuka aykırı şekilde yapılan dinlemeler veya bu dinlemeleri bizzat yapan kişilerin tanık olarak dinlenilmeleri reddedilmektedir. Yenisey, 2004, S. 26; DEMİRBAŞ Timur, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, İzmir, 1996, s. 225; ÖZBEK Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, **Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, C.3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 920, (“Ceza Muhakemesi”); KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, 2010, s. 1474; CENTEL/ZAFER, 2016, s. 657; ŞENOL, 2015, s. 174; ÇINAR, 2004, s. 44.

53 YENİSEY Feridun, **Duruşma ve Kanun Yolları**, İstanbul, 1990, s. 141, (“Ceza Muhakemesi”).

54 YILDIZ Ali Kemal, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 177; ŞAHBAZ İbrahim, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, Ankara, 2006, s. 26; ŞENOL, 2015, s. 179-180; LABELL, s. 16; KOCA, 2000, s. 120.



ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu tarihe kadar delilin yargılamaya konu olay ile ilgili olması, ispat açısından değer taşıyıp güvenilir olması şartıyla, hukuka aykırı biçimde elde edilip edilmediğine bakılmıyor ve yargılamada değerlendiriliyordu.⁵⁵

1984 yılında kabul edilen Polis ve Kriminal Delil Kanunu (Police and Criminal Evidence Act 1984. "PACE")⁵⁶ uyarınca, hukuka aykırı deliller konusunda yeni düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemenin 76. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, şüphelinin ifadesinin baskıya dayanarak ya da sözlü veya fiili müdahale ile menfaat temini, hile, aldatma yoluyla veya güvenilirliği konusunda şüphe doğuracak şekilde alınmış olması durumunda, elde edilen beyanlar yargılamada delil olarak kullanılmayacaktır. Böylece, şüphelinin irade serbestisini zedeleyen işkence, insanlık dışı, haysiyet kırıcı ve işkence boyutuna varmayan tehdit ve şiddet uygulaması sonucu elde edilen beyanlar bakımında da mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir.⁵⁷ PACE'nin 76. maddesinin 2. fıkrasının son bendi uyarınca da, yargılama konu beyanların, irade serbestisini kaldıracak yöntemlerle alınıp alınmadığı konusunda bir uyuşmazlık doğması durumunda, ifadenin yasak yöntemlerle alınmadığını ispat etme yükümlülüğü savcılık makamı üzerindedir.

PACE'nin 76. maddesinde belirtilen yasak sorgu yöntemleri dışında kalan, başka hukuka aykırı yöntemlerin kullanılması suretiyle alınan ifadelere dayalı olarak elde edilen diğer deliller yönünden ise mutlak değerlendirme yasağı bulunmamaktadır. 78. maddedeki düzenleme uyarınca bu tür deliller açısından nispi yasak söz konusudur.⁵⁸ 78. maddenin 1. fıkrası uyarınca mahkeme, savcının sunmuş olduğu delillerin elde edilmiş biçimi de dâhil olmak üzere, yargılamanın adil olmamasına yol açacağı kanaatine varırsa, delillerin sunulmasına izin vermeme hakkına sahiptir.⁵⁹ Yargılamanın adil olması ile kastedilen, dava sonunda haklı bir karara ulaşılmamasından ziyade, yargılama sürecinin adil

55 Bir mahkeme kararında, " delilin kabul edilebilir olup olmadığı incelenirken dikkat edilecek husus, yargılamanın konusuyla ilgili olup olmadığıdır. Eğer ilgili ise, delil kabul edilebilir. Mahkeme delilin nasıl elde edildiği ile ilgilenmez" denilmiştir. Bkz., ŞENOL, s.102; TOSUN, 1984, s. 804; YILDIZ, 2000, s. 70;

56 Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984, Sec. 78, <http://legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/78>.

57 Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of European Union, 30 November 2003, s. 25. Bkz., http://www.ec.europa.eu/justice/.../cfr_cdf_opinion3_2003_en. (Erişim Tarihi, 20.04.2017)

LABELL, s. 10; ŞENOL, 2015, s. 108; ŞAHBAZ, 2006, s. 107; ŞAHBAZ, 2009, s. 29.

58 LABELL, s. 10; ŞENOL, 2015, s. 111-112; ŞAHBAZ, 2006, s. 107; ŞAHBAZ, 2009, s. 29.

59 GÖDEKLİ, 2016, s. 1840.



olmasıdır.⁶⁰ 78. maddede veya başka bir kanun maddesinde, yargılamanın adil olması hususunda hangi ölçütlerin esas alınması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada ise söz konusu ölçütler polisin kötü niyetli olarak delil elde edip etmediği, delilin güvenilir olup olmadığı, tek olup olmadığı, elde edilme sürecinde temel hakların ihlal edilip edilmediği gibi şeklinde belirlenmiştir.⁶¹

PACE'nin 78. maddesinde bir açıklık olmamakla birlikte uygulamada, elde edilmiş olduğu hâlde değerlendirme dışında tutulan hukuka aykırı deliller aracılığıyla elde edilen kanıtlar vasıtasıyla ulaşılan diğer delillerin, sırf ilk delilin değerlendirme dışı tutulmuş olması sebebiyle dışlanamayacağı kabul edilmektedir. Burada ilk delilin kullanılmasının, yargılamanın adilliği üzerindeki etkisi göz önüne alınarak somut duruma göre bir hüküm kurulmaktadır.⁶²

4. Fransa

1993 tarihli Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda hukuka aykırı delillere ilişkin somut bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Fransız hukukunda (mevzuatında), medeniyetin temel değerlerine aykırı olacak şekilde, insan onuruyla bağdaşmayan şekilde işkence yapmak, ilaç vermek gibi bedensel veya ruhsal baskılarla delil elde edilemeyeceği çeşitli hükümlerle kabul edilmiştir. Fransa'da delilin kabul edilebilirliği açısından ileri sürülen koşullar, özel hayatın gizliliğine hukuka aykırı biçimde müdahalede bulunulmaması, devlet görevlilerin taraf tutmaması, kışkırtıcılık yapmaması ve nihayet savunma hakkına saygı olarak özetlenebilir.⁶³ Öğretide de, hukuka aykırı delillerin her hâlikarda değerlendirme dışı tutulması gerektiği ileri sürülmektedir. Fransız Yargıtay'ı da zaman içerisinde, esnek davranmakla birlikte bu kuralı benimsemiş, yasada öngörülen usulün dolanılması anlamına gelebilecek yetkilerin kullanılmış olması durumunda delili reddetmiş, açık yasaklama bulunmayan durumlarda taraflarca sunulan hukuka aykırı delilleri ise değerlendirmiştir.⁶⁴

60 Clayton Richard – TOMLINSON Hugh, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 848; LABELL, s. 11.

61 LABELL, s. 12; ŞAHBAZ, 2006, s. 107; ŞAHBAZ, 2009, s. 29.

62 DÜLGER Volkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 178, ("Ceza Muhakemesi"); GÖDEKLİ, 2016, s. 1840; TOSUN, 1984, s. 804.

63 AKYÜREK, 2012, s. 66.

64 AKYÜREK Güçlü, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101, 2012, s. 67-68; SOYASLAN, 2003, s. 19.



5. İtalya

Hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olan delillerin kullanılamayacağı hususu İtalyan Hukukunda hem genel bir hükümlerle, hem de çeşitli hükümlerle kabul edilmiştir. Anılan Ülke Ceza Usulü Kanununun 191. maddesi “*Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller*” başlığını taşımakta, içeriğinde ise, “*Kanunun koyduğu yasanın ihlaliyle ilgili deliller kullanılmaz*” hükmü yer almaktadır. Maddenin devam eden 2. fıkrasında da, “*Kullanılamazlık yargılamanın her derece ve safhasında resen göz önüne alınabilir*” denmiştir. Eğer bir soruşturmada, sadece delilin elde edilme şekli ihlal edilmişse ve bu ihlal şekli kanun tarafından yasaklanmamışsa, elde edilen delil kural olarak kullanılabilir. Kullanılmazlık hâlleri (örneğin, tanıklıktan çekinme, avukat ile sanık arasındaki konuşmalar, hukuka aykırı telefon dinlemeleri) özel hükümlerle düzenlenmiştir. İtalyan hukukunda esas olan elde edilen delilin kullanılmasıdır; kullanılmazlık istisna olduğu için daraltılarak yorumlanmaktadır; bu sebeple zımni delil yasağı kabul edilmemektedir.⁶⁵

6. Diğer Ülkeler

Avusturya, Danimarka, Finlandiya ve İsveç’te özel hayatın gizliliğine aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin kabul edilebilir olup olmadıklarına, her somut olayın özelliğine göre karar verilmektedir. Anılan ülkelerde, hukuka aykırı olarak elde edildiği iddiasıyla Mahkeme önüne gelen kanıtlar hemen kabul edilemez olarak görülmemekte, bazı ölçütler gözetildikten sonra bir karara varılmaktadır. Bu ölçütler de, delil elde edilirken ihlal edilen hakkın ağırlığı, delilin güvenilirliği, yargılamadaki önemi şeklinde özetlenebilir. Ancak sadece hukuka aykırı olarak elde edilen kanıta dayanılarak mahkûmiyete hükmedilmemektedir. İsviçre’de yasalar tarafından açıkça yasaklanmış olanlar dışındaki delillerin hukuka uygun sayılması için, hukukun genel ilkelerine ve insan haysiyetine uygun olması gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁶ Belçika,

65 Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of European Union, 30 November 2003, s. 25. Bkz., http://www.ec.europa.eu/justice/.../cfr_cdf_opinion3_2003_en. (Erişim Tarihi, 20.04.2017)

ALACAKAPTAN Uğur, “Delil Yasakları” , **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu, 2000, s. 519-524.; SOYASLAN, 2003, s. 19-20.

66 Ancak anılan ülkede, ağır suçlarda hukuka aykırı şekilde elde edilen delil, gerçekte hukuka uygun olarak elde edilebilecekse değerlendirme dışında tutulmamaktadır. Örneğin, Federal Mahkeme bir kararında, resmi görevi olmayan bir kişi tarafından, sanığın konut dokunulmazlığı ihlal edilerek elde edilmiş olan belgelerin, söz konusu belgelere savcı tarafından da yasal yollar ile erişilebileceği gerekçesiyle, yargılamada kullanılabilirliğine hükmetmiştir. Yine Yüksek Mahkeme 2007 tarihli bir kararında da aynı uygulamayı sürdürmüş ve “kamunun gerçeğe ulaşma çıkarı” ile “kişinin özel çıkarı” arasında bir denge

İspanya, Yunanistan, İrlanda Lüksemburg, Hollanda ve Portekiz’de ise, hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller sanığın lehine ise kabul edilebilmekte, aleyhine ise kabul edilmemektedir.⁶⁷ İsrail de konuyla ilgili önemli bir örnektir. İsrail Yüksek Mahkemesinin Meiri v. Isreal kararıyla 1978’den beri uyguladığı, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında dikkate alınmak zorunda olması ancak bu delillerin hükme etkisinin mahkeme tarafından takdir edilmesi gerektiğine ilişkin içtihadı, 2006 yılında verilen Issacharov v. Military Prosecutor kararıyla istikrara kavuşmuştur. İsrail, bu kararıyla birlikte mahkemelerin, hukuka aykırı delillerin dışlanması konusunda takdir yetkisinin bulunduğunu kesin olarak kabul etmiştir.⁶⁸

III. TÜRK HUKUKU’NDAKİ DURUM

Hukumumuzda hukuka aykırı deliller konusunda yargı kararlarında yeknesaklık bulunduğu söylenemez. Alman Hukuku’nda, yasak sorgu yöntemleri uygulanmak ve özel hayatın çekirdek alanı ihlal edilmemek şartıyla elde edilen her delilin, hâkim tarafından somut olayda menfaatler tartımı yapılmak suretiyle değerlendirilebileceğini, bu yönde açık ve sınırlı istisnalar dışında (CMK 136/a) kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığını, böylelikle suçun aydınlatılmasındaki toplumsal menfaatin ağır basması durumunda, hukuka aykırı delillerin de değerlendirilebildiklerini belirtmiştik. Kanaatimizce Ülkemiz de benzeri bir sistemi benimsemelidir. Ancak yürürlükteki mevzuat göz önüne alındığında, Türk hâkiminin bu şekilde bir değerlendirme yapmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda konuya ilişkin temel kanun maddelerini, Anayasamızdan başlayarak, soruşturma ile kovuşturma evrelerindeki sıralarına göre ve karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanmak suretiyle değerlendireceğiz.

kurulması gerektiğini belirterek, bir anlamda hakların tartımı uygulamasına yaklaşmıştır. AKYÜREK, 2012, s. 66.

67 Bkz., Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of European Union, 30 November 2003, s. 9-25. Bkz., http://www.ec.europa.eu/justice/.../cfr_cdf_opinion3_2003_en. (Erişim Tarihi, 02.02.2017)

68 BLUM Binyamin, “Doctrines Without Borders: The New Israeli Exclusionary Rule and the Dangers of Legal Transplantation”, *Stanford Law Review*, Vol: 60, No: 6, April 2008, s. 2135-2136.

Anayasamızın 38/6. maddesi⁶⁹ uyarınca “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak değerlendirilemez.” Öncelikle ilgili madde hakkında bir eleştiride bulunmak istiyoruz. Şöyle ki; kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil kavramı yerine, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delil kavramı daha anlamlı bir düzenleme olabilirdi. Kanuna aykırı olarak elde edilme, hukuka aykırı olarak elde edilme kavramından daha dardır. Hukuk, tüm kanunları kapsadığı gibi, hukukun genel prensiplerini ve mahkeme kararlarını da kapsamaktadır. Kanuna aykırılık ise teknik bir terimdir, bu durumda örneğin Yargıtay içtihatlarına aykırı olarak elde edilen deliller Anayasa hükmü kapsamına girmeyebilecektir. En üstün norm olan Anayasa maddesinin bu şekilde kaleme alınmasının bir özensizlik olduğu söylenebilir.

69 38. maddeye değinmiş iken, burada Anayasa Mahkemesinin (AYM) konuya yaklaşımına kısaca göz atmakta fayda vardır. AYM, yargılama esnasında sanığın hem mevzuatımız, hem de AİHS ve ek protokollerinde ortak olarak koruma altına alınan haklarından birinin ihlal edilip edilmediği hususunda bir inceleme yapmaktadır. AYM, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen davalarda işkence sonucu elde edilen delilleri mutlak hukuka aykırılık olarak değerlendirmektedir. Üst ev ve eşya araması ile vermiş olduğu kararlarının incelenmesinde, Yüksek Mahkemenin, bizatihi arama tanıkları olarak adlandırılan bu kişilerin aramada hazır bulundurulmamasını adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul etmediği, daha ziyade somut olayın koşullarına göre, arama tanıklarının hazır bulundurulmamasının delillerin güvenilirliğine olan etkisini dikkate alarak bir sonuca ulaştığı görülmektedir. AYM’ye göre, “delillerin elde edildiği koşulların, onların gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde şüphe doğurup doğurmadığının da dikkate alınması gereklidir.” Bkz., (Anayasa Mahkemesi, Güllüzar Erman Başvurusu, Başvuru No: 2012/542, 4.11.2014, pg. 60). AYM, önüne gelen bir davada; “Somut olayda Cumhuriyet Başsavcılığının 26.10.2008 tarihli kararına istinaden kolluk görevlilerince aynı gün saat 23.30 sıralarında yapılan, başvuruçunun da hazır bulunduğu arama sonucunda, başvuruçunun mahkûmiyetine konu olan suç eşyası ele geçirilmiştir. Ancak bu arama işlemi sırasında mahalle muhtarı haricinde, ihtiyar heyeti veya komşulardan ikinci bir kişi hazır bulundurulmamıştır. Bu çerçevede başvuruya konu aramanın kanuna aykırı olarak yapıldığı açıktır.... her ne kadar ihtiyar heyeti azalarından veya komşulardan bir kişinin eksik bulundurulmuş olması bir kanuna aykırılık teşkil etmekte ise de arama işleminin yukarıda belirtilen icra ediliş yöntemi nazara alındığında, delillerin sıhhatini şüpheli hâle getiren bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır” şeklinde içtihatla bulunmuştur. Bkz., AYM,, Jakop Gabriel Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/2392. Karar Tarihi: 15.4.2015. Buna karşılık bir başka davada, CMK’nın 119/4. maddesinde sözü edilen arama tanıkları hazır bulundurulmadan yapılan arama sonucu elde edilen delillerin, hükmün esas ve belirleyici delilleri olması nedeniyle, hükmün bu delillere dayandırılması ile adil yargılama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkemenin kararından anlaşıldığına göre, “...yargılamanın esaslı ve belirleyici delili, aramada ele geçen post, trole ve boynuzlardır. Dayanılan diğer deliller ise, aramada elde edilen eşyaların değer ve niteliğini tespiti ilişkin “bilirkişi raporları” ile kollukça tanzim edilmiş “tespit tutanağı”dır. Diğer bir anlatımla, hükmün esas ve belirleyici unsuru, gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen delillerdir. Bilirkişi raporları, aramada ele geçen delillerin değerlendirilmesine yönelik bir araçtır. Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki “kanuna aykırılığın” yargılamanın bütünü yönünden adil yargılama hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvuruçunun Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılama hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” Bkz., AYM, Yaşar Yılmaz Başvurusu, Başvuru No:2013/6183, Karar Tarihi:19.11.2014.



Yine, CMK'nun 148. maddesinde, hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde, evrensel denilebilecek kurallara aykırı yöntemlerle ifade alma ve sorgu yöntemleri yasaklanmıştır. Madde ile yasak usullerle sanığın özgür iradesini etkileyecek fiillerde bulunulmasına, araçlar kullanılmasına, ruhsal müdahalelerde bulunulmasına, kanuna aykırı bir vaat verilmesine cevaz verilmemektedir. Aynı maddede, sanığın müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin de sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağı düzenlenmiştir. Kanunumuz burada, delil elde etme yasaklarına aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğini mutlak şekilde hükme bağlamaktadır. Nitekim maddenin 3. fıkrasında, yasak usullerle elde edilen ifadelerin, rızayla verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Sonradan verilen rızanın da geçersiz olduğu kabul edilmelidir. İleride de üzerinde duracağımız üzere, bizce hukuk sistemimizde mutlak anlamda delil elde etme ve değerlendirme yasağı olarak kabul edilmesi gereken tek düzenleme 148. madde olmalıdır.

CMK'nun 217/2. maddesinde “Yüklenen suç, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispatlanabilir” şeklinde kaleme alınmıştır. Çalışmanın girişinde belirttiğimiz üzere ceza yargılamasında delil serbestisi geçerli olup, akla uygun olan her şey yargılamada kanıt olarak kullanılabilir; hâkim bu doğrultuda delilleri vicdani kanaati⁷⁰ uyarınca serbestçe takdir edecektir.⁷¹ 217. maddenin 2. fıkrası ile suçun yalnızca hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebileceği kabul edilerek, delil serbestisi ilkesine, yerinde olmayan bir biçimde ve yargılama hukukunun da özüne ters düşecek şekilde sınırlama getirilmektedir.⁷² Anılan madde hiçbir istisna veya farklı uygulamaya yer vermeksizin, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri mutlak bir biçimde değerlendirme dışında bırakmaktadır. Hâlbuki kanaatimizce, bizzat maddi gerçeğe ulaşabilmek amacıyla bu hükmün bazı istisnalarının bulunması gereklidir. Vicdani kanaatin delillerin değerlendirilmesi serbestliğini de kapsadığı unutulmamalıdır. Hâkimin, hükmünü vicdani kanaata dayandırabilmesi, tam bir inanışla karar verebilmesi için, delilleri takdirine ilişkin yetkisi mümkün olduğu kadar serbest bırakılmalıdır; öyle deliller vardır ki bazı hâllerde kesinlikle kullanılmasına gerek

70 Kavram hakkında bkz., FEYZİOĞLU Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 49, (“Ceza Muhakemesi”).

71 ÖZEN, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 661-662, (“Ceza Muhakemesi”); YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 765-767, (“Ceza Muhakemesi”).

72 KARAKEHYA Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 260-267, (“Ceza Muhakemesi”).



olmadığı hâlde, bazı hâllerde olayın aydınlatılması bakımından mutlaka kullanılmaları gerekebilir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirmeye alınmaması hâkimin, sanığın suçlu olduğuna inansa bile beraat kararı vermesine, dolayısıyla vicdani delil sisteminin terk edilmesine ayrıca suçla mücadelede zafiyete yol açabilir. Diğer taraftan söz konusu düzenleme sanığın aleyhine de sonuç doğurabilecek ve usul problemleri çıkarabilecek bir yapıya sahiptir. Örneğin, hukuka aykırı şekilde elde edilen delil sanık lehine ise ne olacaktır, yine değerlendirilmeyecek midir? Sanığın lehine olan delillerin değerlendirilmeyeceğini ileri sürmek isabetsiz ve yüzeysel bir yaklaşımdır; söz konusu yasakların getiriliş amacı sanığı korumaktır.

217. maddedeki düzenleme ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılması ilkesi ile de çelişki arz edebilecek niteliktedir. Ceza yargılamasında maddi gerçeğe, ancak mümkün olacak en fazla sayıda delilin hem kanıt konusu hem de ispat aracı olarak tartışılabilmesiyle ulaşılabilir. Hâkimin, yargılamanın seyrinde sadece duruşmadan elde edeceği olgularla bir sonuca ulaşabileceği unutulmamalıdır. Bu sebeple hâkim, olayın aydınlatılması için önüne sunulan her türlü kanıtı gözetmek ve tartışmak durumundadır. Kaldı ki, kanıtların değerlendirilmesindeki çelişkiler, boşluklar veya belirsizlikler, hukuk, kanunlar, bilimsel veriler çerçevesinde hâkim ve davanın taraflarınca giderilebilir. Alman Federal Mahkemesine göre, hâkimin son kararının temeli, hâkimin bir kanıya ulaştığı olayın akışı, yani delillerin değerlendirilmesine dayanmaktadır. Belli istisnalar dışında mutlak delil yasağı anlayışını benimsememiş olan Alman Ceza Usul Kanunu'nun 254. maddesi uyarınca, mahkeme hâkimi son kararını, delillerin sunumu sonucu ulaştığı özgür iradesine ve duruşmadan elde ettiği kanıya göre verecektir. 217. maddedeki düzenlemeyi dikkate aldığımızda ise, var olan ancak sunulmayan sınırlı sayıdaki delil ile doğru sonuca nasıl ulaşılacağı şüpheli hâle gelmektedir.

CMK' nın 206/6. maddesinde ise, ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı şekilde elde edilmiş olması durumunda reddedileceği belirtilmektedir; yani deliller kanuna aykırı olmamalıdır. Düzenleme ile ceza yargılamasında, maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun bulunmaması gerektiği kabul edilmektedir. Delillerin hangi yollarla elde edilebileceğini gösteren CMK' ya uyulup uyulmadığı bu sayede denetlenmekte, bir yandan Devletin menfaatleri göz önünde tutulurken, diğer yandan da temel hak ve özgürlüklerin çiğnenmemesine özen gösterilmektedir. Böylece, ispata hizmet edebilecek nitelikte olsa bile, elde edilen bazı delillerin yargılamada kullanılmasına bir yasak getirilmektedir. Bazı deliller konu olarak yasaklanmakta, (ör. CMK m.46), bazı deliller temel hak ve özgürlükler açısından yasaklanmakta (ör. CMK

m.210/ f. 2), bazı deliller ise elde edilmesinde başvurulmuş yöntemler (ör. CMK m.148) açısından yasaklanmaktadır. 206. maddede hüküm altına alınan, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin daha ileri sürüldükleri anda reddedilmeleri gerektiğine ilişkin düzenleme, söz konusu delillerin kıymetine ilişkin bir değerlendirme yapılmasını kesin bir şekilde engellemekte, maddi gerçeğe ulaşmaya engel olmakta ve yargılama diyalektiğine aykırılık oluşturmaktadır. Kaldı ki, her şekle aykırılığın aynı zamanda hak ihlaline de yol açacağını ileri sürmek şüpheli bir yaklaşım olacaktır.

CMK'nın 34. maddesi (aynı zamanda Anayasamızın 141. maddesinin 3. fıkrası) uyarınca, bütün mahkeme kararlarında olduğu gibi, son kararda da, yani hükümde de gerekçe gösterilmek zorunludur. Gerekçede hâkim, verdiği kararı hukuki ve maddi açıdan somutlaştırmakta, hükme esas aldığı hukuki ve maddi konuları açıkça denetime olanak sağlayacak şekilde ortaya koymaktadır. Gerekçe, mahkemenin verdiği kararın yorumlanmasını sağlamakta, hüküm yerine geçmemektedir. Bu doğrultuda, CMK'nın 230/1. maddesinde mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtileceği, bu kapsamda dosya içerisine alınan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceği kabul edilmiştir. Maddede, hukuka aykırı delillerin gerekçede gösterilmesi gerekliliği, hükmün de hukuka uygunluğunun tespitine hizmet etmekte, yasal olmayan delilleri hâkimin kanaati dışında bırakmaktadır. CMK'nın 34. maddesindeki düzenlemede, sistemimizin hukuka aykırı delillerin elde edilmesinde ve değerlendirilmesinde katı yaklaşımı benimsediği teyit edilmektedir. Ancak söz konusu düzenleme yerindedir. Esasen, hâkimin hangi delilleri hükme esas aldığını belirtecek olması karşısında CMK'nın 206 ve 217. maddelerindeki düzenlemelere de gerek bulunmadığı söylenebilir. Hâkim, gerekçeli kararı ile zaten denetime tabi tutulmakta, bir anlamda davanın taraflarına hesap vermektedir. Ayrıca 34. madde, içtihat yolunu açabilecek, hâkimi gerekçeli kararını yazmakta özgür bırakacak niteliğe sahip olmasına rağmen, 206 ve 217. maddelerdeki düzenlemeler sebebiyle işlevsizleşmektedir.

Yine önemli bir düzenleme olarak karşımıza, temyiz yasa yolu ile ilgili CMK'nın 289/1-i maddesinde yer alan "*Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*" durumunun kesin bozma nedenleri arasında sayılmış olması çıkmaktadır. Söz konusu düzenleme delil yasakları açısından büyük önem taşımaktadır. Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanması hâli, CMK tarafından bir anlamda kesin hukuka aykırılık hâli ve mutlak bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.



Konuyla ilgili Yargıtay kararlarına baktığımızda ise bir yeknesaklık bulunmadığını görmekteyiz.⁷³ Ancak anılan düzenleme yerinde olup, 34.

- 73 289. maddedeki düzenleme doğrultusunda, temyiz mahkemesi olan Yargıtay uygulamalarına genel olarak değinmekte fayda vardır. Öncelikle, örnek olarak seçtiğimiz Ceza Genel Kurulu kararlarına değinelim. Ceza Genel Kurulu, gerek direnme, gerekse Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının CMK'nın 308. maddesi uyarınca yaptığı itirazlar üzerine konuya şu şekilde yaklaşmıştır: Genel Kurul, dosyada hukuka aykırı deliller dışında başka delil bulunmaması hâlinde, sadece sanığın ikrarına dayanılarak, maddi kanıtlarla desteklenmeden kurulan mahkûmiyete ilişkin hükümlerin bozulmasına karar vermiştir. Bkz., 05.11.2014 gün, 2014/8-166 E., 2014/524 K.; 17.11.2009 gün, 2009/7-160 E., 2009/264 K., 28.04.2015 gün, 2013/9-464 E., 2015/132 K.; 25.11.2014 gün, 2014/9-841 E., 2014/513 K. Genel Kurul şu kararlarında ise, hukuka aykırı delillerin diğer maddi deliller ile birlikte değerlendirilip, bir sonuca ulaşıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği sebebiyle, beraate ilişkin hükümlerin aleyhe bozulmasına karar vermiştir. Bu kararlarda Yargıtay'ın önündeki somut davaya göre katı veya esnek yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Bkz., 13.03.2012 gün, 2011/8-278 E., 2012/96 K.; 26.06.2007 gün, 2007/7-14 E., 2007/159 K. Yargıtay'ın yakın zaman diliminde verdiği örnek kararlarına baktığımızda ise, CMK'nın 148. maddesinde düzenlenen yasak sorgu yöntemleri uygulanmak suretiyle elde edilen deliller ile 147. maddesinde yazılı hakları hatırlatılmadan alınan şüpheli ve sanık beyanlarını bozma nedeni yaptığı görülmektedir. *"İfade alma ve sorgununun 5271 sayılı CMK'nın 148. maddesinde sayılan şekillerde yapılması, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiye bu hakkının hatırlatılmaması delil elde etme yasaklarına; duruşmada tanıklıktan çekinen tanığın önceki ifadesinin okunmaması, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delillerin aynı kanununun 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılanlar dışında bir suçun soruşturma ve kovuşturulmasında kullanılmaması ise delil değerlendirilmesi yasaklarına örnek olarak gösterilebilir."* Bkz., (16.CD, 28.12.2015, 2015/185 E, 2015/5279 K). Yine, iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesi sonucu, katalog kapsamında bulunmayan bir suçla ilişkin elde edilen deliller bozma nedenleri arasında sayılmıştır. Bkz., 2.CD, 30.11.2015, 2014/15868 E, 2015/21883 K. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerin iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesi sonucu elde edilen deliller de bozma nedenleri arasında sayılmıştır. Ancak, başka delillerle tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin, suç ortağı olduğu anlaşılmış ve onun hakkında da iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesine karar verilmiş ise artık ortada bir "tanık" değil, "şüpheli" veya "sanık" bulunacaktır. Bu gibi hâllerde iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesi suretiyle elde edilen deliller, iletişimin tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasında gerçekleştiği gerekçesiyle, elde edilen deliller değerlendirme dışında tutulmamalıdır. Bkz., 2.CD, 30.11.2015, 2014/15868 E, 2015/21883 K. Adli arama yapılması gereken hâllerde önleme araması suretiyle elde edilen deliller de hukuka aykırı deliller arasında addedilmiştir. Bkz., 20.CD, 02.11.2015, 2015/406 E, 2015/4598 K. Arama kararı olmadan yapılan arama sonucu elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilmesi bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Bkz., 9.CD, 23.12.2015, 2015/8647 E, 2015/8414 K. Yargıtay, CMK'nın CMK'nın 119/4. maddesinde, C. Savcısı hazır bulunmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı alanlarda yapılacak aramalarda, o yer ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişi hazır bulundurulur şeklindeki hükme aykırı olarak yapılan aramalarda, yani bu kişilerin bulundurulmadığı aramalarda, elde edilen delillerin hükme esas alınıp alınmayacağı hususunda birbirinden farklı kararlar verilmiştir. Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu bazı kararlarında arama tanıklarının bulundurulmamasını şekle ilişkin bir hukuka aykırılık olarak kabul etmiş ve aramada elde edilen delillerin hükme esas alınması gerektiğine hükmetmiştir. *"CMK'nın 119/4. maddesine aykırı davranılarak kolluk tarafından konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama tanığı bulundurulması şekle ilişkin bir koşul olup, sırf arama sırasındaki şekle ilişkin bu koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı ve ele geçen delillerin de "hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelendirilemez."* Bkz., CGK, 26.06.2007. 147/159 ve CGK,13/03/2012 278/96. Diğer bazı kararlarında ise Yargıtay, arama esnasında CMK'nın 119/4. maddesinde sözü edilen arama (işlem) tanıklarının bulundurulmaması nedeniyle yapılan aramanın, hukuka aykırı olduğu ve elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bkz., 7.CD,

maddeye ilişkin açıklamalarımız burada da geçerlidir. Temyizde hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmaması gerektiğinin belirtilmesine rağmen, kanun koyucunun ayrıca CMK'nın 206 ve 217. maddelerindeki yasaklamaları getirmesi anlamsızdır.

Görüleceği üzere, mevzuatımızdaki düzenlemeleri göz önüne aldığımızda, Anayasamızda “kanuna aykırı elde edilmiş bulgular”, CMK’da ise “hukuka aykırı elde edilen delil” ve “kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil” gibi farklı kavramların kullanıldığını görmekteyiz. Bu şekilde farklı kavramların kullanılması eleştiriye açıktır; özensiz davranıldığı ileri sürülebilir. Ancak, söz konusu düzenlemelerin incelenmesinden yola çıkarak şu hususu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, birçok ülke mevzuatına aykırı olarak, CMK’da hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kanıt olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir. Kanun koyucu bu konuda hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanımamıştır; bu sebeple sistemimizde, hukuka aykırı deliller yönünden mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir.

CMK’da, delilin soruşturma veya kovuşturma aşamasında elde edilmiş olup olmadığı yönünde de bir farklılık getirilmemiştir. Oysaki bu olasılıkların hepsi hükmü etkiyebilecek bir biçimde gerçekleşebilir. Yine mevzuatımızda, hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı tutulması bakımından, kanıtın özel veya kamu görevlisi tarafından elde edilip edilmediği yönünde bir ayırım da yapılmamıştır. Deliller sadece ceza yargılaması organları tarafından değil, özel kişiler tarafından da elde edilmiş olabilir.⁷⁴ Yargısının bağımsızlığını ve tarafsızlığını kabul etmiş bir ülkede, delil kim tarafından elde edilmiş olursa olsun yargılamada tartışma konusu olabilmelidir. Bu sayede, suç ve suçluya daha etkili bir biçimde mücadele edilir, kamu düzeni daha etkin bir şekilde korunur.

CMK’da kabul edilen, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine ilişkin mutlak yasak yerinde bir düzenleme değildir. Bizce doğru olan, hukuka aykırı delillerin hükme esas alınması veya alınmaması gerektiğine yönelik kesin kurallar koymak yerine, hâkime somut davada takdir yetkisinin tanınmasıdır. Yargıcın delilleri değerlendirmekteki takdir yetkisi, somut olayın özelliklerine, hukuka aykırılığın derecesine, işlenen suçun türüne, soruşturmanın niteliğine, sanığın durumuna, hukuka aykırı delil elde eden kişinin kastına göre değişiklik gösterebilir. Hâkime takdir

17.12.2014, 2013/17393 E, 2014/22329 K. Yargıtay, rüşvet istenmesi, hakaret, tehdit veya şantaj gibi suçlarda, suç mağdurunun o an konuşmaları kayıt etmesinin hukuka aykırı olmadığı görüşündedir. Bkz., CGK, 21.06.2011, 2010/5. MD-187 E, 2011/131K.

74 ÇOLAK Haluk/TAŞKIN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 962, (“Ceza Muhakemesi”).



yetkisi verilmeksizin, somut olayın kendine özgü tüm özelliklerinin göz önüne alınarak adaletin sağlanması mümkün görülmemektedir. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, sanığın temel haklarının yapılan işlem ile ihlal edilip etmediğine bakmalı ve sanığa verilen zarar ile toplumun gördüğü zarar arasında bir kıyaslama yapmalı, önündeki delili kullanıp kullanılmamaya bu tartımın sonucunda karar vermelidir.

Şüpheli veya sanığın irade serbestisini ortadan kaldıran, zayıflatan CMK'nın 148. maddesindeki yasak soru yöntemlerine dayanarak elde edilen deliller tabii ki mutlak bir şekilde değerlendirme dışında tutulmalıdır. Sistemimizin kişi onuruna saygıyı temel değer olarak kabul ettiğini, işkence ve sair kötü muameleleri cezalandırdığını düşündüğümüzde, bu tür delillerin hükme etki etmeleri zaten düşünülemez. Anılan düzenleme dışında elde edilmiş diğer delilleri ise hâkim somut olaya göre, diğer kanıtları da göz önüne alarak değerlendirebilmelidir. Yargılama özünde tarafların eşitliği ilkesini barındırmaktadır. Bu eşitlik de, işlenen suçun karşılığı olan cezai yaptırımla ilgili olarak, kişisel menfaat ile toplum menfaati arasında bir denge gerektirmektedir.⁷⁵

SONUÇ

Ceza yargılamasının amacı daha önce işlenmiş bir fiil ile ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Gelinek noktada, bu amacın, daha doğrusu maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılamayacağı kabul edilmiştir. Temel hak ve özgürlükler ile hukuk devleti ilkesinin gelişimi ile suçta ortaya çıkarmak amacıyla getirilen araştırma ve soruşturmalarda delil elde etme yöntemine ve bu delillerin yargılamada değerlendirilmesine sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar, delil elde etme ve değerlendirme yasakları olarak adlandırılabilir. Her ülke kendi gelişimi doğrultusunda bu yasaklara ilişkin olarak katı ve esnek bir yaklaşım geliştirerek mevzuatını ona göre düzenleme yoluna gitmiştir.

Ceza yargılaması, gerek suçtan zarar gören, gerekse şüpheli açısından temel hak ve özgürlüklere en doğrudan şekilde müdahale edebilen sonuçlara sahip bir hukuk dalıdır. Bu doğrultuda, yargılama yapılırken, hem mağdurun hem de failin hakları korunmalı, aradaki hassas denge bozulmamalıdır. Aslında bir delilin hukuka aykırılığının belirlenmesi kısmen göreceli bir husustur; asıl önemli olan ve sorun yaratan nokta hukuka aykırılığı belirlenen bir delilin, maddi gerçeğe ulaşma çabasında kullanılıp kullanılmayacağıdır. Hâkim, yaptığı yargılamada maddi

75 ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 35-36, ("Ceza Hukuku").



gerçeğe ulaşma ile hukuka aykırı davranmama, hak ve özgürlükleri ihlal etmeme amaçları arasında kalabilmekte ve kararının doğruluğu da bir üst yargı mercii tarafından denetlenebilmektedir.

Mevzuatımızdaki düzenlemeleri göz önüne aldığımızda, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin mutlak anlamda değerlendirme yasağı kapsamına girdiğini, bu konuda hiçbir istisna getirilmediği gibi, hâkime takdir hakkı da tanınmadığını görmekteyiz. Kanaatimizce hukuka aykırı bir delil mutlaka, her hâl ve koşulda reddedilmemeli, hâkimin kanaatini etkileyebilecek ve diğer delilleri destekleyebilecek nitelikte olduğu takdirde inceleme dışı bırakılmamalıdır. Hukuka aykırı her delilin değerlendirilmeye alınmaması demek, aynı zamanda vicdani kanaatin de kısmen terk edilmesi anlamına gelmektedir. CMK'nın 148. maddesindeki düzenlemeye aykırı davranmak suretiyle elde edilen deliller dışındaki tüm kanıtlar, hukuk devleti ve yargılama diyalektiği çerçevesinde tartışılabilinmelidir. Delil elde edilirken, sanığa verilen zarar ile devletin fiili cezalandırmadaki toplumsal menfaat arasında bir denge aranmalıdır. Bu doğrultuda yasal düzenleme yapılmalı, hâkimin ve yargılamanın önü açılmalıdır. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, bu tür sistemleri uygulayan ülkelerde büyük kodların yürürlükte olmadığını, konunun mahkeme kararlarına bırakıldığını görmekteyiz. Burada önemli olan husus, yargılama sonucunda varılan kanaatin sadece hukuka aykırı delillere dayanmamasıdır. Konuyla ilgili olarak Alman Hukuk sisteminin benimsediği kıstaslardan faydalanılabilir.

Mahkeme kararlarının temyiz veya istinaf yasa yolu ile hukukilik denetimine tabi olacakları unutulmamalı, Ülkemiz bir suçlu cenneti hâline getirilmemelidir. Suçun ortaya çıkarılması ve failin cezalandırılması yönünde beklenen kamu yararı da göz önüne alınarak hâkime, hukuka aykırı delilin elde edilmesi sırasında, şüpheli ya da sanığın ihlal edilen haklarını bir tartıma tabi tutarak, sonucuna göre elde edilen kanıtları yargılamada değerlendirme veya değerlendirmeme imkânı veren yeni bir yasal düzenleme yapılmalıdır. Bu şekildeki bir düzenleme, önemli olmayan hukuka aykırılıklar nedeniyle verilen beraat kararlarına engel olacağı gibi, suçla mücadeledeki devlet politikasına da olumlu katkı sağlayacak, davaların zamanaşımına uğramasını engelleyecektir.



KAYNAKLAR

A. JACKSON Heather, Arizona v. Evans: “Expanding Exclusionary Rule Exceptions and Contracting Fourth Amendment Protection”, 86, **Journal of Criminal Law and Criminology** (1995-1996)

ALACAKAPTAN Uğur, “Delil Yasakları” , **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu, 2000.

AKYÜREK Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, , S. 101, 2012.

ARASLI Oya, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasındaki Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

BAKICI Sedat, **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000, s. 226.

BLUM Binyamin, “Doctrines Without Borders: The New Israeli Exclusionary Rule and the Dangers of Legal Transplantation”, **Stanford Law Review**, Vol: 60, No: 6, April 2008.

BIÇAK Vahit, “Infringement of Procedural Rights”, **Turkish Yearbook of Human Rights**, Vol. 17-18, 1995-1996.

BIÇAK, Vahit, “Usulsüz Olarak Elde Edilen Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.17-18, S.1, TODAİ Yayınları, Ankara, 1997.

BİRTEK Fatih, **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 292-294, (“Ceza Muhakemesi”).

BYRAN A. Garner, **Black’s Law Dictionary**, West Group, St. Paul Minnesota, 2010.

BYRAN A. Garner, **A. Handbook of Criminal Law Terms**, West Group, Minnesota, 2000.

CAENEGEM William Van, **New Trends in Illegal Evidence in Criminal Procedure: General Report-Common Law, (Conference Paper)**, 2007, <http://epublications.bond.edu.au/law-pubs/223/s.6>, (erişim tarihi, 11.01.2017).

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2003, (“Ceza Muhakemesi”).

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 226, (“Ceza Muhakemesi”).



CLAYTON Richard/TOMLINSON Hugh, **The Law of Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2000.

ÇINAR Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.55, Ankara, 2004.

ÇOLAK Haluk/TAŞKIN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 962, (“Ceza Muhakemesi”).

DEMİRBAŞ Timur, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, İzmir, 1996, (“Ceza Muhakemesi”).

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2002, (“Ceza Hukuku”).

DONAY Süheyl, **Ceza Yargılama Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 54, (“Ceza Muhakemesi”).

DÖNMEZER Sulhi, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2003, (“Ceza Hukuku”).

DÜLGER Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, (“Ceza Muhakemesi”).

ERDEM Mustafa Ruhan, **Gizli Soruşturmacı Tedbirleri**, Ankara, 2001, s. 370, (“Ceza Muhakemesi”).

ERDENER Yurtcan, **CMUK Şerhi**, İstanbul, 2000, (“Ceza Muhakemesi”).

EREM Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:181, Ankara, 1964, (Ceza Muhakemesi”).

ERMAN Sahir, **Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1995, s. 222-223, (“Ceza Muhakemesi”).

ERYILMAZ Ali, **Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil**, Hukab Yayınları, Ankara, 2013, (“Ceza Muhakemesi”).

EVİK Ali Hakan, “Yasak İfade Alma Yöntemleri ve Önlenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl.2, S. 23, İstanbul.

FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, (“Ceza Muhakemesi”).

GEDİK Doğan/TOPALOĞLU Mahir, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

GÖDEKLİ, Mehmet, “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin



Değerlendirilmesi Yasağı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, S.65, Ankara, 2016.

GÖKCEN Ahmet/ALAŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR/Kerim, **Geza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

GROSS Hyman, **Privacy-Its Legal Protection**, New York, 1964.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Hukuka Aykırı Suretle Elde Edilen Deliller meselesi”, **Yeni Türkiye**, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl.2, S. 10, 1996.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, (“Kamu Hukuku”).

İÇEL Kayıhan, “Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, 1998, (“Geza Muhakemesi”).

KANTAR Baha, **Geza Muhakemesi Usulü**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1946, (“Geza Muhakemesi”).

KARAKEHYA Hakan, **Geza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, (“Geza Muhakemesi”).

KATOĞLU Tuğrul, **Geza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

KAYMAZ Seydi, **Geza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, (“Geza Muhakemesi”).

KESKİN Serap, **Geza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, İstanbul, 1997, (“Geza Muhakemesi”).

KOCA Mahmut, “Geza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, **Geza Hukuku Dergisi**, Yıl.1, S.2, İstanbul, Aralık 2006.

KOCA Mahmut, “Geza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, 2000.

KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1949, s. 77, (“Geza Hukuku”).

KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Geza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, (“Geza Muhakemesi”).

LABELL Shellie, **The Exclusionary Rule: A Comperative Analysis**, 2013, <http://www.academia.edu/84992800/The-Exclusionary-Rule-A-Comperative-Analysis-by-Shellie-Labelle>, s. 3-7 (erişim tarihi, 01.02.2017).



MERAN Necati, **Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

OGİSO Ryo, **The Exclusionary Rule in Criminal Procedure: A Comparative Study of the English, American, and Japanese Approaches**. Amicus Curiae, 2001.

ÖZEK Çetin, “Hukuka Aykırı Davranmanın Mazereti Olamaz”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1999.

ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, (“Ceza Muhakemesi”).

ÖZBEK Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, **Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, C.3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2010.

ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ÖZGEN Eralp, **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 231, Ankara, 1968, (“Ceza Muhakemesi”).

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 35-36, (“Ceza Hukuku”).

ÖZTEKİN Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yöntemlerle Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul, 1976.

ÖZTEKİN Tosun, **Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, 1977, (“Ceza Hukuku”).

ÖZTÜRK Bahri, “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1-2, 1994.

ÖZTÜRK Bahri, **Delil Yasakları**, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, (“Ceza Muhakemesi”).

ÖZTÜRK Bahri, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, (“Ceza Muhakemesi”).

SAYDAM Mehmet, **Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 33-40, (Ceza Muhakemesi).



SELÇUK Sami, **Karşı oylarım**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, (“Derleme”).

ŞAHBAZ İbrahim, **İletişimin Denetlenmesi ve Delil Yasakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (“Ceza Muhakemesi”).

ŞAHBAZ İbrahim, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, Ankara, 2006.

ŞAHİN Cumhur, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, 1994.

ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ŞEN Ersan, **Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, 1998, (“Ceza Muhakemesi”).

ŞEN Ersan, “Ceza Yargılama Süreci”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 97, Ankara, 2011.

ŞENOL Cem, **Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul, 2015, (“Ceza Muhakemesi”).

SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 476-477, (“Ceza Muhakemesi”).

SOYASLAN Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VII, S. 3-4, Aralık 2003.

TANER, M. Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 128, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, (“Ceza Muhakemesi”).

TAŞKIN Mustafa, **İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 185, (Ceza Muhakemesi).

TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, (“Ceza Muhakemesi”).

TOSUN Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C.1, Genel Kısım, İstanbul, 1984, s. 38, (“Ceza Muhakemesi”).

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, (“Ceza Muhakemesi”).

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 623-632, (“Ceza Muhakemesi”).



YARSUVAT Duygun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği”, <http://www.Yarsuvatlaw.com.tr/articles/article2.pdf>.

YAŞAR Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, C.II, Ankara, 1998.

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 765-767, (“Ceza Muhakemesi”).

YENİSEY Feridun, **Duruşma ve Kanun Yolları**, İstanbul, 1990, (“Ceza Muhakemesi”).

YENİSEY, Feridun, “Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi”, **Güncel Hukuk**, Ekim 2004, s. 25.

YILDIRIM Akif (Hazırlayan), **Bireysel Başvuruda Ceza Yargılamasını İlgilendiren Kararlar**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, Ankara.

YILDIZ Ali Kemal, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.

YURTCAN Erdener, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delillere Dayanma Yasağı”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998.

YURTCAN Erdener, **CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri**, İstanbul, 1993, (“Ceza Muhakemesi”).

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 278-284, (“Ceza Muhakemesi”).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, 20 Seçme Karar, Ankara 2011.



SUÇSUZLUK KARİNESİ VE SAVCI

(*Daktaras/Litvanya Kararı*)

(*The Presumption of Innocence and Prosecutor: Case of Daktaras v. Lithuania*)

Hüseyin ŞIK¹

“Beraat-i zimmet asıldır.”²

ÖZ

Sadece ceza muhakemesinde değil, hukukun her alanında etkinliğini gösteren suçsuzluk karinesi hakkında birçok araştırma yapılmış olmakla birlikte; savcılık ile olan irtibatı özel olarak ele alınmamıştır. Savcının ceza muhakemesi hukukundaki yeri nazar alındığında, suçsuzluk karinesinin irtibatlı olduğu öncelikli sùjelerden bir tanesinin savcı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Savcının, şùpheliye temas eden ilk sùje olması onu bu konuda daha da önemli hâle getirmektedir. Öncelikle suçsuzluk karinesi ve savcılığa ilişkin genel açıklamalar yapılmış, akabinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya dair Daktaras/Litvanya kararı analiz edilmiştir. Kararda, savcının karine karşısındaki durumunu inceleyen bölüme odaklanılmış ve varılan tespitler incelenmiştir. Bunun yanı sıra Türk hukukundaki mevcut durum ve sorunlu alanlar ele alınmıştır. Konuya ilişkin yargı kararlarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Savcı, adil yargılanma hakkı, suçsuzluk karinesi, soruşturma, kovuşturma, basın sözcülüğü.

ABSTRACT

While a large number of researches have been conducted on the presumption of innocence which is efficient not only in the criminal procedure but also in each field of law, its relation with the prosecution service has not been specifically addressed. Given the large area which prosecution service holds in criminal procedure law, it must not go unnoticed that one of the primary institutions with which presumption of innocence is linked is prosecution service. The fact that the prosecutor

1 Tetkik Hâkimi-Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkîfevleri Genel Müdürlüğü ♦ ab107660@adalet.gov.tr, huseyinhukuk23@gmail.com

2 Mecelle md. 8.



is the first subject who contacts with the suspect makes him more important in this respect. In order to better understand the issue, firstly general explanations were given regarding presumption of innocence, prosecution service, subsequently the *Daktaras vs. Lithuania* case of the ECtHR regarding this issue was analysed. In the examination of the case, it was focused on the section between presumption of innocence and prosecution service and the findings contained in the case were examined. In addition to this, in Turkish law, the current situation, and problematic areas have been dealt with. Judicial decisions were included.

Keywords: Publicprosecutor, rightto a fairtrial, presumption of innocence, investigation, prosecution, spokesmanship.

GİRİŞ

Ceza adalet sistemi içerisinde önemli bir görev icra eden savcı, soruşturmanın başından infazın tamamlanmasına kadar şüpheli/sanık/hükümlü ile ilişki içerisinde olan süjedir. *Vasfi Raşit Seviğ*, savcılığın kökenlerini şöyle ifade eder: “*Fransa dehası, engizisyon muhakeme usulü ile bütün dünyaya savcılık (müddeiumumilik) müessesesini hediye edecekti. İnsanlığı inleyen, mahkemeye sanığı, Dante’nin cehennemine girer gibi ‘bütün ümitlerini kapıda bıraktırıp’ girdirmiş olan engizisyon muhakeme usulünden insanlığın tek istifadesi savcılık müessesesine nail olmuş bulunmasıdır*”.³

Sanık haklarından olan adil yargılanma hakkı, günümüzde tartışılmaz önemini korumaktadır. Adil yargılanma hakkının temel gereklerinden olan *suçsuzluk karinesi*, olağanüstü hâllerde bile⁴ vazgeçilmesi mümkün olmayan bir insan hakkıdır. Bu temel hak, bütün kamu otoriteleri gibi savcıyı da bağlamaktadır.⁵ Bu nedenle savcılık işlemleri de suçsuzluk karinesi bakımından titizlikle incelenmelidir.⁶

3 SEVİĞ Vasfi Raşit, “X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 3-4, 1956, s. 342.

4 1982 Anayasası’nın 15’inci maddesi; “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasi kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da.....suçluluğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” **şeklindedir.**

5 LIPPKE Richard L., “The Prosecutorand the Presumption of Innocence”, *CriminalLawandPhilosophy*, Volume 8, Issue 2, June 2014, s. 338.

6 AİHM, *AffairePandy /Beçika*, T. 12.02.2007, Application no. 13583/02, prg. 43 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76958>, 10.08.2016).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulus üstü bir mahkeme olarak; suçsuzluk karinesine dair önemli kararlar vermekte ve tespitlerde bulunmaktadır.⁷ İnceleme konusu yapılacak olan Dakaras/Litvanya⁸ kararı da savcının suçsuzluk karinesi karşısındaki durumunu ele alan bir karardır.

I. SUÇSUZLUK KARİNESİ

İnsan haklarını önemseyen ve bu perspektif doğrultusunda hareket eden modern ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden birisi suçsuzluk karinesidir. Adil yargılanma hakkının ayrılmaz parçası konumundaki suçsuzluk karinesi; mahkeme kararı ile kesinleşinceye⁹ kadar kişinin suçsuz sayılmasını ifade eder.¹⁰ Suçsuzluk karinesi, “tecrübeye ve önseziye bir karşı duruş” paradoksudur.¹¹ Weigend’in bu formülasyonu durumu anlatan, yerinde bir tespittir. Kolluk, savcı ya da hâkim; önüne gelen kişi ile ilgili bir akıl yürütmesinde bulunabilecek tecrübeye ve seziye sahip olsa da, bunu kendisine dahi itiraf etmez. Sürecin normal seyri içerisinde, vaka değerlendirilir ve kişinin hukuki durumu karara bağlanır. Kesinleşme anına kadar, *bilinçli bir bilmezlik hâli* söz konusudur. Böylelikle gerek savcılık, gerekse mahkeme önüne çıkan şüpheli/sanık; suçlu olduğu şeklindeki bir ön kabul ile karşılaşmayacaktır.¹² On suçlunun serbest kalması, bir masumun mahkûm olmasından evla görülmektedir.¹³

Suçsuzluk karinesi, 1982 Anayasası’nın 38/4’üncü maddesinde, “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” şeklinde düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde; “...fıkra “suçsuzluk karinesi”ni getirmiştir. Sanığın, kesin mahkûmiyet hükmüne kadar suçsuz sayılması demek, kendisinin, suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinde olmadığı; “beyyinekülfeti”nin

-
- 7 GRAY Anthony, “Constitutionally Protecting the Presumption of Innocence”, *The University of Tasmania Law Review*, Vol. 31, No. 1, 2012, s. 138.
- 8 AİHM, Dakaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. 42095/98 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855>, 11.08.2016).
- 9 “...sanığın çeşitli mahkemelerde benzer suçlardan yargılanıyor olmasının da masumiyet karinesi karşısında teşdide gerekçe olamayacağı düşünülmenden...” 14. C.D.,T. 26.02.2013, E. 2012/12113, K. 2013/1852 (UYAP, 11.04.2016).
- 10 DÖNMEZER Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, in: **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 67.
- 11 WEIGEND Thomas, “Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice”, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 8, *Issue 2*, June 2014, s. 287.
- 12 BARADAN Shima, “Restoring the Presumption of Innocence”, *Ohio Law Jurnal*, Volume 72, No. 4, 2011, s. 725.
- 13 TADROS Victor/TIERNEY Stephen, “The Presumption of Innocence and the Human Rights Act”, *The Modern Law Review*, Volume 67, 2004, s. 402.



iddiacıya ait bulunduğu demektir. Bu karine, iddiacının, suç iddiasını “makûl şüpheye yer bırakmayacak şekilde” ispat etmesiyle “çürütülmüş” olacak ve bu hâlde de mahkeme mahkûmiyet hükmünü verecek; aksi takdirde beraat kararı alacaktır” denilmek suretiyle, maddenin getirdiği kurum açıkça ortaya konulmuştur.¹⁴ Anayasa maddesi ile birlikte terim sorununun da ele alınmasında fayda vardır. Madde gerekçesinde *masumiyet karinesi* değil *suçsuzluk karinesi* tabiri tercih edilmiştir. Bu ilke için birçok tabir tercih edilmekle birlikte; *suçsuzluk karinesinin* tercih edilmesi yerinde olacaktır. Zira masumiyet karinesi şeklindeki bir terim kullanımı, bahse konu ilkenin önemini vurgulamak bakımından etkili bir güce sahip ise de birtakım durumları açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Masum olduğu kabul edilen bir kişinin tutuklanması, gözaltına alınması hâli; izahı güç bir durum sergilemektedir. Bu nedenle, kişinin suçlu olduğu sabit olmakla birlikte masum olduğu da kesin değildir. Bu durumda, suçsuz olduğunun kabulü ve bu kabule uygun olarak *suçsuzluk karinesi* teriminin kullanılması daha uygun düşmektedir.¹⁵

- 14 “Masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak, kişinin masumiyeti “asıl” olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup, kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz....Bu çerçevede, masumiyet karinesi kural olarak, hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. Suç isnadı mahkûmiyete dönüşen kişiler açısından ise, artık “*hakkında suç isnadı olan kişi*” statüsünde olmadıkları için masumiyet karinesi iddiasının geçerli bir dayanağı kalmamaktadır. Ancak ceza davasının herhangi bir nedenle düştüğü, belirli bir süre sonra şartı bağli olarak düşeceği veya sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın davanın ertelendiği durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğini kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumlarda ortada henüz verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktadır... Buna karşılık hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat “*kasten yeni bir suç*” işlenmemesi şartına bağli olarak hüküm ifade etmemektedir. Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşılmış mahkemenin, buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi hâlinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder.... Bu çerçevede, ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Buna karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün hâlinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir.” Anayasa Mahkemesi, T. 13.06.2013, Kürşat Eyol Başvurusu, Başvuru No: 2012/665 (<http://www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08d8d79-a271-4e65-a530-11d828e3f0?wordsOnly=False>, 11.10.2016).
- 15 ŞİK, Hüseyin, “Suçsuzluk Karinesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2013, s. 108.



Ceza Muhakemesi Kanunu'nda suçsuzluk karinesi ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK'nın "**Gizliliğin ihlali**" başlıklı 285/1'inci maddesi; "(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için; a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir" şeklindedir. Madde metninde, "suçlu sayılmama karinesi" ibaresi tercih edilmiştir.

İç hukuktaki mevzuatta, 6112 s. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8/1.i maddesinde; Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 25'inci maddesinde; Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 28/1.a maddesinde, suçsuzluk karinesinden dolayı olarak bahsedilmiştir.

Suçsuzluk karinesi temel bir insan hakkı olup, uluslararası metinlerde düzenlenmektedir. Suçsuzluk karinesine ilk olarak 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız Kişi ve Vatandaş Hakları Bildirgesi'nin 9'uncu maddesinde rastlanmaktadır.¹⁶ Anılan hükümde, kişinin suçlu olduğu kesinleşinceye kadar suçsuz sayılacağı belirtilmiştir.

19'uncu yüzyılda hukukçu Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir heyet tarafından hazırlanan¹⁷ ve İslam Hukuku esaslarına göre düzenlenmiş bulunan Mecelle'de birtakım evrensel hukuk ilkeleri bulunmaktadır. Medeni hukuk alanına dair düzenlemeler içermekle beraber; 8'inci maddesinde yer bulan "*Beraat-i zimmet asıldır*" hükmü, temelde borçsuzluk karinesinin yanı sıra suçsuzluk karinesine de işaret eden genel bir niteliğe sahiptir.¹⁸

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi'nin 11/1'inci maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2'nci; suçsuzluk karinesini

16 MUMCU Ahmet, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 2.Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1994, s. 80.

17 <http://www.mecelle.com/> (21.03.2016).

18 <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/232.pdf> (21.03.2016), DEMİR Abdullah, **Osmanlı Mahkemesi Medeni Yargılama Hukuku**, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul 2010, s. 28-29.



düzenleyen ulus üstü normlardır.¹⁹ Türkiye her iki sözleşmeye de taraf olup, uygulamayı taahhüt etmiştir.²⁰

19 GALETTA Antonella, "Thechangingnature of thepresumption of innocence in today's surveillance societies: rewrite human rights or regulate the use of surveillance technologies?", **EuropeanJournal of LawandTechnology**, Volume 4, No. 2, 2013, s. 3.

20 "Sanık haklarından birisi olan suçsuzluk karinesi, bir suçtan dolayı kovuşturulan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu olarak kabul edilmemesini ifade eder. Bazen suçsuzluk karinesi, bazen de masumluk karinesi olarak isimlendirilen bu kavram; 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 11/1. maddesinde... ve 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6/2. Maddesinde...yer edinmiştir. Türkiye, 1948 tarihli Bildirge ve 1950 tarihli Sözleşme'ye taraftır. Suçsuzluk karinesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş ise de, 1982 Anayasası'nın 38/4. maddesinde, "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" şeklinde, yasama, yargı ve yürütmeyi bağlayan ilke olarak mevzuatımızdaki yerini almıştır. Karine, hukuk dilinde bilinenden bilinmeyeni çıkarmaya yarayan hukuki istidlallere (Bir konuda kanıtlara dayanarak sonuç çıkarma) verilen isimdir. Başka bir deyişle karine, bir hüküm vermek için "tecrübe kuralı ile karşılaştırma" denilen faaliyetin daha önceden benzer olaylar dolayısıyla yapılması ve gelecekteki bütün olaylarda uygulanacak mücerret sonucun önceden çıkarılmasıdır. Karine, vicdani kanaate laşmada veya ispat işleminde başvurulun bir durumdur. Suçsuzluk karinesinde ise, böyle gerçeğe uygun ya da sabit olduğu kabul edilen bir olaydan başka bir olayın varlığı sonucuna ulaşılması söz konusu değildir. Suçsuzluk karinesi, kişinin suçsuz olduğu varsayımı ile hareket edilmesini gerektiren temel bir haktır. Suçsuzluk karinesi, geleneksel bir hukuk ilkesi olmasının dışında, hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucu olarak da kabul edilmektedir. Karinenin, insan haklarına saygı prensibi çerçevesinde içeriği belirlenmeli ve sınırı çizilmelidir. Suçsuzluk karinesi, manevi sorumluluk esasına dayanan maddi ceza hukukunun sonucu olarak değerlendirilmelidir. İnsana saygı düşüncesinden kaynaklanan suçsuzluk karinesinin hukuki niteliği, suçlu sayılmamanın diğer anlamı olarak masum sayılma kabul edilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre de, suçsuzluk karinesinin etkisi ceza davasının yalnızca sonucuyla sınırlı değildir. Suçlama anından itibaren yargılama faaliyetinin tüm aşamalarında ve tüm resmî makamlar önünde geçerlidir. Suçsuzluk karinesi, davanın esasına girilmediği durumlarda ve asıl dava ile bağlantılı diğer davalarda da geçerlidir. Mineli/İsviçre davasında, yerel mahkeme davayı işin esasına girmeden zamanasını nedeniyle düşürmüş, fakat mahkeme giderlerinin davalı tarafından (AİHM önünde davacı) ödenmesine hükmetmiştir. Yerel mahkeme kararını davalının "görünüşe göre" ve "büyük ihtimalle" mahkûm olacağı öngörüsüne dayandırmıştır. AİHM ise, bu öngörünün muhtemel bir kusurluluk kabulü olduğunu, İHAS 6/2. maddenin ceza davasının tamamında uygulanması gerektiğini vurgulayarak taraf devleti mahkûm etmiştir. Aynı şekilde, I ve C/İsviçre olayında da, İsviçre yerel mahkemesi davayı zamanasını nedeniyle düşürmüş ve fakat davalının "suçlu" ve "ısrarcı bir şekilde kanunu ihlal eden" bir kişi olduğundan bahisle dava masraflarını ona yüklemiştir. AİHM olayda suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM'e göre, masumiyet karinesi sadece bir yargıç veya mahkeme tarafından değil, başka kamu makamları tarafından da çiğnenebilir. "AİHM'nin bu doğrultuda olan bir diğer kararında ifade edildiği gibi," 29 Aralık 1976 tarihli basın toplantısı yapıldığında, Bay Allenet de Ribemont polis tarafından henüz gözaltına alınmıştı, her ne kadar o anda uluslararası bir cinayete yardım ve yataklıkla itham edilmemiş olsa bile, polis tarafından gözaltına alınması ve gözaltında tutulması, Paris sorgu yargıcının birkaç gün önce başlatmış olduğu soruşturma kapsamında ve bu durum kendisini 6/2. madde çerçevesinde "bir suç ile itham edilen" bir kişi hâline getiriyordu. AİHM (basın toplantısı sırasında) Fransız polisinin en üst rütbeli bazı görevlilerinin Bay Allenet de Ribemont'dan, hiçbir kayıt ya da kısıtlama getirmeksizin, bir cinayetin azmettiricilerinden biri, dolayısıyla da o cinayetin suç ortağı olarak söz ettiklerini hatırlatır. Bu bariz biçimde başvuruçunun suçlu olduğuna dair bir beyandır. Bu beyan, öncelikle, kamuoyunun bu kişinin suçlu olduğuna inanmasına katkıda bulunmuştur; ayrıca, yetkili yargı mercinin gerçekleri değerlendirmesi konusunda bir önyargı yaratmıştır. Dolayısıyla,

II. SAVCILIĞIN YAPISI

Savcılığın tarihsel gelişimine bakıldığında, ilk olarak ceza muhakemesi alanından ortaya çıktığı görülmektedir.²¹ Türk ceza muhakemesi sisteminde savcılık, önemli ve etkin bir konuma sahiptir. Ceza Muhakemesi Kanunu, adil yargılanmanın yapılabilmesi için, işin başlangıcı olan soruşturma safhasını ve bu süreci yöneten savcıyı önemsemiştir (CMK md. 160). Savcı, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlüdür (CMK md. 160). Soruşturma sonunda, eldeki deliller yeterli şüpheyi oluşturuyorsa iddianame tanzim edilir. Savcı, iddianameyi tanzim ederken şüphelinin sadece aleyhine değil, lehine olan durumları da belirtmek zorundadır (CMK md. 170/5). Yeterli şüpheyeye ulaşmadığı takdirde soruşturmayı

6/2. madde hükümleri ihlal edilmiştir” (GillesDutertre AİHM Kararlarından Örnekler s. 178 vd). Evrensel bir değer hâline gelmiş olan suçsuzluk karinesi, ceza yargılaması işlemlerinin, hukuka aykırı sayılabilecek hilelere başvurmada, kandırma, yanıltma ve zorlama gibi irade serbestisini engelleyen yollara sapılmaksızın kanun tarafından önceden öngörülmüş esaslar çerçevesinde ve yeterli savunma imkânları sağlanarak yapılması şeklinde tanımlanabilecek adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Sanığa, kusuru ispat edilmeden önce suçlu gibi muamele görmesini önleyen, dokunulmaz, anayasal (AY m. 38/4, 15/4) bir hak olup, mahkemelerin tarafsızlığı garantisini verir ve kişi, suçlu olduğu mahkeme hükmüyle kesinleşmeden hiçbir şekilde suçlu olarak nitelendirilemez. Bu yönde, suçsuzluk karinesinin iki fonksiyonu ön plana çıkmaktadır: Karine, ilk olarak, ceza yargılamasının gidişine, işleyişine üstün bir usulü kural olarak yön vermekte, yukarıda ifade edildiği gibi bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil yargılamanın garantisini oluşturmaktadır. İkinci ise, suçluluğun tayininin yargılama kuralları çerçevesinde yargılama makamlarına düştüğünü hükme bağlamaktadır. Ceza yargılamasında sanık, suçluluğu ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılacaktır da, bu onun hakkında mahkûmiyete kadar hiçbir şey yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira sanık, henüz suçlu değilse de, şüpheli olması nedeniyle masum da değildir. Bu nedenle, sanıklar hakkında bir takım yargılama önlemlerini almak, belli sınırlar içinde kalmak kaydıyla suçsuzluk karinesini ihlal etmez. Suçsuzluk karinesi, suç isnadının gerçekleştiği, yani kişinin geniş anlamda sanıklık statüsüne girdiği andan itibaren ceza yargılamasının tamamında, ceza davasının esasına girilmediği durumlarda ve ceza yargılamasına bağlı diğer yargılamalarda geçerlidir. Ayrıca, yargılama organları dışındaki tüm resmî makamları ve üçüncü kişileri de bağlayan temel bir ilkedir. Bu nedenle, gerek ceza yargılaması görevlileri gerekse bunun dışındaki resmî görevliler, suçsuzluk karinesini ihlal eden, sanığı suçlu olarak gösteren, sanığın suçlu gibi işlem görmesine neden olan işlem ve eylemlerde bulunmamalıdır...Yapılan açıklamalar çerçevesinde somut olayda; tutuklu olarak yargılandığı ve mahkum olduğu ceza davası kararının temyizi safhasında; vefat etmesi nedeniyle mahkûmiyet kararı kesinleşmeyen ve bu durumda hakkında açılan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilen davacının murisi A..A.’in, olması gerektiği sonucuna ulaşılan suçsuzluk hâlinin hukuki nitelik olarak, sosyal güvenlik ilkeleri ışığında, yukarıda belirtilen 5510 sayılı Kanunun 41/f maddesinde belirtilen “beraat” hükmünde değerlendirilmesi ve bu yönde davaya konu tutuklu kaldığı sürelerin borçlanılmasının mümkün olduğunun; aksinin idari ve adli olarak suçsuzluk karinesinin ihlali anlamı geldiğinin belirgin bulunmasına göre...” 10. H.D., T. 18.03.2013, E. 2013/359 , K. 2013/5041 (UYAP,21.03.2016).

21 ÜÇÖK Coşkun, “Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye’de Kuruluşu”, **Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1964, s. 38.



kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar (KYOK) ile bitirir. Savcı bu kararı verirken, delil değerlendirmesi, suçu unsurları bakımından inceleme, maslahata uygunluk durumunu gözetme (CMK md. 171) yetkisini haizdir. Bir hukuk adamı olan savcının bu yetkileri kullanması olağan bir durumdur.²²

Savcılık, adli ve idari (*Personel sicil amirliği, adliye bütçe yönetimi vb.*) görevleri yerine getirmekle birlikte hangi erk içerisinde konumlandığı hususu tartışmalı mahiyettedir.²³ Doktrinde kabul gören baskın görüş, savcılığın yürütme erki içerisinde yer aldığıdır.²⁴ Bu görüş yerinde bir yaklaşım olup, aksi hâlde ceza muhakemesinde olması gereken tez-antitez-sentez diyalektiğinden bahsedilemeyecektir. İzah etmek gerekirse; hâkimin yargıya dâhil olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Savcının da yargı erki içerisinde yer aldığı kabulü

22 “Ceza muhakemesinin gayesi maddi gerçeği araştırmaktır. Ceza muhakemesi hukukunda gerçeğe ulaşma, kolektif yargılamaya yöntemi ile sağlanmaktadır. Bu yöntem, yargılamanın bütün süjelerinin düşüncelerini açık bir şekilde ortaya koymasını, bu suretle her bir süjenin durumdan haberdar olmasını ve aleniyeti sağlar. Günümüzde iddia, yargılama faaliyetinin ve bunun sonucunda maddi gerçeğe ulaşmanın vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir. İddia makamı olarak Cumhuriyet savcısı, ceza muhakemesinin gayesini gerçekleştirmek için sanığın lehine ve aleyhine deliller toplayan, ileri süren, kamu adına taleplerde bulunan ceza muhakemesi süjesidir. İddia makamının bu görevini yerine getirmesi için duruşmalara katılması zorunlu değildir. Bu görev, maddi gerçeğin araştırılmasını amaç edinen bir soruşturma yapılması, böyle bir soruşturmadan elde edilen sanığın lehindeki ve aleyhindeki bütün delillerin hâkim veya mahkemeye sunulması, bu delillerin tartışılmasının sağlanması ve kararlara karşı kanun yollarına gidilmesi suretiyle de yerine getirilebilir. Yasama belgelerinin incelenmesinden, itiraz konusu kuralın, bir yandan Cumhuriyet savcılarının soruşturmaları daha etkin ve süratli bir şekilde yürütebilmelerine imkân sağlanması, diğer yandan sulh ceza mahkemelerinin kapatılması ve bölge adliye mahkemelerinin yakın zamanda faaliyete geçirilmesinin planlanması nedeniyle ortaya çıkan Cumhuriyet savcısı ihtiyacının karşılanması amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Cumhuriyet savcısının duruşmada bulunmaması ve katılma konusunda görüşünün alınmaması kanun koyucunun takdiri kapsamında olup, söz konusu yetkinin bu yönde kullanılması yargı yerinin mahkeme sıfatını kaybetmesi sonucuna yol açmaz. Ceza muhakemesinde mahkeme, dava açıldıktan sonra pasif konumda olmayıp, hüküm vermek için yeterli kanaate ulaşmaya kadar maddi gerçeği araştırmaya devam etmek zorundadır. Maddi gerçeği resen araştırma ilkesi uyarınca mahkemeler, Cumhuriyet savcısının ortaya koyduğu delillerle bağlı olmadıkları gibi hüküm için gerekli tüm araştırmaları kendiliğinden yapmak ve tarafların haklarını korumakla yükümlüdürler. Bu nedenle, Cumhuriyet savcısının duruşmada bulunmaması ve katılma hususunda görüşünün alınmaması, adil yargılanma ilkesi ile mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerine aykırılık oluşturmamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, T. 22.10.2015, E. 2015/9, K. 2015/94 (R.G., 07.11.2015-29525).

23 Avrupa’da savcılığın yer aldığı erk bakımından geniş bilgi için bkz. CEPEJ (Commission européenne pour l’efficacité de la justice-Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu), **Report on “European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality of Justice”**, Strasbourg 2014, s. 294.

24 KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 345.



hâlinde, kürsüde bir yargı blokundan bahsedilecektir. Bu durumda ceza muhakemesi sisteminin eriştiği olgunluk noktası olan “işbirliği” sisteminden, “tahkik” sistemine geri dönmüş olacaktır. “Hâkim ve savcı” şeklindeki retorik, yapışık ikizler şeklinde bir algıya dönüşmüştür. İki meslek grubunun benzer özlük haklarına sahip olması aradaki farklılaşmayı adeta unutturmuştur. Bu algılama bilhassa uygulamada bir tabu hâline dönüşmüştür. “Savcı yürütme erkine dâhildir” şeklindeki önerme uygulamada büyük bir tepki ile karşılanmaktadır.²⁵

Diğer ülke örneklerine bakıldığında, savcılığın genel itibariyle yürütme erkine dâhil olduğu görülmektedir.²⁶ Yargı erkine dâhil örneklerin yanı sıra, Macaristan’da savcılık yasama erkine bağlı olup ayrıksı bir durum sergilemektedir.²⁷ Savcının bir kamu görevlisi olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

III. SAVCININ SUÇSUZLUK KARİNESİ KARŞISINDAKİ DURUMU

A. İÇ MEVZUAT

İç mevzuata bakıldığında suçsuzluk karinesi ışığında savcıcıyı hedef alan özel bir Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik hükmüne rastlanmamaktadır. Ancak Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin 25’inci maddesinde, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 28/1.a maddesinde yer bulan hükümler; savcının da öncelikle uyacağı düzenlemelerdir.

Savcının, bazen yürüttüğü soruşturmalar ile ilgili olarak basın açıklamasında bulunması zarureti oluşabilir. Adalet Bakanlığı böylesi durumları bir standarda bağlamak ve ortak bir uygulama geliştirmek için adımlar atmıştır. Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, 22.12.2015 tarihli ve “Basın Sözcülüğü ile Medya İletişim Büroları” konulu 153/1 No’lu Genelge’yi yayımlamıştır. Bu tür açıklamalarda savcının dikkat edeceği temel ilkelerden bir tanesinin suçsuzluk karinesi olduğu belirtilmektedir.

B. ULUSLARARASI MEVZUAT

27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihinde Havana’da düzenlenen 8’inci BM Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansı’nda kabul edilen

25 Bu konuda bkz. CENTEL Nur, “Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma”, **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu(Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 218.

26 CEPEJ, a.g.e.,s. 294.

27 CEPEJ, a.g.e.,s. 294.



Savcıların Rolüne Dair İlkeler'de;²⁸ suçsuzluk karinesine ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Anılan metnin temel girişinde yer alan bu vurgudan sonra; savcıların ceza adalet sistemi içerisinde önemli bir görev icra ettikleri ve bu sorumluluğu yerine getirirken zikredilen ilkelere (suçsuzluk karinesi) uymaları gerektiği ifade edilmiştir. Böylelikle kabul edilen metnin temel yaklaşımında; savcının, suçsuzluk karinesine riayet etmesi gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir.²⁹

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 10.10.2006/424 sayılı kararı ile benimsenip teşkilata duyurulmasına karar verilen **Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları**(Budapeşte İlkeleri)'na göre savcılar, suçsuzluk karinesine saygı duymak zorundadır.³⁰

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, **Ceza Adalet Sisteminde Savcıların Rolüne Dair (2000/19)** tavsiye kararına göre savcılar, üçüncü kişilerden temin edilen bilgileri suçsuzluk karinesi ışığında muhafaza etmek zorundadır.³¹

C. UYGULAMA

Kamusal bir yetki kullanan savcı, suçsuzluk karinesine dikkat etmek zorundadır. Aslında savcılığın suçsuzluk karinesi bakımından ayrıcalıklı bir yeri vardır. Savcı dava açma ve itham tekeli; suçsuzluk karinesi bakımından da kullanmaktadır. Bu yetki sınırsız bir yetki değildir. Henüz mahkûm olmamış bir kimseyi itham etme yetkisi sadece savcıya ve bu statüyü kullananlara tanınmıştır. Savcı bilhassa “*iddianame*” adı verilen belgede, kişinin yüklenen suçu işlediği hususunda yeterli (veya kuvvetli) şüphe oluştuğunu belirtip ilgili mahkemeye, kamu davasının açılması talebinde bulunur. Mahkemenin, iddianameyi kabulü ile birlikte kamu davası da açılmış sayılır. Resmî bir belge olan iddianamede, şüphelinin suç işlemiş olmakla itham edilmesi; suçsuzluk karinesini ihlal etmez. Suçsuzluk karinesinin bir sonucu³² olan, “*Şüpheden sanık*

28 https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Guidelines_on_the_Role_of_Prosecutors.pdf (21.03.2016).

29 <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/847b13--Savcilarin-Rolune-Dair-Ilkeler.pdf> (21.03.2016).

30 https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Budapest_guidelines_EN.pdf, (22.03.2016).

31 <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2719990&SecMode=1&DocId=366374&Usage=2> (22.03.2016).

32 “Amacı, maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden kurmak olan ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden birisi de öğretici ve uygulamada; “suçsuzluk” ya da “masumiyet karinesi” olarak adlandırılan kuralın bir uzantısı olan ve Latince; “in dubioproreo” olarak ifade edilen “kuşkudan sanık yararlanır” ilkesidir. Bu ilkenin özü ceza davasında sanığın



yararlanır” ilkesi³³ soruşturma safhasında uygulanamaz. Zaten hâlihazırda şüphelinin yüklenen suçu işlediği hususunda en azından *yeterli şüphenin* (CMK md. 170/2) bulunduğu ifade edilir. Savcılığın, “sübut” derecesinde bir kesinliği araması söz konusu olamaz. Zira şüpheyi izale etme ve nizayı sona erdirmeye görevi mahkemeye aittir. Özetlemek gerekirse, savcının ithamda bulunması suçsuzluk karinesini ihlal etmez. Şüpheliye isnat edilen suçun sübut bulmadığından ve şüphenin “*yeterli şüphe*” düzeyinde kaldığından bahisle *kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilemez.*³⁴

IV. DAKTARAS/LİTVANYA KARARI

A. DAVA HAKKINDAKİ GENEL BİLGİLER

AİHM tarafından karara bağlanan Daktaras/Litvanya kararının temel konusu adil yargılanma hakkının ihlaline yöneliktir. Dava hakkında genel açıklama yapılacak olmakla birlikte, çalışmanın konusu ile ilgili olan bölüm; savcının suçsuzluk karinesi karşısındaki durumudur.

Litvanya organize suçlar bürosunda görevli savcı, 18 Şubat 1996 tarihinde başvuru Henrikas Daktaras hakkında; çalınan bir arabayı para karşılığı teslim etme amacıyla şantajda bulunma, mağduru baskı altına alma iddiasıyla soruşturma başlatır. Soruşturma safhasında başvuru ve avukatı; suçlamanın asılsız olduğunu, başvuruçunun suçlu olduğuna dair dosyada herhangi bir delilin bulunmadığını ifade eden bir dilekçeyi

cezalandırılması bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin kuşkunun, sanığın yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi konusunda kuşku belirmesi hâlinde uygulanacağı gibi, dava koşulları bakımından da geçerlidir. Gerçekleşme şekli kuşku ve tam olarak aydınlatılamamış olay ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Sanığın işlediği iddia edilen eylemden uzunca bir süre geçtikten sonra mağdure ve yargılama aşamasında tanık olarak dinlenen üç arkadaşının sanık hakkında benzer iddialarla şikâyetinde bulunmaları üzerine soruşturmanın başlatılması, mağdure ve tanıkların çelişkili anlatımda bulunmaları, tüm anlatımlarda yer, zaman ve eylemin gerçekleştirilme şeklinin farklılık göstermesi ve dosya kapsamına göre sanığın atılı suçu işlediği hususu kesin, yeterli ve inandırıcı kanıtlarla ispatlanamamıştır. Öte yandan geçmişte ırza tasaddi suçundan hükümlülüğü bulunan sanığın inceleme konusu suçu da işlediği yönünde değerlendirmede bulunmak suçsuzluk karinesine aykırıdır.” C.G.K., T.27.09.2011, E. 2011/5-144, K. 2011/192 (UYAP, 11.04.2016).

33 DE JONG Ferryve VAN LENTLeonie, “The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle”, *Utrecht LawReview*, Volume 12, Issue 1, January 2016, s. 34.

34 “Kamu adına ceza davasını açma yetki ve görevi Cumhuriyet Savcısının tekelindedir (CMK m. 170/1). Soruşturma evresinin sonunda toplanan kanıtlardan suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşuyorsa Cumhuriyet Savcısı iddianameyi düzenler (CMK. m. 170/2). İddianamenin, sunulduğu mahkemece kabulüyle kamu davası açılmış ve kovuşturma evresi başlamış olur (CMK. m. 175/1).” C.G.K., T. 09.06.2009, E. 2008/1-240, K. 2009/150 (UYAP, 11.10.2016).



savcılığa sunar. Bu dilekçeyi alan savcı, 1 Ekim 1996 tarihinde bir ret kararı verir. Savcı bu kararında şöyle demektedir:

“Dosyaya erişim hakkından sonra (başvurucu), soruşturmanın takipsizlik kararı ile sonlandırılmasını, yüklenen suçları işlediği ve suçlu olduğu hususunda herhangi bir delilin bulunmadığını, suçunun ispatlanmadığını belirtmiştir. Bu asılsız savunma reddedilmelidir, zira ön soruşturma safhasında toplanan delillere göre başvurucu suçludur.

Henrikas Daktaras kabul etmese de, soruşturma safhasında toplanan tanık beyanları, video ve ses kayıtları, diğer kesin delillere göre suçu ispatlanmıştır.

Daktaras’ın gizlediği bir suç, tanıktarafından verilen delil marifetiyle; mağduru malı teslim etmesi için tehdit ettiği kesin delil ile; araba hırsızlığı yapan kişileri ile işbirliği yaptığı kendi beyanıyla; mağduru yıldırım için gözünü korkuttuğu kesin delil ile ispatlanmıştır. Savcılık, bahsi geçen delilleri mağduru yanlış beyan vermek üzere etkilemeye, yıldırıma yönelik olarak değerlendirmiştir.

Yukarıdaki açıklama ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 229’uncu maddesi uyarınca,

Başvurucunun talebinin tümüyle reddine,

Kararın ilgili kişilere tebliğine karar verildi.”³⁵

Savcı bu karardan sonra, bir iddianame düzenler ve söz konusu iddianame Başsavcının görüldü işleminden sonra mahkemeye gönderilir. Başvurucu diğer ihlal iddialarının yan ısıra; savcının kullandığı dil ve tabirlerin AİHS’in 6/2’nci maddesinde yer bulan suçsuzluk karinesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.³⁶

AİHM, suçsuzluk karinesi bakımından; Litvanya Anayasası’nın 31/1’inci maddesini ve Litvanya Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 11/2’nci maddesini inceleyip, savcının ceza muhakemesindeki rolü üzerinde durur. Anayasa’nın 118’inci maddesine göre soruşturma safhası savcılık makamı tarafından yürütülür. Litvanya Anayasa Mahkemesi’nin 5 Şubat 1999 tarihli kararında savcılık kurumu şöyle tarif edilmiştir:

“Anayasa, savcılar yargımın özel fonksiyonları haiz bir parçası olarak kabul eder. Savcı, soruşturma safhasına nezaret edip denetleyen bir kamu görevlisidir. Ceza davasının başından itibaren içerisinde yer alabilir.

35 AİHM, Daktaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. 42095/98, (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855_11.08.2016).

36 AİHM, Daktaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. 42095/98 (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855_11.08.2016).



Kanunun tanıdığı usule uygun olarak, soruşturma yapmak suretiyle ceza kovuşturmasını başlatır. Görevlerinden bir tanesi soruşturma sürecindeki yetkilileri denetlemektir. Savcı, bir suçla ilişkin soruşturmayı bizzat yürütebilir. Bu itibarla savcı, ceza muhakemesinin soruşturma safhasından sorumludur. Soruşturma safhasının denetimi görevi mahkemelere değil, uygun usuli vasıtalar marifetiyle savcılığa tanınmıştır.”³⁷

Görüldüğü üzere, savcılık soruşturma safhasında tam yetki sahibidir. Bu yetkisini bizzat veyahut ilgili kolluk görevlileri eliyle yerine getirebilir. Savcılık kararları bütün merciler ve kişiler bakımından bağlayıcı mahiyettedir. Savcı soruşturmayı yürütürken; şüphelinin “soruşturmanın takipsizlik kararı ile bitirilmesi” yönündeki dilekçelerini ret edecekse bunu gerekçeli bir karar ile yapmalıdır. Böylesi bir karardan sonra iddianame hazırlanabilir. Şüphelinin soruşturma safhasında, savcının işlemleri hakkındaki şikâyet dilekçeleri; savcının üstü konumundaki Başsavcıya verilmeli ve onun tarafından karara bağlanmalıdır. İddianamenin kabulü ile birlikte dosya ilgili mahkemeye iletilir. Artık bu safhadan sonra bütün talepler doğrudan mahkemeye iletilir.³⁸

AİHM bu açıklamalardan sonra, savcının 1 Ekim 1996 tarihli kararını; suçsuzluk karinesi bakımından değerlendirmeye alır. Adil yargılamanın önemli bir unsuru olan suçsuzluk karinesi, AİHS’in 6/2’nci maddesinde yer bulmuştur. Kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın, bir kamu görevlisi tarafından yapılan beyanatın, bir kimseyi suçlu gibi göstermesi hâlinde suçsuzluk karinesi ihlal edilmiş olacaktır. Bu ihlal için resmî bulguya ve beyanata gerek yoktur. Mantıksal bir çıkarsama karinenin ihlali için yeterlidir.³⁹

Bu nedenle AİHM, kamu görevlileri tarafından yapılan açıklamalarda seçilen kelimelerin önemini hassasiyetle vurgular. Suçsuzluk karinesi sadece mahkemeler, hâkimler tarafından değil savcıların da dâhil olduğu diğer kamu otoriteleri tarafından ihlal edilebilir. Bilhassa somut olayda görüldüğü üzere, şüphelinin talebi hakkında karar verme yetkisine sahip, *yarı-yargısal bir görev ifa eden savcı* bakımından evleviyetle geçerlidir.⁴⁰

37 AİHM, Dakaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. [42095/98](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855) (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855>, 11.08.2016).

38 AİHM, Dakaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. [42095/98](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855) (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855>, 11.08.2016).

39 AİHM, Dakaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. [42095/98](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855) (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855>, 11.08.2016).

40 AİHM, Dakaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. [42095/98](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855) (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855>, 11.08.2016).



Genel ilke bu olmakla birlikte, bir kamu görevlisine ait beyanatın suçsuzluk karinesini ihlal edip etmediği hususu; somut olay ve şartlar bazında değerlendirilmelidir.

Somut olayda tercih edilen kelimeler ve beyanat; ceza yargılamasından bağımsız bir basın açıklamasında değil, şüpheli talebinin değerlendirilmesine dair gerekçeli bir savcılık kararında ifade edilmiştir. Başvurucunun verdiği dilekçede, suçunun “*ispat*”lanmadığını belirttiği, savcının da bu talebi reddederken aynı “*ispat*” ibaresini kullanması bir talihsizliktir. Gerek başvurucunun gerekse savcının yöneldiği ihtilaf konusu, suçun deliller ile ispatlanıp ispatlanmadığı değildir. Zira bu savcının da tespitleri arasında değildir. Her iki tarafın da yöneldiği husus, şüphelinin yargılanmasına yeter nitelikte delilin soruşturma dosyasında bulunup bulunmadığıdır. Bu şartlar altında; savcının 1 Ekim 1996 tarihli kararında tercih ettiği kelimeler ve ibareler suçsuzluk karinesini ihlal etmemektedir.⁴¹

B. SAVCILIK VE SUÇSUZLUK KARİNESİNE İLİŞKİN TESPİTLER

AİHM, kararda suçsuzluk karinesine dair önemli tespitlerde bulunmuştur. Öncelikle bütün kamu otoritelerinin ve bilhassa savcılık kurumunun suçsuzluk karinesine riayetle yükümlü olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Suçsuzluk karinesinin ihlal edilip edilmediğinin, her somut olay ve şartlar bakımından değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bilhassa ceza yargılamasına dair resmî usullerde kullanılan ifadeler ile basın açıklaması gibi platformlarda kullanılan tabirlerin farklı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneğin “*Şüphelinin suçu ispatlanmıştır*” şeklindeki bir ifade, basın açıklamasında kullanıldığı takdirde, suçsuzluk karinesi ihlal edilmiş olacaktır.

Resmî belgelerde tercih edilen kelimeler ve ibareler suçsuzluk karinesini ihlal etmese de soruşturma safhasında “*ispatlanmıştır*” şeklindeki ifade, talihsiz bir tercih olarak değerlendirilmiştir.⁴²

Savcılığın yarı-yargısal bir fonksiyon ifa ettiği belirtilmiştir. Bu nedenle, suçsuzluk karinesine riayet yükümlülüğünün sadece yargıçlar bakımından değil, savcılar bakımından da geçerli olduğu açıklık kazanmıştır.⁴³

41 AİHM, Daktaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. 42095/98, prg. 44-45, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855>, 11.08.2016).

42 REID Karen, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Sweet ve Maxwell Publishing, Londra 2011, s. 222-223.

43 STUMER Andrew, *The Presumption of Innocence Evidential and Human Rights Perspective*,



AIHM, Peltureau-Vielleneuve/İsviçre kararında savcı tarafından verilen kararlarda kullanılan dile dair önemli bir tespitte bulunmuştur. Anılan olayda savcı, bir papaz hakkında cinsel istismar suçundan dolayı soruşturma yapar, zamanaşımı nedeniyle *takipsizlik* kararı verir. Söz konusu kararda savcı, papazın yüklenen suçu işlediğini ancak zamanaşımının dolması nedeniyle kamu davasının açılmadığını belirtir. AIHM, bu ifadenin suçsuzluk karinesi ihlal ettiğini, sadece şüphelinin varlığından bahsedebileceğini vurgulamaktadır.⁴⁴

V. TÜRKİYE'DE SAVCILIK İŞLEMLERİNİN SUÇSUZLUK KARİNESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. SORUŞTURMA SAFHASI

Soruşturma, bir suç işlendiği haberinin alınması ile başlayıp iddianamenin kabulüne kadar devam eden süreci ifade eder (CMK md. 2/1.e). Bu süreç, başından sonuna kadar savcı tarafından idare edilir. Savcı soruşturmayı bizzat veyahut emri altındaki adli kolluk marifetiyle yürütür. İtham ve dava açma tekeli elinde bulunduran savcı, bu safhada şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. Şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplar (CMK md. 160/2).

Savcı, diğer kamu otoritelerine benzer şekilde suçsuzluk karinesine uymak zorundadır. Ancak belirtmelidir ki savcı, bazı yönlerden ayrıcalıklı konumdadır. Örneğin bir mahkeme kararı ile suçluluğu kesinleşmemiş olan şüpheliyi itham etme, suç isnat edebilme yetkisine sahiptir. Elbette ki bu yetki sınırsız bir yetki değildir.

Savcı, soruşturmanın başlaması ile şüphelinin lekelenmesine önlemek için bütün tedbirleri alır. Aslında soruşturmanın gizliliği (CMK md. 157) ilkesinin haklılığı bu noktada ortaya çıkmaktadır. Aksi hâlde şüphelinin toplum nezdinde doğrudan suçlu olarak damgalanması söz konusu olacaktır. Yeterli şüphe oluşmadan tanzim edilen iddianameler ile açılan kamu davalarının beraatla neticelense dahi sanığı bir zan altında bırakacağı izahtan varestedir. Lekelenmeme hakkına riayet sağlanabilmesi için mahkemeler; olması gereken nitelikten yoksun iddianameleri iade cihetine gitmelidir. Yargıtay da bu şekilde iade edilen iddianameler bakımından mahkemeleri haklı görmektedir.⁴⁵

Hart Publishing, Oxford and Portland 2010, s. 91.

44 AIHM, Peltureau-Vielleneuve/İsviçre, T. 28.10.2014, Başvuru no: 60101/09 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147605>, 20.06.2016).

45 BİRTEK Fatih, "Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi", **Marmara**



Suçsuzluk karinesinin ön önemli sonuçlarından bir tanesi ispat külfetinin iddia makamında⁴⁶ bulunmasıdır.⁴⁷ Şüpheli/sanık suçsuz olduğunu ispat etmek zorunda değildir.⁴⁸ Aksi ispatlanamıyorsa, suçsuz olmak temel karinedir. İşte bu ispat külfetinden ve ilkedan hareketle savcıların gereksiz yere insanları mahkeme huzuruna çıkarmaması, delilleri ile mücehhez dosyaları hazırlamaları zaruridir. Aksi hâlde, kişilerin suçsuzluk karineleri örülenmiş olacaktır.⁴⁹ Ülkemizdeki ceza muhakemesi pratiğinde, savcıların yeterince inisiyatif almayarak bir çok nizayı mahkeme huzuruna taşıdıkları görülmektedir. Bu adli pratiğin oluşmasında teftiş sisteminin büyük bir etkisi olmuştur. CMK'dan önce savcıların delil değerlendirebilme yetkilerinin olup olmadığı tartışmalı bir konu idi. Ancak CMK ile birlikte savcıların bu yetkiye sahip olduğu ortak bir görüş ve uygulama hâline gelmiştir. Adli teşkilat üzerine sinen pratiğin tamamen terk edilmesi uzun süre alacak olmakla birlikte olumlu yöne gidişe dair umut verici gelişmeler görülmektedir.⁵⁰

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 960.

“Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde benimsenen, “Kişilerin Lekelenme Hakkı” ile “Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma” prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatla sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev’i filtre görevi yapmaları gerekir. Bu prensiplerin hayata geçirilebilmesi için mevzuatımızda ilk defa, 5271 sayılı CMK’nun 160/2. maddesi hükmü ile; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılarının şüphelinin lehine olan delilleri (de) toplama ve şüphelinin haklarını koruma yükümlülüğü getirilmiş, ayrıca; 170 ve 174. madde hükümleri ile de, iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmiştir. Soruşturma evresi uzun sürebilir. Ancak, kovuşturma evresinin yeni bir delil toplanmasına gerek kalmadan ve bir iki celsede bitirilmesi hedeflenmiştir.”¹³. C.D., T. 03.11.2011, E. 2011/17629, K. 2011/6976 (UYAP, 04.04.2016).

46 Bu kural genel bir kabul hâlini almıştır. **Bkz.** ABU MORAD Mohammad Ahmad/AYUB Zainal Amin/NOOR Fauziah Mohammad, “Burden of Proof and Presumption of Innocence in the Prosecution of Illicit Enrichment with Reference to the Jordanian Legislation”, **Journal of Law, Policy and Globalization**, Volume 49, 2016, s. 25.

47 AİHM, Telfner/Avusturya, T. 20.06.2001, Application no. 33501/96 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59347>, 08.04.2016).

48 “...masumiyet karinesi gözetilerek, savunmasının aksi kanıtlanmadığı maddi gerçeğin bulunmadığı hâllerde sanığın beraatına karar verilmesi gerektiği, somut olayda sanığın müdürü olduğu dernekte bekleme salonu olarak da kullanılan odadaki masanın çekmesinde bir adet mermi bulunduğu suçun sanık tarafından işlendiğine dair savunmanın aksine mahkûmiyetini gerektirir somut ve kesin bir delil bulunmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” 8. C.D., T. 15.03.2013, E. 2012/18034, K. 2013/8550 (UYAP, 11.04.2016).

49 PICINALI Federico, “Innocence and burdens of proof in English criminal law”, *Law, Probability and Risk*, Vol. 13, No. 3-4, 2014, s. 253.

50 GÖKCAN Hasan Tahsin, “Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2012, s. 198.

Daktaras/Litvanya kararında da isabetle belirtildiği üzere, savcılarının kararlarda ve diğer alanlarda kullandığı retorik büyük önem arz etmektedir. Savcılık işlemlerinin yapılmasında bir takım şüphe eşikleri bulunmaktadır. Örneğin arama işlemi için makul şüphe, tutuklamaya veya adli kontrole sevk için kuvvetli şüphe, iddianame tertibi için yeterli şüphenin bulunması zaruridir. Görüleceği üzere, şüphe derecelerini gösteren skalada, savcının da yetkileri ortaya çıkmaktadır. Karara bağlanmış, kesinlik arz eden bir durumdan bahsedilemez. İşlemler tarif edilirken veyahut resmî belgeler tanzim edilirken bahsedilmesi gereken husus şüphe derecesidir. *“Şüphelinin yüklenen suçu işlediği hususunda makul şüphe oluşmakla konutunda arama yapılması/şüphelinin yüklenen suçu işlediği hususunda kuvvetli şüphe oluşmakla tutuklanmasınal/adli kontrol altına alınmasına”* şeklinde ifadeler tercih edilmelidir. Bilhassa iddianame metinlerindeki ifadelerin hassasiyetle tercih edilmesi gerekir. *“Şüphelinin yüklenen suçu işlediği sübut bulmuştur”* şeklinde bir ifade hatalıdır. Bunun yerine, *“Şüphelinin yüklenen suçu işlediği hususunda yeterli şüphenin oluştuğu”* şeklinde bir terminolojinin benimsenmesi daha yerinde olacaktır. Savcılarının bazen iyi soruşturma yaptıklarını veyahut eldeki delillerin çok güçlü olduğunu vurgulamak için iddianame metinlerinde; *“sübut bulmuştur, ispatlanmıştır”* şeklinde ifadeler tercih etmesi daha öncede ifade edildiği üzere hatalıdır. Bu kelimeler, suçsuzluk karinesini otomatikman ihlal etmese de *“talihsiz”* tercihler olacaktır.

B. KOVUŞTURMA SAFHASI

Kovuşturma safhasında savcının en önemli görevi duruşmalara katılmaktır. Mahkeme, ara celselerde ve nihayet hükümden önce savcıdan mütalaasını sorar. Savcının kullanacağı terminoloji yönünden sahip olduğu hareket alanı hâkime göre daha geniştir. Hâkimin kullanacağı bir tek söz, muhakemeden reddi konusunu gündeme getirebilir. Ancak ifade edilmelidir ki savcı da seçeceği kelimeleri hassasiyetle belirlemelidir.

Duruşmanın aleni olduğu, sanığa karşı kullanılan sözlerin lekelenmeme hakkını ihlal edebileceği hatırdan çıkarılmamalıdır. Bilhassa ara celselerde savcının kullandığı kelimeler sanığın bazen suçlu olarak damgalanması sonucunu doğurabilecektir. Bu nedenle anılan celselerde verilen mütalaalarda *“ispatlanmıştır, sübut bulmuştur”* sözlerinden uzak durulması gerekir.

Esas hakkında mütalaa olarak ifade edilen ve savcının hükümden önceki son mütalaası olan durumlarda; *“sübut bulmuştur”* şeklindeki bir



beyan suçsuzluk karinesini ihlal etmeyecektir. Savcı böylelikle kararlı bir şekilde mütalaasını belirtip sanığın hangi ceza ile cezalandırılması gerektiğini ifade etmiş olur.

C. BASIN SÖZCÜLÜĞÜ

Ülkemizde adliye basın sözcülüğü kurumu, Anayasa’da, kanunlarda, tüzüklerde ve yönetmeliklerde bulunmamaktadır. Ancak adli soruşturmalara dair kamuoyunun doğru bilgilendirilmesi yönündeki ihtiyaç böyle bir kurumun oluşturulmasını zaruri kılmıştır.⁵¹ İşte bu ihtiyacı karşılamak üzere öncelikle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından 18.10.2011 tarihinde “Soruşturmanın gizliliği ve basının bilgilendirilmesi” konulu 33 No’lu Genelge yayımlanmıştır. Söz konusu Genelge 2014 yılında, 6524 sayılı Kanun’un 39’uncu maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Sonrasında Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 22.12.2015 tarihinde “Basın Sözcülüğü ve Medya İletişim Büroları” konulu 153/1 No’lu Genelge’yi yayımlamıştır. Anılan Genelge yürürlüktedir.

Genelge’nin temel amacı kamuoyunun adli konularda doğru bilgilенmesini temin etmektir. Soruşturma safhasında basın açıklaması ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısı veyahut görevlendirilen başsavcı vekili ile savcı tarafından (*başsavcının bilgisi ve onayı doğrultusunda*) yapılacaktır. Bölge adliye mahkemesince (BAM) yapılan soruşturmalarda, aynı sistematik BAM başsavcılığı tarafından geçerli olacaktır. Kovuşturma safhasına intikal eden olaylar hakkında açıklama yapma hususunda komisyon başkanına görev verilmiştir. Savcılığın böylesi bir durumda açıklama yapma yetkisi bulunmamaktadır. Ülkeyi ilgilendiren konularda açıklama yapma yetkisi Adalet Bakanlığı Basın Müşavirliğine verilmiştir. Basın açıklaması yazılı olarak yapılır. Ancak bazı ivedi durumlarda sözlü olarak yapılması da mümkündür.

Basın açıklamasında dikkat edilmesi gereken temel ilke suçsuzluk karinesidir. Beyan edilen sözlerin, kişiyi suçu olarak damgalaması gerekir.⁵²

51 “The freedom of expression, guaranteed by Article 10 of the Convention, includes the freedom to receive and impart information. Article 6 § 2 cannot therefore prevent the authorities from informing the public about criminal investigations in progress, but it requires that they do so with all the discretion and circumspection necessary if the presumption of innocence is to be respected (see *Allenet de Ribemont*, cited above, § 38)” AİHM, KarakaşveYesilirmak/Turkey, T. 28.06.2005, Application no. 43925/98, prg. 50 (http://www.coe.int/t/dgi/hrnatimplement/Source/documentation/Echr_and_crim_procedure.pdf, 15.06.2016).

52 AİHM, Ürfi Çetinkaya/Türkiye kararında; (savcı ile ilgili olmasa da) jandarma tarafından yapılan basın açıklaması bahsinde konuyu ele almıştır:

Ceza muhakemesine dair evraklarda kullanılan bazı ifadelerin, basın açıklamasında kullanılması kişi haklarını zedeleyebilir. Bu nedenle kamuoyunun dikkatini çeken konularda açıklama yapılırken, seçilen ifade ve tercih edilen dilin özenli olması suçsuzluk karanesinin önemli bir gereğidir.⁵³ Yapılan soruşturmayı haklı göstermek adına; “*şüpheli suçu işlemiştir, sübut bulmuştur, yapmıştır*” gibi kesin yargı bildiren ifadelerden kaçınılmalıdır.⁵⁴ Dakaras/Litvanya kararında da ifade edildiği üzere, tercih edilen dil somut kullanım alanına göre değişiklik arz edecektir.

Genelge’de bilhassa gözaltı işlemleri sırasında kişilerin suçsuzluk karanesi ışığında basında afişe edilmemeleri hususuna dikkat çekilmiş buna aykırı davrananlar hakkında yasal gereğine tevessül edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

“Mahkeme, Sözleşme’ nin 6. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen masumiyet karanesi ilkesinin, Sözleşme’ nin 6. maddesinin 1. fıkrasında esas alınan adil bir ceza yargılamasına ilişkin unsurlar arasında yer alsada dahi ceza alanındaki usuli bir güvenceyle sınırlandırılmadığını hatırlatmaktadır: Kapsamı daha geniş ve herhangi bir devlet temsilcisinin, suçluluğu mahkemece kanıtlanmadan önce kişinin suçlu olduğunu beyan etmesini gerektirmektedir Masumiyet karanesine yalnızca bir hâkim ya da mahkeme tarafından değil aynı zamanda polisler de dâhil olmak üzere diğer kamu yetkilileri tarafından ..da zarar verilebilir. Masumiyet karanesi, kişinin suçlu olduğunu yansıtan ve toplumu kişinin suçlu olduğuna inandıran veya yetkili hâkimin olay ve olguları değerlendirirken önyargılı davranmasına neden olabilecek açıklama veya fiillerle de ihlal edilebilmektedir ... Sözleşme’ nin 6. maddesinin 2. fıkrası, şüphesiz, Sözleşme’ nin 10. maddesi dikkate alındığında, yetkililerin devam eden ceza soruşturmalarına ilişkin olarak toplumu bilgilendirmesini engellemekte ancak yetkililerin masumiyet karanesi ilkesine saygının gerektirdiği üzere tam bir ihtiyatla ve makul ölçüde toplumu bilgilendirmesini gerektirmektedir Jandarma Komutanlığı tarafından 5 Aralık 2003 tarihinde yayımlanan basın bildirisine ilişkin olarak Mahkeme, ilk el koyma işlemi ve başvuranın yakalanmasının ardından en az bir ay sonra Rize’de gerçekleştirilen ikinci el koyma işleminin ertesi gününde bu bildirin yapıldığını gözlemlemektedir. Metinde, ele geçirilen ürünlerin miktarları, yakalamaların sayısı, tutuklanan kişilerin sayısı gibi olayla ilgili çok sayıda unsura yer verilmektedir. Metinde soruşturmanın devam ettiği belirtilerek, yetkililerin dava ile 6 Kasım 2003 tarihinde gerçekleştirilen el koyma işlemi ve “uluslararası uyuşturucu kaçakçısı **Ürfi Çetinkaya**” ile ilişkili olduğu kanısına vardıkları ifade edilmektedir. U. Çetinkaya’nın uyuşturucu kaçakçısı olması konusunda, Mahkeme, öncelikle başvuranın bu tarihte uyuşturucu kaçakçılığı suçundan hiçbir şekilde mahkûm edilmediğini saptamaktadır. Diğer yandan, Mahkeme, çeşitli adli yargılamalar çerçevesinde başvurana isnat edilen bir suçun mevcut olduğunu ve bu suçun bildirildiği belirtilen 6 Kasım 2003 tarihli el koyma işlemiyle bağlantılı olduğunu tespit etmektedir. ... Mahkeme, başvuran hakkında herhangi bir yoruma mahal vermeyecek şekilde “uluslararası uyuşturucu kaçakçısı” tabiriyle yapılan bir nitelendirmenin, toplumu başvuranın suçlu olduğu yönünde inandıracak nitelikte olduğu ve masumiyet karanesi ilkesine aykırı olarak, yetkili hâkimlerin olay ve olguları değerlendirirken önyargılı davranmalarına neden olduğu kanaatindedir... Bu unsurlar, Mahkeme’ nin Sözleşme’ nin 6. maddesinin 2. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir.” AİHM, Ürfi Çetinkaya/Türkiye, T. 23.07.2013, Başvuru no. 19866/04 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122857>, 19.06.2016).

53 AİHM, Khuzhin ve Diğerleri/Rusya, T. 23.01.2009, Application no. 13470/02, prg. 94, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89062>, 10.04.2016).

54 BARBU, Silviu Gabriel, **Shortessay on Presumption of innocence ECHR precedent**, (<http://www.wseas.us/e-library/conferences/2011/Brasov1/LAW/LAW-29.pdf>, 22.06.2016).



SONUÇ

Suçsuzluk karinesi, diğer sanık haklarının işleyebilmesi için vazgeçilmez bir iklim mahiyetindedir. Sanık hakları arasında bir sıralama yapılması, işin doğası gereği pek uygun değil ise de; suçsuzluk karinesinin, eşitler arası birinci olduğunu kabul etmekte yarar vardır. Bu anlayış aynı zamanda devletin bireye olan yaklaşımının da resmidir. Billhassa mahkemeler ve adli organ mahiyetindeki savcılık, şüpheliye/sanığa yaklaşırken bir ön yargı ile hareket etmez. Aksi sabit oluncaya kadar kişinin suçsuz olduğu varsayılır.⁵⁵ İspat külfeti sanıkta değil, iddia edene aittir. Bu kural, suçsuzluk karinesinin en önemli sonuçlarından birisidir.

İnsan hakları; kamu otoritesinin bireye karşı dikkatli davranmasını, daha özenli bir dil kullanmasını sağlamaktadır. Kamu gücünü kullanan organlar, bireye karşı hoyrat davranamaz. Soruşturma veya kovuşturma konusu olan kişi, suçsuz olduğu ön kabulü ile muamele görecektir. Şüpheliye ilk temas eden kişi mahiyetindeki savcı da bu yükümlülüğü evleviyetle yerine getirmek zorundadır. Resmî belgeler ve iç yazışmalardaki dil; suçsuzluk karinesine uyar mahiyette olmalıdır. Toplum nezdinde suçlu olarak algılanmasına sebep olabilecek bir terminolojiden kaçınılmalıdır. Soruşturmanın iyi bir şekilde yürütüldüğünü gösterecek olan husus, şüpheli hakkında kesin ifadelerde bulunmak değildir. İyi bir soruşturmanın en iyi resmî-özeti; delilleri ile ilişkilendirilmiş ve öyle ki bir mahkeme kararı kadar gerekçeyi haiz iddianamelerdir. Savcı da adeta hâkim gibi ön yargılardan arınmış vaziyette soruşturmaya başlamalıdır.

Basın-yayın kuruluşları, kamu otoritesi olmamakla birlikte; suçsuzluk karinesine riayet etmek zorundadır. Aksi hâlde kişinin suçlu olarak damgalanmasına sebebiyet verilmiş olacaktır. Böylesi bir durumda hukuk ve cezai sorumlulukları gündeme gelecektir.⁵⁶

55 "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi üzerine başlayan denetim süresi içerisinde, kasıtlı yeni bir suç işlendiğinde yasa gereği hükmün açıklanması gerekmektedir. Ancak evrensel masumiyet karinesi ilkesi gereğince, kesinleşmiş mahkûmiyet kararı olmadan hükmün açıklanması hâlinde ileride telafisi imkânsız zararlar doğabilecektir. Bu nedenle kovuşturmaya devam edilebilmesi için başka bir mercide devam eden bu yargılamanın sonucu beklenmelidir." 4. C.D., T. 21.12.2015, E. 2015/25856, K. 2015/40453 (UYAP, 11.04.2016).

56 "Her ne kadar yayın tarihinde davacı, atılı suçtan tutuklu ise de, fotoğrafı da basılarak "...nın katili yakalandı. Zanlı Mustafa T. Kaçarken düşürdüğü elektrik faturasından yakalandı..." biçiminde sunulan haberde Anayasanın 15. maddesinin son cümlesinde yer alan "...suçluluğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz." biçiminde düzenlenen masumiyet karinesi ihlal edilmiştir. Davacı henüz sanık sıfatı dahi almamış iken hakkında "...katil..." sözcüğü kullanılmak yoluyla toplumun kendisine karşı infial duymasına neden olacak biçimde öz ile biçim arasındaki denge bozulmuştur. Şu durumda



Savcıların Rolüne Dair İlkeler’de, Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları-Budapeşte İlkeleri’nde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Adalet Sisteminde Savcıların Rolüne Dair (2000/19) tavsiye kararında; savcının suçsuzluk karinesi olan irtibatı ifade edilmiştir.

AİHM, Dakaras/Litvanya kararında suçsuzluk karinesine dair önemli tespitlerde bulunmaktadır:

Diğer kamu otoriteleri gibi savcılık da suçsuzluk karinesine uymak zorundadır,

Suçsuzluk karinesinin ihlal edilip edilmediği, somut olay bazında ve özelinde değerlendirilmelidir,

Resmî evrakta tercih edilen ispatlanmıştır, sübut bulmuştur şeklindeki sözler ve deyimler; suçsuzluk karinesini ihlal etmese de “talihsiz” kelime tercihleridir,

Savcılığın yarı-yargısal bir fonksiyon ifa ettiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak bakıldığında; savcı, diğer kamu otoritelerine nazaran evleviyetle suçsuzluk karinesi uymak ve buna uygun bir dil kullanmak zorundadır. Bu konuda hâkimlerden ve mahkemelerden esinlenmeli, şüpheli/sanık haklarına mutlak riayete dikkat etmelidir.

dava konusu haber ile davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunun kabulü gerekir.” 4. H.D., T. 22.03.2012, E. 2011/1715, K. 2012/4615 (UYAP, 11.04.2016).



KISALTMALAR

- a.g.e.* : Adı geçen eser
- AİHM* : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- AİHS* : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- bkz.* : Bakınız
- C.* : Cilt
- C.D.* : Ceza Dairesi
- CEPEJ* : Commission européenne pour l'efficacité de la justice (Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu)
- C.G.K.* : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
- CMK* : Ceza Muhakemesi Kanunu
- D.* : Daire
- E.* : Esas
- K.* : Karar
- KHK* : Kanun Hükmünde Kararname
- KYOK* : Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar
- m./md.* : Madde
- No.* : Numara
- prg.* : paragraf
- s.* : Sayfa/sayılı
- S.* : Sayı
- T.* : Tarih
- TCK* : 5237 s. Türk Ceza Kanunu
- UYAP* : Ulusal Yargı Ağı Projesi
- Vol.* : Volume

KAYNAKLAR

ABU MORAD Mohannad Ahmad/AYUB Zainal Amin/NOOR Fauziah Mohammad, "Burden of Proof and Presumption of Innocence in the Prosecution of Illicit Enrichment with Reference to the Jordanian Legislation", **Journal of Law, Policy and Globalization**, Volume 49, 2016, s. 25-29.

BARADAN Shima, "Restoring the Presumption of Innocence", **Ohio Law Journal**, Vol. 72, No. 4, 2011, s. 723-776.

BARBU Silviu Gabriel, **Shortessay on Presumption of innocence ECHR precedent**, (<http://www.wseas.us/e-library/conferences/2011/Brasov1/LAW/LAW-29.pdf>, 22.06.2016).

BİRTEK Fatih, "Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan)**, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 953-990.

CENTEL Nur, "Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu (Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 218. 186-219.

CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice-Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu), **Report on "European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality of Justice"**, Strasbourg 2014.

DEMİR Abdullah, **Osmanlı Mahkemesi Medeni Yargılama Hukuku**, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul 2010.

DE JONG Ferry/VAN LENT Leonie, "The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle", **Utrecht Law Review**, Volume 12, Issue 1, January 2016, s. 32-49.

DÖNMEZER Sulhi, "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler", in: **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 67-74.

GALETTA Antonella, "The changing nature of the presumption of innocence in today's surveillance societies: rewrite human rights or regulate the use of surveillance technologies?", **European Journal of Law and Technology**, Volume 4, No. 2, 2013, s. 3-23.

GÖKCAN Hasan Tahsin, "Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2012, s. 195-206.



GRAY Anthony, “Constitutionally Protecting the Presumption of Innocence”, **The University of Tasmania Law Review**, Vol. 31, No. 1, 2012, s. 131-152.

KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

LIPPKE, Richard L., “The Prosecutor and the Presumption of Innocence”, **Criminal Law and Philosophy**, Volume 8, Issue 2, June 2014, s. 337-352.

MUMCU, Ahmet, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1994.

PICINALI Federico, “Innocence and burdens of proof in English criminal law”, **Law, Probability and Risk**, Vol. 13, No. 3-4, 2014, s. 243-257.

REID Karen, **A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights**, 4. Baskı, Sweet ve Maxwell Publishing, Londra 2011.

SEVİĞ Vasfi Raşit, “X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 3-4, 1956, s. 276- 342.

STUMER Andrew, **The Presumption of Innocence Evidential and Human Rights Perspective**, Hart Publishing, Oxford and Portland 2010.

ŞIK, Hüseyin, “Suçsuzluk Karinesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2013, s. 103-145.

TADROS Victor / TIERNEY Stephen, “The Presumption of Innocence and the Human Rights Act”, **The Modern Law Review**, Volume 67, 2004, s. 402-434.

ÜÇÖK Coşkun, “Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye’de Kuruluşu”, **Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1964, s. 38. 35-48.

WEIGEND Thomas, “Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice”, **Criminal Law and Philosophy**, Volume 8, Issue 2, June 2014, s. 285-299.

YARGI KARARLARI

AYİM, Daktaras/Litvanya, T. 10.10.2000, Application no. 42095/98 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855>, 11.04.2016).

AYİM, Telfner/Avusturya, T. 20.06.2001, Application no. 33501/96 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59347>, 08.04.2016).

AYİM, AffairePandy /Beçika, T. 12.02.2007, Application no. 13583/02, prg. 43, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76958>, 10.04.2016).

AYİM, Khuzhin ve Diğerleri/Rusya, T. 23.01.2009, Application no. 13470/02, prg. 94, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89062>, 10.04.2016).

AYİM, Karakaş ve Yesilirmak/Turkey, T. 28.06.2005, Application no. 43925/98, prg. 50 (http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/Echr_and_crim_procedure.pdf, 15.06.2016).

AYİM, Ürfi Çetinkaya/Türkiye, T. 23.07.2013, Başvuru no. 19866/04 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122857>, 19.06.2016).

AYİM, Peltreau-Viellenuve/İsviçre, T. 28.10.2014, Başvuru no: 60101/09 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147605>, 20.06.2016).

Anayasa Mahkemesi, T. 13.06.2013, Kürşat Eyol Başvurusu, Başvuru No: 2012/665 (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08d8d79-a271-4e65-a530-11d828eec3f0?wordsOnly=False>, 11.10.2016).

Anayasa Mahkemesi, T. 22.10.2015, E. 2015/9, K. 2015/94 (R.G., 07.11.2015-29525).

C.G.K., T. 09.06.2009, E. 2008/1-240, K. 2009/150 (UYAP, 11.10.2016).

C.G.K., T.27.09.2011, E. 2011/5-144, K. 2011/192 (UYAP, 11.04.2016).

10. H.D., T. 18.03.2013, E. 2013/359 , K. 2013/5041 (UYAP,21.03.2016).

13. C.D., T. 03.11.2011, E. 2011/17629, K. 2011/6976 (UYAP, 04.04.2016).

4. H.D., T. 22.03.2012, E. 2011/1715, K. 2012/4615 (UYAP, 11.04.2016).

14. C.D., T. 26.02.2013, E. 2012/12113, K. 2013/1852 (UYAP, 11.04.2016).

8. C.D., T. 15.03.2013, E. 2012/18034, K. 2013/8550 (UYAP, 11.04.2016).

4. C.D., T. 21.12.2015, E. 2015/25856, K. 2015/40453 (UYAP, 11.04.2016).



İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.mecelle.com/> (21.03.2016).

http://www.cigm.adalet.gov.tr/docs/genelge/153_1nolu.pdf
(21.03.2016).

https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Guidelines_on_the_Role_of_Prosecutors.pdf (21.03.2016).

<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/847b13--Savcilarin-Rolune-Dair-Ilkeler.pdf> (21.03.2016).

https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Budapest_guidelines_EN.pdf, (22.03.2016).

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServletcommand=com.instranet.mdBlobGet&InstranetImage=2719990&SecMode=1&DocId=366374&Usage=2> (22.03.2016). <http://www.prokuraturos.lt/lt> (13.10.2016).

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN GELİŞİM SÜRECİNDE İNSAN HAKLARI¹

(Human Rights in the Development Process of the European Union)

Dr. Aydın TURHAN²

ÖZ

İnsan hakları, tarihsel süreç içerisinde önemi artan kavramlardan biri olup, değişim ve gelişim göstermekte, insan haklarının korunması için çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Uluslararası kuruluşlar içerisinde Avrupa Birliği kurumsal olarak insan haklarına önem veren kuruluşların başında gelmektedir. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra birlik fikri üzerinde yoğunlaşan Avrupa'da ekonomik nedenler ilk başta öne çıkmıştır. Ancak gelişim sürecinde Avrupa Birliği'nde ekonomik birliğin yanında diğer konularda da birlik fikri üzerinde durulmuş ve buna ilişkin antlaşmalar yapılmıştır. Bu süreçte Birliğin gelişiminde insan hakları kavramı da esas alınmıştır. İnsan haklarının geliştirilmesine yönelik olarak kurucu antlaşmalarda dahil olmak üzere çok sayıda antlaşmada insan haklarını koruyucu ve geliştirici hükümlere yer verilmiştir. Antlaşmalar birbirinden bağımsız olsa da birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olup gelişen şartlara göre düzenlemeler içermektedir. İnsan haklarına saygı Birliğe üyelik için şart olarak konulmuştur. Ancak insan hakları gibi önemli ve saygın kavram bile ülkeler arası menfaat çatışmaları nedeni ile anlaşmazlıklara konu olabilmektedir. Bu durumun birlik fikrine zarar verdiği söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, Avrupa Birliği, antlaşma, birlik, değişim ve gelişim.

ABSTRACT

Human rights, as one of the nations of which importance in increase during historic process, shows changes and improvements, and various regulations are being carried out to protect to human rights. European

1 Bu çalışma, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalında "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'de İnsan Hakları Mevzuatındaki Değişim ve Bunun Uygulamaya Yansımaları" başlıklı doktora tez çalışmamızdan türetilmiştir.

2 Tokat Cumhuriyet Başsavcısı ♦ turhanayd@hotmail.com.



Union, institutionally, is one of the leading institutions giving importance to the human rights among the international institutions. After World War II., especially economic reasons became prominent in Europe where the idea of union was centered. However during development process the idea of union was considered in other issues beside the economic union and the agreements related to these were done. Human rights notion also taken into consideration in the Union development during the process. To improve the human rights, provision protecting and developing human rights were given place in several agreements including the constituent ones. Even the agreements are independent of each other, they include provision according to changing conditions and completing each other. It is a must to respect the human rights to be member of the Union. However, the human rights, as being so important and respectful, can be a subject for the conflicts resulted from conflict of interest among the countries. This can be said to give harm to the idea of the union.

Keywords: Human Rights, European Union, agreement, union, change and development.

GİRİŞ

Avrupa Birliği, dünya politikasına yön veren ve İkinci Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan önemli kuruluşlardan biridir. AB'nin kuruluşu ve gelişimi, önemli tarihsel süreçlerden geçmiş ve bu dönemlerin kendine özgü ekonomik, kültürel ve sosyal değişimleri ile birlikte bir gelişim seyri göstermiştir. Özellikle Sovyetler Birliğinin dağılması ile Sovyetler Birliğine bağlı olan eski doğu bloğu ülkeleri AB'ye girmeyi istemiş ve bunu da başarmışlardır. Ancak her Avrupa ülkesi, Birliğe doğrudan katılmayıp kriterleri yerine getiren ülkeler Birliğe girmeye hak kazanmıştır.

AB'ye katılım için gerekli olan şartlardan biri ülkelerin insan hakları karşısındaki tutumları ve uygulamalarıdır. AB, insan hakları ihlallerine karşı yaptırımlar uygulamaktadır. En önemlisi AB'ye giriş için insan haklarına saygılı olma şartı vardır. Bu kapsamda, AB'nin kuruluşu, gelişim süreci, AB'nin insan haklarına bakışı ve insan hakları ile ilgili önemli belgeler incelenecektir.

I. AB'NİN KURULUŞ NEDENLERİ VE GELİŞİM SÜRECİ

AB'nin kuruluş nedenlerini ve gelişim sürecini anlayabilmek için özellikle II. Dünya Savaşı sonrasına bakmak gerekir. II. Dünya Savaşı sonunda dünyada etkili olan önemli kuruluşlardan birisi AB'dir. Savaşın olumsuzluklarından sonra ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları bir derece



olsun giderebilme amacı ile kurulan Birlik, genişlemiş ve Dünyada söz sahibi olan bir kuruluş hâline gelmiştir. Avrupa'da birlik fikri II. Dünya Savaşından sonra birden bire ortaya çıkmamış olup belirli bir süreç izlemiştir. Bu bölümde Birlik fikrinin ortaya çıkışı, özellikle II. Dünya Savaşından sonraki tarihsel süreç ve gelişmeler incelenecektir.

A. Avrupa'da Birlik Fikrinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Avrupa'da birlik fikri yirminci yüzyılda ortaya çıkan bir fikir değildir. Avrupa'nın bütünleşmesine katkı sağlayan ilk girişimleri hem örgütlenme hem de düşünsel düzeyde Eski Yunan'da bulmak mümkündür. "Avrupa (Europa)" kelimesinin etimolojik kökeni Yunan mitolojisine dayanmaktadır. Efsaneye göre, Fenike Kralı Phoniks'in kızı olan Europa bir gün çiçek toplarken tanrı Zeus tarafından görülmüştür. Zeus, Europa'dan etkilenmiş ve bir boğa kılığında girerek Europa'yı kaçırmıştır. Bu efsane Avrupa Birliğinin para birimi olan Euro'nun, 2 Euro'luk para biriminde tasvir edilmiştir³. Bu efsanenin para birimlerinde düzenlenmiş olması Avrupa'nın tarihine ve kültürel değerlerine önem verdiği şeklinde yorumlanabilir.

Milattan önce sekizinci ve dokuzuncu yüzyıllarda Eski Yunan toplumunu yansıtan Homeros Destanlarında, güçlü bir feodal bey olan Agamennon'un liderliğinde gevşek bir federasyondan oluşan birleşmiş bir toplumsal yapıdan söz edilmektedir. Askeri iş birliği öne çıkan bu yapıda kral eşitler arasında birinci durumdadır. Barış zamanlarında soylular kurulu savaş zamanlarında ise komutanlar kurulu diye toplanmaktadır. Eski Yunan site uygarlıklarındaki meclis ve kurullar ile yargı mekanizmasıyla yürütülen siyasal sistemin Avrupa bütünleşme aşamalarına kaynaklık eden alt yapıda büyük etkileri olmuştur⁴.

Roma İmparatorluğu, bugünkü Avrupa'nın sınırlarını oluşturan geniş bir alanda otoritesini kabul ettirmeyi başarmıştır⁵. Toprak birliğinin yanı sıra Roma uygarlığının Avrupa bütünleşmesine sağladığı en büyük katkıların başında Roma Hukuku gelmektedir. Bireysel ve toplumsal ilişkilerin yanında uluslararası ilişkileri de kapsayan Roma Hukuku, Halk Meclisi, Senato, İmparator ve hukukçular arasında yasama ve yargı güçlerini bağdaştıran bir güç mekanizması sağlaması bakımından önemlidir. İmparatorluğun alanı bakımından küresel bir güç olan

3 CHALMERS Damian, Davies, Gareth, Monti, Giorgio, **European Union Law**, Cambridge University Pres, UK (United Kingdom), 2010, s.önsöz.

4 DEDEOĞLU Beril, **Avrupa Birliği Bütünleşme Süreci I: Tarihsel Birikimler, Dünden Bugüne Avrupa Birliği** (Der: Beril Dedeoğlu), Boyut Kitapları, İstanbul, 2003, s.20.

5 CAIRNS Walter, **Introduction to European Union Law**, Cavendish Publishing Limited, London, 2002,s.13.

Roma'nın hukuk sistematığı, bir tür evrensel hukukun ortaya çıkmasını sağlamıştır. Hukuka bağlı yönetim Roma'yı ve Roma vatandaşlarını ifade etmekte, bunun dışındakiler ise "öteki" olarak sayılmaktadır. Günümüzdeki "Avrupa Vatandaşlığı" kavramının Roma vatandaşlığı kavramına dayandığı ve benzer şekilde bu vatandaşlığın hukuk kuralları ile somutlaşmış değerler sistemini ifade ettiği ileri sürülmektedir. Söz konusu değerler sistemi Cicero'nun emperyalizm politikasının ardından, Milattan önce 27'de Augustus döneminde Pax Romana (Roma Barışı) ile kimlik bulmuştur. Milattan sonra 180'de Marcus Aurelius'un ölümüne kadar süren ve hukuka dayalı kuralların varlığı ile eş anlamlı olan Pax Romana, yaklaşık 200 yıllık bir barış ve güven ortamı olarak tarihe geçmiş, paraların simgesi olmuş ve Romalı olmanın ayrıcalığı hâline gelmiştir⁶.

Hristiyanlığın kabulünden sonra, Hristiyanlaşma ve Hristiyanlığı dünyaya hâkim kılma politikası, Avrupa için birleştirici ana öge olmuştur. Roma İmparatorluğundan beri Hristiyanlaşma ve Hristiyanlığı dünyaya hâkim kılma politikası, Avrupa'nın temel ve geleneksel bir politikası hâline gelmiştir. Hristiyanlığın doğuşundan ve Roma İmparatorluğunun Hristiyanlaşmasından sonra Katolik mezhebinden olmayanların barbar olarak isimlendirilmiştir. Katolik mezhebine girenlerin Romalı olarak isimlendirilmesi, Avrupa kültürünün bu kültüre sahip milletlere belli bir dünya görüşü kazandırdığını da ortaya çıkarmaktadır⁷.

Ortaçağ Avrupa'sı için de birleştirici ana öge Hristiyanlıktı. Hristiyanlığın temsilcisi Papalık olmakla birlikte dükalık, prenslik gibi siyasi birimlerin tamamı üzerinde denetime sahip değildi. Ancak böyle olmakla birlikte tüm yerel yöneticiler Papanın temsilcisi olarak kabul edilmekteydi. Bu yöneticiler de Avrupa'da Magna Civitas Christiana'yı (Büyük Hristiyan Yurttaşları) oluşturuyordu. Kilisenin yönetim birimleri üzerindeki etkisinin azalması, yavaş yavaş devlet sistemine zemin hazırladı. Roma İmparatorluğunun dağılmasından sonra, tek merkezde yoğunlaşan bir otorite etrafında bütünleşen ulusal birimlerin oluşmasına uygun ortam meydana gelince, bu durum bölgelerarası yakınlaşmaya da ortaya çıkardı. Bu gelişmeler, tek hanedan veya askeri gücün artık Avrupa'da egemenliği elde edemeyeceği gösteriyordu⁸.

İstanbul'un fethedilmesi, Avrupa için "doğu" tehdidinin tekrar yükselmesi ve yeniden birleşme için önemli bir olay olarak algılanmıştır.

6 DEDEOĞLU, s.22.

7 AYDIN M.Sabir, **Siyasi ve Hukuki Olarak Avrupa Birliği**, Asil Yayınları, 2008, Ankara, s.60.

8 CANBOLAT İbrahim S., **Avrupa Birliği ve Türkiye-Uluslararası Sistemle Ortaklık**, Alfa Akademi Yayınları, Bursa, 2011, s.73.



Doğu-Batı Avrupa sınırının Bizans yerine Osmanlı ile yer değiştirmesi ve Osmanlı'nın söz konusu sınırı Batıya doğru zorlaması on beşinci yüzyıl Avrupa'sı için büyük bir tehdit olarak görülmüştür. 1459 yılında Bohemya Kralı George Podebrad ile Papa II. Pius Osmanlı tehdidine karşı Avrupa'yı birleşmeye çağırıştır. Kral Podebrad'ın 1463 yılında yazdığı kitabın konusu İstanbul'un geri alınması için öncelikle kendi aralarındaki uyuşmazlıkları çözümlenecek bir barış ağının kurulmasını diğer bir deyişle yeni bir "Pan Avrupa"nın oluşturulması olmuştur. Bu öneri somut bir örgütlenme modeli ile desteklenmiştir. Oluşturulacak Avrupa Konfederasyonunun organları ve işleyiş biçimi bugünküne benzemektedir. Beş yılda bir seçilecek kişilerden kurulu oy çokluğu ile karar alan bir Meclis, Kral veya prenslerden kurulu bir Konsey ve bir tür adalet divanı, Konfederasyonun kurumsal yapısı olarak gösterilmiştir. Polonya ve Macaristan tarafından onaylanan bu çağrı Fransa tarafından reddedilmiştir. Böylece birlik yaşama geçirilememiştir⁹.

On altıncı ve on yedinci yüzyıllar Avrupa'da büyük değişimlerin yaşandığı dönemlerdir. Bu dönemlerde büyük buluşlar ve coğrafi keşifler sonucunda Osmanlı'ya karşı birlik olma fikri ikinci plana atılmış Avrupa'da rekabet artık kendi içinde başlamıştır. Bu dönemlerde bütünsel bir Hıristiyanlıktan söz edilemez. Rönesans ve Reform hareketlerinin etkisiyle "Hıristiyan Topluluğu" fikri yerini "Avrupa Devletler Sistemi"ne bırakmıştır. İtalya'da başlayan Rönesans hareketleri, on beşinci yüzyılın sonlarında Kuzey Avrupa kentlerinde etkili olmaya başladı. İtalyan kent devletleri, ticaret sayesinde Hıristiyan olmayan dünya ile ekonomik ve kültürel etkileşim içinde olmuştur. Bu sayede Hıristiyan doktrin ve uygulamalarının gittikçe geçersiz olmaya başlaması sonucu ortaya çıkan laik yaşam anlayışı Avrupa'nın kuzeyinden önce İtalya yarımadasında etkili olmuştur. Reform Hareketleri on beşinci ve on altıncı yüzyılda Kilisenin dogmatik düşünce tarzına karşı başlatılmıştır. Reform hareketlerinin öncüsü olan Martin Luther'in amacı Kilise'yi düzeltmek değil, onun yerine İncil'den çıkarılacak ilkeler doğrultusunda yeni bir Kilise kurmaktır. Reform hareketleri sonucunda Kilise yaklaşık olarak bugünkü şeklini almıştır. Papalık, devlet yönetiminden ayrı dinsel bir örgüt olmuştur. Rönesans ve Reform hareketleri arasındaki etkileşim Avrupa'nın entelektüel ve manevi enerjisini yükseltmiştir¹⁰.

9 DEDEOĞLU, s.26.

10 ALGANER Yalçın Çetin / Müzeyyen Özlem, "Avrupa'da Birlik ve Bütünleşme Hareketleri (I)", *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, S.2, 2007, s.290.



On sekizinci yüzyıl boyunca herhangi bir Avrupa devleti diğerine üstünlük sağlayamamıştır. On sekizinci yüzyıl tarihi Avrupa'da modern devlet sisteminin kurulma tarihi olarak kabul edilmektedir. Bu yüzyılın sonundan itibaren Avrupa'nın güç yoluyla birleştirilmesine gidilmiştir. Örneğin, Napolyon evrensel bir Fransız İmparatorluğu kurarak bütün Avrupa'yı içine almak istiyordu. Napolyon bu amacını, Avrupa'da ortak çıkarlara dayanmadığı için diğer güçlerle çatışma içine girmesi nedeni ile gerçekleştirememiştir. Bu dönemde Avrupa'daki karışıklığın giderilmesi, Napolyon'dan sonra düzenin yeniden kurulması için uzun ve çetin görüşmeler, karşılıklı uzlaşmalar gerekli olmuştur. Fransa'nın işgal ettiği yerler boşaltılırken, Almanya 38 Alman devletçliğini birleştirerek bir Alman Konfederasyonu kurmuştur. Bu yeni Avrupa düzeninde Fransa denetim altına alınmıştır¹¹.

Avrupa'da birlik düşüncesi, Avrupa'daki bazı düşünürlerin de ilgisini çekmiştir. On sekizinci yüzyılda J.J.Rousseau, uluslar üstü bir federal birlik yoluyla devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün ve barışın mümkün olacağını savunmuştur. Rousseau, Avrupa devletlerinin genel bir sözleşme çerçevesinde kalıcı ittifaklar kurmasını önermiştir. Bu ittifaklar klasik ittifaklardan olmayıp bağlayıcı kurallar ve yasalar koyacak bir sistem niteliğinde olmalıdır. Sorunların görüşülüp çözümlenmesi de dahil olmak üzere her türlü ortak faaliyete ortam hazırlayacak bu sistemde ortak giderlerin karşılanması amacıyla bütçe oluşturulacaktı. Bugünkü AB'de olduğu gibi başkanlığın eşit zaman aralıklarıyla üyeler arasında paylaşılmasını ileri sürmüştür¹².

Fransız düşünür Saint Simon tarafından 1814 yılında "Plan for the Reorganisation of the European Society (Avrupa Toplumunun Yeniden Düzenlenmesi Planı) isimli bir kitapçık yayınlandı. Saint Simon'a göre tüm Avrupa Devletleri ulusal parlamentoları tarafından yönetilmeliydi. Ancak genel yani her devleti ilgilendiren konularda karar vermek için bir Avrupa Parlamentosu oluşturulmalıydı. Victor Hugo'da Avrupa'da devletler arasında bir birliğin oluşumunu savunmuştur¹³.

Birinci Dünya Savaşının patlak vermesi ile Avrupa'daki birlik fikri kesintiye uğramıştır. Savaşın çıkış sebebi olarak, Fransız İhtilali'nden sonra ortaya çıkan milliyetçilik akımları sonrasında oluşan güç dengesindeki yaşanan uyuşmazlıklar, sanayi devriminden sonra ortaya çıkan hammadde ihtiyacı karşılanması için gerekli olan sömürgelerin elde

11 CANBOLAT s.82.

12 CANBOLAT, s.101-102.

13 CHALMERS vd., s.7.



edilmesindeki çekişme olarak gösterilebilir. Savaş sonucunda Avrupa büyük bir yara almıştır.

Birinci Dünya Savaşından sonra Avrupalı devletleri barış içerisinde bir araya getirmek için önerilen en önemli örgütlenme önerisi 1924 yılında gündeme getirilen Uluslararası Pan Avrupa Hareketi olmuştur. Bu hareket, Avrupa Devletlerinin Fransa ve Almanya merkezli federal birlik oluşturmalarını fakat İngiltere ve Sovyetler Birliğinin bu birliğin dışında tutulmasını öneriyordu. Bu hareketin önderliğini Avusturyalı siyasetçi Richard Coudenhove- Kalergi yapmıştır. Kalergi özgürlükçülük, Hıristiyanlık, sosyal sorumluluk ve Avrupalılık çerçevesinde federal bir Avrupa sistemi öneriyordu. Söz konusu bu öneri kabul görmemiştir¹⁴.

B. II. Dünya Savaşı Sonrası ve AB'nin Ortaya Çıkışı

Birinci Dünya Savaşı sonucunda Almanya'nın gücünün tamamı ile kaybetmemiş olması, Almanya ile Fransa arasındaki çekişmelerin devam etmesi, Almanya'da Adolf Hitler'in iktidara gelmesi, Hitler'in tüm Avrupa'ya sahip olma düşüncesi ve saldırgan tavrı gibi nedenlerle İkinci Dünya Savaşı ortaya çıkmıştır.

İkinci Dünya Savaşı tarihte büyük bir insanlık ayıbı olarak yerini aldığı gibi küresel çapta da büyük tahribatlara yol açmıştır. Özellikle Avrupa'da kalıcı izler bırakmıştır. ABD tarafından yapılan ve Marshall yardımları diye adlandırılan yardımlar bu izleri silmeye yönelik yardımlardır. ABD'nin amacı savaş sonucunda büyük bir yıkım yaşayan Avrupa'nın bir an önce siyasi, sosyal ve kültürel sorunlarını çözme isteğiydi. Avrupa ülkeleri, İkinci Dünya Savaşından sonra toparlanmaya çalışırken bir yandan da kendi içlerinde güvenlik tehditlerini değerlendirmeye başlamışlardı. Uluslararası güvenlik açısından savaştan sonra mağlup olmasına rağmen en büyük tehdit olarak Almanya algısı vardı. Birinci Dünya Savaşında yenilen Almanya daha elli yıl bile geçmeden bir Dünya savaşı çıkaracak güce sahip olmuştur. Bu yüzden antlaşmalarla Almanya'nın ordu kurması ve silahlanmasının engellenmesi lazımdır. Avrupa ordusu kurulmasını öngören ancak faaliyete geçirilemeyen Fransa'nın öncülüğündeki Avrupa Savunma Topluluğunda Almanya dışarıda tutuldu¹⁵.

İkinci Dünya Savaşına yol açan, hızlı savaş ve ulaşım araçlarının mülkiyetinin güdümü ile ortaya çıkan Alman milliyetçiliğinin ve bu şekilde ortaya çıkıp Avrupa'yı parçalayabilecek milliyetçi akımların Avrupa

14 ALGANER Çetin, s.301.

15 KESKİN M.Hakan, **Doğru Sanılan Yanlışlarla Avrupa Birliği**, Ofset Fotomat, Ankara, 2010, s.7.



Toplumculuğu potasında eritilmesi amacı önem kazanmıştır. Avrupa ülkelerinin Almanya'ya karşı tutumu olmakla birlikte bir başka tehlike ise Sovyetler Birliği olarak gözükmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonunda Sovyetler Birliği'nin Balkanlarda, Doğu ve Orta Avrupa ülkelerinde yaptığı ve yaptırdığı komünist darbeler ile 1948'deki Çekoslovakya darbesi Batı Avrupa ülkelerinde ciddi bir endişe ve tehdit olarak algılandı. Sovyetler Birliği'nin aynı darbelerle Batı Avrupa'yı da ele geçirme endişesi Batı Avrupa ülkelerini harekete geçirdi. Fransa ve İtalya ile birlikte Benelüks ülkeleri 4 Mart 1948'de Batı Birliğini kuran bir antlaşma imzaladı. Bu dönemde Kuzey Avrupa ülkeleri Almanya'ya ve Sovyetler Birliği'nin komşu olmaları nedeniyle çekindiklerinden katılmadılar. Nitekim Batı Birliği Berlin ablukası karşısında pasif kalmıştır¹⁶.

1950'li yıllarda Avrupa'nın bütünleşmesine ilişkin olarak değişik planlar bulunuyordu. Ancak bu planların temel amacı Avrupa'daki barışın ve refahın sürekliliğini sağlamaktı. Planlar arasındaki farklılıklar birleşmenin konusuna ilişkindi. Üç ayrı görüş ortaya çıkmıştı. Birincisi, Doğu ve Batı Avrupa'yı içine alan üniversalist bir Avrupa Birliği görüşü; ikincisi, anayasal düzenlemeye dayalı bir Avrupa Birleşik Devletlerini öneren görüş, üçüncüsü ise Avrupa'nın işlevsel anlamda ekonomik ve siyasal koşulların oluşturulmasıyla kurulacak bir Avrupa Birliğini savunan görüştür¹⁷. Bu görüşlerden birincisi, Sovyetler Birliğinin ve dolayısıyla sosyalizmin etkisinde olan Doğu Avrupa ülkelerinin birlik fikrine pek olumlu bakmadığı için gerçekleşme olanağı yoktu. İkinci görüş ise bugün bile bir Avrupa Birliği Anayasasının oluşturulamamış olması nedeni ile uygulanması mümkün olmamıştır. Üçüncü görüş yani uygun ekonomik ve siyasal koşulların oluşturulması sonucu ile kurulacak Avrupa Birliği uygulanabilir bir görüş olmakla birlikte ilk başta ekonomik açıdan birlik üzerinde durulmuştur.

Fransız Dışişleri Bakanı Robert Schuman Avrupa'nın üç sorunu olduğuna inanıyordu. Birincisi ABD'nin ekonomik olarak hakimiyeti, ikincisi Sovyetler Birliği'nin askeri hakimiyeti ve üçüncüsü de Almanya'nın toparlanması ile birlikte bir savaşın mümkün olmasıydı. ABD uzun dönemde Avrupa'nın ekonomik ve siyasal bütünleşmesini destekliyordu. Robert Schuman'a göre, Avrupa'da düzeni sağlayabilmenin en iyi yolunun demir ve çelik üretiminin uluslararası ortak bir yüksek otoriteye bırakılmasıydı. 9 Mayıs 1950'de Robert Schuman, Schuman planı diye adlandırılan ve "Avrupa Birliğinin babası" olarak tanımlanan seçkin

16 AYDIN, s.61-62.

17 CANBOLAT, s.95.



bir ekonomist olan Fransız Jean Monnet'in görüşleri ile temellendirdiği planını açıklamıştır. Schuman planında, Fransa ve Almanya esas almasına rağmen ayrıca İtalya, İngiltere ve Benelüks (Belçika, Hollanda, Lüksemburg) ülkelerini bu birliğe katılmaya davet etti. Schuman Planı, Almanya ve Fransa için avantajlıydı. Almanya için tekrar uluslararası prestij kazanmanın yoluordu. Fransa için ise Alman ekonomisini kontrol altında tutmak için bir fırsattı. Schuman Planı Avrupa'da birçok ülkenin dikkatini çekti. Sonuç olarak planı görüşmek için 20 Haziran 1950'de Paris'te Fransa, İtalya, Batı Almanya ve Benelüks ülkelerinin katıldığı uluslararası bir konferans toplandı. Paris'te 18 Nisan 1951'de Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) kuran antlaşma Fransa, İtalya, Batı Almanya ve Benelüks ülkeleri tarafından imzandı ve 25 Temmuz 1952'de yürürlüğe girdi¹⁸.

Ruhr bölgesi gibi çelik ve kömür açısından zengin olan stratejik bir bölgenin ulusüstü bir sistemle yönetilmesinde sağlanan başarının ardından 1957'de kurucu altı üye, iki yeni yapıyı oluşturdu. Bunlardan birincisi, ABD'nin Japonya'ya kullandığı atom bombalarının gücünü ve savaş alanındaki etkisini görmeleri üzerine nükleer enerjinin stratejik boyutuna eğilmek amacıyla oluşturuldu. Bu kapsamda Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu (AAET) kuran ilk Roma Antlaşması 25 Mart 1957'de imzalandı. AAET'nin amacı, Avrupa'da nükleer enerji endüstrisinin kurulması, geliştirilmesi, barışçı yollardan kullanılması ve nükleer enerjinin artırılmasıydı. Ancak asıl amaç daha fazla ekonomik işbirliğiydi. Bu amaçla Avrupa Ekonomik Topluluğunu (AET) kuran ikinci Roma Antlaşması 14 Ekim 1957'de imzalandı. AET, bugünkü AB'nin çekirdeği olarak kabul edilmektedir¹⁹.

Bu üç kurum yani AKÇT, AAET ve AET, 1957 yılında yürürlüğe giren Füzyon antlaşması ile birleşti ve Avrupa Toplulukları ismini aldı. Ekonomik anlamda bu uluslararası bütünleşme siyasal birliği bütünleştirmenin yolunu açtı. Çünkü, siyasal entegrasyon ancak sosyal ve ekonomik entegrasyonu içerdiği ölçüde gerçekleşme imkânına sahipti²⁰. Bu yıllarda yani 1960-1968'li yıllarda İngiltere'nin topluluğa girme çabaları Fransa'nın vetosuna takılmıştır. 1968'de Fransa'da De Gaulle'nin iktidardan uzaklaşması, Fransa'nın İngiltere'nin üyeliği önündeki vetosunu kaldırmasını sağlamıştır²¹.

18 KACZOROWSKA Alina, *European Union Law*, Routledge (Taylor & Francis Group), London and New York, 2011, s.7.

19 KESKİN, s.10.

20 CANBOLAT, s.129

21 DEDEOĞLU, s.53.

De Gaulle'ün siyasetten çekilmesi sonucunda İngiltere, Danimarka ve İrlanda ile katılım antlaşması imzalanarak 1 Ocak 1973 tarihinde bu ülkeler AET'ye üye kabul edildiler. Böylece, AET kuruluşundan beri ilk önemli gelişme ve genişlemeyi gerçekleştirerek üye sayısını dokuza yükseltmiştir. Bu genişleme Avrupa bütünleşme sürecinde önemli adımlardan biri olarak kabul edilmelidir²². 1980'lere kadar genişleme yönünde durağan bir süreç izlenmiş olup 1980'lerin başında 1981 yılında Yunanistan AET'ye üye olarak kabul edilmiştir.

1986 yılında İspanya ve Portekiz AET'ye üye olmuş, böylece üye sayısı on ikiye çıkmıştır. 1986'da imzalanıp 1987'de yürürlüğü giren Avrupa Tek Senedi Antlaşması ise Avrupa'nın bütünleşme sürecinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu antlaşmanın hedefi Avrupa iç pazarı kurmaktır. Bu antlaşmanın ekonomik bütünleşme kadar siyasi bütünleşme açısından da önemli bir yeri vardır. 1970'lerden beri fiilen yürütülen dış politika pozisyonlarını uyumlaştırarak ortak bir Topluluk kurma girişimleri ilk defa bu antlaşma ile Avrupa Birliğini gerçekleştirme amacına yönelik olarak, kurumsal ve hukuki bir niteliğe kavuşmuştur²³. Bu antlaşmadan sonra AET ifadesi yerini Avrupa Topluluğu ifadesine bırakmıştır.

Avrupa Tek Senedi ile Avrupa Parlamentosunun Topluluk içerisinde katkısı ve yetkileri genişletilmiştir. Avrupa Parlamentosuna danışılması gereken konuların belirlenmesi, iş birliğine dayanan konuların Senet ile artırılması, dış politika alanında görüşlerin bildirilmesi Senedin getirdiği yeniliklerdir. Bu yeniliklerle Avrupa Parlamentosunun ulusal parlamentolara benzetilmesi yönünde bir adım atılmıştır²⁴. Bu gelişmelerin temel amacı, Avrupa Parlamentosunun güçlendirilmesi ve ulusal parlamentolarda alınan kararlarda etkili olmasının sağlanması olduğu ileri sürülebilir. Çünkü her ulusal parlamentolarda alınan karar bir diğer ulusal parlamentoda alınan karara benzemez. Bu nedenle Avrupa'da her alanda bütünleşme, ulusal parlamentolardan üstün Avrupa Parlamentosu tarafından alınan kararlar doğrultusunda oluşabilir.

1991 yılında Sovyetler Birliğinin dağılması ile uluslararası alanda iki kutuplu sistem sona ermiştir. İkinci Dünya Savaşından sonra yaklaşık yarım yüzyıl süren bir yapının ortadan kalkmış olması birçok açıdan Avrupa'da bütünleşme ile ilgili önemli bir kırılmaya işaret ediyordu. Çünkü bu yapı Avrupa kıtasının bölünmüşlüğü üzerine kuruluydu. Doğu

22 MOR Hasan, "Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, 2010, s.512.

23 MOR, s.515.

24 CANBOLAT, s.134.



Bloğu temelde Sovyetler Birliği'nin güdümündeki Doğu Avrupa'dan, Batı Bloku ise Amerika'nın güdümündeki Batı Avrupa'dan oluşuyordu. Blokların Avrupa dışındaki etki ve nüfuz alanları bu merkezlerin taktik çevrelerinden ve manevra alanlarından öteye çok fazla bir anlam taşımamaktadır²⁵.

1991 yılında imzalanıp 1993 yılında yürürlüğe giren Maastrich Antlaşması ile Avrupa Topluluğu ifadesi yerini Avrupa Birliği ifadesine bıraktı. Bu antlaşma ile ortak para politikası, savunma, adalet, güvenlik ve içişlerinde işbirliği gibi siyasal bütünleşme adına egemenlik yetki devri gerektiren temel konularda önemli ilerlemeler kaydedildi. Bu antlaşma Avrupa'da hem siyasi hem de ekonomik birlik için önemli bir adımdır²⁶.

AT'yi AB'ye dönüştüren sürecin 1990'ların başında başlaması, 1950'lerden itibaren geçirilen sürecin zorunlu bir tırmanışıdır. Giderek daha fazla konuda ortaklık kurulması Birlik aşamasına geçilmesini zorunlu kılmıştır. Ayrıca uluslararası alanda iki bloklu yapının ortadan kalkması, Doğu bloğunda yer alan devletlerin sosyalizm sonrasında ekonomik ve siyasal krizlerin içine girmeleri de birlik aşamasına geçilmesinde önemli unsurdur. Tehlike olarak görülen Sovyetler Birliği'nin ortadan kalkması yeni ve daha büyük bir tehlikeyi, Avrupa'da istikrarsızlığı getirmiştir. İçsel ve dışsal konjoktür ile ABD'nin sistemde ağırlığının artması, birliğin oluşumunda büyük rol oynamıştır²⁷.

1997'de imzalanan Amsterdam Antlaşması ile en büyük genişleme kuşağının teknik altyapısının oluşturulduğu 2000 yılında imzalanan Nice Antlaşmasının yolu açıldı. Nice Antlaşması ile AB'nin kurumsal ve siyasal yapısının güçlendirilmesi hedeflenmiştir. Bu antlaşma ile AB'nin ortak politikaları ve eylem alanları genişletilmiştir. AB'nin önemli bir küresel aktör olma yolunda yasal düzenlemeleri bu antlaşma ile büyük çoğunlukla tamamlamıştır²⁸.

Nice Antlaşmasının 2003'de yürürlüğe girmesi ile birlikte 2004 yılında Çek Cumhuriyeti, Estonya, Letonya, Güney Kıbrıs, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Slovakya, Slovenya AB'ye tam üye olmuş ve birlik üye sayısı 25'e yükselmiştir. Bu üyelerin çoğu soğuk savaş döneminde düşman kutup içerisinde yer alan Orta ve Doğu Avrupa ülkeleridir²⁹. 1995'deki

25 MOR, s.516.

26 KESKİN, s.13.

27 DEDEOĞLU, s.57.

28 KESKİN, s.13.

29 MOR, s.525.



Avusturya, Finlandiya ve İsveç'ten sonraki bu genişleme ile birlikte soğuk savaş döneminin izleri silinerek Avrupa'nın coğrafi olarak bütünleşmesi yolunda önemli bir adım atılmıştır. Bu birleşme ile Avrupa'nın Almanya ve Fransa gibi önder ülkelere özellikle ekonomik yönden ağırlık yüklense de bu birleşmelerin uzun dönemde özellikle güvenlik açısından Avrupa'nın faydasına olacağı ileri sürülebilir.

2007 yılında Bulgaristan, Romanya, 2013 yılında Hırvatistan'ın üyeliği ile 28 üyeli bir kuruluşa dönen AB'nin henüz bir anayasası yoktur. 2005 yılında Hollanda ile Fransa'daki referandumlar sonucu kabul edilmeyen AB Anayasası, AB'yi dolayısıyla Avrupa'daki birlik fikrini derin bir krize sokmuştur. Her ne kadar birlik fikri ön plana çıksa da her bir ülkenin kendi iç politikası ve dış siyasetteki farklı düşünceleri AB'nin tek bir anayasa etrafında toplanmasını zorlaştırmaktadır. Ortak bir anayasanın varlığı süreç isteyen bir gelişmedir. Çünkü anayasa ile birlikte ülkelerdeki egemenliğin kullanımının devrinin gerçekleşmesi söz konusudur. Bu fikre ülkelerin ve insanların alışması uzun bir süreci gerektirebilir.

II. AVRUPA BİRLİĞİ VE İNSAN HAKLARI

AB, demokrasi ve insan haklarını, varlığının sürekliliği için gerekli görmüştür. Birliğe katılacak ülkelerin de demokrasi ve insan haklarına saygılı olmasını üyelik için kriter olarak belirlemiştir³⁰. AB ve insan hakları alanındaki ilişkiyi dönemler hâlinde ele almak konunun gelişiminin anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

A. Maastrich Antlaşması Öncesi İnsan Hakları

AB, insan haklarının korunması bakımından belli bir süreçten geçmektedir. Maastrich Antlaşması ile birliğe dönüşen AB öncesinde AET, AKÇT, AAET'nu kuran antlaşmalarda temel haklarla ilgili hükümlere yer verilmemiştir. Bunun asıl nedenini, bu toplulukları kuran antlaşmaların ekonomik birlikte yoğunlaşmasında aramak gerekir. Ancak ilerleyen zamanlarda temel haklar konusunda uyulacak açık kurallar getirilmesi yönünde görüşler ortaya çıkmıştır. Bu konuda ilk kez Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), 1960'lı yıllardan itibaren içtihat hukuku geliştirmeye başlamıştır³¹.

AT kapsamında hakların korunması ile ilgili olarak ATAD'ın, yeni adı ile Avrupa Birliği Adalet Divanınının (ABAD), hakların korunması ile

30 CANBOLAT, s.394.

31 KARAOSMANOĞLU Fatih, *Tarihin Başlangıcı-Uluslararası İlişkiler& Haklar ve Güvenlik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.275.



ilgili olarak belli bir standart getirdiği kabul edilmektedir. ABAD'ın üye ülkeler için ortak anayasal teamülleri göz önünde tuttuğu ve başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olmak üzere insan haklarının korunması alanındaki uluslararası antlaşmaları da değerlendirdiği belirtilmektedir. 1950 ile 1980 yılları arasındaki kararlarında ABAD, yasal korunma hakkı, eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, ölçülülük esası, hukuki kesinlik ilkesi, savunma hakkını en önemli AB prensipleri olarak kabul etmiştir³².

Avrupa Parlamentosunun temel hakların korunması ile ilgili girişim ve çabaları 1972'ere kadar dayanır. 10 Şubat 1972'de kabul edilen bildiride, üye devletlerin, anayasalarından ve AİHS'den kaynaklananlar başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunmasına öncelik verecekleri, topluluğun amaçlarına ulaşmaya çalışılırken bu haklara saygı gösterileceği özellikle belirtilmiştir³³.

1983 yılından beri Avrupa Parlamentosu düzenli olarak her yıl "Dünyada İnsan Hakları" konulu bir rapor yayınlanmaktadır. Raporun kapsamı olaylara ve raportörlerin ilgi alanlarına göre değişmektedir. İdam cezasının kaldırılması, ırkçılıkla mücadele ve dış ilişkilerde Topluluğun tüm kurumlarını kapsayan ortak bir insan hakları politikası gerekliliği gibi konular hemen hemen her yıl gündeme gelmektedir. Hangi hakka öncelik verileceği sorunlara göre saptanmakta olup örneğin eski Yugoslavya'da meydana gelen olaylar sırasında çıkan yıllık raporda azınlık haklarına öncelik verilmiştir³⁴.

1986 yılının Temmuz ayında Topluluğa üye devletlerin Dışişleri Bakanlarının insan hakları konusunda yaptıkları açıklamada insan haklarının dünyadaki endişe verici durumunu, hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğini, pek çok insanın açlık, hastalık ve imkânsızlıklar nedeni ile acı çektiğini belirterek insan hakları ihlalleri karşısında siyasal işbirliği konusundaki kararlılıklarını belirtmişlerdir. Topluluk ile üye devletlerin üçüncü ülkelerle ilişkilerinin geliştirilmesinde, mali yardımların dağıtılmasında temel hak ve özgürlüklerin durumunun dikkate alınacağı bu açıklamada belirtilmiştir. İnsan haklarına ilişkin olarak verilen diğer bir önemli karar da yardım alan ülkelere demokrasi ve insan haklarına saygı bakımından elde ettikleri sonuçlara göre farklı uygulama yapılması öngörülmekte ve olumlu yaklaşım vurgulanmaktadır³⁵.

32 DENİZ Bahar Yeşim, "Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi İle Etkileşimi", *TBB Dergisi*, S.97, 2011, s.50.

33 SANIOĞLU Hilal, "Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları", *TBB Dergisi*, S.74, 2008, s.97.

34 TÜRKMEN Füsün, *Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Düünden Bugüne Avrupa Birliği* (Der: Beril Dedeoğlu), Boyut Kitapları, İstanbul, 2003, s.140.

35 SANIOĞLU, s.91.



B. Maastrich Antlaşması ve İnsan Hakları

1992 yılında imzalanıp 1993 yılında yürürlüğe giren ve Avrupa Birliği Antlaşması olarak bilinen Maastricht Antlaşması ile insan hakları alanında önemli gelişmeler sağlanmıştır. Bu antlaşma ile artık topluluktan "Birliğe" geçen Avrupa'da birliğin sadece ekonomik değil aynı zamanda siyasi birlik olması yolunda adım atılmıştır.

İki yüz maddeyi ve çok sayıda ek protokolü içeren Maastricht Antlaşması tüm Birlik sistemi için geçerli olacak yeni hükümler getirmiştir. Bunun yanında kurucu antlaşmaları çeşitli değişikliklerle güncelleştirerek işlevsel tek "Birliğin" belirginleşmesini sağlamıştır. Maastricht Antlaşması ile geliştirilen AB'nin en önemli taşıyıcıları arasında yerel halkın destek ve isteklerini sisteme taşıyan bölgesel örgütlerle organik bağ içerisindeki uluslar üstü organlar ve kurumlardır³⁶. Halkın taleplerinin daha hızlı bir şekilde uluslararası organların önüne getirilip çözüm çabalarına girilmesi amaç edinilmiştir.

Maastricht Antlaşmasının üç taşıyıcı sütun üzerinde kurulduğu söylenebilir. Bu üç sütun ekonomik ve parasal, dış politika ve güvenlik, adalet ve içişleri sütunu olup insan hakları açısından en önemli olan sütun adalet ve içişleri sütunudur. Bu sütun insan ticareti, uyuşturucu ticareti gibi organize suçlarla ortak mücadele, ortak göç ve mülteci politikası, ortak hukuk ve ceza politikası, ortak kolluk gücü gibi konularda Avrupa'yı içişlerinde bütünleştirmeyi hedefleyen işbirliği alanlarından oluşmaktadır. Ortak politikalara bakıldığında adalet ve içişleri alanında adeta tek devlet anlamına gelebilecek bütünleşmeye doğru gidilmek istendiği görülecektir³⁷.

1 Ocak 1993 yılında üye devletlerin onaylaması sonucunda yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması insan hakları yönünden önemli bir aşama oluşturmaktadır. Antlaşmanın başlangıç bölümünde taraf devletler "Demokrasiye ve insan hakları ile temel özgürlüklere ve hukuk devletine saygıya olan bağlılıklarını teyit ..." etmektedir. AB üyelerini kapsayan asıl madde ise F maddesidir. Bu maddeye göre;

1- Birlik, hükümet sistemleri demokratik ilkeler üstüne kurulu olan üye devletlerin ulusal kimliklerine saygı gösterir.

2- Birlik, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa Birliği İnsan Hakları Sözleşmesi ile garanti altına alındığı ve Topluluk hukukunun genel

36 CANBOLAT, s.259.

37 MOR, s.520.



*ilkeleri şeklinde üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklandığı hâli ile temel haklara saygı gösterir*³⁸.

F maddesinin 2. paragrafı ile ABAD içtihadı ile uzun zamandan beri AB hukuk sisteminde yer edinmiş olan AİHS ve üye devletlerin anayasalarından kaynaklanan hakları, AB kurucu antlaşmasının bir parçası hâline getirilmiş ve Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak kabul edilmiştir. Böylece temel hakların korunması Topluluk için bir ilgi veya endişe konusu iken bu madde ile bir yükümlülüğe dönüşmüştür³⁹.

Antlaşmanın F maddesinde kullanılan dolaylı dil nedeni ile üye devletlerin bu maddeyi oluştururken insan hakları konusundaki düzenlemelere temel sağlamak için teamül hukukuna dayanmakta zorluk çektiği yorumları yapılmıştır. Bu yoruma göre, madde öyle yazılmıştır ki, ilk önce AİHS'nin üye devletlerde ortak olan anayasal geleneklere dayandığını, daha sonra ise AİHS hükümlerinin kaynakları da göz önüne alınarak bunlara Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak saygı gösterileceği düşünülmektedir. Bu antlaşmada önemli bir eksiklik bu hakların içeriği ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme yapılmamış olmasıdır⁴⁰. Ancak hakların içeriğinin düzenlenmiş olması siyasal bir birlik olma yolundaki AB'nin önüne bir engel olarak çıkabilirdi. Çünkü AB'de tam olarak her ülkenin benimsediği bir insan hakları anlayışı yoktu. Kültürel relativizmin sonucu olarak bir üye devletin bir hakka bakış açısı ile aynı hakka bir diğer üye devletin bakış açısı farklı olabilirdi. Bu nedenle birlik oluşturma çabasındaki Avrupa için böyle bir düzenlemenin yapılması sıkıntılara yol açabilirdi. Hakların içeriğinin belirtilmemiş olmasının bu düşünceden kaynaklandığını ileri sürülebilir.

Maastricht Antlaşmasının L maddesi ile yapılan düzenlemelerde 2. ve 3. sütunların ABAD yargı yetkisi dışında bırakılmış olması bir sorundur. Maastricht Antlaşmasının oluşturduğu üç sütunlu yapıdan üçüncüsü olan adalet ve içişlerinde işbirliği, temel haklar konusunda da önemli değişiklikler anlamına gelmektedir. Bu alanlar yani adalet ve içişleri alanı doğrudan doğruya insanların temel hak ve özgürlüklerini etkilediğinden bunların korunması açısından daha fazla önem kazanmaktadır. Temel haklara saygının Birlik hukukunun genel ilkelerinden biri olduğu ve Divan tarafından uygulanması gerektiği tutumunu sürdüren ABAD'ın, bu dönemde Birlik alanını aşan konularda karar verme yetkisi yoktur⁴¹.

38 TÜRKMEN, s.147.

39 ATA Funda Keskin, *Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, s.26.

40 ATA, s.27.

41 ATA, s.27.



Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği vatandaşlığı diye yeni bir kavram getirildi. Demokratik katılım için en fazla sembolik duyarlılığı temsil eden bu kavram ile AB vatandaşlarına diğer üye ülkelere serbest dolaşım ve sosyal yardımlarla ilgili yeni haklar tanındı. Demokratik katılımın için hem yerel hem de Avrupa seviyesinde yeni olanaklar yaratıldı. Bu haklar AB üyesi ülkelerinde bulunan insanlara sadece Avrupa vatandaşı olması nedeniyle tanınan haklardı⁴².

AB vatandaşlığı kavramının getirdiği yeniliklerden ve en önemlilerinden biri seçme ve seçilme hakkına ilişkindir. Demokratik katılımın ve hizmetlerin en yakın olarak elde edildiği birim olan belediye seçimlerinde oy kullanma hakkı AB vatandaşlarına ülke ayırt etmeksizin tanındı. Yani seçim günü AB vatandaşı olan bir kişi ikamet ettiği ülkenin tabiiyetine sahip olmasa bile seçme ve seçilme koşullarını yerine getirdiği takdirde o üye devletin seçme seçilme haklarına sahip oldu. Fransa seçme ve seçilme hakkını sadece kendi vatandaşlarına veren bir anayasaya sahipti. AB vatandaşlığının gelmesi ile birlikte 25 Haziran 1992'de anayasasında düzenleme yaparak bu konuyu düzenledi⁴³.

AB vatandaşlığı, Avrupa'da birlik oluşturmak için önemli adımlardan biridir. Kısa vadede AB vatandaşlığı kavramının başarıya ulaşmasını beklemek yanlış olur. Çünkü bugün bile AB oluşum sürecini tamamlamamış bir güçtür. AB'nin genişlemelerden sonra nasıl bir siyasi, sosyal ve kültürel yapıya sahip olacağı belli değildir. Bir Avrupalı bilincinin oluşabilmesi için genişlemelerin üzerinden zaman geçmesi beklenmelidir. Avrupalı kimliğinin oluşması bakımından, farklılıkların artması nedeniyle, olumsuz yönden etkilemesi muhtemel olan genişlemeler, kültürel, siyasi ve sosyal farklılıkları da beraberinde getirecektir. AB vatandaşlığı kavramının başarıya ulaşması için gereken Avrupa kimliği uzun vadede gerçekleşebilecek bir olgudur. Birlik içerisindeki güçlü üye ülkeler ile güçsüz üye ülkeler arasında birçok alanda farklılıklar ve dengesizlikler nedeni ile dışlayıcı unsurlar barındıran vatandaşlık kavramı daha da dışlayıcı olabilir⁴⁴.

Maastricht Antlaşmasının J1 maddesinde insan haklarına saygı Birliğin dış politika hedefleri arasında sayılmaktadır⁴⁵. Bu madde "*ortak dış politika*

42 CHALMERS vd., s.26

43 GRUBER Annie, Avrupa Birliğinin İşleyici Sürecinde Avrupa Yurttaşlığı, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.22, 2005, s.6, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/gruber.pdf, Erişim Tarihi: 02.03.2013.

44 ALTINBAŞ Deniz, Avrupa Birliği'nin Başarısız Girişimi: Avrupa Yurttaşlığı, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S.3, 2009, s.103.

45 TÜRKMEN, s.147.



ile güvenlik politikasının hedefleri:... demokrasi ve hukuk devleti ile insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının geliştirilip pekiştirilmesi" şeklinde düzenlenmiştir⁴⁶. AB için bu madde ile insan haklarına verilen değer kurumsal olarak tanınmıştır. İnsan haklarının sadece birlik içerisinde değil aynı zamanda dünyanın tüm bölgelerinde gelişmesi hedefler arasında sayılmaktadır. Bu madde ile insan haklarının evrensel niteliği ön plana çıkarılmıştır. İnsan hakları sayesinde Birlik dış politikada etkin bir rol üstlenebilir. İnsan hakları ihlallerinin olduğu bölgelere herhangi bir ayırım gözetmeksizin etkin bir şekilde ihlalleri önlemek için girişimlerde bulunması, ihlallerin yapıldığı bölgede yaşayan insanlar nezdinde itibarını arttırıp dünya genelinde Birliğin ayrı bir güç olma yolundaki adımlarını daha da sağlamlaştıracağı ileri sürülebilir.

C. Amsterdam Antlaşması ve İnsan Hakları

1997'de imzalanan ve 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması olarak bilinen "Bütünleştirilmiş Hâliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları", AB kapsamında insan haklarının korunması konusunda yapılan önemli düzenlemelerden biridir. Maastricht Antlaşmasının F (2) maddesi bu antlaşmada 6 (2) maddesi olarak olduğu gibi yer almakta ancak 6 (1) maddesi Maastricht'in başlangıç bölümündeki ifadeyi "Birlik, üye devletlerin ortak ilkeleri olan özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerinde kurulmuştur" şeklinde hükme bağlamıştır⁴⁷.

Amsterdam Antlaşmasının insan hakları alanında önemli belgelerden biri olarak kabul edilmesinin nedeni, Birliğin özgürlük, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle birlikte insan haklarına dayalı olduğu bu antlaşma ile ilk kez açıklanmıştır. Bu hükümden sonradır ki Konsey ırk ayrımı gibi konularda direktifler çıkarabilmiştir. AİHS'de olmayan kimi haklar tanınmıştır. Ayrıca bu alanı yargısal denetime açmıştır⁴⁸.

Kişilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve vize, sığınma ve göç hakları düzenlenerek, özgürlük ve adalet alanlarında Birlik politikalarına dahil edilmiştir. Birlik vatandaşlarına ve oturanlarına Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine ulaşma hakkı, bireylerin kişisel veri işlemlerinin ve bu verilerin serbestçe dolaşımının korunmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Birlik tarafından hükme bağlanmış olan

46 <http://www.iky.org.tr/images/files/A5-tr.pdf>, Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma (Maastricht Antlaşması), Erişim Tarihi:15.05.2017, s.117.

47 TÜRKMEN, s.149.

48 ATA, s.28.



milliyet ve cinsiyet konularında ayrımcılık yasağı Amsterdam Antlaşması tarafından genişletilerek, ırk ve etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel tercihlerini de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Engellilik, yaş ve cinsel tercih Amsterdam Antlaşmasına kadar insan haklarının korunmasına ilişkin hiç bir ulusal veya uluslararası belgelerde yer almamıştır⁴⁹.

Bu antlaşma ile "Birlik temel özgürlüklere, 4 Kasım 1950 tarihli Roma İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumayla ilgili Avrupa Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde ve üye ülkelerin demokratik gelenekleriyle Topluluk hukukundan kaynaklanan şekilde riayet eder." hükmü getirilmiş ve üyelik için bir şart olarak düzenlenmiştir. Getirilen bir başka değişiklik, AİHS'ne uymayan ve zaman içerisinde aykırı davranma eğilimini sıklıkla gösteren üye devletlerin oy hakkı, diğer üye devletlerin üçte birinin teklifi ve oybirliği ile askıya alınabilmesidir⁵⁰.

Amsterdam Antlaşması, Maastricht Antlaşmasına göre insan hakları alanında daha ileri düzeylerde atılmış adımlar içeriyordu. Bu da insan hakları kavramının statik olmayıp dinamik olan yapısından kaynaklanmaktadır. Amsterdam Antlaşması Maastricht Antlaşmasından farklı olarak insan haklarının temelini oluşturan ilkelerin listesini içermektedir. Ayrıca temel insan hakları daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

D. Nice Antlaşması ve İnsan Hakları

AB için büyük önem taşıyan Avrupa'nın doğusuna doğru genişlemeden önce Birliğin işlevsel olarak işleyiş ve etkin çalışmasını güvence altına almak için kurumsal yapı ve işleyişle ilgili olarak düzenlemeler getiren Nice Antlaşması 2001 yılında imzalanmış olup 2003 yılında yürürlüğe girmiştir.

Amsterdam ve Nice Antlaşması ile getirilen değişikliklerle AB'de esnek Avrupa yaklaşımı gelmiştir. Esneklik ilkesi gereğince, üye ülkelerin istemediği sisteme katılmama hakkı vardır. Örneğin, İngiltere ve İrlanda esneklik ilkesi gereğince 3 sayılı Protokol ile AB Antlaşmasının insan hakları ile ilgili olan vize, göç, iltica gibi hükümleriyle ilgili Konsey karar ve düzenlemelerine katılmamaları, bunlara tabi olmamaları kabul edilmiştir. Ancak esneklikten yararlanan üye ülkeler istedikleri zaman

49 TÜRKMEN, s.151.

50 ATALAR Ömer, *Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Uzmanlık Tezi, 2002, <http://www.ihb.gov.tr/dosyagoster.ashx?id=314>, Erişim Tarihi: 22.03.2013, s.71.



tekrar bu karar ve düzenlemelere katılabilirler⁵¹. Esneklik kavramının, birlik ve bütünleşme amacı olan AB'nin bu amacına aykırı unsurlar taşıdığı söylenebilir. Çünkü AB'ye üye olan bir devletin, çıkarlarına ters olan bir düzenlemeye katılmaması, AB'nin etkinliğine gölge düşürebilir. Hatta Birliği dağılma noktasına getirebilir. Bu nedenle esneklik kavramının birlik arayan AB'de olması, birliğin gerçekleşmesi yönünde negatif bir durum olduğu ileri sürülebilir.

Nice Antlaşmasında bağlayıcı olarak kabul edilmesi beklenen Temel Haklar Şartı, tüm üye ülkelerin uzlaşmamış olması nedeni ile antlaşmanın bir parçası hâline getirilememiştir. İnsan hakları alanında önemli bir belge olan Temel Haklar Şartının tüm üye ülkelerce kabul edilmeyerek ileri bir tarihe uzlaşının bırakılmış olması, demokrasi, temel hak ve özgürlüklere saygı prensibine önem veren AB içerisinde, insan hakları konusunda olsa bile menfaat çatışması çıkabileceğini ortaya çıkarmıştır. Oysa ki, birlik arayan Avrupa'da menfaat çatışması değil menfaat birliğinin ön plana çıkması gerekir.

E. Lizbon Antlaşması ve İnsan Hakları

13 Aralık 2007 tarihinde AB üyesi ülkeler tarafından imzalanıp 1 Aralık 2009 tarihinde resmen yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile AB'nin gelişimi yeni bir sürece girmiştir. Lizbon Antlaşması, bir bakıma 2004 ve 2007 yıllarında yeni devletlerin üye olmasıyla üye sayısı artan AB'nin karşılaştığı sorunları gidermeye yönelik bir antlaşmadır. Bu antlaşmadan önce de ortaya çıkan sorunları çözmek amacı ile çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan 25 Ekim 2004 tarihinde Birlik üyesi ülkelerin imzaladığı Avrupa Birliği Anayasası somut bir örnektir. AB'nin hedeflediği bütünleşme sürecini güvence altına alacağı düşünülen bu Anayasa taslağı 2005 yılında Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumların olumsuz sonuçlanması nedeni ile yürürlüğe girememiştir. AB'nin küresel ölçekte daha güçlü bir rol almasını sağlamak için yapılmak istenen AB Anayasasından beklenen neticeler elde edilememiştir⁵².

Lizbon Antlaşması başarılı bir antlaşma reformu için Anayasa sözleşmesine esas olan anayasa yaklaşımından vazgeçmiştir. Ancak içerdiği yeniliklerden vazgeçmemiştir. Antlaşma, içerik ve kurumsal olarak öngörülebilir bir zaman içerisinde yapılabilecek anayasa ve

51 AYDIN, s.119.

52 GÜNEŞ Ahmet M., "Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2, 2008, s.740.

antlaşmaların sınırını çizmektedir. Yakın bir gelecekte daha cesur adımlar atılacağı varsayımı yok sayılmamıştır⁵³.

Lizbon Antlaşması ile ABAD'ın yargı yetkisi genişletilmiştir. ABAD'a prensip olarak özgürlük, güvenlik ve adalet alanıyla ilgili AB mevzuatının geçerliğine ilişkin olarak genel yargısal inceleme ve yorumlama imkânı vermektedir. Bu düzenleme ile AB önemli ölçüde yargısal kontrol ve güvence sağlayacaktır. İngiltere, Danimarka ve İrlanda'nın ABAD'ın yetki alanına girme konusundaki koyacakları çekince ile Mahkemenin yetki alanı dışında kalma yetkisi verilmiştir⁵⁴. AB hukukunun üstünlüğünün vurgulandığı bu antlaşmada, bir kaç ülkenin ABAD'ın yetki alanına girmesi konusunda inisiyatifte sahip olması AB'nin hedefi olan bütünlük fikrini sarsıcı nitelikte olduğu söylenebilir.

Lizbon Antlaşmasının temel haklar konusunda getirdiği iki önemli yenilik vardır. Bunlardan birincisi Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcı hâle gelmesi ikincisi de AB'nin AİHS'ne taraf olmasıdır. Bu mekanizmalar aracılığı ile özel hayatın gizliliğinin korunması ile ilgili olarak güçlü yasal altyapı oluşturulmuştur. Temel hakların korunmasına ilişkin bu güvence mekanizmaları AİHS'ne taraf olmayan üçüncü ülkelerle işbirliği içinde geçerlidir. Özel hayatın gizliliğine getirilen sınırlamalar ile kişisel verilerin kullanılmasına ilişkin kurallar, bu kuralların etkili bir şekilde işleyişi ile bireysel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki dengenin korunmasını sağlayacak bir seviye yakalanmasını gerçekleştirecektir⁵⁵.

Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile birlikte bağlayıcılık kazanan Temel Haklar Şartı ile birlikte AB ilk defa yazılı bir temel haklar kataloguna sahip olmuştur. AB Anayasasından farklı olarak Lizbon Antlaşması, Temel Haklar Şartını antlaşma metnine dahil etmemiştir. Bu nedenle Şart, ayrı ve bağımsız bir belge olarak kalmaya devam edecektir. Ancak AB Antlaşmasının 6. maddesinin birinci fıkrası gereğince hukuki bağlayıcılığa sahip olacaktır. AB Antlaşmasının 6. maddesinin birinci fıkrasında açıkça Temel Haklar Şartının antlaşmalar ile hukuken eşit değerde olduğu belirtilerek AB organlarının işlemlerinin hukuken denetlenmesinde bir ölçü norm olarak kabul edilmiştir⁵⁶.

53 ARSAVA A. Fusun, "Lizbon Sözleşmesi- Reform Sözleşmesinin Önemli Unsurları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, 2009, s.1458.

54 YAKUT Bahadır, "Lizbon Sonrası AB'nin Yeni Kurumsal Yapısı ve Karar Alma Süreçlerinin Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanındaki Yansımaları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.2, 2010, s.63.

55 YAKUT, s.78.

56 KAYGISIZ Ümmühan, "Avrupa Birliği'nde Son Dönem Demokratikleşme Çabaları: Lizbon Antlaşması'nın Demokratikleşmeye Katkısı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, S.6, 2012, s.102.



1992 Maastricht Antlaşması ile başlayan derinleşme sürecinin insan hakları açısından etkili olduğu iki alan bulunmaktadır. Bunlardan biri, vatandaşların ve onunla bağlantılı olarak da vatandaş olmayanların haklarıdır. Bu çerçevede Temel Haklar Şartı önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Ancak özellikle bir üye devlet ülkesinde hukuka uygun olarak ikamet eden üçüncü devlet vatandaşlarının durumu bile istenen koruma düzeyine ulaşmamıştır. İkinci konu ise oluşturulan özgürlük, güvenlik ve adalet alanı çerçevesinde göçmenlerin ve sığınmacıların durumlarıyla haklarıdır. Özellikle bir üye devlette hukuka aykırı bir biçimde bulunan ve düzensiz göçmen denilen kişilerin hakları açısından büyük sorunlar mevcuttur. Üye devletler arasında sağlanan kolluk ve adli işbirliği, Avrupa Tutuklama Emri ile artık bir üye devlette bu konularda alınan bir kararın diğer üye devletler de uygulanabilir olması, prosedürleri birbirinden çok farklı olan üye devletler arasında bireyin haklarının çiğnenmesi sonucunu doğurabilir⁵⁷.

III. AVRUPA BİRLİĞİNDE İNSAN HAKLARI İLE İLGİLİ ÖNEMLİ BELGELER

AB'nin üzerinde durduğu önemli konulardan biri olan insan hakları ile ilgili olarak bir çok düzenleme vardır. AB'nin özellikle genişleme süreçlerinde yapmış olduğu düzenlemeler de, insan hakları kavramının dinamik özelliği nedeni ile gelişen şartlara göre değişmektedir. Bu bölümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Kopenhag Kriterleri ve Temel Haklar Şartı insan hakları alanındaki önemi nedeni ile ayrı başlıklar altından incelenecek olup diğer insan hakları ile ilgili belgeler farklı bir başlıkta incelenecektir.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS, bölgesel anlamda bir sözleşme değildir. AİHS, koruduğu haklar ve sağladığı güvenceler bakımından tüm dünyada insan hakları açısından önemli bir belgedir. Günümüzde AİHS'nin sağladığı güvenceleri denetlemek amacıyla kurulan AİHM'nin verdiği kararlar insan hakları açısından birer içtihat niteliğinde olup sözleşmeye imza atan devletler açısından bağlayıcı niteliktedir. AİHM'in yapısına burada değinilecektir. AİHS'nin tarihçesi ve niteliğini ayrı başlık altında incelemek sözleşmenin anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

57 ATA, s.36.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Tarihçesi ve Niteliği

AB'nin amaçları arasında yer alan ilkelerden biri, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesidir. AB'de her üye devlet, hukukun üstünlüğü ve kendi yetki alanı içerisinde bulunan herkesin insan haklarından ve özgürlüklerinden yararlanmasını sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Avrupa Konseyi'ne üye devletler, insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik olarak 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme veya kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi diye anılan sözleşmeyi imzalamışlardır. AİHS, 3 Kasım 1953'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, çeşitli zamanlarda yürürlüğe giren ek protokollerle geliştirilmekte ve eksiklikleri giderilmektedir. AİHS, dünyada mevcut olan insan hakları alanındaki sözleşmelerin en etkili ve gelişmiş olanlardan biridir⁵⁸.

AİHS ile öngörülen denetim düzeneği, kamusal uluslararası hukukun genel ilkeleri yoluyla sağlanacak etkenliğe oranla daha güçlüdür. Günümüzde bu güçlülük kamusal uluslararası hukukun genel nitelikteki yükümlülüklerini gölgede bırakmaktadır. Çünkü AİHM ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi aracılığıyla uygulanabilecek yaptırımlar daha doğrudan ve niteliklidir. Bununla birlikte AİHS'in bağlayıcılığı ve yaptırımı arasında tarihsel açıdan iki farklı durum ortaya çıkmaktadır. 11. Ek Protokolün yürürlüğe girdiği 1998 yılına kadar bir devlet AİHS'ni onaylayıp AİHM'nin bireysel başvuru yoluyla işletilen denetim düzeneğinin dışında kalabiliyordu. Böyle bir durumda AİHS'ni ihlal eden devlete yargısal yönden herhangi bir yaptırım olanağı bulunmuyordu. Böyle bir durumda insan hakkı ihlali ancak uluslararası alanda bir tartışma konusu olabiliyordu⁵⁹. 11. Ek Protokolün yürürlüğe girmesi ile birlikte AİHS'ne taraf olan her devletin AİHM'nin bireysel başvuru yolu ile yargı yetkisi kapsamında kalmaktadır. Ayrıca bireysel başvuru ile birey uluslararası hukukta hak süjesi hâline gelmiştir.

AİHM tarafından birçok ülkeye AİHS'ni ihlal ettiğine ilişkin kararlar verilmiştir. 1959-2016 yılları arasında AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri Türkiye 2889, Rusya 1834, İtalya 1791, Romanya 1147, Fransa 722, Birleşik Krallık 312, Almanya ise 186 defa ihlal ettiği tespit edilmiştir⁶⁰.

58 TANGÖR Burak, "Avrupa Birliği'nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, S.1, 2001, s.34.

59 AYBAY Rona, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", *TBB Dergisi*, S.88, 2010, s.240.

60 <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2016/7-%20%C3%9Cikelere%20G%C3%B6re%201959-2016%20Y%C4%B1llar%C4%B1%20Aras%C4%B1nda%20Toplam%20>



AIHS'ne taraf olan devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüğü nesnel bir yükümlülüktür. Müteakabiliyet yani karşılıklılık ilkesine dayanmamaktadır. AIHS'de yer alan hak ve özgürlükler sözleşmecî ülkenin sadece kendi vatandaşına değil o ülkenin yetki alanı içerisinde yaşayan herkese tanınmıştır. Vatandaşlık bağı, bu sözleşmeden doğan kişisel hak ve özgürlüklerden yararlanmanın bir ön koşulu değildir⁶¹. AIHS'in güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerden vatandaş ayrımı gözetilmeksizin herkesin faydalanabilmesi insan haklarının evrenselliğinin bir sonucudur.

AIHS'i 59 maddeden oluşmakta olup bu Sözleşme hak ve güvenceler ile AIHM'in işleyişi, yapısı, üyelerinin seçimi gibi konuları içeren iki başlık altında düzenlenmiştir. AIHS'in metni, daha önceden 21 Eylül 1970'de yürürlüğe giren 3 Nolu Protokolün, 20 Aralık 1971'de yürürlüğe giren 5 Nolu Protokolün, 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren 8 Nolu Protokolün düzenlemelerine uygun olarak değiştirilmiş olup 2 No'lu Protokolün metnini de kapsamaktaydı. Söz konusu protokollerle değiştirilen veya eklenen tüm hükümlerin yerini 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol almıştır. Bu tarih itibariyle 1 Ekim 1994'de yürürlüğe giren 9 Nolu Protokol yürürlükten kalkmış 10 Nolu Protokolde konusuz kalmıştır⁶².

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren Ek-11 nolu protokol ile Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Komisyon'un yerine tam zamanlı olarak çalışan tek bir mahkeme kurularak Bakanlar Komitesi'nin yargısal görevi ortadan kaldırılmıştır. Bu değişimin gerekliliği, taraf ülke ve başvuru sayısındaki hızlı artıştan kaynaklanmaktadır. Sözleşme ile teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlerin korunmasının etkinliğini korumak ve arttırmak amacı ile Sözleşmenin oluşturduğu denetim mekanizmasının yeniden yapılandırılmasının acil ve gerekli olduğu protokolden vurgulanmıştır. Komisyon ve Divan'a başvuru sayısı da iş yükü altından kalkamayacak bir hâle gelmiş ve başvuruların sonuçlanması gecikmelere neden olacak boyutlara vardığı için değişiklik kaçınılmaz hâle gelmiştir⁶³.

[%C4%B0hlal%20Say%C4%B1lar%C4%B1..pdf](#), 1959-2016 Yılında Bazı Ülkelerin Toplam AIHS İhlalleri, Erişim Tarihi: 15.05.2017.

61 GÖLCÜKLÜ Feyyaz, GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara, 1996, s.20.

62 AIHS, s.2.

63 KARAASLAN Erol, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, 2004, s.110.



Mahkeme sürekli olarak görev yapan ve Sözleşmecî ülke kadar hâkimlerden oluşan bir yapıya sahiptir. Hâkimler, her Sözleşmecî taraf adına Sözleşmecî tarafın sunacağı üç adaylık liste üzerinden Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından oy çokluğu ile dokuz yıllık bir süre için seçilir. Mahkeme genel kurul hâlinde toplanarak başkanını, iki başkan yardımcısını, Daire başkanlarını ve yazı işleri müdürü ve yardımcılarını seçer, daireleri kurar, Mahkeme içtüzüğünü kabul eder. Mahkeme seçilmiş hakimler ve bürokrat hukukçulardan oluşur⁶⁴. AİHM'de kırk yedi hâkim görev yapmaktadır.

Sözleşmenin 26. maddesine göre Mahkemenin yapılanması tek hâkimli düzen, üç hâkimli komiteler, yedi hâkimli daireler ve on yedi hâkimli Büyük Daire şeklindedir. Davanın tek hâkimli olarak görüldüğü hâllerde hâkim seçilmiş olduğu devlet ile ilgili başvuruyu incelemeyecektir. Büyük Dairede AİHM başkanı, başkan yardımcıları, daire başkanları ve içtüzüğe göre seçilecek diğer hâkimlerden oluşur. Bir başvuru Büyük Daireye sevk edildiği zaman daire başkanı ve ilgili devlet adına seçilmiş hâkim dışında bu kararı veren daire hâkimleri Büyük Dairede yer almazlar⁶⁵.

Dairelerin başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapma ve davanın esasını inceleme yetkileri vardır. Bir başka deyişle daireler komitelerin kabul edilemezlik kararı vermediği bireysel başvurular ile devlet başvurularını kabul edilebilirlik ve esas hakkında inceleyip karara bağlamakla görevlidirler. Dairelerin kararı kesindir. Ancak bazı durumlarda davanın esasını karara bağlama yetkisi Büyük Daireye verilmiştir. Sözleşmenin ve protokollerin yorumunda ciddi sorunlar ortaya çıkıyorsa veya sorunun çözümü Mahkeme tarafından verilmiş bir karar ile çelişkili olacak ise daire hüküm vermediği süre içerisinde taraflar itiraz etmedikçe yargı yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçebilir. Ayrıca daire kararının verildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde dava taraflarından her biri istisnai durumlarda davanın Büyük Daireye gönderilmesini isteyebilir. Büyük Dairenin bünyesinde beş hâkimden oluşan bir kurul istemi kabul ettiği takdirde Büyük Daire bir karar ile davayı sonuçlandırır⁶⁶.

AİHM önüne gelen bir davada insan hakkı ihlali iddiasını kabul veya ret edebileceği gibi dostane çözüm yolu ile de uyuşmazlıkları giderebilir. AİHS'nin 39. maddesine göre, yargılamanın her aşamasında AİHM önüne

64 AİHS, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-11 ve 14 Nolu Protokollerle Değiştirilen Metin, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.14-15.

65 BİLİR Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.1, 2006, s:141.

66 BİLİR, s.142.



gelen davanın Sözleşme ve protokolleri ile tanınan insan haklarına saygı ilkesinden esinlenen bir dostane çözüm yoluyla sonuçlanmasını sağlamak için taraflara yardımcı olabilir. Dostane çözüm yolundaki işlemler gizli yürütülür. Dostane çözüm durumunda AİHM, olayların ve kabul edilen çözümün kısa bir özeti ile sınırlı bir kararla başvuruyu kayıttan düşürür. Bu karar, dostane çözüme ilişkin olarak kararların icrasını denetleyen Bakanlar Komitesine bildirilir⁶⁷.

B. Avrupa Sosyal Şartı

1961 yılında kabul edilen ve 1965 yılında yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartının hazırlık sürecindeki yaklaşımın iki ana yönde olduğu söylenebilir. Sosyal Şartın 1953-1956 yıllarındaki ilk dönemdeki hazırlık çalışmalarında Avrupa Konseyine üye devletlerin parlamenterlerinden oluşan Danışma Meclisi hakimdir. 1956-1961 yıllarındaki ikinci dönemde ise üye devletlerin Dışişleri Bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi ön planda olmuştur. İlk dönemdeki yaklaşımda geniş ve idealist bir Şart fikri ileri sürülürken ikinci dönemde kısıtlayıcı ve pratik bir Şart fikri düşünülmüştür. Sosyal Şart bu iki döneme ait olan yaklaşımları dikkate alarak bir uzlaşma sonucu ortaya çıkan bir belge olarak görülmektedir⁶⁸.

Sosyal Şartın Avrupa Konseyinin o yıllardaki en büyük başarısı olan AİHS'in ekonomik ve sosyal alandaki muadili olması amaçlanmıştır. Ancak Sosyal Şart, 1990'ların ortasına kadar büyük ölçüde AİHS'in gölgesinde kalmıştır. Bunda birkaç sebep etkili olmuştur. İçerik olarak zengin olmasına rağmen Şart ile uyumu gözetmekle görevli Bağımsız Uzmanlar Komitesi tarafından kabul edilen sonuç bölümü nispeten muğlak ve yayınlanmamıştı. Bu komite büyük ölçüde Hükümet Komitesine ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine bağlı kalmıştı. Bu durum ne tam yargısal ne de tam siyasi olan bir denetim mekanizması oluşturmuştu. Sistem bireysel veya toplu şikayetleri dikkate almamış, sadece taraf devletlerin Şartın uygulanması ile ilgili olarak hazırlamaları ve sunmaları gereken rapora dayanmıştı. Bu bakımdan Sosyal Şartın başta adli makamlar olmak üzere ulusal kurumlarca uygulanabilecek bir belge olarak görülmemiş ve bu durum potansiyel davacıların belgeye olan ilgisini azaltmıştır. Diğer bir durum Sosyal Şartın diğer insan hakları belgelerinden kesin çizgilerle ayıran belirli özellikler olmasıdır. Bunlara örnek olarak Sosyal Şartın uygulama kapsamına giren kişilerin sadece taraf devletlerin vatandaşları ile sınırlı olması gösterilebilir. Sosyal Şartın

67 AİHS, s.39.

68 GÜLMEZ Mesut, "Avrupa Sosyal Şart'ına Genel Bir Bakış ve Türkiye", *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE Yayınları, C:12, S:1, 1991, s.92.

kabul edilmesi ile birlikte her bir devletin belirli sınırlar dahilinde kalmak kaydı ile Şartın hangi hükümleri ile bağlanmak istediklerine dair seçme imkânı tanıyan bir yaklaşım benimsenmiştir⁶⁹.

1995 yılında Sosyal Şarta eklenen ek protokol ile bazı ulusal, uluslararası ticaret ve işveren örgütleri ile hükümet dışı organizasyonlara Şartı ihlal eden katılımcı ülkelere karşı toplu Őikayet yoluna başvuru hakkı verilmiştir. Sosyal Şartın içerdiği haklara yönelik olarak üye devletleri zorlayıcı bir etkiye sahip olduğu kabul edilse bile kişisel başvuruya yer verilmemesi, toplu Őikayetin bile devletlerin rızasına bırakıldığından sınırlı bir korumayı sağladığı söylenebilir. Toplu Őikayet ile güçlendirilen denetim sisteminin AİHS'ne göre oldukça gevşek ve etkisiz olduğu kabul edilmektedir⁷⁰.

Sosyal Şart bir Avrupa Konseyi antlaşması olup AB, Birlik olarak bu antlaşmaya taraf olmamıştır. Şart AB müktesebatının gelişimine kaynaklık etmiştir. Ancak hiçbir zaman Şart sosyal Avrupa topluluğunun gelişiminde ana araç olmamıştır. Şarta yapılan referanslar oldukça azdır. Avrupa Topluluğu, Şartın temel sosyal haklar konusunda hak ettiği ana araç olarak kullanılmasında uzun süre tereddüt etmiştir. Bu tereddüt hâlen devam etmektedir. Avrupa Topluluğunun inşasında ekonomik alan ile sosyal alan arasında daha iyi bir denge kurulması gerekir. Şartın AB'nin mevzuat ve politikalarının gelişiminde daha fazla dikkate alınması bu dengeye katkıda bulunacaktır⁷¹.

C. Kopenhag Kriterleri

Sovyetler Birliğinin çöküşünden sonra bağımsızlıklarına kavuşan Orta ve Doğu Avrupa Devletlerinin AB'ye adaylıkları ile insan hakları, demokrasi ve liberal ekonomisi yetersiz olan ülkelerin durumu AB içinde ele alınmıştır. Uluslararası sistemde meydana gelen değişimler ile eski Sovyet Bloğu ülkeler için AB'nin bir çekim merkezi hâline gelmesi, Balkanlar'da ortaya çıkan gelişmeler sonucunda milliyetçilik akımlarının güçlenmesi AB'nin insan hakları konusunda diğer ülkeler için de bir uygulama reçetesi ihtiyacını gidermeye yönelik çalışma yapmaya zorlamıştır. Konsey

69 DE SCHUTTER Olivier, *Avrupa Sosyal Şartı'nın İki Yaşamı*, DE SCHUTTER Olivier (Koordinatör), *Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa*, Şen Matbaa, Ankara, 2010, s.8.

70 GEMALMAZ Mehmet Semih, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s.485.

71 DE SCHUTTER Olivier, *Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa Birliği Hukukunun Gelişimindeki Rolü*, DE SCHUTTER Olivier (Koordinatör), *Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa*, Şen Matbaa, Ankara, 2010, s.88.



tarafından 22 Haziran 1993 yılında Kopenhag'da yapılan zirve sonucunda AB'ye katılım için birtakım kriterler ileri sürülmesine karar verilmiştir. Bu kriterler Kopenhag Kriterleri olarak bilinen kriterlerdir.⁷²

AB'ye tam üyeliğin gerçekleşmesinde önce aday ülkelerin karşılması gereken bu kriterler üç başlık altına toplanmıştır. Bunlardan birincisi siyasi kriterler olup demokrasiyi, insan haklarını, hukukun üstünlüğünü ve azınlık haklarını güvence altına alan kurumların varlığı şeklinde düzenlenmiştir. İkinci kriter ekonomik kriter olup işleyen ve aynı zamanda Birlik içinde rekabetçi baskılara ve diğer serbest piyasa güçlerine dayanabilecek bir serbest piyasa ekonomisinin varlığıdır. Üçüncü kriter ise topluluk mevzuatının benimsenmesi olup siyasi, ekonomik ve parasal birliğin hedeflerine bağlı kalmak üzere üyelik için gerekli yükümlülükleri yerine getirebilme kapasitesine sahip olmaktır. Aday ülkeler, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, azınlıklara saygı gösterilmesini ve korunmasını, işleyen bir piyasa ekonomisinin varlığını sağlamış olduktan sonra tam üyelik gerçekleşebilir.⁷³

Kopenhag Kriterlerinin içeriğine ilişkin AB Komisyonunun 15 Temmuz 1997'de yayınladığı Gündem 2000 Raporu ve bu raporun eklerini oluşturan ülke raporu aday ülkelerin gelişim durumu incelenirken kullanılan referans kriterleridir. Özellikle Gündem 2000 raporunda birliğe üye olmak isteyen ülkelerin insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün kurumsal olarak yerleşmesi ve kamu kuruluşlarının etkin bir şekilde işlediğini gösteren kurumsal istikrarın sağlanması konularında günlük yaşamda görülen somut yansımalara değer verilmesi gerektiği önemle vurgulanmıştır.⁷⁴

D. Temel Haklar Şartı

2000 yılında açıklanan ancak 2009 yılında bağlayıcılık kazanan Temel Haklar Şartı, AB içerisinde insan hakları ile önemli belgelerden biridir. AB içerisinde Şart kabul edilinceye kadar böyle ayrıntılı bir temel haklar katalogu yoktu. Şartla birlikte ayrıntılı temel haklar katalogu oluşturulmuştur.

Şartın taslağı bir Konvansiyon tarafından yapılmıştır. Başkanlığını Almanya eski Cumhurbaşkanı Roman Herzog tarafından üstlenilen

72 TÜRKMEN, s.148

73 <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/437-438.pdf>, Kopenhag Kriterleri, Erişim Tarihi: 16.04.2013.

74 BULUT Metin, "Türk Kamu Yönetiminin Dönüşümünde Etkili Bir Araç: Avrupa Birliği İlerleme Raporu", *Sayıştay Dergisi*, S.82, 2011, s.106.



Konvansiyonda üye devletlerin devlet ve hükümet başkanlarından 15 temsilci, Avrupa Komisyonundan 16 temsilci, Avrupa Parlamentosundan 16 üye, Ulusal parlamentolardan 30 temsilci vardı. ABAD'dan 2 temsilci ve birisi AİHM'den olmak üzere Avrupa Konseyinden 2 temsilci de çalışmalara gözlemci olarak davet edilmişti. Şeffaflık ilkesi gereğince taslağın hazırlanması safhasında özellikle açılan bir web sitesi aracılığı ile sivil toplumun katılımı olanaklı kılınmıştır. Yazılı görüşler kabul edilmiş ve Konvansiyon'da görüşler dinlenmiştir. Şartın hazırlanışında uygulanan Konvansiyon metodu antlaşmaların değiştirilmesinde kullanılan Hükümetler arası konferanslara yönelik eleştirilerden ortaya çıkmış bir yöntemdir⁷⁵.

Uzun zamandan beri AB içerisinde böyle bir belgenin kabul edilmesi gündemde olmuştur. Birlik sadece ekonomik birlikten amaçlayan bir örgüt olmaktan çıkmış, zaman içerisinde siyasal, ekonomik, kültürel ve toplumsal yönler kazanmıştır. Gelişmekte olan bütünleşmiş siyasal sistem içerisinde bireylerin haklarını koruyan kapsamlı bir hukuksal belge artık bir gereksinim olarak ortaya çıkmıştır⁷⁶. Hukuk devleti ilkesi gereğince topluma herkes tarafından ulaşılabilir ve anlaşılabilir temel haklar ilkesi sunmak gerekir. Her ne kadar AB içerisinde Adalet Divanı tarafından hakim yapımı hukuk yolu ile geliştirilen bir temel haklar rejimi bulunsa da bunun konunun uzmanı olan hukukçular tarafından bile bilinmesi mümkün değildir. Temel hakları gösteren kodifiye edilmiş bir temel haklar katalogu açıklık şartının bir gereğidir⁷⁷.

Şartın kabul edildiği zamana kadar örgütün insan haklarının korunmasında kriter olarak aldığı AİHS, medeni ve siyasal haklar üzerine odaklanan bir belgedir. Oysa AB içinde sosyal ve ekonomik hakları nüvesi baştan beri vardır. Çünkü birlik ekonomik karakterli bir birlik olarak kurulmuştur. ABAD'ın içtihatlarıyla da bu haklar son derece gelişmiş bir düzeydedir. Bunları da içerisine alabilecek bir belge artık Birlik için şart olmuştur. Avrupa Konseyi de, AB'nin örgüt içerisinde insan haklarının korunmasına hizmet edebilecek hukuksal bir metnin hazırlanmasını haklı bir çaba olarak görmüştür. Böyle bir metnin hem AB vatandaşlarının haklarını korumada hem de örgüt organlarının hukuksal işlemlerini kapsamakta faydalı olacağı düşünülmüştür. AB'nin işlemleri bireylerin gündelik yaşamlarını gittikçe etkilediği için bu Şart önemlidir. Böyle bir

75 ATALAR, s.126.

76 ATA, s.37.

77 METİN Yüksel, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S.4, 2002, s.40.



belgenin varlığı ile bireylerin haklarının bu organların kararlarıyla ihlal edilmesinin önüne geçilmesi öngörülmüştür. Avrupa Konseyi açısından en önemli husus bu belgenin AİHS'ni yeterli ölçüde dikkate almış olmasıdır⁷⁸.

Şartın oluşması aşamasında en önemli özelliklerinden biri bu Şartın 3-4 Haziran 1999 yılında Köln zirvesinde verilen misyon ışığında oluşmasıdır. Devlet ve Hükümet Başkanlarının anlaştığı ortak nokta temel hakların bir belgede somutlaştırılmasıydı. Her şeyden önce Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonundan ve üye devletlerin Anayasal geleneklerinden kopma olmayacaktı. Ekonomik ve sosyal haklar ile medeni ve siyasal hakların aynı belgede ele alınması önemlidir. Hukuki niteliği ve koruduğu değerlerin farklı olması nedeni ile medeni ve siyasal haklar, ekonomik ve sosyal haklardan ayrı olarak kodifikasyonu gerçekleştirmiştir. Bu durum hem Avrupa Konseyi hem de BM sistemi içerisinde görülen bir durumdur. Köln'de verilen misyonun takip eden 15-16 Ekim 1999 tarihli Tampere zirvesinde özellikle prosedür bakımından tamamlandığı görülmektedir. Şart metninin tamamlanması, metnin üye devlet hükümet temsilcileri ve ulusal parlamentolardan katılan gruplar tarafından uygun bulunmasına bağlı olmuştur⁷⁹.

“Din” kelimesi, Şartın hazırlanma sürecindeki tartışmalarda önemli bir sorun yaratmıştır. Bazı temsilciler salt Hıristiyan dinine ve değerlerine atıfta bulunulmasında ısrarcı olmuştur. Ancak çoğunluk görüşü dini miras ve değerlerin sadece Hıristiyanlıktan gelmediği yönündeydi. Bu görüşü savunanlar, Müslüman Endülüs'ün Avrupa medeniyetine katkısını, göçmenlerin Avrupa toplumları üzerindeki etkisini ve Yahudi kültürünün bıraktığı izi vurgulamışlardır. Ayrıca AB'nin kurucularının bile hiçbir dini belgeye atıfta bulunmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Sonuç itibari ile bu görüş ağırlık kazanmış ve Şartta Hıristiyanlık dinine yer verilmemiştir. Bu konuda siyasal felsefesini laiklik temeli üzerine temellendiren Fransa'nın büyük etkisi olmuştur⁸⁰. Din kelimesine atıfta bulunulmaması ile çoğunluğu Müslüman olan Türkiye'nin, AB'ye girebilmek gayreti ile gerçekleştirdiği reformlardaki isteğin azalmasına yol açılmamıştır.

7 Aralık 2000 tarihinde Şart'ın bir törenle ilan edilmesi ile birlikte Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon önemli bir politik irade

78 ATA, s.38.

79 ARSAVA A.Fusun, “AB'nin Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar Şartı”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, S.2, 2004, s.4.

80 TAŞDEMİR Hakan / DEMİR Hasan, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, S.3, 2002, s.94.

ortaya koymuşlar ve AB'nin temel hak ve özgürlüklerle bağlı olduğunu tekrar vurgulamışlardır. Şartın ilanı ile birlikte Şart hukuken bağlayıcı olmamıştır. Şartın bağlayıcılığı için AB antlaşmalarının parçası olması gerekirdi. Şart bağlayıcı olmadığı için AB vatandaşları Birliğin işlemlerine karşı Şartı ileri süremiyorlardı. Ancak Şartın bağlayıcı olması yönündeki görüşler gittikçe ağırlık kazanmaktaydı. Köln'de Şartın en kısa zamanda bağlayıcı olması noktasında anlaşma sağlanmıştı. Avrupa Parlamentosu ve Komisyon ile birlikte sivil toplum kuruluşları, üye devletlerin çoğunluğu da Şartın bağlayıcı olmasını arzu ediyordu. Ancak Şart konusunda hukuken bağlayıcılık sorununun çözümü Şartın hazırlanmasını engellememesi için ileri bir tarihe bırakılmıştır. Özellikle İngiltere, İrlanda ve İsveç Şartın bağlayıcı olmasına karşı çıkmaktaydı. Bunlara göre ulusal anayasalarda, Şartın düzenlediği bazı hak ve özgürlükler daha geniş içeriğe sahip olup ulusal temel hakların zayıflamasına neden olabilirdi. İkinci olarak eğer ABAD bir temel hakkın ihlalden Birliğin bir işlem yapması zorunluluğunu çıkarırsa Şart yetki emici bir etkiye sahip olacaktı⁸¹.

2000-2007 arası dönemde bağlayıcı olmayan Şartın hukuksal etkisi üzerine büyük bir tartışma olmuştur. ABAD'ın 2001 yılında verdiği *R.v. Secretary of State for Trade and Industry* kararında Şartın henüz geçerli bir yasal katmana yani hukuken bağlayıcılığa sahip olmadığını ancak başka belgelerle kabul edilmiş olan hakların büyük çoğunluğunu doğrulayan ifadeler olduğu belirtilmiştir. Bundan sonra da Topluluk ve Birliğin yetki ve görevlerine saygı gösterilmesi koşuluyla, üye devletlerin anayasal geleneklerinden ve uluslararası yükümlülüklerinden, AB Antlaşmasından, AİHS'den, Topluluk ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiş olan Sosyal Şartlardan ve ABAD ile AİHM'in içtihadından doğan hakları doğruladığını belirtmektedir. Bu karara göre, bu durumda belgenin kendisi bağlayıcı olmamakla birlikte temel bir hakka ilişkin Şart hükümleri görmezden gelinemezdi⁸².

Şartın kabulü noktasında İrlanda'da olumsuz bir durum ortaya çıkmıştır. İrlanda ve Çek Cumhuriyeti sonradan Şartı kabul etmek için hukuksal güvenceler almış ve bu ülkelere Şartın bağlayıcı olmasının özel ulusal duyarlılığı olan konuları etkilemeyeceği taahhüt edilmiştir. İrlanda'ya vergi politikası, aile, sosyal ve ahlaki konular ile İrlanda'nın geleneksel tarafsızlık politikasını etkilememesi açısından Ortak Dış Güvenlik Politikası çerçevesinde gerekli olan hukuksal güvencelerin verilebileceği Konsey tarafından kabul edilmiştir. İrlanda Şartın uygulanmasını tamamı

81 METİN, s.54.

82 ATA, s.38.



ile reddetmemekte ancak AB'nin belli konularda yetkili olamayacağını halkına açıkça göstermek istediğinden bu güvenceleri talep etmiştir⁸³.

Şartın bağlayıcılık kazanması ve AB'nin AİHS'e taraf olması ile birlikte insan hakları ile ilgili iki tane belgenin varlığı söz konusudur. Şart ile AİHS arasında olası uyum sorununu gidermek amacı ile Şarta bazı hükümler konmuştur. Şartın 53. maddesine göre Şartın hiçbir hükmünün AİHS ile üye devlet anayasalarında bulunan temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı veya olumsuz yönde etkileyici olarak yorumlanamaz. 52/3 maddesi de Şart'ın AİHS'e karşılık gelen hakları kapsadığında söz konusu hakların anlam ve kapsamının Sözleşmede belirtilenlerle aynı olacağı ve bu hükmün AB Hukukunun daha geniş bir koruma sağlamasına engel olamayacağı hükme bağlanmıştır⁸⁴. Şart ile AİHS bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere birbirinin tamamlayıcısı konumdadır.

E. Diğer Belgeler

AB mevzuatında yukarıda belirtilen insan hakları belgeleri dışında özel olarak bazı konularda düzenlenmiş insan hakları belgeleri de vardır. Bu belgeler yukarıda belirtilen belgeler gibi genel nitelikte tüm insan haklarını kapsamayıp bazı haklarla ilgili özel nitelikte düzenlemeler getirmektedir. Bu belgelerde uluslararası hukuk alanında insan hakları ile ilgili olarak birer belge olarak görülmektedir.

Bu belgelerden biri Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı yada Onur Kırıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Sözleşmesidir. Bu sözleşmeye kısaca Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi de (AİÖS) denilebilir. Bu sözleşmede düzenlenen hak, AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağının bir yansımasıdır. Bu sözleşme, AİHS'nin işkence veya kötü muamele gören bireyleri korumada yetersiz kaldığı düşüncesi ile düzenlenmiştir. AİHS'de iç hukuk yolları tüketildikten sonra yargısal denetim yollarına başvuruluyor olmasının örneğin gözaltına alınan kişilerin işkence görmesini engellemede yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle işkencenin önlenmesi konusunda proaktif nitelikli denetim mekanizmasına duyulan ihtiyaç nedeni ile bu sözleşme düzenlenmiştir⁸⁵.

1987 yılında imzaya açılıp 1989 yılında yürürlüğe giren AİÖS, Avrupa Konseyi tarafından 1994 yılında kabul edilmiştir. Avrupa Konseyine üye olan tüm devletler bu sözleşmeyi kabul etmiştir. Sözleşme çerçevesinde

83 ATA, s.44.

84 <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf>, Temel Haklar Şartı, Erişim Tarihi:22.03.2013.

85 KARAOSMANOĞLU, s.303.

üye devletlerin çeşitli mesleklerden seçtikleri temsilcileri eşit sayıda bağımsız ve tarafsız uzmandan oluşan bir Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi oluşturulmuştur. Komitenin kuruluş amacı, Sözleşmeye taraf olan bir devletin yetki alanı içerisinde bulunan yetkili organlarca kişilerin özgürlüklerin yoksun kılındığı örneğin cezaevleri, polis ve jandarma karakolları, yabancılar için alıkoyma yerleri gibi yerlere periyodik ve periyodik olmayan denetim ziyaretleri düzenlemektedir. Bu yerlerde Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından düzenlenen ziyaret modeline uygun olarak uzmanlar özgürlüklerinden yoksun kılınan kişilerle serbestçe ve tanık olmadan görüşmeye yetkilidir. Sözleşmenin temel özelliği Komite ile devlet arasında işbirliği ilkesidir. Devletlerin bu işbirliği ile kazanımı, tüm sürecin gizliliği olup ilgili Hükümete sunulan denetim ziyaretine ilişkin rapor ve tavsiyeler Hükümet bunları yayınlamak kararı almadıkça gizli tutulur. Sözleşmeyi değiştiren ilk protokol, Avrupa Konseyi üyesi olmayan ancak Bakanlar Komitesi tarafından Sözleşmeye taraf olmayan devletlere sözleşmeye katılma imkânı tanınmıştır⁸⁶.

Komiteler tarafından yapılan ziyaretler genellikle adalet, sağlık ve içişleri bakanlarıyla yapılan görüşmeler ile başlar ve gerekli yerlerin denetimi ile devam eder. Bu denetim kapsamında yapılan ziyaretler denetlenecek olan kuruluşlara önceden bilgi verilmeksizin yapılır. İşkence ve kötü muamele yapıp yapılmadığı ve genel tavsiyelere uyulup uyulmadığı kontrol edilir. Komite her yıl gizlilik koşuluna bağlı kalarak yaptığı bu denetimlere ilişkin raporlarını Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine sunar. İlgili devlet Komite ile işbirliği yapmaktan ve tavsiyeler doğrultusunda işlem yapmaktan kaçınır ise üyelerin üçte iki çoğunluğunun kararı ile gizlilikten vazgeçilip kamuya açıklama yapılabilir. Bu yaptırımla işkence ve kötü muameleye aykırılık uluslararası topluma hem resmi olarak duyurulmuş olmakta hem de ilgili devlet kınanmaktadır⁸⁷.

Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Avrupa Çerçeve Sözleşmesi insan hakları alanında özel belgelerden biridir. 1945-1989 yılları arası dönemde tüm devletlerde olduğu gibi Avrupalı devletlerde de öne çıkan fikir, azınlıkların insan hakları konsepti içerisinde, eşitlik ve ayırım gözetmeme ilkeleri çerçevesinde korunmasıydı. Ancak 1990'lara doğru yaşanan gelişmeler bu yaklaşımın sorgulanmasına ve bırakılmasına zemin hazırlamıştır. Bu açıdan özellikle 1989'dan sonra azınlık haklarının dikkate alınmasına yönelik isteklilikte bir artış olmuştur. Devletlerin azınlıklara

86 REİDY Aisling, *İşkencenin Yasaklanması-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.44-45.

87 KARAOSMANOĞLU, s.308.



yönelik bu tutum değişikliğinde ise Sovyetler Birliği, Çekoslovakya ve Yugoslavya'nın 1990'ların başlarında parçalanmaları ve sadece bu ülkelerde değil diğer Orta Avrupa'nın (Romanya, Sırbistan, Bulgaristan, Ukrayna gibi) tümünde azınlık ve diğer ulusçuluk akımlarının yeniden uyanmasının etkisi büyük olmuştur. Ulusal azınlıkların durumları 1990 ve 1995 yılları arasında Avrupa düzeni ve istikrarı için potansiyel bir tehdit olarak algılanmış ve bu tehdidin önünü alabilmek için birtakım girişimlerde bulunulmaya başlanmıştır⁸⁸.

Bu bakımdan 1990 ve 1995 yılları arasında Avrupa'da azınlıkların korunmasına yönelik olarak standartlar oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede iki görüş ortaya çıkmıştır. Almanya, İtalya, Hollanda, Macaristan ve Avusturya gibi sınırları dışındaki azınlıklarla ırksal ve kültürel ilişkilerde bulunan birinci görüşü savunanlara göre ulusal azınlıkların kültürel, eğitimsel ve dinsel ilişkilerinde otonomi ve çoğunlukta oldukları bölgelerde kendilerini yönetebilme imkânı sağlayan kolektif azınlık haklarını uluslararası alanda tanımaktır. Bulgaristan, Fransa, Yunanistan ve Romanya gibi birçok devlet tarafından savunulan ikinci görüşe göre asıl sorun, ulusal azınlıkların korunmasından ziyade önemli oranda azınlık topluluklarına sahip olan devletlerin ülkesel bütünlüğünün ve siyasi istikrarının devam ettirilmesidir. Ulusal azınlık hakları egemen devlet hakları yanındaki ikincil konularını sürdürmeli ve devletlerin iç siyasetleri içinde tutulmaya çalışılmalıdır. Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Avrupa Çerçeve Sözleşmesine egemen olan ikinci görüştür⁸⁹.

Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı insan hakları alanındaki özel belgelerden bir diğeridir. 1992 yılında imzalanmış ve 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. Önsözde de belirtildiği üzere, kültürlerarası bağların ve çok dilliliğin değeri vurgulanarak bölgesel veya azınlık dillerinin korunması ve teşvik edilmesinin resmi dillere ve resmi dilleri öğrenme ihtiyacına zarar vermemesi gerekir. Avrupa'nın farklı ülkelerinde ve bölgelerinde bölgesel veya azınlık dillerinin korunmasının ulusal egemenlik ve toprak bütünlüğü çerçevesinde kültürel ve demokrasi ilkelerine dayalı bir AB'nin oluşumunda önemli katkılar sağlayacağı önsöz de belirtilmiştir⁹⁰.

Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartında azınlık dillerinin yanı sıra bölgesel dillerin de açık bir şekilde düzenlenmiş olmasının temel nedeni, Fransa gibi bazı ülkelerde anayasal nedenlerle çeşitli kültürlerle ve farklı

88 SARAÇLI Murat, **Avrupa Birliği ve Türkiye'de Azınlıklar**, Adres Yayınları, Ankara, 2012, s.49.

89 SARAÇLI, s.50.

90 <http://www.bued.boun.edu.tr/turik.asp?id=65>, Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı, Erişim Tarihi:25.04.2013.



anadillere sahip olan vatandaşların azınlık olarak tanınmamalarıdır. Bölge kültürleri ve bölge dilleri kavramı ile bu anayasal engeller aşılacak istenmiştir⁹¹.

Avrupa Çocuk Haklarının Kullanımı Sözleşmesi insan hakları ile ilgili diğer özel bir belgedir. 1996 yılında bu sözleşme yapılmıştır. Sözleşmenin 1. maddesinde, sözleşmenin 18 yaşından küçüklere uygulanacağı ve amacının çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak, bu hakların çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli makam önündeki kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmak olduğu belirtilmiştir. Sözleşmenin 24. maddesinde imzacı devletler sözleşmenin hiçbir maddesine çekince konulamaz ifadesi kullanılarak çocuk haklarına verilen değer gösterilmiştir⁹².

AB'de insan hakları ile ilgili belgeleri bunlarla sınırlandırmak doğru bir yaklaşım değildir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler daha birçok belgenin de ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Çünkü hakların ortaya çıkması bir düzene ihtiyaç duyacağından bu düzenin nasıl sağlanacağı belgeler yardımı ile olacaktır.

SONUÇ

Avrupa'daki tarihsel gelişmeler sonucunda birlik fikri ortaya çıkmıştır. Birlik fikri kendini en son olarak AB şeklinde göstermiştir. Tarihsel ve kültürel değerlerine önem veren Avrupa ekonomik, siyasal ve kültürel birlikteliği sağlayıp yeni bir güç olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşından sonraki süreçte Avrupa genelinde meydana gelen gelişmeler AB'nin genişleme sürecini hızlandırmıştır.

AB'nin gelişim sürecinde insan hakları kavramı önemli bir yer tutmaktadır. İnsan hakları AB'nin önemli görülen tüm antlaşmalarında atıfta bulunulan bir kavramdır. İnsan haklarına saygı AB'ye üyelik için şart koşulan hususlardan biridir. AB'de üye ülkelerin insan hakları uygulamalarının farklılık taşıması nedeni ile bazen farklı düzenlemeler olsa da insan haklarının evrenselliği ilkesi temelinde hareket ettiği söylenebilir.

91 TERZİOĞLU Süleyman S, *Uluslararası Hukukta Azınlıklar ve Anadilde Eğitim Hakkı*, Alp Yayınevi, Ankara, 2007, s.96.

92 <http://www.ihb.gov.tr/IcerikGoster.aspx?ID=51f7fa57-9b77-4a90-b32ab0f8eda3ee7c>, Avrupa Çocuk Haklarının Kullanımı Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 30.04.2013.



Birliğe üyeliğin ön şartı olarak insan haklarına saygının olmazsa olmaz şartlar arasında sayılmış olması, insan haklarına verilen önemin Birlik içinde güçlendiğini göstermektedir. Birliğin genişleme sürecinin siyasi açıdan insan haklarına saygı çerçevesinde gerçekleşeceği aday üye ülkeler tarafından bilinmiş olması, aday ülkelerin insan hakları karnelerini düzeltme yoluna sevk edecektir. Avrupa'da ortak bir kimlik çabası oluşturma sürecinde olan AB için bu kriterlerin ortak bir kimliğin değerleri olduğu söylenebilir.

AB'de insan hakları alanında uygulama birliği önemli antlaşmalarda yoktur. Bu da Birliğe üye devletlerin menfaatlerini AB'nin menfaatlerinden daha üstte algıladığını göstermekte olup, bu husus ekonomik ve siyasal birlikteliği sağlamayı amaçlayan Birliğin menfaatlerine terstir. AB'nin bundan sonra üye devletlerle yapacağı antlaşmalarda herhangi bir ayrıcalık veya imtiyaz getiren maddelerin antlaşmalara girmemesi Birliğin bütünleşmesine katkı sağlayacaktır. Bunun içinde Birlik fikrinin tüm Avrupa'da yaşayan insanlara tanıtılması gerekir. Bunu gerçekleştirmek içinde Avrupa Vatandaşlığı müessesinin aktif hâle getirilerek Avrupalılık bilincinin arttırılması ve her bireyin Birlik vatandaşlığını önemsenmesini sağlayacak eğitim faaliyetlerine başlanması gerekir.

KAYNAKLAR

AIHS, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-11 ve 14 Nolu Protokollerle Değiştirilen Metin**, şen Matbaa, Ankara,2012.

ALGANER Yalçın / ÇETİN Müzeyyen Özlem, "Avrupa'da Birlik ve Bütünleşme Hareketleri (I)", **Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi**, S.2, 2007.

ALTINBAŞ Deniz, "Avrupa Birliği'nin Başarısız Girişimi: Avrupa Yurttaşlığı", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S:3, 2009.

ARSAVA, A.Fusun, AB'nin Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar Şartı, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, S.2, 2004.

ARSAVA A. Fusun, "Lizbon Sözleşmesi- Reform Sözleşmesinin Önemli Unsurları" , **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, 2009.

ATA Funda Keskin, **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.

ATALAR Ömer, **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Uzmanlık Tezi, 2002, <http://www.ihb.gov.tr/dosyagoster.ashx?id=314>, Erişim Tarihi: 22.03.2013.

AYBAY Rona, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", **TBB Dergisi**, S.88, 2010.

AYDIN M. Sabir, **Siyasi ve Hukuki Olarak Avrupa Birliği**, Asil Yayınları, Ankara,2008.

BİLİR Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, S.1, 2006.

BULUT Metin, "Türk Kamu Yönetiminin Dönüşümünde Etkili Bir Araç: Avrupa Birliği İlerleme Raporu", **Sayıştay Dergisi**, S:82, 2011.

CAIRNS Walter, **Introduction to European Union Law**, Cavendish Publishing Limited, London, 2002.

CANBOLAT İbrahim S., **Avrupa Birliği ve Türkiye-Uluslararası Sistemle Ortaklık**, Alfa Akademi Yayınları, Bursa, 2011.

CHALMERS Damian, Davies, Gareth, Monti, Giorgio, **European Union Law**, Cambridge University Pres, UK (United Kingdom), 2010.

DEDEOĞLU Beril, **Avrupa Birliği Bütünleşme Süreci I: Tarihsel Birikimler, Dünden Bugüne Avrupa Birliği (Der: Beril Dedeoğlu)**, Boyut Kitapları, İstanbul, 2003.



DENİZ Bahar Yeşim, “Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi İle Etkileşimi”, **TBB Dergisi**, s:97, 2011.

DE SCHUTTER Olivier, **Avrupa Sosyal Şartı'nın İki Yaşamı**, DE SCHUTTER Olivier (Koordinatör), **Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa**, s:7-32, Şen Matbaa, Ankara, 2010.

DE SCHUTTER Olivier, **Avrupa Sosyal Şartı'nın Avrupa Birliği Hukukunun Gelişimindeki Rolü**, DE SCHUTTER Olivier (Koordinatör), **Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa İçin Yeni Bir Sosyal Anayasa**, s:87-133, Şen Matbaa, Ankara, 2010.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Ankara, 1996.

GRUBER Annie, “Avrupa Birliğinin İşleyici Sürecinde Avrupa Yurttaşlığı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.22,2005, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/gruber.pdf, Erişim Tarihi: 02.03.2013.

GÜLMEZ Mesut, (1991), “Avrupa Sosyal Şart'ına Genel Bir Bakış ve Türkiye”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE Yayınları, C.12, S.1, 1991.

GÜNEŞ Ahmet M., “Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1-2, 2008.

KACZOROWSKA Alina, **European Union Law**, Routledge (Taylor& Francis Group), London and New York, 2011.

KARAASLAN Erol, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, 2004.

KARAOŞMANOĞLU Fatih, **Tarihin Başlangıcı-Uluslararası İlişkiler& Haklar ve Güvenlik**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

KAYGISIZ Ümmühan, “Avrupa Birliği'nde Son Dönem Demokratikleşme Çabaları: Lizbon Antlaşması'nın Demokratikleşmeye Katkısı”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, S:6, 2012.

KESKİN M.Hakan, **Doğru Sanılan Yanlışlarla Avrupa Birliği**, Ofset Fotomat, Ankara, 2010.

METİN Yüksel, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, S.4, 2002.



MOR Hasan, "Avrupa (Birliği) Bütünleşme Süreci ve Sorunları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s:1, 2010.

REİDY Aisling, **İşkencenin Yasaklanması-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Şen Matbaa, Ankara, 2012.

SANIOĞLU Hilal, (2008), "Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları", **TBB Dergisi**, S.74, 2008.

SARAÇLI Murat, **Avrupa Birliği ve Türkiye'de Azınlıklar**, Adres Yayınları, Ankara, 2012.

TANGÖR Burak, "Avrupa Birliği'nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", **Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, S.1, 2001.

TAŞDEMİR Hakan, DEMİR Hasan, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, S.3, 2002.

TERZİOĞLU Süleyman S, **Uluslararası Hukukta Azınlıklar ve Anadilde Eğitim Hakkı**, Alp Yayınevi, Ankara, 2007.

TÜRKMEN Füsün, **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Dünden Bugüne Avrupa Birliği (Der: Beril Dedeoğlu)**, Boyut Kitapları, İstanbul, 2003.

YAKUT Bahadır, "Lizbon Sonrası AB'nin Yeni Kurumsal Yapısı ve Karar Alma Süreçlerinin Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanındaki Yansımaları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.2, 2010.

<http://www.bued.boun.edu.tr/turik.asp?id=65>, Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı, Erişim Tarihi:25.04.2013.

<http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf>, Temel Haklar Şartı, Erişim Tarihi:22.03.2013.

<http://www.ihb.gov.tr/IcerikGoster.aspx?ID=51f7fa57-9b77-4a90-b32ab0f8eda3ee7c>, Avrupa Çocuk Haklarının Kullanımı Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 30.04.2013.

<http://www.ikv.org.tr/images/files/A5-tr.pdf>, Avrupa Birliğini Kuran Anlaşma (Maastricht Anlaşması), Erişim Tarihi:15.05.2017.

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2016/7%20%C3%9C%20kelere%20G%C3%B6re%2019592016%20Y%C4%B1llar%C4%B1%20Ara%C4%B1nda%20Toplam%20%C4%B0hla%20Say%C4%B1lar%C4%B1.pdf>, 1959-2016 Yılında Bazı Ülkelerin Toplam AİHS İhlalleri, Erişim Tarihi: 15.05.2017.

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/437-438.pdf>, Kopenhag Kriterleri, Erişim Tarihi: 16.04.2013.

ANAYASA MAHKEMESİ UYGULAMASINDA MASUMİYET KARİNESİ

(Presumption Of Innocence In The Practice Of The Constitutional Court)

Akif YILDIRIM¹

ÖZ

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin adil yargılanma hakkına uygun yol ve yöntemlerle bulunmasıdır. Bu bağlamda, adli makamlar ceza yargılamasında maddi gerçeği araştırırken adil yargılanma hakkının sanıklara tanıdığı güvencelerle sınırlandırılmaktadır. Bu güvencelerden biri de masumiyet karinesidir. Temel insan hakları arasında gösterilen ve adil yargılanma hakkının özünü oluşturan masumiyet karinesi, birçok uluslararası belgede düzenlenmiştir.

Bu karine, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağına dair Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir.

Masumiyet karinesi, sadece hâkim veya mahkeme kararlarıyla değil, kamu gücü kullanan diğer yetkililer/kurumlar tarafından da ihlal edilebilir. Öte yandan, devlet görevlilerinin açıklamaları veya kışkırtmalarına dayanan basın ve yayın organlarındaki yazılar veya bazı küçük düşürücü ifadeler nedeniyle masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir.

Bu makalede, masumiyet karinesi Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında ele alınıp incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Masumiyet Karinesi, İspat Yükü, Basın Açıklamasında Suçlayıcı İfade, Mahkeme Kararlarında Kullanılan Dil, Ceza Davasını Takip Eden Yargısal Süreçler

ABSTRACT

The aim of criminal procedure is to find the material fact in conformity with the right to a fair trial. In this context, judicial institutions are limited with the guarantees of the right to a fair trial granted for suspects

1 Hâkim/Anayasa Mahkemesi Raportörü ♦ akif.yildirim@anayasa.gov.tr

while searching for the material fact in a criminal procedure. One of these guarantees is the presumption of innocence. The presumption of innocence, one of the fundamental rights and the essence of the right to a fair trial is issued in many international documents.

This presumption is guaranteed under article 36 of the constitution as an element of the right to a fair trial and is also regulated in paragraph four of the constitution that nobody can be considered guilty until his/her criminality is declared by a judgment.

The presumption of innocence can not only be violated by judges or court decisions but also by other authorities/institutions using public force. On the other hand, articles in media and or some insulting statements based on comments and provocations of state officials are also subject to violating the presumption of innocence.

In this article, the presumption of innocence will be discussed in detail in the light of the case law of the Constitutional Court.

Keywords: Presumption of innocence, Onus probandi, accusatory expressions in press statements, language used in court decisions, judicial procedures following criminal cases

I. MASUMİYET KARİNESİNİN ANLAM VE KAPSAMI

Masumiyet karinesi, Anglo-Sakson hukuku kaynaklı olup adil yargılanma hakkının özünü oluşturmakta ve aynı zamanda hukukun temel ilkeleri arasında sayılmaktadır. Kıta Avrupası sisteminde temellerine 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde (md. 9) rastlanan bu ilke, birçok ulusal ve uluslararası² güvence altına alınmıştır.

Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır.³Anılan karine böylelikle sanığa mahkemelerin tarafsızlığı garantisini vermekte ve onun hakkındaki hüküm kesinleşmeden önce suçlu gibi muamele görmesini önleyen dokunulmaz bir hak sağlamaktadır.⁴

2 Sözleşme'nin (md. 6/2) yanı sıra BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (md 11/1) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (md 48) da anılan ilkeyi güvence altına almıştır.

3 AYM, E.2013/133, K. 2013/169, 26/12/2013.

4 SCHROEDER Friedrich Christian - YENİSEY Feridun / PEUKERT Wolfgang, **Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi**, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul 1999, s. 30; ÜZÜLMEZ İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", **TBB Dergisi**, Yıl: 2005, Sayı: 58, s. 44.



Masumiyet karinesi Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir güvencesi olmakla birlikte, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılmayacağına dair Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında da ayrıca düzenlenmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin, iddia ve savunma ile "adil yargılanma" hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Anılan maddeye "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında bu karine düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz" şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesi⁵; Sözleşmenin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise "Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır." biçiminde düzenlenmiştir. Diğer yandan, Anayasanın 15. maddesinin birinci fıkrasında, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydıyla hangi hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kısmen ya da tamamen kullanımının durdurulabileceğine yer verildikten sonra aynı maddenin ikinci fıkrasında dokunulamayacak hak ve ilkeler arasında "suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağı" da sayılmıştır.

Anayasa ve Sözleşme metinleri dikkatle irdelendiğinde, masumiyet karinesinin Anayasa tarafından daha kapsamlı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Anayasa, yalnızca bir suç isnadının bulunduğu durumları değil, herhangi bir suç isnadı olmaksızın kamu otoritelerince kişilere "suçlu" muamelesi yapılmamasını da düzenlemiştir.⁶ Bu bakımdan, anılan ilke sadece yargı organlarını değil, aynı zamanda kamu gücü kullanan diğer resmi görevlileri/makamları da bağlamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre masumiyet karinesinden yararlanılması için kişi hakkında bir suç isnadının olması gerekmektedir.⁷ Isnat genel olarak, bir kimseye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesidir.⁸ Burada isnadın niteliğinden

5 Terim sorunuyla ilgili tartışmalar için bkz. FEYZİOĞLU Metin, "Suçsuzluk karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHF, Yıl: 1999, Cilt: 48, Sayı:1-4, (Suçsuzluk Karinesi), s. 137-139.

6 FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s. 141.

7 ÜZÜLMEZ, s. 45.

8 Deweer/Belçika, B. No: 6903/75, 27/2/1980 § 46; Atf yapılan AİHM kararlarının tümü Mahkeme'nin <http://hudoc.echr.coe.int>, adlı resmi internet sayfasından alınmıştır.

daha çok içeriği önem kazanmaktadır. Diğer yandan isnat, savunma yapmak için tebligat çıkarılması yoluyla bildirilebileceği gibi, koruma tedbirlerinin uygulanması vasıtasıyla da isnattan haberdar olunabilir. Dolayısıyla ceza yargılamasında suç isnadı, bir kimseye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya o kimsenin ilk olarak isnattan etkilendiği arama ve gözaltı gibi koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla başlar.⁹

AIHM, masumiyet karinesinin, suç isnadı altında olan veya ceza yargılaması sonucu beraat eden kişilerin hukukun gözünde masum olduğu ve kendisine buna uygun olarak muamele edilmesi gerektiği anlamına geldiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre anılan karine, ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen, buna ilişkin korumanın uygulanabilir ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam eden kişilere, kamu görevlileri veya otoriteleri tarafından bunlar gerçekte suçlularmış gibi muamele edilmesinin önlenmesi gerekir.¹⁰

Bu çerçevede masumiyet karinesi kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir.¹¹ Anayasa Mahkemesi, kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların da adil yargılanma hakkının koruma alanı içerisinde yer aldığını ifade etmekte ve masumiyet karinesini kabahat işlediği iddia olunanlar yönünden de uygulamaktadır.¹²

Anayasa Mahkemesine göre bu ilke, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan “suçlu” olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun doğal sonucu olarak, kişinin masumiyeti “asil” olup suçluluğu ispat külfeti iddia makamındadır. Kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.¹³

Masumiyet karinesi savunma hakkıyla da bağlantılı bir ilkedir. Gerçekten de savunma hakkı tanınmadan kişilerin cezalandırılması, masumiyet karinesiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü bir suçla itham edilen

9 B.E., B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 34, *Eckle/Almanya*, B. No: 8130/78, 15/07/1982, § 73–75; Anayasa Mahkemesinin atfı yapılan tüm kararları, Mahkemenin www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr adlı resmi internet sayfasından alınmıştır.

10 *Allen/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, §§ 92-105 ve 120-126.

11 *Kürşat Eysel*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 27.

12 *Remzi Durmaz*, B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 26.

13 *Kürşat Eysel*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26.



kimsenin baştan itibaren suçlu kabul edilmesi savunma hakkını anlamsız kılacaktır.¹⁴ Anayasa Mahkemesi de savunma hakkı tanınmadan kişilerin mahkûm edilmesinin, Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesine uygun olmadığını ifade etmiştir.¹⁵

Masumiyet karinesi sadece yargı organlarını değil, kamu gücü kullanan diğer kamu görevlilerini/makamlarını da bağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle masumiyet karinesi, isnat anından itibaren ceza muhakemesinin tüm evrelerinde ve tüm resmi makamlar önünde geçerlidir. Dolayısıyla soruşturma evresinde kamu gücü kullanan Cumhuriyet savcısının bu karineye aykırı işlemler tesis etmesi adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Bu çerçevede, gerek yürütülmekte olan ceza yargılamalarında, gerekse ceza davasını takip eden ve fakat ceza yargılaması niteliğinde olmayan diğer yargılamalarda da (hukuk, idari, disiplin gibi), masumiyet karinesine özen gösterilmesi yargılamanın adilliğini zedeleyebilir.

Bu bağlamda kanun koyucu veya idarenin de, haklarında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmayan kişilerin "suçlu" olduklarını kabul veya ima eden hükümleri içeren düzenlemeleri yürürlüğe koymamaları, masumiyet karinesine aykırılık teşkil eder.

II. MASUMİYET KARİNESİNİN YARGILAMA SÜREÇLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Ceza Muhakemesi Açısından Durum

1. Devam Eden Süreçler Yönünden

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 2. maddesinde soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre; kovuşturma ise, iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre olarak ifade edilmiştir. Bir kimsenin suçlu olarak kabul edilebilmesi için hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir.

Ceza yargılamasının amacı hiçbir şüphe kalmaksızın maddi gerçeğin adli yöntemlerle bulunmasıdır. Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşmak için sanıktan masum olduğunu ispat etmesi istenemez. Masumiyet karinesinden türetilmiş "kuşkudan sanık yararlanır (in dubio pro reo)" kuralı uyarınca, sanığın üzerine yüklenen suç, hiçbir şüpheye yer verilmeksizin

14 ORMANOĞLU Hatice Derya, "Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi", *AÜHFĐ*, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı:4, s. 2246.

15 *Yusuf Karakuş ve diğerleri*, B. No: 2014/12002, 8/12/2016, § 70.



kanıtlanamadığında, suçun sübuta ermediği kabul edilerek sanığın beraatına karar verilecektir.

Kişinin masumiyeti “*asıl*” olduğundan ispat külfeti iddia makamındadır. İddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması kuralı, Anayasa’nın 38. maddesinin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Şüpheli/sanık, masumiyet karinesi gereğince masum sayıldığı için muhakeme yapılmakta ve maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmaktadır. Suç isnadı altındaki kimsenin beraat etmesi için masum olduğunun anlaşılması gerekmez; yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması yeterlidir. Böylece tahmine ve zan’a dayalı olarak kişilerin cezalandırılması önlenmiş olacaktır. Kişinin mahkûm edilebilmesi için ise her türlü şüpheden arınmış vicdani kanaatin oluşması gerekir.¹⁶

Mahkemelerce delil yetersizliğinden sanığın beraatı yerine doğrudan beraatına karar verilmesi insan haysiyetinin korunması ve masumiyet karinesi bakımından yerinde bir yaklaşım olur. Aksi durumda sanığın suçu işlediği ve fakat yeterli delile ulaşamadığı için bu şekilde karar verildiğine ilişkin bir imâ oluşmaktadır. Bunun da masumiyet karinesiyle bağdaşmadığı açıktır. Unutulmamalıdır ki, şüpheden sanığın yararlandığı durumlarda da sanık fiili gerçekleştirmemiş sayılmaktadır.¹⁷

Ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma evrelerinin herhangi birinde de, kesin hükümlerle mahkûm olunmadığından kişi suçlu olarak nitelendirilemez. Çünkü ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet bulunmamaktadır. Buna göre, hâkimlerin yargılamaya sanığın isnat konusu suçu işlediği önyargısı ile başlamamaları¹⁸ ve ara kararlarında kişilerin masumiyet karinelerini ihlal eder tarzda bir dil kullanmamaları gerekir. Suçluluğu ispatlanamayan sanık, şüpheden yararlanacak ve beraat edecektir. Sanık beraat ettikten sonra onun aklanmadığına yönelik kuşkuların dillendirilmesi bile kimi zaman masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelebilir.¹⁹

Belirtilmelidir ki masumiyet karinesinin ceza muhakemesindeki en önemli sonucu, iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması ve

16 DÖNMEZER Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 68.

17 DOĞAN Koray, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, 2008, s. 180.

18 FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s. 141; TOZMAN Önder, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, EÜHFD, Yıl: 2007, Cilt: 11, Sayı:3-4, s. 336.

19 Sekanina/Avusturya, B. No: 13126/87, 25/8/1993, § 30; Asan Rushiti/Avusturya, B. No: 28389/95, 21/3/2000, § 28; Geerings/Hollanda, B. No: 30810/03, 1/3/2007, § 49.

sanığın masumiyetini ispat etme zorunluluğunun bulunmamasıdır. Ancak masumiyet karinesi, suç isnadı altındaki kişiyi otomatik suçlu hâline getirmeyen ve aksi kanıtlanabilir nitelikte olan “*fiili*” ya da “*hukuki*” sorumluluk karinelerinin kabul edilmesine engel oluşturmamaktadır.²⁰ Diğer bir ifadeyle, genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece, savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi, masumiyet karinesine aykırılık taşımaz.²¹ Ancak karinelerin, masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmaması ve suç isnadı altındaki kişinin bunlara karşı savunma imkânlarından yararlandırılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında yakın tarihte verdiği iki ayrı kararda sorumluluk karinelerinden yararlanabilmesinin ilkelerini belirlemiştir. *Adem Hüseyinoğlu başvurusunda* (B. No: 2014/3954, 15/2/2017), hukuki veya fiilî karinelere yararlanılmasının, masumiyet karinesine aykırılık taşımaması için genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğünün iddia edende kalması, karinelerin aksinin ispat edilebilmesinin mümkün olması ve kişiyi otomatik olarak “*suçlu*” hâline getirmemesi ve suç isnadı altındaki kişinin savunma imkânlarından yararlandırılması gerektiği belirtilmiştir.²²

Diğer kararda ise *Adem Hüseyinoğlu başvurusunda* belirlediği ilkeleri esas alarak sahibi olmadığı ve üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan bir araç ile yük taşımacılığı yapılırken trafik kuralı ihlali yapıldığı gerekçesi ile kendisine idari para cezası kesilen başvuruçunun (göndericinin) masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²³

20 İNCEOĞLU Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Konseyi*, Ankara 2007, s. 94.

21 AYM, E.2013/38, K.2014/58, 27/3/2014.

22 Anılan kararda “[mehkemenin],[iki adet fatura ile 300 kutu izinsiz üretilen veteriner tıbbi ürünü] satın alındığı hususu tartışma konusu olmayan ürünlerden yola çıkarak başvuruçunun anılan ürünleri bulundurduğu sonucuna ulaşmıştır. Diğer bir ifadeyle mahkeme somut olgulara dayanarak mantıksal çıkarımlar yapmıştır. Başvurucu, derece mahkemeleri önünde savunma imkânlarından yararlandırılmış; suç isnadını içeren çıkarımın aksinin yargılama sırasında ispat edilmesine fırsat tanınmıştır. Uyuşmazlığın niteliğinin, başvuruçunun yöneltilen fiille ilgili savunma ve bunun aksini ispat bakımından ceza muhakemesine göre daha elverişli olduğu, yaptırım uygulayan idare ile başvuruçunun arasında ispat imkânı bakımından önemli bir dezavantaj oluşturmadığı” ifadelerine yer verilerek başvuruçunun masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

23 “...Başvuruya konu olaydaki kabahatin oluşması (izin verilen azami yük ağırlığının aşılması yasağının ihlal edilmesi) için “işleten” veya “gönderen” olunması gerekir (bkz. § 12). Somut olayda Mahkeme, başvuruçunun taşınan eşyanın göndericisi olmasını idari para cezası yaptırım uygulanması için yeterli görmüştür. Diğer bir ifadeyle salt belli bir statüde (gönderici) olma idari para cezası yaptırım uygulanmasına gerekçe yapılmıştır.

33. Gönderenin kastının bulunup bulunmadığı, ağırlığın aşılmasına karşın yükün bilerek verilip verilmeyeceği değerlendirilmemiş, bu konuda bir tespit yapılmamış ve karineden yararlanılarak sonuca

AİHM de sözleşmeci Devletlerin, söz konusu karineleri davanın konusunun önemini dikkate alarak ve savunma hakkını koruyarak, makul sınırlar içinde uygulaması gerektiğine karar vermiştir.²⁴

Masumiyet karinesi, sadece suçlamanın esaslarının incelendiği kovuşturma evresini değil, kovuşturma aşamasının sonuçlarına bakılmaksızın ceza muhakemesinin bütünü (soruşturma evresini de) kapsar. Diğer bir ifadeyle anılan karine, dava açılmadan önceki aşamada da uygulanır. Suç isnadı mahkûmiyete dönüşen kişiler ise, artık “suç isnadı altında olan kişi” konumunda olmadıkları hükümlü statüsüne geçtikleri için masumiyet karinesinin ihlal iddiası geçerliliğini yitirmektedir.

Masumiyet karinesi CMK’da açıkça düzenlenmemişse de bu ilkenin gerekliliklerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. CMK’nın 157. maddesine göre, savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. Aynı Kanun’un 234. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ikinci alt bendinde; mağdur ile şikâyetçinin, “Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneğini isteme” haklarının olduğu belirtilmiştir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin (R.G Sayı: 25832) 27. maddesine göre de, suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir.

Ceza muhakemesinde soruşturmanın gizliliği ilkesinin benimsenmesinin bir nedeni de, masumiyet karinesi ve lekelenmeme haklarının korunmasıdır.²⁵ Bu bakımdan soruşturma evresinde elde edilen deliller (tape kayıtları, tanık anlatımları, şüpheli beyanları gibi) bu karinenin ihlal edilmemesi bakımından kamuoyuna ifşa edilemez.²⁶ 5237 sayılı TCK’nın 285. maddesinde soruşturmanın gizliliğinin ihlali suç

ulaşmıştır. Mevcut düzenlemenin kapsamının varsayımlardan hareket edilerek objektif sorumluluk esaslarına göre genişletilmesi suretiyle başvurunun reddine karar verildiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle somut olgular yerine aksi ispat edilemeyecek karineden yararlanılarak fil ile başvurucu arasında bağ kurulmuş ve kabahatin işlendiğine karar verilmiştir.

34. Kabahatin işlendiğine ilişkin olarak Mahkemece yapılan varsayımın aksinin ispatı mümkün değildir. Başvurucunun yöneltilen fiille ilgili savunma ve bunun aksini ispat bakımından yaptırım uygulayan idare ile arasında önemli bir dezavantaj oluştuğu ve böylelikle kullanılan varsayımın masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığı anlaşılmıştır. Başvurucuya itiraz imkânının tanınmış olması da masumiyet karinesinin ihlalini telafi etmemiştir.”(Fameka İnş. Plastik San ve Tic. Ltd. Şirketi, B. No: 2014/3905, 19/4/2017).

24 HARRİS David/O’BOYLE Michael/BATES Ed/BUCKLEY Carla, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi 2013, s. 304.

25 ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / DOĞAN Koray / BACAĞIZ Pınar / TEPE İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 74.

26 OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği” **AÜHFED**, Cilt: 59, Sayı:2, s. 243-275.



olarak düzenlenmiştir. Soruşturmanın gizliliğini ihlal edenler hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır (CMK. md. 161/5).

CMK'nın 183. Maddesine göre, istisnalar dışında "*adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır*". Bu hüküm de masumiyet karinesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Koruma tedbirlerine ilişkin kararlarda şüphelinin/sanığın *suçu işlediği* yönünde bir vurgu yerine suçu işlediğine dair *kuşkuya* yoğunlaşılması gerekir. Aksi tutum, bu karinenin ihlaline yol açabilir. Aynı yaklaşımın mahkemelerce verilen görevsizlik/yetkisizlik kararlarında da sergilenmesi gerekir. AİHM, *Yaşar Kemal Gökçeli/Türkiye* başvurusunda,²⁷ Devlet Güvenlik Mahkemesi naip hâkiminin yayına el koyma kararında "*şüphe durumuna*" yer verildiği ve kararın başvuruçunun suçlu olunduğuna dair bir tespit içermediğini belirterek masumiyet karinesini ihlâl edilmediğine hükmetmiştir.

Tutukluluğun makul süreyi aşması hâlinde, tutuklama bir koruma tedbiri olmaktan çıkıp infaza dönüştüğünden, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının yanında, masumiyet karinesini düzenleyen 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası da ihlal edilmiş olur.²⁸ Anayasa Mahkemesine göre masumiyet karinesi, yargılama süresince kişinin hürriyetinin esas, tutukluluğun ise istisna olmasını gerektirmektedir. Masumiyet karinesine rağmen tutukluluğun devamı, ancak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına nazaran daha ağır bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir.²⁹

Bir mahkemenin, sanığı savunma hakkını kullanma imkânı olmaksızın kanunen suçlu bulması hâlinde de masumiyet karinesi ihlal edilmiş olur.³⁰ Ayrıca, suçlandıktan sonra beraat eden kişiye yargılama masrafları da yüklenemez.³¹ Mahkemenin bu aşamadan sonra sanığın suçluluğunu ima eden tutum ve kararlardan kaçınması gerekir. Kişi ceza

27 *Yaşar Kemal Gökçeli/Türkiye*, B. No: 27215/95 ve 36194/97, 4/3/2003, §§ 46-50.

28 FEYZİOĞLU, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 155; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27/10/2010 tarihli kararına göre, "*Salt tutuklama kararının verilmesi ceza hukukunun prensiplerinden olan suçsuzluk karinesinin ihlali anlamına gelmemekte; daha çok gerekçesiz olarak bu hâlin uzatılması ihlali oluşturmaktadır.*" (E.2010/4-553, K.2010/537).

29 *Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, §§ 61- 62.

30 *Suart /Hollanda (k.k)*, B. No: 31716/96, 6/7/1999.

31 *Minelli /İsviçre*, B. No: 8660/79, 25/3/1983.



davasında yargılanıyor ise, başka bir davanın iddianamesi esas alınarak lehe hükümlerin tatbik edilmemesi masumiyet karinesine aykırılık oluşturabilir.

Masumiyet karinesi, kendini suçlamama hakkı ile yakından bağlantılıdır. Ancak, sürücülerin zorla alkol veya kan testine tabi tutulmaları masumiyet karinesine aykırı değildir.³² Susma hakkını kullanması, sanığın aleyhine yorumlanmamalıdır. Sanık hakkındaki mahkûmiyetin yegâne veya belirleyici delili sanığın susmasından çıkarılan sonuçlar ise, bu durumda da masumiyet karinesi ihlal edilmiş olur.³³

2. Yargılamanın Yenilenmesi Yönünden

a. Genel Olarak

Kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün yeniden yargılama yoluyla incelenmesi ve yeniden yargılanma talebinin kabul edilmesi hâlinde, mahkeme kararlarında yargılananlardan “sanık” yerine “hükümlü” olarak bahsedilmesinin masumiyet karinesini ihlal edip etmediği tartışmalıdır.

Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini yerinde bulursa delillerin toplanması için bir naip hâkimi veya istinabe olunan mahkemeyi görevlendirebileceği gibi; kendisi de bu hususları yerine getirebilir. Yeniden yapılacak duruşma sonucunda mahkeme, önceki hükmü onaylar veya hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir (CMK. md. 323). Hâl böyle olunca, yargılananın hükümlü sıfatı önceki hükmün iptaline kadar devam etmektedir. Diğer bir anlatımla, önceki hüküm, yeniden yargılama sonucunda verilen hükmün “onaylanması” veya “iptaline” kadar varlığını devam ettirdiğinden, kişinin hükümlü sıfatında bir değişiklik olmamaktadır. Ancak iç hukukumuzun Sözleşme’yle ne kadar uyumlu olduğu da tartışma konusudur.

Bu mesele özellikle kişinin (yeniden yargılanan) adli sicil kayıtlarının silinmesi taleplerinde gündeme gelmektedir.

b. Anayasa Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesine göre, kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarının doğrudan geçersiz sayılması gibi bir sonuç söz konusu olmayıp

32 Saunders/İngiltere, B. No: 19187/91, 17 Aralık 1996, § 69.

33 MUSACCHIO Vincenzo: “La presunzione di non colpevolezza come valore fondamentale del sistema penale europeo”, Rivista penale, Yıl: 2009, Sayı: 5, s. 531-535 (Zikreden: OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Suçsuzluk Karinesi: ‘Alice Harikalar Diyarında’”, Ankara Barosu Uluslar Arası Hukuk Kurultayı, 10-14 Ocak 2012, Cilt: 3, (Karine), s. 47-48).



yargılananlar, yeniden yapılan yargılama esnasında “*hakkında suç isnadı olan kişi*” konumunda değildir; kesinleşmiş hapis cezasının infazı hâlen devam etmektedir. Yeniden yargılama yapılması talebinin kabul edilmesi, kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarının geçersiz sayılması gibi bir sonuç doğurmaz. Dolayısıyla, mahkeme kararlarında yeniden yargılanandan “hükümlü” olarak bahsedilmesi, onun mevcut hukuki statüsünü tanımlamakta ve masumiyet karinesine aykırılık oluşturmamaktadır.³⁴

Ancak AİHM, yeniden yargılama esnasında da kişilerin masumiyet karinesinden faydalanacağını ve tutanaklarda kişiden “hükümlü” olarak bahsedilmesinin masumiyet karinesine aykırı olacağını belirtmektedir.³⁵Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak da yeniden yargılanan kişinin mahkûmiyetine ilişkin adli sicil kayıtlarının askıya alınması gerekecektir. Bu için de Adli Sicil Kanunu’nun değiştirilmesi zorunlu hâle gelmektedir.

B. Ceza Davasıyla Bağlantılı İdari Uyuşmazlıklar Açısından Durum

1. Genel Olarak

CMK “*Duruşmanın sona ermesi ve hüküm*” başlıklı 223. maddesinde ise, “hüküm”lerin; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşme kararları olduğu belirtilmiştir. Hükümlerden bir kısmı (mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı) uyuşmazlığı esastan çözerken, bir kısmında ise (düşme ve davanın reddi) muhakeme bir yargı ile sona ermekle birlikte, uyuşmazlığın esası çözülmez.

Ceza davasını takip eden “*ceza yargılaması niteliğinde olmayan herhangi bir yargılamada*” da (disiplin gibi), masumiyet karinesine özen gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ceza davasını takip eden idari uyuşmazlıklar bakımından, en fazla disiplin hukuku kapsamında verilen cezalarda masumiyet karinesinin ihlali durumu söz konusu olmaktadır. Disiplin hukukunun bir esası da, kamu görevlilerine karşı yürütülen disiplin soruşturmasının bağımsızlığıdır. Adli soruşturma/kovuşturma ile disiplin soruşturması kural olarak birbirinden bağımsız yürütülmektedir. Memurun işlediği her fiil, adli soruşturma/kovuşturmaya konu olamayacağı gibi, her adli soruşturma/kovuşturma da disiplin soruşturmasını gerektirmeyebilir.³⁶ Disiplin kovuşturması, ceza

34 Tülin Soyhan, B. No: 2013/2212, 25/3/2015, §§ 56, 57.

35 Dicle ve Sadak/Türkiye, B. No: 48621/07, 16/6/2015, §§ 60-61, 66.

36 SANCAKDAR Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 273.

kovuşturmasından bağımsız yürür ve ceza kovuşturmasının yürütülmesi disiplin soruşturmasını/cezasını durdurmaz.³⁷

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) “*Cezai kovuşturma ile disiplin kovuşturmasının bir arada yürütülmesi*” kenar başlıklı 131. maddesinde, aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olmasının disiplin kovuşturmasını geciktiremeyeceği; memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması hâllerinin ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Ceza hukukunda bir fiile iki ceza uygulanmazken, bu durumun disiplin cezalarında geçerli olmayışının bir sonucu olarak, aynı eylem için adli bir ceza verilmiş olması, disiplin kovuşturması yapılmasına ve disiplin cezası verilmesine engel olmamaktadır.³⁸ Her ne kadar disiplin soruşturması ile ceza soruşturma/kovuşturması DMK'nın 131. maddesi ile birbirinden bağımsız kılınmış ise de, ceza mahkemesi sonucu verilen kararlar, disiplin soruşturmasını etkilemektedir. Diğer taraftan, idari yargı organları, disiplin soruşturmasına konu olayın ayrıca “suç” teşkil etmesi nedeniyle ceza mahkemelerinde yargılanan memurlarla ilgili disiplin cezalarını değerlendirirken, ceza mahkemesi kararını delil olarak dikkate almaktadır.³⁹

37 ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C: I, İstanbul 1960, s. 868; KAYA Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C: 38, Y: 2005, S: 2, s. 78; KIRMIZIGÜL Hüsamettin, “Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları”, Kazancı Kitap ve Ticaret A.Ş., İstanbul 1998, s. 10; TAŞKIN Ahmet, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 131-132.

38 OĞURLU Yücel, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis İn İdem’ Kuralı”, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, Ankara 2003, s. 112; ÖZEN Mustafa, “NonBis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2010, Cilt: XIV, Sayı: 1, s. 390.

39 OĞURLU, s. 112; “...657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 131.maddesinde; “Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun Ceza Kanununa göre mahkûm olması veya olmaması hâlleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz” denilmektedir. Kanun koyucu bu hükümle, ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının hiçbir şekilde disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulanmasını etkilemeyeceğini açık olarak öngörmüştür. Nitekim maddenin gerekçesinde de anlam itibarıyla aynı ifadeler tekrarlandıktan sonra “... Çünkü yukarıda belirtildiği gibi arada temel mahiyet farkı vardır.” denilmek suretiyle Kanunkoyucunun temel mahiyet farkından dolayı ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının, disiplin cezası uygulanmasını etkilemeyeceğini belirtmiş bulunmaktadır. Gerçekten ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu sebeplerdir ki kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir. Her ne kadar ceza hâkiminin fiilin meydana gelmediğine veya maddi olaylara dayanarak fiil



Masumiyet karinesi, suç isnadının karara bağlandığı yargılamalarda geçerli olduğu için, Sözleşme'nin 6. maddesinde ifade edilen '*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar*' çerçevesinde değerlendirilen idari davalar, kural olarak masumiyet karinesinin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak idari davada uyumsuzluk konusu olan maddi olayın tespitinde idari yargı mercii, aynı maddi olayı ele alan ceza mahkemesinin daha önce verdiği bazı hükümlere göre (beraat ve düşme gibi) hareket etmelidir.⁴⁰

Bununla birlikte ceza yargılamasında mahkûmiyetle sonuçlanmamış aynı olaylara (maddi vakıalara) dayanılarak bir kişinin disiplin suçundan suçlu bulunması masumiyet karinesini otomatik olarak ihlal etmez. Bu kapsamda "*karar vericilerin kullandıkları dil*" kritik önem taşır.⁴¹ Dolayısıyla mahkeme kararlarında, disiplin soruşturması esnasında yapılan yazışmalara ilişkin yazılarda veya kamu görevlilerinin ifadelerinde sarf edilen söz veya ifadeler nedeniyle kişiler hakkındaki masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için kullanılan dile dikkat edilmelidir. Belirtelim ki, bu kural, kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece, aynı maddi olay çerçevesinde daha düşük ispat standardı kullanılarak kişinin disiplin sorumluluğu çerçevesinde yaptırma tabi tutulmasına da engel teşkil etmemektedir.⁴²

2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Dayanılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, öncesinde kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış ya da mahkûm olmuş olsa bile, bu geçmiş hükümlülüklerinin sicilden silinme koşulları oluşmuş kişilerin; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararı, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen gidermeleri ve mahkemede bir daha suç işlemeyecekleri konusunda kanaat uyandırmaları koşulluyla, belli yükümlülük yüklenerek veya yükümlülük yüklenmeden uygulanan, kanunda öngörülen denetim süresinin kasıtlı bir suç işlenmeden

ile memur arasında bir ilişki bulunmadığına karar vermesine rağmen memur hakkında disiplin cezası uygulanması, kesin hüküm (muhkem kazıye) ilkesi ile bağdaştırılmaz ise de, disiplin cezası verecek amir ve kurulların bu hususu göz önünde tutması ve disiplin cezasının yargı denetimi sırasında kesin hüküm (muhkem kazıye) ilkesinin idari yargı yerince değerlendirilmesi doğaldır..." Danıştay 3. D.,30/03/1979, E.1979/187, K.1979/253 (<http://www.danistay.gov.tr>, Erişim: 15/12/2016).

40 Ramazan Tosun, B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 62.

41 Mustafa Kıvrak, B. No: 2013/3175, 20/2/2014, § 36; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Alleni/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, §§ 92-105 ve 120-126.

42 Uğur Ayyıldız, B. No: 2012/574 , 6/2/2014, § 77; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ringvold/Norveç*, B. No: 34964/97, 11/2/2003, § 38.

geçirilmesi ve öngörülen yükümlülükler denetim süresi içerisinde uygun davranılması hâlinde kamu davasının düşürülmesi sonucunu doğuran, kişilere hiç suç işlememiş sayılma imkânını öngören, cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan bir ceza politikası kurumudur.⁴³ Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez(CMK. md. 231/8).

Anayasa Mahkemesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat “*kasten yeni bir suç*” işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm ifade etmemektedir. Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşılmış mahkemenin, buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi hâlinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder.⁴⁴

Cezadavasın takip eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Ceza davasının herhangi bir nedenle düştüğü, belirli bir denetim süresinden sonra şarta bağlı olarak düşeceği veya sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın davanın ertelendiği durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğini kabul edilmesi gerekir.⁴⁵ Çünkü bu durumlarda ortada henüz verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktadır. Çünkü böyle durumlarda Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkraları anlamında kişinin suçluluğu sabit olmamıştır ve bu nedenle kişi suçlu sayılamaz.⁴⁶

Buna karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün hâlinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir.⁴⁷

43 SEZER Yasin/İPEK Ali İhsan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, *TAAD*, Cilt:1, , Yıl: 1, Sayı: 3, (20 Ekim 2010), s. 45.

44 *Kürşat Eyal*, B. No: 2012/665, 2/10/2013, § 28.

45 *Kürşat Eyal*, B. No: 2012/665, 2/10/2013, § 27.

46 *Ramazan Tosun*, B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 61.

47 *Kürşat Eyal*, B. No: 2012/665, 2/10/2013.

edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün hâlinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran kişinin yargılandığı ve sonuçta beraat ettiği fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir.⁵¹

Bu çerçevede başvuruya konu kararın gerekçesinde yer alan ifadelerde, suçluluğu ilgili mahkeme kararlarıyla sabit olmayan başvurucunun bu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancının yansıtılmaması gerekir. Başvurucunun yargılandığı fiilleri işlediği kabulüne dayanılarak karar verilmemelidir. Aksi tutumun, başvurucunun masumiyet karinesine saygı ilkesiyle bağdaştığı söylenemez.⁵² İdare mahkemesinin kararında, ceza mahkemesinin beraat kararını sorgulayan bir değerlendirme yapmaya ve ifade kullanmamaya özen göstermesi gerekir.⁵³

Anayasa Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında,⁵⁴ başvurucunun görevine son verilmesine ilişkin eylemler nedeniyle yargılandığı davada, yargılamaya konu fiillerin ifade özgürlüğü kapsamını aşan mahiyette olduğu yolunda ve eylemlerinin suç oluşturacak boyuta ulaştığına yönelik mahkûmiyet için delil elde edilemediği gerekçesiyle beraat kararı verildiğini; idare mahkemesi kararında ise başvurucunun öğretmenlik görevi esnasında içinde bulunduğu söz konusu eylemlere dikkat çekilerek ve 1739 sayılı Kanun'un genel amaçları dâhilinde öğretmenlik mesleğinin önemini dikkate alarak idare tarafından tesis olunan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesine yer verildiğini, başvurucuyu suçlayıcı veya masumiyetine aykırı düşecek herhangi bir ifadeye yer verilmediğini belirterek başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Devlet, işlenmeleri hâlinde suçları ve faillerini bulup ortaya çıkarmak, yargılanmalarını sağlamak yükümlüdür. Ancak, bu yükümlülük mutlak değildir.⁵⁵ Bazı durumlarda, Devletle suçlu arasında bulunan cezalandırma ilişkisi ortadan kalkmaktadır. Dava zamanaşımı nedeniyle hakkında açılan ceza davası ortadan kaldırılan kişilerin, ceza davasına da konu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancının idari davalarda yansıtılmaması gerekir. İdare Mahkemesi, başvurucunun durumunu ceza yargılamasından

51 *Kürşat Eyoğul*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 29.

52 Bu yöndeki bir ihlal kararı için bkz. *Ramazan Tosun*, B. No: 2012/998, 7/11/2013.

53 Bu yöndeki bir kabul edilemezlik kararı için bkz. *Kamil Çakır (2)*, B. No:2013/1125, 25/6/2015, §§ 53-60.

54 *Meltem Keleş*, B. No: 2014/4793, 29/9/2016, §§ 20-31.

55 HAFIZOĞULLARI Zeki, "5237 S. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2006/3, (Düşme), s. 12.



ayrı olarak değerlendirmeli, ceza mahkemesinin zamaşımı nedeniyle ortadan kaldırma kararının gerekçesine ve başvuruçunun yargılandığı fiilleri işlediği kabulüne dayanmamalıdır.⁵⁶

4. Sonuçlanmamış Ceza Soruşturması veya Kovuşturmalarına Atıf Yapılması

Uygulamada soruşturma ve kovuşturması devam eden yargılamalardaki birtakım tespit ve değerlendirmeler başka bir dava için esas alınmaktadır. Kişilerin “suçlu kişiliği, suçaya yatkın yapısından” bahsedilerek, idare tarafından sözleşmesi feshedilmektedir. Başka bir davanın iddianamesi, bu kararlar için dayanak yapılmakta, böylelikle tarafın suçlu olduğu kabul veya ima edilmektedir. Bu hususlar ise tarafların henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir eylemden dolayı suçlu olarak nitelendirilmelerine yol açtığından “masumiyet karinesi” ile bağdaşmamaktadır. Ancak idare mahkemesi kararında, kişinin suçluluğuna dair herhangi bir yargı veya imada bulunulmaksızın salt soruşturma/kovuşturma sürecinden bahsedilmesinin masumiyet karinesini ihlal ettiği söylenemez.⁵⁷

C. Ceza Davasıyla Bağlantılı Hukuk Yargılamasına Konu Uyuşmazlıklar Açısından Durum

1. Genel Olarak

Şüpheden sanığın yararlandığı durumlarda da sanık fiili gerçekleştirmediğinden, ceza davasını takip eden yargılamalarda kişinin suçlu olabileceğine dair imalarda bulunulması masumiyet karinesini ihlâl eder.⁵⁸ Buna göre örneğin, beraat kararı verildikten sonra, tazminat talebine ilişkin davanın, davacının delil yetersizliğinden beraat ettiği ve aleyhindeki şüphelerin devam ettiği gerekçelerine dayanılarak reddedilmesi, masumiyet

56 Bu yönde Anayasa Mahkemesince verilen bir ihlal kararı için bkz. *Münür İçer*, B. No: 2012/584, 12/3/2015.

57 Yalnızca yargılama sürecine dikkat çekilmesinin ihlal oluşturmadığına ilişkin bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. *Mustafa Kıvrak*, B. No: 2013/3175,20/2/2014, §§ 340-43; Anılan kararda “*İdare Mahkemesi kararında, dava konusu terfi ettirilmeme işleminin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşıırken, ceza davasının sonucundan bağımsız olarak soruşturma ve disiplin bilgilerinin, takdir ve taltif belgelerinin ve sicil durumlarının birlikte değerlendirilmesi neticesinde varılan kanaate göre işlem tesis edildiğine vurgu yapılmaktadır.*” ifadelerine yer verilerek, masumiyet karinesinin ihlal edilmediğinin açık olduğu sonucuna varılmıştır.

58 AİHM’e göre, bir ceza yargılaması sırasında tutuklanan sanığın beraat ettikten sonra talep ettiği tazminatın reddedilmesine ilişkin kararın masumiyet karinesi ihlal etmemesi için kararda davacının suçluluğunu ima eden gerekçelerin kullanılmaması gerekir (FEYZİOĞLU, s. 152; ÜZÜLMEZ, s. 50).



karinesi ile bağdaşmaz.⁵⁹Diğer bir ifadeyle masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için hukuk mahkemelerinin kararlarında, ceza mahkemesinin beraat kararını sorgulayan bir değerlendirme yapılmamasına ve ifade kullanılmamasına özen gösterilmesi gerekir. Hukuk yargılamasında, ileri sürülen deliller göz önünde tutularak bağımsız bir değerlendirme yapılmalıdır.

Aynı şekilde hukuk davalarında da ceza davasının herhangi bir nedenle (örneğin dava zamanlaşımı gerçekleştiği için) düştüğü, belirli bir denetim süresinden sonra şarta bağlı olarak düşeceği (hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi) veya sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın davanın ertelendiği (kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmesi) durumlarda kişinin mahkûm edildiğinden bahisle ceza yargılamasında verilen kararın esas alınması, masumiyet karinesini ihlal edebilir.

2. Örnek Kararlar

Karara göre masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi bakımından hukuk mahkemesinin; hukuk yargısının sınırlarını aşarak önündeki davayı inceleme görevinin ötesine geçmemesi, gerekçeli kararında kullandığı anlatım tarzında suçlayıcı ifadelere yer vermemesi, kesinleşmiş mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmamış (askıda bırakılmış) cezai suçlamalara ilişkin olarak kişilerin masumiyetine şüphe düşürmemesi gerekir. Bu bakımdan, mahkeme kararlarında kullanılan ifadeler nedeniyle kişiler hakkındaki masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için kullanılan sözcüklere azamî dikkat edilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, iş mahkemesinin yargılamasına konu olan bir olayla ilgili olarak yapılmış bir başvuruda,⁶⁰ ilk derece mahkemesinin karar gerekçesinde geçen *“Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesinin ilgili ceza dosyası sureti ve ilamlar dosya içine celp edilmiş olup, davacının yukarıda açıklanan olay sonucu mahkûmiyetine karar verildiği, ancak ceza yasaları gereği hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı sabittir. Feshe dayanak olay, ceza davası dosyası ile doğrulanmıştır.”* ifadesinden, ceza mahkemesinin eyleme yönelik yaptığı tespite bağlı olarak olayın gerçekliğine kanaat getirildiği ve sonuca ulaşıldığını belirterek, münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanılarak nihai kararı tesis edilmesinin başvurusunun masumiyet karinesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

59 OKUYUCU Ergün, Karine, s. 47.

60 Oğuz Tiftikçier, B. No: 2013/2091, 4/11/2015, § 46.

Anayasa Mahkemesi, kısmen benzer bir olayda ise aşağıdaki gerekçelerle masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶¹ Gerekçenin ilgili kısmı şöyledir:

“43. Görüldüğü üzere Yargıtay kararında, ceza mahkemesinin beraat kararından bahsedilirken ceza davasının sonucundan bağımsız olarak dosyada toplanan deliller, dinlenen tanık beyanları ve ceza dosyası içeriği ile başvuru hakkında yerel gazete ve internette çıkan haberler dikkate alınarak işverenin akdin feshinde haklı nedenlere dayandığı hususunun vurgulandığı anlaşılmaktadır. Yargıtay ilamında, ileri sürülen iddialar ve bu iddiaların yerel basın ve internette çıkan haberlerle geniş bir kitleye ulaşmasının iş yerinde olumsuzluklara neden olduğu belirtilmiş, başvuru atılı suçu işlediği yahut suçlu olduğu yönünde herhangi bir kanaat belirtilmemiştir. Yargıtay’ın, iş akdinin feshi için söz konusu eylemin başvuru tarafından gerçekleştirildiği varsayımından hareket etmediği, bu şekildeki bir iddianın varlığı ve bu iddianın yerel gazete ve internet haberleriyle geniş bir halk kitlesi tarafından bilinmesi olgusundan hareket ederek sonuca ulaştığı görülmüştür.

44. Yargıtay kararında, başvuru beraat ettiği fiili işlediği kabulünü içeren ifadeler yer verilmemiş, feshin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığı değerlendirilirken ceza yargılamasından ayrı olarak iş hukuku hükümleri kapsamında, topladığı delillere göre değerlendirme yaptığı anlaşılmıştır.

45. Yine kararda geçen “Dosya kapsamına göre her ne kadar olay mesai saatinden sonra ve işyeri dışında meydana gelmiş ise de...” ibaresi ceza dosyası kapsamında, akdin feshine dayanak mala zarar verme suçu dışında başvuru üzerine atılı konut dokunulmazlığını ihlal ve kasten yaralama suçlarıyla birlikte olayın bir bütün olarak değerlendirildiğine yönelik bir ibare olduğu, kaldı ki Yargıtay kararında olayın gerçekliğine, iddianın ötesinde bir anlam verilmediği, bu hususun kararda açıkça belirtildiği dolayısıyla kararda

61 Mustafa Akın, B. No:2013/2696, 9/9/2015.

Erkol/Türkiye (B. No:50172/06) başvurusunda AİHM; yerel mahkeme kararında kullanılan ifadeleri dikkate alarak, İş Mahkemesinin hukuk yargısının sınırlarını aşarak önündeki davayı inceleme görevinin ötesine geçtiği kanısına varıp, masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“Kullanılan ifadeler dikkate alındığında İş Mahkemesinin hukuk yargısının sınırlarını aşarak önündeki davayı inceleme görevinin ötesine geçtiği kanısındadır. Kullanılan ifade şekli ve mahkemenin olaylara ilişkin yeni bir değerlendirme yapmamış olması ışığında AİHM, Trabzon İş Mahkemesinin başvuru hakkında yapılan cezai suçlamaya ilişkin olarak başvuru masumiyetine şüphe düşürmekle kalmayıp ayrıca kendisini, hiçbir zaman isnat edilmemiş bir suçtan suçlu bulunduğunu tespit etmiştir.

Yukarıda belirtilen değerlendirmeler AİHM’in başvuru masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucu varması için yeterlidir.”



geçen bu cümlelerin başvuruçunun atılı suçu işlediği yönünde bir kanaat içerdiği anlamına gelmeyeceği anlaşılmıştır.

III. MASUMİYET KARİNESİNİN DİĞER DURUMLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kamu Görevlilerinin Beyanları ve Basın Açıklamaları

1. Genel Olarak

Masumiyet karinesi, sadece hâkim veya mahkeme kararlarıyla değil, diğer kamu gücü kullanan diğer yetkililer tarafından da ihlal edilebilir. Öte yandan, devlet görevlilerinin açıklamaları veya kışkırtmalarına dayanan basın ve yayın organlarındaki yazılar veya bazı küçük düşürücü ifadeler nedeniyle masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir. Bu bakımdan, adil bir yargılamanın sağlanması için devletin, medya tarafından da masumiyet karinesinin ihlal edilmesine engel olacak gerekli tedbirleri alması gerekir.⁶²

Anayasa Mahkemesi, henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmadığı hâlde bir kişi hakkında isnat edilen suçları işlediği izlenimi verecek şekilde haber ve yorum yapılması hâlinde, söz konusu müdahalenin şeref ve itibarın korunması hakkı bağlamında mı yoksa masumiyet karinesi bağlamında mı inceleneceği hususunda ayırım yaparak bir değerlendirme yapmıştır.

Bu değerlendirmeye göre, masumiyet karinesi yönünden inceleme yapılabilmesi için, iddia konusu haber ve yorumların devlet yetkililerinin açıklamalarına dayanıp dayanmadığı veya devlet yetkililerinin söz konusu haber ve yorumların yapılmasına neden olup olmadığının tespiti gerekir.⁶³ Aksi hâlde kamu menfaatine ilişkin konularda basın ve yayın organlarında yazılar yayınlanmasının, haberlere ve yorumlara yer verilmesinin beklenmesi gereken bir olgu olduğu göz önünde bulundurulur,⁶⁴ şeref ve itibarın korunması hakkı (Anayasa md. 17) kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 10. maddesiyle teminat altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu bakımdan,

62 PETERS Anne, "Adil Yargılanma (m.6 f.1 ve 2)," (Çev. Mahmut Koca), **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ed. Kayıhan İÇEL- Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 127; TOZMAN, s. 339.

63 *Nihat Özdemir*, B. No: 2013/1997, 8/4/2015, §§ 16-26.

64 *X./Norveç*, B. No: 3444/67, 16/07/1970.



Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesi, yürütülmekte olan cezai bir soruşturma hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini önlemez; ancak masumiyet karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğunda, bilginin sunulmasında kullanılan kelimelerde dikkatli olunması gerekir.⁶⁵ Bu itibarla medyanın yayınları sırasında "sanık", "zanlı", "şüpheli", "muhtemel fail" gibi terimleri kullanmaya özen göstermeleri gerekmektedir.⁶⁶

Kamu otoriteleri veya görevlileri tarafından, hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişiyle ilgili olarak, yargılama süreci bir mahkûmiyet hükmüyle kesinlik kazanmadan, suçluluğa dair herhangi bir kanaat ifade etmiş olması ya da ceza yargılaması mahkûmiyet dışında bir kararlar sona ermesine rağmen, sona ermeye ilişkin kararda sanığın suçlu olabileceğinin ifade edilmiş olması durumunda masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilecektir.⁶⁷

Şüphelinin/sanığın suçlu olduğu yönünde algı oluşturabilecek şekilde kamuoyunu teşvik edebilecek veya görevli mahkemenin davayı ele alması açısından önyargı yaratabilecek suçluluğa dair açıklamaların önlenmesi amacıyla, resmi makamlardan yürütülmekte olan ceza soruşturmaları hakkında kamuoyunu bilgilendirirken daha dikkatli olmaları gerekir.⁶⁸ Dolayısıyla resmî yazılarda veya kamu görevlilerinin ifadelerinde sarf edilen söz veya ifadeler nedeniyle kişiler hakkındaki masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için kullanılan ifadelerde seçilecek kelimelere azami dikkat edilmesi gerekir.⁶⁹

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünce hazırlanan 20/2/2015 tarihli ve 33 No.lu Genelge "soruşturmanın gizliliği ve basın sözcülüğü" hakkındadır. Genelgeye göre, basın bildirisi yoluyla açıklama yapılırken, masumiyet karinesi göz önünde bulundurulmak suretiyle suçlayıcı nitelikteki ifadeler yer verilmemesi ve gizli kalması gereken hususların açıklanmaması gerekmektedir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin (R.G Sayı: 25832) 27. maddesine göre, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin

65 *Allenet de Ribemont/ Fransa*, B. No:15175/89,10/2/19955, § 38. Anılan karara atıf yaparak aynı ilkelerin benimsendiği Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri*, B.No: 2014/14061, 8/4/2015, § 139.

66 TOZMAN, s. 338.

67 *Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 35; benzer bir AİHM karar için bkz. *Panteleyenکو*/ *Ukrayna*, B. No: 11901/02, 29/6/2006 § 70.

68 *Allenet de Ribemont/Fransa*, B. No: 15175/89, 10/2/19955, § 38

69 *Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 35.



“suçlu” olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz.

2. Örnek Kararlar

Anayasa Mahkemesi, bir adli soruşturmaya ilişkin olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcısının, soruşturmaya konu yapı tarafından dinlenen kişi sayısının 2280 olduğunu belirten 25/2/2014 tarihli açıklamasının, yapıldığı aşama ve içerik itibarıyla başvuruyla doğrudan ilgi kurulmasını sağlayacak nitelikte olmadığı belirtilerek, masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın “açıkça dayanaktan yoksun” olduğuna karar vermiştir.⁷⁰

Aynı başvuru kapsamında, başvuru sahiplerinin tutuklanmalarına karar verilen suçlarla ilgili isnadın yapılmadığı aşamada, kendisinin ve aile fertlerinin dinlendiği iddiası nedeniyle suçun mağduru konumunda olabilecek olan Başbakanın, kamuoyunun da gündeminde olan siyasi tartışmalar kapsamında başvuru sahiplerinin isimleri zikredilmeksizin genel olarak yasadışı/usulsüz dinlemelerle ilgili beyanlarda bulunması da, beyanlarının bağlam ve şartları göz önüne alınmadan sadece görevinden hareketle değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilerek, bu iddianın da “açıkça dayanaktan yoksun” olduğuna hükmetmiştir.

Y.B. ve diğerleri/Türkiye kararında⁷¹ AİHM, polis tarafından düzenlenen ve basına dağıtılan “basın açıklaması”nın içeriğinde başvuru sahiplerinin hiçbir fark gözetmeksizin “yasa dışı örgüt” mensubu olarak gösterilmesini, aynı şekilde söz konusu basın açıklamasında adı geçen şahısların İzmir’in farklı mekânlarında birçok suç işlediklerini belirten ifadelerle yer verilmesini masumiyet karinesinin ihlal nedeni saymıştır.

AİHM, benzer bir şekilde Ürfi Çetinkaya/Türkiye kararında⁷² kolluk tarafından yayımlanan basın bildirisinde başvuru sahibinin “uluslararası uyuşturucu kaçakçısı” olarak nitelendirilmesinin toplumu başvuru sahibinin suçlu olduğu yönünde inandıracak nitelikte ve yetkili hâkimlerin olay ve olguları değerlendirirken önyargılı davranmalarına neden olduğunu vurguladıktan sonra, bu ifadenin bazı gazeteciler tarafından da olduğu gibi ele alınıp yayımlandığını, tekzip taleplerinin de reddedildiğini belirterek somut olayda masumiyet karinesini ihlal edildiğine karar vermiştir.

70 Hikmet Kopar ve diğerleri, B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 136-143.

71 Y.B. ve diğerleri/Türkiye, B. No: 48173/99 ve 48319/99, 28/10/2004.

72 Ürfi Çetinkaya/Türkiye, B. No: 19866/04, 23/7/2013, §§ 147-151.



B. Mevzuat Açısından Masumiyet Karinesi

CMK'nın 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmektedir. Ancak, 14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, 13/6/2001 tarihli ve 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun ve 10/3/2011 tarihli ve 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu ile çeşitli yönetmeliklerde (Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tercüman Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik, Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği, Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği, Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliği, Sözleşmeli Erbaş ve Er Yönetmeliği v.b) adaylarda aranacak nitelik bakımından *“hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile”* bazı suçlardan mahkum olmamaktan söz etmektedir.

Yukarıda belirtilen düzenlemeler, adayların henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir fiilden dolayı yaptırma tabi olmalarına yol açmakta ve Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen *“masumiyet karinesi”* ile bağdaşmamaktadır

Anayasa Mahkemesi, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) bendi ve son paragrafının birinci cümlesinin masumiyet karinesine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

İptale konu düzenlemede, hükümlü hakkında; işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı CMK'nın 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi hâlinde, tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmişti.

Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“İtiraz konusu kural uyarınca hükümlü hakkında; işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi hâlinde, tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kural bu kişilerin kesinleşen bir suçları olmaksızın haklarında yaptırım uygulanmasına neden olmaktadır. Bunun yanında kural, denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı da ortadan kaldırmaktadır. Kanun'un çıkarılma amacı ile çelişen bu hususlar ise hükümlülerin henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir suçtan dolayı yaptırma tabi olmalarına yol açmakta ve Anayasa'nın 38.



maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen “suçsuzluk karinesi” ile bağdaşmamaktadır”

Anayasa Mahkemesi; orman memurlarınca düzenlenen zabıtların hilafı ispat olununcaya kadar geçerli olduğuna ilişkin 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 82. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek yapılan iptal başvurusunu, genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece, ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün tersine çevrilmesinin masumiyet karinesine aykırılık taşımadığını ilke olarak belirttikten sonra, suç isnadını içeren tutanağın aksinin sanık tarafından yargılama sırasında her türlü delille ispat edilebilmesinin ve hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre vermesinin mümkün olması gerekçeleriyle reddetmiştir.⁷³

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Herkes, yaşamı boyunca her an adil yargılanma hakkının özünü oluşturan bu ilkenin korumasına ihtiyaç duymaktadır. Teknolojinin de bu denli geliştiği bir zamanda, kesinleşmiş bir hüküm olmaksızın kişilerin suçlu ilan edilme durumu sıklıkla söz konusu olabilmektedir.

Mahkemenin delilleri değerlendirirken, sanık hakkında sadece şüphe duyma yerine onu peşinen suçlu kabul etmesinin yargılamayı anlamsız hâlâ getireceği muhakkaktır. Masumiyetin ispatı olmadığı hâlde, sanığı, kendisinin suçsuz (masum) olduğunu ispatlamak mecburiyetinde bırakmak, şüphesiz ilkel hukuk dönemlerine ait bir olgudur. Çağdaş hukukta ispat yükü iddia makamındadır ve şüpheden sanık yararlanır. Bu ilke, Mahkemenin, isnat edilen suçtu sanığın işlemiş olduğu önyargısıyla hareket etmemesini güvence altına aldığı gibi kamu gücü kullanan makamları/görevlileri bir kimseyi peşinen suçlu ilan etmemelerinin de önlemektedir.

İsnadın bildirilmesinden mahkûmiyetin kesinleşmesine kadar geçerli olan bu ilke, ceza davasını takip eden yargılamalar yönünden de uygulanmaktadır. Beraat eden sanığın, suçlu olduğuna dair ima veya yargılarla tazminata mahkûm edilmesi anılan karine ile bağdaşmaz. Ceza davasını takip eden yargılamalarda ilgili mahkemenin, kendi yargılama sınırlarını aşarak önündeki davayı inceleme görevinin ötesine geçmesi; gerekçeli kararında kullandığı anlatım tarzında suçlayıcı ifadelerle yer

73 AYM, E.2013/38, K.2014/58, 27/3/2014.



vermesi, kesinleşmiş mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmamış (askıda bırakılmış) cezai suçlamalara ilişkin olarak kişilerin masumiyetine şüphe düşürmesi masumiyet karinesinin ihlali anlamı taşır.

Kanun koyucunun da ihdas ettiği düzenlemelerle, kişileri henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan fiillerden dolayı yaptırımı tabi tutması gerekir.

Dileğimiz, Anayasa Mahkemesinin, temel hak ve özgürlükleri korumada üstelendiği “*bireysel başvuruları karar bağlama*” görevi vasıtasıyla bu güvencenin ihlaline yol açan sebeplerin ortadan kaldırılmasıdır.



KAYNAKLAR

DOĞAN Koray, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 7, 2008.

DÖNMEZER Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler” **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998.

HAFIZOĞULLARI Zeki, “5237 S. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2006/3, (Düşme).

FEYZİOĞLU Metin, “Suçsuzluk karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, Yıl: 1999, Cilt: 48, Sayı:1-4, (Suçsuzluk Karinesi).

HARRİS David/O’BOYLE Michael/BATES Ed/BUCKLEY Carla, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi 2013.

İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Avrupa Konseyi, Ankara 2007.

KIRMIZIGUL Hüsamettin, **Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları**, Kazancı Kitap ve Ticaret A.Ş., İstanbul 1998.

MUSACCHIO Vincenzo: “La presunzione din on colpevolezzacomevalorefondamentale del sistemapenaleeuropeo”, **Rivistapenale**, Yıl: 2009, Sayı: 5.

OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği” **AÜHFD**, Cilt: 59, Sayı:2.

OĞURLU Yücel, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis İn İdem’ Kuralı”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, Ankara 2003.

OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Suçsuzluk Karinesi: ‘Alice Harikalar Diyarında’”, **Ankara Barosu Uluslar Arası Hukuk Kurultayı**, 10-14 Ocak 2012, Cilt: 3, (Karine).

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C: I, İstanbul 1960, s. 868; KAYA Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C: 38, Y: 2005, S: 2.

ORMANOĞLU Hatice Derya “Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi”, **AÜHFD**, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı:4.



ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/BACAKSIZ Pınar/DOĞAN Koray/TEPE İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

ÖZEN Mustafa, "NonBis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: XIV, Sayı: 1.

PETERS Anne, "Adil Yargılanma (m.6 f.1 ve 2)," (Çev. Mahmut Koca), **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ed. Kayıhan İÇEL- Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

SANCAKDAR Oğuz, **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001.

SEZER Yasin/İPEK Ali İhsan, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", **TAAD**, Cilt:1, , Yıl: 1, Sayı: 3, (20 Ekim 2010).

SCHROEDER Friedrich Christian - YENİSEY Feridun - PEUKERT Wolfgang, **Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi**, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul 1999,

TAŞKIN Ahmet, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

TOZMAN Önder, "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, ", EÜHFD, Yıl: 2007, Cilt: 11, Sayı: 3-4.

ÜZÜLMEZ İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", **TBB Dergisi**, Yıl: 2005, Sayı: 58.



YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ UYGULANMAMASININ HAK ARAMA HÜRRIYETİNE ETKİSİ

(The Effects of The Non-enforcement of Stay of Execution Decision on Right to Freedom to Claim Rights)

Yunus Emre YILMAZOĞLU¹

ÖZ

Üstün kamu gücüne dayanarak idare edilenler hakkında tek yanlı ve icraî işlemler tesis etme yetkisine sahip idare karşısında, idare edilenlere, bu işlemlerin hukuka aykırılığını ileri sürüp temel hak ve hürriyetlerini koruyabilmek için idari yargı yoluna başvurma imkânı tanınmıştır.

Şüphesiz idari yargı yoluna başvurma yanında, kanunda öngörülen koşulların gerçekleştiğinin saptandığı hallerde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi de idari davada davacıların temel hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından önemli bir güvencedir. Bu güvencenin teoride kalmaması ve pratik ve etkili sonuçlar üretmesi için yürütmenin durdurulması kararının uygulanması zorunludur.

Yürütmenin durdurulması, idari işlemin icraîliğini askıya aldığından çalışmada öncelikle idari işlemin icraîlik unsuru üzerinde durulacaktır. İdari yargılama hukuku açısından yürütmenin durdurulması kararının niteliği ve kararın işlemin icraîliğine etkisi bir sonraki başlıkta irdelenecektir. Yürütmenin durdurulması kararının gereğine göre işlem tesis edilmesi zorunluluğuna da değinildikten sonra, yürütmenin durdurulması kararının uygulanmamasının sonuçları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkı ve Anayasa Mahkemesi'nin hak arama hürriyeti bağlamındaki içtihatları temelinde analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: idari işlem, yürütmenin durdurulması, kararın icrası, adil yargılanma hakkı, hak arama hürriyeti,

ABSTRACT

The opportunity of applying to administrative jurisdiction against the administration having the authority to establish unilateral and executive

1 Anayasa Mahkemesi Raportörü, 0 507 141 97 34, 0 312 463 7570, yunus.emre.yilmazoglu@anayasa.gov.tr ; yemrey82@gmail.com



procedures based on superior public power, in order to protect the basic rights and freedoms and to assert unlawfulness of these procedures have been presented to administered.

Undoubtedly, in addition to resorting to administrative jurisdiction, the decision suspending the execution of administrative procedures in the existence of all conditions foreseen in the law is also an important safeguard for the protection of the fundamental rights and freedoms for plaintiffs in administrative proceedings. To ensure this safeguard being not just theoretical and able to produce practical and effective remedies, stay of execution decisions must be executed.

By virtue of this sort of decisions have the power of suspending execution of administrative procedures until the case is ended up, the executive characteristic of procedures shall be dwelled on in the article at first. The nature of the stay of execution decision in terms of administrative jurisdiction and its effect on the executive of procedures shall be scrutinized in the next section. After mentioning the obligation of establishing procedures compatible with stay of execution decisions, the consequences of the non-enforcement of stay of execution decisions shall be analyzed on the basis of the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the context of right to fair trial and the jurisprudence of the Constitutional Court in the context of the right to freedom to claim rights.

Keywords: administrative procedures, stay of execution, enforcement of decision, right to fair trial, right to freedom to claim rights

GİRİŞ

İdare, idare edilenler hakkında, üstün kamu gücüne dayanarak tek yanlı ve icraî işlemler tesis etme yetkisine sahiptir. İdarenin bu üstün yetkisi karşısında idare edilenlere, bu işlemlerin hukuka aykırılığını ileri sürme ve böylece temel hak ve hürriyetlerini koruyabilme imkânı tanınmıştır. Türk yargı düzeninde bu koruma idari yargı tarafından icra edilmektedir.

Kanun koyucu, idari işlemin hukuka aykırılığının yetkili bir yargı mercii önünde ileri sürülebilmesi imkânı yanında, idari davada davacılar tarafından talep edildiği takdirde ve kanunda öngörülen koşulların gerçekleştiğinin saptanması koşuluyla idari dava sonuçlanıncaya kadar idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilebileceğini de öngörmüştür. Şüphesiz bu imkân idare edilenlerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından önemli bir güvencedir. Bu



güvencenin teoride kalmaması ve pratik ve etkili sonuçlar üretmesi yürütmenin durdurulması kararının uygulanmasına bağlıdır.

Yürütmenin durdurulması kararı idari işlemin icraîliğini dava sonuçlanıncaya kadar askıya almaktadır. Dolayısıyla idarenin bu karar üzerine idari işlemin icrasına devam etmemesi gerekir. Aynı zamanda idari işlemin doğurduğu etki ve sonuçlar, yürütmenin durdurulması kararı üzerine idareye, işlemin icrasına devam etmeme yanında, işlem nedeniyle doğmuş olan tüm hüküm ve sonuçların giderilmesini zorunluluğunu da yükleyebilir.

İdari yargılama sürecinde yürütmenin durdurulmasına karar verildiği takdirde, bu kararın gereklerine göre idarenin işlem tesis etmemesi ya da işlemin icrasına devam etmesi yargı yolu başvurmaya, bir başka ifadeyle mahkemeye erişimi anlamsızlaştıran bir sorundur. Bu bakış açısıyla ele alındığında, böylesi bir durum öncelikle anayasal bir terimle hak arama hürriyeti sorununa vücut vermektedir. Bunun da ötesinde bireylerin idari dava yoluna örneğin mülkiyet hakkı gibi bir maddi hakkını korumak amacıyla başvurdukları gözetildiğinde bu durum aynı zamanda ilgili hak yönünden de ele alınmayı gerektiren ayrı bir sorun da oluşturmaktadır.

I. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KAVRAMINA YANSIYAN YÖNLERİYLE İDARİ İŞLEMLERİN ÖZELLİKLERİ

İdari işlemler tesis edilmekle hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve icraî (yürütülmesi gerekli olma) nitelik kazanırlar. İdari işlemin “kesin” olması, idari karar alma sürecinin tamamlanarak işlemin tekemmül ettirilmesi anlamında idari açıdan kesinliği ifade etmektedir ve bu anlamda icraîliğin de önkoşulu niteliğindedir. İşlemin “yürütülmesi gereken” bir işlem olması icraîliği ifade etmekte olup işlemin hukuksal düzlemde etkili ve sonuç doğurucu olmasını, yani ilgilisinin üzerinde hukuksal etki doğurmasını ifade etmektedir.²

Öte yandan, idari işlemin yürütülme gerekliliği, “hukuka uygun olmasına” bağlı değildir. Hukuka aykırı olan idari işlemler de (yok hükmünde olanlar hariç) gerialınıncaya ya da yargı kararıyla iptal edilinceye kadar yürütülebilirler.³ Bir idari işlemin ilgilisi üzerinde hukuki sonuç doğurabilmesi için bir yargı kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. “Ancak idari kararlar, yargı kararları gibi kesin hüküm gücüne sahip olmadıklarından,

2 TEKİNSOY M. Ayhan, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara 2013, s:17

3 CANDAN Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s:685



ilgililerce bunların hukuka aykırılıkları ileri sürülebilir.”⁴ Bir başka ifadeyle idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakla birlikte bu karinenin aksi ispatlanabilir.⁵

İdari işlemlerin hukuka aykırılıklarının ileri sürülmesi bunların icraîliğini engellemez.⁶ İdari işlemlerin, unsurlarından biri ya da birkaçının hukuka aykırılığı nedeniyle idari başvuru yoluyla kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi ya da yerine yeni bir işlem tesis edilmesi istenebilir veya idari işlemler hukuka aykırılıkları ileri sürülerek idari davaya konu edilebilir. İdari işlemlerin, bu idari ya da yargısal çözüm yolu sonuçlanıncaya kadar idare tarafından uygulanmaları ve hukuki sonuçlarını doğurmaları olanaklıdır.⁷

II. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ NİTELİĞİ VE ETKİSİ

İdari işlemlerdeki hukuka aykırılık idare tarafından resen ya da ilgilinin başvurusu üzerine düzeltilebileceği gibi, idari işlem nedeniyle bir menfaati ihlal edilen kimsenin işlemin hukuka aykırılığını ileri sürerek idari dava açması da mümkündür. İdari işlemin hukuka aykırılığı ileri sürülerek iptali talebini konu edinen davalar iptal davasına, işlem nedeniyle doğmuş bir zarar var ise bunun giderilmesi talebi ise tam yargı davasına vücut vermektedir. İptal ve tam yargı davasının birlikte açılması da mümkündür.

İdari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlandığından ve icraî niteliği haiz olduğundan idari dava esnasında yürütülmesi ve hukuki sonuçlar doğurması mümkündür. İlgililer idari işlemin, idari dava esnasında hukuki sonuçlarını doğurmasını önlemek istedikleri takdirde idari yargı merciinden yürütmenin durdurulması isteminde bulunmaları

4 GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, s:126

5 TEKİNSOY'a göre, bu karinenin aksinin ileri sürülebileceğinin belirtilmesi dışında karineye idare hukuku çalışmalarında başkaca bir değer atfedilmemekte ve karinenin ispat açısından etkisine değinilmemektedir.

“Aksi kanıtlanabilir bir karinenin varlığı halinde, bunun aksini ispat edenin ispat külfeti altına gireceği açıktır. Bu durumda idari işlemin hukuka uygun olduğu karinesi kabul edildiğinde, bunun aksini iddia eden davacının ispat külfetini yüklenmesi gerekir. Oysa idari yargı uygulamasında çoğu durumda, İdarenin dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu kanıtlamaya yönelik bilgi ve belgeler sunma zorunluluğu olduğu açıktır...” (TEKİNSOY, s:22)

“Hukuk tekniği açısından bakıldığında, “idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi” olarak ifade edilen, aslen işlemin yapısına ilişkin icraîlik özelliğini vurgulamaktan öteye bir anlamı olmadığı ve teknik olarak bir karineden söz edilemeyeceği açıktır.” (TEKİNSOY, s:28)

6 GÜNDAY, s:126

7 CANDAN, s:685



gerekir. İdari yargı mercii bu talebi öncelikle karara bağlar. İdarî mahkeme 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen “*idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması*” ve “*idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması*” şartlarının birlikte gerçekleştiğini saptadığı takdirde, istemi kabul ederek yürütmenin durdurulmasına karar verebilir.⁸

İdari işlemin hakkında verilen “yürütmenin durdurulması” yolundaki karar, davayı sona erdirmeyen, ara karar niteliğindedir.⁹ Yürütmenin durdurulmasına karar verildiği takdirde, idari işlemin uygulanması davanın sonuna kadar ertelenir. Dava sonunda işlemin uygulanmasına devam edilebilmesi davanın reddine (ya da kısmen reddine) bağlıdır.¹⁰ İşlemin “uygulanmasını erteleyici” niteliği, yürütmenin durdurulması kararı ile iptal kararı arasındaki farkı da ortaya koymaktadır. İptal kararı, uyumsuzluğu sonlandırdığı halde, yürütmenin durdurulması kararı işlemin dava esnasında uygulanmasını erteleyen, davacının menfaatini koruyucu nitelikteki bir ara karardır.¹¹

8 Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli koşulların açıklandığı mevzuat şu şekildedir:

1982 Anayasasının 125. maddesinin beşinci fıkrası:

“İdarî işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”

2577 sayılı Kanun'un “Yürütmenin durdurulması” başlıklı 27. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları:

“1. (Değişik: 10/6/1994 - 4001/12 md.) Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.

2. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/57 md.) Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler...” (2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanununun 57. maddesi ile bu maddenin (2) numaralı fıkrası değiştirilmiş, maddeye (2) numaralı fıkradan sonra gelmek üzere (3) numaralı fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.)

9 CANDAN, s:700; Aksi yönde: Yürütmenin durdurulması kararının tam bir ara kararı sayılmasının güç olduğu, ara kararlarının davanın ilerlemesine matuf olan, davanın esasına ve nihai hükme etkisi olabilecek kararlar olduğu, yürütmenin durdurulması kararlarının ise davanın ilerlemesine matuf olmadığı, bu karar verilmesi de davanın normal seyrinde süreceği, hakkında ciddi bir şüphenin mevcut olduğu kanunsuzluğu ve bunun sonradan telifisi güç veya imkânsız zararını önlemek amacıyla alınan ve davanın esasına etkisi olmayan koruyucu bir tedbir olduğu hakkında: KIRATLI Metin, “Yürütmenin Durdurulması”, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:21, S:4, (174-196), s:181

10 YILMAZOĞLU Yunus Emre, **Vergi Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması – Danıştay Kararları Işığında Bir İnceleme-**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2016, s:39

11 ULER Yıldırım, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Ankara, 1970, s:4



Yürütmenin durdurulması yolundaki kararın, dava konusu idari işlemi ortadan kaldırmamakla birlikte icraîliği üzerinde etkide bulunarak, işlemin yürütülebilirliğini tesis edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere askıya aldığı kabul edilmektedir.¹²

İdari işlemin iptali için “hukuk aykırılık” koşulunu arayan kanun koyucu, yürütmenin durdurulması yolunda karar verilebilmesi için “açıkça hukuka aykırılık” koşulunun saptanmasını gerekli görmüştür.

III. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ İCRASI

Yürütmenin durdurulması yolunda verilen karar üzerine, idare, esas hakkında verilen kararlarda olduğu gibi, gecikmeksizin işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak zorundadır.¹³

Yürütmenin durdurulması kararının “işlemin icraîliğini askıya alıcı etkisi” ile idarenin bu kararın “gereklerini yerine getirme zorunluluğu” birlikte ele alınarak idarenin bu zorunluluğu nasıl yerine getirebileceği üzerinde durulmalıdır. Bu noktada yürütmesi durdurulan işlemin davacının hak ve menfaatleri üzerinde oluşturduğu etki ve davacının idari dava açmaktan elde etmeyi umduğu hukuki yarar (davanın türü ve konusu) dikkate alınarak bir sonuca ulaşılabilir.

Örneğin bir atama işlemi tesis edildiği tarihten itibaren hukuka uygun kabul edilir ve icraî niteliği haizdir. Bu işlemin hukuka aykırı olduğu iddiası iptal davası yoluyla idari mahkeme önüne taşınmış ve 2577 sayılı Kanun’un 27. maddesinde öngörülen iki koşulun birlikte gerçekleştiği saptanarak yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olabilir. Bu halde kararın icrası için idarenin işlemin tesis edildiği andan önceki hukuki duruma dönülmesini sağlayacak tedbirleri alması ve kişiyi tekrar görevine ataması gerekir.

Bir başka örnek de ödeme emrinden verilebilir. Kamu alacağının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrini tebliğ alan ilgili bu işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa iptalini sağlamak amacıyla idari yargıya başvurabilir ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca cebren tahsil safhasına (haciz-satış) geçilmesini önlemek için yürütmenin durdurulmasını isteyebilir. İdari yargı mercii açıkça hukuka aykırılık ve telafisi güç veya imkânsız zarar koşullarının birlikte gerçekleştiğini saptadığı takdirde yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. Bu kararın icrası için idarenin işlemin icrasına devam

12 CANDAN, s:700

13 2577 sayılı Kanun/madde 28; CANDAN, s: 700



etmemesi gerekli ve yeterlidir.¹⁴ Çünkü yürütmenin durdurulması istemi kabul edildiği için işlemin icrailiği dava sonuna kadar askıya alınmış durumdadır. Hukukun üstünlüğü ve idarenin kanuniliği ilkeleri gereği icrası askıya alınmış bir işlemin idare tarafından yürütülmemesi gerekir.

Diğer yandan son örnekte ilgili, idari dava açmadan önce, dava süresince işlemeye devam edecek gecikme zammının artmasını önlemek için ödeme emrine konu alacağı ödemiş ve açtığı davada bu tutarın iadesini istemiş olabilir. Bu halde iptal ve tam yargı davası birlikte açılmış olur. İdari yargı mercii cebren takibin “açıkça hukuka aykırı” olduğunu ve telafisi güç veya imkânsız bir zararın doğumuna neden olacağını saptarsa, yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. Bu halde davanın sonucu beklenmeden yapılan ödemenin de talebi halinde davacıya iadesi gerekir.¹⁵

IV. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ İCRA EDİLMESİNİ ERTELEYEN BİR DÜZENLEME BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

2577 sayılı Kanunun 28'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının son cümlesinde yargı kararı üzerine idarenin gecikmeksizin işlem tesis etme yükümlülüğüne bir istisna getirilmişti. Bu istisnai kural, “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” düzenlemesini içermektedir. Haciz ya da ihtiyati haciz uygulamalarına karşı açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması yolundaki kararların bu hükme dayanılarak infaz edilmemesi söz konusu olmaktadır. Bu durum, Anayasanın yargı kararının gereklerine göre gecikmeksizin işlem tesis etme zorunluluğunu açıklayan 138'inci maddesinin son fıkrası ve yürütmenin durdurulması kararının sınırlandırılmasına ilişkin 125'inci maddenin altıncı fıkrası açısından kuralın Anayasaya aykırılığı tereddüdüne neden olmaktadır.¹⁶

14 YILMAZOĞLU, s: 40

15 YILMAZOĞLU, s: 41

16 Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz.: YILMAZ Serdar, “Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması – Yargı Pratiğinde ve Öğretimde Gözden Kaçan Bir Anayasa’ya Aykırılık Sorunu (mu?)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2012, Cilt 61, Sayı:4 (s:1437-1503);

“...yürütmenin durdurulması kararlarının, İYUK m.27/7’de öngörülen 7 günlük itiraz süresince bu yola başvurulmaması yahut yapılan itirazın reddedilmesi suretiyle “kesinleşmesinden sonra” uygulanması gerektiği söylenebilir. Kaldı ki, eğer bu davalarda verilen yürütmenin durdurulması kararlarının, İYUK’un anılan ayırksız düzenlemesine tabi olmayacağı düşünülüyor ise, bu kararların, genel kural uyarınca, “derhal” uygulanması gerektiği belirtilmelidir... Zira, dava konusu ihtiyati haciz işleminin idarece uygulanmaya devam olunması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların



Anayasa Mahkemesi "...itiraz konusu kural, idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması yolundaki anayasal hükmü etkisiz hâle getirerek bireyin hukuk güvenliğini açık şekilde zedelemekte ve yargısal denetim aracılığıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması amacıyla zarar vermektedir... haciz ve ihtiyati hacze ilişkin idari işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının derhal uygulama zorunluluğunun ortadan kaldırılması, kişilerin telafisi imkânsız veya zor zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceği ve hak arama özgürlüğünü zedeleyeceği açıktır." gerekçesiyle kuralı, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁷

Anayasa Mahkemesi yürütmenin durdurulması kararının icrasının ertelenmesini hak arama özgürlüğünü olumsuz etkileyen bir müdahale olarak öngörmüştür.

V. YARGI KARARININ UYGULANMAMASINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YAKLAŞIMI

A. Nihai Mahkeme Kararlarının Uygulanmamasında

Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde açıkça kararların icrasından bahsedilmediği için AİHM, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının yerine getirilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir.

AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur.¹⁸

doğması ve söz konusu işlemin açıkça hukuka aykırılık taşıması durumunda idari yargı yeri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararı, ileride verilmesi muhtemel olan iptal kararının anlamsız hâle gelmesine engel olarak, hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesindeki en önemli enstrümanlardan biri olan iptal davasının "etkinliğini" arttırabilecektir. Bu yönüyle, ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması kararlarının, bir bakıma, iptal kararlarından daha "etkili" olması yadırganmamalıdır..." YILMAZ, s:1468 ila 1471

17 Anayasa Mahkemesi, 10.7.2013 tarihli ve E:2012/107, 2013/90 sayılı kararı (R.G. Tarih-Sayı: 22.11.2013-28829)

18 *Hornsby/Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19.3.1997, § 40



Bu çerçevede AİHM, kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının, lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda, mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceğini, yargı kararının veya hükmünün infaz edilmesinin, 6. madde anlamında “dava”nın tamamlayıcı unsuru olduğunu vurgulamaktadır.¹⁹

Bu ilke, sonucu vatandaşın medeni hakları için belirleyici olacak bir idari dava mevzubahis olduğunda daha da önem kazanmaktadır. İptal davası açan bir kişi sadece uyuşmazlığa konu idari işlemin iptalini değil, aynı zamanda ve özellikle etkilerinin kaldırılmasını hedeflemektedir. Oysa davaya taraf vatandaşın etkin korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması, idarenin kendisi hakkında verilebilecek nihai yargı kararlarına uymasını gerektirmektedir. Şayet idare yargı kararını uygulamayı reddediyor veya ihmal ediyorsa, dahası onu uygulamayı geciktiriyorsa, bu durumda vatandaşın davanın safahatı süresince yararlandığı, Sözleşme’nin 6. maddesinde öngörülen teminatlar her türlü varlık nedenini kaybedecektir.²⁰

AİHM, bu yorumuyla bir yargı yerine ulaşma hakkının, sadece teorik olarak bu hakkın tanınmasını değil, aynı zamanda o yargı yerinden alınan nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiye de koruduğunu kabul etmektedir.²¹

B. Yürütmenin Durdurulması Kararının Uygulanmamasında

1. Okyay ve Diğerleri/Türkiye kararı

AİHM, yukarıda *Burdov/Rusya* kararında anılan “kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının, lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda, mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceği”²² yolundaki ilkeyi *Okyay ve Diğerleri/Türkiye* kararında²³ yürütmenin durdurulması isteminin kabulü yolunda verilen kararları da kapsayacak şekilde yorumlamıştır.

Somut olayda başvuru Gökova, Yatağan ve Yeniköy termik santrallerinin gerekli lisanslara sahip olmadıklarını ve halk sağlığı ile çevre üzerinde tehlikeye neden olduklarını belirterek işletilmelerinin durdurulması için Sağlık Bakanlığı, Çevre Bakanlığı, Enerji ve Tabii

19 *Burdov/Rusya*, B. No: 59498/00, 7.5.2002, § 34

20 *Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye*, B. No: 6334/05, 23.10.2012, § 115

21 *Apostol/Gürcistan*, B. No: 40765/02, 28.11.2006, § 54

22 *Burdov/Rusya*, § 34

23 B. No: 36220/97, 12.7.2005, § 72



Kaynaklar Bakanlığı, TEAŞ ve Muğla Valiliğine başvuruda bulunmuşlar ancak talepleri cevap verilmeksizin reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuruçular 16.7.1993, 18.7.1993 ve 18.5.1994 tarihlerinde Aydın İdare Mahkemesi'nde sayılan idareleri hasım göstermek suretiyle ve her bir santral için ayrı olmak üzere söz konusu zımni ret işlemlerinin iptali talebiyle üç ayrı iptal davası açmışlar ve yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuşlardır.

Aydın İdare Mahkemesi bilirkişi incelemesine başvurmuş, 20.6.1996 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Kararda idare mahkemesi, söz konusu santrallerin 1994 yılından bu yana gerekli inşa, gaz emisyonu ve atık su tahliye izni olmaksızın test süreci görüntüsü altında işletildiklerini belirtmiştir. Mahkeme, uzmanların eriştiği bulgular temelinde, santrallerin insan sağlığına ve çevreye zararlı olacak şekilde kirliliğe neden olduklarını ve işletilmelerinin telafisi olanaksız zararlara neden olabileceğini ifade etmiştir. Bu yüzden talebin zımnen reddi yönündeki işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Yürütmenin durdurulması talebinin kabulü yönündeki bu karara karşı yapılan itiraz başvurusu, 29.8.1996 tarihinde Aydın Bölge İdare Mahkemesince reddedilmiştir.

Daha sonra Aydın İdare Mahkemesi, 30.12.1996 tarihinde her üç davada da işlemlerin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş, Danıştay 3 ve 6 Haziran 1998 tarihinde temyiz taleplerini, 26.4.1999 tarihinde de karar düzeltme taleplerini reddetmiştir.

AİHM, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi²⁴

24 Aynı Kanun'un "Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin^{ab} (1) numaralı fıkrası ise şu düzenlemeyi içermektedir:

"1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) **Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.** Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. (İptal cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile.) (...) (Ek cümleler: 21/2/2014-6526/18 md.; Değişik üçüncü ve dördüncü cümleler: 10/9/2014-6552/97 md.; İptal üçüncü cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 25/11/2015 tarihli ve E.: 2014/86, K.: 2015/109 sayılı Kararı ile.) (...) (İptal dördüncü cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.) (Ek cümle: 10/9/2014- 6552/97 md.) (...) ancak disiplin hükümleri saklıdır."

^a Bu maddenin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinin "23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." bölümü, aynı fıkranın dördüncü cümlesi ve son cümlesinin "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine

ve Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına²⁵ göre idarenin

getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;" bölümü; 1/1/2015 tarihli ve 29223 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.2014/149, K.2014/151 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

^b 8/1/2016 tarihli ve 29587 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 25/11/2015 tarihli ve E.2014/86, K.2015/109 sayılı Kararı ile bu maddenin birinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümleleri iptal edilmiştir. İptal edilen kuralda, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin, dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirileceği yönünde düzenleme yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, yapılan başvuru üzerine anılan düzenlemenin Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir (25/11/2015, E.2014/86, K.2015/109). Kararın ilgili kısmı ise şöyledir:

"102. Hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin hukuk kurallarıyla bağlı olduğu bir sistemi ifade etmekte olup devletin hukuk kurallarına bağlılığını sağlayacak en önemli mekanizma, idarenin yargısal denetimidir. İdare karşısında bireylerin hak arama özgürlüğünü kullanmaları, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olmasına bağlı olmakla birlikte bu husus, tek başına hukuk devleti ilkesi bakımından yeterli değildir. Hukuk devletinin gerçekleşmesi için aynı zamanda idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunması zorunludur. İdarenin, yargı kararlarını uygulamaması durumunda, hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edilemez.

103. Anayasa'nın 138. maddesine göre yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Buna göre, idare bağlı yetkiye sahiptir. İdarenin, yargı kararlarını uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bunun yanında idare, yargı kararını uygulamayı herhangi bir koşula da bağlayamaz. Aksine bir yaklaşım, iptal kararı ile ortadan kaldırılan işlemin sonuçlarını geçerli kılmak anlamına gelir. İdare iptal kararının gereğine göre yeni bir işlem yapmak ve iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmakla görevlidir. İdarenin başkaca bir tercih ve takdir hakkı yoktur.

104. Kuşkusuz, ilgililerin atama ve benzeri işlemlere karşı dava açmalarının nedeni, tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek ve yargı kararı ile dava konusu işlemin hukuka aykırılığının tespiti halinde önceki görevlerine dönebilmektir. Oysa itiraz konusu kurullarla yargı kararlarının uygulanması "kadronun boş olması" koşuluna bağlanmıştır. Uygulamada ise söz konusu kadroların boş bırakılmama, bu kadroların söz konusu işlemler sonrası diğer kamu görevlileriyle doldurulma ihtimali çok yüksektir. Bu durumda yargı kararıyla dava konusu işlemin hukuka aykırılığı tespit edilmiş olsa bile kadro boş olmadığından bu karar uygulanamayacaktır. Dolayısıyla yargı kararlarının uygulanmasının bu şekilde kadronun boş olması koşuluna bağlanmış olması hak arama özgürlüğünü etkisiz hale getiren ölçüsüz bir sınırlamadır. Kural idarenin yargısal denetimini ve hak arama özgürlüğünü etkisiz bırakacağından, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi idarenin bütün işlemlerinin yargı yoluyla denetlenmesi ve yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkelerinin de ihlal etmektedir."

^c18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununun 25 inci maddesiyle, bu maddenin başlığında yer alan "itiraz" ibaresi "istinaf" şeklinde; birinci fıkrasında yer alan "itiraz yoluna" ibaresi "istinaf yoluna" şeklinde; "itirazı" ibaresi "istinaf başvurusunu" şeklinde ve son cümlesinde yer alan "kararların temyizi" ibaresi "kararlara karşı temyiz ya da istinaf yoluna başvurulması" şeklinde değiştirilmiştir.

Ayrıca bu maddenin uygulaması ile ilgili olarak 2577 sayılı Kanuna 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununun 27. maddesiyle eklenen Geçici Madde 8'e bakılmalıdır.

25 Anayasanın 138. maddesinin dördüncü fıkrası:

"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."



mahkeme kararlarına uymak ve bunları uygulamak zorunda olduğunu vurgulamaktadır.

Aydın İdare Mahkemesinin 20.6.1996 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar vermesi ve bu karara karşı yapılan itiraz başvurusunun 29.8.1996 tarihinde reddedilmesinden sonra, Bakanlar Kurulu, idare mahkemesinin kararına rağmen, 3.9.1996 tarihinde her üç termik santralin de işletilmeye devam edilmesi yönünde karar almıştır. Karar, termik santrallerin kapanmasının elektrik kesintilerine, istihdam kaybına neden olabilecek olması ve bölgenin turizm gelirlerini olumsuz etkilemesi gerekçesine dayandırılmıştır. Yetkililer tarafından çevre kirliliğini engellemek için gerekli önlemlerin alınacağı görüşü altında Bakanlar Kurulu santrallerin işletilmesinin sürdürülmesine karar vermiştir.

6 ve 14 Eylül 1996 tarihinde başvurusular, yetkililerden idare mahkemesi kararlarının uygulanmasını talep etmiştir. İlerleyen tarihlerde başvurusular suç duyusunda bulunmuşsa da yetkililer hakkında çeşitli hukuki nedenlere dayanarak cezai takibata başlanmamıştır.

Bu arada 20.11.1996 tarihinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı termik santrallerin işletilmesinin durdurulmayacağını başvurusulara bildirilmiş, santrallerin toplam elektrik üretimi ve ekonomiye katkısı gösterilmiş, işletmenin durdurulması halinde 4079 kişinin işsiz kalacağı ve bölge turizminin bu durumdan olumsuz etkileneceği belirtilmiştir. Ayrıca, kamu sağlığının ve çevrenin korunması için tedbirlerin alınacağı ifade edilmiştir.

AIHM kararında, eğer bir ülkedeki yasal sistem mahkemenin nihai ve bağlayıcı kararının ya da ara emir niteliğindeki kararının derdest sonuçlarının lehine karar verilen tarafın zararına işlevsiz kalmasına izin veriyorsa, mahkemeye erişim hakkının bir aldatıcı bir görüntüden ibaret olacağını belirtmiştir. Kararda bu prensibin sonuçları davacının medeni hakları üzerinde belirleyici olan bir uyuşmazlığı ilgilendiren idari süreçler bağlamında daha büyük bir öneme sahip olduğu vurgulanmıştır.²⁶

AIHM, idare mahkemesinin, üç termik santralin aktivitesini askıya alan, yürütmenin durdurulması yolunda verdiği 20.6.1996 tarihli karara yetkililerin uymadıklarını belirtmektedir. Ayrıca Danıştay'ın idare mahkemesinin kararlarını onayan kararları da öngörülen süreler içinde uygulanmamıştır. Aksine, Bakanlar Kurulu, idare mahkemesi kararlarına rağmen, 3.9.1996 tarihli kararıyla santrallerin işletilmesine

26 Anılan karar, § 72



devam edilmesi yönünde karar almıştır. Bu kararın herhangi bir yasal temeli bulunmadığı gibi, iç hukuka göre de açıkça hukuka aykırıdır. Yargı kararından kurtulmaya müsavidir. Mahkemeye göre böyle bir durum, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerinin dayandığı hukuk devleti prensibini olumsuz etkilemektedir.²⁷

AİHM, bu anlatılanlar ışığında, yetkililerin Aydın İdare Mahkemesi tarafından 30.12.1996 tarihinde verilen kararlar ile daha sonra bu kararların Danıştay tarafından onanmasına ilişkin 3 ve 6 Haziran 1998 tarihli kararları makul bir sürede uygulamadıklarını, bu nedenle Sözleşmenin 6 § 1. maddesinin öngördüğü etkili koruma anlayışının bertaraf edildiğini ve maddenin ihlal edildiğini düşünmektedir.²⁸

Kararın Sözleşmenin 6 § 1. maddesinin ihlali sonucunun açıklandığı 74 ve 75. paragraflarında sadece idare mahkemesinin iptal kararı ile bu kararın temyiz talebinin reddine ilişkin Danıştay kararına değinilmiş, idare mahkemesinin yürütmenin durdurulması talebinin kabulü yönünde verdiği karar ise anılmamıştır. Bununla birlikte, yürütmenin durdurulması yolunda verilen kararların uygulanmamasının, bir başka ifadeyle gereklerine göre işlem tesis edilmemesinin mahkemeye erişim hakkını zedelediği²⁹ ve bu durumun hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerinin dayandığı hukuk devleti prensibini olumsuz etkilediği³⁰ ayrıca belirtilmiştir.

AİHM, bu konuda bir tartışmaya girmemekle ve bu konuda bir açıklamaya yer vermemekle birlikte bir itiraz prosedürü sonucu kesinleşen yürütmenin durdurulması yolundaki kararın gereklerine göre işlem tesis edilme zorunluluğu temelinde idareyi bağlayıcı niteliğe önem verdiği ve bu kararı mahkemeye erişim hakkının geçerli ve etkili kılınması bakımından önemli gördüğü söylenebilir.

Gerçekten, yürütmenin durdurulması yolunda verilen karar iptal kararının sonuçlarının henüz daha dava sürerken doğmasına neden olmakta, bu kapsamda idareye işlemin hukuki sonuçları ve davanın konusu ile bağlantılı olarak çeşitli yükümlülükler yüklemektedir.³¹ Karara yansıyan somut olayda olduğu gibi, bir konuda yapılan talebin reddine ilişkin işleme karşı açılan davalarda idare, yürütmenin durdurulmasına

27 Anılan karar, § 73

28 Anılan karar, §§ 74-75

29 Anılan karar, § 72

30 Anılan karar, § 73

31 *bkz. yukarıda "IV. Yürütmenin Durdurulması Kararının İcrası"*

karar verildiği takdirde, talep konusunu yerine getirecek şekilde bir işlem tesis etmelidir. Çünkü idarenin işlemine yansıyan aksi yöndeki iradesi “açıkça hukuka aykırı” ve “telafisi güç veya imkânsız zarar doğurucu” nitelikte bulunmuştur ki, bu durumun bertaraf edilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yürütmenin durdurulması yolunda verilen karar idareyi bağlayıcı niteliği haizdir ve gereğinin idarece yerine getirilmesi gerekir.

2. Ünver/Türkiye kararı

AIHM, *Ünver/Türkiye* kararında³² da *Okyay ve Diğerleri/Türkiye* kararında yer alan içtihadına atıfta bulunmuş ve yürütmenin durdurulması kararının uygulanmasının mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirileceğini ifade etmiştir. Ancak bu davada, şikâyete konu idare mahkemesi önündeki yargılamanın, bir *actio popularis* niteliğinde olduğu tespit edilmiştir. AIHM'e göre idari dava, kamunun genel yararı için imar planı değişikliklerinin iptali ile inşaat ruhsatlarının askıya alınması talebini içermesi nedeniyle bir medeni hak açısından belirleyici değildir. AIHM, bu nedenle AIHS'nin 6 § 1. maddesinin uygulanabilir olmadığı sonucuna ulaşarak konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.³³

32 *Ünver/Türkiye* (kabul edilebilirlik incelemesi kararı), B.No:36209/97, 26.09.2000

33 “AIHM, bir yargı kararının infaz edilmesinin, 6. maddenin amaçları bağlamında “dava”nın tamamlayıcı unsuru olduğunu hatırlatmaktadır. (Hornsby/Yunanistan, B.No:18357/91, 19.3.1997, § 40)

AIHM, eğer bir ülkedeki yasal sistem mahkemenin nihai ve bağlayıcı kararının ya da ara emir niteliğindeki kararın derdest sonuçlarının lehine karar verilen tarafın zararına işlevsiz kalmasına izin veriyorsa, mahkemeye erişim hakkının bir aldatıcı bir görüntüden ibaret olacağını belirtmiştir. Bu prensibin sonuçları davacının medeni hakları üzerinde belirleyici olan bir uyuşmazlığı ilgilendiren idari süreçler bağlamında daha büyük bir öneme sahiptir. (Hornsby/Yunanistan, § 40)

Bu içtihadın somut olaya uygulanmasında AIHM, başvuru alan belediyelere karşı açtığı davanın AIHS'nin 6 § 1. maddesi bağlamında medeni hakları üzerinde belirleme içerip içermediğini ortaya koymak zorunda olduğunu belirtmiştir. AIHM, AIHS'nin 6 § 1 maddesinin uygulanabilmesi için, uyuşmazlıkta ileri sürülen medeni hakların, ülkelerin iç hukuk sistemlerinde de tanınan ve en azından başvurular açısından savunulabilir nitelikte olmasını aramaktadır. Bu başvuruların gerçek ve ciddi nitelikte olması gerekir; uyuşmazlık sadece hakkın aktüel varlığına değil, aynı zamanda hakkın kapsamına veya kullanılma usullerine de ilişkin olmalıdır. Son olarak, süreçlerin sonucu söz konusu hak üzerinde doğrudan belirleyici olmalıdır. (Skärby/İsveç, B.No:12258/86, 28.6.1990, § 27)

AIHM Antalya İdare Mahkemesi önündeki yargılamada başvuru alan için yapılan imar planı değişikliğinin iptali yanında belediyelerin müteahhitlere verilen inşaat ruhsatlarını askıya almasını gerektirecek bir mahkeme kararı için başvuruda bulunduğunu not eder. AIHM'e göre, başvuru, iç hukukta sahip olabileceği spesifik bir hakkın savunulması ile ilgili olmayan idare hukuku kapsamında usulî bir hak talep etmiştir. Başvuru, söz konusu alanda ilerleyen zamanda yaşanacak hukuka ve kamu yararına aykırı olduğunu düşündüğü imara dayalı gelişmeleri önlemek için toplum yararını gözetilen bir dava açmıştır. Kabul edilmelidir ki, başvuru gelişimin yaşandığı alanın yakınında yaşamaktadır ve bu gelişimin vaktiyle edindiği evin manzarası üzerindeki etkilerden şikâyet etmek için bir sebebi vardır. Bu özel menfaate rağmen, sürecin sonucunun davacının özel hakları üzerinde belirleyici olduğu söylenemez. Yargılamada hiçbir maddî menfaat tehlikede değildir

3. Taşkın ve Diğerleri/Türkiye kararı

Bu başlık altında son olarak AİHM'nin *Taşkın ve Diğerleri/Türkiye* kararı³⁴ incelenecektir. Ancak bu kararın incelenmesine geçmeden önce bazı teorik bilgilere yer verilmesi gerekmektedir.

2577 sayılı Kanun'da yürütmenin durdurulması talebinin konusu "idari işlemler(m.27)" ve "mahkeme kararları(m.52)³⁵" olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bir başka ifadeyle, Kanun uyarınca bir idari davada idari işlemin yürütmesinin durdurulması istenebileceği gibi, kanun yolları aşamasında davayı sonuca bağlayan "mahkeme kararı" da yürütmenin durdurulması talebine konu olabilir. İkinci halde, bazı durumlarda kararın yürütmesinin durdurulmasının pratik hiçbir faydası yoktur, davacı açısından pratik bir yararın doğabilmesi karar yanında işlemin de yürütmesinin durdurulmasına da bağlı olduğu ifade edilmelidir.

Örneğin idari dava reddedildiğinde, tesis edilmekle hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve icraî olan idari işlemin sadece hukuka uygunluğu saptanmış olur. İdari dava aşamasında yürütmenin durdurulmasına karar verilmediği düşünülürse bu halde idare işlemini, idari dava aşaması yanında, bu basit bir saptama içeren karardan sonra da yürütebilir. Bu halde yürütme, davanın reddine ilişkin

ve aslında başvurucu bu gelişimin mülkünün değeri üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olduğunu yerel mahkemeler önünde ileri sürmemiştir. Başvurucu idare mahkemesinde bu davayı kamunun genel yararı için açtığını kabul etmektedir. Bu yüzden yargılamanın medeni bir hakkın belirlenmesini içermediği sonucuna ulaşılmalıdır.

Bu nedenlerle AİHM, Sözleşmenin 6 Ş 1. maddesinin bu davada uygulanabilir ve başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetinin konu bakımından kabul edilebilir olmadığını düşünmektedir."

34 *Taşkın ve Diğerleri/Türkiye kararı*, B. No: 46117/99, 10.11.2004

35 2577 sayılı Kanun'un "Temyiz veya istinaf istemlerinde yürütmenin durdurulması" başlıklı 52. maddesinin^a (1) ve (4) numaralı fıkralarında şu düzenlemelere yer verilmiştir:

"1. (Değişik: 5/4/1990 - 3622/21 md.) Temyiz veya istinaf yoluna başvurulmuş olması, hakim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Ancak, bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya istinaf başvurusunu incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilir. (Ek Cümle: 10/6/1994 - 4001/22 md.) Davanın reddine ilişkin kararlara karşı temyiz ya da istinaf yoluna başvurulması halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi 27 nci maddede öngörülen koşulun varlığına bağlıdır...

4. Kararın bozulması, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur."

^a18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle, bu maddenin başlığında yer alan "itiraz" ibaresi "istinaf" şeklinde; birinci fıkrasında yer alan "itiraz yoluna" ibaresi "istinaf yoluna" şeklinde; "itirazı" ibaresi "istinaf başvurusunu" şeklinde ve son cümlesinde yer alan "kararların temyizi" ibaresi "kararlara karşı temyiz ya da istinaf yoluna başvurulması" şeklinde değiştirilmiştir.

Ayrıca bu maddenin uygulaması ile ilgili olarak 2577 sayılı Kanuna 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 27. maddesiyle eklenen Geçici Madde 8'e bakılmalıdır.



karardan değil işlemin tesis edildiği anda var olan icraîlik niteliğinden kaynaklanmaktadır.³⁶ Bu nedenle kanun yolları aşamasında mahkeme kararının yürütmesinin durdurulması pratik bir fayda sağlamaz, eğer 27. maddede öngörülen koşullar varsa işlemin de yürütmesinin durdurulması gerekir.

2577 sayılı Kanun'un 52. maddesi genel itibarıyla bu konuyu düzenlemektedir. Bu maddenin son fıkrasında kararın bozulmasının mahkeme kararının yürütülmesini durduracağı kuralına yer verilmiştir. Bu bağlamda, davanın reddi yolundaki kararın bozulmasının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Kanun bu halde kararın yürütmesinin duracağından bahsetmekte, ancak idari işlem ile ilgili bir belirlemede bulunmamaktadır. Doktrinde bu durumda bozmanın etkisinin işlem yönünden de kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁷

Bunun aksine bozma kararının işlemi de kapsayacak bir etkiye sahip olmadığı da ileri sürülebilir. Bu halde mahkemenin bozma üzerine yapacağı incelemede, işlemin yürütmesinin durdurulması istenirse, her halde 27'nci maddedeki koşullar esas alınarak bir değerlendirmede bulunulması gerektiği savunulabilir.

Uygulamada bozma üzerine dosya öncelikle incelenmekte ve bozma kararı bir hususun araştırılması gerektiği gerekçesine dayanmadıkça mahkemece esas incelemesi ivedilikle sonuçlandırılmaktadır. İlk kararında ısrar edebileceği de göz önüne alındığında, bozma üzerine inceleme sürerken 27'nci maddede aranan şartların gerçekleşmiş olması dışında, işlemin yürütmesinin durdurulması yönünde karar verme hususunda mahkemeyi bağlayıcı bir neden bulmak güç gözükmektedir.

AİHM, *Taşkın ve Diğerleri/Türkiye* kararında davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararının temyiz incelemesi sonucunda bozulmasının işlem üzerindeki etkisine değinmiştir. Bu kapsamda mahkeme kararının yürütmesinin durdurulmasına yol açan bozma kararının daha sonra bozmaya uyularak verilecek iptal kararına kadar işlemin icraîliği üzerindeki erteleyici etkisinden bahsedilmiştir.

AİHM, *Danuştay*'ın 13 Mayıs 1997 tarihli bozma kararının 01.04.1998 tarihinde kesinleşmiş olsa bile (bozma kararı üzerine idare mahkemesince

36 CANDAN, s: 1063

37 TEKİNSOY, s:193; Bu görüş kabul edildiğinde, bozma kararının idari işlemin icraîliğine etkisinin ilk derece mahkemesince verilecek ısrar kararına (ya da bir hususun araştırılması gerekliliğine dayanan bozma kararlarında, bozmaya uyularak inceleme yapılmasına rağmen yine davanın reddi gerektiği sonucuna ulaşıldığında, davanın reddi yolundaki bu karara kadar süreceği kabul edilmelidir.



işlemin iptali yolunda verilen kararın onanması kastediliyor)verildiği tarihte uygulanabilir nitelikte olduğu ve bu tarih itibarıyla da idari işlemin sonuçlarını durdurucu bir etkiye sahip olduğu tespitinde bulunmaktadır. AİHM'e göre, durdurucu etkiyi sağlayan bu yargı kararı öngörülen süre içinde yerine getirilmemiştir.³⁸

Diğer taraftan Başbakanlığın talimatlarıyla verilen bakanlık izinleriyle 13.04.2001 tarihinde başlayan deneme mahiyetindeki üretim faaliyetinin hiçbir yasal dayanağı bulunmamaktadır ki, bu durum, yargı kararının dolanılması anlamına gelmektedir. Böyle bir durum, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerinin dayandığı hukuk devleti prensibine aykırılık oluşturmaktadır.³⁹

AİHM, önceki belirlemeleri de dikkate alarak, ulusal makamların, Danıştay tarafından 1 Nisan 1998 tarihinde onanan İdare Mahkemesi'nin 15.10.1997 tarihli kararına makul bir süre içinde riayet etmeyerek, AİHS'nin 6. maddesinin öngördüğü etkili koruma anlayışını bertaraf ettiği kanısına ulaşmıştır.⁴⁰

Dolayısıyla AİHS'nin 6 § 1 maddesi ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁴¹

AİHM, bu kararında doktrinde tartışmalı bir konuya kendi yaklaşımıyla açıklık getirmiştir. Buna göre, bozma kararı verildiği tarihte uygulanabilir niteliktedir ve bu tarih itibarıyla da idari işlemin sonuçlarını durdurucu bir etkiye sahiptir. Dolayısıyla idarenin bu kararın gereklerine göre işlem tesis etmesi gerekir. Aksi halde Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin öngördüğü etkili koruma sağlanamamış olacaktır.

VI. ANAYASA MAHKEMESİNİN İÇTİHADİ VE ALTERNATİF YAKLAŞIMLAR

A. Anayasa Mahkemesi İçtihadı (1.1.2016 tarihli kararlar)

Anayasa Mahkemesi, 1.12.2016 tarihinde verdiği üç kararında⁴² naklen atama işleminin iptali istemiyle açılan idarî davada verilen yürütmenin durdurulması kararının gereği gibi uygulanmadığı şikâyetini mahkemeye erişim hakkı kapsamında yargı kararının icrası yönünden değerlendirmiştir.

38 Anılan karar, § 135

39 Anılan karar, § 136

40 Anılan karar, § 137

41 Anılan karar, § 138

42 *Bülent Türk*, B. No:2014/7002, 1.12.2016 (R.G. Tarih ve Sayı: 30.12.2016-29934); *Arif Canlı*, B. No:2014/7152, 1.12.2016 (R.G. Tarih ve Sayı: 30.12.2016-29934); *Hakan Yıldız*, B. No: 2014/8804, 1.12.2016 (R.G. Tarih ve Sayı: 30.12.2016-29934)



Her üç başvuruya konu olayda, başvurucular Emniyet Müdürlüğü'ne bağlı birimler arasında naklen atanmış, bu işleme karşı idare mahkemelerinde açtıkları idari davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. Her üç başvuruda da yürütmenin durdurulması yolunda verilen kararın 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile değiştirilen 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesi gereği boş kadro olmadığı gerekçesiyle uygulanmadığı ve bu kural gereği başvurucuların tekrar atama işlemine tabi tutulduğu gözlemlenmektedir. 2014/7002 sayılı başvuruda, yürütmenin durdurulması kararının gereği gibi uygulanmadığı iddiasıyla bireysel başvuru yapıldıktan sonra idare mahkemesince işlemin iptal yolunda verilen karar Danıştay tarafından bozulmuştur. 2014/7152 sayılı başvuruda açtığı ilk dava devam ederken tekrar atmaya tabi tutulan başvuru bu işlemin de iptali istemiyle dava açmış, yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş, kararın gereği gibi uygulanmadığı iddiasıyla bireysel başvuru yapıldıktan sonra, idare mahkemesince işlem iptal edilmiş, ancak Danıştay kararı bozmuştur. 2014/8804 sayılı başvuruda ise yürütmenin durulması yolunda verilen kararın gereği gibi işlem tesis edilmediği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulduktan sonra itiraz üzerine bu kararın kaldırıldığı, davanın esas incelemesi sonucunda reddedildiği, itiraz ve karar düzeltme başvurularını ise başvuru aleyhine sonuçlandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirme sonucunda, yürütmenin durdurulması kararının gereği gibi uygulanmadığı yönündeki şikâyetlerin hak arama hürriyeti kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve yargı kararının icra edilmesinin hak arama hürriyetinin unsurlarından biri olduğunu vurgulamıştır.

Kararda AİHM içtihatlarına atıfla, AİHS'nin 6. maddesinin nihai ve bağlayıcı kararların icra edilmesini koruduğu belirtilmiş, üst mercilerin incelemesine tabi olup bu inceleme sonunda bozulabilecek kararların bu maddenin sağladığı güvencelerden yararlanamayacağı ifade edilmiştir.⁴³

Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğünün daha etkili biçimde kullanılabilmesinin bir aracı olduğunu⁴⁴ belirttiği yürütmenin durdurulması kurumunun iptal davasında gördüğü işlevi de açıklamıştır. Kararda, yürütmenin durdurulması kurumunun öngörülme nedenleri, idari davada davacıları iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya

43 B. No: 2014/7002 sayılı kararın 34. paragrafında yer alan *Ouzounis ve diğerleri/Yunanistan*, B. No:49144/99, 15.4.2002, § 21'e atıf

44 Kararın 36. paragrafında AYM, E.2012/107, K.2013/90, 10.7.2013'e atıf



düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak biçiminde sıralanmıştır.⁴⁵

Mahkeme'ye göre, yürütmenin durdurulması kurumu anayasal bir değer ve öneme sahiptir. Ancak hak arama hürriyeti kural olarak uyuşmazlık bakımından nihai ve kesin nitelik taşıyan yargı kararlarının sonucuna erişmeyi güvence altına almaktadır. Yürütmenin durdurulması kararlarının ise bu nitelikte olmadığı açıktır. Bu tespitten sonra Mahkeme, yürütmenin durdurulması kararlarının icra edilmemesinin de diğer ara kararlarında olduğu gibi ancak hak arama hürriyetine hâkim olan ilkelerden yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkması ilkesi dikkate alınarak mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenebileceğini belirtmiştir. Bir başka ifadeyle, yürütmenin durdurulması kararının icra edilmemesi, yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkarmadığı müddetçe adil yargılama hakkının mahkemeye erişim hakkı kapsamında sağladığı güvencelere aykırılık söz konusu olmayacaktır. Mahkeme'ye göre bu noktada kriter, her olayın kendi somut koşulları altında bu kararın uygulanmamasının ileride başvuru lehine verilecek muhtemel nihai kararın icra edilmesini imkânsız hâle getirecek veya aşırı derecede zorlaştıracak nitelikte olup olmadığıdır.

Mahkeme kararında, temel haklar yönünden ara kararlarının icra edilmemesi şikâyetinin somut olayın koşulları dikkate alınarak yargılamanın bütününe bağımsız olarak da incelenmesinin mümkün olduğunu belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu inceleme yöntemine örnek olarak yürütmenin durdurulması kararının uygulanmadığına ilişkin başvuruyu ifade özgürlüğü yönünden incelediği *Yaman Akdeniz ve diğeri* (B. No: 2014/3986, 2.4.2014) başvurusu ile benzer şekilde yürütmenin durdurulması isteminin reddi üzerine yapılan bireysel başvuruyu sendika hakkı yönünden incelediği *Kristal-İş Sendikası* ([GK], B. No: 2014/12166, 2.7.2015) başvurusunu göstermektedir.⁴⁶

Mahkeme bir medeni hakkın ihlal edildiği yönünden somut bir şikâyetin yokluğu yanında yürütmenin durdurulması kararının icra edilmemesinin, yargılama sonundaki nihai kararı icra edilmesini imkânsız hale getirecek veya aşırı derecede zorlaştıracak nitelikte olmadığını tespit etmiştir. Buna göre, başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim hakkına yönelik bir ihlal olmadığını açık olduğu sonucuna ulaşılmış, bu nedenle

45 Kararın 36. paragrafında AYM, E.2008/77, K.2010/77, 3.6.2010'e atf

46 Kararın 39. paragrafı



başvuruların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

Yukarıda yer verilen içtihat ve ilkeler ışığında, kesinleşmiş bir kararın icra edilmemesinin yargılamanın bütünü adilliği noktasında ihlale sebebiyet verdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Yürütmenin durdurulması aşamasında verilen karar henüz müdahale (idari işlem) nedeniyle yargıya başvurulmasından beklenen faydaya nihai olarak ulaşıp ulaşılmayacağını ortaya koymamaktadır. Dolayısıyla hak arama hürriyeti açısından önemli bir kriter olan yargılamanın bütünü adilliği henüz bu aşamada değerlendirilemez. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararı bu bakış açısıyla ele alındığında isabetli olarak değerlendirilebilir. Ancak maddi haklar yönünden yürütmenin durdurulması kararının icra edilmemesi bir medeni hak ve yükümlülükten yararlanmaya mani oluyorsa, incelemenin usulî güvenceler sağlayan hak arama hürriyeti yerine ilgili maddi hak yönünden yapılmasına ve hakkın ihlal edildiği sonucuna ulaşılmasına engel bir durum yoktur.

Öte yandan, karara iki alternatif yaklaşım geliştirmek de mümkündür.

B. İctihada Alternatif Yaklaşımlar

1. Konu Bakımından Yetkisizlik

Hak arama hürriyeti usule ilişkin güvenceler sağlar. AİHS'nin 6. maddesinin lafzı ve AİHM'nin Anayasa Mahkemesi'nce de benimsenen yorumuna göre bu maddenin uygulanması bir suç isnadının ya da bir medeni hak ve yükümlülükle ilgili uyuşmazlığın varlığını gerekli kılar. Bunun aksinden bir suç isnadı ya da medeni hak ve yükümlülükle ilgili bir uyuşmazlığın bulunmaması durumunda bireyin hak arama hürriyetinin sağladığı güvencelerden yararlanması mümkün değildir. Dolayısıyla idari yargılamada yürütmenin durdurulması yolunda verilen kararın uygulanmadığı yolundaki şikâyet, ancak bir medeni hak ve yükümlülükle bağ kurularak ileri sürüldüğü takdirde hak arama hürriyetinin sağladığı güvenceler bağlamında inceleme konusu olabilir.

Somut olaylarda şikâyetlerin, başvuruçuların aynı il içinde aynı özlük haklarıyla başka birime atanması işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaması olduğunu tespit eden Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların bir temel hakkının ihlal edildiği iddiasını ileri sürmedikleri gibi kendisinin de başvuruların temel haklarla ilgisini tespit edemediğini belirtmektedir. Aslında bu tespit Mahkeme'nin adil yargılanma şikâyeti yönünden

konu bakımından yetkisizlik sonucuna ulaşması bakımından yeterli bir gerekçeye vücut vermektedir. Çünkü başvuru kararın uygulanmaması nedeniyle bir medeni haklarının ihlal edildiği iddiası bulunmamaktadır. Dolayısıyla hak arama hürriyetinin sağladığı mahkemeye erişim güvencesinden yararlanma koşulları da oluşmamıştır.

Nitekim AİHM, yukarıda bahsedilen *Ünver/Türkiye* kararında sürecin sonucunun başvuru kararının bir medeni hakkı üzerinde belirleyici olmasını 6. maddenin uygulanabilirlik şartı olarak göstermekte, başvuru kararının bu yönde bir şikâyeti olmadığını tespit etmektedir.

İncelenen kararlarda da söz konusu atama işlemlerinin başvuru kararının hangi medeni hakkı üzerinde ne gibi bir sonuç doğurduğu somut bir şekilde ortaya konulmamıştır. Örneğin başvuru kararının özlük haklarını etkileyen atama işlemleri nedeniyle mülkiyet hakkının zedelendiği ya da başka bir birime atanmasının mobbinge maruz kalmasına yol açması nedeniyle maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına müdahalede bulunulduğuna yönelik bir iddiaları bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvuru kararının idari davanın medeni hakları üzerinde belirleyici nitelikte olduğu ve yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaması nedeniyle bu haklarının etkilendiği yönünde bir şikâyetleri bulunmamakta, bu durum Mahkemece de tespit edilememektedir.

Somut olayda, başvuru kararında sadece yürütmenin durdurulması kararının uygulanmadığından bahisle idari yargılama usulüne ilişkin bir hak talebinde bulunmuştur. Bu durumda başvuru kararının mahkemeye erişim hakkı şikâyetinin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunması da muhtemeldir.

2. Başvuru Yollarının Tüketilmemesi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarının süresi içinde yerine getirilmemesi durumunda idare aleyhine tazminat davası açılabilir. Bu yol yürütmenin durdurulması kararının gereklerine göre işlem tesis edilmediği durumlarda da işlemlenilen etkin bir yoldur.⁴⁷

47 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2015/856, K. 2015/3749, 26.10.2015:

"Danıştay Onbeşinci Dairesinin 17/09/2014 günlü, E:2013/2675, K:2014/6214 sayılı kararıyla;... davacıya koroner arter hastalığı nedeniyle iki kez ilaçlı stent tedavisi uygulandığı; bu tedavilerde kullanılan stent bedellerinin ödenmesi istemiyle yapılan başvuruların reddine ilişkin işlemler ile 2008 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin ilgili maddelerinin iptali istemiyle Danıştay Onuncu Dairesinin E:2010/2676 ve E:2010/7165 esasında kayıtlı davaların açıldığı; bu davalardan ilkinde verilen yürütmenin durdurulması kararının 05.08.2010 tarihinde tebliğ edildiği,



Bu durum yürütmenin durdurulması kararının gereklerine göre işlem tesis edilmediği hallerde başvurulara etkin bir giderim imkânı sunduğundan bireysel başvuruda bulunulmadan önce tüketilmesi gerekir.

Ancak uygulamada bu yolun başvuruçulara etkin bir giderim imkânı sunmadığı ortaya konulabildiği takdirde bu yol tüketilmeden de bireysel başvuruda bulunulabilmesi mümkün olabilir. Örneğin idari mahkemelerce, iptal davasında verilen yürütmenin durdurulması kararı icra edilmemiş ise bu nedenle açılan tam yargı davasında iptal davasının sonucu beklenmesi ve davanın reddi halinde işlemin hukuka uygunluğu ortaya konulmuş olduğundan davacının bir zararının bulunmayacağı tespitinden hareketle tam yargı davasının da reddedilmesi bu duruma bir örnek teşkil edebilir.

Bireysel başvuru açısından önemli olan tüketilmesi gereken bir hukuki yolun etkin çözüm sunup sunmadığıdır. İdari yargı uygulamasında, tam yargı davalarında davacıların yürütmenin durdurulması yolundaki kararın uygulanmamasından kaynaklanan maddi ve manevi zararlarını giderim imkânına kavuştukları görüldüğü ölçüde öncelikle ilgili bu giderim yolunun tüketilmesi gerekir.

Somut olaylarda tam yargı davası kapsamındaki giderim imkânının etkin bir fırsat ortaya koyduğu ancak başvuruçuların bu yolu tüketmedikleri ortaya konulabilseydi, başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulunması da muhtemeldi.

ödemenin elli altıncı gün olan 30.09.2010 tarihinde yapıldığı, ikinci stent uygulaması sonrasında açılan davada verilen kararın ise 18.08.2010 tarihinde tebliğ edildiği, ancak ödemenin elli yedinci gün olan 14.10.2010 tarihinde yapıldığı; davacı tarafından Danıştay Onuncu Dairesinin kararları uyarınca yapılması gereken ödemelerin geciktirildiği belirtilerek uğranılan manevi zararın tazmininin istenildiği; yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin aksine, Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararların gereği derhal yerine getirilmeyerek hizmet kusuru işlendiği ve bu durumun tazmin sorumluluğunu doğurduğu; ancak, manevi tazminatın manevi tatmin aracı olduğu, bu nedenle zenginleşmeye yol açmayacak şekilde ve davacının olay nedeniyle duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa hafifletecek bir nitelikte olması gerektiği gibi, aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını da ortaya koyacak nitelikte olması gerektiği; bu itibarla davacının tedavisinde kullanılan stent bedelinin ödenmesi gerektiği yönünde verilen iki yargı kararının da gecikmeksizin yerine getirilmediği dikkate alındığında, takdiren 2500 TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna varıldığından, davacının manevi tazminat isteminin kısmen kabulüyle 2500 TL manevi tazminatın davalı idarelerden alınarak davacıya verilmesine; davanın takdir edilen tazminat miktarını aşan kısmının reddine karar verilmiştir.

Taraflar, anılan kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onbeşinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, tarafların temyiz istemlerinin reddine,..."



VII. AÇIKÇA HUKUKA AYKIRILIKTAN (YÜRÜTMENİN DURDURULMASI TALEBİNİN KABULÜNDEN) HUKUKA UYGUNLUĞA (DAVANIN REDDİNE) DÖNÜŞ VE SONUÇLARI

İdari yargı uygulamasında, işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesine rağmen, bazı istisnai hallerde, daha sonra ortaya çıkan yeni kanıtlar ya da yürütmenin durdurulması talebinin karara bağlandığı tarihte yapılan değerlendirmede hataya düşüldüğünün daha sonra ortaya çıkması nedeniyle davanın reddine karar verilebilmektedir.

Yeni kanıtların ortaya çıkması hali müstesna, bu durum, idari mahkemenin kararında açık ve keskin bir dönüşe neden olmaktadır. Çünkü yürütmenin durdurulması talebini karara bağladığı esnada “işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu” değerlendirmesinde bulunan idari mahkeme, davayı esastan karara bağlarken bu görüşünden keskin bir dönüşle “işlemin hukuka aykırı olmadığı” sonucuna ulaşarak davayı reddetmektedir.

Bu durum bir başka hukuki sorunsala vücut vermektedir: İdare, yürütmenin durdurulması yolunda verilen kararı uygulamamışsa, yürütmenin durdurulmasına karar verildiği tarih ile davanın reddine karar verildiği tarih aralığında kalan dönem için davacının bir zararının doğduğu ileri sürülebilir mi? Bu dönem için bireysel başvuru yolunda bir hak ihlali olarak değerlendirilebilir mi? Eğer bu sorulara verilecek cevap olumlu ise giderim nasıl olmalıdır?

A. İdari Yargılama Hukuku Açısından

Bir idari işlem, tesis edildiği tarihten itibaren hukuka uygun kabul edilir ve icraî niteliği haizdir. Dolayısıyla idare işlemini yürütebilir, işlemin hukuki sonuçlarının doğmasını sağlayabilir. Bu esnada, işlem idari davaya konu edilmiş ve idari mahkeme talep üzerine yürütmenin durdurulmasına karar vermişse, idare hiç şüphesiz, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası ve 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesi uyarınca bu karara uymak ve kararının gerekleri uyarınca işlem tesis etmek zorundadır. Bu halde yürütmenin durdurulması kararı gereğince işlemin icrailiği askıya alınır, idare o ana kadar doğmuş sonuçları ortadan kaldırma yükümlülüğü altına girer.

Yürütmenin durdurulması yolundaki kararın uygulanma gerekliliğinin ortaya çıktığı tarih itibarıyla idarenin yerine getirmesi gereken yükümlülükler, davanın sonucundan bağımsızdır. Bir başka anlatımla, davanın ileride nasıl sonuçlanacaksa sonuçlansın yürütmenin



durdurulması yönünde verilen kararın gereklerinin gecikmeksizin ve en geç 30 gün içinde yerine getirilmesi gerekir.

Bu yükümlülüğe aykırı davranış tazmin yükümlülüğü borcu doğurabilir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarının süresi içinde yerine getirilmemesi durumunda idare aleyhine tazminat davası açılabilir. Yukarıda yapılan açıklamalar tam yargı davasının, aksi kanıtlanmadığı müddetçe başvuruca etkin bir giderim imkânı sunduğunu göstermektedir.

İdari yargı uygulamasında, yürütmenin durdurulmasına karar verildiği halde, dosyanın tekemmülünden sonra gerçekleşen esas inceleme sonucunda davanın reddine karar verilebildiği gözlemlenmektedir. Bu durumda, davanın reddi yolundaki karar işleme tekrar icraîlik kazandırır, aslında tesis edildiği tarihte hukuka uygun olduğu bir karine gereği kabul edilen işlemin hukuka uygunluğu yargı kararıyla saptanmış olur. Bu saptama şekli bir nitelik arz etmekle birlikte, maddi açıdan işlemin, tesis edildiği andan itibaren yürütmenin durdurulması kararının etkili olduğu süreci de kapsayacak şekilde hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, yürütmenin durdurulması kararı uygulanmamışsa, davacının yürütmenin durdurulması kararının etkili olduğu süre için herhangi bir maddi hak talebinin olamayacağı düşünülmektedir, çünkü dava sonucunda işlemin tesis edildiği tarihten itibaren hukuka uygun olduğu saptanmıştır.

Örneğin bir atama işlemi nedeniyle maddi hak kaybına uğrayan davacı, bu işlemi idari yargıda dava konusu edebilir. Mahkeme yürütmenin durdurulmasına karar verdiği takdirde, idarenin işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki duruma dönmek için gerekli işlemleri tesis etmesi, bu kapsamda davacıyı eski görevine iade ederek işlem tesisinden önceki maaşını ödemeye devam etmesi gerekir. Ancak dava reddedildiği takdirde, işlemin tesis edildiği tarihten itibaren hukuka uygun olduğu saptandığından yürütmenin durdurulması kararının yürürlükte kaldığı dönem boyunca davacının fazladan aldığı tutarı iadesi gerekir. Çünkü bu halde idare tesis ettiği işlemi yürütmeme yönünde bir irade göstermemiş, aksine yürütmek istemiş, ancak mahkeme kararıyla işlemin icraîliği askıya alınmıştır.

B. Bireysel Başvuru Açısından

Anayasa Mahkemesi'nin son içtihatları, yürütmenin durdurulması kararının uygulanmamasının, bir medeni hak ve yükümlülüğe temas etmediği müddetçe, yargılama sonundaki nihai kararın icra edilmesini imkânsız hale getirecek veya aşırı derecede zorlaştıracak nitelikte



olmadığı, bu nedenle, bu yöndeki şikâyetlerin mahkemeye erişim hakkına yönelik bir ihlal olmadığını açık olması karşısında açıkça dayanaktan yoksun kabul edilmesi gerektiği yönündedir.

Dolayısıyla şu anki içtihat bir ihlalin varlığını saptamadığından 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin uygulanması söz konusu olmamaktadır.

Ancak zaman içinde bu içtihattan dönülmesi de söz konusu olabilir. Bu halde ihlalin varlığı tespit edildiği takdirde ve başvuru tazminat talebinde bulunduğu bunun giderimi nasıl olabilir?

İdare bağlayıcı olan ve bu nedenle uygulamakla yükümlü olduğu yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararı uygulamadığı ve mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebebiyet verdiği, dava ileri de reddedilse bile, yürütmenin durdurulması yolundaki kararın uygulanmaması başvuru açısından manevi bir kayba neden olabilir ve bunun telafisi gerektiği düşünülmektedir.

Bu noktada, AİHM'nin *Cingilli Holding A.Ş. ve Cingilloğlu/Türkiye*⁴⁸ kararındaki hukuki değerlendirmeden yararlanılabileceği düşünülmektedir. Aslında bu kararda mahkemenin esas hakkında verdiği kararın hukuki veya fiili engeller nedeniyle uygulanmaması söz konusudur ve bu çalışmada yürütülen tartışmadan bu yönüyle ayrılmaktadır. Ancak temas edilen ilkelerin uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir olduğu düşünülmektedir.

Bu kararda AİHM, idari işlemlerin hukuka aykırı ve geçersiz olduğunun ilan edildiği bir mahkeme kararının eski hale iadeyi sağlayacak şekilde uygulanmasının aşılması mümkün olmayan fiili veya hukuki engeller nedeniyle nesnel olarak imkânsız olabileceği bir durumun istisnai bir şekilde ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu tür durumlarda, üye Devletlerin, mahkemeye erişim hakkına uygun olarak, iyi niyetle ve resen, işlemlerinin hukuka aykırı etkilerini telafi edebilecek, özellikle tazminat ödenmesine hükmedilmesi gibi diğer alternatif çözümleri incelemeleri gerekmektedir.⁴⁹ Kararda, mahkeme kararının uygulanması talebine karşılık verme konusunda idarenin tamamen eylemsiz kalmasının, başvuranların Sözleşmenin 6 § 1. maddesinin sağladığı korumaya aykırı olarak etkin bir şekilde mahkemeye erişim haklarından yoksun kalmalarına neden olabileceği belirtilmiştir.⁵⁰

48 B. No: 31833/06 ve 37538/06, 21.07.2015

49 § 41

50 §§ 44, 45



İdare yürütmenin durdurulması yolunda verilen kararı öngörülen süre içinde uygulamadığı takdirde, daha sonra davanın esas inceleme sonucunda reddedilmesi, yürütmenin durdurulması kararının uygulanması gerektiği tarihte olmayan, sonradan ortaya çıkan bir hukuki engel oluşturur.

Bireysel başvuruda şu anki uygulamadan farklı olarak, yürütmenin durdurulması kararının uygulanmamasının esas inceleme sonucundan bağımsız olarak mahkemeye erişim hakkının ihlaline neden olduğu saptanabilir. Bu halde yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine rağmen bireysel başvuru aşamasında davanın reddedildiği (hukuki engel) de ortaya konabilir. Bu durumda, idari işlemin hukuka uygun olduğunun dava sonunda ortaya konulmuş olması sebebiyle maddi bir hak kaybının doğduğu söylenememekle birlikte, yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği tespitinin yeterli bir manevi tatmin oluşturduğuna hükmedilebileceği gibi, ihlalin tespiti ile birlikte manevi tazminat ödenmesine de karar verilebilir.

SONUÇ

İdari davada yürütmenin durdurulması kurumu, üstün kamu gücüne dayanarak tek yanlı ve icraî işlemler tesis eden idare karşısında idari işlemin hukuka aykırılığını ileri sürebilmek isteyen idare edilenlere henüz davanın esası karar bağlanmadan temel hak ve hürriyetlerinin korunmasında makul ve pratik fırsatlar sunan önemli bir güvencedir. Davacıların temel hak ve hürriyetlerinin etkin korunması sadece böyle bir imkânın varlığına bağlı değildir, aynı zamanda idari mahkemeler ve Danıştay'ın bu yönde verdiği kararların icrasına da bağlıdır.

Bu yaklaşım biçimiyle ele alındığında yürütmenin durdurulması kararının icra edilmemesi sadece usulî güvenceler sunan hak arama hürriyetinin dar kapsamına hapsedilemez. Nitekim bir idari davada, davacı, elbette hak arama hürriyetinin sağladığı usulî güvencelerden de faydalanmayı bekleyebilir. Bununla birlikte, kimse yargı yoluna salt hak arama hürriyetinin korunması amacıyla başvuramaz. İdari davada davacının yargı yoluna başvurmakta temel beklentisi ilgili maddi hakkının korunmasıdır. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması yolundaki kararın uygulanmadığı yönündeki şikâyet, bireysel başvuruda başvurucular tarafından iddia edildiği ve hangi medeni hak ve yükümlülüğünün ne yönde etkilendiği ortaya konulabildiği ölçüde ilgili maddi hak yönünden de incelemeyi gerektiren önemli bir sorundur.



Bir yargı kararının uygulanmamasının hukuk devletinde kolay ve açık bir izahı yoktur. İdari yargılama hukukunda uygulanmayan bir karar nedeniyle çeşitli giderim mekanizmalarının öngörülmesi kararın uygulanmadığı gerçeğini değiştirmeye yetmemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin şu anki içtihadı, adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceler ve bunun sınırları temelinde kolaylıkla anlaşılabilir ve açıklanabilir niteliktedir. Nitekim Mahkeme, aynı sorunla ilgili maddi hak incelemelerinde ilgili maddi hakkın korunmasına yönelik farklı bir bakış açısı da geliştirmiştir.

Unutulmamalıdır ki, idare edilenlerin temel hak ve hürriyetlerinin etkin korunması, kanuni koşulların gerçekleştiğinin objektif bir biçimde saptanabildiği durumlarda yürütmenin durdurulması kararının verilmesine ve bunun uygulanmasına bağlıdır.



KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler:

CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi

KIRATLI Metin, “Yürütmenin Durdurulması”, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:21, S:4, (s: 174-196)

TEKİNSOY M. Ayhan, **İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara 2013

ULER Yıldırım, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Ankara, 1970

YILMAZ Serdar, “Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması – Yargı Pratiğinde ve Öğretide Gözden Kaçan Bir Anayasa’ya Aykırılık Sorunu (mu?)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2012, Cilt 61, Sayı:4 (s:1437-1503)

YILMAZOĞLU Yunus Emre, **Vergi Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması – Danıştay Kararları Işığında Bir İnceleme-**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2016

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI:

Norm Denetimi Kararları:

10.7.2013, E.2012/107, K.2013/90 (R.G. Tarih-Sayı: 22.11.2013-28829)

2.10.2014, E.2014/149, K.2014/15 (R.G. Tarih-Sayı: 11.1.2015-29223)

25.11.2015,E.2014/86, K.2015/109 (R.G. Tarih-Sayı: 8.1.2016-29587)

3.6.2010, E.2008/77, K.2010/77 (R.G. Tarih-Sayı: 30.10.2010-27744)

Bireysel Başvuru Kararları:

Bülent Türk, B. No:2014/7002, 1.12.2016 (R.G. Tarih ve Sayı: 30.12.2016-29934)

Arif Canlı, B. No: 2014/7152, 1.12.2016 (R.G. Tarih ve Sayı: 30.12.2016-29934)



Hakan Yıldız, B. No: 2014/8804, 1.12.2016 (R.G. Tarih ve Sayı: 30.12.2016-29934)

Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2.4.2014

Kristal-İş Sendikası [GK], B. No: 2014/12166, 2.7.2015 (R.G. Tarih- Sayı: 12.8.2015-29443)

DANIŞTAY KARARLARI:

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2015/856, K. 2015/3749, 26.10.2015

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI:

Hornsby/Yunanistan, B.No:18357/91, 19.3.1997

Skärby/İsveç, B.No:12258/86, 28.6.1990

Ouzounis ve diğerleri/Yunanistan, B. No:49144/99, 15.4.2002

Cıngılı Holding A.Ş. ve Cıngılıoğlu/Türkiye, B. No: 31833/06 ve 37538/06, 21.07.2015

Taşkın ve Diğerleri/Türkiye kararı, B. No: 46117/99, 10.11.2004

Ünver/Türkiye (k.k.), B.No:36209/97, 26.09.2000

Okçay ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 36220/97, 12.7.2005

Burdov/Rusya, B. No: 59498/00, 7.5.2002

Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye, B. No: 6334/05, 23.10.2012

Apostol/Gürcistan, B. No: 40765/02, 28.11.2006

